

# **El nombre de la ley en el campo de la reproducción humana asistida. Avances y tensiones a la luz del Código Civil y Comercial.**

Marisa Herrera, Federico Gastón Vicente Herrero, María Cecilia Cardella, Fiorella Vigo y Agustina Bladilo.

Cita:

Marisa Herrera, Federico Gastón Vicente Herrero, María Cecilia Cardella, Fiorella Vigo y Agustina Bladilo (2015). *El nombre de la ley en el campo de la reproducción humana asistida. Avances y tensiones a la luz del Código Civil y Comercial. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.*

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-061/321>

## XI Jornadas de Sociología de la UBA

### El nombre de la ley en el campo de la reproducción humana asistida. Avances y tensiones a la luz del Código Civil y Comercial

Agustina Bladilo/ [bladilo\\_agustina@hotmail.com](mailto:bladilo_agustina@hotmail.com)/ UBA - Cecilia Cardella/  
[ceci\\_cardella@hotmail.com](mailto:ceci_cardella@hotmail.com)/ UBA - Marisa Herrera / [marisaherrera12@gmail.com](mailto:marisaherrera12@gmail.com)/ UBA-  
CONICET - Federico Gastón Vicente Herrero/ [fede\\_1489@hotmail.com](mailto:fede_1489@hotmail.com)/ UBA - Fiorella C.  
Vigo/ [fiore.vigo@gmail.com](mailto:fiore.vigo@gmail.com)/ UBA

#### I. INTROITO

El avance legislativo en materia de las técnicas de reproducción humana asistida (“TRHA” en adelante) es el resultado de un arduo recorrido –plagado de conquistas y algunas derrotas– hacia su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico argentino; sendero que aún falta un último tramo si se sancionara el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación en fecha 12/11/2014 y que se encuentra por estos días a estudio de la cámara restante<sup>1</sup>. Hemos atravesado un largo período signado por una ausencia absoluta de normas lo cual generó que sólo las personas que contaban con recursos económicos para afrontar una práctica médica costosa pudieran concretar su proyecto familiar; y a lo sumo, aquellas que al menos tenían los recursos también económicos –aunque menores- para costear los servicios de un abogado pudieran reclamar a la justicia la cobertura médica por parte de la prepaga u obra social, siempre dependiendo de la postura adoptaba por el juez interviniente en un campo temático en el que juega de manera muy fuerte concepciones morales y religiosas.

Un hito de gran relevancia en todo el *iter* legislativo hacia el total reconocimiento y regulación integral de las TRHA constituye la recepción expresa de las TRHA como tercera fuente filial del derecho argentino en el Código Civil y Comercial de la Nación<sup>2</sup>, que tiene por finalidad brindar respuestas jurídicas claras y precisas para los “casos”<sup>3</sup> que se suceden en la realidad social concreta; en especial, el vínculo filial de los hijos nacidos de estas técnicas y la consecuente determinación de quién/es son padres e hijos.

---

<sup>1</sup> Proyecto de ley ingresado bajo el expediente N° 4058-D-2014, trámite parlamentario N° 053 (27/05/2014). Disponible en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=4058-D-2014>

<sup>2</sup> Sancionado mediante ley 26.994, el 01/10/2014 y promulgada el 07/10/2014.

<sup>3</sup> **Art. 1.- Fuentes y aplicación.** Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (...).

Si bien tiempo antes de la sanción de esta norma que viene a dar de nuevo en el campo del derecho privado ya se contaba con la ley 26.862<sup>4</sup> de acceso integral a las TRHA, ella se centra en algunos aspectos de esta práctica médica, básicamente, lo relativo a la cobertura por parte del sistema de salud. La norma se distingue por su criterio amplio en un doble sentido: 1) subjetivo, por la amplitud en el ámbito de aplicación personal o personas que pueden acceder a las TRHA (cualquier persona con independencia de su estado civil y orientación sexual, incluidas las mujeres sin pareja) y 2) objetivo, por la amplitud en el tipo de procedimientos y tratamientos que se cubren, tanto las de baja como de alta complejidad. Ello se basa, principalmente, en que esta regulación no está -ni podría estarlo por imperativo de la ley 26.618 que extiende la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo- centrada en la noción de “infertilidad” y su relación específica con el derecho a la salud, sino como un modo o vía hábil de respeto al derecho de toda persona a formar una familia, con total independencia de su orientación sexual y estado civil; es decir, en total consonancia con los principios constitucionales- convencionales de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, persistía el vacío legal respecto de otras implicancias medulares que se derivan del uso de las TRHA; como ser: la naturaleza jurídica del embrión no implantado; la determinación de la filiación, y el derecho a conocer los orígenes. Todos estos vacíos eran resueltos en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, antecedente directo de la nueva legislación civil y comercial, que con algunos cambios en relación al primero, son cubiertos por esta nueva herramienta legal que entra en vigencia el 01/08/2015; en especial, los dos últimos están resueltos en el Capítulo 2 dedicado a las “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” del Título V sobre “Filiación” en el Libro Segundo concentrado en las “Relaciones de Familia”.

Al respecto, cabe destacar que al Código Civil y Comercial no le corresponde ahondar sobre una gran cantidad de cuestiones que encierra la práctica de las TRHA, y a las que aún debe dársele respuesta, tales como: los derechos y deberes de los centros de salud; las funciones de control de la autoridad de aplicación; el modo y limitaciones de las donaciones; el destino de los embriones sobrantes, sean o no viables, todo lo relativo a la donación (quiénes pueden ser donantes, máximo de veces que se puede donar, creación y funcionamiento de un registro), entre otras. Todas estas cuestiones deben ser reguladas en la ley especial, a la que el propio

---

<sup>4</sup> Sancionada el día 05/06/2013 y Promulgada el día 25/06/2013.

Código refiere en reiteradas ocasiones (conf. art. 561<sup>5</sup> y disposición transitoria segunda del art. 9<sup>6</sup> de la ley 26.994). En este sentido, como se adelantó, se cuenta con un proyecto de ley especial, a la espera de su tratamiento legislativo por parte de la Cámara de Senadores.

El principio de realidad, uno de los pilares sobre los cuales se edifica el Código Civil y Comercial, nos muestra la cantidad de niños que nacen gracias al avance de la ciencia médica. Este acontecimiento apareció sobre la palestra con mayor énfasis tras la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario (26.618) y los conflictos generados por la determinación de la filiación de los niños nacidos en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres<sup>7</sup>. Sucede que los niños que nacen en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres, en su gran mayoría, son casos de TRHA, visibilizándose aún más el uso de esta práctica. En otras palabras, las TRHA constituyen el otro aspecto que permite un verdadero reconocimiento en términos de igualdad a las parejas del mismo sexo, dado que sólo a través ellas pueden tener hijos sobre la base –sincera– de su realidad familiar.

Acompañando a la ley de matrimonio igualitario, también somos protagonistas de la Ley de Identidad de Género (26.743) sancionada el año 2012, a través de la cual los individuos cuentan con la posibilidad de que todos los documentos identitarios estén a tono con la identidad de género autopercebida en respeto del principio de autonomía y libertad en el desarrollo de la personalidad. Así, el Estado tiene la obligación de asegurar la pluralidad y garantizar el respeto por las diferentes formas de ser y de vida que cada persona desea, favoreciendo la autorrealización de los diferentes actores sociales, y por sobre todo, avalar y consolidar la inclusión y empoderamiento de los sectores desaventajados en una estructura social muy diversa.

Todo este bagaje nos permite repensar cómo con el devenir de los años, el dinamismo y la multiplicidad de las relaciones sociales produjeron que la familia tradicional fuese cediendo terreno a otras formas familiares, las que permanecieron por un largo período de tiempo al margen del sistema jurídico que, ya en 1869, se había inclinado por consagrar el modelo familiar ideal: el matrimonio religioso heterosexual, siendo que el matrimonio civil o la

---

<sup>5</sup> Art. 561: “*Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*”.

<sup>6</sup> Art. 9, disp. Segunda: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

<sup>7</sup> HERRERA, Marisa, “La lógica de la legislación proyectada en materia de familia. Reformar para transformar”, en Revista de Derecho Privado, Infojus, Buenos Aires, Septiembre de 2013, Año II N°6, p. 119.

secularización del matrimonio ocurrió casi 20 años después tras la sanción de la ley 2393, organización familiar protagonista desde el punto de vista jurídico hasta el 2010 en que se amplió esta figura a las parejas del mismo sexo. En función de ello, podemos aseverar que la visión legislativa única no significó la inexistencia real de la diversidad; así, con acierto, se pregona que “Las nuevas organizaciones no son nuevas; nuevo es el registro de lo que existía omitido, silenciado o negado”<sup>8</sup>.

Este modelo jurídico, a contramano de la realidad social, se fue erosionando ante el creciente número de personas que no hallaban protección por parte del derecho para conformar su proyecto familiar. Se produjo, entonces, una eclosión en nuestro ordenamiento legal al pasar del reconocimiento de un único modelo de familia (modelo único o tipo –familia matrimonial heterosexual–) a la consagración de las familias en plural.

En este sentido, es dable destacar que la máxima instancia judicial en la región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la decisión recaída en el resonado caso “Atala Riffo contra Chile”<sup>9</sup> del 24/02/2012 ha expresado: “*En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma*”, consideración que se amplía posteriormente en un caso contra nuestro país, “Fornerón y otro contra Argentina”<sup>10</sup> del 27/04/2012, cuando agrega: “*no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas*”. Este entretejido regional rupturista en materia de familia se completa con el caso “Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”<sup>11</sup> del 28/11/2012, que establece que las “[t]écnicas de [r]eproducción [a]sistida [...] se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en [la] Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la

---

<sup>8</sup> GILBERTI, Eva, “La diversidad en las organizaciones familiares, ¿cómo se conjuga con la bioética?”, Revista de Derecho de Familia, N° 55, Julio de 2012, p.159.

<sup>9</sup> Corte IDH, 29/11/2011, “Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Atala Riffo e hijas vs. Chile, Participación de las Niñas”, en [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala\\_29\\_11\\_111.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf)

<sup>10</sup> Corte IDH, “Fornerón, e hija v. Argentina”, 27/4/2012, La Ley, cita online: AR/JUR/27523/2012

<sup>11</sup> En este fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve una de las cuestiones más controvertidas que involucran las TRHA, la naturaleza jurídica del embrión no implantado; en el que entiende la palabra concepción (mencionada en el art. 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos) como sinónimo de implantación o anidación. En este contexto, fácil se concluye que el embrión in vitro no puede ser considerado persona a los efectos civiles, ni tampoco a los efectos de la protección que las personas humanas tienen reconocida en la doctrina internacional de los Derechos Humanos. Confr. Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, 28/11/2012, LA LEY 2013-A, 160.

*autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia”* (Párrafo 77), formándose un corpus iuris regional o entramado jurídico de carácter obligatorio para el Estado argentino, imposible de desconocer, contradecir o silenciar, so pena de incurrir en responsabilidad internacional<sup>12</sup>.

De conformidad con lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que a la hora de regular el Código Civil y Comercial, quienes llevaron adelante esta ardua pero gratificante tarea, no partieron de cero, sino que contaban con una serie de avances legislativos y jurisprudenciales que en los últimos tiempos se han propuesto acortar la brecha existente entre realidad y derecho. En tanto que, como es sabido, si el derecho no regula: ignora, esconde, discrimina, niega, reprime, pretendiendo solapar cambios sociales que considera disruptivos, disfuncionales o “anormales”.

Efectivamente sólo quien cierra los ojos y no está dispuesto a mirar ni tampoco quiere oír puede negar las profundas y rápidas transformaciones operadas en las relaciones familiares en las últimas décadas<sup>13</sup>. Como éste no es el camino que elegimos, intentaremos por medio del presente trabajo destacar cuáles han sido los principales cambios legales, explicitar sus razones como así también sus resistencias, y marcar aquellos huecos legales que aún se observan revelando las intransigencias, prejuicios y valores para aceptar que las TRHA constituyen la vía o el modo más elocuente para consolidar el pasaje del derecho de familia al derecho de las familias; es decir, de regular en plural.

## **II. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN**

En el Código Civil y Comercial que –como ya se dijo– comenzará a regir a partir del 1 de agosto de 2015, la determinación de la filiación en TRHA es mediante la voluntad procreacional que se instrumenta y prueba a través del consentimiento informado.

Esta nueva figura, la “voluntad procreacional”, consiste en determinar la maternidad o paternidad de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida sobre la base de la existencia de un consentimiento previo, informado y libre. De este modo, los niños nacidos por medio de las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de

---

<sup>12</sup> KEMELMAJER DE CARLUCI Aída, HERRERA Marisa y LAMM Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”, LL AÑO lxxv III N° 224, 27/11/2014.

<sup>13</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Lineamientos generales del derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Proyecto de Código Civil y Comercial-I 2012-I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p.289.

la mujer que *también* prestó el consentimiento, con independencia de quién haya aportado los gametos. De ello se desprende que ambos deben consentir expresamente en la realización de los procedimientos que se lleven a cabo para que exista esa fuente filial que les otorga su maternidad o paternidad. Por otra parte, cabe destacar que esta referencia a “quien dio a luz” de modo neutro, no aludiéndose de manera concreta a la “mujer” que da a luz, responde a la necesidad de congeniar el Código Civil y Comercial con la mencionada ley 26.743 de identidad de género. ¿Acaso un hombre trans no podría quedar embarazado? En este supuesto excepcional, quien da a luz no sería una mujer sino un hombre de conformidad con dicho texto legal.

Para ser válido, este consentimiento debe ser recabado por el centro de salud que interviene en la técnica y reunir requerimientos tales como: renovarse *cada vez* que se procede a la utilización de gametos o embriones –no basta con un único consentimiento general y perpetuo-, contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, ser protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción y estar inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Justamente, esta remisión expresa que hace el Código Civil y Comercial a las disposiciones especiales se relaciona con la aludida ley especial que se encuentra en tratamiento en la Cámara de Senadores. ¿Qué sucede si el 01/08/2015 no se cuenta con tales disposiciones especiales? ¿O si pasado un tiempo de dicha puesta en vigencia de la legislación civil y comercial esta ley especial no termina de nacer? ¿Podría ser la justicia la que, una vez más, se constituya en un fuerte elemento de presión para contar con dicha ley especial? ¿Cómo debería ser esa estrategia jurídica para tal fin? Estos son algunos de los interrogantes que despierta la situación legal de transición por la que nos encontramos actualmente.

La voluntad procreacional y su exteriorización mediante el correspondiente consentimiento informado es tan importante que el Código Civil y Comercial excluye la posibilidad de que éste pueda ser puesto en crisis a través de una acción de impugnación de la filiación tal como lo prevé el art. 577<sup>14</sup>. Sucede que quien ha prestado el consentimiento informado, formal y previo a una fertilización heteróloga (con material genético de tercero), no puede después ir a contrariar tal voluntad libremente manifestada alegándose en una acción de impugnación de filiación no ser el progenitor por carecer de vínculo genético alguno al haberse

---

<sup>14</sup> Art. 577.- Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

utilizado gametos de terceros. Esta consideración legal reafirma la importancia y centralidad de la voluntad procreacional en las TRHA.

El consentimiento informado está definido en el art. 59 del Código Civil y Comercial como la *“declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”*.

De la misma manera, la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida del año 2013, garantiza la cobertura de acceso a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida *siempre que* se haya explicitado el consentimiento informado de acuerdo a la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Es esta última ley la que por primera vez en nuestro país define al consentimiento informado como la *“declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: su estado de salud; el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”*. El consentimiento forma parte de la historia clínica, es obligatorio y escrito en los procedimientos que implican riesgos y para la revocación.



De acuerdo al Código Civil y Comercial, el consentimiento informado necesario y obligatorio para someterse a las TRHA es libremente revocable pero sólo hasta el momento antes de la concepción en la persona o la implantación del embrión, tal como lo establecía la ley 26.862 en la que era revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. No es posible obligar a ninguna persona a ser madre o padre, por eso está permitida la revocación y hay que respetar esta decisión.

Existen dos casos con soluciones opuestas con respecto a la revocación del consentimiento, uno internacional y uno nacional. En el primero de ellos, “Evans v. The U.K.”, del 10/04/2007, N. Evans solicita la implantación de seis preembriones congelados creados con el espermatozoides de su ex pareja –demandado- y los óvulos propios, por ser su única posibilidad de tener un hijo genético. El consentimiento había sido prestado inicialmente para la utilización de los preembriones pero una vez disuelta la pareja es revocado por el hombre. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no hace lugar al pedido y ordena se haga efectiva la orden de destrucción de los seis preembriones congelados<sup>15</sup>.

El caso argentino es el fallo de la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil del 13/09/2011, “P., A. c/S., A. C. s/Medidas Precautorias”<sup>16</sup>, en el cual una mujer divorciada solicita la implantación de cinco embriones crioconservados que habían sido conformados con su material genético y el de su ex marido. En el caso, se decide a favor de la pretensión de la mujer, haciéndole lugar a la implantación y no hacen lugar al pedido del marido quien explícitamente se había negado y había revocado su consentimiento. Utilizaron la teoría de los actos propios y consideraron que la voluntad procreacional ya había sido manifiesta y que no podía ser revocada.

El Código Civil y Comercial como la ley 26.862 toman una postura clara al respecto, al permitir la revocación siempre que sea en tiempo y forma, es decir, que la revocación esté expresamente documentada; o en su defecto, también se habilita la revocación por omisión o falta de renovación. En el caso de revocación, la ley de derechos del paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, ley 26.529, estipula que el profesional actuante debe dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando todas las formalidades a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que fue adoptada en conocimientos que la norma implica.

---

<sup>15</sup> Confr. [http://www.indret.com/pdf/432\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/432_es.pdf)

<sup>16</sup> CNCiv. sala J, “P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias”, 13/09/2011, LA LEY 2011-E, 435.

### III. NATURALEZA JURIDICA DEL EMBRION NO IMPLANTADO

No hay duda alguna de que “EL” debate, al momento de discutirse la sanción del nuevo texto legal en materia de TRHA, estuvo centrado en el artículo 19 referido al comienzo de la existencia de la persona humana. La discusión fue fuente de uno de los intercambios de ideas más álgidos, ello en tanto involucró cuestiones bioéticas tan sensibles como ser la determinación de la existencia de la persona humana y del momento en que ésta puede ser titular de derechos y deberes jurídicos.

Las posiciones en relación a este tema oscilan entre un extremo y otro, desde aquellos que consideran que se es persona desde la fecundación del óvulo con el espermatozoide -de hecho, la posición más extrema entiende como tal a las células madres embrionarias por su capacidad de diferenciación- hasta quienes sostienen que se es persona desde el nacimiento. Dentro de estos extremos, nos enrolamos en aquella concepción que a nuestro parecer, mejor respeta los derechos humanos que se ven efectivizados a través de las TRHA<sup>17</sup>; que mejor responde a la realidad de la práctica médica cotidiana y sobre todo que mejor representa al Estado Constitucional Democrático de Derecho, basado en el respeto por la diversidad, la pluralidad, la igualdad y no discriminación.

Si bien las teorías referidas al comienzo de la vida son múltiples y todas discutibles, vale destacar que lo que se intenta determinar es desde cuándo comienza la existencia de la persona humana para el ordenamiento jurídico, a los fines del ejercicio de derechos y obligaciones. Esto tiene especial repercusión en la práctica de las TRHA, porque en caso de afirmarse que el embrión no implantado es persona se pone en crisis toda técnica de alta complejidad (FIV/ICSI) en la cual se forman embriones, se implantan aquellos que tienen mayor potencialidad de desarrollo y se criopreservan los demás para futuros tratamientos si es que éstos son viables. Sostener esta postura tiene como efecto necesario que los embriones no puedan usarse en un segundo intento, lo que supone que hay que implantarlos todos de una vez, con grave riesgo para la salud de la madre.

En idéntico sentido, en el caso Artavia Murillo, la Corte IDH ha sostenido expresamente que *“El ordenamiento jurídico debe respetar la libertad reproductiva de todas*

---

<sup>17</sup> Como son el derecho a formar una familia, el derecho a la vida privada familiar, el derecho a beneficiarse de los progresos científicos, los derechos sexuales y reproductivos como una especie constitucionalmente reconocido dentro del género del derecho a la salud; entre otros.

*las personas, las que están a favor o en contra de la fertilización in vitro (“FIV” en adelante); las contrarias a estas prácticas, no están obligadas a someterse a ellas”.*

¿Acaso si se cayera la mampostería del cuarto del centro de salud en el que se encuentran criopreservados varios embriones se estaría frente a un genocidio? ¿Y en caso de solicitarse la reparación del daño por la pérdida de embriones se los debería cuantificar como la pérdida de una persona?

Así las cosas, es posible apreciar que no faltan argumentos constitucionales-convencionales, y que -como vimos- las voces más autorizadas se han manifestado con relación al tema, defendiendo la idea de que el embrión no implantado no es persona. Máxime, si además se tiene en cuenta que la ley 26.862 y su decreto reglamentario N° 956/2013, permiten tanto la criopreservación de embriones, como su donación y también la posibilidad de revocar el consentimiento informado hasta antes de la implantación; por lo tanto, fácil se advierte como de la regulación nacional vigente se llega a la misma conclusión que ha arribado la máxima instancia regional en materia de Derechos Humanos.

Por otra parte y a mayor abundamiento, una interpretación sistémica del Código Civil y Comercial nos lleva en la misma dirección. En efecto: a) el art. 20 vincula la concepción a la época de duración del embarazo; b) el art. 21 reitera el principio ya sentado por Vélez Sarsfield, de que todo derecho u obligación del concebido o implantado en la mujer, queda sujeto al nacimiento con vida; c) el art. 560 establece la necesidad de que el consentimiento sea renovado y así esté actualizado, ante cada procedimiento de TRHA; d) según el art. 561, el consentimiento puede revocarse “libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Ya con esta línea se redactó el anteproyecto de Código Civil y Comercial, y así se puso de manifiesto en sus fundamentos, no obstante los miembros de la Comisión Redactora entendieron que negar carácter de persona a los embriones no implantados no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo, pero metodológicamente, esa protección debe estar regulada en la ley especial<sup>18</sup>. A raíz de ello, la ley que aprobó el Código

---

<sup>18</sup> KEMELMAJER DE CARLUCI Aída, HERRERA Marisa y LAMM Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”, LL AÑO lxxvIII N° 224, 27/11/2014

Civil y Comercial dispuso en su artículo noveno, cláusula transitoria segunda, que “*el embrión no implantado será objeto de protección en la ley especial*”<sup>19</sup>.

Por su parte, el proyecto de ley especial, que como referimos al inicio de este trabajo, ya cuenta con media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación, viene a completar todo el engranaje jurídico que cerraría el círculo legislativo necesario para la efectiva satisfacción del derecho de toda persona a: (i) formar una familia con el auxilio de la ciencia médica, y (ii) gozar del avance científico, en este caso, a través de las TRHA.

La normativa se hace cargo de dos grandes cuestiones en esta materia: a) de la protección del embrión y b) del destino de éstos. Explayarnos sobre ello excede ampliamente nuestra propuesta, pero sí podemos rápidamente esbozar que en lo que respecta a la protección del embrión no implantado, ello está dado por la prohibición de su comercialización, como así también de la manipulación genética de éstos. Ello, en total consonancia con el artículo 57 del Código Civil y Comercial de la Nación<sup>20</sup>.

Respecto del destino de los embriones criopreservados, la norma prevé cuatro posibilidades, a elección de quienes se someten a las TRHA de forma previa y conjunta, que quedará individualmente plasmado en los consentimientos informados respectivos. Ellos son: 1) donación para investigación, 2) donación para otra pareja/persona, 3) utilización por la propia persona o pareja para transferencias posteriores y 4) cese de la criopreservación transcurridos 10 años<sup>21</sup>.

El apasionado debate que genera la despenalización del aborto en el campo penal parece encontrar su paralelismo en el campo civil, manifestado a través de la naturaleza del embrión in vitro. Ambas cuestiones necesitan de la ley, pero en el caso del embrión in vitro, aún sin ley, la perspectiva constitucional-convencional y la interpretación sistémica e integral

---

<sup>19</sup> Cláusula transitoria segunda del artículo 9 de la ley 26.994 de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación)”.

<sup>20</sup> Artículo 57: “Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”.

<sup>21</sup> Para profundizar ver KEMELMAJER DE CARLUCI Aída, HERRERA Marisa y LAMM Eleonora, “Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima”, LA LEY 27/11/2014, p. 1, cita online AR/DOC/4369/2014.

del Código Civil y Comercial y de leyes especiales (la mencionada ley 26.862) conducen a una única conclusión: el embrión in vitro no es persona<sup>22</sup>.

#### IV. DERECHO A CONOCER LOS ORÍGENES

Otro de los temas más debatidos durante el trámite de la sanción del Código Civil y Comercial en lo relativo a las TRHA ha sido el del derecho a conocer los orígenes<sup>23</sup> de los hijos nacidos con material genético de un tercero. Esta cuestión está regulada en el Código Civil y Comercial.

En primer término, el art. 563 expresa: *“La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”*.

El derecho a conocer los orígenes ha tenido un gran desarrollo en el campo del derecho filial, la filiación por TRHA no ha quedado al margen de ello presentando conflictos propios a tal punto de hablarse de un derecho a la información, en particular, de las personas nacidas por TRHA cuando en el proceso se utiliza material genético de un tercero. En este sentido, se puede observar diferentes vertientes o cuestiones que involucra este derecho humano en el campo en análisis y son: 1) el derecho a saber que se ha nacido de material genético de un tercero (ya sea de ovodonación o semen donado o ambos, como así también de embriones de terceros ya que la propia ley 26.862 se refiere a la donación de embriones); 2) el derecho al resguardo de la información sobre los donantes; 3) el derecho a la información no identificatoria, o sea, todo lo relativo a la salud y 4) el derecho a la información identificatoria sobre el donante, es decir, quién es y demás datos sobre su identidad.

---

<sup>22</sup> KEMELMAJER DE CARLUCI Aída, HERRERA Marisa y LAMM Eleonora, “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como “Defensor de los Embriones”, LL 14/10/2014 I. Cita Online: AR/DOC/3667/2014

<sup>23</sup> Ver, entre otras, González, Mariana, “¿Derecho a conocer los orígenes o derecho a la información de los niños nacidos por técnicas de reproducción heterólogas?”, Revista de Derecho de Familia nro. 68, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 153; Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, LA LEY 20/08/2014, 5; Molina de Juan, Mariel F., Distinción entre el derecho a conocer los orígenes y el derecho a la filiación, La Ley Patagonia 2014 (abril), 158; Ales Uría, Mercedes, “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”, LA LEY 26/06/2014, 5; Díaz Alderete, Elmina Rosa, “El derecho a la identidad de los niños nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistidas en el Proyecto 2012”, Derecho de Familia y de las Personas 2013 (enero-febrero), 102; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lamm, “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”, LA LEY 2012-E, 1257; Oppenheim, Ricardo, Tratamiento del derecho a la identidad y a conocer los orígenes dado en el Proyecto, DFyP 2012 (julio), 292; Perrino, Jorge Oscar, “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, LA LEY 2012-A, 580; Ahargo, Ana Clara, “El derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes, DJ 26/12/2013, 1.

El Código Civil y Comercial se preocupa por todos ellos, con mayor ahínco en los mencionados en los numerales 1), 3) y 4). Con respecto al primero, la legislación civil y comercial dispone que en el legajo base sobre el cual se realiza la inscripción de nacimiento y se emite el correspondiente certificado o partida, debe también constar información de que el niño ha nacido de TRHA heteróloga. O sea, si bien el saber que se ha nacido de TRHA con material genético de un tercero es un deber que le corresponde a los progenitores, lo cierto es que esa información está resguardada. Sobre este segundo punto, la protección de la información sobre los orígenes, cabe traer a colación un interesante precedente del 29/04/2014 emanado de la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal<sup>24</sup>, en el que se dicta sentencia en un proceso de amparo en el que se solicita la creación de un registro con toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país referida a la identidad de los donantes de gametos *“con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial”*. En primera instancia la petición fue rechazada; la Alzada hizo lugar parcialmente al recurso, y ordenó al Estado Nacional -Ministerio de Salud de la Nación- a que *“arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia”*<sup>25</sup>.

En este contexto, el Código Civil y Comercial reafirma la existencia de un derecho a la información y de su debido resguardo, estableciendo que en el legajo base sobre el cual se procede a inscribir el nacimiento de un niño debe constar que se trata de una persona que ha nacido de TRHA con material genético de un tercero y todo registro en el que conste toda la

---

<sup>24</sup> C. Cont. Adm. Fed., Sala V, “C., E. M. y otros c. EN-M° SALUD s/ amparo ley 16.986, 29/04/2014, LA LEY 26/06/2014, 5, Cita online: AR/JUR/30908/2014.

<sup>25</sup> Confr. Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga”, Revista La Ley, 20/08/2014, p. 5 y ss; Ales Uría, Mercedes, “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”, LA LEY 2014-D, 42; Nallar, Florenciade Arrascaeta, Arturo, “Derecho a la identidad vs. derecho al anonimato”, Derecho de Familia y de las Personas 2014 (octubre), 225; González Magaña, Ignacio, “El reconocimiento del derecho a conocer su origen biológico para las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida”, Derecho de Familia y de las Personas 2014 (julio), 235.

información sobre dicho donante es materia de la regulación especial a la cual remite el Código Civil y Comercial en varias oportunidades.

Es dable destacar que por un fundamento fáctico, los niños que nacen de parejas del mismo sexo siempre sabrán que portan material genético de un tercero ajeno a la pareja parental, al igual que la mujer que decide tener un hijo sola constituyendo una familia monoparental. El problema del conocimiento o información de que se ha nacido de fertilización heteróloga se presenta en las parejas –casadas o no- integrada por personas de diverso sexo; es con estas parejas que se debe trabajar desde el campo interdisciplinario para que comprendan la importancia que tiene para el hijo conocer esta información que involucra su identidad.

La cuestión más debatida en la doctrina argentina y comparada se refiere al acceso al conocimiento del donante y al tipo de información sobre éste. Al respecto, el art. 564 expresa: *“A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local”*.

El Código Civil y Comercial recepta un sistema intermedio en lo relativo al acceso a la información acerca del donante. Esta regulación parte de distinguir información no identificatoria focalizada en datos relativos a la salud y datos identificatorios, previendo un régimen diferente según el tipo de información al cual se pretenda acceder.

En cuanto al acceso a la información no identificatoria el Código Civil y Comercial –al igual que lo hace con el acceso a los orígenes en el campo de la filiación adoptiva de conformidad con lo dispuesto en el art. 596- habilita este acceso sin establecer una edad mínima por aplicación del principio de autonomía progresiva, por el cual, si una persona menor de edad se acerca a un centro de salud a los fines de obtener información sobre aspectos relativos a la salud del donante, esta sola actitud hace presumir un interés sincero que la ley debe atender y por lo tanto permitir.

El debate<sup>26</sup> que continúa hasta el presente, se refiere al acceso a la información identificatoria, es decir, nombre y apellido, domicilio, teléfono y cualquier otro dato que

---

<sup>26</sup> Ver entre otros: Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, “De identidad e identidades...”, ob. cit.; Nallar, Florencia - de Arrascaeta, Arturo, “Derecho a la identidad vs. derecho al anonimato”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas 2014 (octubre), 225; Famá, Victoria, “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial” presentada en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, libro de ponencias y disertaciones, La Ley- AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 358 y 359; Ales Uría, Mercedes, “Derecho a la identidad y las técnicas de reproducción humana asistida”,

permita dar con el paradero de la persona que en su momento donó material genético para que esa persona y otras tantas más pudieran nacer y a la par, varias personas vean satisfechos su derecho a formar una familia y a la vez, el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia.

El otro interrogante más complejo reside en saber por qué cuando se trata de identificar al donante, se lo debe hacer previa petición fundada ante un juez esgrimiéndose razones valederas que ameriten levantar el anonimato del donante, a quien se le prometió reservar su identidad, justamente, para que done. Esta restricción se debe a un interés general: el que haya donaciones y así, que nazcan niños por TRHA con material de un tercero y por ende, que varias personas o parejas puedan ser padres/madres. Y también al interés particular, ya que si disminuye la donación esto dificultaría la posibilidad de que nazcan niños por TRHA heteróloga; perjudicando a un sector que debe apelar de manera obligatoria a la donación de gametos que como se dijo, son las parejas del mismo sexo (en especial, la conformada por dos mujeres) como así también, las mujeres solas.

Por último, es necesario dejar aclarada la diferencia sustancial entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y en las TRHA con material de un tercero, contestándose así a aquellas críticas que se apoyan en una supuesta violación al principio de igualdad y no discriminación. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética de quien aportó material, persona totalmente ajena al proyecto de maternidad/paternidad; en cambio en la adopción, nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplio, que involucra un “bios”, la biografía de un niño, su historia, lo que sucedió con su familia de origen, si vivió durante un tiempo en un hogar, con quién, cuánto y cómo transitó ese tiempo; todo esto involucra la identidad de este niño, tanto en su faz estática como dinámica. Claramente se observa que el derecho a conocer los orígenes en uno y otro tipo o causa fuente filial presenta particularidades propias, no pudiéndose equiparar.

## V. COLOFON

---

LA LEY 2014-D, 42; Rojas, María Agustina, “El derecho a la identidad de los sujetos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida heteróloga”, *La Ley*, Cita online: AR/DOC/1772/2014; Krasnow, Adriana N., “A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2015 (marzo), p. 132; Sojo, Lorenzo A., “El anonimato de los donantes de gametos y embriones en el Proyecto”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2012 (julio), p. 297.



Llegados a esta instancia nos aprestamos a esbozar algunas ideas a modo de reflexiones finales, con la intención de señalar aquellas cuestiones que aún quedan pendientes de regular para que podamos contar con un marco normativo integral en materia de TRHA.

Al respecto, cabe recordar que el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial regulaba dos figuras que fueron quitadas durante el trámite legislativo. Nos referimos a las figuras de la gestación por sustitución y las técnicas de reproducción humana asistida *pos mortem*. Si bien exceden los objetivos de la presente ponencia profundizar sobre ambos, sí nos parece importante señalar que estos dos institutos hubieran hecho posible el reconocimiento de un mayor número de proyectos familiares, en esta misma línea ampliatoria de derechos, signada por los principios de igualdad y no discriminación.

Para poder continuar en la consolidación de este proceso de conquista de derechos es imperioso tener en consideración los postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertidos en los antecedentes jurisprudenciales mencionados en el presente trabajo, y sobre esa sólida base continuaren la edificación de un sistema normativo más inclusivo e igualitario.

En este sentido, las TRHA reconocidas como una tercera fuente filial, con reglas y principios autónomos (distintos a las reglas de la filiación biológica y adoptiva); en razón del sinnúmero de especificidades prácticas que acarrearán y que su regulación excede con creces la esfera de un código civil, se vuelve obligatorio el dictado de la aludida ley especial.

Insistimos en la trascendencia de la sanción de esta norma especial, ya que vendría a dar respuesta a cuestiones prácticas que no pueden permanecer indefinidas. Por ejemplo, las implicancias en torno a las TRHA heterólogas, que van desde la cantidad de veces que una persona puede ser donante hasta la creación e implementación de un registro único de donantes a los fines de la conservación de los datos de éstos, para efectivizar el derecho –ya reconocido en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial- a conocer que se ha nacido por TRHA con material genético de un tercero.

A su turno, en lo que hace a la naturaleza jurídica del embrión no implantado, esta ley vendría a dar por tierra con los argumentos anquilosados en tradiciones religiosas y morales empleados para oponer resistencia a la efectiva implementación de estas técnicas; poniendo fin al caluroso debate en torno al destino de los embriones no implantados. Como así también a resolver otra cantidad de cuestiones que involucra el uso de las TRHA como ser los deberes de los centros de salud y las sanciones ante su posible incumplimiento, la necesidad de que si se

trata de proyectos parentales conjuntos ambos se pongan de acuerdo sobre el destino de los embriones en caso de ruptura, la necesidad de compensar a los donantes por las implicancias que se derivan del acto de donar material genético, la cantidad de veces que se puede donar, entre tantas otras cuestiones que resuelve de manera precisa el proyecto de ley especial en tratamiento en la Cámara de Senadores.

En suma, las TRHA han venido a poner en crisis –como sinónimo de cambio- una gran cantidad de reglas y principios que hasta hace un tiempo se creían inquebrantables en el derecho filial y que, en buena hora, se han encaminado a movilizar conceptos, concepciones y estructuras tradicionales y rígidas. Esta obligada perspectiva rupturista debe ser llevada a cabo tomándose como punto de partida algo básico y esencial: seguir bregando por la sana separación entre Estado- Iglesia/ Derecho y Religión, como bien lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso Artavia Murillo al afirmar: *“Hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”* (párrafo 185). Sabemos que aún resta un largo camino en esta dirección, pero también que en estos últimos años se ha avanzado mucho en este necesario sentido.