

Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino⁽¹⁾

Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida

por **AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI⁽²⁾, MARISA HERRERA⁽³⁾**
y **ELEONORA LAMM⁽⁴⁾**

La pregunta que acusa desinformación (por ej., ¿qué hora es?) no es una auténtica pregunta. La verdadera pregunta es aquella que no tiene respuesta en el saber consensuado. Es decir, una pregunta que no pide una respuesta preexistente, sino que induce a buscar una respuesta aún no constituida⁽⁵⁾.

.....

(1) Este artículo forma parte del estudio que las autoras vienen realizando sobre el tema y cuyos avances parciales han sido anticipados en varios trabajos doctrinales; ver KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA, HERRERA MARISA Y LAMM ELEONORA, *Los criterios de la determinación de la filiación en crisis*, en Maricruz Gómez de la Torre (directora) y Cristian Lepin (coordinador), *Reproducción Humana Asistida*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago (en prensa); *Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual*, Revista La Ley, Buenos Aires, 20/09/2011, p. 1 y ss.

(2) Profesora de cursos de post grado en numerosas universidades argentinas y extranjeras. Doctora honoris causa Universidad de Paris-Est Créteil, de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de Rosario.

(3) Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires). Investigadora del CONICET. Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo. marisaherrera12@gmail.com.

(4) Doctora en Derecho, con línea de investigación en Bioética (Universidad de Barcelona). Máster en Bioética y Derecho y Máster en Derecho de Familia por la Universidad de Barcelona. Tutora del Máster de Bioética y Derecho y Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho (UB). Becaria postdoctoral del CONICET. elelamm@gmail.com.

(5) KOVADOLOFF, SANTIAGO, *Ética ciudadana y ética profesional: dilemas de una convergencia necesaria*, en Rev. del Notariado n° 904, 2011, p. 26.

Síntesis

La reproducción humana médicamente asistida constituye una técnica consolidada en la práctica cotidiana; por su parte, la ley 26.618 que extiende el matrimonio a todas las parejas, con total independencia de su orientación sexual, ha modificado sustancialmente la ley positiva. Estas circunstancias imponen que el legislador acorte la brecha existente entre Derecho y realidad y termine de adecuar la ley interna a los valores superiores marcados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ante la constatación de que las técnicas médicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) han puesto en crisis los principios del derecho filial y, a los fines de cubrir esa necesidad, el articulado preparado por el equipo que elaboró el título relativo a la filiación del anteproyecto del Código Civil al que se refiere el decreto 191/2011 acepta la existencia de una tercera fuente filial, con reglas propias, que la distingue de las clásicas, o sea, la filiación por naturaleza y por adopción. Este trabajo está destinado a explicar esa propuesta legislativa.

I | ¿Está en crisis la filiación?

La palabra “crisis”, como tantas otras, tiene varias acepciones. Según el diccionario de la Real Academia Española, crisis es: (a) Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales; (b) Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese; (c) Juicio que se hace de algo después de haberlo examinado cuidadosamente; (d) Situación dificultosa o complicada.

Está claro, pues que, al menos desde el punto de vista semántico, la expresión “crisis”, en sí misma, no encierra una connotación negativa, peyorativa o adversa.

Por el contrario, algunos autores la utilizan como análogo a “desaprobación”. Así sucedió en los albores del divorcio vincular y, más recientemente al regular el matrimonio de personas del mismo sexo; en ambos momentos, los opositores al régimen legal pretendieron sustentar sus posiciones en la expresión “la familia está en crisis”. Igual argumentación se esgrime ante la posible regulación de las convivencias no matrimoniales.

Aun desde esta acepción negativa, la pregunta debería ser: ¿qué familia está en crisis?

La respuesta puede ser: está en crisis la familia tradicional matrimonial, centrada en la procreación por naturaleza⁽⁶⁾, como único modelo reconocido por el derecho, desde que, en la realidad social, junto a ella conviven otros modos de vivir en familia y otras formas de procreación, todos fundados sobre el mismo eje central: el afecto.

Esta nueva visión ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones derivadas de: (i) parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil; (ii) núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como "familia ensamblada"; (iii) grupos a cargo de una persona sola, llamados "familia monoparental", que pueden serlo de manera "originaria" (como acontece con la adopción unipersonal, o mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten que una mujer sola pueda inseminarse con material genético de donante anónimo y ser madre sin un padre o, de modo "derivado", tras el fallecimiento o separación de la pareja, siendo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno-filial porque el otro se desentiende); (iv) las llamadas "familia homoparental" y "familia transexual"⁽⁷⁾, etc.

Si se hace hincapié en las nociones de cambio y desarrollo, es decir, en el despertar de nuevas facetas, entonces, en buena hora, la familia está en crisis.

(6) El modelo de familia nuclear presenta la siguiente progresión, casi automática: matrimonio/relación sexual/reproducción/paternidad. Sin embargo, esta progresión no siempre se produce en la vida real, o puede ser indeseable o desafortunada para algunas personas. Así, hay quienes pueden casarse y reproducirse, pero se niegan a reproducirse (mediante técnicas anticonceptivas) o a funcionar como padres de los niños que nacieron (por ejemplo, mediante el abandono o la entrega en adopción); otras pueden casarse, ser incapaces de reproducirse y buscan convertirse en padres mediante la adopción o las TRHA (CUTAS, DANIELA, *On triparenting. Is having three committed parents better than having only two?*, Journal of Medical Ethics, Journal of the Institute of Medical Ethics, 2011; 37 (12):735-738).

(7) Para el desarrollo y ampliación del derecho de familia a la luz del derecho constitucional-internacional: ver GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, capítulos I y II; LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, *La familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009, capítulo I; JELIN, ELIZABETH, *La familia en Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas*, en *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, directora KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, coordinadora HERRERA, MARISA, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, T. I, p. 135 y ss.

El derecho filial no puede —ni debe— escapar a estas transformaciones. Esto es así en la Argentina y en el resto de los países⁽⁸⁾; se trata de una cuestión que como los conflictos sociales, está transversalizada por la noción de *globalización*. En efecto, desde una perspectiva sistémica, si la noción de familia está en constante movimiento, los campos intrínsecamente relacionados difícilmente puedan escapar al dinamismo. La prueba más evidente es que las TRHA no sólo han entrado a un nuevo campo de estudio con caracteres, principios e interrogantes propios, como lo es la bioética⁽⁹⁾, sino que han ensanchado la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales⁽¹⁰⁾.

Desde la óptica señalada, está en crisis el derecho tradicional centrado en la visión binaria *filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva*; en

.....

(8) Sólo a modo de ejemplo, cabe citar las Jornadas organizadas por ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre "Acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional" celebradas en San José de Costa Rica en Noviembre de 2011. El documento de trabajo que contiene los objetivos de ese encuentro dice: "En 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de maternidad subrogada que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos". También se cita un documento con conclusiones elaboradas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, en la reunión realizada los días 7 a 9 de abril de 2011: "La conclusión del Documento Preliminar No 11 estableció que, a los fines de evaluar la posibilidad de una regulación internacional futura, los asuntos derivados de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional podrían ser considerados, o como parte de un marco más amplio sobre derecho internacional privado relativo al estatus del niño, o bien como un asunto de singular importancia en sí mismo".

(9) Estamos tentadas de decir que la Bioética ha dado lugar a un "nuevo" derecho de familia. Si bien el derecho de familia, como todo derecho, ha estado siempre en constante evolución, los cambios a los cuales se enfrenta actualmente van más allá. Muchas de sus figuras tradicionales han cambiado radicalmente, no siendo las que eran, provocando la necesidad de una concepción más amplia, que desborda lo jurídico. A su vez, muchos de los conceptos "clásicos" del derecho de familia han quedado obsoletos o se han visto desbordados como consecuencia de estas nuevas formas de reproducción (piénsese en los conceptos de filiación, paternidad, maternidad, embarazo, parto...), siendo imprescindible su abordaje multidisciplinar, para llegar a soluciones consensuadas, propias de una sociedad plural y democrática (Ver LAMM, ELEONORA, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación (En las fronteras del derecho civil y la bioética)*, tesis doctoral defendida el 22 de enero de 2011 en la Universidad de Barcelona (en prensa).

(10) Las TRHA permiten ser padres a quienes no podían serlo; habilitan paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual, etc. Consecuente e inevitablemente, las TRHA, al ampliar las opciones de reproducción y cuestionar las nociones tradicionales de paternidad, maternidad, embarazo y parto, desafían la normativa vigente y exigen cambios.

efecto, además de estos dos tipos, únicos que fueron motivo de atención por el legislador, la biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la *voluntad procreacional* y de su exteriorización a través del consentimiento informado.

La filiación por naturaleza está presidida por ciertas máximas (“madre siempre cierta es”) ⁽¹¹⁾, por presunciones *iuris tantum* (de paternidad por parte del marido de la madre), por la prevalencia del dato genético, elemento determinante. La normativa que la rige está fundada en la relación sexual, al igual que las nociones de embarazo plazo, parto, etcétera ⁽¹²⁾.

Esa filiación, conceptualizada desde Roma hasta hoy ⁽¹³⁾ sobre la base de una supuesta “cultura universal” ⁽¹⁴⁾, ha sufrido un gran impacto: muchos niños han nacido gracias a los avances o desarrollo de la ciencia médica. Las TRHA han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad; dicho de otro modo, la reproducción es posible sin contacto sexual y, quien aporta el elemento genético, puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético, ⁽¹⁵⁾ ni lo genético comprende siempre lo biológico ⁽¹⁶⁾.

(11) La máxima del derecho romano “*Mater semper certa est*” concluyó cuando la ciencia posibilitó que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente a quien aportó los óvulos con los que el embrión se creó.

(12) Las TRHA permiten el embarazo de mujeres a edades avanzadas, de mujeres solas, con óvulos provenientes de otra mujer o con material genético masculino proveniente de una persona distinta de su pareja; incluso, el embarazo de una mujer (con o sin óvulos propios) que concibe un hijo para una pareja “comitante” heterosexual u homosexual o para otra persona (maternidad subrogada).

(13) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *La filiación inducida y las clasificaciones legales*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 118.

(14) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 142.

(15) Por ejemplo: mujer que acude a la donación de óvulos o los casos de gestación por sustitución.

(16) Puede suceder que una persona aporte únicamente material genético (por ej. donación de semen) o que se utilice material genético del hombre que quiere tener un hijo, pero el embarazo se produzca a través de las TRHA.

Además, hay niños que nacen en familias conformadas por dos personas del mismo sexo, situación totalmente legal desde la sanción de la ley 26.618, que extiende el matrimonio a las parejas del mismo sexo. Esta circunstancia ha profundizado la puesta en "crisis" del derecho filial, en tanto esta práctica no sólo es alcanzada por parejas de diverso sexo. De este modo, se controvierte un principio básico del derecho filial clásico, como es que nadie puede provenir de más de dos personas, un hombre y una mujer. Hoy un niño puede nacer en un matrimonio de dos mujeres (dos madres), aportando el material genético un tercero, o de una reproducción humana asistida peticionada a una mujer por dos hombres también casados (dos padres).

En nuestra opinión, todas estas constataciones son claras desde la visión del estado de la ciencia en el ámbito nacional⁽¹⁷⁾, internacional e, incluso, el regional⁽¹⁸⁾ y exigen que el derecho no mire para otro lado.

.....

(17) A favor de las técnicas de reproducción humana asistida y su consecuente ingreso al plano jurídico, ver, entre tantos otros, FAMÁ, MARÍA VICTORIA, *La filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2011; LLOVERAS, NORA, *La filiación en la Argentina y en el Mercosur*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007; KRASNOW, ADRIANA, *La filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida*, Buenos Aires, La Ley, 2006; DE LORENZI, MARIANA, "La voluntad procreacional ¿Cuánto vale el 'sí quiero' para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana" en Nora, Lloveras y Marisa, Herrera (directoras), *El derecho de Familia en Latinoamérica*, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2010, p. 697 y ss; MINYERSKY, NELLY, "¿Derecho al hijo/hija?" en Aída, Kemelmajer de Carlucci, (dirección) y Marisa, Herrera (coordinación), *La familia en el Nuevo Derecho. Libro homenaje a la profesora Dra. Cecilia P. Gosman*, tomo II, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 391 y ss; ROTONDA, ADRIANA, *La ley 14.208: las técnicas de procreación asistida y su cobertura por el sistema de salud en la provincia de Buenos Aires*", APBA 2011-9-984; GERLERO, MARIO S. y PEDRIDO, ODIL, *Parentalidad, diversidad sexual e identidad de género: un enfoque socio-jurídico*, Suplemento Actualidad Jurídica, La Ley, 22/09/2011, p. 1 y ss.

(18) El 3/2/1995, el entonces presidente de Costa Rica reguló por decreto la práctica de fecundación *in vitro* restringiendo su acceso sólo a parejas casadas legalmente, con material genético propio y prohibiendo el uso de las técnicas de crioconservación de gametos y/o embriones (los embriones fecundados *in vitro* tenían que ser implantados seguidamente en el útero materno, sin poder ser utilizados en un segundo tratamiento; en la práctica se implantaban hasta seis embriones en cada tratamiento para acrecentar las posibilidades de un embarazo). El 15/3/2000, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del referido decreto por considerar que la regulación de fecundación *in vitro* traía como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta sentencia, se prohibió la práctica de la fecundación *in vitro* en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de fecundación *in vitro*. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia y presentó el informe 85/10 del caso Gre-

2 | La resistencia a las técnicas médicas de reproducción humana asistida. Respuesta

No obstante la situación descripta en el punto anterior, algunos autores niegan que las TRHA deban ingresar al mundo jurídico del derecho filial.

De esta importante tendencia opositora, tomamos sólo dos de sus más dignos exponentes.

El profesor Sambrizzi expresa: “La procreación asistida no constituye una forma distinta de filiación que aquella cuya fuente es la naturaleza, pudiendo también producirse la filiación por naturaleza por la práctica de una relación sexual natural. En efecto, sea que la fecundación del óvulo por el espermatozoide se produzca por relación sexual o mediante una de las varias técnicas de procreación asistida, es la naturaleza la que en ambos supuestos actúa para producir la concepción y, como natural consecuencia, la existencia desde ese momento de un nuevo ser humano dotado de todo lo necesario como para continuar desarrollándose en forma gradual hasta producirse el nacimiento”⁽¹⁹⁾.

No compartimos este criterio. Es cierto que algo de “naturaleza” hay en la filiación por TRHA, como también está presente en la filiación adoptiva, ya que los niños adoptados provienen o de una relación sexual (o incluso podría ser por el uso de técnicas de la reproducción médica humana asistida). La presencia del elemento “naturaleza” no implica, pues, negar

tel Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica el 14 de julio de 2010. Sostuvo que la prohibición efectuada por el Estado de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, la vida privada familiar (artículo 11 de la Convención Americana) y el derecho a conformar una familia (art. 17), amén de la consecuente violación al derecho de igualdad (art. 24). Actualmente, el caso se encuentra en la Corte Interamericana de Derechos Humanos pendiente de resolución, pues la Comisión lo elevó el 29 de julio de este año por considerar que el Estado no cumplió con sus recomendaciones — levantar la prohibición de la fecundación in vitro y asegurar que la regulación futura sea acorde con los artículos 11, 17 y 24 de la Convención —.

(19) SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación*, Revista La Ley, 03/11/2011, p. 1 y ss.

que, se pueda estar ante otra causa fuente de la filiación. Lo distintivo es que mientras en la filiación biológica el elemento "naturaleza" es definitorio para determinar el vínculo jurídico, en la filiación por TRHA, como se explica más adelante, observa un rol secundario, siendo la voluntad procreacional el principio fundamental, aunque con connotaciones o consideraciones diferentes a las que tiene en la adopción, todo lo cual amerita una regulación específica, so pena de incurrir en el error de tratar igual a situaciones claramente diferentes.

En una posición decididamente contraria a las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, Ursula Basset⁽²⁰⁾ sostiene que "la conceptualización del debate hasta hoy es inmadura y hasta cierto punto cándida. Se basa sobre un número de afirmaciones no comprobadas".

El rechazo o aceptación de esta aseveración se conecta con qué se entiende por *comprobado* en el ámbito de las ciencias sociales. Por ej., ¿considera la autora que hoy está *comprobado* que, jurídicamente, a nivel legislativo, doctrinal y jurisprudencial, el divorcio está aceptado⁽²¹⁾; que la separación de hecho es una situación que no contraría el ordenamiento jurídico sino que está fundada en la autonomía de la voluntad⁽²²⁾; que las uniones convivenciales forman parte del amplio abanico de las diversas formas de vivir en familia en atención al principio de libertad?⁽²³⁾

Independientemente de qué se entiende por *comprobado*, no compartimos ninguno de los cinco presupuestos que Basset imputa a las técnicas médicas de reproducción humana asistida y que, según ella, sintetizan el debate sobre el cual gira la materia de la filiación.

(20) BASSET, ÚRSULA C., "Derecho del niño a la unidad de toda su identidad", Revista La Ley, 16/11/2011, p. 1 y ss.

(21) BASSET, ÚRSULA C., *Novedades en remedios económicos post-divorcio para mujeres y niños*, Suplemento de Jurisprudencia Argentina, 13/7/2011, en Abeledo Perrot on line. Citar Lexis N° 0003/015496.

(22) BASSET, ÚRSULA C., *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Buenos Aires, Ed. A. Perrot, 2010, p. 702.

(23) BASSET, ÚRSULA C., *La humanización del derecho de familia: imperiosa tarea de la comunidad jurídica* Revista El Derecho, 02/12/2009, nro 12.393 en http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo57/files/Basset_humanizaci-n_del_derecho_de_familia.pdf, compulsado el 25/12/2011.

En primer lugar, sostiene que estas técnicas parten del error de considerar que “para el niño es insignificante que quienes lo crían como sus padres lo hayan privado intencionalmente de estratos de su identidad genotípica, fenotípica o de aspectos culturales de su identidad”.

No es así. Estas prácticas y su regulación legal no tienen como punto de partida la insignificancia del dato genético sino que, teniéndolo en cuenta, argumentan en el marco de la multiplicidad de derechos fundamentales en juego; de allí, la necesidad de su convivencia y, consecuentemente, la ineludible intervención del principio de proporcionalidad.

Prohibir las TRHA con material genético de un tercero no sólo pone una barrera al nacimiento de niños sino que importa la violación de, por lo menos, dos derechos reconocidos en instrumentos internacionales de derechos humanos: (a) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación (art. 14.1 b. del Protocolo de San Salvador); (b) el derecho a formar una familia (como lo ha reconocido el Tribunal Europeo de derechos humanos en diversos pronunciamientos)⁽²⁴⁾. Por lo tanto, la cuestión relativa a la identidad genética debe ser solucionada intentando no destruir esos dos derechos.

Pues bien, ese derecho, que no se desconoce, se satisface con el de *conocer los orígenes*. Entre las diferentes posturas que presenta el derecho comparado⁽²⁵⁾, el anteproyecto de reforma del Código Civil adopta una intermedia, cuyo objetivo es no restringir el uso de las TRHA cuando se debe utilizar material genético de un tercero y, al mismo tiempo, respetar el derecho de toda persona a conocer su “identidad genotípica” (en la terminología utilizada por la autora cuya opinión analizamos). La norma proyectada dice: “La información relativa a que la persona ha nacido por

(24) Ver nuestros artículos “La obligación de ser padre impuesta por un tribunal”, Revista La Ley, 28/09/2011, p. 3 y ss. y “La reproducción médicamente asistida”, Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación, La Ley, diario del 08/08/2011.

(25) El anonimato del donante es un tema complejo, especialmente en un país como la Argentina, en el que el derecho a conocer los orígenes tiene una fuerte carga, debido a nuestra desgraciada historia relativa a los desaparecidos. Algunos de los interrogantes son: ¿El anonimato favorece la donación? ¿Viola el derecho a conocer los orígenes? ¿Puede ser dejado de lado ante supuestos excepcionales? ¿Quién debe evaluar esta apertura de excepción? ¿Debe levantarse ante la simple petición de la persona nacida por donación? La complejidad exige un análisis profundizado, imposible de realizar en un artículo que integra una revista.

el uso de técnicas de reproducción humana asistida con material genético de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. Cuando haya riesgo para la salud, las personas nacidas a través de estas técnicas tienen derecho a obtener información referente a los datos médicos de los donantes. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, podrá revelarse la identidad de los donantes, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”.

En segundo lugar, Basset atribuye a las técnicas de reproducción humana asistida considerar “socialmente irrelevante que algunos adultos engendren hijos sin asumir la responsabilidad gravísima que conlleva engendrar una vida humana”.

No compartimos esta afirmación. Engendrar vida humana nunca es irrelevante; por eso, es necesario que la ley establezca concretamente quién asume las responsabilidades, quién será sancionado si no se cumple con los deberes que emanan de las relaciones paterno/filiales. Esas relaciones y responsabilidades, tanto en la reproducción humana asistida como en la adopción, derivan de la voluntad, por lo cual hay un responsable y ningún vacío legal se produce.

El tercer vicio atribuido a estos métodos es entender “que es ética y jurídicamente irrelevante que un hijo y su identidad sean fruto de una mediación o tráfico económico contractual”.

Ninguna de las expresiones usadas (mediación y tráfico) resultan adecuadas. No desconocemos que, en algunos supuestos, detrás de las técnicas existen fuertes intereses económicos de empresas médicas, pero estos calificativos no pueden atribuirse a quienes desean fervientemente ser padres y, frente a la dificultad de hacerlo por los métodos tradicionales, acuden a los avances científicos.

La cuarta imputación es que “política, ética, jurídica y socialmente es irrelevante que el eje del emplazamiento paterno-filial se haya desplazado de la centralidad del niño a la centralidad de los deseos de los adultos”.

No discutimos que el interés superior del niño es el eje central de toda decisión, resolución o consideración relativa a los derechos de niños y adoles-

centes, pero las técnicas, por el sólo hecho de ser tales, no lo contradicen: el deseo de los adultos no se opone necesariamente al de los niños; más aun, en el campo de la filiación por naturaleza se observa, con frecuencia, una importante cantidad de niños que nacen cuando los progenitores deciden, después de haber organizado y programado su llegada cuando las condiciones familiares son las adecuadas. Esta connotación se extiende a la filiación derivada de las TRHA en la cual, precisamente, la voluntad procreacional constituye un elemento fundamental para que una persona nazca, se la cuide, proteja y desee. Otro tanto ocurre en la filiación por adopción, en la que esa voluntad expresa aparece desde antes, cuando se inscriben en los registros respectivos. Se trata, pues, de consideraciones que atraviesan todo tipo de filiación.

En quinto lugar se afirma que existe el “mito de que el amor o el deseo es suficiente para fundar el parentesco”.

El amor y el deseo son suficientes⁽²⁶⁾, pero son elementos importantes que, con mayor o menor presencia o fuerza, están detrás de los tres tipos de filiación. Así, tanto en la filiación por naturaleza como por el uso de las TRHA y la adopción, el amor y el deseo son un pilar para la consolidación; en la TRHA y en la adopción lo es también para generar o constituir ese vínculo jurídico.

3 | La necesidad de una regulación jurídica

Como suele pasar con todos los temas que invitan a revisar conceptos tradicionales, la mirada sobre las TRHA no es ni puede ser igual para todos.

Nuestro punto de partida es la necesidad de su regulación, tal como sostiene una gran cantidad de autores en el derecho nacional⁽²⁷⁾, que no sólo reconoce que las TRHA están presentes en la realidad social, sino que bregan por su enmarque legal, con principios, reglas y soluciones jurídicas propias.

(26) La filiación por naturaleza requiere, las relaciones sexuales y el embarazo; las TRHA, del procedimiento médico; la adopción, del procedimiento judicial. En todas, lo deseable es que el elemento movilizador para llegar a ser padre o madre sea el amor.

(27) Conf. panorama doctrinal mencionado en la nota nro. 17.

Este artículo pretende explicar las bases sobre las cuales se debería edificar un régimen legal en materia de TRHA.

Nos encontramos en una etapa en la que se pretende la reforma del Código Civil (ver, en este sentido, decreto 191/2011). Conjuntamente con dos grandes juristas argentinas, las Dras. Nelly Minyersky y Cecilia Grosman, las autoras de este trabajo estamos participando en esa tarea en la parte relativa al derecho de la filiación y de la responsabilidad parental, razón por la cual queremos explicar y compartir algunas de las propuestas. Creemos de sumo interés difundir esa tarea y abrir al debate el texto de algunas de las disposiciones proyectadas.

Una aclaración inicial es necesaria: el anteproyecto no pretende crear algo absolutamente original; por el contrario, nos hemos nutrido de los avances operados en otros países que vienen ocupándose del tema desde hace varios años. No obstante, dado que algunos de esos ordenamientos no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, los planteos, interrogantes, conflictos y soluciones para el derecho argentino presentan algunas particularidades.

4 | Las bases de un tercer tipo filial

4.1 | Introducción

En general, las leyes regulan la filiación por naturaleza y por adopción⁽²⁸⁾; en la primera, atribuyen la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o de la prueba genética de que alguien es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial.

(28) El Código Civil argentino vigente distingue entre filiación por naturaleza y por adopción (art. 240). España, aunque pionera en legislar las TRHA, no regula la filiación de ellas derivada de manera autónoma, ni en su Código Civil, ni en el de Cataluña. De los artículos 108.1 CC y 235-1 del Código Civil catalán se desprende que la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción; ahora bien, aunque la Ley 25/2010 de Cataluña no incorporó un tercer tipo de filiación (art. 235-1), se vio en la necesidad de añadir el consentimiento a la lista de títulos de atribución de la filiación en la reproducción asistida, como veremos luego.

Los problemas que surgen del uso de las TRHA no se identifican con los de ninguna de estas dos situaciones⁽²⁹⁾, en particular, cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, sea o no anónimo.

Por eso, como se ha adelantado, el anteproyecto regula un tercer tipo de filiación. Inmediatamente después de conocido el articulado, algunas voces reaccionaron de manera negativa. En este sentido, Sambrizzi alega que “Si bien en la enumeración de las fuentes de filiación que se efectúa en el artículo 1 se incluye como una de ellas a la filiación mediante técnicas de procreación asistida, lo cierto es que, de conformidad a lo que resulta del contenido del anteproyecto, no es estrictamente la procreación asistida lo que allí se considera una de las fuentes de la filiación, sino la denominada voluntad procreacional”⁽³⁰⁾.

Creemos que la argumentación es insuficiente para negar el tercer tipo de filiación. La voluntad también está presente en la filiación adoptiva; sin embargo, no se discute que constituye una fuente de la filiación con pautas y reglas diferentes a la filiación por naturaleza. En las TRHA la voluntad procreacional es un *elemento* —central, por cierto— de una modalidad de vínculo filial entre dos personas. Véase cómo juegan estos elementos: en un caso, es existencia de la relación sexual (filiación por naturaleza); en otro, la compleja situación de vulnerabilidad y voluntad de ser padres (filiación adoptiva); en el tercero, la voluntad procreacional (filiación por TRHA).

Reafirmamos, pues, un punto central para poder comprender la razón por la cual las TRHA constituyen una causa fuente de la filiación hasta ahora silenciada en la legislación vigente: mientras en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica, en las TRHA el elemento decisivo es la voluntad.

(29) ROCA TRIAS, E, “Filiación asistida y protección de derechos fundamentales”, DS, 1999, (Volumen N° 7), disponible en: <http://www.ajs.es/downloads/vol0701.pdf>. Compulsada el 27/08/2010.

(30) Sambrizzi, Eduardo A., “La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación”, Revista La Ley, 03/11/2011, p. 1.

Este tercer tipo de filiación se distingue de las dos anteriores; de allí la necesidad de su reglamentación legal, a la manera del Código de Quebec⁽³¹⁾.

En los párrafos siguientes marcamos esas diferencias.

4.2 | Diferencia con la filiación por naturaleza o biológica⁽³²⁾

La filiación por naturaleza reconoce su origen en un acto sexual, acto de la vida humana que es la causa de la procreación de quien participa en ese acto; la filiación derivada de las TRHA no tiene ese antecedente. Además, en una TRHA heteróloga, el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo⁽³³⁾.

Estas dos diferencias conducen a una tercera: mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico (que comprende el genético), en la filiación derivada de las TRHA el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo.

Consecuentemente, la determinación de la filiación y el régimen de impugnación de la filiación deben ser diferentes. Un mero ejemplo prueba este aserto: mientras en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico y su prueba habilita la procedencia de la demanda, el legislador no tolera, ni aun en las regulaciones que prohíben la TRHA heteróloga (por ej., la ley italiana) que el marido de la mujer, que prestó el consentimiento al sometimiento de estas técnicas con material genético de un donante, impugne la paternidad alegando no ser el padre "biológico" del niño nacido, en tanto esta filiación no

(31) El Código Civil de Quebec distingue tres tipos de filiación: Cap. I: "De la filiation par le sang"; Cap. I.1: "De la filiation des enfants nés d'une procréation assistée" y Cap. II: "De l'adoption".

(32) LAMM, ELEONORA, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de bioética y derecho* (en prensa).

(33) En la filiación por naturaleza puede que el hombre no haya deseado tener un niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico (que en estos casos comprende el genético), a través de la relación sexual.

se funda en el vínculo biológico (que comprende el genético), sino en el elemento volitivo.

En la TRHA heteróloga siempre falta el vínculo genético; la filiación se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado y el consentimiento dado blinda la posibilidad de impugnar, por lo que este efecto debe quedar claramente establecido por la ley.

4.3 | Diferencias con la filiación por adopción

Las diferencias entre ambas son significativas:

La TRHA y la adopción se asemejan porque en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, en la primera debe ser manifestada en oportunidad previa a la gestación, a través de los consentimientos requeridos legalmente. En la adopción, en cambio, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida. En otras palabras, mientras en la filiación derivada de las TRHA el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad, en la adopción la voluntad se expresa y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño.

El vínculo genético entre los padres y el niño falta en la adopción. Esta situación no siempre se presenta en la filiación derivada de la TRHA a la que se recurre, precisamente, para tener el "hijo genéticamente propio"; o sea, al menos uno de los que recurren a esta técnica —o el que recurre si es una persona sola— está, o puede estar (las TRHA brindan la posibilidad), genéticamente vinculado con el niño que nace por efecto de esta práctica médica⁽³⁴⁾.

(34) Las personas que quieren ser padres no tienen la obligación moral de pensar en la adopción como primera opción; en todo caso, hacerlo o no es una decisión libre. Tampoco es justo ni moral establecer un doble estándar: uno para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí lo tienen, estableciendo el deber moral de adoptar para unos y no para otros. Por otro lado, cabe recordar las innumerables complicaciones fácticas que padecen para adoptar incluso los que cumplen con las expectativas sociales (estar casados o en pareja estable, ser heterosexuales, encontrarse en condiciones económicas, sociales y ambientales buenas); en los casos que estos requisitos no se cumplen, no siempre explicitados por la justicia, los inconvenientes para adoptar se multiplican y suelen convertirse en impedimentos infranqueables. Ver CAMACHO, J. M., *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Compulsada el 03/08/2011.

En la adopción existe un vínculo biológico anterior entre el adoptado y la familia de origen; existe una "historia" previa, ha mediado un desarraigo, y el vínculo con los adoptantes surge con posterioridad. En la filiación derivada de las TRHA, no se presenta esta "historia" previa, el vínculo con los "padres" surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida. El vínculo *anterior* es más fuerte, más profundo en la adopción; conlleva un *plus* que no está presente cuando se trata de un donante anónimo, que sólo se desprende de su material genético⁽³⁵⁾. Por eso, mientras en la filiación por adopción se trata de conocer el origen *biológico* (*bio*, vida) en la filiación derivada de las TRHA el derecho a conocer se refiere al origen genético, o sea, a los datos del dador de material genético. El nacido mediante TRHA no debería ser privado legalmente del derecho a conocer su origen genético y, consecuentemente, debería tener la posibilidad de acceder a esa información; no se trata de una reivindicación de lo genético, sino de la posibilidad de acceder a una información que, de alguna manera, se vincula a su persona, su dignidad, su identidad; además, no debería ser discriminado respecto de otros niños que no han nacido por estas técnicas. No obstante, debe "desmitificarse" la importancia del conocimiento de quién fue el mero aportante de material genético en tanto, adviértase, puede ser cualquier persona, alguien con quien nunca se ha estado vinculado por otro dato que no sea un gen.

Finalmente, la filiación en la adopción es constituida por el juez a través de una sentencia, por lo que también se diferencian en cuanto a la valoración previa realizada por un tercero con autoridad legal para hacerlo.

5 | Necesidad de reglas claras

En definitiva, la filiación derivada de la TRHA difiere de las otras dos y da lugar a un tercer tipo de filiación, que requiere no sólo disposiciones específicas en el Código Civil, sino leyes especiales complementarias que regulen estas práctica médicas, con criterios bioéticos, en todos aquellos aspectos que exceden el ámbito de la filiación, tales como: los derechos y deberes de los pacientes y de los donantes, las responsabi-

(35) Para esta diferencia ver HERRERA, MARISA, *La identidad en la adopción*, Tomo II, capítulo V, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2006, p. 115 y ss.

lidades de las instituciones o centros de salud, el rol de los comités de bioética, etc.

Se trata de situaciones nuevas que no pueden resolverse intentado encuadrarlas en las viejas reglas; se deben prever nuevas soluciones, acordes a los nuevos problemas que ya existen y los que pueden presentarse en el futuro. La realidad argentina muestra casos en que la aplicación analógica de las normas de la filiación por naturaleza o por adopción da lugar, en ocasiones, a planteamientos abusivos o inescrupulosos, soluciones injustas o, como mínimo, poco claras.

6 | La importancia del elemento volitivo

6.1 | La llamada “voluntad procreacional” Las distintas verdades

Malaurie⁽³⁶⁾ afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”).

En paralelo con las expresiones usadas por varios referentes del derecho brasileño, en la TRHA se estaría ante una filiación “socioafectiva”⁽³⁷⁾, en la

(36) MALAURIE, PHILIPPE, “La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire Odièvre”, *La semaine juridique*, 2003, (N° 26), p. 546.

(37) Ver, entre muchos, DIAS, MARIA BERENICE, *Manual de Direito das Famílias*, 6ta edição, São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2010; CHAVES DE FARIAS, CRISTIANO y ROSENVALD, NELSON, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 517 y ss; WELTER, BELMIRO PEDRO, *Igualdade entre as filiações biológica e socioafectiva*, São Paulo, Editora Dos Tribunais, 2003; DA SILVA SAPKO, VERA, *Do direito a paternidade e maternidade dos Homossexuais*, Juruá, Curitiba, 2005; HARMATIUK MATOS, ANA C., *Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade*, en *Familia e Responsabilidade*, Coord. RODRIGO, DA CUNHA PEREIRA, Porto Alegre, IBDFAM- Magister, 2010, p. 39 y ss.; LOBO, PAULO, *Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito*, em *Afeto y Estruturas Familiares*, DÍAZ, MARIA BERENICE, FERREIRA BASTOS, ELIENE y MARTINS MORAES, NAIME M., IBDFAM, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 453 y ss.

que el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético.

Como se ha dicho, antes de la aparición de las TRHA, sólo existía la procreación por medios naturales a través del coito. Quien dejaba embarazada a la mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético; además, la mujer que gestaba el niño lo hacía siempre con óvulos propios. Es decir, lo biológico comprendía lo genético, siendo imposible disociarlos⁽³⁸⁾. En suma, el "vínculo biológico" era el presupuesto de una serie de "certezas".

Hoy, como consecuencia de las TRHA, se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria. Veamos cada una de las variables que pueden presentarse en el marco del derecho filial.

- a. **Verdad genética:** Lo relevante es haber aportado el material genético. Es un puro reduccionismo geneticista.
- b. **Verdad biológica:** El origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes. La verdad biológica importa un *plus* respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon⁽³⁹⁾. En la procreación por medios naturales, respecto del hombre, consiste en haber tenido relaciones sexuales; respecto de la mujer, no sólo en la relación sexual, sino en haber gestado durante nueve meses.
- c. **Verdad voluntaria o consentida:** la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo: la *voluntad procreacional*.

(38) En general, el elemento genético, el biológico y el volitivo coincidían en una misma persona. Decimos en general, porque puede que ese hombre no haya deseado tener ese niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico, siempre determinante. Ver LAMM, ELEONORA, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación (En las fronteras del derecho civil y la bioética)*, tesis doctoral defendida el 22 de enero de 2011 en la Universidad de Barcelona (en prensa).

(39) De esta verdad se habla en los casos de adopción.

Cuando se recurre a las TRHA, el aporte puede ser puramente genético. Como lo meramente genético carece del *plus* señalado para lo biológico, lo volitivo adquiere gran relevancia⁽⁴⁰⁾. En definitiva, el elemento volitivo adquiere importancia superlativa, de modo que cuando en una persona no coincide el elemento genético, el biológico y el volitivo, se debe dar preponderancia al último. Coincidimos con Rivero Hernández, quien sostiene que el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca “no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos. (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no —excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola— y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión”⁽⁴¹⁾.

En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser “*parent*” (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genético y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva⁽⁴²⁾ determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional.

(40) ¿Quién es el padre? ¿el donante que aportó material genético o el que quiso tener el niño?

(41) RIVERO HERÁNDEZ, FRANCISCO, *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 146.

(42) LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO, *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09

Estas nuevas realidades importan una “desbiologización y/o desgenetización de la filiación”; el concepto de filiación ha ganado nuevos contornos en sede doctrinal y jurisprudencial, comenzándose a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional” como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos y no, exclusivamente, de características genéticas.

Durante años, la lucha en el derecho de la filiación se dirigió al triunfo de la verdad biológica; hoy, en cambio, la bandera que comparte el escenario o el liderazgo es la voluntad. Las TRHA han provocado una vuelta a la *verdad voluntaria*, en tanto, si bien es utilizada por quienes no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, el elemento genético no es el que determina la filiación sino el volitivo.

6.2 | La cuestión en el derecho comparado, especialmente, el derecho español

¿Cómo se incorpora a la ley la voluntad procreacional, centro o eje de la filiación por TRHA?

España fue el primer país que reguló, de manera especial e integral, el uso de las TRHA a través de la ley 35/1988 (derogada por ley 14/2006).

Cabe, pues, exponer en primer lugar esa experiencia legislativa.

La actual ley 14/2006 dispone en su art. 8.1: *“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”*.

Según esta disposición, si alguien consintió, no puede impugnar la filiación alegando no ser quien aportó el material genético; o sea, el vínculo

a 2/10/1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Ed. Trivium, 1988, p. 325.

filial queda determinado por el consentimiento previamente prestado con prescindencia del elemento genético o biológico⁽⁴³⁾.

España extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo; en consonancia con esta regulación, cuando se trata de matrimonios integrados por dos mujeres, admite que la filiación del niño respecto de la cónyuge de la mujer que dio a luz se determine sobre la base del consentimiento (art. 7.3, ley TRHA) la misma postura es seguida por otras legislaciones⁽⁴⁴⁾; este otro vínculo materno se crea con total independencia del vínculo genético⁽⁴⁵⁾.

(43) En la misma línea, el art. 256 del Código Civil suizo; el art. 311-20 modificado por la Ordenanza n° 2005-759 del 4/7/2005 de la legislación francesa; el art. 35 de la HFEA; el art. 20 de la ley portuguesa n° 32/2006, del 26/07/2006; la legislación islandesa (*Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*, no. 55. May 29, 1996); el art. 1597 del Código Civil brasileiro de 2002. Destacamos la postura que adopta la ley más restrictiva del derecho europeo como lo es la ley italiana 40/2004 que, si bien prohíbe —como vimos— las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga, previendo una multa de entre 300.000 y 600.000 euros, establece que si a pesar de dicha prohibición se realiza este tipo de técnicas, el cónyuge o el conviviente cuyo consentimiento ha sido recibido, no puede ejercitar acciones de desconocimiento de la paternidad en los casos previstos por el art. 235, primer párrafo del Código Civil ni impugnación a los términos del art. 263 del mismo Código. En caso de aplicación de técnicas de tipo heterólogo en violación de la prohibición, el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica parental con el nacido y no se puede hacer valer en su contra ningún deber ni ser titular de derechos. La *Uniform Parentage Act norteamericana* (2000) amplió su contenido para permitir determinar la filiación de los concebidos a través de TRHA respecto del hombre que, sin ser el marido de la madre, aporta su espermatozoide o consiente a la aplicación de las TRHA *con la voluntad de ser el padre del menor* (§703), y del hombre que tiene la voluntad de ser el padre del menor, que debe expresar su consentimiento por escrito (§704).

(44) La determinación de la filiación de la segunda mujer sobre la base del consentimiento previamente prestado también ha sido adoptada en el Reino Unido (arts. 43 y 44 de la HFEA); Bélgica (*Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*); Suecia (ley SFS 2005:434); Noruega (Ley sobre el uso médico de la biotecnología); Islandia (*Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*, no. 55. May 29, 1996); Australia (AUST J. FAM. LAW 160 (2009); entre otros países.

(45) Esta solución cambia absolutamente la noción tradicional de maternidad. Puede suceder que una de las mujeres haya aportado su gestación y haya parido con óvulos de la otra mujer o donados. Además, puede suceder que la segunda mujer no haya gestado, ni por ende parido, ni haya aportado su óvulo y aún así, puede ser jurídicamente la madre por haberlo consentido. Como se puede advertir, se trata de una noción de maternidad que se aparta de las estructuras tradicionales. Ver LAMM, ELEONORA, *La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, Revista de bioética y derecho (en prensa).

La reciente reforma del Código Civil catalán (ley 25/2010 del 29 de julio, en vigencia desde el 01/01/2011) añade el consentimiento a las TRHA a la lista de títulos de atribución de la filiación. De esta manera, el nuevo artículo 235-3 relativo a la "Determinación" establece: "*La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre*". Además, en los arts. 235-8 y 235-13 confiere el mismo tratamiento y demanda los mismos requisitos para todo hombre o mujer, con independencia de su estado civil, no distinguiendo si la pareja se encuentra o no unida en matrimonio ni si está integrada por dos personas de igual o diferente sexo. Todos pueden consentir en documento sanitario o en documento público.

7 | Las TRHA en el derecho argentino de hoy y de mañana

7.1 | La filiación matrimonial después de la ley 26.618⁽⁴⁶⁾

Durante el debate parlamentario y en los primeros tiempos de vigencia de la ley 26.618 que reconoce el matrimonio a las parejas del mismo sexo, la "crisis de la filiación homoparental" giraba en torno a la adopción. ¿Es bueno o perjudicial para un niño ser criado por una pareja del mismo sexo?

Muy poco tiempo después, se observó que la cuestión no pasa por la adopción sino por la filiación derivada por el uso de las TRHA e, incluso, por la filiación por naturaleza. Nos explicamos: No tenemos una ley que

(46) Para profundizar este tema ver, entre otros, GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, *Matrimonio Igualitario. Ley 26.618. Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2010, capítulo IV, p. 225 y ss.; DI LELLA, PEDRO, *Filiación y Autonomía de la voluntad (a propósito de la ley 26.618)*, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, julio 2011, (N° 50) p. 133 y ss.; SOLARI, NÉSTOR, *Algunas cuestiones derivadas de la filiación en la ley 26.618*, Revista de Derecho de Familia y Persona, Buenos Aires, La Ley, junio 2011, año 3 (N° 5), p. 8 y ss.

regule las TRHA pero, como se ha dicho, esta práctica médica se realiza con alta frecuencia.

La ley 26.618 autorizó a contraer matrimonio a personas del mismo sexo; la primera pregunta fue: ¿Opera la presunción de paternidad del marido (art. 243 del Código Civil) generándose vínculo filial por presunción legal con ambas mujeres o, por el contrario, dicha presunción sólo rige para los matrimonios de diverso sexo?

La respuesta exige recordar que la ley 26.618 no reformó de manera expresa el art. 243 que prevé la presunción de paternidad del marido; no obstante, incorporó normativa vinculada a la materia.

Nos referiremos, en primer lugar, al hijo nacido del matrimonio de dos mujeres.

El art. 36 de la ley 26.618 reformó el inciso c) del artículo 36 de la ley 26.413 referido al contenido del acta de inscripción de los hijos nacidos dentro de un matrimonio en el registro del estado civil y capacidad de las personas. El texto vigente dice: "El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de DOS (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta".

La cuestión de la filiación en parejas del mismo sexo no fue ajena al legislador y dispuso que el niño se inscriba con el nombre y apellido de la madre "y su cónyuge".

¿Qué sentido tiene este recaudo? En nuestra opinión, y la de varios autores argentinos, la mención legal implica reconocer que un niño puede contar con dos filiaciones del mismo tipo, es decir, con dos madres, generándose vínculo filial con la mujer que da a luz y con su cónyuge. ¿Es un padre en cuerpo de mujer? No. Se trata de dos mujeres que tienen un proyecto común (tener y criar un hijo) derivado claramente del acto de haber contraído matrimonio; ese doble vínculo es independiente de que la

cónyuge haya o no aportado material genético (circunstancia hoy posible gracias al desarrollo de la ciencia médica).

Esta postura se refuerza con la aplicación de los dos últimos párrafos de la ley 26.618 que dicen: “Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo”.

Según esta normativa, no es posible jurídicamente distinguir los hijos nacidos de un matrimonio entre personas de diferente sexo y de igual sexo; por lo tanto, si el nacimiento de un hijo genera *ipso iure* vínculo con ambos miembros de la pareja conyugal heterosexual, igual solución debe darse al que nace en un matrimonio de mujeres; de lo contrario, si el vínculo se estableciese sólo con la mujer que da a luz, se alteraría no sólo la norma legal sino su fundamento constitucional, el cual es el principio de igualdad y no discriminación.

¿Qué postura adoptan los registros civiles?

En la Argentina, según un sector de la doctrina, las cuestiones registrales son de índole local, reservadas a las autoridades provinciales (piénsese que existen aproximadamente 10.000 oficinas en todo el país); para otros, en cambio, se trata de derecho de fondo que pertenece al ámbito nacional. En una y otra posición, se observa que los diferentes registros han respondido de manera dispar.

El primer caso se presentó en el registro civil de la Ciudad de Buenos Aires y se conoce como caso *Vicente*. El niño nació de una mujer que se había sometido a TRHA; durante el embarazo, se sancionó la ley 26.618; la pareja contrajo matrimonio de inmediato; en la partida de nacimiento, en el renglón referido a la madre, se colocó el nombre y apellido de la persona que dio a luz; se aclaró que estaba casada con otra mujer, cuyo nombre

y apellido también se escribió; el renglón destinado al nombre y apellido del “padre” quedó en blanco.

A nuestro entender, esta modalidad de inscripción contraría el principio de igualdad y genera problemas prácticos insolubles: (a) incumple una disposición básica, la prohibición de que las partidas reflejen si los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales (art. 241 del Código Civil); (b) queda “en blanco” un lugar de la partida creado, precisamente, para generar doble vínculo filial; este niño, en cambio, aparece con un solo vínculo, aunque quien lo ha parido está casada; (c) ¿Qué sucede si un hombre pretende reconocer al niño? ¿Hay tres filiaciones? ¿La cónyuge de la mujer puede oponerse? Adviértase que si la cónyuge ha dado su material genético, el niño tiene vínculos genéticos con la cónyuge de la mujer que da a luz, pero no con la propia gestante.

Este tipo de cuestiones deben resolverse con el núcleo duro de la reforma: igualdad y no discriminación.

Por eso, hay que preguntarse cómo se resolvería la cuestión si se tratase de un matrimonio integrado por dos personas de diverso sexo y aplicar la misma solución. Este ha sido uno de los pilares tenidos en cuenta por el equipo de trabajo; el texto proyectado, ubicado en el capítulo dedicado a la determinación de la filiación⁽⁴⁷⁾ matrimonial, dice: “Se presumen hijos del/a cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio vincular o nulidad del matrimonio, o de la separación de hecho, salvo prueba en contrario. Este artículo rige para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida siempre que el/la cónyuge haya prestado el correspondiente consentimiento informado y libre según lo dispuesto el capítulo...”.

La reforma contribuye a disipar los debates auspiciados por algunas personas que se resisten a admitir una realidad: el nacimiento y crianza de niños en parejas del mismo sexo merced al desarrollo de las TRHA.

(47) Adviértase que no se alude a la determinación de la “paternidad” matrimonial sino a la determinación de la “filiación” matrimonial, en un formato o modalidad neutros, ya que en los matrimonios conformados por dos mujeres, ambas se sienten y son madres (co-madres).

La solución coincide con la que han asumido otros registros del estado y capacidad de las personas y, en especial, con la reiterada realidad social que tanto debe importarle al derecho. Nos explicamos.

En la práctica y por el uso de las TRHA, sin ley que extienda el matrimonio a las parejas del mismo sexo, varias mujeres lesbianas se sometían a ellas utilizando material genético de su pareja del mismo sexo o el suyo y, en ambos supuestos, con donación de un tercero anónimo o no. Por lo cual, sin ley esto ya sucede y sigue sucediendo. ¿Qué sucede con el niño? Es criado y cuidado forjando día a día su identidad dinámica con ambas mujeres, quien dio a luz y su pareja, que puede o no ser también quien ha dado su material genético. De este modo, la realidad muestra que este niño cuenta con dos referentes afectivos con fuertes lazos y que el derecho sólo vislumbra a una de ellas, quien lo parió. ¿Qué solución jurídica sería la que más se adecua al principio rector del interés superior del niño? La respuesta es elocuente, aquella en la cual el vínculo afectivo tiene un claro reconocimiento en el plano jurídico.

7.2 | La filiación extramatrimonial

La ley 26.618 se refiere a la familia matrimonial, pero es innegable su repercusión o incidencia en la extramatrimonial. ¿Qué sucede con los niños nacidos por TRHA, con donante anónimo, de una mujer lesbiana, cuya pareja pudo o no haber dado su material genético, que no contrajeron matrimonio? ¿Cómo pueden estos niños generar vínculo con la pareja que después de la ley contrajeron matrimonio pero que nacieron fuera del matrimonio? ¿Si la pareja no contrae nunca matrimonio? ¿Puede una mujer que, posteriormente al nacimiento del niño se unió en matrimonio con la mujer que dio a luz, ir al registro civil a reconocerlo? ¿Qué acontece con los niños que tienen vínculo sólo con una persona —la que los parió— pero no con la otra mujer con quien viven, desarrollan su identidad dinámica, e incluso los une un vínculo genético si ella aportó su material genético?

Si la pareja no matrimonial fuese heterosexual, la respuesta sería medianamente sencilla: el hombre podría reconocer al niño (art. 248 del Código Civil) con quien tendría rápidamente vínculo filial.

Las respuestas no son simples en las uniones homosexuales por lo que, una vez más, aparece el llamado “activismo judicial”.

El primer caso resolvió una “medida autosatisfactiva”, mediante la cual se petitionó que se obligara al registro civil a inscribir “el reconocimiento” realizado por una mujer que contrajo nupcias con quien había dado a luz a un niño. El 07/04/2011, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁽⁴⁸⁾ hizo lugar a la solicitud. En el caso, la cónyuge de la persona que dio a luz había aportado el material genético del niño nacido por esta técnica médica (o sea, el embrión implantado se había conformado con un óvulo de la “reconociente”).

Otras dos peticiones se interpusieron posteriormente por vía del “amparo”. La primera sentencia, del 24/06/2011⁽⁴⁹⁾ corresponde al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro. 15; la segunda, del 13/07/2011⁽⁵⁰⁾, es del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro. 6.

En ambos casos se intentaba la inscripción del “reconocimiento” de mujeres casadas con posterioridad al nacimiento del niño.

La primera diferencia con la sentencia antes reseñada que decidió la medida autosatisfactiva, relevante para quienes centran su atención en la biología —o en el geneticismo— es que en estas dos falta el vínculo biológico (genético) entre la cónyuge de la madre y el niño. Otro dato diferencial de la sentencia del 24/06/2011 es la existencia de otro hijo nacido por la misma práctica médica; dado que nació después del matrimonio, tiene vínculo filial con ambas mujeres (quien dio a luz y su cónyuge); en cambio, el hermano nacido antes del matrimonio sólo tiene vínculos con la mujer que lo dio a luz.

Las tres decisiones hicieron lugar al pedido, obligaron al registro civil a inscribir el reconocimiento y determinaron vínculos jurídicos entre el niño

(48) Juzgado Contencioso administrativo y Tributario, Nro. 4, CABA, 07/04/2011, “C., M. del P. y otra c/ GCBA”, comentado por ALES URÍA, MERCEDES, *La doble maternidad en el derecho argentino y comparado*, Abeledo Perrot on line, Lexis N° 70070720.

(49) Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario, Nro. 15, CABA, 24/06/2011, “V.A.F. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Microjuris on line, Cita: MJ-JU-M-66567-AR | MJJ66567 | MJJ66567.

(50) Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario, Nro. 6, CABA, 13/07/2011, “M.Y.M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Microjuris on line, MJ-JU-M-66984-AR | MJJ66984 | MJJ66984.

nacido y la mujer que contrajo matrimonio con la persona que dio a luz, priorizándose la “voluntad” de querer ser madre (co-madre). En los tres se había acreditado que el niño convive y se desarrolla, desde su nacimiento, con la persona que se inscribe como segunda madre.

Los precedentes aciertan cuando la solución se analiza a la luz de los Derechos Humanos en juego; no obstante, es discutible si la situación debe ser juzgada como un “reconocimiento”, máxime en el marco de un ordenamiento jurídico en el cual, si un hombre reconoce un hijo extramatrimonial a sabiendas de que no es su hijo biológico, estaría incurriendo en el delito de supresión y suposición del estado civil y de la identidad (art. 138 y ss. del Código Penal).

Consecuentemente, por coherencia, podría llevar a que sólo se admita el reconocimiento de la segunda mujer si esta hubiera aportado su material genético o, en otras palabras, a que no se permita su reconocimiento si no lo ha aportado.

A los fines de no dejar la resolución de estos casos en manos exclusivas de los jueces, con la consiguiente inseguridad jurídica derivada de la discrecionalidad que gira en torno a las decisiones judiciales, se presentó un proyecto de decreto de necesidad y urgencia auspiciado por varios organismos que defienden los derechos de las personas gays, lesbianas, transexuales, etc., en particular la organización Lesmadres⁽⁵¹⁾.

El proyecto tiene por objeto regularizar la situación de estos niños a través de un proceso administrativo conforme el cual las mujeres que después del nacimiento del niño contrajeron matrimonio pueden solicitar “completar el acta de nacimiento” para generar vínculo con la otra mujer⁽⁵²⁾.

(51) Para conocer las diferentes estrategias que está llevando adelante esta organización compulsar <http://www.lesmadres.com.ar/>.

(52) Se propone como art. 1: “Establécese por el término de 1 año, contado a partir la publicación del presente decreto y con carácter excepcional prorrogable por 1 año más, un régimen administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de 18 años de edad de matrimonios conformados por dos mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618 (...)”; agregando el art. 3 que: “Ambos cónyuges deberán manifestar expresamente su pleno consentimiento a la inscripción en los términos del art. 36 de la ley 26.618”, por lo cual “Cumplido lo provisto en el artículo anterior, el oficial público deberá completar el acta de nacimiento y la libreta de matrimonio correspondiente” (art. 4).

Ni la propuesta legislativa ni la jurisprudencia reseñada eliminan todos los problemas jurídicos generados por el matrimonio igualitario en el campo filial. ¿Qué acontece si la pareja de mujeres, por decisión personal, decide no contraer matrimonio?

El anteproyecto de reforma del Código Civil pretende solucionarlos, pero sólo en los casos en los que se ha recurrido a una TRHA⁽⁵³⁾, mediante la intervención médica.

8 | Una realidad: la gestación por sustitución

8.1 | Terminología. Conceptos preliminares

Como es sabido, la gestación por sustitución implica, cuanto menos, la existencia de un acuerdo de voluntades por el que una mujer gesta un niño para otra persona (sea un hombre, otra mujer o una pareja heterosexual u homosexual).

Esta realidad es generalmente conocida con la expresión *maternidad subrogada*, aunque se utilizan distintas denominaciones, tales como: gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, madre suplente, madre portadora, por citar sólo algunas de las más difundidas. En inglés los términos también varían: *surrogacy*, *surrogate*; *gestational mother*, *surrogate mother*, entre otros.

El derecho comparado tampoco presenta uniformidad terminológica; en España, la ley hace referencia a la *gestación por sustitución*; en México,

(53) El artículo propuesto dice: 1) *Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida*: "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, debiendo renovarse éste cada vez que se proceda a la implantación de material genético. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público". 2) *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 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".

el CC de Coahuila, a *maternidad subrogada*; el CC de Tabasco distingue entre *maternidad subrogada* y *maternidad gestante sustituta*, según la gestante aporte o no material genético; la ley del Distrito Federal —aún pendiente de nuevo tratamiento en comisión⁽⁵⁴⁾— la llama *gestación subrogada*.

La evolución de la figura y la distinción entre distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. Según el diccionario de la Real Academia Española *subrogar* es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término *sustitución* para especificar que se gesta (y sólo se gesta) para otro y por otro que no puede hacerlo.

El anteproyecto de reforma del Código Civil utiliza la expresión “*gestación por sustitución*” por dos razones fundamentales: en primer lugar, la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada; en segundo lugar porque, como se verá, la normativa sólo acepta la figura de la mujer puramente gestante.

Sea cual fuese la denominación, lo cierto es que entre las muchas aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, ésta es la que plantea mayores cuestionamientos, no sólo legales, sino éticos. Las preguntas son infinitas⁽⁵⁵⁾:

¿Presta la gestante un consentimiento verdaderamente informado?; ¿Pueden predecirse las emociones asociadas con ceder a un niño?; ¿Cuál es el grado de estrés en la pareja comitente?; ¿Cuáles son los posibles efectos psicológicos en el niño?; ¿Qué crisis de identidad puede producirse?; ¿Habrá un deseo del niño de conocer a quien fuera la gestante?; ¿Es éticamente correcto que se le pague un monto a la mujer gestante?; ¿La

.....

(54) Como consecuencia de la “moción de censura” aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el pasado 20 de diciembre del 2011.

(55) FARNÓS AMORÓS, ESTHER, *European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010*, disponible en http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf, compulsada el 27/08/2010.

compensación conduce necesariamente a la explotación de las mujeres?; ¿Qué pasa si nadie quiere un niño que nace con discapacidad?; ¿Corresponde informar al niño que su existencia ha tenido origen en un proceso de gestación por sustitución?; ¿Qué tipo de registros se deben llevar?; ¿Tiene el niño nacido acceso a la información?

¿Debe aceptarse que sea practicada con fines comerciales o sólo con fines altruistas?; de optarse por la legalización con fines altruistas, ¿qué cuantía aproximada debe considerarse "compensación razonable" a percibir por la mujer gestante por las molestias y gastos en los que incurrió durante la gestación y el parto?; ¿debe existir algún tipo de vínculo familiar o afectivo entre la pareja comitente y la gestante?; ¿deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la gestación por sustitución, es decir, aquella en que la gestante sólo gesta, o también debe desplegar efectos la maternidad subrogada plena, en la que además de gestar, la gestante aporta sus óvulos?; ¿cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la gestante que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente?; ¿a favor de quién debe determinarse la filiación del nacido en tales circunstancias?; ¿debe permitirse sólo a las parejas infértiles o también a las parejas e individuos que padecen la conocida como "infertilidad estructural", como los hombres solos o las parejas gays?

En definitiva, en el ámbito de la filiación, ¿madre es la que pare?

En el régimen vigente, según el art. 242 del Código Civil, la maternidad se determina por el parto. Consecuentemente, aunque se "convenga" otra cosa, madre es quien da a luz.

Sin embargo, aplicar esta regla en todos los casos en los que se recurre a la gestación por sustitución conduce a una solución que, generalmente, no coincide ni con la voluntad de las partes, ni con el interés superior del niño, consolidándose enormes injusticias. En consecuencia, es necesario reflexionar y preguntarse: ¿Es conveniente prohibir la figura de la gestación por sustitución, declarar la nulidad del convenio privándolo de todo efecto y reconocer siempre y, en todo caso, la maternidad en la gestante o, por el contrario, se debe respetar la autonomía de la voluntad de las personas y reconocer la filiación de aquellos que han querido y buscado ese hijo, superando la dificultad que se lo impedía?

8.2 | Un caso argentino

Una sentencia del 14/04/2010 de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos⁽⁵⁶⁾, colocó sobre el escenario judicial una realidad silenciada, al menos en el campo jurisprudencial.

Una mujer que aportó el óvulo para la fecundación *in vitro* del niño interpuso demanda de impugnación de la filiación de la mujer que había dado a luz y, consecuentemente, aparece como madre legal del niño en la partida de nacimiento.

El juez de primera instancia declaró improponible la demanda en tanto negó legitimación a la actora; fundó su decisión en el art. 262 el Código Civil argentino (que dispone que la acción intentada por la madre sólo es procedente cuando alega sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo) y en la jurisprudencia interpretativa (que requiere se den razones que descarten su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular).

La actora apeló. Calificó de arbitraria la resolución, por obstruir el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad objetiva. Fundó la necesidad de flexibilizar los principios procesales que rigen en una materia en la que está en juego la identidad de la persona en diversos principios constitucionales. La Cámara revocó el decisorio. Interpretó que en el supuesto de impugnación de maternidad previsto en el art. 261 del Código Civil prima el vínculo biológico de la filiación, tanto es así que el texto sólo requiere "no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo", objetivo puesto de manifiesto en el sistema creado por la ley 23.264, ángulo desde el cual deben interpretarse el art. 262 y los distintos supuestos que puedan presentarse; en ese marco, el art. 262 faculta para impugnar la maternidad a "todo tercero que invoque un interés legítimo" y, precisamente, la amplitud de los legitimados activos consagrada responde a "la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico", con lo cual, quien pretende el reconocimiento de su vínculo biológico como madre impugnando el emplazamiento de quien figura como tal, no se encuentra excluida por el

(56) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, 14/04/2010, "B., M. A. c. F. C., C. R.", Gualeguaychú, La Ley on line, AR/JUR/75333/2010.

art. 262, norma que debe interpretarse de modo armónico con el art. 261 del mismo cuerpo legal.

Al resolver favorablemente la cuestión de la legitimación, la Alzada remitió el caso a primera instancia para que, oportunamente, dicte sentencia sobre el fondo del asunto.

¿Qué debería resolver el juez? ¿Mantener la filiación materna en cabeza de la mujer que dio a luz a un niño con el que no tiene vínculo genético ni voluntad procreacional, pero a quien se le ha aplicado irrestrictamente la regla “la madre siempre es cierta” o, en atención a la identidad genética, sumada a la volitiva, establecer la filiación a favor del matrimonio que encomendó la gestación?

El principio rector del interés superior del niño nos inclina a favor de la segunda posibilidad, que tiene a la voluntad procreacional como eje o columna vertebral del uso de las TRHA y de la filiación que de la misma resulta.

8.3 | Derecho y realidad: ¿prohibir, omitir o regular?

El fallo sintetizado en el apartado anterior muestra una verdad incontrovertible: la gestación por sustitución se practica, con o sin ley. Es más, son imaginables más situaciones, entre otras, las siguientes:

- a. Gestante soltera es implantada con un embrión formado con material genético del comitente, o es inseminada con semen del comitente; nacido el niño, el comitente lo reconoce (adviértase que hijo y padre están unidos, además de la voluntad procreacional, por el elemento genético). Tiempo más tarde, la esposa del comitente (que no es la gestante) solicita la adopción de integración del hijo del cónyuge.
- b. Gestante casada es implantada con un embrión formado por material genético de un hombre casado con otra mujer, o es inseminada con su semen. Nace el niño; el marido de la gestante inicia una acción de impugnación de la paternidad (art. 259 del Código Civil), alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa. Se hace lugar a la acción y el hombre que quiere ser padre, a quien le corresponde el

material genético, reconoce al niño; posteriormente, la esposa del reconociente, peticona la adopción de integración.

Los dos casos, además de burlar los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley, confieren diferente trato a los miembros de la pareja comitente cuando ambos han aportado su material genético. Mientras que al hombre le basta reconocer, la mujer deberá acudir al procedimiento de adopción⁽⁵⁷⁾, para obtener sólo una adopción simple.

- c. Un embrión formado con material genético de una pareja matrimonial, o no —en este caso puede que no se haya aportado material genético; de hecho esa sería la diferencia con el anterior caso, porque precisamente al no haber aportado ese material, especialmente semen, el comitente no podrá reconocer y su mujer no podrá luego adoptar— que tiene la voluntad de procrear es implantado en otra mujer; nacido el niño, el matrimonio solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha forjado con ellos un fuerte vínculo afectivo, en tanto quien lo gestó y parió se lo entregó en forma directa; en principio, el derecho argentino no autoriza la entrega directa de la supuesta “familia biológica” a la pretensa adoptante (conf. art. 318 del Código Civil); sin embargo, varias decisiones judiciales, con fundamento en el interés del niño, han convalidado esa elección cuando se ha acreditado un fuerte vínculo afectivo. En la situación planteada, la adopción presenta varias dificultades: (a) contraría la letra de la ley; (b) si la gestante fue implantada con un embrión formado por material genético de los comitentes, supone adoptar a un niño que posee material genético de la pareja, o al menos, de uno de sus miembros.

De cualquier modo, como se advierte, aunque por una vía indirecta, costosa, lenta e inconveniente, el niño concluye en el seno de la familia que tiene voluntad procreacional.

(57) Los Tribunales de Nueva York han reconocido la maternidad en los casos de gestación por sustitución sin necesidad de requerir un proceso de adopción (véase *Doe v New York City Bd. of Health*, 5 Misc 3d 424; *Arredondo v Nodelman*, 163 Misc 2d 757; ver también *Matter of Doe*, 7 Misc 3d 352). En el mismo sentido, véase lo resuelto recientemente por la Supreme Court of the State of New York, Appellate Division: Second Judicial Department in the case *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health*. August 09, 2011. 6557/09, que consideró que esta diferencia de trato es discriminatoria.

Siendo así, ¿qué debe hacer el legislador? ¿Prohibir gestación por sustitución, silenciarla, regularla? Nos inclinamos por esta última opción por las razones que pasamos a exponer.

(i) Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice en los centros de salud; antes bien, se utilizan estrategias como las señaladas, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona⁽⁵⁸⁾.

(ii) Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, el niño encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva.

(iii) Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costo.

(iv) Esta práctica se realiza en muchos países del mundo; las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales. En consecuencia, las prohibiciones legales podrían ser tildadas de discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación

.....

(58) A modo de ejemplo, traemos a colación la nota periodística publicada en Página 12 sobre un matrimonio de dos hombres que “recurrió a la “maternidad subrogada”. Con espermatozoide de uno de ellos y un óvulo donado por una canadiense, el vientre fue alquilado a una mujer en India. El embarazo está en marcha, pero para que al bebé pueda salir de ese país debe tener nacionalidad argentina. Ya pidieron en la Justicia que se le otorgue documento argentino”. Se trata de un amparo presentado ante el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires a los fines de conseguir que cuando el niño nazca pueda ser inscripto a nombre de ambos padres (Nota periodística: “La batalla por la paternidad”, Página 12, 18/12/2011 en <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-183627-2011-12-18.html>, compulsado el 25/12/2011).

por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los Estados Unidos, Ucrania, la India u otros lugares donde dicha práctica está permitida, dando lugar a lo que se denomina "turismo reproductivo"⁽⁵⁹⁾; de allí el interés puesto en la figura por algunos organismos internacionales, como la Convención de la Haya, tal como se ha indicado.

(v) La gestación por sustitución ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios; esta técnica se practica en la Argentina, aunque no exista ley. En la misma línea, habría que considerar la posibilidad de permitir la para ayudar a las mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero. En fin, las demandas a los médicos son numerosas y variadas, y el legislador debe responder.

(vi) Como se ha señalado, la legislación argentina permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo; la gestación por sustitución es la única opción que tiene una pareja compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque de uno solo de ellos); conforme el principio de igualdad (el mismo que constituyó el pilar del reconocimiento legal de dichas uniones), si un matrimonio de lesbianas puede generar vínculos filiativos a través de las TRHA, ese derecho también debe ser conferido a una pareja de varones.

(vii) La regulación de la gestación por sustitución es la tendencia que prevalece en el derecho comparado reciente. Legislaciones que surgieron con carácter restrictivo, comienzan a flexibilizarse por imperio de la realidad. Así, por ej., si bien las leyes del Reino Unido y de Grecia⁽⁶⁰⁾ prohíben

(59) Algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en un delito. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa. Por último, están quienes ven en esta práctica una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres (Véase COHEN, J., *Le tourisme procréatif: un pis-aller*, Gynécologie Obstétrique & Fertilité, Paris, Elsevier, 2006, (Vol. 34), pp. 881/882).

(60) La ley exige que la práctica sea gratuita, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y el parto. No obstante, en los hechos, normalmente se remunera a la gestante. Esto es así porque el artículo 26 de la ley 3305/2005 que introduce las sanciones penales, imponiendo una pena de prisión de hasta 2 años para quien publicite, actúe como intermediario mediante el pago de un precio, u ofrezca estos servicios por un precio, no distingue entre la gestante, los intermediarios y los comitentes, y nada prevé para el niño nacido de un contrato de maternidad subrogada ilegal por su carácter comercial. Ante esta situación cabe preguntarse: ¿qué sería del niño si comitentes y gestante fueran condenados

este tipo de práctica cuando es de carácter lucrativa, en los hechos⁽⁶¹⁾ la situación está modificada. En España, la ley prohíbe la gestación por sustitución declarando nulos los contratos, pero el Estado se ha visto ante la necesidad de dar respuesta a los “casos extranjeros”, es decir, a dar un *status* legal (tanto en materia de filiación como de nacionalidad) a los niños nacidos mediante convenios celebrados en el extranjero, cuando los comitentes de nacionalidad española vuelven a su país con el o los niños nacidos en el extranjero. Así lo ha hecho la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” del 05/10/2010, cuyos requisitos, lamentablemente, según la Audiencia Provincial de Valencia no estaban presentes en un caso de un matrimonio de dos hombres que desde 2008 viene luchando por conseguir la inscripción de sus gemelos gestados y nacidos en Los Ángeles⁽⁶²⁾.

En una sociedad liberal, dice Charlesworth, la gente debería poder elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desea tener hijos y el tipo de familia que quiere constituir; además, no debería ser penalizada (por ejemplo, siéndole denegado el acceso a los fondos y recursos de la

.....
a dos años de prisión? El interés superior del niño hace que esta sanción carezca de fuerza legal. Véase HATZIS, A. N., *From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece*, en *Portuguese Economic Journal*, 2009, (Vol. 49, Núm. 3), p. 205 y ss., disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1442869>. Compulsada el 27/08/2010.

(61) En este sentido véase el caso L (A Minor) [2010] EWHC 3146, disponible en: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed74241>. Compulsada el 23/02/2011. Se trata de un contrato de maternidad subrogada celebrado en Illinois, EEUU. El acuerdo era totalmente legal en esa jurisdicción, pero era ilegal en el Reino Unido, porque los pagos efectuados por los demandantes iban más allá de lo que se entiende por gastos razonables. De esta manera, no se cumplían los requisitos previstos por el art. 54 de HFEA, impidiendo que se otorgue una orden parental a favor de los solicitantes. No obstante, el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño y sostuvo que el bienestar del menor no es sólo la *primera* cuestión a considerar por el tribunal, sino la *principal* cuestión. De este modo, cuando éste entra en conflicto con una política pública (como es la prohibición de pagar un monto que exceda lo que se entiende por “gastos razonables”) debe prevalecer el bienestar del menor, que en este caso se satisface si la filiación del menor se establece respecto de los comitentes. Algunos autores entienden que este fallo, que elude el requisito de la prohibición de remuneración para otorgar la orden parental, abre la puerta a la maternidad subrogada “comercial” o “lucrativa”, en el Reino Unido. En igual sentido, confirman esa jurisprudencia A and A v P, P and B [2011] EWHC 1738 (Fam); IJ (A Child) [2011] EWHC 921; *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180; *la reciente sentencia Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam) etc.

(62) La sentencia nro. 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia del 23/11/2011 confirmó la de la instancia inferior que hizo lugar a la demanda interpuesta por el ministerio fiscal y ordenó la cancelación de dicha inscripción.

sanidad pública) por elegir otras alternativas al formato de familia tradicional (heterosexual y monogámica), a no ser que esto implique un peligro claro y serio para la sociedad o para el niño que nazca por diferentes formas alternativas de procreación que no sea por naturaleza (por ejemplo, de relaciones incestuosas). Desde su punto de vista, este resultado es la consecuencia inevitable de vivir en una sociedad liberal democrática que tolera la pluralidad y lo que Stuart Mill llama “experimentos con la vida”. Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla⁽⁶³⁾.

Por todas estas razones, la Comisión de reforma del Código Civil propone incorporar en el título dedicado a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, el siguiente artículo:

“El consentimiento informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: (a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; (b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; (c) al menos uno de los comitentes ha aportado su material genético; (d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; (e) la gestante no ha aportado material genético propio; (f) la gestante no ha recibido retribución; (g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; (h) la gestante ha parido, al menos, un hijo propio. Los médicos no pueden proceder a la implantación de la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

(63) CHARLESWORTH, J., *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 78.

La norma está ubicada en el capítulo general relativo al uso de las TRHA como un tipo específico, para el que se prevé (a diferencia de otras tipologías), siguiendo el modelo griego, un proceso judicial *previo* a través del cual se controlan una serie de requisitos, en especial, el interés superior de la futura persona y la plena libertad de la mujer que se presta a la práctica; en consecuencia, los profesionales de la salud no pueden proceder médicamente si no cuentan con la correspondiente sentencia judicial que autorice esta práctica.

Adviértase que el artículo no integra el capítulo relativo a la determinación de la *maternidad* ya que esta práctica puede ser el camino para que un hombre solo o una pareja conformada por dos hombres puedan alcanzar la paternidad, tal como sucede en la adopción, figura jurídica a través de la cual una persona sola (un hombre) puede adoptar, o después de la sanción de la ley 26.618, también un matrimonio conformado por dos hombres. La diferencia reside en que para poder hacer uso de la práctica médica de la gestación por sustitución es requisito necesario la utilización de material genético de, al menos, uno de los comitentes⁽⁶⁴⁾. Sin tal requisito, no se justifica recurrir a esta técnica que, fuerza es reconocerlo, deja ver conflictos de diversa índole. Precisamente, esta es una de las razones que refuerza la terminología que se propone en la reforma en los términos ya expresados.

9 | La práctica de las TRHA en Argentina: compartiendo algunos de los resultados de una investigación

Sin ley que legitime las TRHA, es difícil lograr datos estadísticos ciertos o investigaciones de campo acerca del uso de estas técnicas; sin embargo, se cuenta con los resultados arribados a través de una amplia encuesta

(64) Esta es la tendencia en el derecho comparado; no obstante, también se encuentran algunas excepciones al requerimiento de este requisito. Véase, por ejemplo, *The Uniform Parentage Act*, reformada en 2002 (disponible en <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/upa/final2002.htm>), o el nuevo dictamen de la ley del Distrito Federal de México, que a diferencia del aprobado el 30 de noviembre de 2010, ha sido objeto de revisiones y cambios por parte de la Consejería Jurídica del Distrito Federal. El nuevo dictamen que fue aprobado en comisiones de la Asamblea legislativa el 9 de diciembre de 2011, que debe ser sometido a la aprobación del Pleno, no exige que los comitentes aporten su material genético.

realizada en el marco de un Simposio titulado "Aspectos Éticos y Legales de las técnicas de Reproducción Asistida y las Diferentes Alternativas Terapéuticas" realizado los días 29 y 30 de abril de 2011 en la Ciudad de Buenos Aires, en el que participaron ochenta médicos de la especialidad⁽⁶⁵⁾.

En esa oportunidad, de manera anónima, se interrogó a los médicos sobre una serie de cuestiones atinentes a las TRHA, entre otras: naturaleza jurídica del embrión o pre-embrión, perfeccionamiento de las técnicas de crioconservación, avances en el diagnóstico genético preimplantatorio, incidencia de la sanción de la Ley 26.618 que reconoce el derecho a casarse a las parejas del mismo sexo en el acceso a las TRHA, donación, anonimato o no, posibilidad de "descarte", edad de las mujeres que se someten a las técnicas, maternidad subrogada, etc.

Resulta interesante compartir algunos de los resultados de esa encuesta privada.

Varios interrogantes se referían al *status* del pre-embrión humano *in vitro*: A la pregunta "¿Piensa usted que un ovocito humano penetrado por un espermatozoide mediante fecundación *in vitro* (FIV), previo a la formación de los pronúcleos, es una persona?", el 100% de los presentes respondió en forma negativa. La respuesta negativa daba lugar a otra pregunta: ¿en qué momento posterior a la transferencia embrionaria considera usted que es aplicable el concepto de persona? Las opciones eran: 1) En el momento inmediato posterior a la transferencia embrionaria; 2) Implantación (día 14 del desarrollo); 3) Iniciación de la cresta neural (día 15 del desarrollo); 4) Registro de actividad cardíaca (día 42 del desarrollo); 5) Aparición de sensibilidad (día 51 del desarrollo); 6) En un momento posterior.

El 60 % de los consultados optaron por la variable 6); el 5% por la variable 1); el 12% por la variable 2); el 10% por la variable 3); el 9% por la variable 4), y el 5% por la variable 5).

El 75% de la audiencia consideró que no era correcto contar con una Clínica de Embriología sin programa de crioconservación. El 97% estuvo de acuerdo en que la buena práctica de FIV implica la selección de los mejores pre-embriones.

(65) Este encuentro estuvo respaldado por tres organizaciones importantes del campo de la Reproducción humana asistida: Sociedad Argentina de Andrología (SAA), Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) y la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RLAR).

Consultados en torno a la posibilidad de que una pareja no quiera crioconservar los pre-embryones u ovocitos, el 56% consideró que no era correcto descartar los pre-embryones humanos no transferidos, el 37% respondió que sí lo era y el 7% restante contestó que no sabe o no contesta.

Ante la misma situación fáctica anterior, se consultó por la posibilidad de destinarlos a la investigación; el 59% estuvo de acuerdo, el 27% contestó de manera negativa y el 14% que no sabe o no contesta. Asimismo, el 81% entendió correcto utilizarlos para generar cédulas madres, siempre que no hayan sido generados exclusivamente para ese fin.

El 83% respaldó la donación a favor de otras parejas. El 84% consideró que debe compensarse económicamente a los donantes de pre-embryones o gametos. El 70% afirmó que el material a donar debe provenir de pre-embryones abandonados por sus progenitores y el 82% rechazó que provengan de un banco de pre-embryones creado especialmente para tal fin. Coincidieron en que ante el silencio del legislador, cuando los pre-embryones sobrantes no quieren ser utilizados, la única opción real es donarlos a otra pareja.

El 81% destacó la necesidad de que se mantenga el anonimato del donante. Paradojalmente, cuando se consultó sobre el derecho del niño a conocer los orígenes, la opinión estuvo dividida: el 38% sostuvo que es un derecho, el 33% que no lo es y el 29% no sabe o no contesta.

Mayoritariamente, el 86%, manifestó que la mujer receptora de los pre-embryones humanos *in vitro* debería ser menor a los 50 años. Por el lado del hombre, el 55% consideró que el límite debería ser menor a los 50 años, y el 31%, menor a 55 años.

También se consultó acerca de la posibilidad de la donación de pre-embryones humanos a parejas lesbianas; un 52% dijo que estaría de acuerdo y un 32% contestó negativamente. La misma pregunta se repitió para el caso de mujeres solas; el 81% estuvo de acuerdo con tal donación. El dato es interesante, porque permite observar la resistencia a las familias homoparentales entre los médicos que se dedican a las TRHA; esa resistencia podría ser calificada de contraria a los postulados básicos de Derechos Humanos, en tanto autoriza al médico a verificar o indagar sobre la intimidad (orientación sexual) de la mujer sola que acude a someterse a dichas

técnicas, ayudándola si se trata de una mujer sola heterosexual y rechazándola si fuera homosexual.

El 53% estuvo de acuerdo con la maternidad subrogada para parejas heterosexuales, siempre que se acuda a ella porque la mujer en edad reproductiva perdió su útero pero conserva sus ovarios (es decir maternidad subrogada con material genético sólo de la pareja) o en caso de riesgo serio de muerte de la mujer por embarazo. En el caso de una pareja de hombres homosexuales, el 60% respondió que no estaba de acuerdo, el 20% que sí y el 20% restante no sabe o no contesta.

10 | Reflexiones finales

Regular el uso de las TRHA no es tarea sencilla, especialmente, en el marco de un ordenamiento jurídico que reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo y que amplía el campo de las diversas formas de organización familiar originando la filiación homoparental.

De manera general, puede afirmarse que la filiación por naturaleza y la adopción no son los únicos modos hoy de alcanzar la maternidad/paternidad.

¿Qué debe decir al respecto un Código Civil que regule, precisamente, lo que hoy es fácticamente posible? Seguramente no es seguir el sendero del silencio y la negación, sino de la aceptación y regulación. Ésta es la postura que se adopta.

¿En qué sentido, bajo qué lineamientos y principios? Ellos están expresados en los fundamentos de elevación de la propuesta, en los cuales se expone de manera breve: “Los pilares de la reforma son los siguientes: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3 de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño

injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella”.

Hacer, modificar, transformar, siempre genera nuevos retos, pero vale la pena enfrentarlos para contribuir a establecer un derecho que regule una realidad compleja, con nuevas vertientes de incerteza en razón del espectacular desarrollo de la biotecnología.

Con gran ironía, un genetista escocés, JBS Haldane afirma: *“Las teorías tienen cuatro estadios de aceptación: 1) Es una tontera, carente de toda aceptación; 2) Es un punto de vista interesante, pero erróneo; 3) Es verdadera, pero del todo irrelevante; 4) Lo he dicho siempre”*.

Estamos seguras de que la hora de que el legislador visualice a las TRHA ha llegado. Para colaborar con este estadio hemos trabajado en la redacción del anteproyecto de Código Civil. Ojalá estas técnicas no tengan que seguir luchando por su espacio en el marco de la ley sólo porque, al igual que en los tiempos de Galileo, muchos ojos cerrados no quieran mirar lo que acontece a su alrededor.
