

MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS
DIRECTORA

CRISTIÁN LEPIN MOLINA
COORDINADOR

**TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
HUMANA ASISTIDA
DESAFÍOS DEL SIGLO XXI:
UNA MIRADA TRANSDISCIPLINARIA**

AÚTORES:

**ROBERTO ANDORNO
IRENE FURMAN
ANÍBAL SCARELLA
ARIEL FUENTES
LUIGI DEVOTO
DANIELA JARUFE
CARLOS LASARTE
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI**

**MARISA HERRERA
ELEONORA LAMM
HERNÁN CORRAL
RODRIGO BARCIA
CAROLINA RIVEROS
MARICRUZ GÓMEZ DE LA TORRE
GINA GLORIA RAINIERI
ANTONIO BASCUÑÁN**

LOS CRITERIOS TRADICIONALES DE DETERMINACIÓN
DE LA FILIACIÓN EN CRISIS

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI*, MARISA HERRERA**
Y ELEONORA LAMM***

INTRODUCCIÓN

El objeto del trabajo es mostrar cómo las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) han puesto en crisis los principios tradicionales del derecho filial centrado, básicamente, en el elemento “biológico”. En un contexto revisionista, se comparten con el lector los principales debates jurídicos generados por las TRHA en la Argentina frente al proyecto de reforma de su Código Civil y la sanción de la ley N° 26.618 que extiende el matrimonio a todas las parejas, con total independencia de su orientación sexual.

Teniendo en mira la doctrina internacional de los Derechos Humanos y la realidad social, se definen algunos principios rectores sobre los cuales debería edificarse el régimen legal derivado del uso de las TRHA como

* Aída Kemelmajer de Carlucci es Doctora en Derecho. Profesora de cursos de post grado en numerosas universidades argentinas y extranjeras. Doctora honoris causa Universidad de París-Est Créteil.

** Marisa Herrera es Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Abogada. Especialista en Derecho de Familia, 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 titular de la Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

*** Eleonora Lamm es 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, Universidad de Buenos Aires. Becaria del CONICET.

una tercera fuente filial, indagando no sólo las prácticas más usuales, sino también la maternidad subrogada que en los últimos tiempos ha despertado varios conflictos y debates en el derecho comparado.

1. ¿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 gramatical, en sí misma, la expresión “crisis” no encierra una consideración negativa, peyorativa o adversa.

Contrariamente, algunos autores la utilizan a modo de desaprobación. Así sucedió en los albores del divorcio vincular, y más recientemente al regular el matrimonio por 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.

Aún 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, como modelo único reconocido por el derecho, desde que en la realidad social, junto a ella conviven otros modos de vivir en familia, todos fundados sobre el mismo eje central: el afecto.

Esta nueva visión permitió el abordaje por parte de la doctrina y la jurisprudencia de diferentes situaciones derivadas de parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil, nuevos núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como “familia ensamblada”; grupos a cargo de una persona sola –llamados “familia

monoparental”—, que pueden serlo de manera “originaria” (como acontece con la adopción unipersonal, o mediante técnicas médicas de reproducción 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 sólo los deberes derivados de la relación paterno-filial (porque el otro se desentiende); o bien derivadas de las llamadas “familia homoparental” y “familia transexual”¹, etc.

¿Está la familia en crisis? Si se hace hincapié en las nociones de cambio y desarrollo, en el despertar de nuevas facetas, la familia —en buena hora— claro que lo está.

El derecho filial no puede escapar a estas transformaciones, ni en el derecho argentino, ni en el comparado². En efecto, desde una perspectiva sistémica, si la noción de familia está en constante movimiento, los campos intrínsecamente relacionados con ella difícilmente pueden escapar al dinamismo. La prueba más evidente es el desarrollo de las técnicas de

¹ Para el desarrollo y ampliación del derecho de familia a la luz del derecho constitucional-internacional: ver FAMÁ, María Victoria, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés 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”, *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (Dir.), HERRERA, Marisa (Coord.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, Tomo I, 2009, pp. 135 y ss.

² 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. En el documento de trabajo que contiene los objetivos de ese encuentro, se expresa: “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 N° 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”.

reproducción humana asistida (en adelante TRHA), que han ensanchado la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales.

Desde la perspectiva antes señalada, está en crisis el derecho tradicional, centrado en la filiación por naturaleza o biológica y en la filiación adoptiva; es decir, la filiación está en plena etapa de cambio o expansión; en efecto, además de estos dos tipos, los únicos que fueron motivo de interés para el legislador, la biotecnología no sólo ha dado lugar a un nuevo campo de estudio con caracteres, principios e interrogantes propios como lo es la bioética, sino a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, cual es, la voluntad procreacional en las TRHA.

Admitido este nuevo tipo, la determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida, y las acciones de filiación son materias jurídicamente muy álgidas, dada la ausencia o escasa normativa que regule los nuevos tipos³.

En efecto, las TRHA han introducido cambios sustanciales en las nociones de paternidad y maternidad, conceptualizadas desde Roma hasta hoy⁴ sobre la base de una supuesta “cultura universal”⁵.

En primer término, las TRHA han permitido separar la reproducción humana de la sexualidad. Dicho de otro modo, la reproducción es posible sin contacto sexual. Sobre la base de este punto de partida, las TRHA demandan cambios sustanciales en la normativa vigente, fundada en esa

³ SERRANO ALONSO, E. “Aspectos de la fecundación artificial”. *Actualidad Civil*, Nº 107, 1999, p. 393.

⁴ BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, Rodrigo “La filiación inducida y las clasificaciones legales”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, p. 118.

⁵ 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-IX a 2-X-1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, p. 142.

relación sexual, al igual que las nociones de embarazo⁶, plazo, parto⁷, etc. Sin exagerar, parece que resulta necesario conceptualizar *ex novo* el orden filiatorio establecido.

¿Qué elementos deben tenerse en cuenta al pasar el uso de las técnicas de reproducción humana asistida del plano social al legal? ¿Hay reglas marcadas por el derecho internacional de los derechos humanos que establezcan los pilares sobre los cuales debe construirse una normativa de jerarquía o nivel inferior como lo es la ley? ¿Cuáles son los derechos humanos directamente comprometidos en el uso de las TRHA? ¿Cuáles y por qué impactan en este sub-campo del derecho filial? ¿Dónde debería estar el límite legal a lo médicamente posible? ¿Por qué?

Estas interrogantes son de difícil solución, máxime en el marco de un ordenamiento jurídico que admite el matrimonio entre parejas del mismo sexo, circunstancia que pone en “crisis” un principio básico del derecho filial, cual es que nadie puede estar unido genéticamente a más de dos personas (un padre y una madre) y, consecuentemente, el número de vínculos jurídicos no puede superar ese número. Sin embargo, hoy un niño puede nacer en un matrimonio de dos mujeres (dos madres), o provenir de una reproducción humana asistida petitionada a una mujer por dos hombres también casados (dos padres).

A través de estas líneas, compartimos con el lector las respuestas dadas por la Comisión creada por decreto N° 191/2011 para proyectar la reforma integral del Código Civil y el Código de Comercio argentinos⁸. En una obra colectiva resulta imposible explicar todas y cada una de las modificaciones que se proponen, por eso, reseñaremos sólo algunas, con el propósito de

⁶ 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 “comitente” heterosexual u homosexual o para otra persona (maternidad subrogada).

⁷ La máxima del derecho romano *mater semper certa est* concluyó cuando la ciencia possibilitó 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.

⁸ Las tres autoras de este trabajo han tenido participación en la elaboración de la normativa relativa a la filiación contenida en el anteproyecto, actualmente, en elaboración.

mostrar, aunque parcialmente, las tendencias del anteproyecto y los fundamentos que le sirven de base.

Una aclaración inicial es necesaria: el proyecto no buscó crear algo absolutamente original, por el contrario, se nutrió 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 observan algunas particularidades, de ahí el interés de compartirlas.

2. LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TRHA, UN TERCER TIPO FILIAL⁹

En general, las leyes regulan la filiación por naturaleza y por adopción¹⁰. 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.

Los problemas que surgen del uso de las TRHA no se identifican con ninguna de estas dos situaciones¹¹. En particular, cuando se utiliza material genético externo a la pareja, sea o no anónimo.

En este sentido, cabe diferenciar la TRHA denominada *homóloga* de la *heteróloga*. En la primera se utiliza el material genético de quienes acuden

⁹ 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*, Universitat de Barcelona, N° 24, enero 2012.

¹⁰ El Código Civil argentino vigente distingue entre filiación por naturaleza y por adopción (artículo 240). En España, ni el Código Civil español ni el catalán regulan a la filiación derivada de las TRA de manera autónoma. De los artículos 108.1 del Código Civil 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 N° 25/2010 de Cataluña no incorporó un tercer tipo de filiación (artículo 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.

¹¹ ROCA TRÍAS, Encarna, "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", DS, Vol. N° 7, 1999. Disponible en: <<http://www.ajs.es/downloads/vol0701.pdf>> [consulta: 27 agosto 2010].

a estas técnicas; en la segunda, se utiliza material genético de una persona distinta a la pareja o persona que recurre a este medio. La última, como se verá más adelante, al disociar los elementos *genético, biológico y volitivo*, plantea una serie de problemas que no se presentan en la TRHA homóloga, referidos no sólo a la determinación de la filiación, sino a las condiciones en las que la donación de material genético debe hacerse, la posibilidad y momento de la revocación, el anonimato del donante¹², el derecho a conocer los orígenes genéticos, si debe compensarse o retribuirse, si puede ser intrafamiliar, etc.

Adelantamos un punto central de la cuestión: 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.

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 Quebec¹³. En los párrafos siguientes marcamos esas diferencias.

2.1. Diferencia con la filiación por naturaleza o biológica¹⁴

La filiación por naturaleza reconoce en su origen un acto sexual, de la vida humana, que es la causa de la procreación de quien participa en ese

¹² 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 esta obra colectiva. Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, *La Ley*, 8 de agosto de 2011, p. 1.

¹³ 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”.

¹⁴ LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *ob. cit.*

acto. La filiación derivada de las TRHA no reconoce ese origen; además, en una TRHA heteróloga, el elemento genético no es aportado por la misma persona que presta el elemento volitivo¹⁵.

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 aún 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 se funda en el vínculo 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 ese consentimiento blinda la posibilidad de impugnar la paternidad o maternidad, por lo que este efecto debe quedar claramente establecido por la ley.

2.2. Diferencias con la filiación por adopción

Las diferencias entre ambas son significativas. Las TRHA y la adopción se asemejan porque en ambas el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque esa voluntad, en el primer caso, debe ser manifestada en una oportunidad previa a la gestación, a través de los

¹⁵ 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.

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 surge y el vínculo 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 genéticamente vinculado con el niño que nace por efecto de esta práctica¹⁶.

En la adopción existe un vínculo biológico anterior entre 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 genético¹⁷. 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 hace

¹⁶ 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>> [consulta: 3 agosto 2011].

¹⁷ Para esta diferencia ver HERRERA, Marisa, *La identidad en la adopción*, Buenos Aires, Editorial Universidad, Tomo II, 2006, pp. 115 y ss.

referencia al origen genético, o sea, a los datos del aportante 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 y 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.

2.3. 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 prácticas médicas, con criterios bioéticos, en todos aquellos aspectos que exceden el ámbito de la filiación, como los derechos y deberes de los pacientes y de los donantes, las responsabilidades 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 dan lugar, en ocasiones, a planteamientos abusivos o escrupulosos, soluciones injustas o, como mínimo, poco claras.

Los nacimientos mediante TRHA no son excepcionales. Son muchos los niños que han nacido y nacen como resultado de estas técnicas, y esta importancia debe verse traducida legalmente.

3. LAS VERDADES EN MATERIA DE FILIACIÓN. LA IMPORTANCIA DEL ELEMENTO VOLITIVO

3.1. La “voluntad procreacional”. Consideraciones generales

Malaurie¹⁸ 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 brasileiro, en la TRHA se estaría ante una filiación “socioafectiva”¹⁹, en la que el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético²⁰.

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

¹⁸ MALAURIE, Philippe, “La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire Odièvre”, *La semaine juridique*, N° 26, 2003, p. 546.

¹⁹ Ver, entre muchos, DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo, Editoria Revista Dos Tribunais, 6ta edição, 2010; CHAVES DE FARIAS, Cristiano y ROSENVALD, Nelson, *Direito das Famílias*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 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*, Curitiba, Juruá, 2005; HARMATIUK MATOS, Ana C., “Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade”, *Família e Responsabilidade*, DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (Coord.), IBDFAM- Magister, Porto Alegre, 2010, pp. 39 y ss.; LOBO, Paulo, “Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito”, *Afeto y Estruturas Familiares*, DÍAZ, Maria Berenice, FERREIRA BASTOS, Eliene y MARTINS MORAES, Naime M., IBDFAM, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, pp. 453 y ss.

²⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *La Ley*, 20 de septiembre de 2010, p. 1.

disociarlos²¹. En suma, el “vínculo biológico” era el presupuesto de una serie de “certezas”: la madre es siempre cierta; hay una presunción de paternidad del marido de la madre; si nace fuera del matrimonio, el vínculo surge del reconocimiento o en su defecto, de la acción judicial contra quien es biológicamente el progenitor.

Las TRHA modificaron la realidad social y, como se dijo, es posible la reproducción sin necesidad de relación sexual alguna²². Por ende, la regla dejó de ser tan simple, 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 genético²³, ni lo genético comprende siempre lo biológico²⁴.

Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria²⁵. Veamos cada una de las variables que pueden presentarse en el marco del derecho filial.

Verdad genética: Lo relevante es haber aportado el material genético. Es un puro reduccionismo genetista.

²¹ 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)

²² RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, “Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida”, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, LLEDÓ YAGÜE, FRANCISCO (Dir.), Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 281.

²³ Por ejemplo: mujer que acude a la donación de óvulos o los casos de maternidad subrogada gestacional.

²⁴ 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.

²⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *ob. cit.*

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 procrearon²⁶. En la procreación por medios naturales, respecto de la mujer, el vínculo biológico implica haber gestado durante muchos meses; respecto del hombre que fecundó a la madre, en haber tenido relaciones sexuales.

Verdad voluntaria o consentida: la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo.

Cuando se recurre a la TRHA, el aporte puede ser puramente genético y, consecuentemente, la verdad biológica no comprende a la verdad genética. En general²⁷, el aporte deja de ser biológico (como sucedía en la procreación natural), para comenzar a ser puramente genético. Como lo meramente genético carece del plus señalado para lo biológico, lo volitivo adquiere relevancia²⁸. 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. Prevalece la paternidad consentida y querida por sobre la genética.

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

²⁶ De esta verdad se habla en los casos de adopción.

²⁷ Decimos en general, porque entendemos que deben hacerse precisiones cuando se trata de supuestos de maternidad subrogada o cuando es la mujer la que recurre a material genético de otra aportando la gestación.

²⁸ ¿Quién es el padre?, ¿el donante que aportó material genético o el que quiso tener el niño?

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”²⁹.

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 consentido³⁰.

Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico: por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad que no es genética, sino socio-afectiva³¹, determinada por la aportación del elemento volitivo.

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, comenzando a hablarse 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

²⁹ 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-IX a 2-X-1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, p. 146.

³⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *ob. cit.*

³¹ 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-IX a 2-X-1987), *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, p. 325.

“verdad voluntaria”, en tanto, si bien son utilizadas por quienes no quieren renunciar a tener un hijo “genéticamente propio”, el elemento genético no es el que determina la filiación.

3.2. La cuestión en el derecho comparado

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

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

Cabe exponer, en primer lugar, esa experiencia legislativa. La actual ley N° 14/2006 dispone en su artículo 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 filial queda determinado por el consentimiento previamente prestado, con prescindencia del elemento genético o biológico³².

³² En la misma línea, el artículo 256 del Código Civil suizo; el artículo 311-20 modificado por la Ordenanza N° 2005-759 del 4/7/2005 de la legislación francesa; el artículo 35 de la HFEA; el artículo 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, N° 55. May 29, 1996); el artículo 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 artículo 235, primer párrafo del Código Civil ni impugnación a los términos del artículo 263 del mismo código. En caso de aplicación de técnicas de tipo heterólogo en violación de la prohibición, el donante de

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 (artículo 7.3, Ley TRHA). La misma postura es seguida por otras legislaciones³³, este otro vínculo materno se crea con total independencia del vínculo genético.

La reciente reforma del Código Civil catalán (Ley N° 25/2010 del 29 de julio, en vigencia desde el 1 de enero de 2011), añade el consentimiento a someterse a una 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 artículos 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.

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 esperma 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).

³³ La determinación de la filiación de la segunda mujer sobre la base del consentimiento previamente prestado también ha sido adoptada en el Reino Unido (artículos 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 N° 55. May 29, 1996); Australia. (AUST J. FAM. LAW 160 2009); entre otros países.

4. LAS TRHA EN EL DERECHO ARGENTINO

4.1. La filiación matrimonial hoy: ¿También la de mañana?³⁴

Durante el debate parlamentario, y en los primeros tiempos de vigencia de la ley N° 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?

Al poco tiempo, se observó que la cuestión no pasa por la adopción, sino por la filiación derivada por el uso de las técnicas humanas de procreación asistida e, incluso, por la filiación por naturaleza.

Argentina carece de una ley que regule las TRHA, pero esta práctica médica se realiza con alta frecuencia, dando lugar a que parejas de diverso sexo puedan alcanzar la maternidad/paternidad, y a que mujeres solas o en pareja con otra mujer se inseminen con material genético de un donante.

Cuando la ley N° 26.618 autorizó a estas mujeres a contraer matrimonio; la primera pregunta fue si opera la presunción de paternidad del marido (artículo 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 N° 26.618 no reformó de manera expresa el artículo 243 del Código Civil, que prevé la presunción de paternidad del marido. No obstante, incorporó normativa vinculada a la

³⁴ Para profundizar este tema ver, entre otros, FAMÁ, María Victoria, GIL DOMINGUEZ, Andrés y HERRERA, Marisa, *Matrimonio Igualitario. Ley 26.618. Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Buenos Aires, 2010, capítulo IV, pp. 225 y ss; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *ob. cit.*; 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, N° 50, julio 2011, pp. 133 y ss.; SOLARI, Néstor, “Algunas cuestiones derivadas de la filiación en la ley N° 26.618”, *Revista de Derecho de Familia y Persona*, Buenos Aires, La Ley, año 3, N° 5, junio 2011, pp. 8 y ss.

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

El artículo 36 de la ley N° 26.618 reformó el inciso c) del artículo 36 de la ley N° 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 señala: “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 N° 26.618, que señalan: “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 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 9.999 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 N° 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: incumple una disposición básica, cual es, la prohibición de que las partidas reflejen si los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales (artículo 241 del Código Civil); 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. Tampoco resuelve 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 más vínculos genéticos con la cónyuge de la mujer que da a luz que 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 se aplicara la misma solución. Este ha sido uno de los pilares tenidos en cuenta por el equipo que trabaja en la reforma del Código Civil argentino. El texto proyectado, ubicado en el capítulo dedicado a la determinación de la filiación³⁵ matrimonial señala: “*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.

La solución coincide con la que han asumido otros registros del estado y capacidad de las personas.

4.2. La filiación extramatrimonial

La ley N° 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 de este 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

³⁵ 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 neutra, ya que en los matrimonios conformados por dos mujeres, ambas se sienten y son madres (co-madres).

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?

Si la pareja no matrimonial fuese heterosexual, la respuesta sería medianamente sencilla: el hombre podría reconocer al niño (artículo 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”³⁶, mediante la cual se petitionó 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 7 de abril de 2011, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁷, 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 (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, de 24 de junio de 2011³⁸, corresponde al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad

³⁶ Se entiende por medida autosatisfactiva todo “requerimiento urgente que se agota con su despacho favorable, ubicando al juez en la posición de decidir tempranamente, motivo por lo que, debe actuarse con prudencia y mesura, atento que se está en presencia de un proceso de cognición restringida. Generalmente, las medidas autosatisfactivas se utilizan en cuestiones previsionales, de salud, de vida, de familia para salvaguardar garantías constitucionales y en algunos casos, también en cuestiones patrimoniales” (GONZÁLEZ, Evangelina M., “Aportes jurisprudenciales a las medidas autosatisfactivas”, *La Ley*, Buenos Aires, agosto 2010).

³⁷ Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario, N° 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 online, Lexis N° 70070720.

³⁸ Juzgado en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, N° 15, CABA, 24/06/2011, “V.A.F. y otros c/ GCBA s/ amparo (artículo 14 CCABA)”, microjuris online, Cita: MJ-JU-M-66567-AR | MJJ66567 | MJJ66567.

Autónoma de Buenos Aires N° 15; la segunda, de 13 de julio de 2011³⁹, es del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 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–, es que en estas dos últimas falta el vínculo biológico entre la cónyuge de la madre y el niño. Otro dato diferencial de la sentencia de 24 de junio de 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 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 (artículo 138 y ss. del Código Penal).

Con el propósito de no dejar la resolución de estos casos en manos exclusivas de los jueces, con la consiguiente inseguridad jurídica deriva-

³⁹ Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario, N° 6, CABA, 13/07/2011, “M.Y.M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Microjuris online, MJ-JU-M-66984-AR | MJJ66984 | MJJ66984.

da 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 y transexuales, que contó con el particular apoyo de la organización Lesmadres⁴⁰.

El proyecto tiene por objeto regularizar la situación de estos niños a través de un proceso administrativo, conforme al cual las mujeres que contrajeron matrimonio después del nacimiento del niño pueden solicitar “completar el acta de nacimiento” para generar un vínculo con la otra mujer⁴¹.

Pero 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 reformas del Código Civil pretende solucionarlos, pero sólo en aquellos casos en los que se ha recurrido a una TRHA⁴² para tener hijos.

⁴⁰ Para conocer las diferentes estrategias que está llevando adelante esta organización compulsar <<http://www.lesmadres.com.ar/>>.

⁴¹ Se propone como artículo 1º: “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 N° 26.618 (...)”; agregando el artículo 3º que “Ambos cónyuges deberán manifestar expresamente su pleno consentimiento a la inscripción en los términos del artículo 36 de la ley N° 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” (artículo 4º).

⁴² El anteproyecto, aún no aprobado de modo definitivo ni siquiera en el seno de la propia comisión, propone el siguiente articulado con el que se abre el capítulo destinado a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”: 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

5. UNA REALIDAD: LA MATERNIDAD SUBROGADA

Como es sabido, la maternidad subrogada implica un acuerdo por el que una mujer gesta un niño para otro (sea un hombre, otra mujer o una pareja heterosexual u homosexual). Entre las muchas aplicaciones de las nuevas tecnologías reproductivas, es la que plantea mayores cuestionamientos, no sólo legales, sino éticos.

Las preguntas que exigen respuestas son infinitas⁴³: ¿presta la madre subrogada 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 madre subrogada? ¿Es éticamente correcto que se le pague un monto a la madre subrogada? ¿La 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 una madre subrogada? ¿Qué tipo de registros se deben llevar? ¿Tiene el niño nacido acceso a la información?

¿Debe aceptarse la maternidad subrogada practicada con fines comerciales o sólo con fines altruistas? De optarse por la legalización de la práctica celebrada con fines altruistas, ¿qué cuantía aproximada debe considerarse “compensación razonable” a percibir por la madre subrogada 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 madre subrogada? ¿Deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la maternidad gestacional, es decir, aquella en que la madre

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”.

⁴³ FARNÓS AMORÓS, Esther, “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010”. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf> [consulta: 27 agosto 2010].

subrogada es sólo gestante, o también debe desplegar efectos la maternidad subrogada plena, en la que además de gestar, la madre subrogada aporta sus óvulos? ¿Cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la madre subrogada 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? De regularse la maternidad subrogada, ¿debe tan sólo permitirse a las parejas infértiles o también a las parejas e individuos que padecen la llamada “infertilidad estructural” (hombres solos o las parejas gays)?

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

En la Argentina, la maternidad subrogada no está regulada; esta omisión implica que no está permitida, pero tampoco se encuentra expresamente prohibida. En el ámbito de la filiación, según el artículo 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 maternidad subrogada 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 maternidad subrogada, 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?

Adelantamos nuestra propuesta, que implica sustituir el dato del parto por el de la voluntad procreacional de la persona o pareja comitente por ser el criterio más favorable a los intereses del niño. En consecuencia, la regla debiera establecer que, cumplido los recaudos legales, la filiación corresponde a aquel o aquellos sin cuya acción el proceso biológico que originó el nuevo ser humano no se habría iniciado.

5.1. Un caso argentino

Una sentencia de 14 de abril de 2010, de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos⁴⁴, 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 que, 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 artículo 262 del 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). Dado que la actora había admitido su conocimiento y su participación en los hechos que dieran lugar a la situación planteada, el juez tuvo claro que no podía pretender se le abrieran las puertas de la Justicia.

La actora apeló, pues 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. Afirmó que la falta de coincidencia entre la madre genética y la gestante no debe alterar el principio de concordancia entre lo genético y lo legal que la ley N° 23.264 pregona; que la presunción que contiene el artículo 242 del Código Civil es *iuris tantum*, y debe resolverse armónicamente con los artículos 253, 261 y 262 del mismo cuerpo legal, que ha quedado rezagado ante los avances científicos, al omitir supuestos que, de no ser considerados, alteran la intencionalidad de la ley N° 23.264,

⁴⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, *La Ley on line*, AR/JUR/75333/2010.

máxime cuando el artículo 242 implica la excepción al principio de que el emplazamiento en el estado filial se crea por el reconocimiento voluntario; agregó que a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, se prioriza el derecho de toda persona a contar con un emplazamiento en el que la verdad biológica o genética coincida con la legal, y que la sentencia deja como única alternativa que sea el menor quien interponga la acción al cumplir catorce años, remedio que puede resultar tardío e inconveniente.

La Cámara revocó el decisorio. Interpretó que en el supuesto de impugnación de maternidad previsto en el artículo 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 N° 23.264, ángulo desde el cual deben interpretarse el artículo 262 y los distintos supuestos que puedan presentarse. En ese marco, no puede ignorarse que dicho artículo faculta para impugnar la maternidad a “*todo tercero que invoque un interés legítimo*” y que, precisamente, la amplitud de la legitimación activa 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 artículo 262, norma que debe interpretarse de modo armónico con el artículo 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 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 bien, ¿se podría, 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 ella resulta.

5.2. Derecho y realidad: ¿Prohibir, omitir o regular?

El fallo sintetizado en el apartado anterior muestra una verdad incontestable: la maternidad subrogada 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; nacido el niño, el comitente lo reconoce (advíertase 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) peticiona la adopción de integración del hijo del cónyuge⁴⁵.

b) Gestante casada es implantada con un embrión formado por material genético de un hombre casado con otra mujer. Nace el niño: el marido de la gestante inicia una acción de impugnación de la paternidad (artículo 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 aportante del material genético, reconoce al niño. Posteriormente, la esposa del reconociente, solicita la adopción de integración.

c) Un embrión formado con material genético de una pareja matrimonial 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, ya que vive con quienes son sus padres genéticos, porque quien lo gestó y parió se los entregó en forma directa. En principio, el derecho argentino no autoriza la entrega directa de la supuesta “familia biológica” a la pretensa adoptante (conforme al artículo 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: en primer lugar, contraría la letra de

⁴⁵ El derecho argentino, que tras la sanción de la ley N° 24.779 incorporó la adopción al texto del Código Civil (hasta ese momento, se trataba de una ley complementaria), regula la llamada adopción de integración, circunscripta a la adopción del hijo del cónyuge (no de la pareja conviviente que sería, en principio y amén del desarrollo de la jurisprudencial que la ha flexibilizado), una simple adopción unipersonal.

la ley; y luego, supone adoptar a un niño que posee material genético de la pareja, o al menos, de uno de sus miembros⁴⁶.

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.

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

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.

Regular la maternidad subrogada 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 volitiva⁴⁷.

Una buena regulación puede ser un instrumento eficaz para impedir la formación de un verdadero “mercado negro de vientres”, en el que la

⁴⁶ Los Tribunales de Nueva York han reconocido la maternidad en los casos de subrogación gestacional, 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 9, 2011. 6557/09.

⁴⁷ LAMM, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, *Revista de Derecho de Familia*, GROSMAÑ, Cecilia, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LLOVERAS, Nora (Dirs.), Buenos Aires, N° 50, julio 2011, pp. 107-132.

mujer es un objeto usado por personas que desean tener un hijo a cualquier costa.

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 maternidad subrogada. En cambio, quienes tienen recursos económicos van a los Estados Unidos, Ucrania, la India u otros lugares donde la maternidad subrogada está permitida, dando lugar a lo que se denomina “turismo reproductivo”⁴⁸. De allí el interés puesto en la figura por algunos organismos internacionales, como la Convención de La Haya, tal como se ha indicado.

La maternidad subrogada 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 permitirla 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.

Como se ha señalado, la legislación argentina permite el matrimonio a las parejas del mismo sexo. La maternidad subrogada 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.

⁴⁸ 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 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*, Vol. 34, 2006, pp. 881-882)

La regulación de la maternidad subrogada 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 ejemplo, si bien las leyes del Reino Unido y de Grecia⁴⁹ prohíben la maternidad subrogada lucrativa, en la práctica⁵⁰ la situación está modificada. En España, la ley prohíbe la maternidad subrogada 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 un contrato de maternidad subrogada celebrado 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

⁴⁹ La ley exige que la maternidad subrogada sea gratuita, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la madre subrogada y por los gastos que suponen la gestación y el parto. No obstante, en la práctica, normalmente en los contratos de maternidad subrogada se remunera a la gestante. Esto es así porque el artículo 26 de la Ley N° 3.305/2005 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 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”, *Portuguese Economic Journal*, Vol. 49, N° 3, 2009, pp. 205 y ss. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1442869>> [consulta: 27 agosto 2010].

⁵⁰ En este sentido véase el caso *L (A Minor)* [2010] EWHC 3146. Disponible en: <<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed74241>> [consulta: 23 febrero 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 artículo 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.

la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” del 5 de octubre de 2010⁵¹.

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 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 formas alternativas de procreación (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 prohibirla⁵².

Por todas estas razones, la Comisión de reforma del Código Civil argentino 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 maternidad subrogada 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

⁵¹ Amplias referencias en el derecho comparado en LAMM, Eleonora, “La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal”, *Revista de Derecho de Familia*, GROSMAN, Cecilia; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LLOVERAS, Nora (Dirs.), Buenos Aires, Nº 50, julio 2011, pp. 107-132, y en FAMA, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *Revista La Ley*, boletín 21 de junio de 2011, pp. 1 y ss.

⁵² CHARLESWORTH, J., *La bioética en una sociedad liberal*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 78.

obre "régimen
or sustitución"

ría poder elegir,
s y el tipo de fa-
la (por ejemplo,
anidad pública)
al (heterosexual
o y serio para la
procreación (por
a, este resultado
ral democrática
rimentos con la
un daño obvio
er implicada), y
s circunstancias

Código Civil ar-
reglas generales
ana asistida", el

tervinientes en el
o por este código
nacido y el o los
el o los comitentes
judicial. El juez

"La autonomía de la
a. La importancia de
ación legal", *Revista*
da y LLOVERAS, Nora
ictoria, "Maternidad
ilación", *Revista La*

ge University Press,

debe homologar solo 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 maternidad subrogada 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".

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 la maternidad subrogada 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 N° 26.618— también un matrimonio conformado por dos hombres. La diferencia reside en que para poder hacer uso de la práctica médica de la maternidad subrogada se requiere la utilización de material genético de al menos uno de los comitentes. Sin tal requisito, no se justifica recurrir a esta técnica que, fuerza es reconocerlo, reconoce conflictos de diversa índole.

6. 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 certeros o investigaciones de campo acerca del uso de estas técnicas. Sin

embargo, se cuenta con los resultados arribados a través de una amplia encuesta 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 especialidad⁵³.

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 N° 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, etcétera.

Resulta interesante compartir algunos de los resultados de esa encuesta privada. Varias 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); y 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).

⁵³ 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).

El 75% de Clínica de Em de acuerdo en mejores pre-e

Consultado servir los pre- descartar los p sí lo era y el 7

Ante la mis de destinarlos testó de mane el 81% entend que no hayan

El 83% resp que debe com o gametos. El embriones aba vengan de un l

Coincidierc embriones sob donarlos a otra

El 81% de donante. Para conocer los or derecho, el 33

Mayoritariá embriones hur hombre, el 55' el 31%, meno

También se embriones hu

és de una amplia
lo "Aspectos Éti-
a y las Diferentes
e abril de 2011 en
henta médicos de

los médicos sobre
naturaleza jurídica
cnicas de criocon-
tatorio, incidencia
cho a casarse a las
nación, anonimato
e se someten a las

tados de esa en-
s del pre-embrión
ovocito humano
ón *in vitro* (FIV),
na?", el 100% de
sta negativa daba
transferencia em-
de persona? Las
a la transferencia
) iniciación de la
dad cardíaca (día
del desarrollo; y

el 5% por la va-
e 3); el 9% por la

antes del campo de la
, Sociedad Argentina
eproducción Asistida

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-embryones.

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 acuer-

do 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: dicha 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.

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. La adopción resulta no ser el único modo de alcanzar la maternidad/paternidad homoparental.

La orientación general en materia de filiación, seguida por el anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino —en plena etapa de elaboración— está explicada brevemente en los fundamentos de ese documento, en el que se expone:

“Los pilares de la reforma son los siguientes: 1) el principio del interés superior del niño (artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3° de la ley N° 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 (artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 11 de la ley

N° 26.061); 4) la filiación; 5) alcanzar la ver el daño injusto de los benefici fundar una fan

Seguramen a esta importa siempre gener tribuir a estat nuevas vertier biotecnología.

Con gran ir rías tienen cu toda aceptaci verdadera, per

Quizás, en que merece la redactado un a años, estas téc la ley, en razón muchos ojos c

Nº 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*".

Seguramente, la doctrina y la jurisprudencia tienen mucho que aportar a esta importante reforma que se asoma. 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, J.B.S. 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*".

Quizás, en pocos años más, las TRHA sean vistas como una técnica que merece la atención del legislador; para alcanzar ese estadio hemos redactado un anteproyecto de ley. Sin embargo, quizás, dentro de muchos años, estas técnicas todavía estén luchando por su espacio en el marco de la ley, en razón de que, al igual que en los tiempos de Galileo, todavía muchos ojos cerrados no quieren mirar lo que acontece a su alrededor.