

¿EXISTE UN DERECHO AL HIJO? EL LUGAR Y LOS LÍMITES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA*

IS THERE A RIGHT TO A CHILD? ROLE AND LIMITATIONS OF ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUES

MARISA HERRERA**

Resumen: El presente ensayo tiene por objetivo responder un interrogante central en el Derecho filial en general, que observa ribetes propios o especiales en el campo de la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida: ¿existe un derecho al hijo? Aquí se responde de manera negativa, brindándose diferentes argumentos por los cuales sería pertinente referirse al derecho humano a formar una familia y en ese contexto, advertir que las técnicas de reproducción humana asistida constituyen un modo o vía para alcanzar o ver satisfecho este derecho humano. Que, como todo derecho humano, no es absoluto y por lo tanto, está sujeto a ciertas limitaciones que son explicitadas en esta oportunidad. Como punto de partida para esta visión revisionista del lugar de las técnicas de reproducción humana asistida, se parte de un análisis crítico de la noción «adultocéntrico», siendo que algunas voces doctrinarias consideran como un elemento negativo el deseo de un hijo en el marco de la reproducción asistida observándose –de modo errado– una supuesta tensión entre el derecho de los adultos a ser padres/madres vs. el interés superior del niño.
Palabras clave: reproducción asistida, derechos humanos, políticas públicas

Abstract: The purpose of this essay is to answer a central question in filial law in general, which observes its own or special boundaries in the field of filiation derived from techniques of assisted human reproduction: is there a right to the son? Here it is answered in a negative way, providing different arguments for which it would be pertinent to refer to the human right to form a family and in that context, to notice that the techniques of assisted human reproduction constitute a mode or via to reach or to see satisfied this human right. Like all human rights, it is not absolute and therefore, it is subject to certain limitations that are explicit in this opportunity. As a starting point for this revisionist view of the place of assisted human reproduction techniques, we begin with a critical analysis of the «adultcentric» concept, with some doctrinal voices considering as a negative element the desire of a child within the framework of the assisted reproduction observed –in an erroneous way– a supposed tension between the right of the adults to be fathers/mothers vs the superior interest of the child.

Keywords: Assisted reproduction techniques, human rights, public policies

* Fecha de recepción: 7 de abril de 2017.

Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2017.

** Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de La Pampa y Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora Independiente del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com.

SUMARIO: I. PRELUDIO; II. UNA TENSION FALAZ: LA MIRADA ADULTOCÉNTRICA VS. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO; III. LO INDIVIDUAL Y LO COLECTIVO EN LAS TRHA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS COMPROMETIDOS; 1. Algunas consideraciones generales; 2. El paraguas de la doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; IV. EL ACCESO A LAS TRHA COMO LÍMITE COMPLEJO: EL ROL DEL ESTADO; 1. Introducción; 2. Estado del arte desde el desarrollo jurisprudencial argentino; A. Palabras introductorias; B. Qué se entiende por tratamiento; C. Límite máximo de tratamientos; D. Acceso integral amplio y plural; E. La discrecionalidad de la justicia: el caso del diagnóstico genético preimplantacional. V. CONCLUSIONES PROVISORIAS; VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PRELUDIO

¿Existe un derecho al hijo?¹. Este es el interrogante que campea el presente ensayo focalizado en uno de los tipos o causa fuente filial como lo es la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), tal como lo reconoce el Código Civil y Comercial argentino vigente desde el 01/08/2015, cuyo artículo 558 (con el que se inaugura el Título dedicado a la «Filiación») expresa en su primera parte: «Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción».

Centrados en el régimen jurídico argentino, el que se conoce con mayor profundidad por pertenencia de origen y afinidad territorial, se brindarán argumentos de diversa índole para defender la idea de que la respuesta a este interrogante es, rotundamente, negativa. Ello lleva, como punto de partida, el deber de explicitar cuáles son los límites a las TRHA, no solo en lo relativo a su acceso, sino también en relación al derecho a la salud de la persona en el sentido amplio que propone la Organización de la Salud, es decir, no solo en su esfera física sino también psíquica, ya que «la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»². Pero principalmente, porque ya el planteo de un supuesto «derecho al hijo» encierra, de por sí, una disyuntiva compleja y perversa a la vez, en la que se coloca a los hijos como «objetos» y no como verdaderos «sujetos» de derecho³, como bien lo expone la Convención sobre los

¹ A modo de aclaración general, no se desconocen los avances que se han logrado en el campo del lenguaje escrito a los fines de ampliar y pluralizarlo desde la perspectiva de género utilizándose el símbolo @ o de manera más extensa aún, la x. Aquí se utiliza de modo tradicional, el masculino solo para facilitar la lectura y por tratarse de un artículo a publicarse en una revista jurídica.

² Conf. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (*Official Records of the World Health Organization*, n.º 2, p. 100), y cuya entrada en vigor aconteció el 7/4/48; definición que no ha sido modificada hasta la actualidad.

³ Para profundizar sobre esta indudable revolución copernicana en la concepción jurídica de la infancia y adolescencia recomendamos compulsar entre tantos otros: ASSEF, M., «El tiempo de los niños: Derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas», *DFyP*, Cita online: AR/DOC/631/2016, 2016; GARCIA O NEILL, V., «La nueva óptica sobre el niño, niña o adolescente», *DFyP*, Cita online: AR/

Derechos del Niño y receptan a nivel nacional, las legislaciones atinentes a los derechos de niños y adolescentes; y plasmado también de manera elocuente en la Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño⁴ referida al principio rector en la materia como lo es el «interés superior del niño», vinculándose en forma directa con la necesidad de adoptar «un enfoque basado en los derechos, en el que colaboren todos los intervinientes, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas del niño y promover su dignidad humana» (párrafo 5).

Por otra parte, no se debe perder de vista que el interrogante que aquí nos convoca desde el plano jurídico se conecta de manera inescindible con el «deseo de hijo» tan desarrollado en el campo del psicoanálisis.

La pregunta en torno a la existencia o no de un «derecho al hijo/a» fue planteada hace algunos años por una autora argentina, Nelly Minyersky⁵, quien lo abordaba desde la perspectiva jurídica vinculada a dos de las tres causas fuente filiales mencionadas: la filiación adoptiva y la derivada de las TRHA. Sucede que este interrogante ha tenido mucho más desarrollo, estudio y profundización en torno a la adopción: cuáles son los límites de esa búsqueda desenfrenada por un hijo, piénsese, por ejemplo, en los tantísimos casos en que esa búsqueda lleva a los adultos a realizar acciones delictuales y/o ilícitos civiles como lo es inscribir un hijo ajeno como propio⁶; reconocer un niño a sabiendas que no es

DOC/631/2016, 2016; FERNANDEZ, S., «La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios», *La Ley*, Cita Online: AR/DOC/1304/2015, 2015; VIDETTA, C., «Capacidad progresiva y derecho del niño al cuidado del propio cuerpo», *Microjuris online*, MJ-DOC-6651-AR | MJD6651, 2014; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El niño como sujeto de derecho, su interés superior y el reconocimiento de su autonomía progresiva», en *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ª ed., Santa Fe (Rubinzal-Culzoni), 2014, pp. 14-25; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Dignidad y autonomía progresiva de los niños», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 3, 2010, pp. 123 y ss. Con anterioridad nos hemos pronunciado sobre el tema en: HERRERA, M., «Reciclando tensiones en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. “niñología”», en *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2015, pp. 5-25; HERRERA, M., «Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos», *Manual de Derecho de las Familias*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2015, 1.ª ed., pp. 35-49; HERRERA, M. «Ensayo para pensar una relación compleja: Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino», *Revista Justicia y Derechos del Niño*, núm. 11, 2009, pp. 107 y ss.

⁴ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf>. [Consultado el 11/02/17].

⁵ MINYERSKY, N., «¿Derecho al hijo/a?», *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a Cecilia P. Grosman*, 1ª ed., tomo II, Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2009, pp. 381 y ss.

⁶ Se trata de la comisión de un delito como lo es la supresión y suposición del estado civil y de la identidad que se regula en los arts. 138 a 139 bis del Código Penal argentino, que no generaría gran conmoción social de conformidad con la poca repercusión y rechazo mediático –salvo un único medio de comunicación– acerca de la conducta asumida por la presidenta de la máxima instancia judicial de una provincia argentina, Jujuy, quien inscribió como propio un hijo ajeno, es decir, la partida de nacimiento exterioriza que quien reconoce que es «su hijo del corazón» está inscripto como hijo suyo y no lo ha sido como consecuencia de un proceso de

biológicamente su hijo y solicitar la pareja, con posterioridad, la denominada adopción de integración⁷; o estar a disposición para hacerse cargo de un niño cuando por las redes sociales mujeres ofrecen al mejor «postor» su hijo ante la imposibilidad –por lo general, acuciadas por necesidades sociales y materiales básicas insatisfechas– de quedarse con él⁸. Como se puede observar fácilmente, todas estas actitudes conculcan de modo manifiesto el mencionado «interés superior del niño», anteponiendo el deseo de hijo por sobre o contra dicho interés.

¿Es posible transpolar tal conflictiva al campo de las TRHA? En ese caso, ¿cuáles serían las diferencias y similitudes que observaría la cuestión al comparar lo que acontece en la adopción y en las TRHA? ¿Cuáles serían las limitaciones razonables y proporcionales que permitan virar el eje del derecho «al» hijo por el derecho a formar una familia?, siendo las TRHA una vía para el cumplimiento de este derecho que, como todo derecho, no es ilimitado, sino que siempre debe ser sopesado de conformidad con los demás derechos, principios e intereses que estén en juego como en este caso, el «interés superior del niño», como otros que se expondrán a lo largo del presente ensayo.

Como bien lo destaca Minyersky: «no existe un derecho al niño, ya que reconocer el mismo sería violar todos los principios de la doctrina de protección integral que nos señala al/a la niño/a como sujeto de derecho, una persona plena con iguales derechos, como tal, que los adultos». Tras esta aseveración, observa que en el campo de las TRHA el interrogante más preciso es si existe un «derecho a la procreación» y en este marco agrega: «existe un derecho a la procreación y que la limitación de la misma, por ejemplo, no permitir que una mujer sola pueda utilizar las técnicas de procreación asistida bajo la invocación de un interés superior de un niño que no ha sido procreado, es una falacia. O sea, que cuando hablamos

adopción que era la vía que correspondía en respeto y protección del derecho a la identidad. Conf. VERBITZKI, H. «La corrupción jujeña en torno de la presidente del Tribunal Superior», *Página 12*, 12/2/17. Disponible en <<https://www.pagina12.com.ar/19743-titina>>. [Consultado el 7/4/17].

⁷ Este tipo de actitudes son advertidas en algunos precedentes en los que se ha ordenado en el marco de un proceso de adopción solicitada por la cónyuge del supuesto padre biológico «reconociente», la realización de la correspondiente prueba genética a los fines de verificar si efectivamente, se trata de una adopción de integración genuina o esconde un reconocimiento complaciente a los fines de facilitar la inserción de un niño en una familia incurriéndose en un delito como lo es la sustitución de identidad como aconteció en HERRERA, M., «Colocando la figura de la adopción en su justo lugar», *Revista La Ley*, 27/7/15, p. 6 y ss; Cita online: AR/DOC/2293/2015 y HERRERA, M. y MOLINA DE JUAN, M., «El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando fondo y forma se encuentran» en FERNÁNDEZ, S.E. (dir.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. La protección integral de derechos desde una perspectiva constitucional, legal y jurisprudencial. Concordado con el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2015, Capítulo 3 del Título III, p. 1159 y ss.

⁸ Este tipo de acciones fue puesta de resalto en un informe periodístico publicado en la sección “Policiales” del diario Clarín. Conf. MESSI, V., «Mujeres embarazadas ofrecen a sus bebés en venta a través de páginas de Internet. Son sitios de acceso público y perfiles de Facebook donde se contactan con parejas que buscan adoptar de manera ilegal. Ya hay una investigación penal en marcha», *Clarín*, 29/1/17. Disponible en <http://www.clarin.com/policiales/mujeres-embarazadas-ofrecen-bebes-venta-traves-paginas-internet_0_Hynq_5qwx.html> [Consultado el 7/4/17].

de procreación asistida tenemos en vista, en primer término, a los adultos y protegemos su autonomía y libertad»⁹.

¿Qué significa y qué implicancias se derivan de virar el debate sobre la existencia de un «derecho al hijo» hacia un «derecho a procrear» y en particular, del derecho humano a formar una familia y su correspondiente acceso? Este es el interrogante central que a modo de columna vertebral transversaliza el presente ensayo a los fines, en definitiva, de desentrañar cuáles serían los pilares sobre los cuales se debería elaborar un régimen jurídico en materia de TRHA respetuoso de todos los derechos involucrados, incluso del niño que pudiera nacer producto del uso o la intervención de la ciencia médica que se encuentra en permanente desarrollo y perfeccionamiento; dato no menor también para destacar el dinamismo que campea el tema en estudio.

II. UNA TENSION FALAZ: LA MIRADA ADULTOCÉNTRICA VS. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En la doctrina argentina, alguna autora representante de la postura conservadora del derecho de familia en singular, es decir, férrea opositora al matrimonio igualitario y a todas aquellas figuras que extienden los límites de las familias heterosexuales fundadas en el matrimonio, suele referirse a la noción «adultocéntrica/o» con una fuerte carga negativa. Nos referimos a Úrsula Basset, quien al describir dos conflictos o cuestiones que encierran las TRHA como son el derecho a la información de los niños nacidos por TRHA heteróloga y la debatida figura de la gestación por sustitución critica de manera severa la supuesta prioridad del deseo de los adultos vs. el interés superior del niño.

Así, al referirse al derecho a la información sobre la necesidad de que los hijos nacidos con material genético de terceros accedan a conocer esta realidad identitaria, puntualiza al destacar un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que se «ha impuesto el deber de informarle a los hijos el modo en que fueron concebidos, introduciendo aire fresco en una regulación de corte adultocéntrico»¹⁰.

Y en relación a la denominada «gestación por sustitución» –también conocida en el Derecho comparado como maternidad subrogada o útero de alquiler– al comentar un precedente en el que se hizo lugar al pedido judicial para que cuando naciera un niño sea inscripto a favor de la hermana de la gestante y su marido, siendo que ellos eran quienes tenían la voluntad procreacional de ser padres y en el caso, quienes también habían aportado su material genético; expresó: «creemos que es urgente quitar toda duda respecto de la prohibición de la gestación por sustitución. Que es un contrato de objeto prohibido, queda bien claro. El cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato (art. 16 Cód. Civil y Co-

⁹ MINYERSKY, N., «¿Derecho al hijo/a?», cit., pp. 422 y 423.

¹⁰ BASSET, Ú., «La adopción como reconocimiento de una filiación preexistente», *La Ley* 6/2/17, Cita online: AR/DOC/4003/2016, 2017, p. 4 y ss.

mercantil). Argentina tiene que seguir en la línea de la defensa de los derechos de los más vulnerables, y así proteger a mujeres y niños en el contexto de nuevas visiones que terminan retrocediendo a épocas que creíamos haber superado. ¿Tiene límites el deseo? ¿Tiene límites el deseo si todos (todos los adultos y los niños ya nacidos) están de acuerdo? El dolor por la falta de un hijo no encuentra remedios alternativos. Hemos dicho ya que se trata de un curioso giro adultocéntrico, en el que el niño pasa de ser sujeto de derechos a ser el objeto de los derechos de otros, sin que pueda oponer objeción alguna. *Corsi e riccorsi* de la reflexión doctrinal. En el Derecho filiatorio las cosas no pueden transcurrir de esta manera. Porque la dinámica del Derecho filiatorio consiste en que en todos los casos la función del Derecho es comprobar una filiación, no tiene potestad de crearla»¹¹.

Disentimos con esta supuesta contradicción entre los adultos –que para darle un tinte peyorativo los adjetiva de adultocéntricos– y los niños por las siguientes razones. Visibilizar el deseo de los adultos de ser padres no es de por sí negativo. Incluso en la filiación por naturaleza o biológica, la mayoría de los hijos son una decisión –más o menos desarrollada– para su existencia. En esa misma línea, la adopción también es una decisión tomada por adultos que encierra otras connotaciones o elementos diferentes a la filiación por naturaleza como ser, si se está preparado para adoptar a niños mayorcitos, con alguna discapacidad, grupo de hermanos o nacidos en el extranjero por destacar algunas de las consideraciones claves que las personas que pretenden adoptar se preguntan antes de llevar adelante la iniciativa de adoptar y cumplir con los requisitos que exige cada legislación. Las TRHA no están exentas de esta misma lógica en la cual la voluntad de los adultos es central a los fines de tener hijos. ¿Acaso no es el interés superior de los niños que estos puedan nacer y que ello sea producto de una decisión de los adultos?

En este contexto, cabría preguntarse qué hay detrás o qué esconde esta mirada negativa, de desconfianza e incluso de una suerte de atropello, por parte de los adultos al decidir tener hijos por TRHA. La resistencia al avance de la ciencia y junto a ello, de las relaciones de familia al reconocer la existencia de una mayor conformación de formas de organización familiar que se salen de los estándares tradicionales: hijos nacidos en el marco de una pareja del mismo sexo conformada por dos mujeres; por decisión de un hombre solo o una pareja de hombres a través de la mencionada figura de la gestación por sustitución o por elección de una mujer sin pareja que decide conformar una familia monoparental. Todo ello es posible y cada vez tienen mayor peso en el escenario familiar contemporáneo gracias al desarrollo y perfeccionamiento de las TRHA. Así, oponerse a las TRHA bajo el manto de una supuesta decisión «adultocéntrica» que sería –de manera falaz– contraria de por sí al interés superior del niño implica, en el fondo, resistir el reconocimiento y consecuente aceptación de que nos encontramos ante un derecho de las familias, en plural con todo lo que ello significa. De base o como punto de partida, admitir que los cimientos sobre los cuáles se ha construido el derecho de familia en singular se encuentran –en buena hora– en crisis. Incluso principios

¹¹ BASSET, Ú., «Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?», *La Ley 2016-C, 88 - DFyP 2016 (junio)*, 6/6/16, 131. Cita online: AR/DOC/1311/2016.

que hasta hace poco tiempo se creían inamovibles como el principio binario en materia filial por el cual se entendía que ninguna persona podía tener más de dos progenitores. ¿Acaso no se han presentado en varios países situaciones de multi o pluriparentalidad¹², es decir, el reconocimiento jurídico de que un niño tiene más de dos progenitores? Y no es casual que en todos los supuestos en los cuáles se ha puesto en tela de juicio la limitación filial binaria se encontraban involucradas las TRHA. Por citar el ejemplo argentino, durante el año 2015, se presentaron dos casos ante el Registro Civil referidos a niños nacidos por técnicas de reproducción humana en el marco de un matrimonio conformado por dos mujeres. En ambos casos, quien aportó el material genético era amigo de la pareja, y cumplía también el rol de padre. Niños criados por estos tres adultos. Aquí, los registros civiles intervinientes hicieron lugar al reconocimiento efectuado por el hombre y emitieron una nueva partida,

¹² Para profundizar sobre esta tipología de organización familiar que está apareciendo lentamente pero a paso sostenido en la realidad social recomendamos compulsar: BELDI LUGRIS, S., «Negativa a la filiación múltiple, ¿puede ser considerada inconstitucional?», *Diario DPI Familia y Sucesiones*, núm. 67, 2016. Disponible en <<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/04/Doctrina-familia-nro-67.pdf>> [Consultado el 7/4/17]; GIL DOMINGUEZ, A., «La triple filiación y el Código Civil y Comercial», *RDF*, Cita Abeledo Perrot núm. AP/DOC/280/2016, 2016; GIL DOMINGUEZ, A., «La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada constitucional y convencional», *Revista de Derecho privado y Comunitario*, 2016, pp. 117 y ss.; LAMM, E. y RODRIGUEZ ITURBURU, M., «Familias multiparentales», en *Tratado de Derecho de Familia: actualización doctrinal y jurisprudencial*, 1.ª ed., Santa Fe, (Rubinzal Culzoni), 2016, pp. 808-820; SILVA, S., «La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental», *En Letra Derecho Civil y Comercial*, núm. 2, 2016, pp. 108-135. Disponible en <https://media.wix.com/ugd/9a5197_49efc2bd294a4d5a8290df431a40b505.pdf>. [Consultado el 7/4/17]; DE LA TORRE, N., «La triple filiación desde la perspectiva civil», *Revista de Derecho privado y Comunitario*, 2016, pp. 101-116; DE LA TORRE, N., «Pluriparentalidad: ¿Por qué no más de dos vínculos filiales?», *RDF*, Cita Abeledo Perrot núm. AP/DOC/1075/2015, 2015; FERRARI, G. y MANSO, M. «La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/2108/2015, 2015; LOUZADA, A., «Multiparentalidad. Filiación y multiparentalidad», *Thomson Reuters*, Cita online: AP/DOC/645/2015, 2015; MASSENZIO, F. «El derecho al reconocimiento de toda conformación familiar. Triple filiación e identidad», *RDF*, Cita Abeledo Perrot núm. AP/DOC/56/2015, 2015; PERALTA, M., «Lxs niñxs en las familias GLTB: un panorama de la situación actual», *Revista Niños, Menores a Infancias*, núm. 10, 2015. Disponible en <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/51090>> [Consultado el 17/4/17]; SOLARI, N., «Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo», *DFyP*, Cita online: AR/DOC/3209/2015, 2015; MARMETO, E., «La voluntad procreacional como elemento necesario para la apertura a vínculos filiales triples», ponencia presentada en la Comisión núm. 14 de Estudiantes en las XXV JNDC, 2015. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Marmeto_La-voluntad.pdf> [Consultado el 7/4/17]; BRUNEL, T., HUAIS, M., TISSERA COSTAMAGNA R. y VILELA BONOMI, M. «“Pluriparentalidad”, filiación e identidad en el CCyC», ponencia presentada en la Comisión núm. 6 de Familia en las XXV JNDC, 2015. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf> [Consultada el 7/4/17]; AMAYA, S. «No hay dos sin tres», ponencia presentada en la Comisión núm. 6 de Familia en las XXV JNDC, 2015. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Frisicale_Amaya_NO-HAY-DOS-SINTRES.pdf> [Consultado el 17/4/17]; HERRERA, M. y LAMM, E., en *Tratado de Derecho de Familia: según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1.ª ed., Santa Fe, (Rubinzal Culzoni), 2014, pp. 449-457 y pp. 724-736. Con anterioridad hemos abordado el tema en: HERRERA, M., «Familia monoparental y pluriparental», en *Manual de Derecho de las Familias*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, (Abeledo Perrot), 2015, pp. 29-31; HERRERA, M., «La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo», *RDF*, Cita Abeledo Perrot núm. AP/DOC/1066/2014, 2014.

constando el triple vínculo filial¹³. Y en el 2016, se presentó un caso que tuvo que ser judicializado sin haberse obtenido, hasta la fecha, sentencia. En este caso, se trata de una mujer que con su mejor amigo y la pareja de este, deciden, entre los tres, tener un hijo 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 voluntad procreacional en el correspondiente consentimiento informado de conformidad con las reglas que dispone el Código Civil y Comercial vigente desde agosto del 2015 que, precisamente, regula de manera especial y autónoma las TRHA¹⁴. Nace una niña y presentan al registro civil los tres consentimientos informados. ¿Sobre la base de qué variable el registro civil puede escoger dos de estos tres consentimientos para cumplir con el principio binario que rige en material filial? Ante la oposición del registro civil de inscribir a la niña bajo una triple filiación se procedió a su judicialización. En Brasil también se han planteado pedidos similares en el ámbito judicial. Un ejemplo es el fallo de la Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande, en 2015, en el que se hizo lugar al reconocimiento de multiparentalidad solicitado por un matrimonio conformado por dos mujeres y un hombre, quienes habían celebrado un «pacto de filiación». En virtud de este pacto, los tres requirentes se comprometieron recíprocamente en todo lo relativo al ejercicio del poder familiar, derecho sucesorio, guarda, visitas y alimentos. La Cámara revocó el rechazo decidido en la instancia anterior y declaró procedente «el pedido de reconocimiento de la multiparentalidad en relación a la hija, debiendo rectificarse el registro civil, a fin de que conste también como progenitora la esposa de la madre, con inclusión de los respectivos abuelos maternos»¹⁵.

En síntesis, las TRHA además de ser un tercer tipo filial, constituyen una tipología «rupturista». Así como aconteció hace muchos años con la adopción, cuando se aceptó que el niño pudiera no tener lazos filiales con sus progenitores, hoy las TRHA reafirman esa cuestión de un modo más complejo como acontece en los casos de TRHA heteróloga y más aún cuando quien gesta es una tercera persona.

En este marco social bien dinámico, el interrogante sobre la existencia o no de un derecho al hijo se profundiza al quedar habilitado o ampliado a actores y colectivos sociales que hasta hace un tiempo estaban absolutamente invisibilizados e imposibilitados de poder preguntarse si este supuesto derecho les pertenece o los incluye.

¹³ Cfr. DUPRAT, C., HERRERA, M. y PELLEGRINI, M., «Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de la Nación», *Revista Código Civil y Comercial. Edición Especial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Ley Thomson Reuters*, 2015, pp. 93-110 y PERALTA, M., «Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Abeledo Perrot*, 2014, pp. 53-70.

¹⁴ 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».

¹⁵ Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande Do Sul, 12/02/15, «L.P.R., R.C. y M.B.R. s/ Acción civil declaratoria de multiparentalidad». Disponible en <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf>> [Consultado el 17/4/17].

III. LO INDIVIDUAL Y LO COLECTIVO EN LAS TRHA DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPROMETIDOS

1. Algunas consideraciones generales

Tomar como punto de partida el interrogante en torno a si existe un derecho al hijo, para analizar de manera crítica el uso de las TRHA conlleva, necesariamente, a colocar sobre el escenario una tensión ancestral que ha centralizado el derecho de familia desde siempre como lo es autonomía de la voluntad vs. orden público, es decir, el interés individual (el deseo de hijo) por sobre el interés general (el lugar del Estado para satisfacer dicho deseo).

Como se puede observar, la supuesta antinomia entre autonomía de la voluntad y orden público que ha estado presente en la gran mayoría de las instituciones, conflictivas y apreciaciones familiares, también estaría presente en el campo de la reproducción asistida. ¿De qué manera, en qué sentido, bajo qué dimensión o qué debates genera transportar la diada autonomía de la voluntad y orden público a las TRHA? Este problema es el que se pretende desanudar en el presente ensayo tomándose como eje otro interrogante como es la posible existencia de un derecho al hijo, y si la respuesta es negativa como se adelantó, ahondar acerca de cómo la reconversión del versus en un conectivo –autonomía de la voluntad «y» orden público– complementarios uno de otro, constituye uno de los argumentos de mayor peso para aseverar, sin hesitación alguna, que no existe un verdadero «derecho al hijo» sino un derecho a formar una familia, siendo las TRHA un modo o vía, de peso, para su cumplimiento o al menos para intentar ejercer este derecho que, en cuanto derecho, tiene limitaciones propias.

En este contexto y desde otra óptica, la autonomía de la voluntad en el ejercicio del derecho a formar una familia mediante el uso de las TRHA encuentra como límite el interés social, es decir, el orden público y las limitaciones ínsitas en el rol del Estado cuyos recursos son finitos.

Ahora bien, cabe preguntarse si solo el derecho humano a formar una familia se encuentra comprometido en el campo de las TRHA. La respuesta negativa nuevamente se impone. Precisamente, la riqueza y complejidad de las TRHA descansa en la multiplicidad de derechos humanos comprometidos.

Para avanzar en esta línea, se propone llevar adelante un somero análisis comparativo de la jurisprudencia regional en materia de derechos humanos a los fines de advertir, justamente, cuáles son los derechos humanos involucrados en la materia en estudio para, en definitiva, conocer en profundidad los derechos que compromete el dilema en torno a la existencia o no de un derecho al hijo. Dada la amplitud de la temática en cuestión por impulso de gran desarrollo que ha tenido la doctrina internacional de los derechos humanos, en el próximo apartado nos concentramos en el análisis de la doctrina judicial emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su carácter de exponente

judicial clave en América Latina en materia de derechos humanos y que ha tenido especial interés en reproducción asistida.

2. El paraguas de la doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el presente apartado se pretende acercar de manera harto sintética, el marco convencional sobre el cual se debe desarrollar todo estudio dedicado a las TRHA como modo o vía de acceso a la maternidad y paternidad en América Latina.

Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tiene un menor desarrollo jurisprudencial en la materia, en comparación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al ser el primero un tribunal que sesiona periódicamente y no permanente como este último; el único precedente dedicado puntualmente a las TRHA brinda grandes aportes en la concepción y conceptualización de esta práctica médica en la región en el que se abordan dos cuestiones centrales como lo son la naturaleza jurídica del embrión no implantado y aunado a ello, la convencionalidad de la fertilización in vitro. La riqueza del *thema decidendum* se ve reflejada en los importantes aportes que se derivan de este precedente que data del 28/11/2012¹⁶ y que fue reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia cuya resolución es del 26/02/2016¹⁷.

En esta oportunidad, la Corte IDH no solo concluyó que la protección del derecho a la vida desde la concepción, que recepta el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, rige recién cuando el embrión está transferido en la persona y no antes de este evento, por lo cual asevera que el embrión no implantado no se le debe reconocer la naturaleza de persona, sino que profundiza acerca de los derechos humanos comprometidos en las TRHA, en particular, en la fertilización in vitro (FIV).

Entre tantísimas consideraciones, afirmaciones y argumentos que se brindan, aquí vale recordar las siguientes dada su aptitud de comprender con mayor precisión los derechos humanos que están involucrados en el supuesto derecho al hijo que aquí se reconvierte al derecho a formar una familia y que la propia Corte IDH profundiza en el fallo en análisis. Veamos, en primer término, la Corte IDH entiende que los derechos humanos que se encuentran comprometidos en las TRHA son: el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal; el derecho a la salud sexual y reproductiva; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico

¹⁶ Corte IDH, 28/11/2012, «Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica». Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf> [Consultado el 7/4/17].

¹⁷ Corte IDH, 26/02/2016, «Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Supervisión de sentencia». Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf> [Consultado el 7/4/17]. Anteriormente nos hemos pronunciado al respecto en HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y LAMM, E., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones», *La Ley*, Cita online AR/DOC/875/2016, 2016.

y el principio de no discriminación por razón socioeconómica y del género, siendo que «si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y por lo tanto parece neutral, tiene un impacto negativo y desproporcional en las mujeres» (párrafo 299).

Dentro de este entramado complejo de derechos humanos que la Corte IDH reconoce de manera expresa que generan las TRHA, cabe destacar las siguientes consideraciones centrales: a) que el derecho humano a gozar de los beneficios del progreso de la ciencia y tecnología interactúa con el derecho a la libertad y «la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones» (párrafo 142 *in fine*); b) que la protección a la vida privada «abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales», concepto que también se integra por el derecho de acceder a formar una familia o en palabras de la Corte IDH «que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres» (párrafo 143); c) que del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (párrafo 150); d) que «el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar» y en esta línea argumental, se asevera que ello involucra el derecho a formar una familia (párrafo 145) y e) que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva, el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra, a la par, el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (párrafo 146)¹⁸.

Como se puede apreciar, la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos reconoce la existencia de un derecho humano a formar una familia, siendo este

¹⁸ Para profundizar sobre este importantísimo precedente convencional se recomienda compulsar entre tantos otros: LAMM, E., «El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/1297/2015, 2015; VILLAVERDE, M., «La concepción y el comienzo de la existencia de la persona humana. Relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del Código Civil y Comercial de la Nación», *DFyP*, Cita online: AR/DOC/1119/2015, 2015; HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Y LAMM E., «Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: no a la actuación del asesor de menores como “Defensor de Embriones”», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/3667/2014, 2014; HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Y LAMM E., «Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/4369/2014, 2014; HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Y LAMM E., «El embrión no implantado. El proyecto de Código y total consonancia con la CIDH», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/6204/2012, 2012.

uno de los derechos humanos directamente involucrados en el campo de las TRHA. Por el contrario, en ningún momento se habla de un verdadero «derecho al hijo», sino de acceder a través o gracias al avance de la ciencia, a la posibilidad de tener hijos.

De este modo, se puede concluir que la voz más autorizada en América Latina ha sabido ubicar en su justo lugar a las TRHA dentro del amplio, vasto y rico campo de los derechos humanos. ¿Hay un derecho a un hijo? No, hay un derecho a fundar una familia y el acceso para lograr ese derecho son las TRHA. ¿Con qué limitaciones? Esto es lo que se analiza a continuación al colocarse en el centro de la escena al Estado en su carácter de garante último de los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación de ningún tipo.

IV. EL ACCESO A LAS TRHA COMO LÍMITE COMPLEJO: EL ROL DEL ESTADO

1. Introducción

Uno de los temas más arduos que comprometen las TRHA se refiere a su acceso debido el fuerte costo económico que aún observan las denominadas técnicas de alta complejidad que, de conformidad con la legislación argentina, son entendidas como «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» (art. 2, decreto 956/2013 que reglamenta la Ley de acceso integral de técnicas de reproducción asistida, Ley 26.862)¹⁹. Al respecto, cabe agregar que en esta misma disposición se establece que la cobertura médica también se extenderá «a nuevos procedimientos y técnicas en la cobertura que explicita la Ley n.º 26.862, siempre que tales procedimientos y técnicas hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia A, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados, y luego de la evaluación técnica realizada por la Dirección Nacional de regulación Sanitaria y Calidad de los Servicios de Salud» por indicación en normas complementarias a dictar por la Autoridad de Aplicación que es el Ministerio de Salud de la Nación. Esta conducta legislativa de ampliar la cobertura a otros procedimientos o tratamientos que se puedan desarrollar en un futuro se condice o está en total consonancia con el mencionado derecho humano a gozar de los beneficios del desarrollo y progreso de la ciencia que menciona de manera expresa y precisa la Corte IDH en el mencionado caso «Artavia Murillo y otros contra Costa Rica» del 28/11/2012.

¹⁹ Por contraposición, se entiende por técnicas de baja complejidad «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» (art. 2, decreto 956/2013).

Ahora bien, ¿cuál debería ser el rol del Estado en su carácter de garante último de todos los derechos humanos de las personas que habitan o transitan suelo nacional en lo relativo al acceso a los procedimientos de TRHA? Es cierto que el Estado se compone de tres poderes y cada uno de ellos, en mayor o menor medida, tiene incidencia en la satisfacción de derechos humanos; las TRHA involucran a varios de estos derechos y no están al margen de esta afirmación. Así, al Poder Legislativo le cabe regular este tipo de práctica médica desde diferentes aristas y facetas, la que se refiere de manera estricta al acceso a las TRHA y todo lo relativo a la cobertura médica y también la que se vincula con los aspectos filiales y con otras cuestiones –varias– que comprometen de manera directa esta temática como lo es lo relativo al consentimiento informado y la información disponible a los usuarios, todo lo vinculado a la donación de gametos y embriones, habilitación y control estatal de los centros de salud; y principalmente por estar relacionado con el interrogante en análisis como lo es la existencia o no de un derecho al hijo, limitar el acceso a las TRHA por razones sociales como individuales.

Nos explicamos, las razones sociales se vinculan con la finitud de los recursos materiales y la disyuntiva que gira en torno a las TRHA bajo la noción de derecho a la salud en sentido amplio como lo propone la Organización Mundial de la Salud²⁰, no solo físico como sinónimo de infertilidad médica, sino también psíquico como se deriva de la dificultad de acceder a la maternidad/paternidad en los casos de infertilidad social o estructural como acontece con las parejas del mismo sexo o las mujeres sin pareja; siendo más complejo aun cuando se trata de parejas del mismo sexo conformadas por dos hombres o por el acceso la paternidad monoparental ya que aquí se debe apelar a la figura de la gestación por sustitución, cuestión a la que nos referiremos más adelante como parte de la respuesta a si existe o no un derecho al hijo y si el Estado debe favorecer, permitir, reconocer todos los modos de dicho acceso, más allá de sus limitaciones en torno a la cantidad.

Como bien se ha sostenido y tras un fuerte desarrollo teórico y jurisprudencial sobre la operatividad y efectividad de los derechos sociales y salirse de su carácter meramente programático²¹, el derecho a la salud es un derecho exigible. Ahora bien, como es sabido «el principal argumento que se alega a fin de justificar el no cumplimiento de los derechos sociales es el de la escasez de recursos... Se ha dicho que el Estado no puede atender todas las demandas, lo cual conlleva a que algunos derechos no sean satisfechos, por lo que no se puede dejar de reconocer que los recursos ocasionan graves problemas a la hora de desarrollar los DESC»²². Esta aseveración en el campo de las TRHA presentaría dos parti-

²⁰ «La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades» (Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 1946).

²¹ Una excelente síntesis de este pasaje de lo meramente programático o aspiracional al plano de la efectividad y la concretización, se recomienda compulsar ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1.ª ed., Madrid (Trotta), 2002.

²² RONCONI, L., «Derecho a la salud: entre reglas y principios», en *Tratado de Derecho a la Salud*, 1ª ed., Tomo II, Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2013, p. 994.

cularidades. La primera, que la salud más allá del sentido amplio expuesto, no compromete situaciones de urgencia y ello a la hora de ponderar derechos en pugna en un contexto donde los recursos materiales son finitos constituye un dato relevante, priorizándose la asignación de presupuesto para la cura de enfermedades que afectan a la salud física desde el punto de vista de la sobrevivencia, por ante la salud en conexión con el derecho a formar una familia. La segunda, los altos costos económicos que sigue primando en las técnicas de alta complejidad a pesar del perfeccionamiento de los procedimientos y mayores facilidades biotecnológicas.

Todo lo dicho, en el marco de una práctica médica en constante desarrollo, lo cual obliga a interpelarse de manera constante si tal o cual avance científico debe, de por sí, estar al alcance de toda persona y ello solo podría serlo con una fuerte presencia del Estado en su papel de garante último de los derechos de las personas. Esta disyuntiva que involucra a la satisfacción del derecho a la salud, íntimamente vinculado al derecho a formar una familia y a gozar de los beneficios y progresos de la ciencia, es puesta de resalto de manera bien reciente por una autora argentina al profundizar sobre la cuestión del ADN mitocondrial y la posibilidad de que un niño porte el ADN de tres personas y no de dos²³.

Para comprender con mayor exactitud esta nueva problemática que se introduce en torno al rol del Estado y los límites en el acceso a la maternidad/paternidad, cabe destacar que el ADN mitocondrial o también denominada «sustitución de ADN mitocondrial»²⁴ constituye una técnica hábil para prevenir la transmisión de determinadas enfermedades extrañas y quizás abordar algunas de las causas de la infertilidad; también se la conoce como «FIV de tres personas» al utilizarse material genético de tres personas, por lo general, el material de dos que tienen voluntad procreacional y un tercero en calidad de donante. Como bien se ha explicado: «La técnica tiene por objeto prevenir la transmisión de enfermedades hereditarias causadas por defectos en el ADN (material genético) de las mitocondrias-estructuras dentro de las células que convierten la energía de los alimentos en una forma que las células pueden utilizar. Estos defectos, que se heredan de la madre al niño, pueden causar pérdida de la coordinación muscular, problemas visuales y/o auditivos, retraso mental y otros problemas, principalmente del cerebro, el corazón, y en los músculos. Cada año se estima que entre 1.000 y 4.000 bebés nacen con la enfermedad mitocondrial en los EE.UU., según la Fundación de Enfermedades de Estados mitocondriales. La enfermedad mitocondrial tiene varias causas, y solo algunos casos son causados por defectos en el ADN mitocondrial. La esperanza en la técnica consiste en prevenir la enfermedad mitocondrial en algunos bebés que de otra manera se verían afectados. El reemplazo de ADN mitocondrial es una técnica que parte de una fecundación in vitro. Se toma el óvulo de la madre y espermias del padre,

²³ SANDERS BRULETTI, M., «Los “hijos de 3 ADN”: Legislación e igualdad formal», *Microjuris*, Cita: MJ-DOC-10641-AR | MJD10641, 2017.

²⁴ Para profundizar sobre esta cuestión y los dilemas éticos que genera se recomienda compulsar, HERRERA, M y LAMM, E., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires (La Ley-Thomson Reuters), 2015, pp. 295-452.

pero a diferencia de la FIV convencional, la técnica también utiliza el ADN mitocondrial del óvulo de una donante sin defectos mitocondriales. En una versión de la sustitución de ADN mitocondrial, el núcleo del óvulo de la donante se sustituye con el núcleo del óvulo de la madre. El núcleo contiene la mayor parte de la información genética del óvulo. Este óvulo es fertilizado luego con el espermatozoides del futuro padre. Otro método comienza fertilizando el óvulo de la madre y el óvulo de la donante con el espermatozoides del padre, y luego se reemplaza el núcleo del óvulo fertilizado de la donante con el de la madre. En cualquiera de las dos formas, el embrión resultante tiene ADN nuclear de la futura madre y el padre y el ADN mitocondrial de la donante de óvulos»²⁵. Como lo afirmará junto con Lamm, se trata de una técnica que genera, en la actualidad, cierta polémica o «persistentes dudas sobre la seguridad de la técnica, sobre todo para los niños resultantes. Se cuestiona si la tecnología en sí podría causar cambios genéticos o epigenéticos problemáticos en el embrión o dañarlo; también que el ADN de las tres partes podría ser incompatible»²⁶.

Precisamente, Sanders Brulletti se dedica a cuestionar el papel del Estado en la accesibilidad de este tipo de técnicas planteándose una cantidad de interrogantes que deja abiertos y que son hábiles para profundizar el dilema que moviliza el presente ensayo referido a la existencia o no de un derecho al hijo, en este tema puntual, el derecho al hijo con algo de carga genética de quien de otro modo, debería apelar directamente a la donación de terceros porque nada de su propio material genético podría ser rescatado o utilizado en el marco de un proyecto parental. Uno de los primeros interrogantes que exterioriza esta autora vuelve a colocar sobre el escenario como un elemento negativo el deseo de los adultos. Al respecto, dice: «¿Pueden hacerse las prácticas con embriones para obtener un niño de 3 ADN? Además, si bien se advirtió que la ciencia puede trabajar con los óvulos o con los embriones (técnicas 3 ADN); es innegable el arduo trabajo de laboratorio junto al derecho individual del deseo, propio del siglo en que vivimos. Ecuación manipulación-derecho al hedonismo adulto. Por lo tanto, ¿qué sociedad decidimos construir?». En esta línea interrogativa o interpelante, al puntualizar que la sustitución de ADN mitocondrial implica modificar la información del ADN se pregunta si «este procedimiento modificaría por siempre la información genética proveniente de las mitocondrias. ¿Hasta qué punto sería de relevancia negativa para la humanidad? ¿O sería simplemente positivo porque evita la transmisión de una enfermedad grave?». Más aún, desde un punto de vista que se podría considerar errado, al mezclar diferentes fuentes filiales como lo es la adoptiva que tiene ribetes absolutamente diferenciados a la filiación derivada de las TRHA, se pregunta por qué si «cuando se adopta un niño se lo toma tal cual es; no se introducen modificaciones profundas en él. ¿Por qué motivo estaría autorizado un humano a introducir modificaciones en un embrión? ¿Cuál sería la diferencia para permitirlo en un caso y para sancionarlo en otro? Pensemos que incluso para ser donante de un riñón debo ser mayor de edad, en principio, en pos del

²⁵ HERRERA, M y LAMM, E., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., pp. 450-451.

²⁶ HERRERA, M y LAMM, E., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., p. 451.

principio de autodeterminación. Para modificar a una descendencia entera para siempre, ¿alguien puede encontrarse habilitado?». Tras esgrimir estas consideraciones críticas de modo interrogativo, se pasa al plano del acceso y junto a ello, al lugar que debería adoptar el Estado a la luz del principio de igualdad y, por lo tanto, de que este tipo de técnica esté al alcance de toda persona y no solo de aquellas que están en condiciones económicas de solventarla. En este sentido, se plantea «¿Qué sucede con la igualdad? ¿Cómo debe distribuir el Estado el dinero del presupuesto para salud? ¿Habrá que ponderar –al estilo de Rawls– los principios bioéticos en juego (autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia)? Si la modificación genética de la línea germinal se convierte en parte de las prácticas médicas, daría lugar a cambios radicales en el bienestar de los seres humanos, con consecuencias para la esperanza de vida, la identidad y la producción económica. Pero también crearía dilemas éticos y retos sociales. ¿Y si estas mejoras solo estuvieran a disposición de las sociedades o de las personas más ricas?».

Todos estos son planteos que se desenvuelven en el plano del Poder Legislativo a los fines de indagar qué, hasta dónde y cómo regular los avances de la ciencia en reproducción asistida y más amplio aún, en biotecnología. Ahora bien, para llegar al punto de tener o no cabida desde el aspecto legal, es de suma importancia profundizar sobre las obligaciones estatales al respecto.

En otras palabras, todo lo relativo al acceso a una práctica compromete la cuestión del presupuesto en salud, es decir, el rol del Estado en lo que respecta al Poder Ejecutivo, siendo el ámbito de decisión política en la que se estructura, organiza y deciden las políticas públicas y entre ellas, la asignación presupuestaria para afrontar las erogaciones en este campo tan complejo como lo es el de la salud, profundizado e interpelado por los grandes avances operados en la tecnología reproductiva y la ingeniería genética. Máxime en un régimen jurídico como el argentino, en el que se regula de manera precisa la filiación derivada de las técnicas médicamente asistidas, pretendiéndose evitar que las personas incurran en prácticas caseras, es decir, aquellas que se realizan por fuera de toda intervención médica por la inseguridad jurídica que ello trae consigo en un campo tan sensible como lo es la filiación que compromete, en definitiva, la identidad de las personas nacidas de este modo y en definitiva, de todo el grupo familiar. ¿Qué acontecería si una pareja conformada por dos mujeres apelan a la buena voluntad de un amigo quién les da su material genético para que se lo transfieran de manera casera con el uso de una jeringa y tiempo más tarde pretende ser reconocido como padre? Este tipo de conflictivas se evitan si las TRHA se desarrollan dentro de la formalidad que significa un centro de salud aunque sea el consultorio de un profesional ginecólogo que alcanza para ciertos procedimientos de baja complejidad. De este modo, y tomándose como base la legislación argentina, con más precisión, el Código Civil y Comercial vigente desde el 01/08/2015, todo consentimiento informado, libre y formal que debe prestarse ante cada procedimiento de TRHA como instrumento central que recaba la voluntad procreacional de quién o quiénes quieren ser padres/madres, debe ser prestado en un centro de salud (conf. arts. 560 a 562).

Por último, cabe destacar el rol del Estado a través del Poder Judicial. Precisamente, ha sido la justicia quien, ante un contexto de absoluto silencio legislativo sobre las TRHA, se fue manifestando ante diferentes planteos –cada más con mayor asiduidad– de reintegro del dinero utilizado para solventar tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad ante el resultado negativo y la necesidad de volver a intentarlo, pero careciendo de los recursos económicos para afrontarlo nuevamente. Más adelante, las acciones de amparo –por lo general, tramitan por esta vía más rápida– planteaban el pedido de cobertura ante la falta de recursos para llevar adelante incluso por primera vez, un tratamiento médico costoso como el ICSI²⁷ o la FIV (fertilización in vitro). De este modo, la justicia fue delineando y abriendo el debate a una de las cuestiones más sensibles que comprometen las TRHA como lo es el tema de la cobertura y sus limitaciones por razones sociales tal como se sintetizó, pero también individuales en atención a los intereses en juego, en especial, los de mercado ya que la actividad de la reproducción asistida está en cabeza de centros o instituciones privadas y ellos deberían ser quienes limiten el uso y abuso del cuerpo, principalmente, de las mujeres que se exponen a este tipo de prácticas médicas. ¿Cuántos procedimientos de alta complejidad puede llevar adelante una persona para que no vea comprometida su integridad tanto física como psíquica? Es evidente que a los fines de lograr una real protección de los derechos humanos comprometidos, tal limitación no puede quedar en manos de establecimientos privados que más allá de tener un tecnicismo y preparación en la temática, también lucran con esta experticia que ha estado siempre bajo el mando y desarrollo del sector privado.

¿Qué ha expresado la jurisprudencia en lo relativo al acceso a la cobertura y sus limitaciones? ¿Cuáles han sido los planteos judiciales que han sido hábiles para forjar los cimientos de la regulación argentina en esta cuestión relativa al acceso, es decir, la Ley 26.862? ¿Qué otros interrogantes o tensiones se observan a pesar de la regulación expresa sobre la cobertura médica? ¿Cuáles son y por qué las restricciones que impone la Ley y cómo han sido receptadas por los usuarios y también por la jurisprudencia ante planteos de inconstitucionalidad de algunas disposiciones?

Estos son algunos de los interrogantes que se pretenden desentrañar en el próximo apartado a los fines de contar con un pantallazo general de las conquistas y debates generados por el tema de la cobertura médica de las TRHA tomándose como eje de análisis el desarrollo jurisprudencial y legislativo argentino.

Al respecto, y como punto de partida, es dable destacar que desde mediados del 2013, fecha en el que se sancionó la Ley 26.863 y meses más tarde su decreto reglamentario

²⁷ Estas siglas corresponden a la inyección «intracitoplasmática de espermatozoides» que constituye «una técnica de reproducción asistida que consiste en la fecundación de los ovocitos por inyección de un espermatozoide en su citoplasma mediante una micropipeta, previa obtención y preparación de los gametos con el fin de obtener embriones que puedan transferirse al útero materno». Conf. WIKIPEDIA «Inyección Inyección intracitoplasmática de espermatozoides». Disponible en <https://es.wikipedia.org/wiki/Inyecci%C3%B3n_intracitoplasm%C3%A1tica_de_espermatozoides>. [Consultado el 7/4/17].

956/2013, esta última en especial dispone en la parte pertinente de su art. 8 que «En los términos que marca la Ley N.º 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos»; asimismo se agrega que «Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo tres (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad» y seguido a ello, se aclara que «Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8.º de la Ley n.º 26.862».

Esta disposición genera ciertos interrogantes que han llegado a oídos de la justicia, la cual tuvo que expedirse al respecto en sentido contrario tal como se expone en el próximo apartado.

Estas desavenencias referidas a la cantidad máxima de tratamientos a ser cubiertos, como así también qué se entiende por un tratamiento o por cobertura «integral» tal como se denomina la Ley 26.862 de «Acceso Integral a las TRHA», han sido alguno de los debates desarrollados en la jurisprudencia argentina contemporánea. Y esto es hábil, en definitiva, para ahondar en torno a los límites que impone la Ley al acceso a las TRHA y junto a ello, la extensión del derecho humano a formar una familia el que, como todo derecho, no es absoluto y está sujeto a restricciones pero siempre de manera fundada y en consonancia con el principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En esta línea argumental, si bien no se habla de un derecho al hijo sino de un derecho a formar una familia, este también observa sus complejidades y limitaciones acordes en una sociedad democrática a los fines de evaluar la injerencia estatal legítima o ilegítima que se deriva de toda restricción a un derecho humano.

2. Estado del arte desde el desarrollo jurisprudencial argentino

A. Palabras introductorias

A los fines de colocar sobre el escenario las tensiones que genera el interrogante acerca de la existencia de un derecho al hijo reconvertido en este ensayo en el derecho al acceso a formar una familia, es innegable que uno de los principales desafíos gira en torno al rol del Estado como garante último de los derechos humanos de las personas, y junto a este y de manera previa, la obligación de prepagas y obras sociales que son las principales instituciones encargadas de cubrir los costos de los tratamientos de reproducción asistida.

¿Qué ha acontecido con esta cuestión en el Derecho argentino? ¿Qué grado de cobertura y por ende, acceso a las TRHA se ha logrado? Al respecto, solo un dato elocuente, más allá de contar con una Ley de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida, la ya reiterada Ley 26.862 debidamente reglamentada en el decreto 956/2013, lo cierto es que las acciones de amparo solicitándole a la justicia que ordene la correspondiente cobertura no ha mermado. ¿Cuál es la razón de esta situación absolutamente negativa, máxime en una temática donde el paso del tiempo juega en contra a la posibilidad de obtener resultados positivos, es decir, lograr que las personas se embaracen?

Los argumentos podrían ser varios. Aquí se esgrimen o explicitan dos que se consideraran centrales. El primero, la falta de una regulación bien precisa que no dé lugar a confusión alguna en torno a la cantidad de tratamientos a ser cubiertos y a la par, definir o delimitar qué se entiende por tratamiento. Nos explicamos: a una persona le extraen sus óvulos, a su pareja el semen y se conforman embriones. Solo se le transfiere uno solo y el de mejor calidad –movilidad– y el resto son criopreservados. El intento falla y al tiempo se pretende la transferencia de un segundo embrión y por ende intento. ¿Esto se considera que ya sería un segundo tratamiento o que integra o forma parte del primero? Esto acontece en un contexto en el que se sabe que las prepagas y obras sociales, ante cualquier tipo de duda, suelen negarse a la cobertura sobre la base de razones económicas y del mercado del sistema de salud, máxime tratándose de procedimientos como los de alta complejidad que son costosos.

La segunda se vincula con la última afirmación, se refiere a dicha actitud reticente por parte de las prepagas y obras sociales quienes saben que si rechazan pedidos de cobertura y obligan a las personas a judicializar, ya el solo hecho de tener que ir a la justicia para ver si tienen un derecho de acceso a la cobertura y a la par, ver satisfecha la posibilidad de acceder a formar una familia, terminan desistiendo del planteo por el mencionado factor tiempo conjuntamente con los gastos que significa iniciar un proceso judicial. En otras palabras, las empresas privadas de servicio de salud como las obras sociales saben que algunas personas desisten del reclamo y, por lo tanto, terminan aceptando coberturas parciales –por ejemplo, solo el 40, 50 o 60 por ciento de la medicación– y el resto se hacen cargo de manera personal ante los efectos negativos que se derivan de una judicialización. Pese a ello, un número considerable de personas siguen peticionando a la justicia a través de la acción expedita de amparo a los fines de lograr la cobertura de procedimientos de alta complejidad.

En definitiva, a través de diferentes conflictos que se han debido judicializar se pretende dar cuenta de un panorama general sobre las dificultades que aún subsisten en el acceso a la cobertura médica de los tratamientos y por lo tanto, al derecho a formar una familia.

B. Qué se entiende por tratamiento

Como se adelantó en el apartado anterior, uno de los principales conflictos que ha generado la presencia aún sostenida del sistema judicial en materia de acceso a la cobertura

médica a pesar de la sanción de una Ley al respecto, es la interpretación acerca de qué se entiende por un tratamiento y por lo tanto, cuándo se alcanza el máximo de tres tratamientos de alta complejidad que dispone –con una redacción un tanto confusa como se verá más adelante– el decreto 956/2013.

Esto es lo que se debatió en un fallo del Juzgado de Familia n.º 1 de Esquel del 21/10/2016²⁸ en el que se solicita una medida cautelar para que la obra social demandada cubra el 100% del tratamiento de transferencia de embrión criopreservado, incluyendo los gastos de medicación y los que demande la práctica, a ser realizado en un determinado nosocomio. Se trata de una mujer de 46 años que quiere ser madre sola, quien se realizó tres tratamientos de alta complejidad quedándole un embrión criopreservado. La obra social se opone al sostener que la cobertura de la transferencia de este último embrión implicaría un cuarto tratamiento y, por lo tanto, estaría fuera del máximo que prevé la Ley.

La jueza hace lugar a la cautelar solicitada y para ello sostiene que «es de toda evidencia que la postura de la obra social resulta inaudible, a poco que se repare en que el tratamiento de fertilización autorizado (ICSI con ovodonación) incluye diversos pasos o etapas como puede leerse del instrumento incorporado por la demandada en la pág. 99 donde se presupuestan los ciclos de tratamiento: a) seguimiento de ovulación, b) punción FIV, c) laboratorio FIV/ICSI, d) transferencia embrionaria, e) anestesia, f) columnas de anexina», concluyéndose entonces que «al haberse obtenido un embrión más que a la fecha no fue transferido a la paciente, la práctica autorizada no puede tenerse por finalizada».

Este debate habría sido resuelto por el Ministerio de Salud de la Nación mediante el dictado de la Resolución n.º 1. E/2017 de fecha 02/01/2017, en el que se aclara qué se entiende por un tratamiento. ¿En qué sentido? De un modo bastante amplio como se lo expone a continuación, es decir, más en favor de las personas y por lo tanto, entendiéndose que se debe lograr un mayor esfuerzo económico por la parte más fuerte que son las empresas privadas, obras sociales o el Estado de manera supletoria.

Así, en el Anexo I de la mencionada resolución se establece que «un tratamiento de alta complejidad consistente en o con técnica de fecundación in vitro (FIV) con ovocitos propios comprenderá los siguientes procedimientos médicos/etapas: (I) una estimulación ovárica –también denominada estimulación ovárica controlada–; (II) una aspiración ovocitaria bajo control ecográfico; (III) un procesamiento de esperma mediante *Swim up* o *Percoll*; (IV) una inseminación de los ovocitos; (V) un cultivo in vitro hasta blastocito; y (VI) hasta tres transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)». Esta misma lógica se sigue cuando los ovocitos son donados. En este sentido, se entiende que un tratamiento comprende «los siguientes procedimientos médicos/etapas: (I) una estimulación endometrial receptora; (II) una estimulación ovárica –también denominada estimulación ovárica controlada– de la donante; (III) una aspiración ovocitaria bajo control ecográfico

²⁸ Juzgado de Familia n.º 1 de Esquel, 21/10/16, «N., D. V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL SEROS S/AMPARO», inédito.

de la donante; (IV) un procesamiento de espermia mediante *Swim up* o *Percoll*; (V) una inseminación de los ovocitos donados; (VI) UN cultivo in vitro hasta blastocito; y (VII) hasta tres transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)».

De este modo, el primer tratamiento no se circunscribe a la transferencia en fresco (o *in fresh*), sino también a los criopreservados pero hasta un máximo total de tres transferencias.

C. Límite máximo de tratamientos

Más compleja es la cuestión del máximo de tratamientos a cubrir cuando los recursos económicos de un Estado siempre son finitos.

Veamos, al respecto el decreto reglamentario 953/2013 dice en su parte pertinente que «En los términos que marca la Ley n.º 26.862, una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos» (art. 8). Si bien con una redacción un tanto confusa o al menos no lo suficientemente clara como debería haber sido, el plazo anual está solo estipulado para los tratamientos de baja complejidad; por el contrario, las de alta complejidad se consigna que el máximo es de tres sin establecerse un plazo temporal alguno, por lo tanto se considera que es así de por vida. Esta es la interpretación que se sigue en la Resolución del Ministerio de Salud del 2017 sintetizada anteriormente. Y también la interpretación seguida por alguna jurisprudencia, sin dejar de observar las particularidades y voces contrarias que genera esta cuestión.

Como ejemplo de esto, se trae a colación el fallo de la Corte Suprema de Justicia de Salta del 18/04/2016²⁹ en el que se afirma en primer lugar que «De la lectura del artículo se desprende una distinción entre el primer supuesto, referido a las técnicas de baja complejidad, las que deben ser autorizadas en un número de cuatro intentos anuales, del segundo, atinente a las técnicas de alta complejidad, en relación al cual alude al término “hasta tres intentos”, estableciendo un intervalo mínimo de tres meses entre cada uno de ellos, por lo que de una interpretación literal del decreto surge que el límite para las técnicas de alta complejidad es de tres intentos en total»; seguido a eso se analiza si esta limitación es coherente o está en consonancia «con lo que establecen las normas superiores que regulan la materia, en particular, los Tratados Internacionales que se refieren a los derechos reproductivos y a la protección integral de la familia, de jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional,

²⁹ CS, Salta, 18/4/16, «D., M. B. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) – AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN» (Expte. n.º CJS 37.957/15). Disponible en <<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-scj-salta-trha-cobertura-interpretacion-numero-de-tratamientos-de-alta-complejidad/>> [Consultado el 7/4/17].

los preceptos constitucionales y la Ley 26862, y es obligación de los jueces respetar el principio de supremacía constitucional (art. 31 de la Constitución Nacional), de modo que si el caso exigiese un número mayor de tratamientos que los que literalmente establece el decreto reglamentario, no puede quedar limitado de manera definitiva a lo que allí se dispone». En este contexto, el voto de la magistrada Kauffman señala que «corresponde dejar establecido que el Instituto Provincial de Salud de Salta deberá brindar la cobertura de tres tratamientos de fertilización, con intervalos de tres meses como mínimo entre cada uno de ellos, y en su caso, si se requiriese nuevos tratamientos, quedarán sujetos al informe que brinden los médicos de la accionante sobre la necesidad de efectuarlos y la posibilidad de un resultado favorable que los justifique, sin perjuicio de las facultades de control, auditoría o dirección que le corresponde a la obra social». Por el contrario, el magistrado Díaz realiza un análisis literal de la norma al considerar que «Esta lectura compatibiliza y atiende a las enseñanzas de hermenéutica de la Corte Suprema en cuanto a que debe considerarse que el empleo (uso y disposición en el texto) de las palabras no es superfluo, sino que estas han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos (Fallos, 304:1820; 314:1849; 328:456, entre otros); a lo que añade que la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador jamás se presumen (Fallos, 312:1614, entre muchos otros)» por lo tanto «Bajo tales premisas, resulta lógico sostener que si se hubiera querido equiparar la cobertura de ambos tratamientos (baja y alta complejidad) se habría establecido que se podrá acceder a “un máximo por año de cuatro tratamientos de baja complejidad y de tres de alta complejidad, con la salvedad respecto de estos últimos de que habrán de haber intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos”, lo que, evidentemente, no ha sucedido».

En otro precedente se va más allá al debatirse la constitucionalidad de la limitación de la cobertura de tres tratamientos de alta complejidad. Nos referimos al fallo resuelto por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Noroeste de Chubut en fecha 18/02/2016³⁰. Se trata de una mujer de 42 años de edad que padecía de diabetes grado II, hipotiroidismo y trombofilia hereditaria, con antecedentes de fracaso de embarazos anteriores y dos intentos fallidos de fertilización in vitro en diciembre de 2013 y en julio de 2014, quien debió solventar de forma particular un porcentaje importante de las erogaciones correspondientes a medicamentos. Ahora peticiona la cobertura de un nuevo tratamiento que la prepaga Swiss Medical rechaza referido a solventar la criopreservación si llegaran a quedar embriones sobrantes al entender que «ninguna criopreservación puede serle impuesta desde que ya otorgó dos tratamientos previos y un tercero y último, por lo que del final se extraerán o no embriones, y correrá por cuenta de ella el costo de su conservación y ulterior implantación». De este modo, la prepaga entiende que el máximo de tratamientos de alta complejidad es de un total de 3 de por vida. En primera instancia se hizo lugar al reclamo afirmándose que «admitir que el derecho humano alegado –al

³⁰ Cámara de Apelaciones de Esquel, 18/2/16, «P.E.I. c/Swiss Medical S.A. s/amparo», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/40365/2016, 2016.

acceso integral— puede serlo en un porcentaje a determinar por la autoridad de aplicación... Con el agravante que pretende apoyar ese mismo razonamiento —me refiero a la limitación a la cobertura del 40% de los costos de los medicamentos— en el PMO y la Resolución 201/2002 que regula los porcentuales de cobertura, sin considerar que dichas disposiciones son varios años anteriores a la Ley de Cobertura n.º 26.862 (junio/2013) y el Decreto n.º 956/2013 (julio/2013), y soslayando que el reclamo se basa en derechos humanos que trascienden el orden positivo vigente» y por lo tanto, obliga a la prepaga a que cubra tratamientos hasta que la persona quede embarazada. La demandada apela y la Cámara mantiene la postura de ampliar la cantidad de tratamientos pero con una limitación. En este sentido, se afirma que «limitar los tratamientos de alta complejidad por única vez a tres intentos no es el criterio que ha prevalecido. La Jurisprudencia ha entendido la anualidad tanto para los de baja complejidad como para los de alta complejidad y conforme lo llevo dicho, es el criterio de esta Cámara. Luego también, voy a coincidir el criterio del Magistrado anterior respecto a que al no haber, al menos no lo dice la sentencia, un estudio previo que indique un cálculo de probabilidad o porcentaje de éxito del tratamiento, no puede condenarse a Swiss Medical S.A. hasta obtener el embarazo, salvo que por expresa orden médica se indique lo contrario».

D. Acceso integral amplio y plural

Otra cuestión interesante que se ha planteado en la jurisprudencia argentina y que compromete, en definitiva, los límites o la extensión del derecho a acceder a formar una familia a través de las TRHA, involucra determinadas situaciones que se saldrían de la noción de la familia «tradicional».

El primer caso involucra a una mujer de 46 años que carece de pareja y quiere llevar adelante un proceso de reproducción asistida a los fines de conformar una familia monoparental originaria, por contraposición a la derivada que es aquella que surge tras el fallecimiento de unos de los progenitores o por ruptura de la pareja y abandono por parte de uno de ellos³¹.

Nos referimos al caso resuelto por la sala II de la Cámara Federal Civil y Comercial, en fecha 17/04/2015³². En esta oportunidad, la actora peticiona la cobertura de FIV con doble donación, es decir, de óvulos y esperma por habersele diagnosticado esterilidad secundaria de segundo año de evolución por insuficiencia ovárica, sin que los tratamientos de fertilización realizados anteriormente a su costa hubieran dado resultado positivo. En primera instancia se rechazó el pedido al entender que: 1) se excedía el marco de la técnica de fertilización asistida, pues se requería la donación de óvulos; 2) la Ley 26.682 y el decreto

³¹ HERRERA, M. y SPAVENTA, V., «Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del derecho de familia», *Academia*, núm. 7, 2006, pp. 123-152.

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 17/04/15, «L. C. C., M. P. c. OSDE s/ amparo de salud», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/5533/2015, 2015.

956/13, prevén la cobertura de la ovodonación con restricciones relativas al consentimiento del donante y 3) la obligación de inscripción en el registro por parte de establecimientos médicos donde funcionen bancos de gametos. En la Alzada se revoca esta decisión absolutamente restrictiva y contraria a la Ley 26.862 al considerar, de manera acertada, que en primer lugar están dados los requisitos para la cautelar solicitada al entender que existe en el caso peligro en la demora dada la edad de la actora. En lo que respecta al requisito del consentimiento y banco de gametos, se destaca que «cabe tener en cuenta los términos en que la cobertura ha sido solicitada por la interesada en el apartado II (vi) del escrito de inicio (...), bajo el enunciado inexistencia de utilización de Banco de Gametos, allí se indica que no se emplearán óvulos criopreservados, sino que se trata del método en *fresh*, en el cual se utilizan óvulos en fresco y no se acude a ningún banco de gameto». Y principalmente, que la Ley 26.862 y su decreto reglamentario permiten el acceso a toda persona con total independencia de su orientación sexual o si se encuentra o no en relación de pareja y a su vez, se habilita la fertilización heteróloga, ya sea con donante de óvulo, espermatozoos o ambos como en el caso en análisis.

El otro supuesto más reciente también involucra un proceso peticionado por una mujer sola, en este caso de 33 años con muy poca reserva ovárica quien pretende que se le cubra la extracción y criopreservación de óvulos para que el día de mañana cuando sea su deseo –tenga o no pareja– pueda someterse a un proceso de TRHA para tener en un hijo con su propio material genético. ¿Acaso todo proceso o parte de proceso de TRHA debe serlo para una decisión actual de querer ser madre o padre? Si bien la Ley 26.862 regula de manera expresa el supuesto especial de preservación de la fertilidad en los casos de oncofertilidad, lo cierto es que este tipo de peticiones ampliaría los supuestos en los cuáles se solicita la cobertura médica de parte de un tratamiento de TRHA pero que no involucraría la posibilidad de tener un hijo en lo inmediato³³.

Otra cuestión que se esgrime en el ámbito administrativo y que aún no ha tenido decisión judicial al respecto involucra el proyecto parental que llevan adelante las parejas de mujeres. Como es sabido, el desarrollo de la ciencia permite que una mujer sea quien gestante y la otra quien aporte el material genético. Ahora bien, se advierte que algunas prepagas y obras sociales se niegan a cubrir este tipo de decisiones parentales fundado en que siempre que se utiliza material genético de tercero (en este caso, óvulos de la pareja de quien va a gestar) el cuerpo de la mujer a quien se le transfiere el material es más proclive a rechazarlo, a diferencia de lo que ocurre cuando se utiliza el propio material genético de quien va a gestar. Como las instituciones de servicio de salud, sean públicas o privadas, tienen un claro interés económico para que los procedimientos de TRHA sean positivo, suelen negarse a cubrir estas decisiones íntimas y personales que llevan adelante las parejas de mujeres en su proyecto de tener un hijo. ¿Qué derechos estarían en juego y cuáles primarían? ¿El

³³ Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 6/12/16, «B., M. A. y otros/ Incidente de apelación en: B., M. A. vs. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s. Amparo Ley 16986», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/85214/2016, 2016.

derecho de tinte económico privado como social, ya que la cobertura de salud en definitiva, también tiene un fuerte tinte social; o la decisión de las mujeres de elegir con libertad el tipo de proyecto parental que desean para tener un hijo? Una vez más, este dilema también compromete el derecho al hijo o a formar una familia mediante la búsqueda de un hijo con una determinada composición genética (material aportado por quien no gesta) fundado en razones simbólico-afectivas.

E. La discrecionalidad de la justicia: el caso del diagnóstico genético preimplantacional

Como punto de partida, cabe señalar qué es el DGP. Como lo sintetizáramos en otra oportunidad junto a Lamm³⁴, el DGP «es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer. Su objetivo es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología», agregándose que «además de estos fines, en la última década también se está comenzando a utilizar el DGP para seleccionar un embrión compatible con un niño ya nacido enfermo, a los efectos de un trasplante (en adelante DGP extensivo)», siendo este último «una nueva técnica que permite la selección de embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, ya sea este su único objetivo clínico o en combinación con el diagnóstico genético preimplantacional para evitar una condición genética grave en el niño resultante»³⁵.

Si de derecho al hijo –más precisamente, a formar una familia– se trata, no se puede dejar de lado un debate ético complejo como lo es el avance de la ciencia y la posibilidad de detectar enfermedades y evitar la transferencia de embriones con alguna malformación genética. ¿Acaso las prepagas, obras sociales o el Estado supletoriamente deben permitir el acceso a tener un niño sin ninguna discapacidad? En las palabras que dispararon el presente ensayo, ¿existiría un derecho a un hijo sano?

³⁴ HERRERA, M y LAMM, E., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., pp. 546-347.

³⁵ Para profundizar sobre este tipo de técnica y las tensiones que genera se recomienda compulsar entre tantos otros: BLADILO, A., «El gran dilema que subyace detrás del diagnóstico genético preimplantatorio: la naturaleza jurídica del embrión no implantado», *RDF*, Cita online Abeledo Perrot núm. AP/DOC/347/2015, 2015; LAMM, E., «El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos» cit.; MIGNONE, M. «La protección absoluta del embrión no implantado y el derecho a la salud reproductiva de las personas. Un antecedente a la luz de la recién sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Infojus*, DACF150186, 2015; HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. Y LAMM E., «Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima», cit., TUÑÓN, D. y MONTESE BOADA, A., «Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales», *RDF*, Cita online Abeledo Perrot núm. AP/DOC/58/2014, 2014; LLOVERAS, N. y SAPENA, J., «El diagnóstico genético preimplantacional», *Microjuris*, MJ-DOC-4580-AR MJD4580, 2010.

Aquí se pretende dar vuelta estos interrogantes y esgrimirlos en otro contexto, el que se deriva del derecho humano a gozar de los avances de la ciencia tal como se lo reconoce de manera expresa en el mencionado caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; máxime en un mundo en el que quien cuenta con los recursos económicos para acceder a este tipo de estudios predictivos hábiles para prevenir enfermedades.

¿Qué ha pasado con este tipo de técnica a la luz del desarrollo jurisprudencial argentino al solicitarse su cobertura médica? Como se verá con el cuadro que se pasa a compartir de elaboración propia, la postura judicial ha sido sumamente dispar. Es decir, en algunas ocasiones se ordenó su cobertura incluso en situaciones más complejas desde el punto de vista ético como lo es el DGP extensivo y en otras tantas fue denegado. Más aún, uno de los fallos ha sido llevado a la máxima instancia regional como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sobre la cual se espera una resolución. Se trata de una pareja heterosexual que tuvo siete embarazos perdidos. Ante este difícil panorama, el profesional interviniente recomienda realizar la correspondiente biopsia de embriones para descartar todos aquellos que tienen una carga negativa y por lo tanto, una vez anidado su desarrollo se va a detener. Ante la negativa de obra social de cubrir este tipo de tratamiento fundado en que la Ley 26.862 no la menciona de manera expresa dentro del Plan Médico Obligatorio (PMO), la pareja recurre a la justicia. En las tres instancias provinciales, el planteo es rechazado. El caso llega a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en fecha 01/09/2015 confirma la negativa fundado en una postura clásica sobre el rol de los jueces al considerar que ellos no son legisladores y por lo tanto, no pueden extender la cobertura a otros procedimientos que los expresamente previstos en la Ley. Ante esta negativa, se procedió a realizar la correspondiente denuncia ante la máxima instancia judicial regional latinoamericana, estando a estudio el tema ante la pertinente Comisión.

¿Cuál es el panorama jurisprudencial en torno a la cobertura del DGP y consigo, la posibilidad de evitar la realización de transferencias embrionarias que por diferentes razones médicas no llegarán a término, evitar el embarazo y nacimiento de niños con enfermedades graves o como acontece con el DGP extensivo, que un niño pueda curar a un hermano con una severa enfermedad?

TRIBUNAL	FECHA	AUTOS	A FAVOR/EN CONTRA
1. Cámara Civil y Comercial Federa, Sala I³⁶	22/09/2008	Homedes, Fernanda Viviana y otro c/ OSDE s/ amparo	En contra
2. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata³⁷	29/12/2008	L., H. A. y otra c. I.O.M.A. y otra	A favor
3. Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo N.º 1 de La Plata³⁸	19/08/2010	C. A. N. y otro/a c. I.O.M.A.	A favor
4. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Administrativo de San Nicolás, Provincia de Buenos Aires³⁹	13/09/2011	MGG C. IOMA	A favor
5. Cámara Civil y Comercial Federal, sala III⁴⁰	06/10/2011	Muscente, María Paola y otro c/ OSDE y otro s/ amparo	En contra
6. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata⁴¹	24/02/2012	S., G. E. c/ IOMA s/ Amparo	En contra
7. Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala II⁴²	03/10/2012	R. A. y otro c/ OSDE s/ Amparo	En contra
8. Juzgado de Familia, Villa Mercedes, San Luis	18/06/2013	"Biosca, Martín Ernesto y otro c/Swiss Medical Group S.A. s/ amparo	A favor

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 23/12/08, «Homedes Fernanda Viviana y otro c/ OSDE s/ amparo», *Microjuris*, MJ-JU-M-55372-AR | MJJ55372 | MJJ55372.

³⁷ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, «L., H. A. y otra c. I.O.M.A. y otra», 29/12/2008, *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/20958/2008.

³⁸ Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso administrativo N.º 1 de La Plata, «C. A. N. y otro/a c. I.O.M.A.», 19/08/2010, *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/45765/2010.

³⁹ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Administrativo de San Nicolás, «MGG C. IOMA», 13/9/11, inédito.

⁴⁰ Cámara Civil y Comercial Federal, sala III, 6/10/11, «Muscente, María Paola y otro c/ OSDE y otros/ amparo». Disponible en <<http://ar.vlex.com/vid/370920750>>. [Consultado el 7/4/17].

⁴¹ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 24/2/12, «S., G. E. c/ IOMA s/ Amparo», *La Ley*, Cita online: AP/JUR/329/2012, 2012.

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala II, «R. A. y otro c/ OSDE s/ Amparo», 03/10/2012, *Microjuris online*, MJ-JU-M-77544-AR | MJJ77544, 2012.

9. Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala I ⁴³	12/07/2013	M. M. O. c/ OSPIMOL s/ Amparo	En contra
10. Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza ⁴⁴ SC Mendoza ⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación ⁴⁶	18/09/2013 30/07/2014 01/09/2015	L., E. H. c. O.S.E.P. s/ Amparo	En contra ESTA EN LA CORTE INTERMARICA NA DE DDHH
11. Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal Sala II ⁴⁷	26/09/2013	M. G. M. c/ Unión Personal Accord Salud s/ Amparo	A favor
12. Suprema Corte Pcia de Bs. As ⁴⁸	20/11/2013	C.V.M.L. c/ IOMA s/ Amparo	En contra
13. Cámara Federal de Apelaciones de Salta ⁴⁹	16/06/2014	M., I.N. c/ OSDE s/ Amparo	En contra
14. Juzgado Federal en lo Civil, Comercial, Cont. y Adm. de San Martín, N° 2 Cámara Federal de Apelaciones de San Martín ⁵⁰	16/09/2014 12/11/2014	G, Y.S. c/ O.S.D.E. s/prestaciones médicas	A favor

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala I, «M. M. O. c/ OSPIMOL s/ Amparo», 12/07/2013, *Microjuris online*, Cita: MJ-JU-M-89066-AR | MJJ89066, 2013.

⁴⁴ Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/9/13, «L., E. H. c. O.S.E.P. s/ Amparo», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/56705/2013, 2013.

⁴⁵ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 30/7/14, «L., E. H. c. O.S.E.P. s/ acción de amparo», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/35912/2014, 2014.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/9/15, «L., E. H. y otro c. O.S.E.P. s/ amparo», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/28879/2015, 2015.

⁴⁷ Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal Sala II, «M. G. M. c/ Unión Personal Accord Salud s/ Amparo», 26/9/13, *Rubinzal online*, Cita: RC J 18432/13, 2013.

⁴⁸ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, «C.V.M.L. c/ IOMA s/ Amparo», 20/11/13, *Microjuris online*, Cita: MJ-JU-M-83893-AR | MJJ83893, 2013.

⁴⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Salta, «M., I. N. c/ OSDE s/ Amparo», 16/6/14, *Microjuris online*, Cita: MJ-JU-M-86812-AR | MJJ86812, 2013.

⁵⁰ Juzgado Federal en lo Civil y Comercial Contencioso Administrativo de San Martín N.º 2, 16/09/2014, «G, Y.S. c/ O.S.D.E. s/prestaciones médicas», *El dial Cita online: elDial.com - AA8B5C*; Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala I, 12/11/2014, «G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/52907/2014, 2014.

15. Juzgado Federal en lo Civil y Comercial n.º 7⁵¹	03/06/2015	BROWN, CAROLINA E. C. MEDICUS	A favor
16. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, SALA I⁵²	22/09/2015	Lerner, Florencia contra OSDE s/amparo de salud	En contra
17. Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala A⁵³	16/12/2015	F.M.A. c/ Esencial amparo contra actos de particulares	En contra
18. Cámara Federal de Apelaciones de General Roca⁵⁴	22/12/2015	F. M. B. y otro c/ Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas leyes especiales	En contra
19. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, SALA III⁵⁵	17/02/2016	L.S.A. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ amparo de salud -	En contra
20. Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial, n.º 15 Nominación, Rosario⁵⁶	20/02/2017	“D.F., K. y otros C/ IAPOS S/ Recurso de amparo”	A favor

⁵¹ Juzgado Federal en lo Civil y Comercial n.º 7, 3/6/15, «Brown, Carolina E. C/Medicus», inédito.

⁵² Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, SALA I, 22/09/15, «Lerner, Florencia contra OSDE s/amparo de salud». Disponible en <<http://ar.vlex.com/vid/incidente-n-1-actor-583147066>>. [Consultado el 7/4/17].

⁵³ Cam., Apel., Rosario, Sala A, 16/12/15, F.M.A. c/ Esencial | amparo contra actos de particulares. *Microjuris*, Cita: MJ-JU-M-101116-AR | MJJ101116.

⁵⁴ Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, 22/12/15, «F. M. B. y otro c/ Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas | leyes especiales», *Microjuris online*, Cita: MJ MJ-JU-M-96191-AR | MJJ96191.

⁵⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, SALA III, 17/2/16, «L.S.A. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ amparo de salud - incidente de medida cautelar», *Revista Jurídica on line El Dial*, 10/3/16, elDial AA9513, 2016.

⁵⁶ Juzgado Civil y Comercial, 15 Nominación, Rosario, 20/2/17, «D.F., K. y otros C/ IAPOS S/ Recurso de amparo», inédito.

Como se puede apreciar, no hay un criterio unificado en torno a la cuestión del DGP y su cobertura médica. Aquí no se pretende resolver la tensión que genera esta temática, sino solo dejar planteado el interrogante acerca de si el derecho a formar una familia no debe ser visto y analizado en conjunción con el derecho a gozar del beneficio y progreso de la ciencia y también, en definitiva, el derecho a la salud, a la luz de un contexto jurídico contemporáneo en el que sobresale la noción de prevención del daño como lo coloca en un lugar de privilegio o central dentro del campo de la responsabilidad civil el derecho argentino. Al respecto, cabe recordar que el art. 1708 del Código Civil y Comercial enumera las diferentes «Funciones de la responsabilidad», afirmándose que «Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación». Con relación a la primera función que consiste en el «Deber de prevención del daño», dispone el art. 1710 que «Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo».

Precisamente, en el último de los precedentes enumerados, el dictado por el Juzgado Civil y Comercial n.º 15 de Rosario en fecha 20/02/2017, se resuelve a favor de la cobertura del DGP, y para ello se alude de manera precisa a la prevención del daño. Al respecto, se expone que «tal dilatación de la demandada vulnera Leyes, Tratados, Pactos Internacionales, el art. 1710 del Cód. Civil y Comercial, y que debido a la grave enfermedad que padece, al no poder contar con la posibilidad de evitar el daño mediante un estudio médico de avance científico, no pueden realizarlos por no estar dentro de un programa, siendo una clara vulneración al derecho de igualdad de las personas, discriminando y poniendo en situación diferente a aquellos que cuentan con dinero para afrontar dicho tratamiento, no pudiendo llevar adelante un embarazo con embriones sanos que no posean mutación genética, no contando con recursos suficientes para pagar tal tratamiento».

En definitiva, la balanza parecería inclinarse a favor del DGP al priorizarse la necesidad de evitar sufrimientos varios siendo que el avance de la ciencia lo permite. Aquí el interrogante central que se debería dilucidar es: ¿Por qué no?

V. CONCLUSIONES PROVISORIAS

¿Por qué conclusiones provisorias? Todas aquellas cuestiones que comprometen a la biotecnología deberían ser analizadas con la apertura y flexibilidad que propone el movimiento y dinamismo propio de este campo. Lo que hoy se considera que es seguro o tierra firme, en un tiempo puede no serlo y hay que estar abierto a incorporar modificaciones y revisiones críticas para estar a tono con el reiterado progreso científico.

Más aún, en la temática en estudio referida al supuesto derecho al hijo cabría extender los interrogantes inconclusos o abiertos que se proponen en esta oportunidad a un proceso especial de TRHA como lo es la mencionada gestación por sustitución tal como se la conoce en el derecho argentino a través de su propuesta de reconocimiento legislativo en el Anteproyecto de reforma que después durante el trámite legislativo que dio origen al nuevo Código Civil y Comercial fue quitada. ¿Acaso el derecho a formar una familia no involucraría también el acceso a la gestación por sustitución, máxime para ciertos actores sociales excluidos de las TRHA «ordinarias» como lo son las parejas conformadas por dos hombres o la decisión de un hombre solo de ser padre a través de esta técnica?⁵⁷

¿A qué se debió dicha quita? Como se explicita en el correspondiente dictamen de mayoría del Congreso de la Nación: «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 involucra 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 ameritaría 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».

¿Qué sucede en la realidad? Cada vez la jurisprudencia nacional argentina presenta una mayor cantidad de precedentes que encierran situaciones en los cuáles una persona (familiar, conocido o no) gesta un niño para otros –por lo general, parejas heterosexuales⁵⁸,

⁵⁷ Para profundizar sobre esta figura en el Derecho argentino se recomienda compulsar entre tantísimos trabajos: JÁUREGUI, R., «La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible», *Litoral*, AR/DOC/2296/2016, 2016; BRANDONE, M. «Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación, ¿cuál es la maternidad jurídicamente relevante?», *DFyP*, AR/DOC/3173/2015, 2016; GONZÁLEZ, A., MELÓN, P. y NOTRICA, F., «La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada», MJ-DOC-7570-AR | MJD7570; LAMM, E., «Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia», *La Ley*, AR/DOC/4185/2015, 2016; GIL DOMÍNGUEZ, A., «La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano», *DFyP*, AR/DOC/4217/2015, 2015; FAMÁ, M., «La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar», *DFyP*, AR/DOC/3996/2015, 2015; KRASNOW, A. y PITASNY, T., «Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial», *Microjuris online*, MJ-DOC-7539-AR | MJD7539, 2015; BERGER, S., «Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución», *DFyP*, AR/DOC/3169/2015, 2015; GALLI FIANT M., «Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra», *Microjuris* MJ-DOC-6195-AR | MJD6195, 2013.

⁵⁸ De manera ascendente, los fallos en los que se hizo lugar a la gestación por sustitución y por ende el niño nacido de una gestante terminó teniendo vínculo filial con los comitentes son: Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N.º 86, 18/6/13, «N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/23081/2013, 2013; Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/13, «B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario», *La*

salvo en dos oportunidades que compromete a una pareja conformada por dos hombres⁵⁹—, lo cual ha obligado a que se presentaran proyectos de Ley que pretenden regular de manera autónoma dicha figura⁶⁰. En uno de los proyectos de Ley se prevé de manera expresa la cobertura médica de la gestación por sustitución al introducirse modificaciones a la Ley 26.862 de acceso integral para que también quede incorporada o se extienda a este supuesto especial de TRHA.

Aquí se ha pretendido colocar sobre el escenario cómo el interrogante relativo al supuesto derecho al hijo que según se ha fundamentado, se lo debe rencausar desde la obligada perspectiva de derechos humanos como el derecho a formar una familia y su acceso, transversaliza varias de las principales tensiones que observan las TRHA desde el punto de vista jurídico. En otras palabras, replantearse las TRHA desde el derecho humano a formar una familia compromete de manera directa la compleja cuestión de su acceso y todas las diversas aristas que comprende entre ellas, la figura aún polémica de la gestación por sustitución.

En definitiva, como bien se ha afirmado: «La ciencia apenas sirve para darnos una idea de la extensión de nuestra ignorancia»⁶¹. Repensar las TRHA desde el derecho humano a formar una familia sirve, entre otras cosas, para darnos una idea de la extensión de nuestra

Ley Litoral, Cita online: AR/JUR/89976/2013, 2014; Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, 2/12/14, «XXX s/ maternidad por sustitución», *DFyP*, Cita online: AR/JUR/90178/2014, 2014; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N.º 83, 25/6/15, «N.N. O s/ inscripción de nacimiento», *DFyP*, Cita online: AR/JUR/24326/2015, 2015; Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N.º 102, 18/8/15, «C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/12711/2015; Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, 29/7/15, «A. C. G. y otros/ medida autosatisfactiva», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/28597/2015, 2015; Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, 15/12/15, «C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento», *La Ley Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-I*, 39, Cita online: AR/JUR/58729/2015, 2015; Juzgado de Familia N.º 9, Bariloche, 29/12/15, dato reservado, *La Ley*, Cita online: AR/JUR/78613/2015, 2015; Juzgado de Familia N.º 7 Lomas de Zamora, 30/12/15, «H. M. y otros/ medidas precautorias art. 232 del CPCC», 30/12/15, *La Ley*, Cita online: AR/JUR/78614/2015; Tribunal Colegiado de Familia N.º 5 de Rosario, 27/5/16, «S. G. G. y otros s/ filiación», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/37971/2016; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 4, 30/6/16, inédito; Juzgado de Familia N.º 2 de Moreno, 4/7/16, «S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/42506/2016; Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 8, 20/9/16, «B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación», *Microjuris*, MJ-JU-M-100901-AR | MJJ100901 | MJJ100901; Juzgado de Familia N.º 12 de Lomas de Zamora, 10/16, «G.M.C. y otro c/ W.B.A.V. s/rectificación de partidas», inédito.

⁵⁹ Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 4, 30/6/16, cit. Tribunal Colegiado de Familia N.º 5 de Rosario, 27/5/16, «S. G. G. y otros s/ filiación», cit. Cabe destacar que este último caso se encuentra al momento de elaborar el presente ensayo a estudio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los fines de revocarse la negativa a inscribir a los mellizos a nombre de los comitentes, una pareja conformada por dos hombres. ¿Será casualidad que el único rechazo judicial involucra a una pareja homosexual?

⁶⁰ Para profundizar sobre los dos proyectos de ley más recientes se recomienda compulsar; DE LA TORRE, N. y HERRERA, M., «La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/3039/2016, 2016.

⁶¹ Del teólogo francés Félicité Robert de Lamennais quien ha dicho sobre él el anarquista Mijaíl Bakunin a modo de elogio que «*si hubiera vivido más, habría resultado siendo ateo*».

ignorancia y de cuánto camino resta por andar en esta temática que ha revolucionado el derecho de las familias en plural.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 1ª ed, Madrid (Trotta), 2002.
- AMAYA, S. «No hay dos sin tres», ponencia presentada en la Comisión N.º 6 de Familia en las XXV JNDC, 2015. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Frisicale_Amaya_NO-HAY-DOS-SINTRES.pdf>. [Consultado el 7/4/17]
- ASSEF, M., «El tiempo de los niños: Derechos fundamentales del niño a la luz de los nuevos paradigmas», *DFyP*, Cita online: AR/DOC/631/2016, 2016.
- BASSET, U., «La adopción como reconocimiento de una filiación preexistente», *La Ley 6/2/17*. Cita online: AR/DOC/4003/2016, 2017.
- BASSET, U., «Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos?», *La Ley 2016-C, 88 - DFyP 2016 (junio)*, 6/6/16, 131, Cita online: AR/DOC/1311/2016.
- BELDI LUGRIS, S., «Negativa a la filiación múltiple, ¿puede ser considerada inconstitucional?», *Diario DPI Familia y Sucesiones*, núm. 67, 2016. Disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/04/Doctrina-familia-nro-67.pdf> [Consultado el 7/4/17].
- BLADILO, A., «El gran dilema que subyace detrás del diagnóstico genético preimplantatorio: la naturaleza jurídica del embrión no implantado», *RDF*, Cita online Abeledo Perrot núm. AP/DOC/347/2015, 2015.
- BRANDONE, M. «Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación, ¿cuál es la maternidad jurídicamente relevante?», *DFyP*, AR/DOC/3173/2015, 2016.
- BERGER, S., «Cuestiones abiertas en materia de gestación por sustitución», *DFyP*, AR/DOC/3169/2015, 2015.
- BRUNEL, T., HUAIS, M., TISSERA COSTAMAGNA R. y VILELA BONOMI, M. «“Pluriparentalidad”, filiación e identidad en el CCyC», ponencia presentada en la Comisión N.º 6 de Familia en las XXV JNDC, 2015. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/BrunelHuais-y-otros_Pluriparentalidad.pdf> [Consultado el 7/4/17].

- Cámara de Apelaciones de Esquel, 18/2/16, «P.E.I. c/Swiis Medical S.A. s/amparo», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/40365/2016, 2016.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, 17/4/15, «L. C. C., M. P. c. OSDE s/ amparo de salud», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/5533/2015, 2015.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 23/12/08, «Homedes Fernanda Viviana y otro c/ OSDE s/ amparo», *Microjuris*, MJ-JU-M-55372-AR | MJJ55372 | MJJ55372.
- Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, 6/12/16, «B., M. A. y otros/ Incidente de apelación en: B., M. A. vs. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s. Amparo Ley 16986», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/85214/2016, 2016.
- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, «L., H. A. y otra c. I.O.M.A. y otra», 29/12/08, *La Ley*, Cita online: AR/JUR/20958/2008, 2008.
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso y Administrativo de San Nicolás, «MGG C. IOMA», 13/9/11, inédito.
- Cámara Civil y Comercial Federal, sala III, 6/10/11, «Muscente, María Paola y otro c/ OSDE y otros/ amparo». Disponible en <<http://ar.vlex.com/vid/370920750>>. [Consultado el 7/4/17].
- Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala I, «M. M. O. c/ OSPIMOL s/ Amparo», 12/7/13, *Microjuris online*, Cita: MJ-JU-M-89066-AR | MJJ89066, 2013.
- Cámara 5.^a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 18/9/13, «L., E. H. c. O.S.E.P. s/ Amparo», *La Ley*, Cita Online: AR/JUR/56705/2013, 2013.
- Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal Sala II, «M. G. M. c/ Unión Personal Accord Salud s/ Amparo», 26/9/13, *Rubinzal Online*, Cita: RC J 18432/13, 2013.
- Cámara Federal de Apelaciones de Salta, «M.,I. N. c/ OSDE s/ Amparo»,16/6/14, *Microjuris online*, Cita: MJ-JU-M-86812-AR | MJJ86812, 2013.
- Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, 24/2/12, «S., G. E. c/ IOMA s/ Amparo», *La Ley*, Cita online: AP/JUR/329/2012, 2012.
- Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala II, «R. A. y otro c/ OSDE s/ Amparo», 3/10/12, *Microjuris online*, MJ-JU-M-77544-AR | MJJ77544, 2012.

- Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala I, 12/11/14, «G., Y. S. c. O.S.D.E. s/prestaciones médicas», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/52907/2014, 2014.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, SALA I, 22/9/15, «Lerner, Florencia contra OSDE s/amparo de salud». Disponible en <<http://ar.vlex.com/vid/incidente-n-1-actor-583147066>> [Consultado el 7/4/17].
- Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, 22/12/15, «F. M. B. y otro c/ Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas | leyes especiales», *Microjuris online*, Cita: MJ MJ-JU-M-96191-AR | MJJ96191.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, SALA III, 17/2/16, «L.S.A. c/ Hospital Alemán Asociación Civil s/ amparo de salud - incidente de medida cautelar», *Revista Jurídica on line El Dial*, 10/3/16, elDial AA9513, 2016.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1/9/15, «L., E. H. y otro c. O.S.E.P. s/ amparo», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/28879/2015, 2015.
- Cámara Civil Octava del Tribunal de Justicia de Río Grande Do Sul, 12/02/2015, «L.P.R., R.C. y M.B.R. s/Acción civil declaratoria de multiparentalidad». Disponible en <<http://s.conjur.com.br/dl/tj-rs-autoriza-registro-multiparental.pdf>> [Consultado el 7/4/17].
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en <http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf>. [Consultado el 7/4/17].
- Corte IDH, 28/11/12, «Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica». Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf [Consultado el 7/4/17].
- Corte IDH, 26/2/16, «Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Supervisión de sentencia». Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf> [Consultado el 7/4/17].
- DE LA TORRE, N. y HERRERA, M., «La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/3039/2016, 2016.
- DE LA TORRE, N., «La triple filiación desde la perspectiva civil», *Revista de Derecho privado y Comunitario, relaciones entre padres e hijos*, núm. 1, 2016, pp. 101 a 116.
- DE LA TORRE, N., «Pluriparentalidad: ¿Por qué no más de dos vínculos filiales?», *RDF*, Cita Abeledo Perrot núm. AP/DOC/1075/2015, 2015.
- DUPRAT, C., HERRERA, M. y PELLEGRINI, M., «Filiación e identidad: principales desafíos del derecho filial contemporáneo en el Código Civil y Comercial de

- la Nación», *Revista Código Civil y Comercial. Edición Especial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil La Ley Thomson Reuters*, 2015, pp. 93-110.
- FAMÁ, M., «La gestación por sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar», *DFyP*, AR/DOC/3996/2015, 2015.
- FERNANDEZ, S. «La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios» *La Ley*, Cita online: AR/DOC/1304/2015, 2015.
- FERRARI, G. y MANSO, M. «La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado», en *La Ley*, Cita online: AR/DOC/2108/2015, 2015.
- GALLI FIANT M., «Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra», *Microjuris*, MJ-DOC-6195-AR | MJD6195.
- GARCIA O NEILL, V., «La nueva óptica sobre el niño, niña o adolescente», *DFyP*, Cita online: AR/DOC/631/2016, 2016.
- GIL DOMINGUEZ, A., «La triple filiación y el Código Civil y Comercial», *RDF*. Cita Abeledo Perrot núm. AP/DOC/280/2016, 2016.
- GIL DOMINGUEZ, A., «La filiación por poliamor (o multiple filiación): una mirada constitucional y convencional», *Revista de Derecho privado y Comunitario, relaciones entre padres e hijos*, núm. 1, 2016, pp. 101-116.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., «La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano», *DFyP*, AR/DOC/4217/2015, 2015.
- GONZÁLEZ, A., MELÓN, P. y NOTRICA, F., «La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada», MJ-DOC-7570-AR | MJD7570.
- HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCI, A. y LAMM, E., «La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/875/2016, 2016.
- HERRERA, M., «Reciclando tensiones en derechos humanos de niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. “niñología”», en *Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2015, pp. 5-25.
- HERRERA, M., «Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos», *Manual de Derecho de las familias*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2015.
- HERRERA, M y LAMM, E., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires (La Ley-Thomson Reuters), 2015.

- HERRERA, M., «La noción de socioafectividad como elemento “rupturista” del derecho de familia contemporáneo», *RDF*, Cita online Abeledo Perrot núm. AP/DOC/1066/2014, 2014.
- HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCI, A. Y LAMM E., «Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como “Defensor de Embriones”», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/3667/2014, 2014.
- HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCI, A. Y LAMM E., «Hacia la ley especial de reproducción asistida. Cuando la razón prima», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/4369/2014, 2014.
- HERRERA, M. y LAMM, E., *Tratado de Derecho de Familia: según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ª ed., Santa Fe, (Rubinzal Culzoni), 2014.
- HERRERA, M., KEMELMAJER DE CARLUCI, A. Y LAMM E., «El embrión no implantado. El proyecto de Código y total consonancia con la CIDH», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/6204/2012, 2012.
- HERRERA, M. «Ensayo para pensar una relación compleja: Sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino», *Revista Justicia y Derechos del Niño*, núm. 11, 2009, pp. 110-143.
- HERRERA, M. y SPAVENTA, V., «Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del derecho de familia», *Academia*, número 7, 2006, pp. 123-152.
- JÁUREGUI, R., «La gestación por sustitución y la laguna del Código Civil y Comercial. Un fallo que explora una solución posible», *La Ley Litoral*, AR/DOC/2296/2016, 2016.
- Juzgado de Familia n.º 1 de Esquel, 21/10/16, «N., D. V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL SEROS S/AMPARO», inédito.
- Juzgado Federal en lo Civil y Comercial Contencioso Administrativo de San Martín N.º 2, 16/9/14, «G, Y.S. c/ O.S.D.E. s/prestaciones médicas», *El dial*, Cita online: elDial.com - AA8B5C.
- Juzgado Federal en lo Civil y Comercial N.º 7, 3/6/15, «Brown, Carolina E. C/Medicus», inédito.
- Juzgado Civil y Comercial, 15 Nominación, Rosario, 20/2/17, «D.F., K. y otros C/ IAPOS S/ Recurso de amparo», inédito.
- Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil N.º 86, 18/6/13, «N.N. o D. G., M. B. M. s/inscripción de nacimiento», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/23081/2013, 2013.

- Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/13, «B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario», *La Ley Litoral*, Cita online: AR/JUR/89976/2013, 2014.
- Juzgado de 1.ª Instancia en lo Contencioso administrativo N.º 1 de La Plata, «C. A. N. y otro/a c. I.O.M.A.», 19/8/10, *La Ley*, Cita online: AR/JUR/45765/2010, 2010.
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N.º 83, 25/6/15, «N.N. O s/ inscripción de nacimiento», *DFyP*, Cita online: AR/JUR/24326/2015, 2015.
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N.º 102, 18/08/2015, «C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/12711/2015, 2015.
- Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, 29/7/15, «A. C. G. y otros/ medida autosatisfactiva», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/28597/2015, 2015.
- Juzgado de Familia N.º 1 de Mendoza, 15/12/15, «C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento», *La Ley Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1*, 39, Cita online: AR/JUR/58729/2015, 2015.
- Juzgado de Familia n.º 9, Bariloche, 29/12/15, dato reservado, *La Ley*, Cita online: AR/JUR/78613/2015, 2015.
- Juzgado de Familia N.º 7 Lomas de Zamora, 30/12/15, «H. M. y otros/ medidas precautorias art. 232 del CPCC», 30/12/15, *La Ley*, Cita online: AR/JUR/78614/2015, 2015.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 4, 30/06/2016, inédito.
- Juzgado de Familia N.º 2 de Moreno, 4/7/16, «S. P., B. B. c. S. P., R. F. s/ materia a categorizar», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/42506/2016, 2016.
- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N.º 8, 20/9/16, «B. B. M. y otro c/ G. Y. A. s/ impugnación de filiación», *Microjuris*, MJ-JU-M-100901-AR | MJJ100901 | MJJ100901.
- Juzgado de Familia N.º 12 de Lomas de Zamora, 10/2016, «G.M.C. y otro c/ W.B.A.V. s/rectificación de partidas», inédito.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «El niño como sujeto de derecho, su interés superior y el reconocimiento de su autonomía progresiva», en *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1ª ed., Santa Fe (Rubinzal-Culzoni), 2014, pp. 14-25.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., «Dignidad y autonomía progresiva de los niños», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 3, 2010, pp. 123 y ss.

- KRASNOW, A. y PITASNY, T., «Gestación por sustitución e identidad. Su recepción implícita en el Código Civil y Comercial», *Microjuris online*, MJ-DOC-7539-AR | MJD7539.
- LAMM, E., «Gestación por sustitución. Una valiente y valiosa sentencia», *La Ley*, AR/DOC/4185/2015, 2016.
- LAMM, E. y RODRIGUEZ ITURBURU, M., «Familias multiparentales», en *Tratado de Derecho de Familia: actualización doctrinal y jurisprudencial*, 1.^a ed., Santa Fe, (Rubinzal Culzoni), 2016, pp. 808-820.
- LAMM, E., «El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos», *La Ley*, Cita online: AR/DOC/1297/2015, 2015.
- LLOVERAS, N. y SAPENA, J., «El diagnóstico genético preimplantacional», *Microjuris*, MJ-DOC-4580-AR | MJD4580, 2010.
- LOUZADA, A., «Multiparentalidad. Filiación y multiparentalidad», *Thomson Reuters*, Cita online: AP/DOC/645/2015, 2015.
- MARMETO, E., «La voluntad procreacional como elemento necesario para la apertura a vínculos filiales triples», ponencia presentada en la Comisión N.º 14 de Estudiantes en las XXV JNDC, 2015. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Marmeto_La-voluntad.pdf> [Consultado el 7/4/17].
- MASSENZIO, F. «El derecho al reconocimiento de toda conformación familiar. Triple filiación e identidad», *RDF*, Abeledo Perrot núm. AP/DOC/56/2015, 2015.
- MESSI, V., «Mujeres embarazadas ofrecen a sus bebés en venta a través de páginas de Internet. Son sitios de acceso público y perfiles de Facebook donde se contactan con parejas que buscan adoptar de manera ilegal. Ya hay una investigación penal en marcha», *Clarín*, 29/1/17. Disponible en <http://www.clarin.com/policiales/mujeres-embarazadas-ofrecen-bebes-venta-traves-paginas-internet_0_Hynq_5qwx.html> [Consultado el 7/4/17].
- MIGNONE, M. «La protección absoluta del embrión no implantado y el derecho a la salud reproductiva de las personas. Un antecedente a la luz de la recién sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Id Infojus*, DACF150186, 2015.
- MINYERSKY, N., «¿Derecho al hijo/a?», *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a Cecilia P. Grosman*, tomo II, 1.^a ed., Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2009.
- PERALTA, M., «Lxs niñxs en las familias GLTB: un panorama de la situación actual», *Revista Niños, Menores a Infancias*, núm. 10, 2015. Disponible en <<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/51090>> [Consultado el 7/4/17].

- PERALTA, M., «Filiaciones múltiples y familias multiparentales: la necesidad de revisar el peso de lo biológico en el concepto de identidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Derecho de Familia Abeledo Perrot*, 2014, pp. 53-70.
- RONCONI, L., «Derecho a la salud: entre reglas y principios», en *Tratado de Derecho a la Salud*, tomo II, 1ª ed., Buenos Aires (Abeledo Perrot), 2013.
- SANDERS BRULETTI, M., «Los “hijos de 3 ADN”: Legislación e igualdad formal», *Microjuris*, Cita: MJ-DOC-10641-AR | MJD10641, 2017.
- SILVA, S., «La triple filiación instalada en el escenario jurídico. Sobre cómo interpretar sus efectos jurídicos en el campo de la responsabilidad parental», *En Letra Derecho Civil y Comercial*, núm. 2, 2016, pp. 108-135. Disponible en <https://media.wix.com/ugd/9a5197_49efc2bd294a4d5a8290df431a40b505.pdf> [Consultado el 7/4/17].
- SOLARI, N., «Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo», *DFyP*, Cita online: AR/DOC/3209/2015, 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I, 30/7/14, «L., E. H. c. O.S.E.P. s/ acción de amparo», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/35912/2014, 2014.
- Suprema Corte de Buenos Aires, «C.V.M.L. c/ IOMA s/ Amparo», 20/11/13, *Microjuris online*, Cita: MJ-JU-M-83893-AR | MJJ83893, 2013.
- Suprema Corte Salta, 18/4/16, «D., M. B. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.) – AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN» (Expte. N.º CJS 37.957/15). Disponible en <<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-scj-salta-trha-cobertura-interpretacion-numero-de-tratamientos-de-alta-complejidad/>> [Consultado el 7/4/17].
- Tribunal Colegiado de Familia N.º 5 de Rosario, 27/5/16, «S. G. G. y otros s/ filiación», *La Ley*, Cita online: AR/JUR/37971/2016.
- Tribunal Colegiado de Familia N.º 7 de Rosario, 2/12/14, «XXX s/ maternidad por sustitución», *DFyP*, Cita online: AR/JUR/90178/2014, 2014.
- TUÑÓN, D. y MONTESE BOADA, A., «Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales», *RDF*, Cita online Abeledo Perrot núm. AP/DOC/58/2014, 2014.
- VERBITZKI, H. «La corrupción jujeña en torno de la presidente del Tribunal Superior», *Página 12*, 12/2/17. Disponible en <<https://www.pagina12.com.ar/19743-titina>>. [Consultado el 7/4/17].
- VIDETTA, C., «Capacidad progresiva y derecho del niño al cuidado del propio cuerpo», *Microjuris online*, MJ-DOC-6651-AR | MJD6651, 2014.

VILLAVERDE, M., «La concepción y el comienzo de la existencia de la persona humana. Relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del Código Civil y Comercial de la Nación», *DFyP*, Cita online: AR/DOC/1119/2015, 2015.

WIKIPEDIA «Inyección Inyección intracitoplasmática de espermatozoides». Disponible en <https://es.wikipedia.org/wiki/Inyecci%C3%B3n_intracitoplasm%C3%A1tica_de_espermatozoides> [Consultado el 7/4/17].