

Audiencia Pública por el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial Argentino.

Ponente: Gastón Mario Marcelo Argeri

D.N.I. N° 30.001.191

gaston_argeri99@hotmail.com

Un Nuevo Código, con Derechos nuevos y aggiornados.

Las técnicas de reproducción humana asistida como una tercer Fuente Filial.

Gastón M. M. Argeri¹

Introducción.

Durante más de treinta años fueron reiterados los intentos de reformar nuestro Código Civil, los cuales se vieron fallidos y frustrados, debiéndonos preguntar, para no repetir los mismos desaciertos, por qué habrán fracasado.

Siempre fue una idea, y varios intentos quedaron en el camino al priorizarse personalismos, ideas de unos pocos y ciertas vanidades, sin una convocatoria plural como significa formar equipos de trabajos integrados por más de 100 profesionales de las ciencias jurídicas y también de otras disciplinas como lo hace esta nueva reforma que aquí nos convoca.

Desde el inicio, la comisión redactora integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, dejaron entrever cual sería su forma y modo de trabajo en cuanto a la redacción del actual Proyecto de Reforma, logrando un intercambio doctrinal y jurisprudencial exitoso, lo cual otorgó una amplia visión en todos los Libros, Titulo y Capítulos del Proyecto presentado al Poder Ejecutivo, el 27 de marzo del 2012².

¹ Abogado, Universidad Nacional de Mar del Plata. Miembro Titular de la Mesa Directiva - Comisión de Jóvenes Abogados de COLPROBA, 2011-2013.

² Proyecto presentado por la Comisión de reforma integral del Código Civil conformada tras el Decreto presidencial 191/2011 del 23 de febrero de 2011 y presentado al público el 27 de marzo de 2012 en el salón del bicentenario de la Casa Rosada.

Estar exponiendo como joven abogado de la práctica interesado por los cambios que propone el proyecto de reforma hace a una diferencia sustancial. He aquí una primera respuesta al por qué fracasaron los anteriores intentos de reforma.

Hoy nos convoca una reforma que proyecta regular realidades hasta ahora silenciadas por el derecho, por un innegable vacío legal.

¿Para quiénes se regula?

Desde un primer momento, se observa el respeto por los Derechos Humanos, en todo su esplendor, como así también el garantizar la Libertad, Igualdad y Solidaridad para todas las personas que se encuentran incluidas en este Nuevo Código.

Partiendo de una premisa básica: que nos encontramos en una sociedad pluralista, donde todos, y literalmente hablando todos, nos hallamos inmersos en el Proyecto de éste nuevo Código.

Todas las personas somos diferentes, muchas veces podemos decidir vivir de maneras similares o no, de conformar familias similares o no, no existiendo hoy en día un estereotipo de familia “tipo”, al cual todos debemos acudir, por el contrario, la realidad nos muestra que hay diversos modos de vivir en familia y todas deben ser receptadas por el derecho.

El Proyecto toma distancia de la mirada uniforme y normativa de la familia, dando paso a un derecho de las familias en plural. Este alejamiento posee en primer lugar, raíces constitucionales, encontrándose simultáneamente acogido en otros cimientos, siendo uno de ellos el principio de realidad, principio que acompaña a todo el Proyecto de Reforma, con la finalidad de regular las cuestiones que se vivencian en la actualidad.

Acá es donde podemos observar, que la forma de redactar éste Nuevo Código es óptima y acorde para nuestra sociedad actual, haciéndose hincapié en las necesidades de cada sector social, regulando situaciones que hasta el momento quedaban a la deriva, por no contar con regulación alguna.

Lo difícil, hoy y siempre, es dejar satisfechos y conformes a todos. Lo que sí hay que reconocerle a éste Proyecto de Reforma, es que procura que todos los derechos de las personas del territorio de la República Argentina, se encuentren debidamente

garantizados, sin evaluar y sujetarlos a condiciones sociales, religiosas, sexuales o económicas, entre otras, pudiéndose observar claramente, la aplicación de los Derechos Humanos y Tratados Internacionales en materia Civil y Comercial, tanto en el campo de la protección de las personas como en el campo de las relaciones económicas.

¿Por qué regular las Técnicas de Reproducción Humana Asistida?

Es claro y sabido que en nuestro país se llevan adelante ciertas “cosas” a espaldas de todo el sistema de normas, consecuencia de la no estipulación a nivel jurídico de estos avances de gran magnitud que atraviesa nuestra sociedad. Es por esto mismo que afirmo que es mucho mejor tener normas de alcance general que intentan cubrir las necesidades de todos los sectores sociales y no de individuos particulares, en vez de quedarnos con normas incompletas o vacíos legales que no puedan cubrir ninguno de los avances sociales alcanzados, llevando a actuar en las sombras del Derecho, y es aquí donde la Reforma aparecería como un remedio inmediato y eficaz frente a estas situaciones.

En todo momento uno podría pensar si lo mejor en determinadas cuestiones sería regular – *permitir o prohibir* -, o *silenciar*, en ésta redacción de Reforma al Código Civil, se regulan (permiten) y se asume el compromiso con aquellas cuestiones referidas a las **Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, (en adelante TRHA).

“De esta forma, el anteproyecto refleja un cambio sustancial y conceptual en el modo de entender el derecho de familia y la consecuente tensión entre orden público y autonomía de la voluntad que siempre lo ha caracterizado. De manera genérica, podríamos afirmar que en todo el articulado se vislumbra una victoria del principio emanado de nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional por sobre el concepto de orden público, muchas veces de contenido difuso”³.

Bien debe considerar que “(...) cuando Veléz Sarsfield redactó el Código Civil jamás podría haberse imaginado cómo la biotecnología colocaría a varias

³ NATALIA DE LA TORRE. “Retos de las técnicas de Reproducción Humana Asistida: Gestación por sustitución”. Jornadas sobre Persona y Familia en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil de la Nación. UBA. 2012.

disciplinas del saber en disyuntivas tan complejas y difíciles como aquellas que traen consigo la posibilidad de que un niño nazca con la ayuda (...) de la técnica médica⁴.

Las **TRHA** surgen con el principal objetivo de conseguir un embarazo, conteniendo la idea de poder conformar una familia, pudiendo desarrollar el rol de o los progenitor/es en todo su esplendor, teniendo como médula central la Voluntad Procreacional, art. 561: *Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.*

Esta importancia del elemento volitivo en la filiación derivada de las TRA ha llevado a que muchas legislaciones, incluida la española, lo regulen como el determinante de ésta⁵.

El avance de la ciencia y las nuevas tecnologías permiten que continuamente estén aumentando el número de técnicas de reproducción asistida y al mismo tiempo se mejoren los protocolos y los métodos de las ya existentes.

Sin dudas, a lo largo de la historia, social y cultural, el régimen filial guardo armonía con la evolución de la familia, es por ello que ante el avance de la ciencia y de la biotecnología, mas el aumento del uso de las TRHA, la sanción del matrimonio igualitario⁶ y la constante evolución y transformación en las familias y la sociedad, hacen necesario de forma urgente, reformular las normas vigentes que rigen el derecho filial, a efectos de adecuar y armonizar el derecho a la realidad social, en el marco de un régimen jurídico que recepte los principios de igualdad - no discriminación, la infertilidad como afectación al derecho a la salud, el derecho a la autonomía personal, el derecho a la vida familiar y a gozar del desarrollo de la tecnología, es decir, en consonancia con los derechos humanos.

⁴ MARISA HERRERA. "TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DERECHO DE FAMILIA HOY", Ed. Eudeba. Argentina, 2012. Pág. 449.

⁵ Eleonora Lamm. "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida". Revista de Bioética y Derecho. núm. 24, enero 2012, Pág. 82.

⁶ Ley 26.618. Matrimonio Civil. Código Civil. Modificación. B.O. 22/07/10 Sancionada: Julio 15 de 2010 y Promulgada: Julio 21 de 2010.

Con el matrimonio igualitario claramente en el artículo 42, tercer párrafo, se deja expuesto que *"Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como el formado por dos (2) personas de distinto sexo"*.

En este orden, coincido con el pensamiento expuesto por las Dras. Aída Kemelmajer y Marisa Herrera cuando dicen que: "Una vez más, reiteramos la inexcusable regulación de la procreación asistida. Si bien es cierto que esta problemática excede con creces el tema del acceso a la filiación por parejas del mismo sexo, reconocer el derecho a casarse con independencia de la orientación sexual de sus contrayentes coloca sobre el escenario -entre otras tantas cuestiones- las graves consecuencias que se derivan de la carencia de una normativa integral que brinde soluciones jurídicas precisas en el uso cada vez más frecuente de las técnicas de procreación asistida"⁷.

En igual sentido las autoras señalan que la regulación de la procreación asistida no puede esperar, y que los cambios que se introducen en el régimen de matrimonio civil ponen en evidencia esta carencia normativa.

Las TRHA, sacan a la luz una innumerable cantidad de conflictos entre derechos, conflictos que en el Proyecto de Reforma no se encuentran, por hallarse estos derechos bien determinados, clarificados y regulados con su debida protección, y mas aún se precisarán con la ley especial de las TRHA a sancionarse; por ejemplo la tensión entre el derecho a conocer los orígenes y el anonimato en las donaciones de material genético, el supuesto peligro que genera la posibilidad de acceder a las técnicas a una edad avanzada y su impacto en el "interés superior del niño", los conflictos vinculados con la voluntad procreacional, el consentimiento y sus modificaciones a lo largo del tratamiento, sólo por nombrar algunas de las cuestiones sociales que nacen a raíz del avance de la biotecnología y el perfeccionamiento de estas técnicas. Siendo lógicos dichos planteos y debates, por ser una regulación normativa novedosa, pero la confusión y la ignorancia en la materia, no debe ser impedimento para poder ver claramente la realidad social actual, claridad que debemos tener para no poner en riesgo derechos

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Herrera, Marisa, "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", en LL del 4/6/2010.

fundamentales ya existentes, garantizados por nuestro Estado y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

No debería resultarnos novedosa la necesidad de una regulación integral y especial de las TRHA, sino todo lo contrario, por conocer la gran cantidad de prácticas médicas que se realizan hoy en día en nuestro país y en el extranjero en cuanto a las TRHA, menos aun, desde el momento que se sancionan leyes provinciales de cobertura médica, donde se incluyen algunos de los tratamientos de reproducción humana asistida, como lo es en las Provincias de Buenos Aires⁸, Río Negro⁹, Santa Cruz, La Pampa¹⁰ y Córdoba¹¹.

Simultáneamente, siendo un país que cuenta con matrimonio igualitario desde el año 2010, es de tenerse mas que claro que las TRHA son necesarias para las conformación de una familia en parejas de personas del mismos sexo, pudiendo llegar a rondar una brisa de discriminación, ante la negativa de que éstas últimas no puedan cumplir su deseo de formar una familia, derecho fundamental de nuestra sociedad.

En palabras de Andrés Gil Domínguez *“todas las personas tienen derecho concebir un hijo/a conforme a la situación que su orientación sexual determine, de lo contrario el avance progresivo y pro homine de la ley de matrimonio igualitario se vería burlado por la imposición de posturas que fueran superadas argumentalmente en el debate de la ley. La única forma que tiene una pareja gay de concebir un hijo/a es mediante la maternidad subrogada como genuina forma de expresión de la voluntad procreacional y del amor filial”*¹².

Esto hace que el Estado, deba considerar las situaciones fácticas y jurídicas entorno a las TRHA, y el rol que le cabe al mismo en éstas cuestiones, a los fines de

⁸ Ley Provincial Nº 14.208, sancionada el 02/12/2010, reglamentada mediante el Decreto 2980/10 del 20/12/2010, modificada por el Decreto 264/2011.

⁹ Ley Provincial Nº 4557 “Salud Pública. Derechos sexuales y reproductivos. Derecho a la descendencia. Reconocimiento” Aprobada en 1ª Vuelta: 03/06/2010 -, Sancionada: 25/06/2010 Promulgada: 23/07/2010 - Decreto: 538/2010 Boletín Oficial: 09/08/2010 - número: 4853

¹⁰ **Ley Nº 2342 – “Derecho de los Pacientes a la Preservación de sus Gametos. Régimen”** sanc. 21/06/2007; promul. 12/07/2007; publ. 20/07/2007.

¹¹ Ley Nº 9695 “Seguro de Salud – Obras Sociales. Administración Provincial del Seguro de Salud. Organización. Funciones. Beneficiarios. Cobertura. Modificación” sanc. 04/11/2009; promul. 19/11/2009; publ. 27/11/2009.

¹² Andrés Gil Domínguez, “Comaternidad y Copaternidad Igualitaria”, la ley online.

poder brindar una seguridad jurídica, social, emocional, a todas las personas que deban valerse de éstas técnicas para formar una familia.

En la actualidad, las TRHA¹³, modifican el vigente esquema de filiación, permitiendo ser progenitores, tanto a parejas matrimoniales, como convivenciales, no sólo a quienes sufren algún problema de esterilidad, sino también a parejas del mismo sexo, que, salvo en los casos de adopción (y en los países en los que ella está permitida), no tendrían acceso a la paternidad/maternidad, de no ser por estos avances. Incluso también estos tratamientos, hoy posibilitan a personas solas, como así también a mujeres en edades muy avanzadas¹⁴, atento los grandes progresos médicos que así lo consienten, abriendo las puertas a una planificación positiva de la reproducción, que hará posible en un futuro próximo evitar las enfermedades congénitas, decidir el momento en el que se quiere tener hijos, etc.

Es por ello que ante los avances en esta materia tanto la maternidad como la paternidad dejan de considerarse como una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico; sino que se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva¹⁵.

Así, los conceptos “clásicos” de filiación, parecen haberse tornado insuficientes para definirla, ya que no logran abarcar todos los supuestos que se pueden presentar. En el derecho comparado, la doctrina, utiliza los siguientes términos¹⁶.

-Filiación por naturaleza.

-Filiaciones civiles, que incluyen la filiación adoptiva y la derivada de las técnicas de reproducción asistida con intervención de terceros.

Va de suyo, que en la procreación por naturaleza, los 2 elementos existentes en las relaciones de filiación – el volitivo y el genético – en general, coinciden, en una misma persona.

¹³ Se entiende por TRHA a los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción.

¹⁴ El primer caso se presentó en el año 1994, cuando la italiana Rosanna Della Corte dió a luz a los 63 años gracias a la implantación de un óvulo procedente de donante anónima.

¹⁵ LLEDÓ YAGÜE, F. “El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en “Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana”, Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 325

¹⁶ PÉREZ MONGE, M. “La filiación derivada... Op.Cit. Pág. 51. RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “Comentario del Código Civil”, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH, t. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991. Pág. 428.

Empero, cuando se recurre a la procreación mediante TRHA, puede que esto no suceda así y que los 2 elementos no se reúnan en una misma persona.

En este sentido, la fecundación in Vitro y la inseminación artificial humana provocan la disociación del elemento genético y del elemento biológico en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilita que el nuevo ser esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores que a la sazón no resultan ser sus padres formales (aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función)¹⁷.

En el campo jurídico estas técnicas sitúan al derecho de familia ante un nuevo umbral, fundamentalmente en el derecho de filiación, ya que aumenta la importancia de los principios de voluntad y responsabilidad, disminuyendo así, el valor de la realidad biológica.¹⁸

En palabras de Diez Picazo, “se está imponiendo para la filiación un sentimiento cultural que desplaza el sentido biológico”¹⁹.

Por su parte, la Dra. Eleonora Lamm manifiesta: “Mientras que en la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico, es lo que la habilita; en la filiación derivada de las TRA no es la falta de vínculo biológico - que en realidad es genético - lo que habilita la impugnación, sino la falta del elemento volitivo. El régimen de impugnación se funda en el elemento volitivo lo que significa que, independientemente del vínculo biológico y/o genético, el que consintió no puede impugnar, o sólo puede impugnar quien no consintió.

Esta distinción es importante porque cuando las TRA son heterólogas siempre falta el vínculo genético, por lo que, ante las posibles impugnaciones que podrían plantearse por la falta del elemento genético, tiene que quedar claro y establecido legalmente que si se consintió no se puede impugnar.

La filiación se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado y ese consentimiento dado blinda la posibilidad de impugnar”²⁰.

En otras palabras, las TRHA llevaron a revisar la preeminencia de la verdad

¹⁷ LLEDÓ YAGÜE, F. “Fecundación artificial y derecho”. ED. Tecnos Madrid, 1988.

¹⁸ FÁBREGA RUIZ, C. F. “Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”. Editorial Comares. Granada, 1999. Pág. 84.

¹⁹ Palabras expresadas en el GRUPO DE TRABAJO DE LA DIRECCION DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. Centro de publicaciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1986.

²⁰ Eleonora Lamm. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. Revista de Bioética y Derecho. núm. 24, enero 2012, Pág. 87/88.

biológica y/o genética y encontraron en el consentimiento previo, informado y libre su fundamental punto de apoyo.

Este Consentimiento es un reflejo de la libertad reproductiva, entendida esta como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad, por lo que en este ámbito, el consentimiento debe ser pasible de revocación mientras no se haya producido la implantación del embrión en la mujer (art. 560).

Para Robertson²¹ la libertad reproductiva consiste en la libertad de decidir tener hijos o no tenerlos. El hecho de tener hijos, dice este autor, supone un esfuerzo físico considerable para la mujer, y constituye además una carga social, emocional y económica muy importante sobre la pareja. Está, por ello, extendida la idea de que no se puede obligar a nadie a sobrellevar esas cargas a menos que hayan sido voluntariamente asumidas.

Tan importante es el consentimiento previo, informado y libre, que se exige que contenga los requisitos de las disposiciones especiales de éste Código, como así también su posterior protocolización, a fin de materializar correcta y eficientemente la voluntad procreacional que las partes intervinientes en la utilización de las THA poseen.

Conclusión:

Siendo un país en el cual se reguló el matrimonio igualitario, la posibilidad de casarse para cualquier persona sin importar su orientación sexual, bajo la Ley N° 26.618²², conjuntamente con la idea de solidaridad que une a parejas y/o personas solas estériles, no podemos ser negadores de una situación presente en la realidad social que espera respuestas desde el derecho.

Todos poseemos la libertad de elegir como vivir y como relacionarnos, todos somos iguales ante la posibilidad de formar una familia, ¿por qué buscar impedir que haya personas que no puedan realizarlo?

La Libertad, Igualdad y Solidaridad, son a su vez principios fundamentales de este Proyecto de Reforma, los cuales enmarcan y encajan en una “sociedad multicultural”, siendo una cuestión de todos y no de unos pocos.

²¹ ROBERTSON A. Children of choice: Freedom and the New Reproductive Technologies. Princeton. New Jersey. Princeton University Press. 1994. Citado por ALKORTA IDIAKEZ, I. Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado. Thomson Aranzadi. Navarra. 2003. Pág. 70

²² Ley 26.618. Matrimonio Civil. Código Civil. Modificación. B.O. 22/07/10 Sancionada: Julio 15 de 2010 y Promulgada: Julio 21 de 2010.

Bien se lee en el Proyecto, en cuanto a la regulación normativa de las TRHA, el sustento y basamentos en los principios del interés superior del niño²³ y de la voluntad procreacional a efectos de garantizar y resguardar el derecho a la identidad del niño en sentido amplio (confr. Art 7 y 8 de la CDN y arts. 11 y conc. De la ley 26061) y su derecho a crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, conforme así lo dispone el Preámbulo de la referida Convención.

Por lo tanto, sería necesario entender que los derechos que incumben a las personas que podamos tener al lado nuestro, son iguales de importantes que los de uno, con una visión vanguardista, “reseteándonos”, deberíamos poder ser capaces de respetarlos, comprendiendo que nuestra sociedad avanza, desde lo cultural, educacional, científico, social, y a su vez desde la regulación legal, no debiendo descuidar ésta última, la cual debe acompañar la situación actual de ésta sociedad.

²³ Art 3 de la Convención de los Derechos del Niño y art 3° de la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes