Universidad Abierta Interamericana

Análisis de la regulación de las TRHA en el Derecho argentino, a partir de la vigencia del CCCN en el año 2015. Comparación entre la legislación argentina y uruguaya en materia de avances y evolución sobre la materia

Alumna:	María Alejandra Fernández
Teléfono:	11-21933727
Correo Electrónico	alej941@hotmail.com.ar
Tutora	Adriana del Carmen Guglielmino
Título a obtener:	Abogada
Carrera de Grado:	Abogacía
Localización	Sede Berazategui
Fecha	Agosto 2023

Resumen

El propósito y objetivo del presente trabajo es indagar y analizar la regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina; a fin de poder determinar cuáles son las principales problemáticas sociales y jurídicas que se plantean en la sociedad; generado principalmente por el cambio de paradigma de la concepción de manera natural y biológica a un paradigma científico; dados los avances en la ciencia y tecnología que permitieron a la ciencia desplazar y dominar el proceso procreativo; generando una nueva mirada en torno al Derecho de familia, con la consecuente sanción y adecuación de normativas que vengan a regular estas nuevas técnicas de reproducción. Para determinar cuál es el impacto que ello ha generado en nuestro Derecho positivo, resulta necesario ahondar en la normativa interna de nuestro país, la cual regula la filiación por voluntad procreacional; teniendo especial consideración lo regulado a partir del 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Tomando en consideración lo expuesto ut supra, en el presente trabajo se comparará principalmente a las legislaciones en materia de TRHA de Argentina y Uruguay, a fin de determinar discrepancias y similitudes, avances y retrocesos; grados de evolución y desarrollo de estas técnicas, partiendo de un análisis basado principalmente en la utilización de normativa (argentina y uruguaya); doctrina y jurisprudencia que pretendan demostrar que estamos frente a una nueva concepción del Derecho de familia, lo que genera, especialmente, una nueva significación o concepto de "familia" y la importancia que tiene la voluntad procreacional y el consentimiento informado en esta materia.

Palabras clave: filiación; filiación por voluntad procreacional; TRHA; legislación comparada; conflicto social; cuestión social; legislación argentina; legislación uruguaya; voluntad procreacional; consentimiento informado.

Índice temático de contenidos

Capítulo 1. Metodología

Capítulo 2. Filiación. Concepto.
2.1 Filiación y técnicas de reproducción humana asistida.
    2.1.1 ¿Es admitida la multiparentalidad en el CCCN? Postura del CCCN. Contraste con las realidades sociales.
2.2 Diversas causas fuentes de la filiación. Clasificación del CCCN.
2. 3 Filiación por naturaleza
2.4 Filiación por adopción
2.5 Filiación por voluntad procreacional
    2.5.1 El carácter de autonomía de la filiación por voluntad procreacional.
2.6 Diferencias entre los diversos tipos de filiación.
2.7 Importancia a nivel constitucional e internacional del derecho filial.

Capítulo 3. Naturaleza jurídica del embrión.
3.1 Introducción. El comienzo de la existencia de la persona humana.
    3.1.1 Diversas posturas. Cuestionamientos.
    3.1.2 Nociones de "concepción". Interpretación. Artículo 19 del CCCN.
3.2 Un fallo de la CIDH de suma trascendencia: "Artavia Murillo y otros v. Costa Rica". Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Capítulo 4. **La voluntad procreacional. Concepto.**
4.1 ¿Quiénes pueden acceder a las prácticas de reproducción humana asistida?
    4.1.1 El valor de la voluntad procreacional en el Derecho Comparado.
4.2 El derecho a la identidad y el vínculo filial.
    4.2.1 Derecho Comparado.
    4.2.2 Postura que adopta el CCCN.
4.3 El consentimiento informado.
    4.3.1 La formalidad del consentimiento informado. Diversas formas en el Derecho Comparado.
    4.3.2 La renovación del consentimiento.
    4.3.3 El principio de revocabilidad del consentimiento informado.

Capítulo 5. **Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina y Uruguay.**
5.1 Ley argentina 26.862 de Acceso Integral a las TRHA y su decreto reglamentario 956/2013.
    5.1.1 Acceso Integral a la cobertura médica de las THRA. Contexto normativo actual.
5.2 Regulación y tratamiento de las TRHA en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).
5.3 Resolución 1044 / 2018 del Ministerio de salud de Argentina: tratamiento de reproducción medicamente asistida.
5.4 Ley uruguaya de reproducción asistida 19.167 y su decreto reglamentario 84/2015.
    5.4.1 Aspectos centrales de la ley de reproducción humana asistida.
5.5 Principales diferencias y similitudes entre ambas legislaciones.

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

Para comenzar con el desarrollo del presente trabajo, debemos expresar que la ciencia ocupa un lugar de sumo interés e importancia en materia de técnicas de reproducción humana asistida. No se puede saber o calcular con exactitud el porcentaje de niños nacidos a través de la implementación de dichas técnicas; pero los avances en ciencia y tecnología en áreas relacionadas a la Medicina y Biotecnología permitieron lograr un importante desarrollo en cuanto al proceso procreativo llevado a cabo a través de etapas procedimentales que involucran primordialmente la utilización de medios y recursos científicos. Existe un conflicto de índole social, generado especialmente por la disociación entre el acto sexual que permite la fecundación en el seno materno del acto médico llevado a cabo a través de estas prácticas; con lo cual se plantean interrogantes y dudas acerca de la implementación de las TRHA; considerando cuestiones no solamente sociales, sino también políticas, culturales y éticas. Sin perjuicio de ello, es dable destacar que las TRHA permitieron y permiten ampliar el espectro de lo que originariamente implicaba la composición de una familia; permitiendo acceder a la maternidad y/o paternidad a quienes antes no podían. En consideración a ello, se ha gestado una nueva forma de ver al Derecho de Familia, especialmente al Derecho filial; puesto que con el consecuente desarrollo e implementación de las TRHA se ha ampliado la concepción y composición de lo que puede llegar a significar una "familia".

A lo largo del desarrollo del trabajo en cuestión, se tratarán temas de suma importancia, tales como la voluntad procreacional y el consentimiento informado; los cuales adquieren un papel fundamental en el Derecho filial tripartito, ya que a partir del año 2015 con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha adoptado una nueva fuente filial, en el que la voluntad procreacional debidamente exteriorizada, a través del consentimiento informado, constituye la máxima expresión de la filiación por voluntad procreacional. En este orden de ideas, se señalarán otros aspectos de suma importancia; tales como las diversas posturas existentes en cuanto al comienzo de la existencia de la vida humana; como así también legislación referida especialmente a nuestro derecho interno y una comparación con la legislación uruguaya, demarcando diferencias y similitudes; avances, retrocesos y respectivos grados de desarrollo en la materia en ambos países; considerando doctrina y jurisprudencia de gran relevancia.

Capítulo 1. Metodología

1. Tema de Tesis:

Regulación de las TRHA en Argentina. Análisis. Comparación con la legislación uruguaya. Consecuentes problemáticas sociales.

2. Título Académico:

Análisis de la regulación de las TRHA en el Derecho argentino, a partir de la vigencia del CCCN en el año 2015. Comparación entre la legislación argentina y uruguaya en materia de avances y evolución sobre la materia.

3. Área Temática:

El objeto de estudio del presente trabajo se encuadra dentro del:

- Derecho de familia (más precisamente, dentro del Derecho filial)
- Derecho civil
- Derecho comparado (legislación uruguaya)

4. Marco Teórico:

Sabido es que a partir de los modernos avances en la ciencia y tecnología en el área de la medicina y la biotecnología, se logró experimentar un cambio en cuanto a las formas de concepción; posibilitando la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; llevando a repensar las reglas relativas a la filiación y generando un consecuente proceso de normativización encaminado a incluir estos nuevos mecanismos o técnicas; como así también las consecuentes relaciones entre el niño y las personas involucradas en dicho proceso; generando un conjunto de derechos, deberes y obligaciones.

Ana María Chechile[1] nos expresa que desde el Siglo XXI se ha producido un cambio significativo en cuanto al Derecho de familia y la significación del concepto de familia en sí mismo; puesto que con estas técnicas se han abierto nuevas formas de pensar

[1] Chechile, A., & Lopes, C., Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

y repensar a la maternidad y la paternidad. Eduardo Zannoni[2], por su parte, nos trata de remarcar una cuestión que es la determinante en la generación de los conflictos sociales que se pueden observar en la sociedad, puesto que tradicionalmente hemos aprendido y entendido que el hijo es, como tal, hijo de padres producto de la fecundación producida por medio del acto entre un hombre y una mujer, generando la consecuente concepción en el seno materno. La utilización de las TRHA viene a cambiar este paradigma natural y biológico; poniendo a la ciencia como principal protagonista. Ya nos advierte Zannoni que estas técnicas fueron implementadas primigeniamente en el Siglo XIX, como ser la inseminación artificial, entendida como una técnica de reproducción humana en la cual interviene la ciencia, a través de una fecundación que es lograda en el seno materno por medio de la realización de diversas etapas procedimentales (semen inoculado en el cuello del útero, posibilitando su ascenso a las trompas de Falopio).

En relación a ello, Chechile nos acerca a un concepto de lo que es la *reproducción humana asistida*, entendida básicamente como un conjunto de etapas procedimentales que permite acercar el espermatozoide al óvulo a través de la utilización de la ciencia de por medio; mediante la cual se pretende lograr un embarazo. El fin primordial de la realización de estas técnicas de reproducción se basó en superar la esterilidad masculina, para más adelante enfocarse también en los problemas femeninos. A raíz de ello, Marisa Herrera[3] afirma que mediante la utilización de las TRHA una gran cantidad de niños han nacido y continúan naciendo en todo el mundo, al igual que Eleonora Lamm[4], quien expresa análoga opinión. Es dable destacar que Ana María Chechile establece que, gracias al perfeccionamiento de las TRHA, nace una gran cantidad de niños, mediante la intervención de la ciencia; por lo que se amplía de esta manera y en forma exponencial, la causa fuente del vínculo entre padres e hijos.

Graciela Medina y Eduardo Guillermo Roveda[5] cuentan, con palabras asertivas, que la ciencia y sus avances en determinadas áreas han permitido la generación y utilización de las TRHA, que impactan notablemente en el campo de la materia filial. La ciencia ha transformado al proceso de procreación en un acto médico, ya no exclusiva ni

[2] Bossert, G., & Zannoni, E., Manual de Derecho de Familia. 7° ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.
[3] Herrera, M., Manual de Derecho de las Familias. - 1a ed. 1a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.
[4] Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.
[5] Roveda, E., & Medina, G., Manual de Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

necesariamente sexual, puesto que estas prácticas o técnicas médicas, han permitido la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, entre tantas otras que permiten entender a la procreación no solamente como un acto o proceso natural, sino también como uno médico-científico.

Zannoni da cuenta de los diferentes tipos o clases de TRHA, como ser: la inseminación artificial homóloga y heteróloga; la fecundación extracorporal; el congelamiento de gametos; cuestiones referidas a la manipulación de embriones; maternidad por sustitución; cuestiones referidas a la inseminación post-mortem; maternidades subrogadas o gestión por sustitución; congelamiento de embriones y de óvulos; y demás temáticas referidas a investigaciones científicas y terapias génicas. Al igual que el doctrinario mencionado oportunamente, Herrera diferencia notoriamente la fertilización homóloga de la heteróloga, expresando que resulta necesario diferenciar las formas de utilización del material genético (propio o de un tercero) para comprender la regulación de la filiación. En relación a la regulación de la filiación, Ana María Chechile establece, tal como hemos expuesto ut supra, que gracias al perfeccionamiento de las TRHA y el numeroso nacimiento de niños en el mundo; devino en necesario establecer una tercera causa fuente de la filiación: las técnicas de reproducción humana asistida; puesto que estas técnicas o prácticas médicas con componente científico se diferencian notoria y notablemente de las restantes fuentes filiales, como son la filiación por naturaleza y por adopción. Dicho esto, la doctrinaria pone especial énfasis en esta tercera causa fuente, marcando y acentuando que debe tener una regulación autónoma, compuesta por sus propios principios y reglas jurídicas. Siguiendo con esta línea de pensamiento, Aída Kelmemajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm[6] señalan que el CCCN inserta en el Título V -dedicado a la filiación- que ésta deriva de tres fuentes distintas de filiación: por naturaleza (natural, biológica, derivada de un acto sexual); por adopción (derivada de una sentencia); o por técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), a través del uso de avances científicos que permitan engendrar un hijo; al igual que Graciela Medina y Eduardo Roveda, quienes afirman que en el art. 558 del CCCN se establece la existencia de tres tipos de filiación: por naturaleza; por voluntad procreacional y por adopción.

5. Objetivos:

[6] Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.

5.1 Objetivo General:

El objetivo principal del presente trabajo se encuadra en el estudio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA) en nuestra legislación, a fin de determinar sus principales características, contenido, alcances y relaciones con la legislación uruguaya en materia de avances y retrocesos, poniendo el foco en la determinación de nuestro grado de evolución interna en la materia.

5.2 Objetivos Específicos:

- Analizar la regulación de las TRHA en el derecho argentino.
- Analizar la regulación de las TRHA en el derecho uruguayo.
- Efectuar un análisis y una comparación entre ambas legislaciones, a fin de establecer el grado de evolución de la materia en nuestro país; como así también sus avances y retrocesos desde su implementación hasta nuestros días.
- Analizar e indagar en las principales características de las TRHA a partir de un profundo estudio amparado en doctrina; normativa nacional, internacional e importantes pronunciamientos jurisprudenciales.
- Observar, a partir de dicho análisis, las principales problemáticas y/o cuestionamientos que acarrea la utilización de las TRHA en la sociedad.

6. Encuadre Metodológico:

a) Tipo de Tesis: Descriptiva – Explicativa.

b) Técnica de recolección de datos: Observación no participativa, individual y de laboratorio.

c) Fuentes documentales: Análisis de textos, legislación nacional e internacional, tratados internacionales, doctrina, jurisprudencia de carácter nacional e internacional y páginas Web.

d) Unidad de Estudio:

- Ley argentina 26.862 de Acceso Integral a las TRHA y su decreto reglamentario 956/2013;

- Regulación y tratamiento de las TRHA en el Código Civil y Comercial de la Nación de 2015 (CCCN);

- Resolución 1044 / 2018 del Ministerio de salud de Argentina: tratamiento de reproducción medicamente asistida.

- Ley uruguaya de reproducción asistida 19.167 y su decreto reglamentario 84/2015.

- Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional aplicables a la temática en estudio.

7. Planteo del Problema:

El problema a plantear en el desarrollo de la temática bajo análisis consiste en determinar, a partir de un exhaustivo estudio de la materia fundado en la aplicación de doctrina, normativa y jurisprudencia nacional e internacional, cuáles son las principales problemáticas sociales y jurídicas que se perciben en la sociedad a raíz de un cambio de paradigma y del Derecho de Familia como tal, a partir de la implementación en nuestra legislación interna de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), las cuales vinieron a modificar la tradicional concepción de nuestro derecho positivo, como así también una nueva concepción o significación de la conformación de una familia, desplazando la formación de una familia de índole "tradicional"; otorgando diversas posibilidades que no sólo trascienden el plano jurídico, sino que se avocan, asimismo, a lo social, económico, político, ético e histórico; conformando una temática que se engloba en múltiples disciplinas.

En relación con lo expuesto anteriormente, se hace necesario efectuar este tipo de análisis que se desarrollará oportunamente, a fin de poder determinar el alcance de las TRHA en nuestro derecho argentino y propender hacia la indagación de sostener si es necesaria una nueva adecuación de normativa tendiente a la regulación de estas nuevas técnicas de reproducción, que se adapten a las nuevas exigencias de la sociedad en su conjunto.

8. Hipótesis:

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en Argentina no cuentan aun con el grado de avance y desarrollo que se esperaría, a comparación de otros países, como es el caso de Uruguay; por ello nos enfocaremos en efectuar un análisis comparativo entre ambas legislaciones en esta materia a fin de determinar si ello se condice con lo expuesto. Es notable destacar que los avances en ciencia y tecnología han permitido la implementación y utilización de estas técnicas, que han venido a desplazar la concepción biológica y natural para dar paso a un proceso procreativo de índole científica-tecnológica que otorga la posibilidad de ampliar el espectro de significación de lo que era y es entendido como una familia.

¿Es necesaria una nueva adecuación normativa en materia de TRHA en nuestro derecho positivo vigente, teniendo en consideración su grado de desarrollo en comparación con otras legislaciones?

Capítulo II. Filiación

2.1 Filiación y técnicas de reproducción humana asistida. Concepto

Siendo el punto de partida de la presente temática el Derecho, es menester dar a conocer las implicancias de ciertos juristas de renombre internacional en materia jurisprudencial que sustentarán las bases para la temática. Según lo establecido por Juan Carlos Cassagne, conforme su intervención en el Ciclo Maestros del Derecho de la propia Universidad Abierta Interamericana, al hacer mención al Derecho se debe citar al mismo en cuanto tal, no debiendo haber una supremacía de derechos nuevos frente a derechos tradicionales, lo que constituiría una mera utopía para implementar una equidad jurídica socialmente. El propio Cassagne hace mención a la declinación de la ley como centro del sistema jurídico, caída que no es instantánea, sino consecuente de las últimas épocas. Ello no debe tener eco en la sociedad por lo que la misma representa, denotando el *modus operandi* del sistema en cuanto tal siendo ello un elemento clave para fundamentar la naturaleza del trabajo.

En la misma conferencia de Maestros del Derecho del año 2015 en este caso, el Dr. Julio Maier entiende que un problema posiblemente extendido universalmente "está constituido por la excesiva e increíble prolongación temporal en el lapso que media entre el reclamo ante los tribunales y la decisión firme, ejecutorial e incluso ejecutable en caso de no cumplirse el mandato originado en la sentencia voluntariamente". Ello tiende específicamente a inmiscuirse en todas las áreas del derecho.

Haciendo esas clarificaciones, entendiendo a la ley como el principal aspecto a ser relevado y respetado para la consagración de los derechos, se hará mención directamente al tema iniciando por la conceptualización de lo que se entiende por "filiación". Esta palabra, como bien expresan Falótico, Yael y Pietra María Luciana[7] deriva del latín "*filius*" que significa hijo. Así, podemos determinar que la filiación es el vínculo jurídico que une a los progenitores con su hijo. Zannoni, expresa que la filiación puede ser entendida como el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos, apuntando a un concepto puramente tradicional.

[7] Chechile, A., & Lopes, C., Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el concepto de filiación dependerá de la realidad que impere en el momento, atendiendo las diversas circunstancias sociales, económicas, políticas y éticas de una sociedad en un momento determinado. Sin perjuicio de lo expresado, podemos afirmar que la filiación permite establecer quiénes son padres y/o madres de un niño/a desde el plano jurídico, con los consecuentes efectos que genera dicha relación o vínculo jurídico. Cabe aclarar que el legislador, al aproximarse a un concepto de filiación, no derivó la misma en una causa netamente biológica, ya que la misma puede darse biológica o naturalmente como no. Ello encuentra sustento con lo expresado por Falótico, Y & Pietra M., quienes señalan que en la actualidad puede definirse a la filiación como un vínculo de carácter jurídico existente entre los progenitores y su/s hijo/s determinado por la procreación natural, por las técnicas de reproducción humana asistida o por la adopción; en base a lo establecido en el art. 558 CCCN. Es decir que el concepto de filiación no se encuadra solamente en una relación o nexo de índole biológico, sino que puede darse por sentencia adoptiva o por voluntad procreacional; lo cual trataremos detenidamente en este capítulo y los siguientes.

Según el Doctor Eduardo Pettigiani, especialista en Derecho de Familia, integrante durante el año 2013 del Ciclo Maestros del Derecho, el interés implica “ser entre las cosas de alguien”, algo que importa, habiendo varios sujetos jurídicos que concurren y le otorgan personería al asunto al momento de su decisión. El mismo denota una conceptualización central en el derecho, y es sustancial para fundamentar la presente temática. Asimismo, el hombre trascendía y trasciende a través de su descendencia, al tiempo que quien no se había visto beneficiado por contar con descendencia la buscaba por otros medios. La misma era necesaria para poder aspirar a cargos políticos, ya desde la antigüedad.

Al expresar esto, creemos en la necesidad de mencionar que históricamente se “clasificaban” a los hijos en legítimos e ilegítimos, lo cual importaba actos de índole claramente discriminatoria, ya que los ilegítimos no tenían los derechos que le correspondían a los legítimos. Por suerte, esta clasificación tuvo su fin en 1954 y se empezó a reconocer la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales a partir de 1985, con la reforma del Código Civil, apuntando a una concepción más humanista y ya no materialista.

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2015 recepta las diversas fuentes de la filiación, estableciendo una división o categorización tripartita; las cuales procederemos a analizar detenida y oportunamente; a fin de señalar las principales características y diferencias entre ellas.

ARTÍCULO 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos
La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.
La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.
Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Actualmente existen tres categorías filiales:

a) La filiación por naturaleza
b) La filiación adoptiva
c) La filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), generada por el uso y los avances en las ciencias médicas para poder engendrar un hijo. Hoy en día, con el uso de estas técnicas, podemos observar que una gran cantidad (que cada vez es mayor) de niños nacen en el mundo, a partir de la implementación de las TRHA. De ahí la importancia de su respectivo análisis.

Cabe mencionar que han tenido que pasar varios años para que sea receptada la filiación adoptiva y, sobre todo, la filiación por TRHA en el Código Civil y Comercial; puesto que el Código Civil de Vélez sólo contemplaba una fuente de filiación, que se correspondía con la concepción y nacimiento, derivada del acto sexual (filiación por naturaleza o biológica).

Con más de cincuenta años de vigencia del C.C., mediante la Ley N°13.252 de 1948, se logra introducir una segunda fuente de la filiación: la filiación por adopción, derivada de una sentencia. Posteriormente, con la sanción del actual CCCN, se logra la introducción de una tercera fuente o categoría de filiación: la derivada de la utilización y/o implementación de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), siendo una novedad hasta el momento.

Una cuestión importante a tener en cuenta es que el legislador puso un límite de dos personas entendidas como progenitores, no atando dicha limitación a una consecuencia biológica, sino que lo que se buscaba era evitar ciertas complicaciones en materia filial, sin que importe la tipología o composición del vínculo filial; ya que debemos tener en cuenta que, en el caso de filiación por implementación de TRHA, puede darse el supuesto de una madre que llevó la gestación del embarazo y produjo el parto producto de la implantación del embrión de otra mujer, con lo cual vemos que podríamos considerar como madres a ambas, además del marido de la mujer que tuvo el hijo por aplicación de la presunción de paternidad, con lo cual sumariamos tres progenitores, sin considerar que puede encuadrarse en la misma categoría a la pareja masculina de la mujer que aportó el material a la mujer que gestó y parió el hijo. Además, es preciso mencionar que a partir de la sanción de la Ley 26.618 se extendió la figura del matrimonio a todas las personas, con independencia de la orientación sexual; con lo cual, una persona puede tener dos madres o dos padres o bien, una madre y un padre como límite. Por ello, es que se ha utilizado la expresión "progenitores" en forma neutral a fin de involucrar casos de filiación de igual o distinto sexo, teniendo en cuenta lo ya expresado por la CIDH.

2.1.1 ¿Es admitida la multiparentalidad en el CCCN? Postura del CCCN. Contraste con las realidades sociales

Se han generado múltiples cuestionamientos en torno a la utilización de las TRHA; puesto que la implementación de las mismas disoció la reproducción con del sexo, abriendo paso a un proceso procreativo por voluntad procreacional de aquellas personas que desean ser padres. Es por ello que el CCCN tiene la labor de determinar quiénes son los progenitores de un nuevo ser nacido a través de TRHA y cuál es la relación de este nuevo ser con aquellas personas que aportaron su material para darle vida.

Entonces, ¿son padres los que generaron dicho vínculo filial a través de la utilización de las TRHA o en realidad existen múltiples progenitores, teniendo en cuenta a quienes se someten a dichas técnicas como a quienes aportan el material?

El CCCN establece, en el art. 558, un límite al número de progenitores, admitiendo solamente dos vínculos filiales por persona. Sin embargo, las realidades sociales nos vienen a imponer que, en determinados casos, deba aceptarse la multiparentalidad, como ya se ha visto en algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

En el artículo "MÚLTIPLE FILIACIÓN EN ARGENTINA: AMPLIANDO LOS LÍMITES DEL PARENTESCO"[8] habla sobre la aceptación de la multiparentalidad en Argentina en sede administrativa, tomando el caso de un niño en 2015. En el caso, se reconoció la conformación de una familia compuesta por dos madres que ya estaban casadas, un padre aportante de material genético y el niño de seis años; convirtiéndose en el segundo precedente de nuestro país, fundándose en el reconocimiento de los derechos constitucionales y convencionales como ser el derecho a la familia y a la vida familiar, sin injerencias ilegales o arbitrarias; el interés superior del niño, su derecho a la identidad y sobre todo, el respeto a la voluntad procreacional.

En relación al artículo, el mismo señala otros precedentes anteriores en Latinoamérica, como ser el caso de Brasil en 2013 y otros tantos en Estados Unidos, Reino Unido, entre otros. Siguiendo esta línea de pensamiento, en 2020 se dictó un fallo inédito[9], concediendo a una niña de Tucumán el derecho a tener una mamá y dos padres, donde la jueza dejó de lado la interpretación literal del art 558 CCCN y su consecuente aplicación, a fin de fallar en virtud de los derechos reconocidos y consagrados tanto constitucionalmente como convencionalmente, admitiéndose la multiparentalidad (también denominada "pluriparentalidad").

Herrera, en relación a este fallo ha dicho que "*Como se ha adelantado, en el derecho nacional ya hace un tiempo que se vienen escuchando voces doctrinarias y jurisprudenciales abiertas a mirar realidades familiares que colocan en crisis el principio binario. En este sentido, el fallo que aquí se analiza vendría a engrosar, profundizar y ampliar el campo de estudio del derecho de las familias en clave contemporánea*"[10]

"*Por primera vez, la Justicia de Salta hizo lugar al pedido de reconocimiento de triple filiación derivada del vínculo socioafectivo-biológico-originario de un niño. Se ordenó además la emisión de una nueva acta de nacimiento con los tres apellidos de sus*

[8] Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 372-393. Recuperado el 01/05/2022 de: múltiple filiación en argentina: ampliando los límites ... – Dialnet https://dialnet.unirioja.es › articulo › 6812995

[9] **Fallo inédito y ejemplar que reconoce el derecho de una niña a tener una mamá y dos papás.** Recuperado el 01/05/2022 de: https://www.abogadosdefamilia.com.ar/fallo-que-autoriza-a-que-una-menor-tenga-una-mama-y-dos-papas/

[10] Herrera, Marisa - Gil Domínguez, Andrés. (2020). Derecho constituvencional de las familias y triple filiación. Recuperado el 01/05/2022 de: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/06/2020-comentario-fallo-triple-filiacion-con-Andres-Gil-Dominguez.pdf

progenitores".[11] En el fallo Paez, Ignacio c/ Diaz, Sebastián s/ impugnación de filiación se resolvió, ante el juzgado de primera instancia en lo civil de personas y familia 2 de Orán, una triple filiación en la provincia de Salta. En los hechos del caso, el padre biológico de la niña había solicitado la nulidad del reconocimiento paterno en contra del hombre que cuidó y crió al niño desde su nacimiento; puesto que la madre había fallecido pocas semanas después de conocerse los resultados de ADN, donde se comprobó quien era el padre biológico. Es así que el progenitor socioafectivo contestó la demanda, solicitando se reconozca la multiparentalidad, con el fin de evitar perjuicios afectivos y de personalidad del menor. La jueza, para decidir, declaró inaplicable el art. 558 CCCN que establece un límite máximo de dos vínculos filiales, al considerar que *"no se trata de desplazar a nadie, sino de multiplicar los afectos, en clave de derechos humanos".*

2.2 Diversas causas fuentes de la filiación. Clasificación del CCCN

Como se ha explicitado ut supra, el CCCN contempla tres causas fuentes de la filiación, las cuales pueden derivar de un nexo biológico entre un hombre y una mujer, o bien, derivar de una sentencia que otorgue la filiación e incluso del uso de las TRHA. Por ello, cobra especial importancia el análisis de cada una de ellas en forma individual, partiendo de la noción del *derecho a la identidad ("el ser yo y no otro")*, ya que la identidad no sólo puede ser biológica, sino que puede ser voluntaria/volitiva o genética. Ello encuentra fundamento y anclaje en el Sistema Regional Americano de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica):

Convención de los Derechos del Niño Art. 7

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Asimismo, el Art. 8° reza:

[11] Familia XL. Nota de Diario Judicial en donde se declaró la inaplicabilidad del art 558 CCCN. Recuperado el 01/05/2022 de: https://www.diariojudicial.com/nota/89932

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Convención Americana de Derechos Humanos Art. 18

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

Argentina a través de la ley 26.061, ha regulado este procedimiento en sus arts. 12 y 13, diferenciando dos facetas: a) el derecho a la identificación y b) el derecho a la documentación, cumpliendo con la manda constitucional en su art 75 inc 23 CN, en lo concerniente a las acciones positivas del Estado que aseguren el principio de igualdad real y el de no regresión y progresividad de los derechos.

2.3 Filiación por naturaleza

El CCCN regula la filiación más antigua, la filiación biológica o por naturaleza, la cual es interesante por dos grandes cuestiones a considerar: a) la determinación de la filiación, que permitirá demostrar la maternidad y paternidad matrimonial o extramatrimonial; y b) las acciones de filiación, las cuales permiten resolver los conflictos tendientes a la falta de determinación de la relación filial o ante el caso donde una determinación filial no coincida con el nexo biológico, clasificándose en acciones de reclamación y de impugnación.

En consonancia con lo expresado, podemos decir entonces que la filiación por naturaleza es la que se origina en el vínculo biológico, siendo matrimonial o extramatrimonial (se tiene en cuenta, para esta categorización, si los hijos nacen dentro o fuera del matrimonio).

Graciela Medina y Eduardo Roveda definen a esta categoría de filiación como la derivada de un vínculo biológico y natural, el cual es generado por la consanguineidad con sus progenitores.

Teniendo en consideración lo expuesto, resulta necesario ahondar en una cuestión que merece tratamiento, como lo es la determinación de la maternidad para estos casos. Es así que el art 565 CCCN reza que, en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La ley destaca el hecho del parto, más allá de la voluntad de la madre, para establecer el vínculo. Esto quiere decir que la norma exige la prueba de dos hechos: el parto y la identidad del nacido a la vez que se debe identificar a la madre por medio del Documento Nacional de Identidad (DNI); además de una serie de procedimientos y trámites documentales, tales como un certificado médico del nacimiento; la confección de una ficha médica en la que se determinen los datos de la madre y del recién nacido (incluyéndose información decadactilar de la madre, como así también, calcos palmares y plantares del recién nacido).

Una cuestión de suma importancia se da en el plano de la presunción de la paternidad o maternidad, puesto que se presume que, si la mujer es casada, se atribuye a su cónyuge la paternidad/maternidad del hijo nacido. Esta presunción sólo puede ser desplazada a través de la implementación de las acciones anteriormente mencionadas; cuyo tratamiento excede el análisis del desarrollo del presente trabajo en cuestión, por lo que seguiremos ahondando en las cuestiones más relevantes y a destacar que nos competen con el tema en estudio. Sin embargo, es dable destacar que estas cuestiones mencionadas merecían cierto punto de tratamiento para comprender los institutos bajo análisis.

2.4 Filiación por adopción

Al hablar de este tipo de filiación, ya no se hace hincapié solamente en las necesidades del adoptante o en la imposibilidad de tener hijos biológicos, sino que la importancia radica en el sentido de brindar amparo a los niños, ello en virtud de la consideración de derechos de raigambre constitucional como son el derecho a la identidad y el interés superior del niño; a fin de crear un vínculo entre estos y sus adoptantes que esté basado en el amor. En consecuencia, la filiación por adopción genera un vínculo de carácter filial que ya no se encuadra en un nexo o vínculo biológico o natural como se da en el caso de la filiación por naturaleza, sino que este vínculo paterno-filial se origina a través del dictado de una sentencia que otorga la filiación, a través de un proceso de declaración judicial de la situación de adoptabilidad.

Según Eduardo Pettigiani, participante del Ciclo Maestros del Derecho en la edición 2013, “este individualismo desdeña el poder referirse a la familia como un cuerpo, a la familia como un todo”, no debiendo desdeñar dicha posibilidad puesto que si bien es el individuo al que se debe referir el mismo está inmerso en un cumulo familiar y de algún modo condicionan su comportamiento.

En cuanto a los antecedentes de este instituto en nuestro derecho interno, cabe mencionar la ley 13.252 del año 1948, la cual establecía y admitía la adopción de menores de edad (hoy tiene el alcance de la adopción simple), donde vemos que el vínculo se establece y es generado entre el adoptante y el adoptado, pero sin que se extingan los lazos de sangre primigenios del menor con respecto a su familia consanguínea. Entre los requisitos que se exigían estaba la cuestión de que entre el adoptante y el adoptado tenía que existir una diferencia de edad de dieciocho años y, si el adoptante estaba casado, debía obtener la conformidad de su cónyuge con respecto al trámite de adopción. Ahora bien, entre estos requisitos habían otras cuestiones, tales como el caso de que si el adoptante tenía descendencia, no podía adoptar, como así también, el hecho de que el adoptante no tenía vocación sucesoria respecto del adoptado.

La ley 19.134 reemplazó a esta ley del año 1948 e incorporó, como nueva novedad en nuestra legislación interna, al instituto de la adopción plena. Sin perjuicio de ello, la ley 24.779 vino a introducir las últimas reformas en la materia bajo análisis al Código Civil de Vélez, puesto que nos encontrábamos en una etapa de instituciones tales como el divorcio vincular y la importancia de la Convención de los Derechos del Niño a nivel internacional.

Conceptualizando a esta institución, podemos decir que la adopción tiene como objetivo primordial la protección de los niños, niñas y adolescentes (N.N.A) a fin de que puedan vivir y desarrollarse en una familia que les otorgue los cuidados necesarios para la satisfacción de sus necesidades, tanto afectivas como materiales.

En línea con lo expuesto y regulado por el CCCN, podemos decir el mismo regula tres tipos de adopción: la adopción de menores; la adopción de mayores y la adopción de integración, con un extenso tratamiento en este corpus normativo, dedicado a examinar las clases de adopción; el proceso de adopción con el consecuente dictado de la sentencia que la otorga, la determinación de quienes pueden ser adoptantes y quienes los adoptados y la consagración e importancia de los derechos constitucionales que amparan a los NNA

como mecanismo de protección y garantía en la realización de sus derechos y consecuente satisfacción de necesidades.

2.5 Filiación por voluntad procreacional

Antes de llevar a cabo el desarrollo de esta tercera categoría o tipo de filiación, es preciso mencionar que la misma ocupará toda nuestra atención, ya que el motivo de desarrollo del presente trabajo se centra, principalmente, en el análisis de estas prácticas y el uso de doctrina y jurisprudencia que la examinen y determinen sus principales características, contenido y alcances.

En materia de antecedentes, Suecia ha sido el primer país de Europa en efectivizar la regulación de estas prácticas médicas, a través de la ley 1984 de inseminación artificial. Luego, podemos mencionar a la ley española 35/1988 que permitieron generar una expansión en la regulación de dichas técnicas en el continente europeo. Empero, debemos expresar que la regulación de las TRHA no cuenta con un grado de avance tan masivo en América Latina como en Europa. Sin embargo, no podemos negar que la utilización e implementación de las TRHA a nivel nacional es cada vez mayor. En línea con lo expuesto, se ha regulado, a través de la ley 26.862 de 2013, todos los aspectos concernientes a la cobertura médica para la realización de este tipo de prácticas o técnicas médicas, dividiendo a estas prácticas en técnicas de baja complejidad (intracorpóreas; menos invasivas y más sencillas) de las técnicas de alta complejidad (extracorpóreas; más costosas e intrusivas).

Como premisa, diremos que una de las particularidades del uso las TRHA es la utilización de material genético de la propia pareja, ya sean óvulos o gametos femeninos; esperma o gametos masculinos (lo cual es conocido como fertilización homóloga) o el uso de material genético de un tercero donante, el cual puede ser un anónimo o una persona conocida, en cuyo caso la fertilización será conocida como heteróloga. Aquí prima, por sobre todo, la voluntad procreacional. Ello es así porque siempre se genera el interrogante de determinar quién es efectivamente el progenitor del nacido a través de la implementación de estas técnicas por medio del uso de la ciencia: se ha determinado que es progenitor quien tiene la voluntad de serlo (al igual que en la filiación adoptiva otorgada por sentencia judicial). Es decir que el elemento volitivo juega un papel

preponderante en la determinación del vínculo filial. Al respecto, Roveda Eduardo[12] bien señala que *"La voluntad procreacional es la filiación que surge de la intención de ser padres independientes del nexo biológico y es una de las consecuencias de la posibilidad de reproducirse sin sexo".*

En este tipo de filiación, el vínculo filiatorio se establece a través del consentimiento libre e informado para la realización de dichas técnicas.

2.5.1 El carácter de autonomía de la filiación por voluntad procreacional

Se debe tener en cuenta que el carácter de autonomía/especialidad/particularidad de las técnicas de reproducción humana asistida reguladas en el CCCN, se derivan de lo señalado en el art 19 CCCN, el cual expresa cuestiones relacionadas al comienzo de la existencia de la persona humana como tal. Ello encuentra sustento con lo expresado por Kemelmajer de Carlucci Aída, quien establece que la filiación por voluntad procreacional debe ser entendida como una fuente de filiación autónoma; ello debido al tratamiento que le da el CCCN a las TRHA, donde se presentan elementos propios que ameritan una regulación autónoma y que permiten diferenciarla de la filiación por naturaleza y de la filiación por adopción.

2.6 Diferencias entre los diversos tipos de filiación

A continuación, pasaremos al tratamiento y diferenciación de los tres tipos de filiación, a fin de que no queden dudas sobre sus alcances, contenido, características y rasgos distintivos de las mismas.

- Diferencias entre la filiación por TRHA y la filiación por naturaleza. Básicamente, podemos señalar que la principal diferencia entre estos dos tipos de filiación radica en la inexistencia de un nexo biológico de determinación del vínculo filial en la filiación por voluntad procreacional. Es decir que la voluntad de ser padres e hijos no proviene de una relación biológica o natural, sino del deseo mismo de ser padres (por ello, resaltamos la importancia de la voluntad procreacional, tema que abordaremos oportunamente en el capítulo IV), el cual se materializa en un acto voluntario expresado en un instrumento que conlleva a la aceptación para la realización de dichas prácticas (consentimiento previo,

[12] Roveda, E., & Medina, G., Manual de Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.

informado y libre; otro tema de especial tratamiento). En relación con lo expuesto, no es necesaria la coincidencia de que los progenitores genéticos se condigan con los jurídicos (hay que tener presente que, si bien el CCCN impone un límite al vínculo filial, actualmente la jurisprudencia acepta la existencia de la multiparentalidad o pluriparentalidad frente a determinados casos). Otra diferencia a destacar es el irrestricto derecho que tienen los hijos biológicos (en la filiación por naturaleza) a conocer sus orígenes. Para concluir, en la filiación por naturaleza existe una prevalencia del dato genético, dado el acto sexual entre un hombre y una mujer; lo que permite tener o valerse de presunciones y ciertas máximas, tales como "madre siempre cierta es" o, el caso de la presunción de paternidad del marido de la madre que dio a luz; con lo cual, podemos decir que la voluntad biológica o natural de ser padres no es necesaria, puesto que se puede presumir la paternidad/maternidad por el aporte del material genético a través del acto sexual. Al respecto, Kemelmajer de Carlucci[13] expresa: "*De lo anterior se desprende que mientras que la filiación por naturaleza se funda en el elemento biológico con independencia de si se quiere o no ser padre/madre (elemento volitivo), la filiación por TRHA se funda en el elemento volitivo, con independencia del elemento genético y/o biológico*".

- Diferencias entre la filiación por TRHA y la filiación por adopción. Una marcada diferencia entre ambos tipos de filiación se da en el sentido de que la filiación adoptiva surge de una determinación judicial, tras la realización de un proceso de adopción que evalúa las condiciones para ser padre (en una faz administrativa y judicial); mientras que la filiación por TRHA surge, como ya hemos expresado ut supra, del deseo o la voluntad de ser padres, expresándose a través del consentimiento informado (es decir que prima la voluntad procreacional más dicho consentimiento, en donde se materializa instrumentalmente la misma). Asimismo, debemos mencionar que en la filiación por adopción los padres adoptantes reemplazan o sustituyen a los biológicos; lo cual no existe en la filiación por voluntad procreacional, donde el vínculo filial se genera a partir de la realización de técnicas de baja o alta complejidad, sea homóloga o heteróloga. En realidad, debemos expresar que en ambos tipos de filiación existe una voluntad encaminada a ser padres, sólo que dicha voluntad se manifiesta y/o materializa en sentidos diferentes: en la filiación por TRHA se debe manifestar la voluntad procreacional a través del consentimiento informado previamente a la gestación; mientras que en la filiación por

[13] Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.

adopción, dicha voluntad se manifiesta a través de la sentencia judicial que declara la adopción de un niño o persona ya nacida. En igual sentido se ha manifestado Kemelmajer de Carlucci[14], al expresar que: "*En otras palabras, en la filiación por 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. Es decir, en la adopción, esa voluntad no actúa como causa fuente del origen y existencia de la persona*". Asimismo, agrega que la mayoría de las personas terminan optando por elegir las TRHA como mecanismo de creación del vínculo filial, puesto que dichas prácticas permiten que exista una vinculación genética entre los progenitores y el niño (o al menos que se de esa posibilidad). Una cuestión importante que resalta Herrera[15] y que marca una gran diferencia entre ambos tipos de filiación es el hecho de que: "*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 por TRISA no se presenta esta "historia previa", el vínculo con los "padres" surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida*".

2.7 Importancia a nivel constitucional e internacional del derecho filial

Cabe destacar la importancia que recae este punto en cuestión. A nuestro parecer, es indispensable y primordial que los niños, hijos nacidos a través de la implementación de las TRHA cuenten con una regulación específica de este instituto como tal; a fin de resguardar y proteger el vínculo filial existente entre ellos y sus progenitores, donde prima la voluntad procreacional de éstos de ser padres (sea por diversas cuestiones). Por lo tanto, es importante contar con un compendio normativo (sean leyes nacionales, internacionales, doctrina, pronunciamientos jurisprudenciales) que permita tener soluciones claras y un correspondiente tratamiento a determinadas situaciones que surgen a raíz de la realización y utilización de estas prácticas médicas; a fin de evitar que se judicialicen diversos reclamos o controversias, en miras a la obtención de la seguridad jurídica que se merece. Es así que no sólo basta con este tipo de plexo normativo; sino que es sumamente necesaria una regulación específica en el CCCN, tal como la tenemos

[14] Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.
[15] Herrera, M., Manual de Derecho de las Familias. - 1a ed. 1a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

hoy en día. Sin perjuicio de ello, creemos que a nuestra legislación le falta mucho por qué tratar y considerar.

Kemelmajer de Carlucci, Aída[16] afirma, con gran acierto que *"la decisión de reconocer que se está ante un tipo filial autónomo constituye una decisión de política legislativa obligada y no discriminatoria".*

"... No hay un fundamento constitucional-internacional más fuerte que elaborar una regulación que tienda al mejor interés de estos niños mediante normativas que puedan receptar las diferencias fácticas y jurídicas que existen entre nacer del acto sexual, ser adoptado o ser hijo por TRHA".

Se deben acentuar y resaltar las diferencias entre estos tres tipos de filiación, que permitan contrastarlas con la realidad imperante de nuestros días; con el propósito de efectuar un reconocimiento y protección de los derechos constitucionales y convencionales a través de un adecuado tratamiento legislativo.

[16] Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.

Capítulo III. Naturaleza jurídica del embrión

3.1 Introducción. El comienzo de la existencia de la persona humana

Determinar cuál es el comienzo de la existencia de la persona humana siempre ha sido o es uno de los temas más controvertidos y complejos que se han tratado en la legislación argentina; sobre todo a partir de la sanción del CCCN y la consecuente modificación del art 19. Por ello, creemos conveniente ahondar en este punto en un capítulo específico, dedicado a la materia.

Para comenzar con el desarrollo del presente capítulo, es menester determinar qué se entiende por "embrión". El mismo puede ser entendido como un organismo desde los primeros estadios del desarrollo hasta los tres meses de embarazo, donde se lo comienza a llamar "feto".

El anterior art. 19 (el cual fue variando en todas las etapas que atravesó el proyecto del CCCN) establecía que el comienzo de la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. Posteriormente, se eliminó la frase "… en el seno materno" dejando simplemente que "el comienzo de la existencia de la persona humana comienza con la concepción" a la vez que la segunda parte del art se había dejado como una disposición de carácter transitorio.

Finalmente, en 2013, tras la aprobación del Proyecto, el art 19 CCCN reza: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción". Y en la disposición transitoria segunda se establece que "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial". En cuanto a esta disposición transitoria, Kemelmajer de Carlucci afirma que el embrión no implantado no puede ser considerado como persona, puesto que el mismo artículo establece que su regulación será objeto de una ley especial ya que, de lo contrario, el CCCN hubiera contemplado una regulación del mismo para atender a su protección. Asimismo, Kemelmajer fundamenta su postura con lo resuelto en el fallo "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" el cual será objeto de estudio en los apartados siguientes.

3.1.1 Diversas posturas. Cuestionamientos

No es menor resaltar la cuestión de que hay diversas posturas y cuestionamientos en torno a cuándo comienza la existencia de la vida humana, cuándo se es persona humana como tal; ello debido no solamente a cuestiones morales o religiosas (históricamente, hubo oposiciones de la Iglesia Católica en diversos ámbitos) sino también al hecho de que cada vez son mayores los avances científicos que permiten la utilización de las TRHA, generando una amplia gama de discusiones que se siguen acrecentando y que acaloran el ambiente en torno a determinar y regular estas cuestiones que necesariamente requieren un extenso análisis y estudio.

En este orden de ideas, debemos mencionar, además, que no existe un criterio unánime que permita determinar desde qué momento se produce la concepción, pese a los avances científicos y médicos en la materia.

Consecuentemente, existen dos grandes posturas sobre la temática bajo análisis: los que consideran que el embrión no implantado es persona y los que consideran que no lo es. En cuanto a la primera postura, autores y doctrinarios como Zannoni, han expresado que Vélez Sarsfield no conocía otra forma de concepción que no fuera dentro del seno materno, con lo cual, se acogían a la voluntad del legislador en la materia; pero señala que si hubiera conocido otra forma, la hubiera amparado bajo un mecanismo de protección, a raíz de los numerosos instrumentos de raigambre constitucional y convencional que protegen y amparan el derecho a la vida. La segunda postura, considera que el embrión implantado no es persona, puesto que entendían que persona era la concebida en el seno materno, por lo que el preembrión no podría corresponderse con tal situación.

3.1.2 Nociones de “concepción”. Interpretación. Artículo 19 del CCCN

En un principio, la Iglesia Católica definía que el comienzo de la vida humana se daba a partir del *quickening* (“animación”, que significa sentir los movimientos del feto en el vientre) para luego modificarlo y determinar que el comienzo de la existencia humana se daba con la concepción, entendida como una analogía del embarazo, es decir, con la consecuente implantación embrionaria en la pared del útero. Es así que el término “concepción” se corresponde con la idea de “anidación”.

En los casos de realización de prácticas de reproducción asistida, el término "concepción" es utilizado para referirse al hecho de que el embrión ha llegado al útero y se ha generado un embarazo. Sin perjuicio de lo expresado, debemos señalar y diferenciar los términos fertilización de concepción. La fertilización puede ser entendida como un paso previo por el cual se logra un embarazo a través de la concepción (implantación del embrión en la pared uterina).

Así, se ha expresado que: "*En pocas palabras, hay dos etapas fundamentales en el proceso biológico después de la relación sexual: la primera es la fertilización. Ella tiene lugar después de que los espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer se han unido; y la otra etapa clave es la implantación. Esta se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del vientre materno. Se trata de un proceso por el que el óvulo fertilizado se adhiere físicamente a la pared del útero. El proceso no se inicia hasta, como muy pronto, unos cuatro días después del comienzo de la fertilización. Recién en ese momento se puede hablar de embarazo, consecuentemente, recién en ese momento se produce la concepción*"[17].

Es decir que, tanto en la filiación por naturaleza como en la filiación derivada del uso de TRHA, la existencia de la persona humana se da cuando comienza el embarazo, en el momento en el cual se produce la concepción (óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero).

Este significado de la palabra "concepción" fue esbozado y determinado en el caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" por parte de la CIDH; donde ya se ha examinado y tratado la naturaleza jurídica del embrión no implantado, a través de esta máxima instancia judicial de la región en materia de Derechos Humanos y de carácter obligatorio para aquellos países que han ratificado dicha Convención (siendo uno de los países Argentina, además de otorgarle jerarquía constitucional, conformando el llamado "bloque" constitucional en el art. 75 inc 22 CN). Por todo lo expresado, pasaremos a analizar y efectuar un tratamiento específico de este fallo en materia de TRHA, de suma importancia para nuestro derecho argentino, puesto que la jurisprudencia de la CIDH es de interpretación obligatoria a fin de que el Estado resguarde sus obligaciones en el marco de la protección de los derechos humanos.

[17] Graham, M., & Herrera, M., Derecho de las familias, infancia y adolescencia : una mirada crítica y contemporánea - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014.

3.2 Un fallo de la CIDH de suma trascendencia: "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica". Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Para comenzar a analizar el fallo en cuestión, debemos informar el panorama que se estaba atravesando en Costa Rica, donde se había regulado la práctica de la fecundación in vitro mediante un decreto llevado a cabo por el Presidente del país, en el cual se expresaba que la utilización de la FIV estaba reservada sólo para el caso de las parejas casadas que utilicen material genético propio. Sin embargo, en el 2000 se declaró la inconstitucionalidad del mismo, con fundamento en el sentido de la elevada pérdida de embriones que traía aparejada la realización de la FIV; con una marcada incompatibilidad con el derecho a la vida. La consecuencia fue la prohibición de la implementación de la FIV en dicho país. Empero, en 2001 se presentan un grupo de personas ante la CIDH frente a la prohibición en la utilización de dicha técnica de reproducción asistida, alegando que se estaban vulnerando una serie de derechos de raigambre constitucional, como ser el derecho a la libertad personal, a la integridad, protección a la familia, a la honra y dignidad, entre otros. A tenor de lo sucedido, la Comisión Interamericana admitió la denuncia expresando que el Estado de Costa Rica había incurrido en una arbitrariedad en cuanto a la protección constitucional y convencional que se le otorga y reconoce al derecho a la vida como tal; al derecho a formar una familia y, a su vez, al derecho a la igualdad. En suma, en este caso se analizan dos cuestiones trascendentales para el desarrollo de nuestro trabajo:

1) La naturaleza jurídica del embrión no implantado.

2) La fertilización in vitro como práctica.

En resumen, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por amplia mayoría (cinco votos contra uno) condena a Costa Rica, por entender que se encontraban vulnerados y/o conculcados derechos constitucionales y convencionales. En consecuencia, ordena una serie de mandas a cumplir por el Estado, como ser el levantamiento de la prohibición de la realización de técnicas de fecundación in vitro para aquellas personas que no encuadraban en la limitación expuesta en el mencionado decreto, permitiendo el acceso a la utilización de dichas prácticas por parte de todas aquellas personas que no se encontraban comprendidas, sin limitaciones, a fin de resguardar y proteger los derechos. A su vez, obliga al Estado costarricense a incluir una cobertura médica para la realización de las técnicas de FIV en el sistema de seguridad

social, a fin de que se lo incluya en los diferentes programas y tratamientos de infertilidad en los centros de salud, a fin de proteger el derecho a la no discriminación. Entre otras medidas, se le obliga al Estado a resarcir a las víctimas en concepto de indemnización y a implementar programas y cursos referidos a los derechos humanos, reproductivos y de no discriminación dirigidos a todos los funcionarios judiciales de diversas ramas. Todo lo expuesto da cuenta del cumplimiento de la sentencia que recaía en manos del Estado costarricense.

Sin perjuicio de lo expresado oportunamente, corresponde efectuar una reseña de lo trabajado por la Corte Interamericana en cuanto a la interpretación de los arts. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica (relativo al derecho a la vida) y del art. 1.2 que establece que "persona es todo ser humano". Para ello, a Corte efectúa un análisis basado en cuatro tipos de interpretaciones, a saber:

Una interpretación corriente, que entiende a la "concepción" como un momento de encuentro o fecundación del óvulo con el espermatozoide; donde "*Concluye, entonces, que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede*."

Una interpretación sistemática e histórica a partir de un análisis de todo el sistema de derechos humanos, donde concluye que en ninguno de los arts. Se hace referencia al embrión no implantado como "persona", que toma como punto de partida y referencia al art. 19 en su redacción original (la que tomaba el Anteproyecto y luego, el Proyecto de unificación del CCCN, tal como hemos mencionado ut supra) para lo cual, la concepción es entendida como la implantación del óvulo fecundado en el útero. En síntesis, la CIDH resuelve que el embrión no implantado no puede ser considerado como persona, a la vez que la existencia de la persona humana se da con la implantación del embrión. Para Herrera, *"Esta es la única interpretación posible que cabe postular y defender de la noción de "concepción" a la que alude el art. 19 del CCyCN".*

Una interpretación evolutiva apuntaba a que en ninguna normativa se conducía a la idea de que el embrión no implantado deba ser reconocido como persona, ni que titularice un derecho a la vida como tal.

Y una interpretación más favorable, que establece un objeto y fin por parte de la Corte, el cual radica en que no puede alegarse una protección absoluta del embrión anulándose otros derechos.

En conclusión, la CIDH expone que lo resuelto por el Estado de Costa Rica mediante el referido decreto y la posterior prohibición de la realización de prácticas tendientes a la FIV, impacta en la intimidad de las personas, con la consecuente desprotección del derecho a formar una familia, a la dignidad y no discriminación; como así también, produce una afectación a la autonomía personal de las personas, fraguando el proyecto de vida de estos individuos (sobre todo, para el caso de aquellas personas o parejas que no puedan ser padres por dificultades reproductivas), lo que genera una perturbación y afectación en su esfera psicológica, atendiendo a la voluntad procreacional de los mismos y obteniendo como resultado, una necesaria y merecedora indemnización por todos los daños padecidos en diversos sentidos.

En suma, en este caso, la CIDH ratificó que debe estar garantizado de manera legal el acceso a métodos o prácticas de reproducción humana. Asimismo, debe indicarse que en el Derecho Comparado también se ha llegado a la misma conclusión, determinando que el embrión no implantado no puede ser entendido ni considerarse como persona. Sin perjuicio de lo señalado, es preciso volver a recalcar que, tal como afirma Chechile[18] "…*las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema no han cesado, teniendo en cuenta las implicancias éticas e interdisciplinarias que el mismo conlleva*".

[18] Chechile, A., & Lopes, C., Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

Capítulo IV. La voluntad pro creacional. Concepto

4.1 ¿Quiénes pueden acceder a las prácticas de reproducción humana asistida?

En cuanto al acceso para la realización de dichas técnicas, debemos partir de una primera aproximación de lo que se entiende por voluntad procreacional. Bien sabemos que el elemento volitivo juega un papel determinante en las TRHA, puesto que se entenderá como progenitor quien tiene la voluntad procreacional de serlo. Es decir que la voluntad procreacional es la que determina el vínculo filial, quedando el aspecto genético en un segundo plano.

La voluntad procreacional es el acto volitivo de querer ser madre o padre, sin perjuicio de la existencia de componentes genéticos propios.

En palabras de Gil Domínguez, la voluntad procreacional "puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas".

En la actualidad y con el consecuente desarrollo de la ciencia en este campo, se pueden dar diversas situaciones frente a las cuales las personas se someten a la realización de estas prácticas aportando su voluntad procreacional. A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso de una pareja conformada por personas de distinto sexo que se someten a las TRHA (puesto que, por alguna razón, no pueden tener hijos naturalmente) y recurren a la implementación de estas técnicas aportando su propio material genético. Este tipo de fertilización es la conocida, comúnmente como fertilización homóloga (de la cual ya hemos tenido la oportunidad de brindar algunas apreciaciones). Otro caso podría ser el de una pareja que recurre a óvulos de un tercero y, por ejemplo, esperma de la propia pareja (en este caso, hablamos de fertilización heteróloga). Así, pueden darse variados supuestos en donde vemos el papel predominante que tiene la voluntad de querer ser progenitor al someterse a tales tratamientos.

De estas diversas y variadas realidades, podemos expresar que cualquier persona mayor de edad puede acceder a las técnicas de fecundación asistida humana, dando lugar a la generación de un vínculo de carácter filial. Cabe destacar, que la/s persona/s que recurren a estas técnicas no necesariamente tienen que estar casadas ni estar bajo una unión convivencial, ya que puede tratarse de una mujer sola, dos mujeres, una pareja heterosexual, homosexual, etc. Tampoco es un factor determinante de acceso el ser estéril.

Esto se desprende de la regulación efectuada por la ley 26.862 que establece el derecho de toda persona mayor de edad a acceder a estas técnicas, siempre y cuando se haya explicitado su consentimiento informado.

De lo expuesto, podemos decir que el consentimiento informado permite la exteriorización de la voluntad procreacional. Tan importante es la voluntad procreacional que debe ser actual, y de allí que se necesite la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre) antes de la realización y puesta en marcha de cada práctica o procedimiento médico. En otras palabras, antes que alguien o determinadas personas quieran ser padres y se sometan a las TRHA —cualquiera sea la modalidad que se trate, de alta o baja complejidad, se utilicen gametos o embriones de la propia pareja o de terceros—, el centro de salud interviniente debe recabar el correspondiente consentimiento informado.

Así, el artículo 562 del actual CCCN reza:

ARTÍCULO 562. Voluntad procreacional

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

De ello se desprende que la voluntad procreacional sea el "eje" o "columna vertebral" para la determinación del vínculo filial por TRHA. Tal es su importancia que, sin la debida exteriorización de la misma, instrumentada a través del correspondiente consentimiento informado, formal y libre, no se puede establecer ningún tipo de vínculo de naturaleza filial.

En este orden de ideas, el dato o componente genético ocupa un segundo lugar, puesto que no se pondera el hecho de utilizar material genético de la propia pareja o de un tercero (tal como hemos expuesto ut supra) sino la voluntad de quien quiera someterse a estas prácticas brindando su consentimiento.

Tal como lo expresan Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera, "*el CC y C reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos —es decir, queda determinada la filiación— de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y*

libre en el modo que lo indican los arts. 560 y 561 CC y C, y siempre que se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sin importar que ambas personas, una de ellas o ninguna haya aportado sus gametos"[19].

Es así que basta con el deseo reproductivo, no exigiéndose como requisitos la infertilidad o esterilidad. Sin perjuicio de lo señalado, el decreto reglamentario de la ley 26.682 establece la inexistencia de requisitos y/o limitaciones en el acceso a las prestaciones de reproducción humana asistida que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o en el estado civil de quienes deciden someterse a dichas prácticas médicas. Ello se funda, tal como hemos expresado, en el deseo de ser padre o madre o simplemente de la voluntad de quien quiere tener un hijo por medio de TRHA.

De no existir la voluntad procreacional, no habría seguridad jurídica en el uso e implementación de estas técnicas, por lo que nadie recurriría a ellas, ante el eventual reclamo que podría generarse.

4.1.1 El valor de la voluntad procreacional en el Derecho Comparado

Los países que han efectuado una regulación en torno a las TRHA han establecido a la voluntad procreacional como el factor determinante de generación del vínculo filial. La mayoría de los ordenamientos jurídicos que han regulado estas técnicas admiten la posibilidad de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación. En palabras de Rivera y Medina[20], el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. Veamos algunos supuestos que rigen en el Derecho Comparado en cuanto a la temática bajo análisis:

En el Reino Unido, de acuerdo a la Ley de Fecundación y Embriología Humana, el consentimiento es libremente revocable hasta el momento de la implantación. Asimismo, se establece que el consentimiento a la utilización de un embrión ya no podrá ser modificado ni revocado una vez utilizado el embrión: a) A efectos de un tratamiento o b) A efectos de un proyecto de investigación. Al respecto, es dable mencionar un caso de gran trascendencia jurídica en el Reino Unido en materia de voluntad procreacional y

[19] Caramelo, Gustavo. Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.
[20] Roveda, E., & Medina, G., Manual de Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016

consentimiento informado: el caso “Evans”. La importancia del mismo radica en el tratamiento que se le dio al margen de apreciación de los Estados en la materia, donde el TEDH entendió que el elemento determinante de la voluntad procreacional es el consentimiento prestado por ambas partes (en este caso, la demandante Evans y su por entonces pareja, J.) y la consecuente noción que tenían ambos de la posibilidad de efectuar una revocación del mismo en todo momento y por cualquiera de ellos mientras los preembriones no estuviesen implantados en el útero. Es así que la revocación es considerada como una postura lícita, no vulneradora de los derechos reclamados por la demandante (derecho a la vida, respeto a la vida privada y familiar, entre otros).

En Francia, el Code de la Santé Publique niega efectos al consentimiento en caso de muerte de una de las partes, divorcio, separación judicial o cesación de la comunidad de vida anterior a la realización de la procreación asistida, así como cuando el hombre o la mujer lo revoque por escrito antes de la realización de la transferencia embrionaria.

Por el otro, el Código Civil establece que el consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por escrito, y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

En suiza la pareja debe prestar su consentimiento a la reproducción asistida por escrito, y este consentimiento debe renovarse producidos los diferentes ciclos del tratamiento sin resultado. Asimismo, la descongelación de los óvulos fecundados se subordina de nuevo al consentimiento escrito de los dos miembros de la pareja.

En Islandia, por ejemplo, el reglamento sobre técnicas de reproducción humana asistida requiere que antes de la transferencia del embrión al útero de la mujer las partes que han aportado el material genético expresen de nuevo su consentimiento formal. Los embriones sólo pueden almacenarse hasta un máximo de cinco años, plazo después del cual deben destruirse. La disposición es novedosa porque atribuye este mismo destino a los embriones cuando el hombre y la mujer que aportaron sus gametos ponen fin al matrimonio o a la convivencia, así como en caso de muerte de cualquiera de los dos.

En torno a estas ideas, la legislación española establece que "La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria, y dicha petición deberá atenderse".

De ello se desprende que el consentimiento y la voluntad procreacional son los dos elementos o ejes sobre los cuales se sostienen las TRHA, puesto que el consentimiento debe permanecer y ser constante hasta la transferencia del preembrión en el útero. Doctrinas minoritarias como la italiana sostienen que el consentimiento no puede ser revocado una vez que se ha fertilizado el óvulo, con el fin de brindar protección al embrión. Sin embargo, ello solo encuentra aplicación a la revocación efectuada por el hombre, ya que la mujer podría igualmente efectuar la implantación. En sentido opuesto, la mujer que revoque el consentimiento lo deja sin efectos, en virtud del derecho a disponer de su propio cuerpo, de la voluntad procreacional y de su autonomía.

4.2 El derecho a la identidad y el vínculo filial

El derecho a la identidad es un derecho humano amparado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que comprende (en sus diversos artículos) el derecho de todo niño a estar inmediatamente inscripto ni bien nace y, en consecuencia, a tener vínculo filial; un nombre, una nacionalidad; y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7). También a ver preservada su identidad en las relaciones familiares sin injerencias ilícitas (art. 8") y a vivir y permanecer con la familia de origen, excepto que ello no sea posible por razones fundadas en el interés superior del niño (art. 9°).

En relación a ello, se ha dicho que el mismo presenta dos elementos o aristas: una faz estática y una dinámica. La identidad estática se corresponde con la concepción de identificación, que comprende el lugar y la fecha de nacimiento, huellas digitales, nombre de los progenitores, entre otras cuestiones físicas y/o materiales a considerar. Por otro lado, la identidad dinámica se relaciona con todas aquellas relaciones sociales que la persona va generando y sosteniendo a lo largo de su vida, conformando y comprendiendo su propia estructura socio-cultural y biografía personal. Entonces, a partir de lo expresado, podemos determinar que el derecho a la identidad comprende el derecho a conocer los orígenes.

Este derecho a la identidad del niño se encuentra satisfecho cuando se protege el interés superior del mismo, ello en virtud de lo contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Este es el fundamento constitucional del principio de la voluntad procreacional.

La ley 26.682 permite que las personas puedan acudir a las TRHA mediante gametos de un tercero, por lo que hoy en día cobra una especial importancia tomar en consideración las cuestiones relativas al derecho a conocer los orígenes, amparado bajo la óptica del derecho a la identidad. Hoy en día, es considerada una buena y conveniente práctica el hecho de contarle a los niños que han sido concebidos por medio de la implementación de las TRHA; llevándose adelante a una edad temprana, con el consecuente acompañamiento de profesionales y grupos de apoyo, ya que los avances (sobre todo en el campo de la psicología) determinaron que resulta más beneficioso emprender el camino al derecho que tienen los niños que nacen a partir de dichas prácticas médicas a conocer sus orígenes filiales, derrumbando la antigua idea de que ello devenía en un gravísimo error; puesto que se ha determinado que el ocultamiento de tales circunstancias acarrea un consecuente impacto en el campo psicológico del niño y ello conlleva a la generación de daños en las relaciones familiares.

Para una mayor aproximación al tema, debemos decir que el derecho a la identidad contiene dos aristas: el derecho a tener vínculo jurídico y el derecho a conocer. Es así que los niños con quienes se determina un vínculo de carácter filial además desarrollan con los progenitores el derecho a conocer los orígenes, es decir, ellos forman parte de sus orígenes. Ahora bien, hay que tener presente que este derecho de conocer los orígenes adquiere mayor peso e importancia en el campo de la filiación adoptiva que en las TRHA. Por ello es que en materia de prácticas médicas asistidas se habla de "derecho a la información", que comprende el derecho a la información no identificatoria (conocer datos genéticos del donante) e identificatoria (conocer nombre y apellido del donante). Una cuestión de suma relevancia es el hecho de que los niños que nacen por TRHA jamás tendrán un vínculo jurídico con el donante, puesto que el mismo se genera con el consentimiento brindado por quienes se someten por voluntad procreacional a estas técnicas.

4.2.1 Derecho Comparado

En materia legislativa, muchos países que habían adoptado el anonimato comenzaron a cuestionarlo, fundándose precisamente en el derecho al acceso a la información y a conocer los orígenes.

Empero, se han adoptado varias posturas. Podemos mencionar el caso de aquellos países que han eliminado a la figura del anonimato, como Suecia, Suiza, Alemania,

Austria, Reino Unido, entre otros. En el lado opuesto, tenemos a aquellos países que conservan la figura del anonimato del donante, manteniéndola bajo una mirada con características prohibitivas; como lo es Francia, Italia, Dinamarca, Rusia. Por otro lado, tenemos a los países que no permiten acceder a la identidad del donante, pero sí a los datos médicos, como es el caso de República Checa, Brasil y Grecia. Por último, tenemos a aquellos que prevén un sistema de doble ventanilla (este sistema da a los donantes de gametos de ambos sexos la opción entre efectuar una donación anónima o no, y al mismo tiempo le da a la pareja beneficiaria la opción entre gametos anónimos o identificables) como lo es el caso de Bulgaria e Islandia y países que prevén el anonimato como principio pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias (bajo un anonimato relativo) como España, Portugal y Uruguay (cuya ley 19.167 prevé la confidencialidad de la identidad de los datos del donante, sin perjuicio de su revelación bajo autorización judicial cuando el nacido o sus descendientes lo soliciten al juez competente).

4.2.2 Postura que adopta el CCCN

En este orden de ideas, la postura que adopta nuestro CCCN es una postura intermedia, que recepta determinadas particularidades, regulando el derecho a la información bajo sus dos ópticas (identificatoria y no identificatoria, las cuales hemos expuesto ut supra); siendo la no identificatoria la más amplia, puesto que puede ser solicitada para el niño en cualquier edad del mismo, con un trámite rápido que no requiere de intervención judicial e incluso pudiendo ser solicitada por terceros, mientras que en el caso de la vertiente identificatoria del donante, se requiere intervención judicial (esto con el fin de que haya donaciones y que solo se levante el anonimato en razón de un interés general).

4.3 El consentimiento informado

Expresa el *ARTÍCULO 560. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida*

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

El consentimiento previo, libre e informado constituye uno de los pilares centrales en materia de TRHA ya que, tal como se ha expresado oportunamente, permite determinar el carácter de progenitores de quien o quienes lo han prestado antes de cada práctica o procedimiento médico. Es así que este consentimiento debe ser efectuado en el centro de salud interviniente para el sometimiento a las prácticas, estando el mismo debidamente inscripto. Dicho consentimiento debe ser renovado antes de realizar cada tratamiento a fin de consentir de forma actual el sometimiento a tales mecanismos, aportando la voluntad procreacional de quien quiera llevarlas adelante.

Tal como expresa Kemelmajer de Carlucci "*para estos casos, la causa fuente de la determinación de la filiación no es el mero nacimiento e identidad del recién nacido sino, por el contrario, el reiterado consentimiento previo, libre y formal al sometimiento a la práctica médica*"[21].

4.3.1 La formalidad del consentimiento informado. Diversas formas en el Derecho Comparado

Para llevar adelante el tratamiento con TRHA, resulta necesario expresar el consentimiento pleno, informado y libre ante el centro de salud interviniente (no abarcando a las denominadas "prácticas caseras", puesto que se busca propender hacia un control sobre el acceso a la maternidad).

Debe manifestarse sin vicio ni modalidad alguna, indicándose previamente el método que se va a utilizar y las consecuencias que traen aparejadas de la implementación del mismo, debiendo ser protocolizado ante escribano público (con el costo que ello significaría) o bien, certificarse ante la autoridad sanitaria local.

Entonces, podemos señalar que se trata de un acto que reviste de ciertas formalidades, ya que debe manifestarse en forma expresa, de manera precisa y clara a fin de ser protocolizado o certificado. Una vez que el niño nace a través de las TRHA, este consentimiento debe inscribirse ante el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas.

[21] Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.

Coincidimos con la opinión de Yael Falótico y María Luciana Pietra: "*padre es quien tiene intenciones de serlo y lo manifiesta, y no el que aporta el gameto*"[22].

En resumen, el consentimiento a su vez debe ser:

- Previo: es decir, anterior al sometimiento a la realización de las TRHA a través de diversos procesos y/o mecanismos (de implantación o inseminación) y sus consecuentes consecuencias.

- Informado: es decir, debe versar como mínimo, sobre dos cuestiones de suma importancia:

- ✓ Aspectos médicos, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.529 y su decreto reglamentario 1089/2012 del 6 de julio.
- ✓ Aspectos legales, es decir, sobre las consecuencias filiales que se derivan de ese consentimiento.

- Libre: sin coerción, violencia e intimidación, es decir, sin ningún vicio de la voluntad.

En cuanto a las formas del consentimiento en el derecho comparado, algunos países han determinado que el mismo se realice en un documento sanitario; otros en documentos públicos e incluso se tiene en cuenta el tipo de pareja y la orientación sexual.

4.3.2 La renovación del consentimiento

Conforme al artículo bajo análisis, se sostiene que el consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Esto quiere decir que la renovación debe efectuarse no sólo con el uso posterior del material por la propia pareja, sino también para el caso que dicho material se de en donación a otras personas y/o parejas. La razón y el motivo por el cual se exige normativamente la renovación del consentimiento ante cada nuevo tratamiento radica en la revalorización de la voluntad procreacional.

[22] Chechile, A., & Lopes, C., Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

4.3.3 El principio de revocabilidad del consentimiento informado

Ya se ha expresado que el consentimiento es revocable hasta el momento de la implantación, es decir que la revocación del consentimiento puede ocurrir hasta que se produzca la concepción (en los casos de fertilización de baja complejidad) o la implantación del embrión en la persona (en los casos de fertilización de alta complejidad).

Capítulo V. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Argentina y Uruguay

5.1 Ley argentina 26.862 de Acceso Integral a las TRHA y su decreto reglamentario 956/2013

La ley 26.862 de Acceso Integral a las TRHA tiene por objeto, garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Es así que el 05 de junio de 2013 el Congreso de la Nación Argentina sancionó esta ley, la cual tiene como objeto fundamental el acceso a la realización e implementación de estas técnicas de fecundación artificial. Asimismo, el 19 de julio de 2013 el Poder Ejecutivo de la Nación dictó su decreto reglamentario 956/2013.

De esta manera, se contempla, prima facie, un acceso con escasas restricciones a estas técnicas y con amplia cobertura del sistema de salud, tanto público como privado.

Se trata de un gran paso en la legislación nacional, donde la infertilidad dejó de ser definida y entendida como una enfermedad; permitiendo una amplitud del espectro de accesibilidad al permitir que personas o "nuevos grupos" como mujeres solteras o parejas del mismo sexo puedan pasar a integrar de manera automática el público al cual se le garantice el derecho a la fertilización médicamente asistida. En esta línea de ideas, tampoco se establecen límites de edad, ya que el derecho es inclusivo, no un privilegio para unos pocos. A su vez, evita que se frustre el deseo de tener hijos debido a diversas limitaciones de índole económica, ya que dentro del PMO (Plan Médico Obligatorio) de las obras sociales, el art. 8 de la ley prevé que el tratamiento para tener hijos debe estar incluido "diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación".

Con la sanción de la Ley se ha dado un importante paso en materia de igualdad de acceso a los derechos reproductivos. Presenta en su normativa una mirada que claramente tiende hacia la comprensión del ser humano en su integralidad, en sus valores, emociones y, por sobre todo y en lo puntual, considerando sus deseos de una maternidad o paternidad que por diferentes razones puede verse postergada, o en su caso, imposibilitada.

5.1.1 Acceso Integral a la cobertura médica de las THRA. Contexto normativo actual

Como una primera aproximación al tema que nos ocupa, la ley de acceso a tratamientos por TRHA establece que se trata de un acceso del tipo “integral” involucrando no sólo técnicas, sino diferentes procedimientos que permiten ayudar a las diversas prácticas que contienen los tratamientos por dichas técnicas. Además, una cuestión de suma importancia es el hecho de que la ley no se refiere a la utilización de las TRHA como modo de paliar problemas de salud; no se centra en cuestiones de infertilidad, sino que toma como punto preponderante la voluntad procreacional debidamente exteriorizada (tema que hemos abordado ut supra) es decir, el deseo de ser padres; a fin de alcanzar la maternidad o la paternidad.

En cuanto a las previsiones que contempla la ley en relación a la cobertura médica, podemos destacar que el decreto ley que la reglamenta (9561/2013) expresa y afirma, entre otras consideraciones, que la donación de gametos y embriones ya se encuentra incluida en la realización de cada procedimiento. Podemos decir entonces que la cobertura médica contiene dicha previsión.

Lo que realmente se logra advertir a medida que se analiza la ley y su decreto en esta temática que nos convoca, es la real preocupación en la materialización de la cobertura médica, ya que se dispone que la autoridad de aplicación "podrá elaborar una noma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, *sin que ello implique demora* en la aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley Nro. 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma *no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata* de las mencionadas garantías"

Como se puede advertir, esta ley de acceso integral en materia de TRHA es una ley que posee como características la amplitud, a la vez que consagra y contempla todos los tipos o modelos de familia que venimos exponiendo a raíz del cambio de paradigma que se generó y se sigue generando con la posibilidad que tienen las personas (sin importar su sexo, problemas médicos como la infertilidad, y demás) de poder acceder a estas técnicas y obtener una cobertura médica que proteja sus derechos fundamentales. Asimismo, se observa que a raíz de ello, se permiten las TRHA homólogas como las heterólogas (que hemos expuesto oportunamente), intracorpóreas y extracorpóreas; tomando una especial consideración el tema referido a la implantación, que va en

armónica consonancia con lo expuesto en el CCCN y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Empero, creemos correcta la siguiente afirmación: "*aunque se haya regulado la cobertura, hasta la actualidad se carece de una normativa integral y sistematizada que regule el uso de este tipo de práctica médica, a diferencia de lo que acontece en el Derecho Comparado*"[23].

5.2 Regulación y tratamiento de las TRHA en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)

El nuevo Código Civil y Comercial unificado de la Nación Argentina (sancionado por Ley N°26.994/2014) y con entrada en vigencia el 1° de agosto de 2015, contempla determinadas reglas en el Título "Filiación", relativas a la filiación derivada por el uso de las TRHA. Es así que este nuevo código unificado contempla una tercera fuente filial, que consiste en la voluntad procreacional, desplazando la primacía del vínculo biológico. En este orden de ideas, además de la filiación por naturaleza y por adopción (las cuales ya estaban previstas en la legislación anterior) se suma la filiación por TRHA.

Es así que se vislumbran aquellas temáticas que fuimos abordando a lo largo del presente trabajo, regulándose las mismas bajo la órbita de este cuerpo normativo; tales como la cuestión relativa a la utilización de material genético propio o de terceros (demarcando las diferencias entre la fertilización homóloga y heteróloga), el derecho de los niños a conocer sus orígenes; cuestiones referidas al derecho a la identidad, siendo de considerable preponderancia constitucional. Otras cuestiones que se tratan son las referidas a la voluntad procreacional y la exteriorización y materialización de la misma a través del consentimiento informado con todas las implicancias que hemos expuesto oportunamente.

5.3 Resolución 1044 / 2018 del Ministerio de salud de Argentina: tratamiento de reproducción medicamente asistida

Creemos de suma importancia destacar esta resolución que compone el plexo normativo bajo el cual se amparan las TRHA. Es así que por medio de la presente, el

[23] Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.

Ministerio de Salud de la Nación Argentina establece que para todo tratamiento de reproducción que se lleve a cabo por medio de técnicas médicas con óvulos propios, podrá realizarse a mujeres de hasta cuarenta y cuatro (44) años de edad al momento de acceder al tratamiento (salvo prescripción médica en contrario). Por otro lado, en cuanto a los tratamientos de reproducción por medio de la utilización de estas prácticas médicas asistidas con óvulos donados se realizará a mujeres hasta los cincuenta y un (51) años de edad al momento de llevarse a cabo el mismo. En el supuesto de que una mujer de hasta 51 años de edad hubiera crio preservado sus propios óvulos antes de cumplir la edad de 44 años, podrá realizar cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida con dichos óvulos.

5.4 Ley uruguaya de reproducción asistida 19.167 y su decreto reglamentario 84/2015

En cuanto a la legislación uruguaya, vamos a ocuparnos de los aspectos más centrales que surgen de la misma y su decreto reglamentario, los cuales regulan las técnicas de reproducción humana asistida y los requisitos que deben cumplir las entidades públicas y privadas que las realicen. Partiendo desde una primera aproximación, en su art. 1 define a las técnicas: *"a tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida al conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo"*.

Esta ley fue aprobada recién en 2013, la cual contiene 32 artículos divididos en cinco capítulos; permitiendo, el acceso a tratamientos mediante la realización de un copago por parte del Estado: "El Estado garantizará que las técnicas de reproducción humana asistida queden incluidas dentro de las prestaciones del Sistema Integrado de Salud con el alcance dispuesto por la presente ley" (art. 3, Disposiciones Generales).

Asimismo, la mencionada ley permite el acceso a tales prácticas a las parejas que se encuentren "biológicamente impedidas" de concebir, como así también el caso de mujeres sin tener en consideración su estado civil, siempre que sean mayores de edad y menores de 60 años.

Es deber del Estado garantizar que las TRA sean incluidas en las prestaciones que otorgue el Sistema Nacional Integrado de Salud. Asimismo, la autoridad competente es

el Ministerio de Salud Pública, quien otorgará las autorizaciones pertinentes para funcionar a las entidades públicas y privadas que se encarguen de llevar adelante estas técnicas médicas asistidas. En relación a ello, el sistema SNIS fue creado con el propósito fundamental de asegurar el acceso a los servicios de salud para todos los residentes del país uruguayo.

Un aspecto a resaltar de la ley es el concerniente a la donación de gametos y embriones, la cual debe ser anónima y altruista, sin perjuicio de que quienes reciban estos gametos o embriones puedan tener derecho a acceder y obtener información vinculada sobre las características fenotípicas del donante. Esta donación requiere la firma de un consentimiento informado y no genera vínculo filiatorio alguno entre quien dona y la persona que nazca con su material biológico. A su vez, para donar se debe ser mayor de edad y tener un buen estado de salud, demostrando que "(…) no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean trasmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento" (art. 13, cap. III).

Tal como se ha expresado oportunamente, la ley uruguaya sobre reproducción asistida contempla o clasifica dos tipos de tratamientos: los de baja y alta complejidad y los requisitos para la efectiva realización de los mismos por las personas que quieran someterse a dichos tratamientos. Se establece el límite de edad de los destinatarios, cuestiones relativas al consentimiento previo, informado y escrito. Una cuestión importante que destaca la ley es la posibilidad de realización de las técnicas siempre y cuando las mismas no impliquen un riesgo grave para la salud de la mujer -previa constatación de su estado de salud-.

Otro aspecto central se encuadra en efectuar la ratificación (es decir, exteriorizar la voluntad de continuar con las técnicas) por escrito por ambos integrantes de la pareja al momento de la inseminación e implantación. Es así que la ley contempla la revocación de la voluntad procreacional antes de la fecundación del óvulo, por escrito.

En el art. 9 consagra la fecundación post-mortem, siempre que la misma se formalice por escrito por la persona pre fallecida y la técnica se practique dentro de los 365 días posteriores al deceso.

La normativa también establece un conjunto de restricciones y prohibiciones; se podrán transferir al útero dos embriones por ciclo luego de la fertilización de los ovocitos

por un máximo de tres ciclos, si se tratase de embriones viables no transferidos ellos deberán preservarse para una transferencia posterior, los embriones restantes serán conservados siempre que no hayan sido descongelados (art.11 y 17), se prohíbe la clonación de seres humanos y cualquier procedimiento que pretenda la transformación o alteración de la especie humana, las instituciones que las practicaren en desobediencia de la ley serán inhabilitadas, la maternidad subrogada es un contrato nulo, queda prohibida la investigación o experimentación con embriones generados para desarrollar embarazos con las TRHA (art.18).

5.4.1 Aspectos centrales de la ley de reproducción humana asistida

Para poder determinar sus aspectos centrales (que hemos expuesto en su mayoría ut supra) debemos partir de etapas históricas de suma preponderancia, iniciando en 1996 donde se comenzó a gestar, en Uruguay, el primer proyecto de ley de reproducción humana asistida (conocido como Proyecto de Ley de Reproducción Asistida). En este proyecto inicial, el concepto de "maternidad" se dividía en "maternidad plena" o "genética no plena" haciendo mención, de esta manera, a la fecundación del óvulo de la propia mujer que lo gesta en su útero, a diferencia del otro supuesto en el cual el material genético pertenecía a un donante. Esto significaba que las mujeres que querían someterse a estos tratamientos no podían ser solteras o menores de edad, debiendo la misma llevar adelante la gestación del embarazo. Lo expresado implicaba una suerte de quiebre a la igualdad y discriminación para aquellas mujeres solteras que deseaban ser madres, ya que la mujer no podía decidir por sí misma en materia de TRA. Mucho menos se abría la posibilidad para las parejas homosexuales o mujeres viudas o divorciadas.

Luego pasamos al año 2003, en el cual se mantenía esta línea de pareja estable, sin darse lugar a la implementación de las TRA por fuera del vínculo heterosexual.

El cambio de paradigma se da en el año 2013, encontrándonos con la sanción de la actual ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Por primera vez las técnicas comienzas a ser accesibles para las mujeres independientemente de su estado civil, también comienza a aceptarse la opción de subrogar la maternidad. Implica un cambio de panorama, en el que ya no se habla de parejas, sino que se habla de "personas" en sentido genérico.

Las únicas limitantes que encontramos son en cuanto a la edad, ya que, como hemos expresado ut supra, toda persona de entre 18 hasta 60 años es capaz de acceder a las técnicas siempre y cuando su salud psico física lo permita. Se trata principalmente de aumentar la accesibilidad mediante la facilitación de la parte económica como en la inclusión de diversidad en cuanto a quienes pueden someterse a las técnicas.

También se evita que los embriones sean descartados por la paciente, ya que ellas son las únicas autorizadas para hacerlo personalmente mediante la firma de un consentimiento informado.

Si bien se comienza a permitir la maternidad subrogada, es curioso comentar que sólo se permite contratar a un familiar de segundo grado de consanguineidad de la mujer o de su pareja para la gestación del bebé.

El avance más importante que se puede mencionar hasta aquí está en el hecho de que la maternidad ya no es sólo la capacidad de gestar un hijo biológicamente, sino que el vínculo filiatorio está dado también cuando el embrión está conformado por al menos un gameto de la pareja. Por último, podemos resaltar (nuevamente) que en los primeros proyectos de Ley sólo se tomaba en cuenta los procedimientos de Alta Complejidad, mientras que en la Ley actual se incluyeron los de baja Complejidad, ampliando el espectro de posibilidades de acceso integral a dichas técnicas de reproducción asistida en la legislación uruguaya propiamente dicha.

5.5 Principales diferencias y similitudes entre ambas legislaciones

Al realizar un exhaustivo trabajo de investigación en la materia, se logró determinar que antes de la aprobación de la ley de reproducción asistida N°19.167, las técnicas de reproducción humana médicamente asistida se implementaban en clínicas de fertilidad, con lo cual se impedía el acceso a muchas parejas infértiles por el alto costo económico que representaba acceder al sometimiento y tratamiento de las mismas. Con la aprobación de la ley bajo análisis, se estableció que para los tratamientos de baja complejidad iban a ser financiados por el Sistema Nacional Integrado de Salud (descrito ut supra).

Entre otros datos que se lograron obtener, podemos señalar que Uruguay cuenta con tres Clínicas privadas de Reproducción Humana habilitadas, según la Ley vigente, por el Fondo Nacional de Recursos para la realización de los tratamientos de reproducción

asistida en dicho país. Dichas clínicas son las siguientes: Centro de Esterilidad Montevideo (CEM), Clínica Suizo Americana y Centro de Reproducción Humana del Interior (CERHIN), todas ellas realizan tanto tratamientos de baja como de alta complejidad.

En Argentina, por otro lado, tenemos la Ley de Reproducción Asistida N° 26.862 de "acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida". Si bien la normativa regula aspectos centrales en cuanto a la implementación y realización de las prácticas médicas asistidas, contiene importantes vacíos en materias de suma importancia y complejidad: *"No existe una legislación o regulación que diga cómo hay que trabajar"*, expresó Fernando Neuspiller, presidente de WeFIV, una empresa de larga trayectoria en inseminación artificial, fecundación in vitro, ovodonación y preservación de la fertilidad.

Empero, en otras partes del mundo existen normativas que contemplan y desarrollan el tema con mayor profundidad en cuanto a la medicina reproductiva. Tal es el caso de España, que enumera las técnicas que pueden realizarse. En cuanto a Uruguay, rige la mencionada Ley 19167 que establece cuáles son las técnicas que pueden ser aplicadas y las entidades públicas y privadas que financiarán determinadas prácticas. Asimismo, establece un límite en la transferencia de embriones: se podrán transferir solamente dos embriones por ciclo, por un máximo de tres ciclos, salvo expresa indicación médica, ya que en dicho caso podrán transferirse un máximo de hasta tres embriones.

A diferencia de Argentina, no se define la cantidad de embriones que pueden ser transferidos según la edad del paciente, siendo uno de los temas más importantes que quedan por regular.

Un aspecto importante que hemos mencionado en el análisis de la legislación uruguaya, es el hecho de que la maternidad por subrogación está permitida en Uruguay, pero bajo ciertos casos y requisitos que señalamos oportunamente (por ejemplo, el hecho de que la mujer gestante tenga un vínculo familiar directo, hasta el segundo grado de consanguinidad con la futura madre o pareja). Sin embargo, la situación es distinta en nuestro país, ya que en Argentina no existe una ley de reproducción asistida que regule la gestación subrogada, lo que ha llevado a la presentación de varios proyectos de ley como el de Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria 5700-D-2016, que consiste en el compromiso que asume una persona llamada gestante, de llevar a cabo la gestación a

favor de una persona o pareja sin que exista vínculo de filiación alguna. Otra iniciativa legal, es la 5759-D-2016 de Gestación por Sustitución, que destaca el carácter no lucrativo o comercial del proceso. El Proyecto de Ley 3202-2017 modifica algunos artículos del Código Civil y Comercial, incluyendo la gestación subrogada, mientras que el Proyecto de Ley 3765-D-2017, establece la autorización judicial para la gestación por sustitución.

Cabe resaltar, con sumo énfasis, un aspecto de gran importancia: En Argentina la nueva ley de reproducción asistida permite el acceso integral a parejas heterosexuales y homosexuales, y se contempla la infecundidad contemplando diversas cuestiones (no sólo la netamente biológica). Esto llevó a que Uruguay efectúe nuevos replanteamientos en la cuestión, alcanzando su regulación actual en materia de TRA.

Conclusiones

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) permitieron que la ciencia de pasos agigantados en materia de filiación y de determinación de nuevos modelos o tipos de familia y sus composiciones, reestructurando el sentido que se atribuía a su significación y al Derecho de Familia en sí. A su vez, se destacan las movilizaciones que se han generado en diferentes ámbitos a raíz de la aplicación, implementación, regulación y realización de estas mencionadas prácticas médicas, provocando desórdenes afirmativos y negativos en el ámbito social, jurídico, político, religioso y cultural.

A lo largo del desarrollo del trabajo se destacan aspectos trascendentales que se deben tener en cuenta a la hora de hablar de las TRHA, como ser la primacía de la voluntad procreacional manifestada instrumentalmente a través del consentimiento informado; ya que la naturaleza biológica cede el paso a la ciencia médica para generar la posibilidad de que, quienes tienen el deseo de ser padres y madres, puedan serlo sin necesidad de presentar algún tipo de complicación médica. En este sentido, toma preponderancia la Ley Argentina que regula el acceso integral y la cobertura médica de estas prácticas para todas las personas que cumplan con ciertos requisitos exigidos normativamente. A ello debemos sumarle la regulación prevista en nuestro actual CCCN unificado, quien incorpora a la filiación por TRHA como una tercera fuente de filiación y permite ampliar la significación y dimensión de lo que puede considerarse una familia.

En relación a ello, destacamos el caso de Uruguay, quien contiene importantes avances en su regulación en cuanto a TRA y ha ampliado su espectro de acceso para quienes antes no podían, con la consecuente afectación de derechos que ello implicaba; ya que debemos señalar que las TRHA se encuentran totalmente amparadas bajo una manta constitucional de protección de derechos fundamentales, incluyendo instrumentos internacionales de protección y numerosa jurisprudencia y doctrina que impera en la materia y permite generar nuevos debates, reformulaciones y planteamientos en cuanto a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida; como así también, la necesidad de continuar con regulaciones argentinas que amplíen determinados vacíos en esta materia, a fin de lograr una regulación actualizada y acorde con los avances médicos en ciencia y biotecnología que se vienen dando.

Queda claro que el concepto primigenio de familia, ha ido transformándose a lo largo de la historia de la humanidad haciendo eco ante los cambios sociales y culturales, sumándose a este cambio de paradigma, los avances científicos que dieron lugar a un giro

rotundo en la forma de concebir a través de las TRHA, habiéndose adecuado nuestro derecho positivo, incorporando la filiación derivada de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, la cual se sustenta en la voluntad procreacional a través del consentimiento informado, entendemos que:

Al detenernos es este elemento volitivo de la filiación por TRHA, queda pendiente llenar el vacío legal respecto a la gestación subrogada, la regulación de este tipo de técnica de reproducción asistida resulta necesaria, existiendo una zona gris ante el silencio de nuestro ordenamiento jurídico; no brindando seguridad jurídica a aquellas personas (parejas gays, trans, o mujeres que no pueda llevar adelante un embarazo) que recurran a esta práctica denominada gestación solidaria. La falta de regulación normativa, se pone en evidencia ante los casos llevados a la justicia y la presentación de varios proyectos de ley. En este sentido, la regulación de esta técnica de reproducción asistida, no solo daría seguridad jurídica a las personas con voluntad procreacional, sino que debe atender a la poca claridad con que se llevan adelante esta técnica respecto a la gestante.

Por otro lado, entendemos la necesidad de regular la fecundación post-mortem, la falta de una normativa, ante el fallecimiento de uno de los integrantes de la pareja durante el procedimiento médico, ha dejado en mano de los Magistrados la labor de autorizar o no la fecundación post mortem en el caso concreto, quedando este vacío legal y la consecuentemente la incertidumbre jurídica.

En cuanto a la Ley de Acceso Integral a tratamientos por TRHA, aun siendo una norma amplia en el sentido que contempla todos los modelos de familia (sin restricciones de sexo o problemas de infertilidad) permitiendo tanto las técnicas homologas como heterólogas entendemos que, en la actualidad, encontramos en ella vacíos legales y contradicciones que deben ser atendidos. En este sentido no establece como en el caso de la normativa uruguaya (Ley 19167) cuales son las técnicas que pueden ser aplicadas o el limite de transferencia de embriones, entre otras. No hay claridad en cómo abordar específicamente el tratamiento a parejas gays, que requieren la gestación subrogada no contemplada en el CCyCN, generando la imposibilidad de esta Ley de garantizar el derecho al acceso a las técnicas de reproducción humana asistida a todas las personas con independencia de su orientación sexual.

Bibliografía

Bossert, G., & Zannoni, E., Manual de Derecho de Familia. 7° ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2016.

Caramelo, Gustavo. Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015.

Chechile, A., & López, C., Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

Fallo inédito y ejemplar que reconoce el derecho de una niña a tener una mamá y dos papás. Recuperado el 01/05/2022 de: https://www.abogadosdefamilia.com.ar/fallo-que-autoriza-a-que-una-menor-tenga-una-mama-y-dos-papas/

Familia XL. Nota de Diario Judicial en donde se declaró la inaplicabilidad del art 558 CCCN. Recuperado el 01/05/2022 de: https://www.diariojudicial.com/nota/89932

Graham, M., & Herrera, M., Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

Herrera, M., Manual de Derecho de las Familias. - 1a ed. 1a reimp. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.

Herrera, Marisa - Gil Domínguez, Andrés. (2020). Derecho constituvencional de las familias y triple filiación. Recuperado el 01/05/2022 de: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2021/06/2020comentario-fallo-triple-filiacion-con-Andres-Gil-Dominguez.pdf

Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.

Kemelmajer de Carlucci, A., & Herrera, M., & Lloveras, N., Tratado de Derecho de Familia según el código civil y comercial de 2014.

Ley 26. 862: REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA. Recuperado el 01/07/2022 de: http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/normativas/ley_26862_y_reglamentacion.pdf

REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA. Decreto 956/2013. Ley Nº 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Reglamentación. Recuperado el 01/07/2022 de: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm

Ley Nº 19.167 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. REGULACIÓN. Recuperado el 01/07/2022 de: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley19.167_ury.pdf

Rev. Boliv. de Derecho Nº 27, enero 2019, ISSN: 2070-8157, pp. 372-393. Recuperado el 01/05/2022 de: múltiple filiación en argentina: ampliando los límites ... – Dialnet https://dialnet.unirioja.es › articulo › 6812995

Roveda, E., & Medina, G., Manual de Derecho de Familia. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.