



## Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino

Marisa Herrera<sup>1</sup>

Recibido: 16 de diciembre de 2017/Aceptado: 12 de junio de 2018

**Resumen.** El ordenamiento jurídico argentino ha sido protagonista de una gran cantidad de modificaciones legales sustanciales que han impactado de manera directa en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Reconocer a esta práctica médica como un tercer tipo filiatorio compartiendo el escenario del derecho filial junto a la filiación por naturaleza y la adoptiva, significa otorgarle un lugar de privilegio con lo que ello significa. Ahora bien, cabe interrogarse si la regulación vigente es hábil para abarcar todas las problemáticas jurídicas que se presentan en la realidad social, en un campo signado por el dinamismo y el movimiento constante; cuáles serían los espacios legales que aún no fueron cubiertos por la ley y que quedarían pendientes y qué posturas doctrinarias y jurisprudenciales se han esgrimido al respecto; cuáles serían las bases o principios para construir las soluciones jurídicas ante este silencio. Todo interrogante debe ser respondido, tomándose como punto de partida la obligada perspectiva de derechos humanos como mirada obligada a los fines de lograr una práctica a tono y a la altura de los derechos e intereses en juego. Para tal fin, indagar sobre los aportes e implicancias de nociones claves como la voluntad procreacional y el consentimiento informado constituyen herramientas de análisis claves, qué acontece con la revocación en supuestos especiales como el fallecimiento y la ruptura de la unión, como cuando se disocia voluntad procreacional de gestación por sustitución, hasta incluso, cuando la voluntad procreacional es prestada por más de dos personas. Todos estos complejos debates han protagonizado el escenario del derecho de las familias en el derecho argentino contemporáneo en el que el plural ha sido auspiciado, precisamente, por las técnicas de reproducción asistida.

**Palabras claves:** Reproducción Asistida; Filiación; Derechos Humanos.

### [en] Contemporary conflicts in Assisted Reproduction: experience in argentine law

**Abstract.** The Argentine legal system has been the protagonist of a large number of substantial legal modifications that have had a direct impact on the techniques of assisted human reproduction (TRHA). Recognize this medical practice as a third filiator type sharing the stage of filial right together with filiation by nature and adoptive, means granting them a place of privilege with what that means. Now, it is questionable whether the current regulation is capable of covering all the legal problems that arise in social reality, in a field marked by dynamism and constant movement; what would be the legal spaces that were not yet covered by the law and which would remain pending and what doctrinal and jurisprudential positions have been put forward in this regard; what would be the bases or principles to build legal solutions to this silence. All questions must be answered, taking as a starting point the obligatory perspective of human rights as an obligatory view in order to achieve a practice that is in tune with the rights and interests at stake. For this purpose, inquiring about the contributions and implications of key notions such as procreational will and informed consent constitute key analysis tools, what happens with the revocation in special cases such as death and the rupture of the union, as when dissociation will procreational gestation by substitution, even until, when the procreational will is lent by more than two people. All these complex

<sup>1</sup> Investigadora del CONICET. Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.  
[marisaherrera12@gmail.com](mailto:marisaherrera12@gmail.com)

debates have starred the scenario of the right of families in contemporary Argentine law in which the plural has been sponsored, precisely, by the techniques of assisted reproduction.

**Keywords:** Assisted Reproduction; Filiation; Human Rights.

**Sumario:** I. Apertura. II. La fuerza de la voluntad procreacional (faz interna) y el consentimiento informado (faz externa). 1. El entramado normativo. 2. Actualización y revocación de la voluntad. A. Revocación y ruptura de la pareja. III. La gestación por sustitución: avances y limitaciones legales de una figura cada día un poco menos polémica. 1. Palabras introductorias. 2. El principio de realidad socio-judicial. 3. Algunas consideraciones interesantes en torno a las voces jurisprudenciales. 4. Compartiendo las bases de un proyecto de ley de GS elaborado por un equipo de trabajo interdisciplinario. IV. Colocando en crisis la máxima binaria: reproducción asistida y triple filiación. V. Bibliografía.

**Cómo citar:** Herrera, M. (2018). Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino, en *Revista de Antropología Social* 27(1), 353-380.

## I. Apertura

Desde la perspectiva cuantitativa, a nivel mundial, el desarrollo de las TRHA en la Argentina no es muy significativo, tal como se deriva de la información proporcionada por el Comité Internacional de Monitoreo de Técnicas de Reproducción Asistida (International Committee Monitoring Assisted Reproductive Technologies –ICMART-):

Región	Porcentaje
Europa	48 %
Asia	20 %
Norteamérica	17 %
Medio Oriente	5 %
Oceanía	5 %
América Latina	4 %
África	1 %

Centrados en América Latina, se puede observar que Argentina constituye el segundo país en la región según los datos relevados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida entre los años 1990-2012, referidos a la distribución de casos de TRHA:

País/región	Cantidad de casos	Porcentaje
Argentina	23.289	20.4 %
Brasil	50.775	44.4 %
Uruguay	1.258	1.1 %
Chile	6.579	5.8 %
Bolivia	348	0.3 %
Perú	4.927	4.3 %
Colombia	5.191	4.5 %
Ecuador	1.191	1.0 %
Venezuela	4892	3.8 %
México	15140	13.1 %
Paraguay	12	0.01 %
Centroamérica	767	1.2 %

Esta escasa relevancia numérica a escala mundial, y tímida presencia desde el punto de vista regional, se contraponen con el vertiginoso avance jurídico que observan las TRHA en el derecho argentino –tanto en el plano normativo como, principalmente, doctrinario y jurisprudencial– inspirado en la obligada doctrina internacional de los Derechos Humanos, es decir, los instrumentos internacionales de derechos humanos o *corpus iuris* internacional y regional, y su interpretación a cargo de los organismos y/o tribunales correspondientes. Este progreso es hábil para actualizar el debate sobre ciertos conflictos jurídicos contemporáneos que observan las TRHA tomándose como ámbito de estudio el desarrollo de la cuestión en Argentina, en el que dichas técnicas ocupan un lugar privilegiado, al ser considerada una tercera causa fuente filial entrecruzada con otra realidad jurídica como lo es ser el primer país en la región que admitió la extensión del matrimonio a las parejas del mismo sexo. Sucede que en la gran mayoría, los niños/as que nacen en el marco de una pareja del mismo sexo son consecuencia de técnicas de reproducción asistida de baja o amplia complejidad<sup>2</sup>.

Así como en el Código Civil<sup>3</sup> originario sancionado en 1871 la única fuente filial era la filiación por naturaleza o biológica, y recién en 1948 el derecho argentino recibió la filiación adoptiva, en la actualidad, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial<sup>4</sup> (CCyC) acontecida el 01/08/2015, se entendió que eran tantas las especificidades que observan las TRHA que se les reconoce entidad para ser consideradas una tercera fuente filial con principios y reglas propias nucleadas bajo la noción de «voluntad procreacional» (VP)<sup>5</sup>. ¿Cómo impactó tal decisión legislativa en la regulación y consecuente fisonomía, contenido y entendimiento de las TRHA en Argentina?<sup>6</sup>

A los fines de comprender con mayor exactitud los planteos doctrinarios y jurisprudenciales que se han generado en los últimos tiempos, es necesario conocer el entramado legal que sostiene el régimen jurídico en la materia; y ello se sintetiza en el siguiente gráfico<sup>7</sup>:

<sup>2</sup> De conformidad con la definición que recepta el art. 2 del decreto que reglamenta la ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Asistida: «Se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo», agregándose a continuación que «Se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante. Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos».

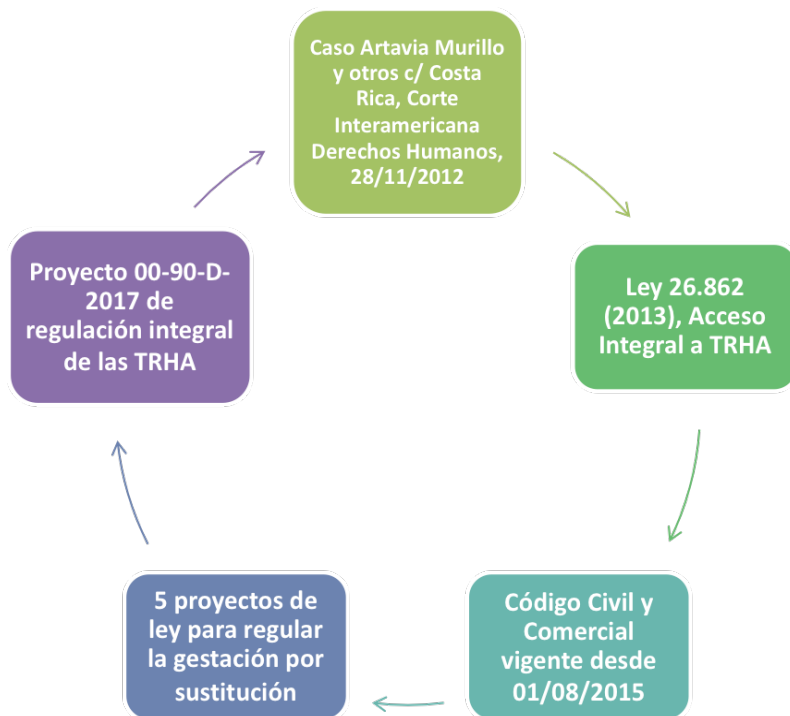
<sup>3</sup> (Codigo Civil de la Nación, 1871).

<sup>4</sup> (Código Civil y Comercial de la Nación, 2015).

<sup>5</sup> Dispone el art. 558 con el que se inaugura el Título V dedicado a la «Filiación» en el Libro Segundo sobre «Relaciones de Familia» del CCyC focalizado en las «Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos» que «La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción (...)». Por su parte, el art. 562 es el que se refiere con precisión a la voluntad procreacional, texto legal que se analizará con mayor detenimiento más adelante y sobre el cual recomendamos como síntesis compulsar Gil Domínguez (2016:13) en donde se asevera en sus primeros párrafos que «Desde una perspectiva psico-constitucional– convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas».

<sup>6</sup> Para profundizar sobre las nociones claves en materia de TRHA de voluntad procreacional y consentimiento informado en el derecho argentino, se recomienda compulsar entre el abundante material bibliográfico: Rodríguez Iturburu, Salituri Amezcua y Vázquez Acatto, 2017.

<sup>7</sup> (Corte IDH, 2012); (Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, 2013); (Proyecto de Ley de Regulación de la técnica de gestación solidaria, Expediente Diputados: 0630-D-2018, 2018); (Proyecto de Ley de Incorporación de la Gestación por Sustitu-



En la actualidad, y hace ya algunos años, en el derecho argentino se afianza con cierta resistencia la postura por la cual se entiende que la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional de conformidad con la enumeración que recepta el art. 75 inciso 22 de la Carta Magna (tratados con constitucionalidad originaria) y los que adquieran tal jerarquía por disposición de la ley mediante una mayoría especial (tratados con constitucionalidad derivada), como así las opiniones consultivas y fallos emanados de los tribunales que crean tales tratados (como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su carácter de intérprete último de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) integran el denominado «bloque de la constitucionalidad federal» que impregna, estructura y condiciona el resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico argentino. En esta lógica, ninguna norma puede violentar, omitir o contrariar aquel bloque, de allí que se afirme, en el campo de interés directo de las TRHA, que en la Argentina el derecho civil se encuentra «constitucionalizado» y «convencionalizado»<sup>8</sup> a la vez.

ción, Expediente Diputados: 0084-D-2018, 2018); (Proyecto de Ley de Regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Médicamente Asistida, Expediente Diputados: 5141-D-2017, 2017); (Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución, Expediente Diputados: 3765-D-2017, 2017); (Proyecto de Ley de Modificación al Código Civil y Comercial, Expediente Diputados: 3202-D-2017, 2017) y (Proyecto de Ley integral de técnicas de reproducción humana asistida Expediente Diputados: 0091-D-2017, 2017).

<sup>8</sup> Al respecto, cabe traer a colación lo explicitado en los Fundamentos del entonces Anteproyecto de reforma que es el antecedente directo del CCyC en el que se resaltó: «La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho

Ello genera varias repercusiones en la morfología jurídica que ostentan las TRHA en la actualidad debiéndose tener en cuenta, básicamente, las siguientes cuestiones normativas claves: 1) el primer y único precedente emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que aborda la cuestión de la fertilización *in vitro* (FIV) y en particular, la naturaleza jurídica del embrión es el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica del 28/11/2012; 2) el CCyC en vigencia desde el 01/08/2015 que en sus dos primeros artículos revaloriza los tratados internacionales de derechos humanos como pilar de la regulación al disponer en el art. 1 sobre «Fuentes y Aplicación» que «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 (...)» y en articulado siguiente, art. 2 referido a la «Interpretación» que «La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento» y 3) la misma lógica en clave de derechos humanos y plural ha adoptado la ley 26.862 de Acceso Integral de Técnicas de Reproducción Asistida del 2013 que se centra en la cuestión de la cobertura por parte del sector salud, en absoluta consonancia con el principio de igualdad y no discriminación en razón de la orientación sexual como lo exige la misma Corte IDH en otro resonado precedente como Atala Riffó y otras contra Chile del 24/02/2012 y el acceso a contraer matrimonio a toda persona con total independencia de la orientación sexual (ley 26.618, 2010), por lo cual su decreto reglamentario 953/2013<sup>9</sup> destaca en sus Fundamentos:

Que el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, reconocido por la Ley N° 26.862, se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (conforme la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). Que la Ley N° 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y, promoviendo de tal modo, una sociedad más democrática y más justa. (...) Que la ley de marras sigue lo prescripto científicamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en orden a la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida.

Este es el tramado legal, destacándose que la citada ley 26.862 y su decreto reglamentario 953/2013 si bien se dedican a la cobertura médica de los procedimientos

---

privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina (...) Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado» (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2011). Se trata, ni más ni menos, de un modo diferente de razonar y pensar el derecho civil en general y las TRHA en especial, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el Derecho, siempre teniendo en cuenta los derechos humanos comprometidos.

<sup>9</sup> (Decreto Reglamentario 953/2013, 2013).

de TRHA de un modo amplio, es decir, no solo compromete las técnicas de baja complejidad sino también las de alta complejidad, habilitan dicho acceso a toda persona con total independencia de su estado civil. Por su parte, el CCyC, se centra en la filiación de los niños/as nacidos de TRHA, entendiendo que este tipo de práctica constituye un tercer tipo filial. Estas normativas se edifican bajo el paraguas de los principios sentados por la Corte IDH en el mencionado caso *Artavia Murillo* y otros contra Costa Rica ratificado y consolidado en el proceso de seguimiento de sentencia del 26/02/2016 en el que se defiende, con acierto, la postura de que el embrión no implantado o *in vitro* no es persona, fundado en varios derechos humanos entre los que merecen ser destacados: el derecho a formar una familia y su acceso mediante la FIV (fertilización *in vitro*), el derecho a gozar de los beneficios del desarrollo científico, el derecho a la procreación y el derecho a la igualdad y no discriminación, siendo que en la región, en la gran mayoría de los países, solo se pueden alcanzar los procesos de TRHA si se cuenta con los recursos económicos para afrontar procedimientos médicos costosos (Corte IDH, 2016).

¿Cuáles son las temáticas jurídicas que involucran las TRHA y han quedado fuera de esta red legislativa? ¿Qué posturas se han adoptado al respecto en la doctrina y jurisprudencia argentina? ¿Cuáles han sido los principales argumentos sostenidos por las voces mayoritarias de carácter «progresistas» o a favor de dos figuras complejas como lo son la fertilización post mortem –la posibilidad que ocurra el fallecimiento de alguno de los integrantes de la pareja que se encuentra en pleno tratamiento de reproducción asistida– y la gestación por sustitución, denominación esta última casi consolidada en el derecho argentino que alude a la posibilidad de que una tercera persona sea la que geste un niño/a para un tercero o terceros en el caso de una pareja que son quienes tienen la voluntad de ser padres? ¿Qué principios, reglas y visiones han sido estructurales y estructurantes para lograr una adhesión casi mayoritaria, en favor de estas dos figuras silenciadas en la legislación vigente pero que se encuentran muy presentes en la realidad jurídica argentina?

Aquí se ensaya la siguiente afirmación: la mirada plural, amplia y progresista en torno a las TRHA que se observa en el derecho argentino, se funda en dos consideraciones centrales. La primera, consiste en reafirmar que el embrión *in vitro* no es persona, sino que observa una naturaleza jurídica *sui generis* como acontece con la gran mayoría de los elementos que preocupan a la bioética, como la sangre, órganos, células madres, tejidos, gametos, por citar algunos. ¿Son personas o son cosas? Ninguna de estas categorías clásicas son hábiles para dar respuestas a cuestiones más complejas y que exceden esta clasificación, que ya sería antigua o muy limitada, inhábiles para dar respuestas válidas a tono con el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico que recepta y aborda la Corte IDH en el aludido caso *Artavia Murillo*<sup>10</sup>. La segunda, la noción de voluntad procreacional como eje

<sup>10</sup> Al respecto, cabe destacar que la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y el beneficio de la humanidad ha establecido: «Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuyan a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas»; ello en total consonancia con lo previsto en el art. 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al disponer que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones». En este mismo sentido se expide la Declaración Americana al establecer en el art. XIII que «Toda persona tiene el derecho de [...] disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos».



central o columna vertebral en la regulación de las TRHA, directamente vinculada a su materialización o exteriorización a través del correspondiente consentimiento informado y todo lo que lo rodea, en especial la doble faceta de ser revocable y actualizable, es decir, que ha de ser prestado ante cada transferencia. Dada la clara interacción entre ambas, aquí se va a focalizar sobre la dupla inescindible entre voluntad procreacional (VP) y consentimiento informado (CI), siendo esencial partir de la idea de que el embrión *in vitro* no es persona por la mayor libertad que se deriva al regular todas las cuestiones que comprometen dicha dupla.

Antes de pasar a analizar los conflictos actuales que se han manifestado en el derecho argentino, los cuales involucran de manera directa la VP y el CI, eje o columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA, cabe destacar que el círculo legislativo argentino se debería cerrar con dos leyes necesarias, existiendo, en la actualidad, proyectos presentados en el Congreso de la Nación.

Nos referimos a un proyecto que tiene por objeto regular de manera integral las TRHA sobre todo aquello que no se refiere ni a la cobertura médica, ni a la filiación, ni al derecho a la información de los niños/as nacidos por TRHA heteróloga, que también está regulado ya en el CCyC, es decir, una gran cantidad de interrogantes que aún no tienen respuesta clara en el plano legal como: deberes de los centros de salud especializados, contenido de los consentimientos informados, todo lo relativo a la donación de gametos (registro de donantes, contenido de los consentimientos, estudios previos a los donantes, etc), los destinos de los embriones, las prohibiciones y sanciones, o la creación de un organismo consultor especializado en el Ministerio de Salud a los fines de acompañar los avances de la ciencia en consonancia con el mencionado derecho a gozar de los beneficios del desarrollo científico.

El otro campo legislativo proyectado y cuyo debate se encuentra pendiente se refiere a la figura de la gestación por sustitución a la que, dada la relevancia cuantitativa cada vez más creciente que se observa en el derecho comparado de igual modo que en el derecho argentino, también se le destina aquí un apartado propio.

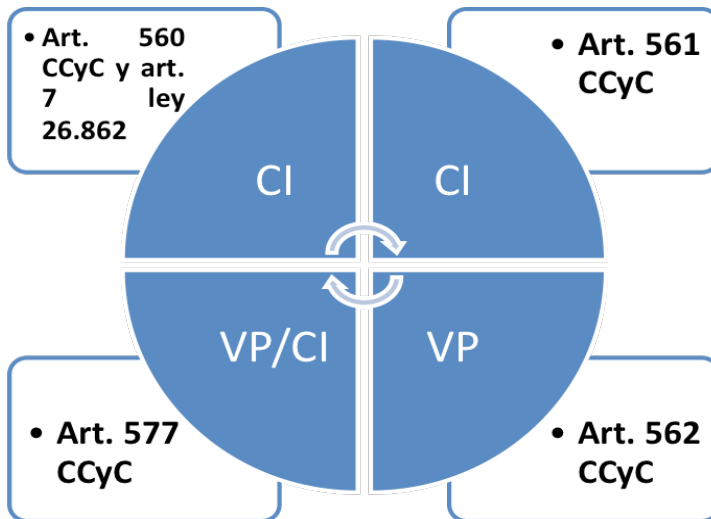
## **II. La fuerza de la voluntad procreacional (faz interna) y el consentimiento informado (faz externa) como columna vertebral de la filiación por TRHA**

### **1. El entramado normativo**

El entramado normativo en materia de VP y CI como elemento estructural y estructurante de la filiación derivada de las TRHA en una doble faceta inseparable involucra: 1) la faz interna como lo es la voluntad –discernimiento, intención y libertad– de procrear, y 2) la faz externa plasmada en el consecuente consentimiento informado, ambos regulados en dos cuerpos legales también inseparables en el ordenamiento jurídico argentino como lo son el CCyC y la ley 26.862 y su decreto reglamentario.

En este contexto, se podría sintetizar el entramado legal en el siguiente esquema a los fines de visualizar de manera rápida y contundente dos cuestiones: 1) la interacción ineludible entre faz interna y externa o sea, entre VP y CI; y 2) revalorizar el CI en el campo de las TRHA, pues no solo es importante por tratarse de una práctica médica con toda la centralidad que este adquiere en los actos médicos sino que, a la par, en el ámbito en estudio, dicho CI genera filiación con todo lo que ello significa.

En otras palabras, en las TRHA, el CI observa una doble función y ello se puede comprender cuando se diferencian los CI que firman los donantes de aquellos que suscriben las personas que quieren ser padres. En el primer supuesto, el CI solo está centrado en los aspectos médicos, y según el tipo de modelo que se recepte en materia de derecho a conocer los orígenes, también se puede extender a esta otra cuestión que nada tiene que ver con la filiación. Nos explicamos, en aquellos sistemas legales que permiten el acceso a conocer la identidad del donante, esta cuestión también forma parte del CI que firman los donantes; pero este instrumento no permite generar vínculo filial alguno, como máxima consecuencia jurídica, el derecho a conocer los orígenes con la limitación que establezca cada régimen jurídico. Por el contrario, cuando se trata de personas que pretenden alcanzar la maternidad/paternidad mediante el uso de las TRHA, el CI compromete aspectos médicos, pero también jurídicos por ser el instrumento que exterioriza o prueba la determinación filial derivada de la voluntad procreacional.



Como ya se adelantó, el CCyC otorga a las TRHA el rango de ser una tercera causa fuente filial con reglas propias. Este núcleo duro de la normativa filial derivada de esta práctica se integra con lo previsto en los arts. 560, 561, 562 y 577 que su vez, siguen la línea marcada por la ley 26.862 del 2013 y por ende, en vigencia antes que la legislación civil cuyo art. 7 expresa:

Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.



El Capítulo 2 del Título V sobre «Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida» del Código Civil y Comercial comienza con el art. 560, en el que se prevé la obligación del centro de salud interviniente en la práctica médica de reproducción asistida el 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». Por su parte, el art. 561 agrega que

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.

¿Qué contiene dicho CI? La voluntad procreacional que se encuentra prevista en el art. 562 al afirmarse que

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.

Por ende, según lo establece el CCyC y siguiéndose los postulados ya receptados en la ley 26.862, la dupla inescindible entre VP y CI constituye el nudo gordiano de la filiación derivada de las TRHA, a tal punto que si se cuenta con ambas –siempre, de manera actual al necesitarse su renovación en cada procedimiento, o desde otro punto de vista, su habilidad para ser revocable hasta antes de producirse la transferencia del embrión en la persona– el vínculo filial que surge es inimpugnable. Así lo asevera el art. 577 al disponer que

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 este.

La relevancia jurídica de la dupla VP-CI se aprecia en toda su extensión cuando se enfrenta a ciertos hechos como son la ruptura de la pareja o el fallecimiento de alguno de los miembros. Aquí por razones de espacio nos detendremos a destacar dos connotaciones que rodean a esta dupla que formaría parte del núcleo duro de una regulación que pretenda ser plural y amplia en una materia absolutamente dinámica como lo es la revocación del CI. ¿Acaso el movimiento constante que observan las TRHA no es óbice para visualizarse una base pétrea o estructural que hace que la

filiación derivada de las TRHA esté rodeada de un mínimo de seguridad jurídica? La respuesta es positiva y de eso nos ocupamos en el próximo apartado colocando como ejemplo la cuestión de la ruptura de la pareja, siendo que la temática del fallecimiento y todo lo relativo a la filiación post mortem derivada de la fertilización también post mortem ha sido materia de estudio en otra oportunidad y allí nos remitimos<sup>11</sup>.

## 2. Actualización y revocación de la voluntad

Como ya se ha expresado, la voluntad de ser padres es tan importante –como acontece también en la filiación adoptiva– que se necesita que ella sea exteriorizada cumpliéndose ciertas formalidades y a la par, que sea actual; actualización que transcurre en un marco jurídico de absoluta libertad al disponerse que debe renovarse en cada procedimiento y a su vez, permitirse su revocación hasta el momento fáctico que es posible: la transferencia tanto sea en una técnica de baja o alta complejidad.

Ahora bien, en la jurisprudencia argentina se han generado conflictos jurídicos en torno a la falta de renovación o incluso, ante la revocación ante situaciones especiales o excepcionales como lo es la ruptura de la pareja o fallecimiento de alguno de sus miembros. Aquí nos centraremos en el primero de ellos, la ruptura de la pareja, siendo necesario destacar una consideración general común a ambas situaciones que compromete, en definitiva y una vez más, la cuestión de la naturaleza del embrión: la indiferencia o falta de relevancia si en pleno procedimiento de TRHA se produce la ruptura de la pareja o el fallecimiento y se encuentran criopreservados material genético o embriones. Dicho de otro modo, aquí se parte de la idea de que carece de relevancia jurídica el tipo de material que esté criopreservado en atención a los argumentos de peso y contundentes vertidos en torno a la naturaleza jurídica del embrión. Aclarado este punto y a la par, reafirmando la necesaria mirada sistémica que observan las TRHA en particular, en lo relativo a la faceta jurídica, fácil se puede concluir la interacción entre naturaleza jurídica del embrión y la dupla central integrada por VP y CI. O en otras palabras, cómo impacta o incide de manera central la naturaleza jurídica del embrión para delimitar los bordes legales –más o menos amplios– de la dupla VP– CI. ¿Acaso sería necesario solicitar la actualización de la VP-CI si se entendiera que el embrión es persona? Mucho menos podría la ley habilitar su revocación.

### A. Revocación y ruptura de la pareja

La falta de actualización o renovación de la VP-CI suele acontecer cuando el proyecto parental que encierran las TRHA se diluye, extingue o acaba por diferentes razones. Es más, la práctica da cuenta que las tensiones psico-sociales que encierra la búsqueda frustrada de un hijo/a es tal que suele culminar en la ruptura de la unión (de noviazgo, convivencial o matrimonial; tampoco sería relevante este dato jurídico referido al estado civil) (Scardino, 2018).

Cuáles son los conflictos jurídicos que se suscitan y cómo deberían resolverse son interrogantes que se han generado en el derecho argentino, siendo muy elocuente las diferencias observadas pre y post CCyC, al destacarse que este último es

<sup>11</sup> Ver Herrera, 2017.

el resultado de la obligada perspectiva de derechos humanos en el campo del derecho civil en el que se destacan el derecho a formar una familia, el derecho a gozar de los beneficios y progreso de la ciencia, el derecho al desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad y no discriminación como los más relevantes en la temática en análisis, como lo ha explicitado de manera elocuente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el mencionado caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica en la sentencia del 28/11/2012 y reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia el 26/02/2016. A continuación, se sintetizan dos precedentes que fueron resueltos en ambas etapas y que muestran de manera elocuente cómo la mirada de derechos humanos habría marcado una diferencia sustancial en la lectura sobre este particular conflicto jurídico que involucra de manera directa la dupla VP-CI.

Como muestra de la etapa pre CCyC, se trae a colación un precedente ya mencionado resuelto por la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 13/09/2011, en contraposición con el fallo de la Sala K del mismo tribunal de fecha 01/09/2017.

El primer caso sentenciado involucraba un matrimonio que se sometió a una FIV y de cuya práctica nació un niño y, a la par, procedieron a criopreservar cinco (5) embriones; al tiempo, la pareja se separa y luego se divorcia. En este contexto, la mujer años más tarde se presenta al centro de salud solicitando se le transfieran los embriones criopreservados. El centro de salud le solicita también el consentimiento de su marido y allí ella le informa que se había separado y que no contaba con su voluntad. Ante esta situación, el centro deniega el pedido de transferencia y por ello la mujer recurre a la justicia para que tal acción lo sea por indicación u orden judicial.

En primera instancia, el juez hizo lugar al planteo de la mujer, decisión que fue confirmada por la Cámara. Para arribar a tal solución, se sostuvo que debía autorizarse a la mujer a implantarse los embriones que se encontraban criopreservados en el instituto especializado, al entender que el marido en su momento había ya prestado el correspondiente consentimiento informado sin que pudiese desdecirse de lo allí expresado y que el embrión debía ser considerado persona; por tanto, no se podía decidir en otro sentido sino a favor de la transferencia aún en contra de la voluntad del ex marido<sup>12</sup> (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala J, 2011).

Postura contraria es la sostenida varios años después y ya bajo el actual CCyC por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 01/09/2017. Aquí se expidió en el marco de una medida precautoria en la que se pretendía también que la justicia autorizara la transferencia de tres (3) embriones criopreservados al útero de la mujer cuyo ex marido se negaba a prestar el correspondiente consentimiento informado tal como lo prevé el art. 561 del CCyC. La razón de tal negativa por parte del demandado, según consta en el fallo, gira en torno a que

el tratamiento fue iniciado en un momento de la vida en que ambos compartían el deseo de formar una familia y que el consentimiento fue prestado por un plazo de doce (12) meses, pudiendo ser renovado por mutuo acuerdo; además dice que se les informó que cada implantación requería de un nuevo consentimiento de ambas partes.

---

<sup>12</sup> Ver Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2011.

En este marco, la actora –la mujer– solicita la inconstitucionalidad del art. 561. El planteo es rechazado en primera instancia y confirmado tal rechazo por la alzada.

Cuál es la postura defendida por la actora: el supuesto derecho de los embriones a ser implantados, fundamentándose para ello en la calidad de persona humana que predica a su respecto; se entiende que el demandado ya es padre y que la revocación del consentimiento no es viable «debiendo valorarse la mala fe del demandado».

Es interesante destacar algunas consideraciones del fallo al colocar sobre el escenario cómo se redactan los CI y lo que firman las personas que se someten a TRHA. En este caso, la pareja firmó un CI «para realizar la criopreservación de embriones». Allí se expresa que

luego de haber sido informados acerca de la congelación y almacenamiento de embriones por el Dr. del centro «...», autorizaron a esta entidad a proceder al congelamiento y criopreservación de los embriones producidos por la pareja en un procedimiento de Reproducción Asistida. Expresaron que el propósito de ese congelamiento y conservación era su futura transferencia uterina.

También se agrega el plazo de vigencia del «contrato», el que tenía una vigencia de 12 meses a partir de la fecha de congelamiento, pudiendo ser renovado de mutuo acuerdo y, en particular, que «en caso de no desear la transferencia en nuestra pareja, nosotros (la pareja en forma conjunta) determinaremos la futura disposición de nuestros embriones, procediendo a dar instrucciones por escrito sobre su destino». Asimismo, la pareja autorizó al centro de salud a que sus embriones fueran donados a una pareja estéril, en los siguientes casos: «1) fallecimiento de ambos; 2) cuando transcurra el período pactado de 12 meses y no demos instrucciones a ... acerca de su destino; 3) si dejásemos de abonar el costo del almacenamiento por 12 meses». Cabe señalar que este CI fue redactado antes de la entrada en vigencia del CCyC, lo cual permite reafirmar la importancia de contar con una normativa precisa al respecto para evitar que cada centro de salud elabore el modelo que considere pertinente de manera discrecional. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala K, 2017)

Esta sentencia genera varios comentarios críticos que exceden los objetivos de este trabajo. Aquí solo cabe resaltar que contar con una regulación clara al respecto que habilita la revocación del CI constituye un gran aporte legislativo y también de carácter práctico, siendo que las personas que se someten a TRHA deben tener en claro cuáles son los principios y reglas en juego. Así, exigir la actualización de la VP con el debido CI, implica facultar a la persona a negarse a prestarlo, es decir, directamente no expedirse a favor de la técnica y más aún, si ya lo hizo, a revocar dicha manifestación de voluntad hasta antes de la concepción (anidación dentro del cuerpo de la persona en los casos de TRHA de baja complejidad), o de que se produzca la implantación del embrión en el útero, tal como se asevera en la última parte del art. 561 del CCyC. Esta facultad solo es posible si se parte de la idea de que el embrión no es persona sino, de lo contrario, y como se concluyó en el precedente que se cita en el mismo fallo –el caso resuelto por la Sala J del mismo tribunal el 13/11/2011–, una vez que se presta el consentimiento sería imposible revocarlo y, por tanto, la transferencia de los embriones debería hacerse con absoluta independencia de cualquier negativa al respecto. Es claro que esta última no es la decisión de política legislativa adoptada por el CCyC, y solo una postura de ese tenor llevaría como conclusión a que el embrión sea considerado

persona. Por el contrario, permitir la revocación y a la par, exigir la actualización del consentimiento informado se condice con la postura contraria: defender que el embrión *in vitro* no es persona.

Más allá de esta interacción obligada entre embrión y actualización-revocación del CI que en el caso en estudio no se quiso profundizar, lo cierto es que bajo la normativa vigente se ha estado a favor de la posibilidad de negarse a actualizar el CI, postura contraria a la asumida por el mismo tribunal pero otra sala, en un supuesto similar planteado antes de la entrada en vigor del CCyC. Sucede que aceptar la dupla VP-CI como columna vertebral de la filiación derivada de las TRHA conlleva la importancia de que tal manifestación lo sea rodeada de la mayor libertad posible, siendo la exigencia de actualidad y a la par, la posibilidad de revocar hasta cierto momento anterior inmediato a la transferencia, decisiones legislativas esenciales en respeto de tal libertad.

En suma, tal es la relevancia de la dupla inescindible conformada por la VP y el CI, que ellos también están muy presentes en un debate aún encendido en la doctrina y jurisprudencia contemporánea a nivel mundial como lo es la figura de la gestación por sustitución, a la cual nos dedicaremos a continuación, señalando algunas connotaciones actuales a la luz del debate suscitado en el derecho argentino.

### **III. La gestación por sustitución: avances y limitaciones legales de una figura cada día un poco menos polémica**

#### **1. Palabras introductorias**

La Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de TRHA a la gestación por sustitución (GS) definiéndola del siguiente modo:

las técnicas de reproducción humana asistida son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado (OMS, 2009).

Como se puede observar, este tipo de TRHA es especial porque precisamente, incorpora al proyecto parental a una tercera persona, la mujer gestante, que se somete a un proceso de TRHA para quedar embarazada y dar a luz a un niño/a para una pareja o una persona sola. De este modo, se disocia la gestación de la maternidad, es decir, el embarazo de la filiación y, por tanto, el niño/a que nazca de esta persona no será su hijo/a sino que la responsabilidad parental estará a cargo de quién o quiénes quieren ser padres, o sea, las personas que prestan la correspondiente voluntad procreacional.

No sólo disociar la gestación de la maternidad es rupturista principalmente, desde la obligada perspectiva de género, sino que desde esta misma mirada cabe preguntarse quiénes son las mujeres que gestan para terceros (parejas o personas); sucede que este tipo especial de TRHA podría dar lugar a una nueva forma moderna de ex-

plotación del cuerpo de la mujer. De allí que, por ambas consideraciones auspiciadas por la visión de género, la GS observa una mayor complejidad dentro del amplio espectro o campo de las TRHA.

¿Qué ha acontecido con esta figura en el derecho argentino? El punto de partida se puede hallar en el Anteproyecto de reforma del CCyC –antecedente directo del CCyC<sup>13</sup>– siendo que en aquella oportunidad se pretendía regular esta figura del siguiente modo:

Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza (Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación art. 562, 2012).

Antes de avanzar con esa iniciativa legislativa frustrada, es dable señalar las razones por las cuales la situación fáctica-jurídica en análisis se ha consolidado en el derecho argentino bajo la denominación «gestación por sustitución» y no otros tantos términos como el de alquiler de vientre, maternidad subrogada, útero subrogado, etc. Nuevamente, el reconocimiento del llamado «matrimonio igualitario» también ha tenido su incidencia en este ámbito. Sucede que a la luz del principio de igualdad y no discriminación, un niño/a puede tener dos padres o un padre solo (la gestante hacerlo en favor de un hombre y constituirse en causa fuente de una monoparentalidad originaria), por tanto, en estos supuestos tales niños/as no tienen madre sino que tienen uno o dos padres. En otras palabras, lo que se subroga no es el rol de madre o la «maternidad» sino la gestación, la cual realiza una tercera persona que nada tiene que ver en términos de roles parentales, es decir, quien gesta no es considerada jurídicamente madre, como se concibe desde los orígenes del debate de esta figura en el derecho argentino en el que se propone dejar en claro que el o los que prestan la VP son considerados progenitores y que quien gesta nunca podrá pasar al plano de la filiación considerada desde el plano jurídico «madre». En este contexto, «gestación por sustitución» es considerado –ya sin resistencia alguna al respecto– el término correcto para definir la situación por la cual una persona gesta y lleva adelante un embarazo a favor de otra u otras

<sup>13</sup> Para ampliar ver González Magaña, 2014; Lamm, 2013; y Fortuna, 2012.



personas que son quienes tienen la intención de ser progenitores, o sea, prestar la correspondiente VP debidamente exteriorizada en CI individuales en atención a que la determinación de la filiación constituye un derecho personalísimo y, por ende, autónomo y unilateral.

Ahora sí, cuál fue la razón para que la Argentina pretendiera dar semejante salto legislativo en un ámbito en el que en ese momento –2011, año en que se redactó el Anteproyecto– se carecía de normativa alguna sobre las TRHA. Precisamente, en los Fundamentos de dicho Anteproyecto se explicitó lo siguiente:

El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El Anteproyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como «turismo reproductivo»); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012).

Esta previsión fue quitada durante el debate parlamentario por presión de dos grupos antagónicos: la Iglesia Católica y voces provenientes del feminismo más radical. ¿Cuál será la razón por la cual a veces los opuestos se asemejan? Más allá de este planteo más complejo que excede con creces profundizar en el presente trabajo, lo cierto es que desde el aspecto formal, se sostuvo en la Comisión Bicameral que

Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del artículo 560 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 560 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 561. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre Relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo



con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma (Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 2014).

Esta propuesta legislativa frustrada ha sido en el derecho argentino, sin hesitación alguna, un punto de inflexión al colocarse sobre el escenario una realidad social que el derecho no puede esconder o silenciar. Ello es de fácil comprobación, no solo por la cantidad ascendente de sentencias que abordan esta temática, sino también del interés doctrinario que no solo se mantuvo, sino que aumentó a pesar de la quita en el iter que ha transitado el CCyC<sup>14</sup>; preocupación que ha readquirido un lugar en la agenda legislativa al contar en la actualidad con 5 proyectos de ley provenientes de diferentes partidos políticos a estudio en la Cámara de Diputados.

En esta oportunidad nos parece pertinente compartir el debate judicial que se ha generado en estos tiempos, siendo que los casos planteados y, por ende, la realidad social de la temática, constituyen una buena herramienta de análisis para indagar y profundizar sobre una figura que está en la agenda pública en una mayor cantidad de países.

## 2. El principio de realidad socio-judicial

Al momento que se redacta el presente trabajo se cuenta con un total de 22 sentencias nacionales en torno a la GS. Varias de ellas, un total de 6<sup>15</sup>, han sido dictadas antes de la puesta en vigencia del CCyC, y las 16 restantes<sup>16</sup>, con posterioridad a dicho hito legislativo. ¿En qué medida y qué impacto jurídico trajo consigo el contar con una herramienta como el CCyC que regula la filiación derivada de las TRHA pero no así la GS de manera especial o particular? Este es uno de los objetivos centrales del presente apartado.

<sup>14</sup> Para ampliar ver Lamm, 2016; Gil Domínguez, 2015; Famá, 2015; Jáuregui, 2016; Zabaleta, 2016; Krasnow, 2016.

<sup>15</sup> El primero fue el caso «B., M. A. c. F. C., C. R.» resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, en fecha 14/04/2010 (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, 2010); y por el Juzgado de Familia de Gualeguay el 19/11/2013 (Juzgado de Familia de Gualeguay, 2013).

<sup>16</sup> A saber: (Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 2015); (Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos De Bariloche, 2015); (Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, 2015); (Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 2016); (Juzgado Nacional Civil Nro. 7, 2016) cabe destacar que este fallo se encuentra a estudio ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación al momento de la redacción del presente artículo; (Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno, 2016); (Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, 2016); (Juzgado de Familia N° 3 de General San Martín, 2016); (Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora, 2016); (Juzgado Familia N° 7, Lomas de Zamora, 2016); (Juzgado Nacional en lo Civil N° 81, 2017); (Juzgado de Familia N° 5 de Viedma, 2017); (Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza, 2017); (Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, 2017) y (Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba, 2017).

Fácil se puede ver que la realidad judicial muestra una realidad social que interpela a los operadores jurídicos cada vez de manera más elocuente y, en definitiva, al poder legislativo, que es el ámbito que debería brindar una respuesta concreta a esta laguna legal y la consecuente inseguridad tanto jurídica como afectiva y social que ello trae consigo. A tal punto que en la sentencia del 06/09/2017, el juez en su fallo dispone como uno de los puntos de su resolución

exhortar al Congreso de la Nación a fin de evaluar la posibilidad de regular y legislar sobre la gestación por sustitución, debiendo a tales efectos, considerar la sugerencia de la Doctora Eleonora Lamm en sentido de dar tratamiento a los proyectos de gestación por sustitución presentados (exptes. 5759-D-2016 (Dip. Rach Quiroga), 5700-D-2016 (Dip. Araceli Ferreyra y otros), 3202-D-2017 (Dip. Lipovetsky) y 3765-D-2017 (Dip. Carrizo) a los efectos de contar con una decisión legislativa en el menor tiempo posible y en su caso, arbitrar los sistemas de política pública correspondientes (Juzgado de Familia nro. 2 de Mendoza, 2017)<sup>17</sup>.

### 3. Algunas consideraciones interesantes en torno a las voces jurisprudenciales

Una rápida y breve lectura sobre este desarrollo jurisprudencial es hábil para esgrimir algunas consideraciones generales y centrales para conocer cuáles son los principales dilemas que presenta la GS en el derecho argentino a través de la realidad judicial.

Desde el plano comparativo entre dos momentos legislativos bien diferentes, antes y después de la puesta en vigencia del CCyC, se puede destacar que todos los casos planteados con anterioridad a este hito normativo involucraban a parejas heterosexuales en donde, además, cada uno de los miembros de la pareja aportaban su material genético; es decir, se trataba de situaciones de GS homóloga en el que el ADN coincidía con quienes prestaban el correspondiente consentimiento informado. ¿Cuál era la razón de ello? Ante el silencio normativo y la falta de regulación expresa y autónoma de la filiación derivada de las TRHA, se resolvían este tipo de conflictos apelándose a las reglas de la filiación por naturaleza en la que el ADN tiene un fuerte valor, a diferencia de las TRHA que pueden ser homologas pero también heterólogas (material de tercero), siendo que a los fines del vínculo filial lo único que interesa es la voluntad procreacional debidamente exteriorizada y no presunta, no así si tal manifestación se condice con el material genético aportado al proceso de reproducción asistida.

Por el contrario, las sentencias dictadas con posterioridad al CCyC observan una mayor riqueza o variedad de situaciones fácticas. Algunos casos también comprometían GS de carácter homólogas pero en otras heterólogas, en el que el óvulo provenía de un banco pero jamás de la propia gestante. De este modo, todos los supuestos presentados en la justicia argentina son de gestantes que nunca han sido también aportantes de material genético, o sea, nunca gestantes-aportantes, siguiéndose la línea legislativa propuesta en el Anteproyecto y que, como se advierte, delineó las prácticas en el derecho argentino. También se presentaron casos de parejas del mis-

---

<sup>17</sup> Tal es el grado de avance en la Cámara de Diputados que desde la fecha de este fallo hasta el momento en que se redacta el presente artículo se presentó un quinto proyecto de ley, 5141-D-2017 en fecha 26/09/2017.

mo sexo conformadas por dos hombres en el que uno de ellos aportaba el semen, y el óvulo, como se dijo, provenía de un banco. Por tanto, el CCyC, al regular de manera expresa las TRHA como una tercera causa fuente filial con reglas propias y cuya determinación de la filiación está marcada por la dupla VP-CI, animó a otras parejas que tenían que salirse de la filiación homóloga, a recurrir también a la GS.

Por otra parte, merecen destacarse las diferentes vías procesales que se fueron presentando desde el 2013, año en el que yace la primera sentencia de GS en Argentina, hasta la fecha, 2017. Los primeros casos se centraban en acciones de impugnación de la maternidad y, por ende, la determinación de la maternidad lo había sido a favor de la gestante y ahí los comitentes, requirentes o quienes quieren ser padres, iniciaban una acción judicial para extinguir ese vínculo filial entre la gestante y el niño/a, para que la filiación quedara determinada por orden judicial a favor de quienes tenían y habían exteriorizado la VP. Este tipo de proceso observaba algunas dificultades; en particular, el tiempo que insumía al tratarse de una acción ordinaria y además en el mientras tanto, el niño/a se encontraba inscripto a nombre de quien no quería tener ningún vínculo jurídico con este: la gestante. Al tiempo se fueron ensayando otras vías judiciales como la declarativa de certeza o medidas autosatisfactivas con la misma finalidad: desplazar a la gestante como madre jurídica del niño/a nacido por GS. Ahora bien, las acciones más interesantes fueron aquellas que se plantearon en un estadio anterior al nacimiento del niño/a y ellas fueron de dos tipos: 1) acciones contra el Registro Civil esgrimidas durante el embarazo para que el niño/a cuando naciera no se inscribiera a nombre de la gestante sino de quienes expresaron su VP en el correspondiente CI; y 2) autorizaciones judiciales previas para que, precisamente, la justicia autorizara la técnica de GS y así, tanto la gestante como los requirentes tuvieran la consecuente tranquilidad de que cuando el niño/a naciera, la determinación filial se haría a favor de aquellos últimos. Más aún, que todo el proceso de GS, que implica de por sí un tratamiento –o varios– de FIV, sea llevado a cabo bajo la tranquilidad del conocimiento y la anuencia judicial. Estas peticiones de autorizaciones judiciales previas a la realización de la GS o, precisamente, para llevar adelante este procedimiento, han involucrado pedidos iniciados por parejas tanto de diverso como de igual sexo, admitiéndose el pedido correspondiente en todos los 5 casos que se han presentado en la jurisprudencia argentina hasta la actualidad.

Otra consideración que debe ser puntualizada gira en torno a la altísima aceptación de la figura de la GS a la luz de las decisiones judiciales existentes hasta la actualidad. Del total de 22 fallos, en todos se hizo lugar a la GS con excepción de dos oportunidades que comprometen a la misma pareja de varones que pasaron por dos procesos de GS, del primero del cual nacieron mellizos y del segundo un niño. Ambas situaciones contaron con la resolución favorable en primera instancia y después fue apelada por el asesor de menores, llegando el caso de los mellizos a la máxima instancia judicial del país, que aún sigue a estudio, presumiéndose que el segundo caso seguirá los mismos pasos. ¿Qué actitud tomará la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando, por un lado, en otras 20 oportunidades anteriores se hizo lugar y quedaron firmes sentencias a favor de la GS y, por el otro, la tardanza en poner fin a la contienda lleva consigo que la pareja de hombres que pretende ser reconocida como co-padres forja el vínculo afectivo o identidad dinámica cada día con mayor fuerza? Sucede que la identidad está integrada por una faz estática y otra dinámica, en ese marco, los niños/as van profundizando un lazo afectivo cada vez más sólido que la justicia no podría desconocer so pena de conculcar el principio rector en mate-

ria de derechos de niños, niñas y adolescentes como lo es el interés superior. ¿Acaso se podría rechazar el pedido de reconocimiento de doble paternidad derivada de una gestación por sustitución de niños/as que han convivido durante varios años con la pareja de hombres que han exteriorizado su voluntad procreacional y a la par, son niños/as que no han tenido ningún lazo afectivo con la gestante?

Como cierre de este apartado tendente a indicar algunas de las principales connotaciones que genera la figura de la GS en el derecho argentino desde el crisol del desarrollo jurisprudencial, que ha sido muy variado y de gran riqueza, cabe señalar otra sentencia que está por fuera de la enumeración realizada más arriba, ya que alude a una acción colectiva por parte del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires en alianza con la Federación Argentina LGBT, por el cual se pretende que en los casos de GS se proceda igual a inscribir a los niños/as nacidos de manera provisoria en el Registro Civil a favor de quien o quienes prestaron la voluntad procreacional debidamente materializada en los consentimientos informados hasta que se resuelva en la justicia cualquier tipo de contienda. La razón de ello es que en todos los casos en los que interviene la justicia, en el mientras tanto, los niños/as carecen de inscripción, con la correspondiente violación del derecho humano a la identidad en una de sus facetas básicas como lo es el derecho a estar inscripto (art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño), ya que una persona que no está inscripta en un registro civil carece de la habilidad jurídica para ser pasible de todos los derechos y deberes que le corresponde como sujeto de derecho. Nos referimos al caso resuelto por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en fecha 04/8/2017, en el que se hizo lugar a la acción de amparo colectivo al considerar –entre tantos otros argumentos– que

el derecho a la identidad es básico y fundamental en el ejercicio de otros derechos. En efecto, la falta de inscripción y el otorgamiento del respectivo documento de identidad, no sólo impide acreditar quién es uno, sino el derecho de acceso a las prestaciones médicas, a la educación, a los beneficios de la seguridad social, entre muchos otros. Consecuentemente, preciso es tenerlo por configurado (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala I, 2017).

Tras este fallo, el Registro Civil del mismo ámbito territorial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó una resolución el 13/10/2017 en el que se dispone:

Autorizar a inscribir, en términos preventivos, los nacimientos de los menores nacidos por TRHA de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento a saber: 1) Que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada en el país; 2) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional y 4) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo (Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017).

#### 4. Compartiendo las bases de un proyecto de ley de GS elaborado por un equipo de trabajo interdisciplinario<sup>18</sup>

Como se adelantó, en la Cámara de Diputados de la Nación se han presentado hasta el momento de elaborar el presente artículo, un total de 5 proyectos de ley. Aquí comentamos uno solo de ellos, no solo porque se ha formado parte del equipo que lo redactó, sino porque además se considera que es el más completo y el que mayor profundiza sobre la temática en comparación con los otros proyectos<sup>19</sup>.

El proyecto de ley 5759-D-2016 se presentó a fines de agosto del 2016 y, básicamente, se estructura sobre los siguientes ejes<sup>20</sup>:

- a) Se recepta, en la misma lógica que lo hacía el art. 562 consignado en el Anteproyecto que después fue quitado del texto aprobado, un proceso judicial previo tendente a lograr que el juez que entiende en los procesos de familia o que resuelve conflictos derivados de las relaciones de familia, autorice esta especial práctica médica de reproducción asistida.
- b) Se establece una serie de requisitos a evaluar para ser gestante como: a) Tener plena capacidad civil. b) Acreditar aptitud física y psíquica conforme los protocolos que establezca la Autoridad de Aplicación de la ley 26.862. c) No aportar sus gametos. d) No haberse sometido a un procedimiento de GS más de dos (2) veces. e) Haber dado a luz y tener un (1) hijo/a propio. f) Tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país. g) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa.
- c) También una cantidad de previsiones para evaluar a los comitentes, requirentes o quienes pretenden ser progenitores como son: a) Tener plena capacidad civil. b) El/la comitente o al menos uno de los/as comitentes debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos. c) Tener imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual. d) Tener un plazo mínimo de cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país. Este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país, en la misma lógica que sucede en la Argentina con la adopción, siendo que se pretende evitar el denominado «turismo reproductivo» para que personas o parejas extranjeras viajen a la Argentina a los fines de realizar un procedimiento de GS. e) Contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa. f) Contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

<sup>18</sup> Por CATRHA (Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Asistida) que está integrada por profesionales de la medicina especializados en la temática de la SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva), integrantes de las principales organizaciones de la sociedad civil de pacientes y abogadas de un proyecto de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires dedicado al estudio de las TRHA.

<sup>19</sup> En realidad, en comparación con otros 3 proyectos ya que el proyecto presentado por la diputada Carla Carrizo (3765-D-2017), es una copia casi exacta del proyecto que aquí se sintetiza.

<sup>20</sup> Para profundizar sobre esta iniciativa legislativa se recomienda compulsar Briozzo, 2016.

- d) De manera general, se reitera un principio básico como lo es el de igualdad y no discriminación en el art. 3 proyectado que expresa:

No podrán establecerse obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de la gestante y/o de la/el o las/os comitentes. Cualquier obstaculización, restricción, o exclusión fundada en tales condiciones será considerada discriminatoria.

- e) El juez debe autorizar el procedimiento de GS cuando: a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño/a que pueda llegar a nacer a través de esta técnica. b) El equipo multidisciplinario ha dictaminado en forma favorable. c) La gestante y el o los comitentes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la GS. d) Constate el lazo afectivo previo entre la gestante y el o los comitentes de conformidad con lo previsto en el art. 3. e) Consultado el registro de gestantes previsto en el art. 12 se constate el requisito establecido en el art. 6 inc. d. Se establece la creación de un registro a los fines de controlar el máximo de dos veces que el proyecto habilita a una persona para ser gestante, como un elemento central para la protección real de esta persona en situación de vulnerabilidad.
- f) Se deja en claro que el vínculo filial se crea entre el niño/a que pudiera nacer y el o los comitentes, es decir, que la gestante no es madre desde el punto de vista jurídico con todo lo que ello significa.
- g) Se reafirma el derecho a la información de los niños/as nacidos por este tipo de práctica médica que, además de lo previsto en los arts. 563 y 564 del CCyC, cuando se trata de una GS heteróloga, también se reconoce el derecho a conocer los orígenes gestacionales y el consecuente acceso al expediente judicial.
- h) Se propone modificar la ley 26.862 para que la cobertura médica se extienda a los supuestos de GS.
- i) Se propone modificar el Código Penal a los fines de sancionar cualquier intermediación (realizada a través de una persona física o jurídica) en el proceso de GS.

Como se puede advertir, el proyecto de ley recepta varios de los avances, debates, intercambios y movilizaciones que ha generado el tema desde que el entonces Anteproyecto de reforma del CCyC se animó a colocar sobre el escenario una situación compleja que el derecho no debería silenciar u omitir, so pena de conculcar derechos humanos de todos los integrantes de un proceso de GS.

#### **IV. Colocando en crisis la máxima binaria: reproducción asistida y triple filiación**

Como última temática novedosa o de interés que compromete de manera directa a las TRHA desde el desarrollo teórico y práctico que han generado en el derecho argentino, es dable traer a colación los casos que se han presentado de triple filiación; es decir, la puesta en crisis de una máxima hasta ahora en el campo de la filiación como



lo es el binarismo, o sea, que nadie puede tener más de dos vínculos filiales, como lo expone el CCyC en la última parte de su art. 558.

Ya durante el debate del entonces Anteproyecto de reforma algunas voces criticaban que se siguiera esta postura binaria, tradicional y fundante del derecho filial y por ende, proponían su apertura y la consecuente posibilidad de que un niño/a tuviera tres o más vínculos filiales, como se empezaba a vislumbrar en unos pocos, poquitísimos, ordenamientos jurídicos (algún estado de Estados Unidos como California en donde se generó un debate al respecto, o la Ley de Familia del Estado de Columbia Británica, Canadá, vigente desde 2013, así como cierto reconocimiento jurisprudencial que ha acontecido en Brasil<sup>21</sup>). Estas voces no prosperaron y por eso el CCyC mantiene el principio de doble vínculo filial, con independencia del sexo y género de los progenitores.

Una vez más apelándose a la perspectiva realista, es dable preguntarse qué cabida tendría que el Congreso Nacional pudiera sancionar una ley que tocara una máxima muy arraigada en la cultura social y jurídica en un contexto normativo comparado de cuasi silencio salvo excepciones con culturas muy diferentes en donde la libertad o autonomía prima incluso en la filiación, a diferencia del sistema argentino en el que la autonomía de la voluntad no es plena o sin limitaciones en derecho filial, todo lo contrario.

Por otra parte, no deben perderse de vista las implicancias legales o la complejidad que se derivaría de proyectar una normativa que previera la posibilidad de que un niño/a tuviera tres progenitores, ello debido a la mayor cantidad de lazos filiales y por ende, la extensión de las relaciones parentales a más de dos personas, que hubiera significado reformular todo el régimen en materia de responsabilidad parental. Por ejemplo, ante la intención de un hijo/a de hacer un viaje al exterior y contar con tres progenitores, ¿qué pasaría si uno de ellos se opone al viaje? ¿solo bastaría con que cuente con la conformidad o autorización de dos de los progenitores –por mayoría– o debería contarse con la voluntad y manifestación concreta o expresa por parte de los tres progenitores? Como se puede fácilmente observar, proponer una regulación al respecto no sería tarea sencilla y tampoco estaban dadas las condiciones jurídicas y políticas para avanzar en un campo que aún está muy fértil. Máxime, en el marco de un ordenamiento jurídico que recepta el sistema de control de constitucionalidad difuso, por el cual, cuando se presente un supuesto especial, el juez puede reconocer la triple filiación y para ello, declarar la inconstitucionalidad del art. 558 en su última parte, que limita los vínculos filiales a un máximo de dos. A esta conclusión se llegó en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca en el 2015, en donde uno de los ejes de debate fue, precisamente, la cuestión compleja de la triple filiación<sup>22</sup>.

¿A qué se debe este interés concreto por situaciones que aún siguen siendo excepcionales? Precisamente, la excepción implica que este tipo de planteos acontece, que está en la práctica –aunque sea de manera esporádica– y, de conformidad con el

<sup>21</sup> Para profundizar sobre la cuestión en el derecho comparado ver entre otros De la Torre, 2015; De Lorenzi, 2017; Haim, 2017; Lewis, 2016; y Peralta, 2015.

<sup>22</sup> Cabe recordar que el despacho de mayoría sostuvo: «En los casos de pluriparentalidad es posible declarar la inconstitucionalidad del artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación». Por su parte, el de minoría expresó: «Los casos de pluriparentalidad pueden ser resueltos a partir de una lectura sistémica de todo el código, en particular de los artículos 1 y 2 del Título Preliminar». (Conclusiones de la Comisión Nro. 6 de Familia: «Identidad y filiación», en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2015).



mencionado principio de realidad que obliga a enfrentarnos a una mayor pluralidad de formas de organización familiar, debe darse una respuesta jurídica concreta. ¿En qué sentido o en qué dirección, positiva –a favor de la triple filiación–, o negativa?

Veamos: durante el año 2015 se presentaron dos casos ante el Registro Civil que comprometen planteos de triple filiación en el marco de una relación conformada por dos mujeres en donde quienes aportan el esperma no lo hacen en calidad de «donantes», sino que también quieren ser reconocidos como padres y se comportan o ejercen funciones de tal. Es decir, se trata de niños criados por estos tres adultos. Aquí, los registros civiles intervinientes –el de la Provincia de Buenos Aires primero y después el de la Ciudad de Buenos Aires– hicieron lugar al reconocimiento efectuado por el hombre después de que el niño tuviera ya determinado el vínculo con ambas mujeres-madres, y emitieron una nueva partida, constando el triple vínculo filial<sup>23</sup>.

Tiempo más tarde, ya en el 2016, se presentó otro caso, ya vigente el CCyC, que debió ser judicializado. ¿La razón? Básicamente política: es que cambió el gobierno y los funcionarios del Registro Civil, y con ello la mirada ahora negativa sobre este tipo de conformación familiar que se sale del estándar, tradicional o «normal» para quienes aún creen –de manera simplista y un tanto superficial– que las personas y las relaciones familiares que ellas generan se pueden clasificar en «normales» y «anormales». Se trata de un caso acontecido en Mar del Plata en el que una mujer, junto a su mejor amigo y la pareja de este, deciden los tres tener un hijo/a mediante el aporte de material genético de la mujer y el semen de la pareja de su mejor amigo. Los tres, más allá del aporte de gametos de dos de ellos, exteriorizan su VP en el correspondiente CI de conformidad con las reglas que dispone el CCyC vigente desde agosto del 2015 que, precisamente, regula de manera especial y autónoma las TRHA<sup>24</sup>. Los tres, cada uno por separado, exteriorizaron su deseo de ser progenitor cumpliéndose con todos los requisitos que establece el CCyC en los arts. 560 a 562. Nace la niña y se presentan al Registro Civil marplatense los tres consentimientos informados. ¿Sobre la base de qué variable el Registro Civil puede escoger dos de los tres CI para cumplir con el principio binario que rige en materia filial? Ante la oposición de inscribir a la niña bajo una triple filiación por parte del Registro Civil local como así también el central con sede en La Plata –contrariamente a lo que se había decidido en la gestión anterior–, se acudió a la justicia porque el Registro procedió a determinar la filiación a favor de quien la gestó y también tuvo la voluntad de ser madre para que la niña pudiera ser inscripta, tener un documento de identidad y cobertura de salud, y, a la par, se inició una acción innominada para el reconocimiento de la filiación a favor de los dos hombres en el carácter de co-padres.

En fecha 24/11/2017, el Juzgado de Familia nro. 2 de Mar del Plata, hizo lugar a la demanda para lo cual decretó la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del mencionado art. 558 último párrafo del CCyC «en cuanto no reconoce la voluntad procreacional mediante el consentimiento informado de más de dos personas; ordenando inscribir la filiación de A como hija de M. F., J. C. y C. S»; es decir, se dispuso «Emplazar a los Sres. J. C. y C. S., como padres de A» y «Autorizar a A. a sumar los apellidos de sus padres por lo que a partir de la presente deberá ser anotada ante el

<sup>23</sup> Para profundizar sobre estos casos se recomienda compulsar Gil Domínguez, 2016; Lorenzi, Mariana, 2017; y Herrera y Fernández, 2018.

<sup>24</sup> El art. 558 del CCyC en su última parte establece: «Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación».

Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas como A. C. C. S.». En este aspecto, es decir, en lo relativo al apellido de los hijos/as, cabe señalar que en el régimen argentino se puede agregar hasta un máximo de dos apellidos, por lo cual aquí la jueza debería haber decretado también la inconstitucionalidad de la norma que dispone esta limitación, teniéndose en cuenta que Argentina recepta un sistema de constitucionalidad-convencionalidad difuso y, por tanto, se decide ante el pedido individual o en cada caso, y también vale o es operativo solo para ese caso más allá del efecto multiplicador o la doctrina judicial que se vaya consolidando al respecto. Por último, es dable destacar que en la sentencia se impone «a los progenitores, a partir del momento en que su hija adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional» (Juzgado de Familia nro. 2 de Mar del Plata, 2017).

El caso sintetizado no es el primer caso judicial en el que se hizo lugar a la triple filiación, sino que el primero fue uno que involucró la figura de la adopción de integración. Por la rareza o novedad del fallo se pasa a sintetizar la cuestión fáctica y jurídica comprometida.

Se trata del fallo emanado del Juzgado de Familia nro. 4 de La Plata en fecha 20/02/2017 en la que se admite la triple filiación de una niña de 11 años. Como se dijo, a diferencia de los restantes supuestos, no se trata de parejas del mismo sexo ni tampoco de técnicas de reproducción asistida o casera, sino que involucra un caso de adopción de integración en la que todos los protagonistas de esta historia (marido de la madre y pretense adoptante, los progenitores y la propia niña), solicitan que dicha adopción mantenga intacto el vínculo filial con el progenitor no conviviente, es decir, que la adopción de integración simple no traslade el ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente al adoptante, sino que ambos, conjuntamente con la madre, ejerzan todos los actos que se derivan de la responsabilidad parental. Para ello, en el escrito de inicio de la petición de adopción se deja en claro que «No se pretende extinguir, sustituir o restringir vínculos, sino todo lo contrario, ampliarlos mediante la integración de un tercero que no fue primigeniamente parte de la familia». Tanto la fiscalía como la asesoría de menores prestaron conformidad sin advertir el planteo de triple filiación que encerraba el caso, al igual que la jueza interviniente, que en la fecha mencionada hizo lugar a la adopción de integración «Creando entre estos el vínculo de filiación adoptiva de integración simple, con todos los efectos previstos por la ley respecto de dicha adopción», es decir, desoyéndose lo que todos los integrantes de la familia estaban solicitando. Ante este panorama, tanto el pretense adoptante como el progenitor no conviviente presentan escritos solicitando se aclaren los términos o efectos de la adopción y es ahí cuando, tanto la jueza como la asesora de menores, advierten del pedido de reconocimiento de triple filiación. Ante esta circunstancia, la asesora de menores apela –en abierta contradicción a la conformidad que había prestado durante todo el proceso, es decir, en contra de la conocida teoría de los actos propios– y por pedido de la fiscal de que tenga una audiencia con la niña y conozca en profundidad su situación afectiva-familiar, modifica su opinión y desiste del recurso de apelación. En este contexto, la jueza en auto ampliatorio de fecha 06/03/2017 dispone que

En virtud de lo peticionado, librese oficio al Registro Civil para que proceda a inmovilizar el acta de nacimiento original de la niña... y se proceda a confeccionar una nueva inscripción de nacimiento con los recaudos... debiendo surgir inequívocamente del cuerpo del acto su triple filiación (Juzgado de Familia nro. 4 de La Plata, 2017).

En definitiva, en esta primera etapa incipiente en donde se coloca en tela de juicio una máxima que hasta hace poco tiempo se consideraba que era inalterable como lo es el binarismo filial, las TRHA han tenido un lugar de relevancia. Ello está en consonancia con la habilidad, en definitiva, que presentan las TRHA de incidir de manera profunda y compleja en el campo filial abriendo nuevos y complejos interrogantes como todos los que se derivan del reconocimiento de familias en plural que se salen de las reglas de juego tradicionales.

La experiencia argentina es un claro exponente de ello; da cuenta de cómo la revolución reproductiva viene de la mano, de manera inexorable, de una revolución en el derecho filial con todo lo que ello significa, a tal punto de colocar en crisis – como sinónimo de cambio y en buena hora– una noción que siempre ha estado en la escena social como lo es la familia. El pasaje del singular al plural constituye un movimiento rupturista que debe ser analizado en profundidad, pretendiendo ser el presente ensayo un grano de arena en este largo y sinuoso sendero.

## V. Bibliografía

- Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, (2012). Disponible en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>>. [Consultado el 12/06/2018].
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, (2010). «B., M. A. c. F. C., C. R.», 14/04/2010. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/75333/2010.
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Sala I, (2017). «Defensor Del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Otros C/ GCBA y Otros S/ Amparo –Otros», 10/08/2017. *Revista Microjuris*, Cita Online: MJ-JU-M-106551-AR | MJJ106551.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J (2011). «P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias», 13/09/2011. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/50081/2011.
- Cámara Nacional en lo Civil, Sala K (2017). «D. P., R. V. c/ F., A. E. s/ medidas precautorias», 01/09/2017. Inédito.
- Código Civil de la Nación (2015). Disponible en <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. [Consultado el 12/06/2018].
- Conclusiones de la Comisión Nro. 6 de Familia: «Identidad y filiación», XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015). Disponible en: <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>>. [Consultado el 14/12/2017].
- Corte IDH (2012). «Artavia Murillo y otros («Fecundación In Vitro») Vs. Costa Rica. Supervisión De Cumplimiento De Sentencia», 26/02/2016. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia\\_26\\_02\\_16.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf). [Consultado el 14/12/2017].
- Corte IDH (2016). «Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica», 28/11/2012. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf). [Consultado el 05/12/2017].
- De la Torre, Natalia (2015). «Pluriparentalidad: ¿por qué no más de dos vínculos filiales?». *Revista de Derecho de Familia*, VI Cita Online: AP/DOC/1075/2015.
- De Lorenzi, Mariana (2017). «La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad». *Revista de Derecho de Familia*, Cita Online: AP/DOC/251/2017.
- Decreto Reglamentario 953, (2013). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217628/norma.htm>. [Consultado el 12/06/2018].

- Famá, María Victoria (2015). «La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar». *Revista de Derecho de Familia y Persona*, Cita Online AR/DOC/3996/2015.
- Fortuna, Sebastián (2012). «Comentarios a la normativa sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código civil y Comercial de la nación». *Revista de Derecho de Familia*, Cita Online: AP/DOC/4232/2012.
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, (2012). Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. [Consultado el 12/06/2018].
- Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012). Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. [Compulsado el 14/11/2017]
- Gil Domínguez, Andrés (2015). «La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano». *Revista de Derecho de Familia y Persona*, Cita online AR/DOC/4217/2015.
- Gil Domínguez, Andrés (2016). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Buenos Aires: Ediar.
- González Magaña, Ignacio (2014). «La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule». *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Cita Online: AR/DOC/3853/2014.
- Haim, Abraham (2017). «A Family Is What You Make It? Legal Recognition and Regulation of Multiple Parents». *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 25, 405-444.
- Herrera, Marisa (2017). «Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá». *Revista Indret. Análisis para el Derecho. Derecho de la Persona y Familia*, 1. Disponible en <<http://www.indret.com/pdf/1280.pdf>> [Compulsado el 14/11/2017].
- Herrera, Marisa y Fernández, Silvia (2018). «Uno más uno, tres. La adopción como causa fuente de la pluriparentalidad». *Revista de Derecho de Familia*, 83 Cita Online: AP/DOC/83/2018.
- Jáuregui, Rodolfo (2016). «La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible». *Revista La Ley Litoral* 2016, Cita Online: AR/DOC/2296/2016.
- Juzgado de Familia de Gualeguay, (2013). «B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario», 19/11/2013. *Revista Microjuris*, Cita Online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.
- Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba, (2017). «R., L. S. y Otros - Solicita Homologación», 22/11/2017. Disponible en <http://boletindigital.justiciacordoba.gov.ar/?p=1821>. [Compulsado el 14/11/2017].
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, (2015). «C.M. E. Y J. R. M. POR INSCRIP. NACIMIENTO», 15/12/2015. Disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/facial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>. [Compulsada el 14/12/2017].
- Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, (2017). «M.M.C y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas», 06/09/2017. Inédito.
- Juzgado de Familia N° 5 de Viedma, (2017). «RESERVADOS/ AUTORIZACION JUDICIAL (f)», 7/07/2017. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/39473/2017.
- Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos De Bariloche, (2015). «Dato Reservado. Expte. Nro. 10178 14.» 29/12/2015. *Revista Infojus*, Cita Online: NV13851. Disponible en <http://>

- [www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrión-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpssedadevon](http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrión-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpssedadevon). [Compulsada el 14/12/2017].
- Juzgado de Familia N°3 de General San Martín, (2016). «M., I. M. y otro s/autorización judicial», 22/08/2016. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/70743/2016.
- Juzgado de Familia N° 12 de Lomas de Zamora, (2016). «G. M., C y otro c/ W. B., A. V s/ rectificación de partida», 03/10/2016. Inédito.
- Juzgado de Familia nro. 2 de Mar del Plata, (2017). «C. M. F. y otros s/ materia a categorizar», 24/11/2017. *Revista de Derecho de Familia*, Cita Online: AR/JUR/103023/2017.
- Juzgado de Familia Nro. 4, La Plata (2017). «B.A.J.M. s/adopción acciones vinculadas», 20/02/2017. Inédito.
- Juzgado Familia N° 7, Lomas de Zamora, (2016). «B. J. D. y otros s/materia a categorizar», 30/11/2016. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/85614/2016.
- Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, (2015). «H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS (art.232 del CPCC)», 30/12/2015. *Revista Microjuris*, Cita Online: MJ-JU-M-97208-AR.
- Juzgado Nacional Civil Nro. 7, (2016). «A. R., C y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación», 23/05/2016. Disponible en [https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiShJH-7orYAhWITZAKHWMtBSgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.colectivoderechofamilia.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F11%2FPoder-Judicial-de-la-Naci%25C3%25B3n-JUZGADO-CIVIL-7\\_Gestaci%25C3%25B3n-por-sustituci%25C3%25B2n.docx&usg=AOvVaw16duE13bew\\_76y1WWvbRZJ](https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiShJH-7orYAhWITZAKHWMtBSgQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.colectivoderechofamilia.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F11%2FPoder-Judicial-de-la-Naci%25C3%25B3n-JUZGADO-CIVIL-7_Gestaci%25C3%25B3n-por-sustituci%25C3%25B2n.docx&usg=AOvVaw16duE13bew_76y1WWvbRZJ). [Compulsado 14/11/2017].
- Juzgado Nacional en lo Civil N° 4, (2017). «S. T., V. s/inscripción de nacimiento», 20/10/2017. Inédito.
- Juzgado Nacional en lo Civil N° 8, (2016). «B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación», 20/09/2016. Disponible en <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>. [Compulsado el 14/11/2017].
- Juzgado Nacional en lo Civil N° 81, (2017). «S., I. N. y otro c/A., C. L. s/Impugnación de Filiación», 14/06/2017. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/37036/2017.
- Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno, (2016). «S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/materia a categorizar», 4/07/2016. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/42506/2016.
- Kemelmajer De Carlucci, Aida; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora (2011). «La obligación de ser padre impuesta por un tribunal». *Revista la Ley*, Cita Online: AR/DOC/3389/2011.
- Krasnow, Adriana (2016). «Los principios de pluralidad, autonomía y solidaridad familiar en la filiación», en A. Krasnow y M. Iglesias (Dirs.). *Derecho de las Familias*, 69-84.
- Lamm, Eleonora (2013). *Gestión por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.
- Lamm, Eleonora (2016). «Gestión por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia». *Revista La Ley*, Cita Online: AR/DOC/4185/2015.
- Lewis, Myrisha (2016). «Biology, genetics, nurture, and the law: the expansion of the legal definition of family to include three or more parents». *Nev. L.J.*, 743-773.
- Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (2013). Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>. [Consultado el 12/06/2018].
- OMS, (2009). «Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)». Disponible en [http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art\\_terminology2/es/](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/). [Compulsado el 14/12/2017].



- Peralta, María Luisa (2015). «Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad». *Revista de Derecho de Familia*, Cita Online: AP/DOC/57/2015.
- Proyecto de Ley de Gestación por Sustitución, Expediente Diputados: 3765-D-2017, (2017). Disponible en <<https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>>. [Consultado el 12/06/2018].
- Proyecto de Ley de Incorporación de la Gestación por Sustitución, Expediente Diputados: 0084-D-2018, (2018). Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>. [Consultado el 12/06/2018].
- Proyecto de Ley de Modificación al Código Civil y Comercial, Expediente Diputados: 3202-D-2017, (2017). Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>. [Consultado el 12/06/2018].
- Proyecto de Ley de Regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Médicamente Asistida, Expediente Diputados: 5141-D-2017, (2017). Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>. [Consultado el 12/06/2018].
- Proyecto de Ley de Regulación de la técnica de gestación solidaria, Expediente Diputados: 0630-D-2018, (2018). Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html>. [Consultado el 12/06/2018].
- Proyecto de Ley integral de técnicas de reproducción humana asistida Expediente Diputados: 0091-D-2017, (2017). Disponible en <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=0091-D-2017&tipo=LEY>. [Consultado el 12/06/2018].
- Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (2017). Disponible en [https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck\\_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf](https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf). [Compulsado 14/11/2017].
- Rodríguez Iturburu, Mariana; Salituri Amezcu, Martina y Vázquez Acatto, Mariana (2017). «La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado». *Revista IUS*, 39. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-1472017000100005&script=sci\\_abstract](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-1472017000100005&script=sci_abstract). [Consultado el 14/12/2017].
- Scardino, Marisa (2018). «Anexo I», en M. Herrera (Dir.). *Técnicas de reproducción humana asistida*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 529-583.
- Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, (2016). «S G G. y OTROS S/ FILIACION», 27/05/2016. *Revista La Ley*, Cita Online: AR/JUR/37971/2016.
- Zabaleta, Daniela (2016). «Fallos «contra legem»: La gestación por sustitución como causal para impugnar la maternidad y rectificar la partida de nacimiento». *Revista Microjuris Online MJ-DOC-10333-AR | MJD10333*.