

RICARDO LUIS LORENZETTI

Director general

**CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL
EXPLICADO**

DOCTRINA – JURISPRUDENCIA

DERECHO DE FAMILIA

Tomo I

Artículos 401 a 593

MARISA HERRERA

Directora



**RUBINZAL - CULZONI
EDITORES**

TÍTULO V

FILIACIÓN

CAPÍTULO 1¹

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 558 *Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos.* La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

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

I) Concordancias

Principio de comienzo de la existencia de la persona humana (art. 19); principios de libertad e igualdad (art. 402); acciones de filiación (arts. 578 y ss.); normas de adopción (arts. 598 y ss.). Ley 26.862 de Acceso Integral a Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su decreto reglamentario 956/2013. Ley 26.413 de Registro Civil y Capacidad de las Personas.

II) Interpretación de la norma

II.1) Consideraciones generales

El Código Civil de Vélez sólo regulaba la filiación biológica. En el año 1997 –luego de que en el año 1948 al sancionarse la ley 13.252 se reconociera la filiación adoptiva–, con la ley 24.779 se introduce materialmente la adopción en el propio Código Civil. El CCyC vino a dar un

¹ Arts. 558 a 564, por ELEONORA LAMM. Doctora en Bioética (Universidad de Barcelona). Subdirectora de Derechos Humanos de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza.

paso necesario y fundamental, cual es incorporar un tercer tipo de filiación, la derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), que por regla y como no podía ser de otra manera, produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza y que la adopción plena, conforme el principio de igualdad y no discriminación.

II.2) La necesidad de regular las TRHA como tipo filial autónomo

Las TRHA involucran situaciones en las que no necesariamente se aporta material genético, lo que devino en la necesidad de determinar la filiación por un elemento diferente de la biología y de la socioafectividad de la adopción; de allí surge la voluntad procreacional como columna vertebral del sistema que adopta el CCyC y la regulación de la filiación como un tipo propio. Como se ha dicho en numerosas oportunidades, las TRHA, al no derivar de un acto sexual sino médico, importan la disociación del elemento genético, el biológico y el volitivo en distintas personas, pasando a ser este último el fundamental y determinante.

Sucede que las especificidades que implican el uso de las TRHA hacen que requiera un régimen jurídico autónomo. La determinación de la filiación por la voluntad procreacional también genera diferencias en cuanto al régimen de impugnación, pudiendo impugnarse sólo si ésta no existió, en los términos exigidos por el CCyC, con prescindencia de si hubo o no aporte genético. Pero además este tipo filial también habilita situaciones que no se presentan en las otras dos filiaciones, tales como la postergación de la maternidad o paternidad, la posibilidad de que cambien las circunstancias entre el inicio y concreción del tratamiento, la críoconservación de embriones, la posibilidad de revocar el consentimiento aun después de generados los embriones, entre otras, a lo que se suma el principio de realidad, atento al gran número de parejas y personas que acuden desde hace décadas a las TRHA en Argentina; el reconocimiento de la noción de socioafectividad, y el derecho a procrear como un aspecto trascendental del derecho humano a la salud sexual y reproductiva; todo lo cual da cuenta de la necesidad e importancia de una regulación con reglas propias.

Ello también surge del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica" del 28-11-2012 (reafirmado en fecha 26-2-2016), que acepta y promueve la regulación de las TRHA en sentido concordante con los derechos humanos.

Concretamente, regular las TRHA como un tipo filial autónomo se justifica por lo dicho y es la decisión de política legislativa que se adopta y se desarrolla en los artículos siguientes.

II.3) Multiparentalidades

Del último párrafo del artículo 558 surge que el CCyC conserva la regla del doble vínculo filial o binarismo en la determinación de la filiación. Esta regla se confirma en el artículo 578 que establece: "Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anteriormente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación", regla que también preveía el Código de Vélez en los artículos 250, 252 y 253 en la medida en que no podía proceder el reconocimiento de un niño si previamente no había sido desplazado el vínculo anterior que resultaba incompatible.

Este binarismo de alguna manera deriva del binarismo que el CCyC también regula en materia de matrimonio y uniones convivenciales (UC), de allí la necesidad de un cuestionamiento sistémico.

El fundamento de no ampliar los vínculos filiales se debió no sólo a la complejidad que esto conlleva en términos de apellido, sucesiones, ejercicio de responsabilidad parental, etcétera; sino también a la necesidad de evitar confusiones legales y otorgar seguridad jurídica al preverse un nuevo tipo de filiación que se funda en la voluntad procreacional y en la que no hay elemento genético, de modo que quien lo aporta no es progenitor, sino simplemente donante.

No obstante, tanto antes de la sanción del CCyC como después se han presentado distintos casos de multiparentalidad.

Los dos primeros casos, los previos al CCyC, se resolvieron en sede administrativa. El primero fue resuelto por el Registro Civil de La Plata mediante resolución 2062/2015 del 22-4-2015, el segundo lo fue en la Ciudad de Buenos Aires –del cual se carece de resolución administrativa en la que se brinden los fundamentos de la admisión del planteo–.

El primer caso involucra a una pareja de mujeres casadas junto con un varón amigo de ambas que recurrieron a una inseminación artificial casera y tuvieron un hijo con el deseo de que el niño fuera reconocido como hijo de sus dos mamás y de su papá, sin que ninguno de ellos renuncie sus derechos y obligaciones.

El Registro Civil funda su competencia y facultades jurisdiccionales para entender y resolver el caso en: a) La obligación de impedir desgastes jurisdiccionales "...sabiendo que la situación dará lugar al recurso judicial que podría llegar a configurar perjuicios para el Fisco y las partes, como serían las erogaciones innecesarias de la imposición de costas" (sic); y b) la supuesta inexistencia de la regla del "doble vínculo filial" en el orde-

namiento jurídico argentino antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, que como se vio no es tal.

Con posterioridad sobrevino el caso de F., hijo de A., M. y A., quien fue inscripto como hijo de los tres en el Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Luego de la sanción del CCyC han tenido lugar otros casos de multiparentalidad que se resolvieron judicialmente². Con el CCyC vigente la multiparentalidad debe interpretarse a la luz del paradigma de constitucionalidad y convencionalidad conforme lo exigen los artículos 1º y 2º del CCyC, de modo que una interpretación sistémica y armónica lleva a que en determinados supuestos se deba reconocer legalmente más de dos vínculos.

Cabe aclarar que la multiparentalidad puede ser consecuencia o derivar de situaciones de TRHA caseras, como se vio sucedió ya en Argentina.

Art. 559 Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

I) Concordancias

Nacimiento (art. 21); fuentes de la filiación (art. 558); determinación de la maternidad (art. 565); filiación por reproducción asistida (arts. 560

² JFam. Nº 4 de La Plata, 20-2-2017, "B. A. J. M. s/Adopción acciones vinculadas", con sentencia interlocutoria del 6-3-2017, inédito; JFam. Nº 2 de Mar del Plata, 24-11-2017, "C. M. F. y otros s/Materia a categorizar", Rubinzal Online, RC J 4803/19, revocado por sala I de la CCom. de Mar del Plata el 20-12-2018, Rubinzal Online, RC J 4996/19; TSJ de la CABA, 7-6-2017, "J. P. R. y otros c/GCBA y otros s/Amparo s/Conflicto de competencia", Rubinzal Online, RC J 6352/19; JCAadm. y Trib. de la CABA, 7-7-2017, "F. E. F. c/GCBA s/Amparo" (sentencia no firme), Rubinzal Online, RC J 4778/19.

³ Para un supuesto de filiación biológica véase SCJBA, 5-4-2013, "M., J. F. c/M., E. J. s/Filiación, impugnación de paternidad", Rubinzal Online, RC J 14166/13. Para supuestos de adopción, véase JFam. Nº 4 de La Plata, 20-2-2017, "B. A. J. M. s/Adopción acciones vinculadas", con sentencia interlocutoria del 6-3-2017, inédito, y JFam. Nº 6 de Lomas de Zamora, 20-10-2015, "S., A. J. s/Adopción. Acciones vinculadas", inédito. Para supuestos de TRHA véase JFam. Nº 2 de Mar del Plata, 24-11-2017, "C. M. F. y otros s/Materia a categorizar", Rubinzal Online, RC J 4803/19, revocado por la sala I de la CCom. de Mar del Plata el 20-12-2018, Rubinzal Online, RC J 4996/19.

y 561). Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y su decreto reglamentario 415/2006. Ley 26.413 de Registro Civil. Ley 26.743 de Identidad de Género. Convención sobre los Derechos del Niño.

II) Consideraciones generales

En consonancia con la tercera causa fuente filial que introduce el CCyC, el artículo en análisis también amplía la regulación del certificado de nacimiento a los tres tipos filiales, contemplando además no sólo la adopción plena sino también la simple. Esto último se debe a que en la adopción simple también se emite una nueva partida de nacimiento que da cuenta del vínculo filial adoptivo, pero que deja subsistente los lazos jurídicos con la familia de origen.

El CCyC mantiene la prohibición de la ley 23.264 que impedía que el certificado de nacimiento se pudiera inferir si el niño había sido "concebido" dentro o fuera del matrimonio, pero además amplía la fórmula al prohibir también cualquier leyenda por la cual se pueda conocer el tipo filial.

Además, en el CCyC se aclara que el carácter de la procedencia matrimonial o extramatrimonial no se deriva de la concepción sino del nacimiento. Es decir, los hijos son matrimoniales si nacen dentro de un matrimonio con total independencia del momento en que ocurrió la concepción.

III) Las razones de la norma

Las razones de la prohibición se deben a largas historias de discriminación. No fue lo mismo nacer en el marco de un matrimonio que en el de una pareja no casada, y lo cierto es que aunque las distinciones sean a todas luces violatorias de derechos, aún persisten estigmas a los que se suman los relativos al tipo filial o a las parejas de igual género.

Sin perjuicio de lo dicho, el reflejo de estas particularidades en el certificado de nacimiento no tiene fundamento, de allí que el Código prohíba que se reflejen en la documentación.

IV) El *aggiornamento* con normas posteriores

La Ley 26.743 de Identidad de Género (LIG) motivó otros *aggiornamenti* de los certificados de nacimiento.

Sucede que conforme nuestra LIG, puede acceder al cambio registral toda persona, cualquiera sea su estado civil o edad, sin ninguna limitación.

Si está casada, se procederá entonces a rectificar también el acta de matrimonio de modo que refleje la identidad de la persona. Así, también deben rectificarse las partidas de nacimiento de los hijos de aquellas personas que hubieran cambiado su identidad de género con posterioridad a su inscripción.

En el ámbito de Buenos Aires se sancionó la resolución 10944/2016 de 5-5-2016 que en su artículo 1° prevé: "Establecer que en los casos de nacimiento de sus hijos, contraído matrimonio o inscripto uniones convivenciales en forma previa al cambio de identidad de género, se deberá inmovilizar el acta original y reinscribir el hecho o acto vital con la nueva identidad autopercibida del requirente".

Norma que debería ser imitada en todo registro civil de Argentina, conforme además lo previsto en los principios de Yogyakarta + 10 que prevén como obligación adicional del derecho a formar una familia, el deber del Estado de "Emitir certificados de nacimiento para niños que reflejen la identidad de género de los padres y/o madres".

CAPÍTULO 2

REGLAS GENERALES RELATIVAS A LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Art. 560 *Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.* El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

I) Concordancias

Comienzo de la existencia (art. 19); instrumentos públicos (arts. 289 y ss.); fuentes de la filiación (art. 558); reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 561 y ss.); determinación de la filiación matrimonial (arts. 566 y ss.); determinación de la filiación extramatrimonial (arts. 570 y 575); acciones de filiación, disposiciones generales (art. 577); acciones de reclamación de filiación (art. 582); acciones de impugnación de filiación (arts. 588 y ss.); Derecho Internacional Privado (arts. 2631 a 2634). Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su decreto 956/2013.

II) Consideraciones generales

Aquí se inaugura el capítulo específico dedicado a este tipo filial, que se regula en primer término dada su novedad, interesándose por uno de sus pilares: el consentimiento, que debe ser previo, informado y libre. Ésta es la exteriorización de la columna vertebral del régimen filial derivado de las TRHA: la voluntad procreacional.

Esto quiere decir que la filiación se determina respecto de aquellos personas que han prestado el consentimiento con independencia de quién aporte el material genético. Madre o padre será quien consintió en los términos y con los requisitos legales, aunque el óvulo o espermia provenga de otra persona.

Esto además repercute, como se adelantó, en la impugnación de esa filiación: la filiación establecida por TRHA sobre la base de los consentimientos legales es inimpugnable, de modo que no se puede invocar la falta de vínculo genético al no ser éste el elemento determinante de la filiación, tal como lo expresa de manera precisa el artículo 577 del CCyC, a cuyo análisis se remite.

Tan importante es la voluntad procreacional que debe ser actual, y de allí que se necesite la renovación del consentimiento en los mismos términos (previo, informado y libre) antes de cada práctica o procedimiento médico. En otras palabras, antes de que quien o quienes quieran ser padres o madres se sometan a las TRHA –cualquiera sea la modalidad de que se trate, de alta o baja complejidad, se utilicen gametos o embriones de la propia pareja o de terceros–, el centro de salud interviniente debe recabar el correspondiente consentimiento y éste debe renovarse cada vez que corresponda en cada proceso.

III) Características del consentimiento

El CCyC establece de manera expresa que el consentimiento debe ser

1. *Previo*: antes de dar inicio al uso de las técnicas de reproducción humana asistida o de cada tratamiento.
2. *Informado*: debiendo informarse y, consecuentemente, comprender correctamente los alcances del uso de las técnicas en términos médicos y legales.
3. *Libre*: sin ninguna coacción ni presión de ningún tipo.

Además, debe ser personal, confidencial, actualizado, obligatorio y médico. Así, el CCyC dispone, de manera expresa, que el consentimiento debe recabarse en el centro de salud interviniente, es decir, en el estable-

cimiento médico especializado debidamente inscripto, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862 que crea un registro (arts. 4º y 5º), a los fines de que el Estado, a través de la autoridad de aplicación (el Ministerio de Salud), controle esta práctica médica.

Además de "médico", el consentimiento debe ser protocolizado o certificado. Se explicitan estos requisitos en el artículo siguiente.

IV) Las prácticas caseras

Al exigir que el consentimiento informado (CI) sea médico, el CCyC no regula las llamadas "prácticas caseras" a las que suelen apelar, especialmente, las parejas conformadas por mujeres que se inseminan de manera casera con el uso de una jeringa con material genético de un tercero, muchas veces conocido.

En estos casos, aunque en principio regirían las reglas de la filiación por naturaleza, lo que funcionaría como una forma de desincentivar este modo informal de acceder a la paternidad/maternidad y así evitar los conflictos que pueden suscitarse no sólo en materia de filiación, sino también en lo que respecta al derecho a la identidad de la persona que nace, lo cierto es que en doctrina se generan interrogantes. Entre ellos, el de si es necesario incorporar una regulación especial que las contemple o si las prácticas caseras realizadas con una muestra de semen de un amigo o conocido se asimilan a las realizadas con muestras adquiridas en un banco de gametos acreditado, a los fines de resolver la filiación del niño⁴.

No obstante, cabe aclarar que nuestro CCyC admite la presunción de filiación, por lo que cualquiera sea la pareja casada, aunque haya recurrido a técnicas caseras, podrá acceder a la inscripción del doble vínculo, aunque esta filiación pueda ser impugnada (art. 566, CCyC)⁵. De esta manera, las parejas de mujeres casadas tienen legalmente prevista la posibilidad de establecer la filiación de ambas madres, aunque esa filiación no es perfecta.

Tratándose de una pareja de mujeres no casadas, la determinación de la filiación de la mujer que no da a luz no es tan sencilla. En este marco cabe destacar el primer precedente resuelto en el ámbito administrativo

⁴ HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia, *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 501 y ss.

⁵ Véase ICAdm. y Trib. N° 19, Secretaría N° 37, de la CABA, 9-11-2018, "Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y otro c/GCBA y otros s/Amparo", expte. A37252-2018-0, Rubinzal Online. RC J 9513/18.

el 28-9-2017⁶, en el que se rectificó la partida de nacimiento del hijo, inicialmente inscripto a nombre de la madre que lo gestó y parió, y se incorporó la doble filiación de la otra madre, pese a haber realizado una práctica casera de inseminación y no contar entonces con el CI.

En los supuestos de mujeres sin pareja, si el gameto es aportado por un amigo o conocido, sin intervención de un banco de gametos, está abierta la posibilidad de reconocimiento por esa persona; a diferencia de lo que sucedería si el gameto fuera obtenido a través de un banco de gametos debidamente autorizado. En estos casos, la posibilidad de que este donante pueda reconocer encuentra serios obstáculos, especialmente la confidencialidad y el marco legal que prevé que el donante nunca es padre.

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

I) Concordancias

Comienzo de la existencia (art. 19); instrumentos públicos (arts. 289 y ss.); fuentes de la filiación (art. 558); reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560, 562 y ss.); determinación de la filiación matrimonial (arts. 566 y ss.); determinación de la filiación extramatrimonial (arts. 570 y 575); acciones de filiación, disposiciones generales (art. 577); acciones de reclamación de filiación (art. 582); acciones de impugnación de filiación (arts. 588 y ss.); Derecho Internacional Privado (arts. 2631 a 2634). Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su decreto 956/2013.

II) Consideraciones generales

El artículo 561 prevé los requisitos formales del consentimiento, sin

⁶ Resolución 1313 del 28-9-2017 de la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de Paraná. Para más información sobre el caso se recomienda ver: <https://abosex.com.ar/2017/10/30/abosex-logro-la-inscripcion-registral-desjudicializada-de-un-reconocimiento-de-co-maternidad-por-tecnica-de-reproduccion-asistida-casera/>.

perjuicio de los que debieran determinarse en la ley especial que se dicte al respecto. Sucede que al CCyC le incumbe regular lo relativo a la filiación, y todo aquello que involucre otras cuestiones que interesan a las TRHA, deben formar parte de una ley integral que se ocupe, entre otros temas, del consentimiento informado (CI).

III) Requisitos del consentimiento

En lo que hace a las formalidades del consentimiento, además de ser médico, conforme se vio en el análisis del artículo anterior, además de ser mentalizarse, lo que significa que debe ser escrito y, si bien debe contener ciertos requisitos que serán fijados por la ley especial, que aún está pendiente, el CCyC agrega que el consentimiento debe ser protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

El trámite de protocolización o certificación del CI está a cargo del o de los futuros progenitores. No todos los CI se protocolizan o se certifican sino sólo aquellos en relación a los cuales la práctica realizada arroja un resultado positivo, es decir, de cuyo tratamiento nace un niño.

Al momento de ir a inscribir a la persona nacida por TRHA, sea por técnica homóloga o heteróloga, al Registro Civil debe llevarse el CI suscripto al momento de practicarse la técnica, debidamente protocolizado o certificado mediante autoridad sanitaria competente.

Todo esto quiere decir que en todos los casos, el consentimiento que importa a los efectos del vínculo filial es el de la técnica llevada a cabo en virtud de la cual se haya producido el nacimiento y que refleja la voluntad procreacional de quienes han querido ser padres y/o madres de los niños nacidos por estas técnicas y no el consentimiento informado de los donantes que no hace al vínculo jurídico filial sino a otra arista como es el derecho al acceso a la información de los niños nacidos por TRHA, conforme se verá luego.

Finalmente, todos los CI deben formar parte del legajo base que se arma en los Registros Civiles y del cual surge la correspondiente inscripción de nacimiento.

III.1) Protocolización o certificación

El CCyC exige que el CI sea protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente. Respecto de esto último, han habido algunos avances. Veámoslos.

III.1.a) Disposiciones registrales provinciales dictadas como consecuencia de la filiación derivada del uso de las TRHA

i) La Dirección del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Mendoza estableció el procedimiento a seguir para la inscripción de nacimientos en el marco de las TRHA disponiéndose que “[e]n el momento de la inscripción de nacimiento del niño/a los/as padres/madres presentarán el consentimiento previo, libre e informado debidamente protocolizado. El oficial público introducirá el certificado médico de nacimiento y el consentimiento, en un sobre que se identificará con la misma serie y número del certificado médico de nacimiento. El sobre se archivará de la misma forma y en el mismo lugar que los demás certificados médicos de nacimiento”⁷.

ii) El decreto 1208 del Poder Ejecutivo de la Provincia del Chaco del 1-6-2015, con relación a la implementación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación al Registro Civil y Capacidad de las Personas y en materia de TRHA, ordenó que se disponga “para las inscripciones de nacimientos por técnicas de reproducción humana asistida, las medidas administrativas para garantizar la clara registración del legajo base de documentación del recién nacido, del o de los consentimientos informados de las personas con quienes se genera el vínculo filial conforme los requisitos que establece la Ley 26.994 en sus artículos 560-564” (art. 12). Agregándose, en el artículo 13, que sólo se inscriben los consentimientos que generan filiación⁸.

iii) La resolución 113 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Córdoba emitida el 31-7-2015 en materia de TRHA dispuso: “Hágase constar en el legajo respectivo la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida, con la salvedad de que en ningún caso se deberán expedir certificados de nacimiento en forma tal, que de ellos resulte que la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada” (art. 7º)⁹.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, por disposición 1093/2016¹⁰

⁷ Disponible en <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/MANUAL-PARA-LOS-OFICIALES-PUBLICOS-Pcia.-Mendoza.pdf>.

⁸ Disponible en http://escribanoschaco.com/chaco/images/2015/nota1253_decreto-1208-15.pdf.

⁹ Disponible en http://boletinoficial.eba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2015/08/0508-2015-BOCba_1sUobn056.pdf.

¹⁰ Disposición 1093/2016 de la Dirección Provincial del Registro de las Personas (DPR Personas), Registro de las Personas, Técnicas de Reproducción Humana Asistida

del Registro Provincial de las Personas se dispone que en las inscripciones de nacimiento ocurridas a partir de la entrada en vigencia del CCyC y cuya causa sea el empleo de TRHA, el consentimiento, previo, informado y cuya exigido por el artículo 561, podrá ser presentado al momento de la inscripción del nacimiento para su certificación por parte del delegado, quien otorgará fe pública al instrumento previa manifestación y ratificación ante su presencia, para su posterior archivo en calidad de documentación base de la inscripción en la delegación correspondiente de este Registro Civil¹¹.

Asimismo, la disposición 660/2016, también del Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires, dispuso que los progenitores que antes de la entrada en vigencia del CCyC deben manifestar, expresamente y por escrito, el consentimiento acerca de su voluntad procreacional a los fines de completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuando sólo constara vínculo filial de quien dio a luz (art. 1º). Aprueba un modelo de "Declaración de Consentimiento" que debe ser utilizado para tales fines. Esta disposición vino a reglamentar y garantizar la aplicación de la cláusula transitoria tercera (art. 9º, ley 26.994) del CCyC.

No obstante, lo dispuesto por el Registro Civil de Buenos Aires no ha sido replicado en otras jurisdicciones, razón por la cual hoy en día ya son seis los casos que se han debido judicializar a raíz de diversas dificultades en torno a la aplicación directa de la cláusula transitoria tercera del CCyC¹².

(TRHA), Inscripción de nacimientos, Consentimiento previo, informado y libre, Certificación en el Registro Civil, Norma complementaria del art. 561 de la ley 26.994. B. O. del 17-5-2016, ADLA 2016-B-1631, AR/LEGI/8S2B.

¹¹ Cfr. art. 1º. Por su parte, el art. 2º de dicha disposición agrega que en el acto de inscripción se deberá presentar el instrumento donde conste el consentimiento, el que deberá presentarse por escrito en original, con el nombre de la institución sanitaria en la que se haya practicado la TRHA, con la debida constancia de habilitación, nombre de los médicos intervinientes y datos de las personas que se someten a la TRHA y otorgan su consentimiento. El documento deberá estar suscrito por el médico, el responsable administrativo de la institución y los progenitores.

¹² JNCiv. Nº 8, 13-8-2015, "C. G. J. s/Información sumaria", Rubinzal Online, RC J 5374/15; SCJBA, 6-4-2016, "B., M. y otro s/Filiación", Rubinzal Online, RC J 1858/16; JFam. Nº 2 de Puerto Madryn, 18-8-2016, "L., M. Á. y P., A. M. J. s/Medida autosatisfactiva", Rubinzal Online, RC J 1802/18; JNCiv. Nº 85, 8-3-2017, "G., E. s/Información sumaria", Rubinzal Online, RC J 4791/19; JCAadm. y Trib. Nº 2 de la CABA, 12-5-2017, "B. M. A. c/GCBA s/Amparo (art. 14, CCABA)", expte. 43.229/0, Rubinzal Online, RC J 3438/17, y Trib. Coleg. Fam. 4º Nom. de Rosario, 13-10-2017, "N. N. s/Filiación post mortem", Rubinzal Online, RC J 9640/17.

Por otra parte, hacia fines del año 2016 y en sentido concordante a la disposición 1093/2016 de la Provincia de Buenos Aires, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la CABA, mediante disposición 121/DGRC/16 del 29-12-2016, ordenó también que en las inscripciones de nacimiento por TRHA ocurridas a partir de la entrada en vigencia del CCyC, el correspondiente consentimiento podrá ser presentado al momento de la inscripción del nacimiento para su certificación por parte del oficial público, quien otorgará fe pública al instrumento, previa manifestación y ratificación ante su presencia, para su posterior archivo en calidad de documentación base de la inscripción en este Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 1º).

Esta disposición, no obstante, se vio modificada por la "Disposición Nueva Normativa del Registro Civil de la CABA" del 27-2-2018, en tanto el artículo 3º de dicha disposición establece que la misma estará vigente "hasta el momento en que el Ministerio de Salud de la Nación o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, emita la normativa, que determine la modalidad de certificación del consentimiento previo, libre e informado, conforme lo establecido por el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación", lo cual ya ha sucedido, conforme la resolución 616/E/17, que se verá luego. Por estos motivos, desde fines de febrero de 2018, para proceder a la inscripción de un niño nacido por TRHA en la CABA se requiere previamente la certificación del consentimiento informado a través del Ministerio de Salud de la Nación.

IV) Resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación sobre el proceso de CI

El Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación¹³ dictó distintas resoluciones relacionadas con el consentimiento informado y el proceso de certificación previsto en el artículo 561 del CCyC. Veamos:

i) Resolución 2190-E/2016¹⁴: Crea el Programa Nacional de Repro-

¹³ El art. 3º del decreto reglamentario 956/2013 dispone que la autoridad de aplicación de la ley 26.862 es el Ministerio de Salud de la Nación y la Superintendencia de Servicios de Salud en lo que resulte materia de su competencia. Asimismo, el decreto 931/2016 de Salud en lo que resulte materia de su competencia. Asimismo, el decreto 931/2016 de Salud creó, con dependencia directa de la Secretaría de Promoción, Programas Sanitarios y Salud Comunitaria, el cargo de coordinador general para el cumplimiento del objeto de la ley 26.862 de acceso integral a los tratamientos de reproducción médicamente asistida.

¹⁴ Resolución 2190-E/2016 del Ministerio de Salud de la Nación, Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida, Creación, Objetivos, del 6-12-2016, publicada en B. O. del 13-12-2016, AR/LEGI/8ZY6.

ducción Médicamente Asistida (PNRMA), cuya función consiste en “[p]ro-
veer el servicio de certificación y registro tendiente a tornar operativos
los derechos reconocidos por el Código Civil y Comercial de la Nación,
concordantes y modificatorias, a las personas nacidas por técnicas de re-
producción humana asistida”.

En este sentido, y sin especificar puntualmente el procedimiento de
certificación, en el artículo 4° se designa al coordinador del Programa
Nacional de Reproducción Médicamente Asistida como certificador, en
los términos del artículo 561 del CCyC, en su carácter de autoridad sanitaria
en la jurisdicción nacional.

ii) Resolución 616-E/2017¹⁵: Regula la validez de los CI de quienes
se hayan sometido a TRHA, como así también el procedimiento a través
del cual se obtendrá la certificación ante la autoridad sanitaria tal como
lo dispone el artículo 561 del CCyC, complementando así la resolución
anterior.

Se aprueba el texto del consentimiento informado que debe ser prestado
por toda persona que se someta a TRHA, que se aplica en todos los
establecimientos de reproducción asistida sujetos a habilitación y contralor
del Ministerio de Salud de la Nación. Se prevé que los CI otorgados en
los términos del artículo 1° pueden ser protocolizados ante escribano pú-
blico o ante esta autoridad sanitaria a efectos de ser presentados ante el
Registro Civil (art. 2°).

En cuanto al procedimiento de certificación, se establece que toda per-
sona que haya otorgado el CI que diere lugar a una TRHA de la cual se
derivase el nacimiento de una o más personas se encuentra facultada en
cualquier momento desde que ha sido otorgado y una vez producida la
concepción en la persona o la implantación del embrión, a solicitar la
certificación ante el PNRMA. Dicha certificación es emitida por el Pro-
grama, previa identificación de la persona compareciente mediante exhi-
bición del DNI y del instrumento del CI, ambos en original y una fotocopia.
Asimismo, la persona compareciente puede ser: quien haya otorgado el
CI o quien figure expresamente en el mismo como parte del proyecto
parental conjunto. Verificados los datos de la persona solicitante de la
certificación correspondiente, el PNRMA emitirá, en caso de así corres-
ponder, la certificación solicitada dentro del plazo de cinco días hábiles
de requerida y previo registro en el correspondiente libro que al efecto
deberá ser llevado por el Programa.

¹⁵ Resolución 616-E/2017 del 22-5-2017, publicada en B. O. del 26-5-2017.

Finalmente, y a efectos de la certificación de todo consentimiento in-
formado prestado por quien se hubiera sometido a un tratamiento de TRHA,
en forma previa a la vigencia de la resolución, establece que dicho ins-
trumento deberá contar con los requisitos previstos en el artículo 5° de la
ley 26.529 y los artículos 59, concordantes y modificatorios del CCyC
(art. 6°).

Esta resolución, como se vio, modifica la DI-2016-121-DGRC de la
CABA.

iii) Resolución 679-E/2017¹⁶: Crea un Comité Asesor Ad Hoc del PNRMA,
el cual tendrá como función primordial la de establecer un espacio permanente
de intercambio, trabajo e información calificada en materia de reproducción
humana asistida a través de la participación de asociaciones científicas es-
pecializadas en la temática, cuya constitución, organización y funcionamiento
resultan de los Anexos¹⁷ que forman parte de la norma.

IV.1) Otras resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación

El 2 de enero de 2017 se dictó la resolución MSN 1-E/2017 mediante
la cual se definieron varios aspectos reglados por el decreto 956/2013. En
su artículo 1° esa resolución prescribe que “para cada uno del total de
tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas
de reproducción médicamente asistida de alta complejidad (TRHA/AC) a
los cuales cada paciente tiene derecho, quedarán incluidos los procedi-
mientos médicos y etapas contempladas en los anexos que forman parte
integrante de la presente, a los efectos de lo dispuesto por el artículo 8°,
tercer párrafo, del Anexo al Decreto Reglamentario N° 956/13”, previendo
implícita y expresamente (“total de”) el límite de tres (3) tratamientos de
alta complejidad.

Esta resolución se vio afectada por lo dispuesto en el fallo “Y., M. V.
y otro c/IOSE s/Amparo de salud” de la CSJN del 16-8-2018 en el que
se previó que “la única precisión que establece la norma reglamentaria
con respecto a las técnicas de alta complejidad es que una persona puede
acceder a un máximo de ‘tres’. El decreto no especifica si se trata de tres
en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa

¹⁶ Resolución 679-E/2017, Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida
(PNRMA), Comité Asesor Ad-Hoc del PNRMA. Creación. Función del Ministerio de
Salud (MS), del 6-6-2017, publicada en B. O. del 8-6-2017. AR/LEGI/98CO.

¹⁷ Ver artículo 1°, Anexos I y II identificados como GDE IF-2017-10296179-APN-
DD#MS y II GDE IF-2017-00404374-APN-DD#MS.

del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de 'tres' intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo".

Señala que en lo que respecta a la resolución MSN 1-E/2017, "no resulta admisible bajo ningún punto de vista que la reglamentación desreglamentada, menos aún puede aceptarse que a ese resultado se llegue por aplicación de una regulación de rango inferior".

De esta manera, la CSJN zanja la duda respecto a la cantidad de tratamientos que la resolución previamente intentó aclarar.

Luego, en 2018, el Ministerio de Salud de la Nación emitió otras dos resoluciones:

i) Resolución 2018/1044, del 1º de junio de 2018, que prevé que todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos propios se realizará a mujer de hasta cuarenta y cuatro (44) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario, y que todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos donados se realizará a mujer de hasta cincuenta y un (51) años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento.

ii) Resolución 2018/1045, del 1º junio de 2018, que prevé que todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida, previsto por la ley 26.862, deberá ser brindado con cobertura al ciento por ciento (100%) por los agentes obligados enunciados en el artículo 8º de dicha ley.

V) Revocación del consentimiento

Por último, la disposición en comentario señala que el consentimiento "es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión", en consonancia con lo dicho en el artículo anterior que exige que el CI se renueve antes de cada práctica.

En este punto se sigue exactamente la misma línea legislativa que adopta la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida en su artículo 7º.

Se deja bien en claro que la revocación del consentimiento puede ocurrir hasta que se produzca la concepción (en los casos de fertilización de baja

complejidad) o la implantación del embrión en la persona (en los casos de fertilización de alta complejidad).

Lo previsto en este artículo ha sido confirmado por la jurisprudencia que antes del CCyC había fallado de manera contraria¹⁸. Hoy con el CCyC vigente los fallos coinciden en que se puede revocar el CI hasta el momento de la transferencia¹⁹.

Esta decisión también parte o es consecuencia de la naturaleza jurídica del embrión in vitro, que nuestra legislación no lo considera persona, y así lo ha resuelto también la jurisprudencia²⁰. No obstante, y conforme surge de recientes fallos²¹, es indispensable contar con una ley especial que regule la protección del embrión no implantado y establezca su régimen jurídico en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.862 y normativas complementarias.

En definitiva, conforme la ley vigente, hasta el momento de la transferencia, las personas o los miembros de la pareja están en iguales condiciones; ni la mujer ni su pareja están obligadas/os a realizar la transferencia. En cambio, una vez transferido con ese consentimiento, al igual que en la filiación natural, si la mujer decide continuar con el embarazo, la filiación se impone, aunque su pareja esté arrepentida, blindando la posibilidad de impugnar esa filiación. Nos encontramos, por un lado, con el consentimiento como exteriorización de la voluntad y, por el otro, con el factor tiempo, que cobra especial importancia, ya que en los casos de

¹⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *La obligación de ser padre impuesta por un tribunal*, comentario al fallo de la CNCiv., sala J, 13-9-2011, "P., A. c/S., A. C. s/ Medidas precautorias", Rubinzal Online, RC J 11144/11.

¹⁹ Ver fallo de la CNCiv., sala K, 1-9-2017, "D. P., R. V. c/F., A. E. s/ Medidas precautorias", 46.126/2015, Rubinzal Online, RC J 4715/19.

²⁰ Ver sentencia "F. B. y S. p/ Divorcio bilateral", del Primer Juzgado de Familia de Mendoza, expte. 2153/17/1 del 30-7-2018, Rubinzal Online, RC J 3992/19, en la que se sostiene: "Entonces, dado que entiendo que los embriones son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida; que antes de la fijación preembrionaria éste se compone de células no diferenciadas; que esta diferenciación celular sucede después que se ha fijado sobre la pared uterina y con anidación en el mismo; considero que es procedente proceder al cese de su crioconservación, con el consiguiente descarte". Véase también JFam. N° 6 de San Isidro, 2-3-2018, "S. M. J. y otros s/ Autorización judicial", Rubinzal Online, RC J 4786/19, y JFam. N° 2 de San Martín, 27-11-2017, "F. S. L. y otros s/ Técnicas de reproducción asistida", Rubinzal Online, RC J 4766/19.

²¹ CCAdm. de Córdoba, 15-2-2019, "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Estado provincial y otro. Amparo (Ley 4915)", Rubinzal Online, RC J 2293/19.

TRHA de alta complejidad, el lapso entre el sometimiento a las técnicas y el momento de la transferencia puede extenderse en el tiempo y, en ese mismo lapso, pueden cambiar las condiciones o la decisión de querer ser padres o madres y éste es, en definitiva, el elemento central.

Por esto es que la falta de consentimiento o su revocación antes de la concepción o transferencia no permite que se cree vínculo jurídico alguno, ergo, la práctica médica no puede llevarse a cabo. En el supuesto excepcional en que se proceda a la implantación a pesar de la negativa o sin renovar el consentimiento de uno de los integrantes de la pareja, quien no consintió estaría facultado para impugnar el vínculo filial.

Por estas mismas razones es que el CCyC también exige que el CI se renueve cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

Art. 562 *Voluntad procreacional.* Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

D) Concordancias

Comienzo de la existencia (art. 19); reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560, 561, 563, 564); determinación de la filiación matrimonial (arts. 566 y ss.); determinación de la filiación extramatrimonial (arts. 570 y 575); acciones de filiación, disposiciones generales (art. 577); acciones de reclamación de filiación (art. 582); acciones de impugnación de filiación (arts. 588 y ss.). Ley 26.862 de Acceso Integral a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su decreto reglamentario 956/2013.

II) Consideraciones generales

La voluntad procreacional es el eje o columna vertebral de la determinación filial en los casos de filiación derivada de TRHA. Tal es así que, si no hay voluntad procreacional expresamente exteriorizada a través del correspondiente consentimiento formal, informado y libre, no puede quedar establecido el vínculo filial por TRHA.

Esto también significa que, tal como lo expresa el artículo, en la filiación por TRHA es irrelevante el aporte genético.

Este artículo es el eje del sistema de filiación por TRHA, determinando el vínculo filial con aquella persona que prestó el debido consentimiento con los requisitos que prevé el CCyC, sin importar el estado civil o la orientación sexual de la persona o si se trata de una persona sola.

Con este eje fundante se solucionan los problemas que se habían generado en el Derecho argentino, tras la sanción de la ley 26.618, en materia de determinación de la filiación con la pareja casada y no casada de la persona que dio a luz. Sucede que la determinación filial de la pareja del mismo sexo de la mujer que daba a luz se complejizaba, en especial cuando se trataba de una pareja no casada²².

Así, a partir de la entrada en vigencia del CCyC toda persona que se somete a TRHA debe prestar el consentimiento. Si se trata de una mujer sola que debe apelar a la donación de material genético masculino, la voluntad procreacional y correspondiente consentimiento debidamente protocolizado e inscripto en el Registro Civil hace generar vínculo filial con ésta; de este modo, las TRHA constituyen un supuesto de monoparentalidad originaria. Si se trata de una pareja, casada o no, de igual o diverso sexo, ambos integrantes de la pareja también deben proceder a prestar el correspondiente consentimiento informado para generar vínculo filial con el niño que nace de las TRHA, hayan aportado o no material genético.

III) El artículo 562 y la gestación por sustitución (GS)

El CCyC reafirma aquí que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos –es decir, queda determinada la filiación– de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en el modo que lo indican los artículos 560 y 561 del CCyC, con lo que, aunque con las modificaciones que importa la filiación por TRHA, el CCyC sigue reconfigurando el principio de que quien da a luz es madre, o padre, conforme la Ley 26.743 de Identidad de Género.

²² JCAdm. y Trib. N° 4 de la CABA, 7-4-2011, "M. del P. C. y otra c/GCBA", Rubinzal Online, RC J 2438/12; JCAdm. y Trib. N° 15 de la CABA, 24-6-2011, "V. A. F. y otros c/GCBA s/Amparo (art. 14, CCABA)", Rubinzal Online, RC J 9159/11; JCAdm. y Trib. N° 6 de la CABA, 12-7-2011, "M. Y. M. y otros c/GCBA s/Amparo", Rubinzal Online, RC J 4784/19. Véase también el decreto de necesidad y urgencia 1006/2012 y LAMM, Eleonora, *Diversidad familiar: la cláusula tercera del Código Civil y Comercial como una ampliación de su recepción legal*, en L. L. del 12-7-2016, p. 4; AR/DOC/1984/2016.

Este principio, sumado a la falta de normativa expresa en la materia, ha llevado a la necesidad de judicializar los supuestos de gestación por sustitución. En muchos de estos casos, el planteo precisamente consiste en declarar la inconstitucionalidad del artículo 562²³.

No obstante, en virtud de todo el sistema de filiación por TRHA regulado en el CCyC y la realidad que se traduce en numerosos casos jurisprudenciales, es evidente que la gestación por sustitución es una figura actual y cada vez más frecuente, lo que impone una urgente regulación.

Sin perjuicio de lo dicho, un amparo vigente en la CABA²⁴ hace que además allí el procedimiento sea sencillo, no requiriéndose judicialización para la inscripción de la persona que nace como hijo de aquellas que recurrieron a la GS.

Art. 563 Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

²³ Véase JFam. N° 7 de Lomas de Zamora, 30-12-2015, "H., M. y otro/a s/ Medidas precautorias (art. 232 del CPCC)", Rubinzal Online, RC J 1100/16; 30-11-2016, "B. J. D. y otros s/Materia a categorizar", Rubinzal Online, RC J 7396/16; JNCiv. N° 4, 20-10-2017, "S. T., V. s/Inscripción de nacimiento", inédito; JFam. 1ª Nom. de Córdoba, 6-8-2018, "A., M. T. y otro. Solicita homologación", expte. SAC 7057134, Rubinzal Online, RC J 4993/19; JCFam. y Sucesiones I de San Miguel de Tucumán, 26-9-2018, "P. A. M. y otro s/Autorización judicial", Rubinzal Online, RC J 4719/19, entre otros.

²⁴ CCAdm. de la CABA, sala I, 4-8-2017, "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c/GCBA y otros s/Amparo, otros", Rubinzal Online, RC J 5246/19. En virtud de esta sentencia, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la CABA, mediante disposición 93/DGRC/17, de fecha 13-10-2017, resolvió: 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 (modificada por DI-2017-103-DGRC, Buenos Aires, 27-10-2017, que aclara que es en la Ciudad de Buenos Aires); 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 (art. 1º). No obstante, el propio STJ de la CABA, en fecha 4-10-2017, en los autos "W. J. N. y otro c/GCBA s/Amparo s/Recurso de inconstitucionalidad concedido", Rubinzal Online, RC J 4703/19, declaró la incompetencia del fuero local para conocer en supuesto de gestación por sustitución. En similar sentido: CNCiv., sala H, 6-2-2018, "V., R. C. y otro c/Registro Civil y Capacidad de las Personas y otros s/Amparo, familia", Rubinzal Online, RC J 592/18.

I) Concordancias

Fuente de la filiación (art. 558); certificado de nacimiento (art. 559); reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560 a 564); derecho a conocer los orígenes del adoptado (art. 596).

II) Consideraciones generales

El derecho a conocer los orígenes tiene un especial desarrollo en materia de TRHA, atento a sus particularidades, lo que llevó a la incorporación de normas propias en el CCyC a los fines de delimitar su alcance.

En este aspecto, el CCyC se refiere al derecho a la información de las personas nacidas de TRHA cuando en el proceso se utiliza material genético de un tercero.

De los diferentes sistemas que existen en el Derecho Comparado (anónimo cerrado o absoluto, sistema abierto o de no anonimato, sistema llamado "de la doble ventana" y sistema de anonimato relativo) el CCyC opta por aquel que entiende que mejor se adapta a nuestra realidad, cultura e idiosincrasia, en especial si se tiene en cuenta que se trata de una filiación que se incorpora y que requiere de un proceso de conocimiento e implementación. De allí que elija el del anonimato relativo, con sus propias particularidades y procurando una posición equilibrada, a fin de garantizar el derecho a conocer por un lado, y la existencia de donantes de modo de poder acceder a las TRHA heterólogas, por otro. Dándole además el debido alcance al valor que tiene el aporte genético, teniendo en cuenta además que en los consentimientos informados aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación en el año 2017²⁵, conforme la resolución analizada anteriormente, en los casos de donación de gametos se hace saber expresamente al donante los términos y alcances del acto.

III) Alcance de la información

El CCyC dispone que en el legajo base sobre el cual se realiza la inscripción de nacimiento y se emite el correspondiente certificado o partida debe también constar información de que el niño ha nacido de TRHA heteróloga.

La información a la que alude es precisamente a dejar constancia de

²⁵ Resolución 616/E/2017 del 22-5-2017, publicación en B. O. del 26-5-2017.

que hubo aporte genético de una tercera persona, pero ello no implica que en ese registro constaran los datos del donante. Esa información debería estar en un registro a crearse por ley especial, siendo al día de hoy este aspecto una gran deuda pendiente.

Ahora bien, el derecho a la información en las TRHA heteróloga está regulado en dos artículos, el 563 y el 564 del CCyC. De ambas normativas surgen las cuatro facetas que involucra este derecho, que merecen ser individualizadas para comprender con mayor precisión la postura que adopta el CCyC y que se analizarán entonces con el artículo siguiente. Estas facetas son²⁶:

- 1) El derecho a saber que se ha nacido por TRHA heteróloga;
- 2) el derecho a la información no identificatoria;
- 3) el derecho a la información identificatoria, y
- 4) el derecho a que esa información sea resguardada.

Art. 564 *Contenido de la información.* A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

I) Concordancias

Fuente de la filiación (art. 558); certificado de nacimiento (art. 559); reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560 a 563); derecho a conocer los orígenes del adoptado (art. 596).

II) Consideraciones generales

Mientras del artículo anterior surge la primera faceta de las cuatro mencionadas, de este artículo se desprenden concretamente las dos siguientes. Así, este artículo parte de la distinción entre información no identificatoria focalizada en datos relativos a la salud y datos identificatorios, previendo un régimen diferente según el tipo de información al cual se pretenda acceder.

²⁶ Para ampliar, véase HERRERA, DE LA TORRE y FERNÁNDEZ, *Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales* cit., ps. 608 y ss.

III) Las facetas del derecho a conocer

III.1) El derecho a saber que se ha nacido por TRHA heteróloga

El CCyC al prever en el artículo 563 que "La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento" promueve y protege toda información para que la persona pueda saber que se ha nacido de TRHA con material de un tercero. No obstante este derecho está sujeto al tipo de formación, intervención y abordaje que haya tenido el centro de salud para que las personas comprendan que es un derecho del hijo saber el modo en que fue gestado y a la predisposición y voluntad que tengan ellas de hacerle conocer a su hijo esta situación.

De allí que se distinga entre secreto y anonimato. El secreto es en cuanto al acceso a esta información; en la medida en que no se rompa este silencio, difícilmente puedan discutirse otros aspectos relativos a quién fue el donante. De esta manera, la primera barrera a derribar está en esta obligación de índole moral de hacer conocer a las personas nacidas por TRHA su forma de concepción.

III.2) El derecho a la información no identificatoria

La información no identificatoria, en concreto la relativa a datos genéticos o de salud, puede ser solicitada por el propio interesado cuando lo desee, debiendo sólo acercarse al centro de salud que intervino en la práctica médica gracias a la cual nació.

El CCyC –al igual que hace respecto del acceso a los orígenes en el campo de la filiación adoptiva (de conformidad con lo dispuesto en el art. 596, CCyC)– habilita este acceso sin establecer una edad mínima, en aplicación del principio de autonomía progresiva, según el cual si una persona menor de edad se acerca a un centro de salud a los fines de obtener información sobre aspectos relativos a la salud del donante, esta sola actitud hace presumir un interés sincero que la ley debe atender y, por lo tanto, permitir.

III.3) El derecho a la información identificatoria

El CCyC prevé que para identificar al donante (nombre y apellido, dirección, teléfono, localidad, edad, etc.) se debe realizar una petición fundada ante un juez, esgrimiendo razones valederas que ameriten levantar el anonimato del donante.

Para realizar esta petición el CCyC no prevé una edad determinada, como tampoco se prevé en materia de adopción (art. 596), sino que se recepta específicamente el principio de autonomía progresiva. Ahora bien, por tratarse de una acción sí se requiere contar con la capacidad procesal de las personas menores de edad para iniciar un proceso a estos fines. De esta manera, según se desprende de los artículos 26, 677 y 678, en principio, no podría el hijo que no ha alcanzado los 13 años actuar por sí, sin la representación de su padre o madre o alguna de sus madres o padres. Digo en principio porque por debajo de esa edad podría hacerlo previo demostrar que tiene la capacidad para ello.

Esta postura de anonimato relativo pasa el test de constitucionalidad y convencionalidad, atento al criterio de razonabilidad, que permite una solución equilibrada entre el derecho a conocer y el derecho a formar una familia, como ya se anticipara.

Por otra parte, cabe destacar que existe una diferencia sustancial entre el derecho a conocer los orígenes en la adopción y en las TRHA. En este último caso, se está hablando de conocer la realidad genética de quien aportó material a la TRHA, persona totalmente ajena al proyecto de maternidad/paternidad. En cambio, en la adopción nos encontramos con un derecho a conocer los orígenes mucho más amplio, que involucra un "bios" –la biografía de un niño, su historia, lo que sucedió con su familia de origen, si vivió durante un tiempo en un hogar, con quién, cuánto y cómo transitó ese tiempo–; todo esto hace a la identidad de este niño, tanto en su faz estática como dinámica. Claramente se observa que el derecho a conocer los orígenes en uno y otro tipo de causa fuente filial presenta particularidades propias, no pudiéndose equiparar, por lo que entonces no se discrimina. De allí que también sea diferente el alcance.

Asimismo, teniéndose en cuenta la experiencia que han tenido aquellos países que en la actualidad receptan un sistema abierto o de no anonimato, lo cierto es que estos países pasaron por una primera etapa de fuerte disminución de la donación, y aquellas personas o parejas que contaban con recursos económicos apelaban a bancos de gametos de otros países de la región en donde la donación era anónima. En otras palabras, transitaban los cambios legislativos, a la vez que transitaban los cambios culturales y sociales que implican adaptarse a las consecuencias jurídicas de esas nuevas normas.

Consecuentemente, a los fines de evitar cualquier disminución en una técnica de procreación que es necesaria para muchas parejas heterosexuales, y fundamental o esencial para las parejas del mismo sexo y para las mujeres solas, el CCyC no podía receptar un régimen que pudiera poner en peligro

la fertilización heteróloga, de allí que se entienda que la postura intermedia es la más equilibrada a la luz de los derechos en juego. Además, con el tiempo, se podría ir construyendo la "cultura de la donación" para, a lo mejor en algunos años, repensar si el sistema jurídico de anonimato relativo que adopta el CCyC debería ser mantenido.

No obstante, en Argentina existen programas de identidad abierta (conocidos por la sigla PIA), que técnicamente no están prohibidos por nuestra ley.

III.4) El derecho a que esa información sea resguardada

El saber que se ha nacido de TRHA con material genético de un tercero y, en especial, el resguardo de esa información, ha llegado a conocimiento de los estrados judiciales. El primer y único fallo que se refiere de manera precisa al acceso a la información identificatoria por parte de hijos nacidos de TRHA heteróloga es el dictado por la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal²⁷ que dictó sentencia en un proceso de amparo en el que se solicitó la creación de un registro con toda la información referida a la identidad de los donantes de gametos, que posean los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país, "con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial". En primera instancia, la petición fue rechazada; la Alzada hizo lugar parcialmente al recurso, y ordenó al Estado nacional –Ministerio de Salud de la Nación– a que "arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la información relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de que sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia".

Cabe destacar que en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil²⁸

²⁷ CNFed.CAdm., sala V, 29-4-2014, "C., E. M. y otros c/Estado Nacional, Ministerio de Salud", Rubinzal Online, RC J 3840/14. Ver el comentario a dicho fallo en HERRERA, Maira y L.A.M.M., Eleonora, *De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga*, en L. L. del 20-8-2014, ps. 5 y ss.

²⁸ Comisión 6, *Conclusión Derecho de acceso a la información de los nacidos por*