

TÉCNICAS CASERAS DE INSEMINACIÓN EN ARGENTINA: CÓMO RESOLVER LA FILIACIÓN*

HOMEMADE INSEMINATION TECHNIQUES IN ARGENTINA: HOW TO RESOLVE FILIATION

NATALIA DE LA TORRE**

Resumen: La legislación argentina solo regula las Técnicas de Reproducción medicamente asistidas. La Ley 26.862 y el decreto reglamentario 956/2013, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción asistida, se refieren únicamente a las técnicas médicamente asistidas. En esta línea, el Código Civil y Comercial, vigente desde el 1 de agosto de 2015, al establecer las reglas generales relativas a la determinación de la filiación de los niños/as nacidos/as por el uso de las técnicas de reproducción humana, instaura como tercera causa fuente filial la llamada voluntad procreacional que debe ser recabada por los centros de salud interviniente en el consentimiento previo, libre e informado. De esta forma, si bien las técnicas caseras no están prohibidas, en caso de acudir a su uso y ante falta de un consentimiento que las sustente, serían, en principio, resueltas por las reglas de la filiación biológica.

Palabras claves: técnicas caseras de inseminación, normativa argentina, consentimiento previamente informado, conflictos filiatorios.

Abstract: Argentine legislation only regulates medically assisted reproductive techniques. Law 26.862 and the regulatory decree 956/2013, whose purpose is to guarantee the integral access to the procedures and techniques of assisted reproduction refer only to medically assisted techniques. In this line, the Civil and Commercial Code/Act, in force since August 1, 2015, when establishing the general rules regarding the determination of the children born by the use of human reproduction techniques, establishes as the third source font cause the so-called procreational will which must be collected by the participating health centers in the prior, free and informed consent. Thus, although domestic techniques are not prohibited, in case of going to use them and the lack of a consent to support them, would be, in principle, resolved by the rules of biological filiation.

Key words: home insemination techniques, Argentinian legislation, prior informed consent, filiatory conflicts.

* Fecha de recepción: 23 de abril de 2017.

Fecha de aceptación: 16 de mayo de 2017.

** Abogada (UBA), Profesora de Filosofía (UBA). Docente de Familia y Sucesiones (UBA). Docente de Familia y Sucesiones, Universidad Nacional de la Pampa. Miembro del Proyecto de Investigación «Realidad y legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación». Correo electrónico: delatorre.natalia@gmail.com.

SUMARIO: I. PALABRAS INTRODUCTORIAS; II. LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN CASO DE USO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA; 1. Consideraciones previas; 2. La Antesala del Código Civil y Comercial de la Nación: la incidencia del llamado «matrimonio igualitario» en la determinación de la filiación; 3. La legislación vigente en Argentina en materia de TRHA: La Ley 26.862 y el Código Civil y Comercial de la Nación; 4. Las técnicas de inseminación casera a la luz de la normativa vigente en la Argentina, A. Las TIC en parejas de mujeres, B. Las TIC en mujeres sin pareja; 5. Primera casuística en la Argentina: las TIC y la triple filiación; III. BREVES PALABRAS DE CIERRE; IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PALABRAS INTRODUCTORIAS

El presente ensayo pretende abordar un fenómeno no muy frecuente en la Argentina¹, pero muy difundido y debatido en España², las Técnicas de Inseminación Casera (en adelante, TIC), es decir, aquellas que se realizan en la intimidad del hogar, sin mediación o asistencia médica, en contraposición a lo que ocurre en las Técnicas de Reproducción Medicamente asistida (en adelante, TRHA).

Las TIC son una especie dentro del género «inseminación artificial», no considerado dentro de la clasificación de tecnologías reproductivas más avanzadas³, y caracterizado por

¹ En Argentina, particularmente en la Ciudad de Buenos Aires, existen pocos Bancos de Semen que ofrecen a las usuarias la inseminación casera. De la compulsiva realizada en las páginas web de los laboratorios y/o bancos, solo en un caso esta práctica de inseminación casera está anunciada y «promocionada», no estableciéndose, para su acceso, restricciones derivadas del estado civil, orientación sexual o nacionalidad. No obstante, si bien se brinda información sobre esta posibilidad de práctica casera, el mismo banco que ofrece esta alternativa la desaconseja, haciendo notar que es preferible que el tratamiento tenga lugar bajo la supervisión de un médico ya que el resultado de una inseminación artificial puede verse afectado por varios factores: el diagnóstico, la elección del momento y la estimulación hormonal, entre otros. Por lo general, la eficacia del tratamiento por ciclo es mayor a la de la inseminación en casa si es realizado por un médico especialista en medicina reproductiva. Disponible en <<http://cryobank.com.ar/servicios-adicionales/#inseminacion-en-casa>>. [Consultado el 23/04/17].

² Ver, entre otros, «El boom de la inseminación casera». Disponible en <<http://www.elmundo.es/cronica/2016/01/03/5687c9d2ca474110268b45cb.html>>; «Semen por mensajero: la inseminación artificial en casa». Disponible en <<http://www.lavanguardia.com/vida/20161204/412327908382/sem-en-inseminacion-artificial-casera-sin-filtros.html>>. [Consultados el 23/04/17].

³ El Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), revisado y preparado por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), aparta de la definición de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) a la inseminación artificial: «todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero surrogado. *TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante*». Remitiendo su inclusión a la definición de Reproducción médicamente asistida (RMA): «reproducción lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación,

la colocación del gameto masculino –esperma– en el tracto genital de la mujer. A diferencia de la inseminación intrauterina o cervical⁴ que requiere de asistencia médica y, muchas veces, de medicación hormonal, en las TIC la muestra de semen –con ayuda de una jeringa– se introduce en la vagina de la persona de modo similar a lo que ocurre en una relación sexual.

De esta manera, las TIC se distinguen de las inseminaciones médicamente asistidas por las siguientes características: a) la ausencia de intermediación médica, b) la posibilidad de que se realice la inseminación en la intimidad y con ello, se preserve el ámbito privado y la libertad reproductiva, c) a diferencia de lo que sucede respecto de otros métodos reproductivos, las personas que acuden a las TIC no tienen problemas en su sistema reproductivo que las incapaciten para lograr un embarazo, sino que por razones sociales o estructurales deben recurrir a un donante de gametos: mujeres sin pareja y mujeres en pareja con otra mujer⁵, los casos más usuales y d) a diferencia de las TRHA, en principio, el consentimiento informado, luce ausente.

En este marco, dentro de las múltiples artistas asociadas al uso de las TIC, todas interesantes para el análisis desde una perspectiva socio jurídica –por nombrar algunas, las razones de las usuarias/os para acudir a este método⁶; el control de los bancos de esperma, si exigen o no la firma de consentimientos para retirar las muestras de semen; la compatibilidad o incompatibilidad de las TIC con los distintos sistema de donación (anonimato, no anonimato o anonimato relativo⁷) existentes en el mundo; los problemas que pueden

técnicas de reproducción asistida (TRA), *inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen del esposo/pareja o un donante*». Disponible en <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/>. [Consultado el 23/04/17].

⁴ La que se utiliza con más frecuencia es la inseminación intrauterina, es decir, la reposición de espermatozoides capacitados, dentro de la cavidad uterina: «es una maniobra ambulatoria que implica un cuidadoso manejo de los espermatozoides, tanto de su procesamiento (con técnicas de mejoramiento, como Swim Up o Percoll), como de los tiempos y de la conservación, para lograr la máxima eficacia. (...) Está indicada como tratamiento del factor cervical, factor coital, impotencia, disfunciones sexuales masculinas leves, ESCA; inseminación con esperma de banco, y en las alteraciones leves y moderadas de espermatozoides». (LANCUBA, S., *Las 101 Respuestas sobre fertilidad*, 1.ª ed., Buenos Aires (Editing), 2006, p. 94).

⁵ Para profundizar sobre la realidad de estos dos grupos –mujeres sin pareja y mujeres en parejas de igual sexo– se recomienda compulsar: HERRERA, M.; DE LA TORRE, N. y SCARDINO, M., «Indagaciones Socio Jurídicas sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida al Campo Legislativo. La Experiencia Argentina», *Oñati Socio-legal Series* [online], vol. 7, núm. 1, pp. 97-124. Disponible en <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/794/973>> [Consultado el 23/04/17].

⁶ En palabras de PERALTA «las que más han recurrido a la forma casera son lesbianas que sienten que recuperan parte del control sobre el proceso y sobre sus cuerpos que sería enajenado al hacerlo con intervención médica o que quieren evitar o minimizar las interacciones con el sistema médico debido a los malos tratos motivados por lesbofobia que siguen siendo frecuentes». PERALTA, M.L., «Lxs Niñxs en las Familias Gltb: un Panorama de la situación actual», *Revista: Niños, Menores e Infancias*, núm. 10, 2015. Disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/51090/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1> [Consultado el 23/04/17].

⁷ El Código Civil y Comercial Argentino establece un sistema que en doctrina ha sido denominado de «Anonimato Relativo» o «Posición Intermedia». Como dijéramos en otra oportunidad, «El legislador ha asumido un posicionamiento ecléctico entre dos polos opuestos: el anonimato absoluto y el levantamiento total del anonimato. De esta manera, se ha preocupado por el “contenido de la información” afirmando que “a petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse

surgir cuando las muestras proceden de países distintos al de destino, juez aplicable y ley competente conforme las reglas del derecho internacional privado; el régimen aplicable en materia de daños o responsabilidad civil en caso de nacimiento de un niño/a con una grave enfermedad producto del uso de esa muestra, etc.—, pondremos el foco de nuestra indagación en la problemática relativa a la determinación de la filiación de los niños/as nacidos por técnicas caseras en el contexto legislativo argentino.

El recorte, lejos de ser arbitrario, se sustenta en tres razones: a) la imposibilidad de desarrollar cada una de las aristas referenciadas en el espacio concedido —no más de 15.000 palabras— (no solo el tiempo es tirano), b) la procedencia de quien suscribe y el mayor conocimiento de la legislación argentina, y c) el interés particular de establecer la determinación de la filiación en casos de TIC, teniendo en cuenta que la legislación vigente en Argentina (Ley 26.862 del año 2013, Decreto Reglamentario 956/2013⁸ y el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1 de agosto de 2015)⁹ y la proyectada (Proyecto de Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ingresado el 1 de marzo de 2017 en la Cámara de Diputados de la Nación)¹⁰ contemplan únicamente normativas relativas a las técnicas medicamente asistidas.

En suma, el interrogante que acompaña estas líneas se centra en cómo resolver la filiación de un niño/a nacido por TIC a la luz del novel Código Civil y Comercial argentino que introduce una tercera fuente filial producto del uso de las técnicas de reproducción hu-

del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local” (art. 564 Código Civil y Comercial de la Nación). Consideramos que la línea legislativa adoptada es intermedia y equilibrada, de conformidad con todos los intereses en juego. En particular, preserva la posibilidad de que las TRHA heterólogas se realicen y que ellas no se vean conculcadas o dificultadas debido a una disminución en las donaciones con las consecuencias nocivas para el desarrollo de esta técnica médica y la posibilidad de que varios niños y niñas puedan nacer en virtud de ella. De esta forma, con este régimen de “anonimato relativo” se garantiza: 1) la existencia de donantes y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad y 2) el derecho del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético». (DE LA TORRE, N.; RODRIGUEZ ITURBURU, M. y COTADO, F., «El derecho a la identidad en la filiación derivada del uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida», ponencia presentada en la Comisión 6 de Familia, «Identidad y filiación», en el marco de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, en octubre de 2015. Disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/de-la-Torre_DERECHO.pdf>. [Consultado el 23/04/17].

⁸ Reproducción Medicamente Asistida, Ley 26.862, «Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida». Sancionada: junio 5 de 2013. Promulgada de Hecho: junio 25 de 2013. Reproducción Medicamente Asistida, Decreto 956/2013, Reglamentación de la Ley 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, 19 de julio de 2013.

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, sancionada el 1 de octubre de 2014, vigente desde el 1 de agosto de 2015, según Ley 27.077 B.O., 19 de diciembre de 2014.

¹⁰ Proyecto de Ley Integral de Técnicas De Reproducción Humana Medicamente Asistida, Expediente Diputados: 0091-D-2017, Publicado en: Trámite Parlamentario N.º 1 Fecha: 01/03/2017.

mana *medicamente* asistida. ¿Las TIC deberían decidirse dentro de las reglas de la filiación por TRHA o dentro de las reglas de la filiación biológica? ¿Las TIC no deben reducirse a ninguno de estas causas fuentes, exigiendo la incorporación de una regulación especial que las atienda? Por otra parte, ¿las TIC realizadas con una muestra de semen de un amigo o conocido, se asimilan a las realizadas con muestras adquiridas en un banco de gametos acreditado, a los fines de resolver la filiación de un niño/a?

Preguntas hábiles que en definitiva nos permiten seguir repensando –a la luz de las de las posibilidades que nos brinda la biotecnología hoy– en modos no «esencialistas», naturales y heteronormativos, de constituir vínculos filiales, es decir, determinar jurídicamente, quién o quiénes son los progenitores de un niño/a, apartándose del discurso «biologicista» y, en definitiva, de un derecho de la(s) familia(s) conservador.

II. LA FILIACIÓN EN EL CASO DE MUJERES SOLAS Y/O PAREJAS DEL MISMO SEXO FEMENINA¹¹

1. Consideraciones previas¹²

Las TIC, al igual que las TRHA –en esto se asemejan–, interpelan el sistema filial binario y heteronormativo, anclado, como adelantáramos, en un derecho de familia de cuño esencialista que presenta como «natural» las siguientes concepciones triádicas: padre/

¹¹ Dejamos fuera del análisis los casos de hombres sin pareja o parejas de dos hombres por razones obvias: al tener que recurrir a la figura de la gestación por sustitución, es decir, a una tercera persona que gesticione para ellos, es muy difícil, mas no imposible –gestante inseminada en forma casera con el semen del hombre o de uno de los miembros de la pareja– que se recurra a una TIC. Para profundizar sobre la figura de la gestación por sustitución en Argentina, la bibliografía es muy extensa, se recomienda compulsar, entre muchos otros: LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universidad de Barcelona, 2014; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., «Regulación de la gestación por sustitución», en *La Ley*, 2012-E-961; «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional», *La Ley*, 2013-D-195; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E. y DE LA TORRE, N., «La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso `Paradiso y Campanelli c. Italia`», *La Ley* 13/03/2017, 6, cita online AR/DOC/610/2017; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y LAMM, E., «La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos», *La Ley*, 2014-C-001; HERRERA, M. y LAMM, E., «¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución», Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971; «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley*, 2014-D-1165; HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., «La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa», *La Ley* 03/11/2016, 1, cita online AR/DOC/3039/2016; DE LA TORRE, N., «La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo», *RDF* 2017-I-128; «Técnicas de Reproducción Humana Asistida: supuestos no contemplados en la Ley», en BARONI, M.C. y SEBA, S.C., (coords.), *Derecho de Familia: temas relevantes en el Nuevo Código Civil*, 1.ª ed., Resistencia (ConTexto Libros), 2016, pp. 188-196.

¹² En este apartado se siguen las reflexiones de un trabajo anterior: DE LA TORRE, N., «La triple filiación desde la perspectiva civil», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, «FAMILIA - I: Relaciones entre Padres e hijos», núm. 1, 2016, pp. 117-143.

hombre/heterosexual, madre/mujer/heterosexual y familia matrimonial/hombre-mujer/heterosexuales. Fácil es observar que detrás de estos conjuntos aparece una tríada común conocida como «sistema de género» conformada por una visión lineal que supone la concordancia entre el sexo biológico/genético, la identidad de género y la orientación sexual, de la cual se desprende, a su vez, una visión unívoca y normativa de lo que debe entenderse por familia: familia matrimonial-heterosexual como ámbito de producción natural.

Según esta concepción, la filiación debería ser una copia del modelo que impone la procreación, en tanto, para que un niño nazca siempre se necesita de un gameto masculino y otro femenino, es decir, de un espermatozoide y de un óvulo, y son estos elementos, los que deberían determinar toda filiación de un niño/a. Como sostiene Flores Rodríguez, no es casualidad que esta tesis, de cuño heterobiologicista, se radicalice y expenda en el mundo occidental a partir de la reivindicación de los movimientos LGBTI en favor de la filiación de parejas del mismo sexo, «En el fondo de este planteamiento reside la idea del mantenimiento de un orden natural y genealógico irrenunciable basado en la reproducción, sin el cual no sería posible concebir las relaciones de parentesco. Desde esta posición, la crítica fundamental a la apertura de la filiación a las parejas homosexuales residiría precisamente en su alejamiento del orden simbólico heterosexual, de la familia representada por un niño con un padre y una madre»¹³.

En el caso particular de nuestro objeto de análisis –las TIC– este discurso «biologicista» se replica pues su utilización está prácticamente monopolizada, como dijimos, en dos sub-grupos poblacionales: las mujeres sin pareja y las mujeres en pareja con otra mujer. Tanto en uno como en otro caso, las mujeres, construyen sus familias recurriendo a una tercera persona ajena al proyecto monoparental originario o conjunto, según el caso, que provee en forma directa o indirecta –a través de un banco– el gameto masculino para la TIC, interpelando aquel discurso perfeccionista y natural de familia.

Antes de profundizar sobre cómo deberían resolverse las filiaciones de los niños/as en el marco de las TIC conforme la legislación actualmente vigente en Argentina, conviene pasar revista, en forma breve, a dos cuestiones: a) cuál fue la antesala del Código Civil y Comercial de la Nación, en otras palabras, cómo se resolvía la filiación en los casos de parejas de mujeres que recurrían a TRHA antes de su sanción¹⁴ y b) cómo se regulan estos supuestos en el caso de las TRHA a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Veamos.

¹³ FLORES RODRÍGUEZ, J., «La filiación homoparental en los Derechos Español y Francés», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., BORILLO, D. A. y FLORES RODRÍGUEZ, J., (coords.), *Nuevos Desafíos del Derecho de Familia*, 1.ª ed., Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2014, p. 65.

¹⁴ Se excluye aquí la mención de los casos de mujeres sin pareja porque al no haber regulación en materia de TRHA, en realidad, en estos casos, los niños eran inscriptos solo con filiación materna, cabiendo siempre la posibilidad latente de un reconocimiento paterno posterior, por las reglas de la filiación biológica.

2. La Antesala del Código Civil y Comercial de la Nación: la incidencia del llamado «matrimonio igualitario» en la determinación de la filiación

La inserción en el Ordenamiento jurídico argentino del reconocimiento del matrimonio a las parejas del mismo sexo (Ley 26.618, sancionada en el año 2010) ha implicado, entre tantas otras cosas, la posibilidad jurídica de que este tipo de relaciones puedan alcanzar de manera conjunta la maternidad/paternidad a través de la figura de la adopción; como así también colocar sobre el escenario una práctica solapada por mucho tiempo, como lo es el uso de las técnicas de reproducción humana –asistidas y/o caseras– por parte de parejas del mismo sexo con la utilización de gametos de un tercero.

Conforme el principio de igualdad y no discriminación –paraguas y sustento teleológico de la Ley 26.618– no solo se suprimió la diversidad sexual como uno de los requisitos para la existencia del matrimonio, se cerró también toda posibilidad de un trato discriminatorio en materia de efectos derivados del matrimonio, disponiendo que, «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo» (conf. art. 4, Ley 26.618).

En ese marco y contexto histórico, al no contar Argentina con una ley que regulara las TRHA, ni las TIC, la primera pregunta que surgió al poco tiempo de habilitado el matrimonio entre personas del mismo sexo fue: ¿opera la presunción de «paternidad» del marido de la madre para la cónyuge de la mujer que da a luz (art. 243 del Código Civil, hoy derogado)? La ley 26.618, inclinaba la balanza en favor de una respuesta afirmativa que tardó en ser unánime en la práctica registral pero que se terminó consolidando, no sin mucho batallar¹⁵, en tanto el artículo 36 introducía una reforma al inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413¹⁶ referido al contenido del acta de inscripción de los hijos nacidos dentro de un matrimonio en el registro del estado civil y capacidad de las personas: «El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de dos (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados quienes suscribirán el acta».

Ahora bien, la doble maternidad, era reconocida en el caso de nacimientos ocurridos en parejas de mujeres ya casadas, no así en el caso de niños/as nacidos/as en el marco de

¹⁵ Para una reconstrucción de este largo recorrido de entramado político y social, se recomienda compulsar un trabajo anterior: HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., «De Identidad y Familias. Aportes al debate sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Argentino», en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, pp. 1-62.

¹⁶ Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Ley 26.413. Establécese que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sancionada el 10 de septiembre de 2008. Promulgada de Hecho, el 1 de octubre del mismo año.

una pareja no casada, distinguiéndose dos escenarios que requirieron diferentes soluciones. En primer lugar, cómo establecer la filiación de los niños/as nacidos por el uso de las TRHA antes de que estuviera permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo, y cuyas madres luego de julio de 2010, se casaron. En segundo lugar, cómo determinar la filiación de la co-madre, es decir, aquella que no lo gestó, cuando los niños/as nacían por el uso de las TRHA en el marco de una pareja que ni antes ni después de la ley de matrimonio igualitario, había pasado por el Registro Civil.

En el primer caso, la respuesta primigenia la brindó la jurisprudencia¹⁷, reconociendo en tres supuestos la co-maternidad de quien no había gestado y parido al niño/a. La respuesta definitiva no se hizo esperar y vino de la mano de la lucha activista de los movimientos LGBTI y de la voluntad política de las autoridades del Poder Ejecutivo que, en fecha 2 de julio de 2012, dictaron el Decreto de Necesidad y Urgencia N.º 1006/2012. Estableciendo, en su artículo 1, «por el término de un (1) año, contado a partir de la publicación del presente decreto y con carácter excepcional, prorrogable por un (1) año más, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de dieciocho (18) años de edad de matrimonios conformados por dos (2) mujeres y nacidos con anterioridad a la sanción de la Ley N.º 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el artículo 36, inciso c) de la Ley N.º 26.413, sustituido por el artículo 36 de la citada Ley».

En el otro sub-grupo, los/as niños/as nacidos en el marco de dos mujeres no casadas, hubo que esperar hasta la sanción definitiva del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación para hallar la solución. En este sentido, el CCyC no solo se preocupó de regular a futuro, sino que tuvo muy en cuenta la cantidad de niños/as que habían nacido en Argentina antes de 2015 y que no habían logrado acceder al doble vínculo filial materno, como en el caso de los hijos matrimoniales.

En ese marco, se explica, la inserción de la cláusula transitoria tercera que previó el legislador argentino a la hora de sancionar el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: «Los nacidos antes de la entrada en vigencia del presente Código por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas, cuando solo constara vínculo filial con quien dio a luz, y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta».

¹⁷ Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario N.º 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7/04/2011, «M. del P. C. y otra c. GCBA», en La Ley 2011-C, 370; Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 26/04/2011, «V.A.F. y otros c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)», en La Ley online AR/JUR/27511/2011 y Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N.º 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 12/07/2011, «M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo», en La Ley 2011-D, 315.

3. La legislación vigente en Argentina en materia de TRHA¹⁸: la Ley 26.862 y el Código Civil y Comercial de la Nación

Las Técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida, se practican en Argentina desde la década de los ochenta, es decir, desde hace más de 30 años. No obstante, esta realidad¹⁹, encontró reflejo en el Ordenamiento jurídico nacional mucho tiempo después, en junio de 2013, tras la sanción de la Ley de Acceso Integral a las técnicas y procedimientos de reproducción médicamente asistida, Ley N.º 26.862. Ley que, como adelantáramos, solo tuvo por fin regular un aspecto de las TRHA, demandado en forma casi exclusiva por usuarios y asociaciones de pacientes: la inclusión de la cobertura de estos tratamientos de altos costos dentro del Plan Médico Obligatorio²⁰. Ley que fuera reglamentada al poco tiempo con el dictado del Decreto 956/2013²¹.

A los fines del objetivo trazado en nuestra introducción –las TIC– interesan destacar algunos de los artículos de esta normativa que, de modo expreso, establecen el campo objetivo de su accionar: las técnicas asistidas con intervención médica. En primer lugar, el artículo 1, al definir el objeto de la ley dispone, «garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida». En segundo lugar, el artículo 2 establece, «A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean

¹⁸ Para profundizar sobre este tema ver, entre otros: BERGEL, S., *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015; HERRERA, M. y LAMM, E., «Comentario a los artículos 560-564 del Código Civil y Comercial», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014*, Tomo II, Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2015, pp. 463-581; LAMM, E. y RODRIGUEZ ITURBURU, M., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial*, Tomo V-A, Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2016, pp. 665-820.

¹⁹ Para tener una idea del fenómeno, téngase en cuenta que, en el año anterior a la sanción de la Ley 26.862, año 2012, en Argentina, se realizaron un total de 8.054 transferencias, de las que resultaron 1.832 embarazos, lo que alcanza a una tasa de embarazo del 22,75%. Mientras que, para el año 2015, en el marco de la Ley 26.862 vigente, se realizaron un total de 19.725 transferencias, de las que resultaron 4.734 embarazos, es decir, una tasa de embarazo del 24% (datos preliminares brindados por SAMeR del Registro Argentino de Fertilización Asistida (RAFA) y Comité de Acreditaciones).

²⁰ Téngase en cuenta que el primer proyecto de ley nacional se presentó en junio de 1995 y, entre esa fecha y la sanción definitiva de la Ley 26.862, se presentaron en las Honorables Cámaras de Diputados y Senadores de la Nación 39 (treinta y nueve) proyectos de ley que tenían por fin incorporar un régimen legal de reproducción humana asistida que incluía, por supuesto, como tema principal el acceso y cobertura.

²¹ Reglamentación al Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistid. Decreto Nacional 956/2013, dictado el 19 de Julio de 2013, publicado en el B.O. el 23 de Julio de 2013.

autorizados por la autoridad de aplicación». Por último, cabe destacar, la enumeración de procedimientos y tratamientos que quedan incluidos en lo que la ley denomina acceso integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación (art. 8).

De esta forma, si bien la ley de acceso no se ocupa de regular la filiación producto de estas técnicas, establece un piso mínimo muy alto en materia de reconocimiento de familias en plural, en tanto, a tono con la Ley 26.618, se alejó de aquel paradigma de salud que entendía el acceso a las TRHA únicamente como un paliativo ante la infertilidad en parejas heterosexuales, asociándolo a una idea más amplia donde el derecho a la salud conforma solo una lámina del entramado de derechos a tutelar, entre otros, el derecho a formar una familia, el derecho a la libertad en materia reproductiva, el derecho de asirse de los avances científicos, etc.

En este ámbito, se inserta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que entre las muchas y copernicanas reformas, introducidas en su Libro Segundo destinado a reglar las Relaciones de Familia, ha incorporado al Ordenamiento jurídico argentino una tercera causa fuente filial producto del uso de las TRHA. Una tercera fuente, autónoma e independiente de las reglas de la filiación biológica y la filiación adoptiva, en donde la voluntad procreacional, exteriorizada en el consentimiento previo, informado y libre, se enarbola como factor determinante de los vínculos filiales.

En este sentido, el art. 562 del CCyCN define qué se entiende por voluntad procreacional, reafirmando que los nacidos por TRHA son hijos de quien dio a luz y también de quien prestó su consentimiento previo, informado y libre, siempre que este se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos. Siendo inadmisibles la acción de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas. Del mismo modo que está vedada la posibilidad de que el/la donante de gametos, recurra a la figura del reconocimiento o pretenda ejercer una acción de filiación reclamando su vínculo filial en relación al niño/a nacido con su material genético (art. 577 del CCyC).

Asimismo, el CCyC, establece como principio de la determinación de la filiación matrimonial –ya no solo nominada como paterna–, la siguiente regla: «Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos

de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título» (art. 566). Mientras que, en el caso de la determinación de la filiación extramatrimonial, dispone, «La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal» (art. 570).

De este modo, fácil se concluye que la determinación de la filiación de los nacidos mediante el empleo de estas técnicas es la exteriorización de la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento previo, informado y libre. De esta forma, si la filiación se determina por el elemento volitivo, plasmado en el consentimiento informado, es evidente que, faltando este instrumento, situación característica de las TIC, la determinación de la filiación se complejiza. Veamos.

4. Las técnicas de inseminación casera a la luz de la normativa vigente en Argentina

Para poder analizar y responder, de manera provisoria, los interrogantes abiertos en nuestra introducción –cómo resolver la filiación en caso de acudir a una TIC–, debemos distinguir los supuestos fácticos más conflictivos, centrándonos en los supuestos más usuales de TIC –mujeres sin pareja y parejas de dos mujeres– que merecen, cada uno, reflexiones particulares: a) parejas de mujeres, casadas y no casadas y b) mujeres sin pareja, que recurren al gameto de un conocido/amigo o a un banco o a gametos masculinos.

En el caso de las parejas heterosexuales, casadas o no, como el hecho de recurrir a una TRHA o a una TIC, puede ser estructuralmente ocultado, el doble vínculo filial está asegurado²². No obstante, como dijimos, la filiación podrá ser impugnada por inexistencia de correspondencia entre el vínculo filial y la identidad genética del niño/a, pues ante inexistencia de consentimiento, el niño/a es inscripto como si fuera un hijo/a biológico.

Ahora bien, desde ya se aclara que, cualquiera sea el escenario familiar en el que se practique una TIC, las acciones de filiaciones si bien están habilitadas, no necesariamente se van a resolver en favor de la persona con la que se comparta el ADN, siendo la identidad dinámica y el interés superior del niño/a elementos centrales para resolver la contienda.

A. Las TIC en parejas de mujeres

En las parejas de mujeres, la primera distinción a realizar, se refiere a su estado civil. En las mujeres casadas, en principio, regiría la presunción matrimonial receptada en el artículo

²² Las parejas de diverso sexo, casadas o no, se resisten a visibilizar el uso de las TRHA, no presentando los consentimientos al momento de inscribir a su hijo/a tal como lo exigen los arts. 560-562 del CCyC.

566 del CCyC, es decir, se aplicarían las reglas de la filiación bilógica. Por lo tanto, ante ausencia del consentimiento previo, libre e informada y la no realización de una TRHA, medicamente asistida, ese vínculo filial estará sujeto a la posibilidad de que se plantee una acción de impugnación de la filiación matrimonial, por la no correspondencia genética entre la cónyuge de la madre y el niño.

Pero retrocedemos un instante sobre nuestras palabras, «en principio», alocución que no debe pasar desapercibida al lector/a. Por qué «en principio», porque si bien es cierto que, por el principio de igualdad y no discriminación, los Registros Civiles no deberían hacer diferencia de trato entre la inscripción de niños/as nacidos en el marco de matrimonios compuestos por personas de igual o diverso sexo, no es menos cierto que, estando reguladas las reglas de la filiación por TRHA, y siendo obvio que las parejas de mujeres están obligadas a acudir a ellas, la situación legal en Argentina es muy distinta a la sucedida en el marco del Código derogado donde no existía regulación de TRHA alguna. En otras palabras, al momento de la inscripción de la co-madre, devendrá seguro el requerimiento de la presentación ante el Registro Civil del consentimiento previo, informado y libre que debiera haber sido recabado por el centro o médico interviniente, para ser incorporado en el legajo base de inscripción del niño, elemento que a todas luces faltará en estos casos por haber recurrido a una TIC.

En este sentido, resulta interesante, traer a colación la reciente Resolución del 8 de febrero de 2017, dictada por el Director General del Registro Civil de Denia, Alicante, España, en respuesta a un reclamo particular de un matrimonio conformado por dos mujeres. Sucintamente, la plataforma fáctica era la siguiente. Las interesadas habían celebrado matrimonio en el año 2007 y eran ya madres de dos niños nacidos en marzo de 2009, pretendiendo que se inscribiese a nombre de ambas un tercer niño, nacido el 30 de julio de 2016, sin necesidad de aportar justificación de que el nacimiento se produjo como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida. El encargado del registro rechazó la pretensión por entender que sí es imprescindible probar que la gestación se ha producido mediante técnicas de reproducción asistida y que no es aplicable la presunción de filiación matrimonial del art. 116 del Código Civil porque el supuesto de hecho en este caso es distinto. Teniendo presente que el reconocimiento de la doble maternidad, inicialmente limitada a la vía de la adopción, fue introducido por la Ley 3/2007, que reformó el artículo 7 de la Ley de TRHA reconociendo, mediante una ficción legal, que en caso de matrimonio preexistente entre dos mujeres, podría determinarse la filiación del nacido mediante técnicas de reproducción asistida a favor de la cónyuge no gestante siempre que esta hubiera manifestado previamente su consentimiento al respecto ante el encargado del registro civil del domicilio conyugal. Es decir, que el art. 7.3 LTRHA introdujo en este ámbito un nuevo supuesto de determinación de la filiación matrimonial, diferente de la presunción del art. 116 Código Civil, si bien condicionada al cumplimiento de determinados requisitos, en clara conculcación del principio de igualdad y no discriminación –las parejas heterosexuales que acuden a las TRHA están exentas de presentar el consentimiento, las parejas de mujeres casadas son las únicas

obligadas—. Fundamentalmente, atendiendo a este principio y circunstancia, el director del Registro resuelve la petición a favor de las interesadas, inscribiendo al niño como hijo matrimonial, es decir, reconociendo la maternidad de la cónyuge de la madre gestante, sin que sea preciso justificar el uso de técnicas de reproducción asistida: la presentación del consentimiento informado.

Llegados a este punto, cabe destacar una diferencia fundamental entre la regulación española y argentina. En el primer caso la Ley de Técnicas de Reproducción 14/2006²³, no regula de manera integral e igualitaria, la determinación de la filiación en los casos de TRHA, estableciendo una diferencia de trato entre parejas de igual y diverso sexo y entre parejas casadas y no casadas. Veamos.

El artículo 7, establece, «Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o, de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge». Fácil se explica el reclamo administrativo ut supra reseñado, en tanto la norma abiertamente insta un trato desigual, producto de no regular en forma autónoma las reglas de la determinación de la filiación en caso de uso de TRHA, se trate de persona sola, casada o en convivencia con otra persona del mismo o de diverso sexo.

En el caso argentino, por el contrario, el CCyC, las reglas de la filiación por TRHA se construyen en respeto del principio de igualdad y no discriminación. En última instancia, la determinación de la filiación es la misma en todos los supuestos –persona sola, casada o en convivencia de igual o diverso sexo–: la necesidad de acreditar la voluntad procreacional de quien no dio a luz mediante la presentación de un consentimiento previo, libre e informado al uso de las TRHA, con independencia de quien haya aportado el o los gametos.

De esta forma, las diferencias de trato no devienen del texto de la ley, sino que son pasible de suceder al momento de su implementación o puesta en práctica, tal como fuera ya explicitado. Situación que incide en forma directa en el objeto de estudio de este ensayo, las TIC, pues en caso de recurrir a ellas, serán las mujeres casadas con otras mujeres, las principales destinatarias del requerimiento automático de presentación del consentimiento informado para acreditar la co-maternidad, es decir, para establecer el doble vínculo filial.

²³ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, entrada en vigor el 28/05/2006. BOE-A-2006-9292.

En caso de no contar con el consentimiento previo, informado y libre, tendrán a su disposición dos vías: acceder a la co-maternidad por vía de la adopción de integración del hijo de su cónyuge²⁴ o, algo que aún no se ha presentado en el derecho argentino, la posibilidad de judicializar el caso, demostrando la ocurrencia de una TIC y la existencia de voluntad procreacional.

Adentrándonos en el otro escenario, parejas de mujeres no casadas, el valladar de acceso a la co-maternidad, es aún más claro. Nos explicamos. El CCyC, ha reservado la figura del reconocimiento únicamente para los casos de padres de niños/as nacidos existiendo como antesala una relación sexual. La paternidad por reconocimiento del hijo/a resulta entonces de: a) la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente –supuesto más común–; b) la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido o c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental (art. 571).

Para el caso de uso de TRHA, la regulación es otra conforme los cimientos estructurales de los arts. 560-562: «En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena». De esta forma, la mujer en pareja con otra mujer que diera a luz un niño/a, deberá siempre presentar esta documentación ante el funcionario del Registro Civil para poder establecer su vínculo filiatorio con el que considera su hijo/a.

Nuevamente, en caso de no contar con el consentimiento previo, informado y libre, tendrán a su disposición dos vías: acceder a la maternidad por vía de la adopción de integración del hijo, en este caso, del conviviente o, algo que tampoco se ha presentado en el derecho argentino, judicializar el caso a partir de la negativa del registro civil, demostrando la ocurrencia de una TIC, cuestión, que como veremos enseguida, quizá sea mejor receptada por los jueces, si la muestra de semen se adquirió a través de un banco de gametos debidamente acreditado.

B. Las TIC mujeres sin pareja

En el caso de las mujeres sin pareja, también cabe hacer una distinción, conforme el origen del gameto donado: a) gameto aportado por un amigo o conocido, sin intervención

²⁴ Art. 620 del CCyC: «...La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4a de este Capítulo». Art. 630 del CCyC. Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

de un banco de gametos y b) gameto adquirido a través de un banco de gameto debidamente autorizado por la autoridad de aplicación de la Ley 26.862, el Ministerio de Salud de la Nación. Veamos.

El gran problema de las TIC, en el ámbito de un proyecto monoparental originario, se da en el primer escenario referenciado como a): la posibilidad de inyectarse la muestra de semen de un amigo o persona conocida sin intervención de banco o centro.

A diferencia de lo que ocurre en el caso de parejas de mujeres, donde la dificultad es la imposibilidad de que la pareja de quien gesta y pare al niño/a, obtenga el reconocimiento legal de su maternidad; en el caso de una mujer sin pareja –la filiación materna con el niño/a está resuelta, «son hijos de quien dio a luz»– el problema mayor surge a raíz de la posibilidad siempre abierta e incierta de que el donante de gametos –amigo o conocido– se arrepienta de su calidad de tal, y pretenda ejercer un rol de padre, acudiendo al Registro Civil a reconocer al niño nacido con su material genético como su hijo.

En cambio, en el caso de las mujeres sin pareja que recurren a una muestra de semen a través de un banco de donante debidamente acreditado, la posibilidad de que este donante pueda recurrir al Registro Civil a reconocer al niño/a como su hijo, encuentra serios obstáculos.

Conforme información brindada por las autoridades del banco de gametos que anuncia en su página web la práctica de las TIC, el donante de gametos masculino no solo celebra con el banco un contrato de donación, sino que firma un consentimiento informado en donde se deja asentado que el donante nunca será padre, si esto no fuera así, no contaríamos con donantes. Por su parte, la receptora, firma un consentimiento informado en donde queda registrado que retira una muestra de semen criopreservado de donante, con el objetivo de lograr un embarazo. De esta forma, en caso de que la receptora realice una TIC, es decir, se inyecte esa muestra en el marco de la intimidad de su casa y no con intervención médica, habrá que analizar los términos del consentimiento informado firmado y recabo por el banco de gametos, para ver si procede su incorporación al legajo base de inscripción de su hijo, a los fines de obstaculizar todo reclamo filiatorio futuro, conforme los términos de los arts. 560-564 del CCyC.

5. Primera casuística en Argentina: las TIC en casos de triple filiación

En Argentina, al igual que en otras latitudes²⁵, de manera incipiente, estamos siendo testigos de una nueva modalidad de configuración familiar, las familias multiparentales

²⁵ Ver, entre otros, lo resuelto por el Tribunal Superior de Londres, «S. v. D. y E.», el 31/1/2013, cita online AP AP/JUR/314/2013, con nota de PÉREZ, A., «¿Los tuyos, los míos y los nuestros? Un caso de familia ensamblada no tradicional», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 3, 2013. Disponible en <<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AP-Los-tuyos-los-mios-y-los-nuestros.pdf>>. [Consultado el 23/04/17]; Cámara 8va de Apelaciones en lo Civil,

o pluriparentales²⁶. Es decir, aquellas familias en donde existen tres o más adultos que deciden ser los progenitores de un niño/a de manera conjunta, trasvasando los límites de la regla binaria de constitución de vínculos filiales, hoy reflejada en la última parte del art. 558 del CCyC, «Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación».

¿Cuáles son los supuestos fácticos que, con más frecuencia, plantean la ruptura del principio binario en la determinación de la filiación? Son casos donde se entrecruzan dos variables: parejas del mismo sexo y técnicas de reproducción asistida, en especial, las denominadas TIC.²⁷ Veamos dos casos sucedidos en Argentina que coinciden con esta descripción, uno ya resuelto en el año 2015²⁸ y que reconoce la triple filiación de un niño –con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial– y otro, pendiente de solución, que se encuentra en la espera de una sentencia definitiva. Veamos.

El primer caso de cruce entre TIC y pluriparentalidad, se da en el ámbito del Registro Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en fecha 13/07/2015. La plataforma fáctica era la siguiente. Una pareja de dos mujeres casadas había decidido llevar adelante un

Porto Alegre, 02/12/2015, «L.P.R.; R.C.; M.B.R. s/acción civil declaratoria de multiparentalidad», en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 6, 2015, pp. 207-213; Supremo Tribunal Federal de São Paulo, Brasil, Recurso Extraordinario 898.060, 7/10/2016, Disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4803092>>. [Consultado el 23/04/2017] y Corte Suprema, Condado de Suffolk, Estados Unidos, 8/03/2017, “Dawn M vs Michale M.”. Disponible en <<http://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2017/2017-ny-slip-op-27073.html>>. [Consultado el 23/04/17].

²⁶ Para profundizar sobre este concepto, se recomienda compulsar, entre otros: BESCOS, I. V. y SILVA, S. A., «Pluriparentalidad: jaque mate a la heteronormatividad en el derecho filial», en *Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos*, núm. 7, 15/03/2016. Disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2016/03/Columna02_supleMarisa_nro7.pdf>. [Consultado el 23/04/17]; GIL DOMÍNGUEZ, A., «La triple filiación y el Código Civil y Comercial», *La Ley online AR/DOC/1010/2016*; LOUZADA, M. A., «Multiparentalidad, filiación y multiparentalidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 71, pp. 167 y ss.; PERALTA, M. L., «Filiaciones múltiples y familias multiparentales», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 68, 2015, pp. 54 y ss.; DE LA TORRE, N., «Pluriparentalidad: ¿Por qué no más de dos vínculos filiales?», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 4, 2015, pp. 217 y ss.; FERRARI, G. y MANSO, M., «La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado», *La Ley*, 2015-D, 811, Cita Online: AR/DOC/2108/2015; SOLARI, N., «Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo», en *DFyP*, núm. 3, 2015, Cita Online: AR/DOC/3209/2015; SAMBRIZZI, E. A., «La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución *contra legem*», en *La Ley*, 2015-C, 881, Cita Online: AR/DOC/1566/2015 y SCHERMAN, I. A., «Jurisprudencia norteamericana. ¿Quién es el padre? ¿Quién es la madre? Preguntas simples, respuestas complejas. Cambios en las nociones de maternidad y paternidad en la revolución reproductiva», *AP RDF*, 58-267, 2013-03-01.

²⁷ HERRERA, M., «La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 66, 2014, pp. 75 y ss., cita online AP/DOC/1066/2014.

²⁸ Caso al que lo antecede una resolución anterior que no es analizada en este apartado porque no se recurrió a una TIC, nos referimos al caso por la Dirección Provincial del Registro de las Personas, el 22/04/2015, a través de la Disposición n.º 2062, publicada en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Buenos Aires, núm. 4, 2015, p. 213 y ss.

proyecto parental en forma conjunta con su amigo, utilizando una TIC con la muestra de semen de este último.

¿Cómo estaba determinado el vínculo filial antes de solicitar al Registro Civil la incorporación del padre, aportante de la muestra de semen? En cabeza de la madre que había gestado al niño, «madre cierta es», y en cabeza de la cónyuge de la madre que había dado a luz por aplicación de la presunción legal matrimonial. Recuérdese que tanto el nacimiento del niño como la petición administrativa posterior, ocurren en vigencia del Código Civil derogado, es decir, sin regulación alguna en materia de TRHA.

¿La persona excluida del vínculo filial con el hijo nacido del uso de la TIC? El hombre que había prestado su material genético –gametos masculinos– con voluntad expresa e inicial de querer ser padre.

En este escenario, ¿cuál fue el objeto de la pretensión ante el Registro Civil? Que el Estado reconozca un modo diverso de sellar vínculos filiales que se caracteriza por la primacía de la voluntad y la socio afectividad; colocando en crisis el canon «tradicional» de la filiación afianzado en la visión «naturalista», «binaria» y «procreativa», donde la única verdad está en la unidad de la trinidad identitaria –elemento biológico, genético y volitivo– sobre la que se asienta la regla del doble vínculo como limitante de la configuración de relaciones parentales-filiales.

El escrito inicial presentado ante el Registro Civil por los que son hoy los tres progenitores del niño, cerraba con la siguiente expresión: «Hoy, 5 de julio de 2015, nos reunimos M. D., A. C. y S. A.R. con F.C.D. (el niño) y le explicamos que sus mamás y su papá quieren hacer un trámite para que su papá “A.” figure en su documento como su papá y también para que se agregue a su nombre el apellido “R.”. Las mamás y el papá le preguntamos a F. qué le parecía y él respondió: Sí, me parece lindo». El documento fue firmado por los cuatro, incluido el niño²⁹. El niño nacido de una TIC tiene hoy tres progenitores jurídicos, es decir tres vínculos filiales reconocidos.

En fecha más reciente, 19/12/2016, el Juzgado N.º 17 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires³⁰, tuvo oportunidad de expedirse en el marco de una acción de amparo promovida por una pareja convivencial de dos hombres que reclamaban la inscripción como padre de quien no había aportado la muestra de semen para la realización de una TIC, pero que había tenido la intención de ser padre en conjunto con su pareja varón y la mejor amiga de este.

²⁹ Para conocer el caso con mayor profundidad, ver: «Albertina Carri y Marta Dillon: retrato de una nueva familia», publicada el 13/08/2013. Disponible en <<http://www.rollingstone.com.ar/1294010-albertina-carri-y-marta-dillon-retrato-de-una-nueva-familia>> [Consultado el 23/04/17].

³⁰ Juzgado N.º 17 Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, 19/12/2016, «A. N. R. y otros c/GGBA y Otros s/Amparo», inédito.

La plataforma fáctica es la siguiente. Dos hombres, en pareja desde hace doce años, y una mujer, amiga de uno de ellos por más de veinte años, concretan su proyecto de pluriparentalidad acudiendo a una TIC. Expresan que el nacimiento de su hijo fue producto de la voluntad procreacional de los tres, atravesando todo el embarazo y el parto juntos. Al momento del nacimiento, 4/07/2013, el niño es inscripto a nombre de la madre y el progenitor que había aportado los gametos. En otras palabras, el niño accede al doble vínculo filial por aplicación de las reglas de la filiación biológica, una fuente filial reconocida por la legislación vigente en ese entonces. Al poco tiempo de nacido el niño, cinco meses, comienzan los conflictos entre los adultos. Según el relato de los actores, la madre les impide el contacto con el niño, abriéndose distintas causas en sede civil, Juzgado Nacional de Familia N.º 77, régimen de visitas, medidas precautorias y alimentos.

Así las cosas, luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la pareja de hombres solicita ante el Registro Civil, la inscripción de un tercer vínculo filial respecto del hombre no aportante de gametos. Petición que, denegada por el Registro Civil, da origen a la presentación de un amparo en el ámbito del tribunal con competencia registral, el Contencioso Administrativo. El juez de primera instancia, en fecha 19/12/2016, se declara incompetente para resolver la contienda, remitiendo los autos al Juzgado Nacional en lo Civil N.º 77, con competencia exclusiva en Familia, que ya venía interviniendo en distintas causas conexas. Por su parte, el Juzgado Nacional en lo Civil N.º 77. Remitiéndose las actuaciones, el 27/03/2017, al Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que dirima el conflicto negativo de competencia entre el Juzgado N.º 17 del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires y el Juzgado Nacional Civil. Conflicto aún pendiente de resolución.

No obstante, más allá de la cuestión de la competencia que consideramos corresponde a la justicia especializada en Familia³¹, el reconocimiento de una triple filiación no es una mera cuestión registral, sino que hace a un asunto de fondo y de orden público, la determinación de la filiación del niño nacido; máxime en un caso como el presente donde existe un alto grado de conflictividad entre los adultos.

El caso reseñado es hábil para reflexionar, en línea con lo planteado por Peralta para las familias pluriparentales, en las complicaciones legales que acarrea hoy acudir a una TIC: «Es un lugar común suponer que estas familias tienen una cotidianeidad más complicada que aquellas donde hay solo dos adultos porque son más las personas las que toman las decisiones. Esto no deja de ser un prejuicio y no hay bases reales para afirmar una cosa así.

³¹ Ver resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 4/11/2015, «M. C. y otros s/información sumaria s/recurso de inconstitucionalidad concedido». Disponible en <<https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/11/FALLO-MORELLO.pdf>>. [Consultado el 23/04/17]. En esa oportunidad, si bien se trataba de un caso de gestación por sustitución, el tribunal rechazó un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra una sentencia que había declarado la incompetencia del fuero local para conocer en una causa donde se solicitaba la inscripción registral de dos menores que nacieron por el método de gestación por sustitución, derivado las actuaciones a la justicia nacional especializada en asuntos de familia.

Sin embargo, como en todos los tipos de familias, también en estas familias hay separaciones y como suele suceder aquello que va bien cuando todo está bien, no siempre funciona cuando aparecen los problemas»³².

III. BREVES PALABRAS DE CIERRE

Si bien, las TIC no están prohibidas en Argentina, en materia de determinación de la filiación –y de cobertura– las técnicas reguladas son las médicamente asistida, lo que implica, como vimos, consecuencias gravosas pues, no se aplicarían las reglas de la filiación producto del uso de las TRHA sino las reglas de la filiación biológica: el donante no es donante sino padre, siendo posible entablar acciones de reclamación de estado o de impugnación y, al mismo tiempo, en caso de mujeres sin pareja, está latente la posibilidad de que el donante reconozca al niño ante el Registro Civil.

En este escenario legal, se explica no solo el desaliento a practicar las TIC de aquellos profesionales que intervienen en el campo de las TRHA, sino también la poca ocurrencia de estos supuestos en el marco de nuestro país en comparación con lo acaecido, por ejemplo, en España.

A la hora de ponderar pro y contra de las TIC vs. las TRHA, conforme la legislación argentina vigente, la balanza se inclina claramente en favor de la segunda: a) en las TRHA la muestra de semen está incluida en la cobertura asistencial del sistema de salud, en otras palabras, es gratis, razón por la cual el argumento de que las TIC son más económicas, no es atendible; b) en las TRHA, si bien en principio, la donación es anónima, no existe una prohibición legal que impida recurrir a un donante conocido, existiendo en la práctica bancos de gametos que ofrecen un programa de identidad abierta³³; esto quizá incida en la baja incidencia de TIC en Argentina pues, en otras latitudes, una de las razones de acudir a una TIC es que se puede conocer la identidad del donante; c) en las TRHA la filiación está determinada en cabeza de quien haya expresado su voluntad procreacional, con independencia de quien sea el aportante de gametos con quien, en todo caso, el niño/a tendrá un derecho de acceso a la información –no identificatoria o identificatoria– pero nunca un vínculo filial, en las TIC, como vimos, los problemas más gravosos se dan en este orden, la determinación de la filiación por las reglas de la filiación biológica; d) la intervención médica, eleva el

³² PERALTA, María Luisa, «Los niños...», op. cit.

³³ Mediante el programa de identidad abierta el nacido podrá tener acceso no solo a la identidad del donante, sino a una carpeta de su perfil, la cual incluye: datos identificatorios: nombre completo, DNI, fecha y lugar de nacimiento. Información sociodemográfica: ocupación, edad al donar, intereses y pasatiempos, ascendencia y origen étnico, entre otros. Información física: fotografías de la infancia y características físicas exactas. Ensayo motivacional: escrito a mano por el donante, acerca de sus motivaciones para donar y razones para ser parte de PIA. Descripción del donante: por parte de profesionales de REPROBANK y una descripción escrita por el donante de sí mismo. Informe de temperamento y personalidad: confeccionado mediante evaluaciones estructuradas y estandarizadas. Disponible en <<http://repro-tec.com/reprobank/pia.html>>. [Consultado el 23/04/17].

porcentaje de tasa de embarazo; e) acudir a bancos de gametos debidamente acreditados, a diferencia del caso del amigo y conocido que brinda su semen en forma directa, permite a las usuarias de librarse de cualquier reclamo legal futuro respecto a la filiación del niño, pues el donante firma con el banco de semen un consentimiento, además, las muestras utilizadas son analizadas y controladas médicamente y f) la única ventaja de recurrir a una TIC, es la preservación del ámbito íntimo, es decir, la posibilidad de realizar la inseminación en casa.

En suma, el juicio de ponderación realizado obliga a subsumir el deseo de maternidad/paternidad a través de las TRHA; no solo para seguridad de los adultos participantes sino, principalmente, en respeto del derecho a la identidad del niño/a nacido/a y su interés superior.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BERGEL, S., *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, (Thomson Reuters-La Ley), 2015.

DE LA TORRE, N., «La gestación por sustitución “hecha en casa”: el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, Buenos Aires, núm. 1, 2017, pp. 128-140.

DE LA TORRE, N., «La triple filiación desde la perspectiva civil», *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, «FAMILIA - I: Relaciones entre Padres e hijos», Provincia de Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, núm. 1, 2016, pp. 117-143.

DE LA TORRE, N., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida: supuestos no contemplados en la Ley», en BARONI, M. C. y SEBA, S. C., (coords.), *Derecho de Familia: temas relevantes en el Nuevo Código Civil*, 1ª ed., Resistencia (Con-Texto Libros), 2016, pp. 188-196.

DE LA TORRE, N., «Pluriparentalidad: ¿Por qué no más de dos vínculos filiales?», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 4, 2015, pp. 217-228.

FERRARI, G. y MANSO, M., «La triple filiación como ampliación de derechos: el rol del Estado», en *La Ley*, 2015-D, 811, Cita Online: AR/DOC/2108/2015.

GIL DOMÍNGUEZ, A., «La triple filiación y el Código Civil y Comercial», *La Ley online*, AR/DOC/1010/2016.

HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., «La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa», *La Ley*, 03/11/2016, cita online AR/DOC/3039/2016.

- HERRERA, M. y LAMM, E., «Comentario a los artículos 560-564 del Código Civil y Comercial», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial 2014*, Tomo II, Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2015, pp. 463- 581.
- HERRERA, M. y LAMM, E., «¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución», Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971.
- HERRERA, M., «La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 66, 2014, pp. 75 y ss., cita online AP/DOC/1066/2014.
- HERRERA, M. y LAMM, E., «Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar», *La Ley*, 2014-D-1165.
- HERRERA, M. y DE LA TORRE, N., «De Identidad y Familias. Aportes al debate sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo en el Derecho Argentino», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 17, 2013, Madrid (Iustel), pp. 1-62.
- HERRERA, M.; DE LA TORRE, N. y SCARDINO, M., «Indagaciones Socio Jurídicas sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida al Campo Legislativo. La Experiencia Argentina», en *Oñati Socio-legal Series* [online], vol. 7, núm. 1, 97-124.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E. y DE LA TORRE, N., «La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso `Paradiso y Campanelli c. Italia», *La Ley*, 13/03/2017, cita online AR/DOC/610/2017.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., y LAMM, E., «La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos», *La Ley*, 2014-C-001.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., «Regulación de la gestación por sustitución», *La Ley*, 2012-E-961; «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional», *La Ley*, 2013-D-195.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; BORILLO, D. A. y FLORES RODRÍGUEZ, J., (coords.), *Nuevos Desafíos del Derecho de Familia*, 1.ª ed., Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2014.
- LAMM, E., y RODRIGUEZ ITURBURU, M., «Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M. y LLOVERAS, N. (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial*, tomo V-A, Santa Fe (Rubinzal Culzoni), 2016, pp. 665-820.

- LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona (Observatori de Bioètica i Dret), 2014.
- LANCUBA, S., *Las 101 Respuestas sobre fertilidad*, 1.^a ed., Buenos Aires (Editing), 2006.
- LOUZADA, M. A., «Multiparentalidad, filiación y multiparentalidad», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 71, pp. 167 y ss.
- PERALTA, M. L., «Filiaciones múltiples y familias multiparentales», *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia*, núm. 68, 2015, pp. 54-70.
- SAMBRIZZI, E. A., «La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución *contra legem*», *La Ley 2015-C*, 881, Cita Online: AR/DOC/1566/2015.
- SCHERMAN, I. A., «Jurisprudencia norteamericana. ¿Quién es el padre? ¿Quién es la madre? Preguntas simples, respuestas complejas. Cambios en las nociones de maternidad y paternidad en la revolución reproductiva», *AP RDF*, pp. 58-267.
- SOLARI, N., «Sobre la triple filiación. A propósito de un precedente administrativo», *DFyP 3*, 2015, Cita Online: AR/DOC/3209/2015.