

## **"XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil"**

### **PONENCIA: "La Ley 26.618: Insuficiencia legislativa y necesidad de regulación de la fertilización asistida como método de procreación entre personas del mismo sexo"**

Ponencia elaborada en el ámbito del "Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones", del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, dirigido por el Dr. Marcos M. Córdoba.

**Autoras: Verónica S. Mankevicius, Graciela C. Ventura y Mara C. López;** Miembros del "Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones", del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

**Dr. Marcos M. Córdoba,** Director del "Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones", del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la UBA.

**Dra. Esther H. S. Ferrer de Fernández;** Coordinadora del "Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones", del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Profesora de la Facultad de Derecho de la UBA.

#### **DE LEGE FERENDA:**

Abierto el juego por la ley 26.618 para que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio e incluso procrear, siendo la única posibilidad viable en este caso la fecundación humana asistida, respecto de la cual se plantea la necesidad de su regulación normativa, estableciendo el status jurídico del embrión que se obtiene de la utilización de alguna técnica de reproducción artificial como persona, y determinando la maternidad o doble maternidad del mismo, resultaría necesario incluir en el articulado de nuestro Código Civil una norma que contemple la filiación en dichos supuestos

Entendemos que la Ley de Matrimonio Igualitario debería no solo complementarse sino también especificarse por medio de una ley sobre fecundación humana asistida que reforme las normas del Código Civil en materia de filiación. Dicha norma, sin llegar a ser restrictiva debería indicar los límites

que deben regir en estas prácticas; no nos olvidemos que entran a jugar no solo derechos constitucionales de las partes a procrear, a la salud y formar una familia de los que pretenden ser progenitores sino también los derechos fundamentales de las personas por nacer, tanto a la integridad física como a la vida.

En consecuencia proponemos:

- 1 La regulación concreta de los métodos de fertilización humana asistida, sus requisitos, beneficiarios, límites a las técnicas;
- 2 La reformulación de los conceptos de maternidad y paternidad a la luz de las nuevas realidades introducidas por la reforma y teniendo en cuenta el criterio volitivo;
- 2 Establecer el comienzo de la persona humana desde su concepción, la determinación del status jurídico del embrión y su tutela en caso de criopreservación.
- 3 La regulación del derecho filial argentino en sus tres formas: biológica o natural, la adoptiva y la derivada de la utilización de las técnicas de procreación asistida.

### **Introducción:**

**"Las normas de los valores plasmados en las leyes son más estables que los progresos de la ciencia aplicada; esta progresa más de prisa, y periódicamente surgen las diferencias y el desconcierto por el progreso de la técnica. Las normas del derecho no pueden estar sometidas a cambio cotidiano y a la hipertrofia de los descubrimientos científicos, sino que estos deben probar su eficacia para que trasciendan al derecho. El derecho nace de las realidades humanas. Primero existen las realidades, y después se plasman en el derecho."**

**(Muncigo Aguado Ángel Martín. Biología Progreso y Ley, En Ingeniería Genética y reproducción asistida)**

A la luz de la última reforma del Código Civil, respecto de la institución matrimonial, surge la necesidad de regular los conceptos de parentalidad, métodos de procreación y filiación, que coadyuven a dar un marco jurídico a la ley 26.618 que contemple la variedad de supuestos que pueden surgir a partir de esta reforma; como así también la modificación de normas específicas del Código Civil, y la regulación de la fecundación humana asistida, sus métodos y finalidades.

### **FECUNDACIÓN ASISTIDA.**

## **EN QUE CONSISTE - CUALES SON LOS MÉTODOS**

Sin lugar a dudas, la ciencia ha avanzado y con su avance ha ayudado a miles de personas a lograr formar una familia, que en otro tiempo debido a las contingencias de salud de alguno de los miembros de la pareja, hubiera resultado imposible, a menos que recurriera a la institución de la adopción.

Así, se han ido desarrollando las distintas técnicas de fertilización asistida, que son distintos procedimientos destinados a ayudar, en forma artificial, a que se produzca la fecundación y la implantación del huevo, para lograr de esta forma el embarazo deseado.

Existen técnicas de menor complejidad y otras de mayor complejidad. La de menor complejidad es la inseminación artificial (I.A.) y las de mayor complejidad comprenden las distintas técnicas de fertilización in Vitro (FIV).

La Inseminación Artificial (I.A.) es el método por el cual una mujer puede ser fecundada sin mediar acto sexual. Previa extracción de semen, este es introducido en la vagina, en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina).

Por otra parte en el año 1978 aparece la Fecundación In Vitro, como método de fecundación extracorpórea, desarrollando a posteriori la ciencia diversas variantes de esta técnica.

La extracción de los óvulos se obtiene mediante la utilización del laparoscopio –laparoscopia, aunque también se utiliza el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante la ecografía, evitándose así la cirugía laparoscopia que exige anestesia general de la paciente-. Obtenidos los óvulos y fecundados se transfieren al útero un cierto número de embriones (dos, tres, o cuatro a lo sumo), cuando estos están en condiciones de iniciar su fijación o anidación.

Es lo que conocemos como «bebé de probeta», así llamado porque se lo colocaba dos días en una probeta, que es el tiempo que el óvulo está en las trompas, permitiendo el embarazo en los casos en que estas estaban dañadas.

Las variantes de la técnica de fertilización in vitro (F.I.V.), son los métodos de transferencia de gametos en la trompa de Falopio (GIFT), transferencia de embriones en la trompa de Falopio (ZIFT o PROST) y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides en óvulos (ICSI).

En la técnica de GIFT Se obtienen los ovocitos y espermatozoides por el mismo procedimiento que el usado en la F.I.V., pero la fecundación no es en el laboratorio sino que se introduce en las trompas de Falopio para que así tenga lugar el procedimiento.

Las técnicas de FIV-ET y PROST favorecen esta unión, la que se realiza “in vitro” (fuera del cuerpo de la mujer) luego de la obtención de los ovocitos (de los ovarios) de la esposa, y de una preparación especial de los espermatozoides del marido (o, como en otros países, de la pareja estable)<sup>1</sup>. Si hubo fertilización y

de ella se desarrollaron naturalmente embriones, estos se reponen en el útero o en las trompas de Falopio de la madre.-

El ICSI, técnicamente es similar al FIV pero aplicado a alteraciones masculinas. Los espermatozoides elegidos son inyectados uno a uno en los óvulos aspirados. Se utiliza cuando el semen tiene características pobres que hacen pensar que no fertilizará *in vitro*.-

Para técnicas más complejas (*in vitro*, ICSI), donde se sacan los óvulos, se producen diez o quince para ser fecundados, pero a esa mujer se le colocan sólo tres, el resto se puede congelar. Una vez producida la unión del espermatozoide al óvulo, a los dos días el embrión se coloca dentro del útero o la vagina por medio de una cánula, sin operar.

La procreación artificial puede ser homóloga, cuando el semen proviene del marido; y heteróloga, cuando procede de un donante, es decir, de una persona ajena a la pareja, y por lo general anónimo.

La inseminación artificial y fecundación *in vitro* homólogas, desde el punto de vista jurídico, no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método. La paternidad debe ser atribuida al marido.-

Ahora bien, en los casos en que el semen del marido no puede ser utilizado por razones médicas o cuando se trata de matrimonios o parejas de dos mujeres debe recurrirse al semen de un tercero dador o donante. En cuanto a la filiación matrimonial o extramatrimonial en parejas heterosexuales será de fundamental importancia el consentimiento del marido, para evitar posibles impugnaciones de paternidad. En cambio tratándose de una pareja de dos mujeres resultara irrelevante el consentimiento para utilizar gametas de donante, aunque si será de importancia el consentimiento para la realización del tratamiento, lo que determinará su vínculo filial con el nacido.

Más allá de las breves explicaciones respecto a las técnicas de fertilización, lo importante es tener en cuenta que en Argentina se presenta el inconveniente que aún no se ha legislado sobre la materia.

La inexistencia de una norma que regule las diferentes situaciones que se pudieran plantear, hace que quede negada para el embrión o el niño nacido a través de estas técnicas y para las personas que deben recurrir a estos métodos para procrear, la debida protección y amparo que el sistema jurídico debe brindar. Como así también, se ven sometidos a tal desamparo, al no imponer a quienes realizan dichas técnicas las debidas limitaciones.-

Y justamente esta laguna legislativa se pone con mayor fuerza de resalto tras la sanción de la ley de matrimonio igualitario (ley 26.618).

Antes de la sanción de la ley 26618, el derecho filial tradicional giraba en torno a la idea de que la persona puede tener sólo dos vínculos filiales, de distinto tipo y representados por personas de distintos sexos: una madre y un padre.

Asimismo, conforme el artículo 242 de nuestro Código Civil existe la presunción de derecho de que la madre es la que da a luz al hijo mediante el parto, haciendo aplicación de la máxima del derecho romano, cuyo aforismo

jurídico en latín es "*Mater semper certa est*". Aforismo que no admitía prueba en contrario, atento a que hasta no hace más de 30 años no se conocían las técnicas de reproducción médicamente asistida, hoy tiene un panorama diferente en cuanto a presunción.

La paternidad, en cambio, se funda en la maternidad cierta y se identifica jurídicamente, mediante presunciones que parten de esta certeza de maternidad y en virtud, de los deberes de cohabitación y fidelidad de los cónyuges entre sí dentro del matrimonio.

Como venimos sosteniendo, tras la sanción de la ley de Matrimonio Igualitario podemos hablar de crisis en los conceptos de maternidad y paternidad cuando entran en juego un matrimonio formado por personas del mismo sexo y las técnicas de fecundación asistida que carecen de regulación en nuestro sistema jurídico. Se pregunta la doctrina ¿qué sucede si esa misma mujer está casada con otra persona del mismo sexo? ¿Se mantiene vigente la presunción de "paternidad" prevista en el Art. 243 C. C.? En caso afirmativo, dicha presunción ¿se aplica de forma análoga? ¿De qué tipo de filiación hablaríamos en dichos supuestos?

La aparición de las distintas modalidades de fecundación asistida, pueden implicar la intervención de diversas mujeres en el proceso de la procreación, quienes pueden participar con su material genético o a través de la gestación, o simplemente, con su voluntad de asumir la maternidad legal del nacido.

La maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación. Por lo mismo, una de los primeros interrogantes es si se puede escindir la figura de la maternidad de aquél presupuesto biológico. A tales fines, se han propuesto clasificaciones según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación.

**a. Maternidad plena:** es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

**b. Maternidad genética:** es la de quien se convierte en donante de óvulos.

**c. Maternidad gestativa:** cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

**d. Maternidad legal:** la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

En cuanto a la paternidad, con una connotación más social que biológica, podemos hablar de:

**16 PATERNIDAD GENÉTICA:**

De concepción

Donación de esperma

**17 PATERNIDAD SOCIAL:**

Cuidado

Adoptivo

Donante de nombre

Ante la pregunta sobre ¿quién es la madre/padre? Y a los fines de poder responderla, habría que admitir otros criterios que se consideran igualmente

relevantes para determinar la paternidad (en sentido genérico), como podría ser el volitivo.

Concluyendo, a la luz de la ley 26.618 encontramos a un niño por nacer, del que debemos determinar cuál es su status jurídico; o a un niño nacido, respecto del cual debemos establecer cual es su situación jurídica frente al cónyuge de la madre (o a fin de determinar la maternidad de ambas cónyuges); o como en el caso de maternidad subrogada, quiénes son sus padres. Asimismo, esta reforma al Código Civil nos hace replantear la situación actual y las cuestiones no contempladas y la necesidad de aggiornar normas existentes para dar debido amparo a los conflictos que en la práctica de nuestros tribunales puedan plantearse.

### **ALGUNAS HIPOTESIS POSIBLES FRENTE A LA LEY 26.618:**

Debemos aquí plantear los problemas que prácticamente pueden presentarse ante la laguna legislativa respecto de las técnicas de fertilización asistida y la filiación en el actual régimen de matrimonio.

Si bien existen numerosos proyectos de ley que se han presentado para su tratamiento parlamentario, y en el año 1997 se le dio en el Senado de la Nación media sanción a un proyecto de ley originado en varias de sus comisiones (pero que no ha logrado la convalidación de Diputados) todos ellos, deben aggiornarse al cambio legislativo introducido al matrimonio a través de la ley 26.618.

En este plano debemos distinguir dos situaciones: un matrimonio heterosexual que necesite recurrir a la fecundación asistida para lograr la procreación, y por otro lado, el único caso respecto de matrimonios de personas del mismo sexo que entendemos pueden recurrir a estos métodos para procrear: el matrimonio de dos mujeres, y la consecuente determinación de la doble maternidad o maternidad conjunta.

En este punto conviene hacer la salvedad de que no se intenta con este trabajo restringir el derecho de ser padres a aquellos matrimonios integrados por dos hombres, sino que, atento a realidades biológicas entendemos que solo podrán acceder a la paternidad a través de la institución de la adopción.

Frente a quienes pretenden que dos hombres podrían ser padres a través de la figura de la maternidad subrogada, amplia doctrina sostiene que la misma, a través de un contrato de alquiler de vientres, implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres y al orden público, así como también a las normas internacionales que consagran que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando por ello la nulidad del mismo. Además, sostienen, que contraviene la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad. Pero el caso es que en nuestro país el tema no se encuentra regulado.

Es así que entendemos que la Ley de Matrimonio Igualitario debería no solo complementarse sino también especificarse por medio de una ley sobre fecundación humana asistida que reforme las normas del Código Civil en materia

de filiación. Dicha norma, sin llegar a ser restrictiva debería indicar los límites que deben regir en estas prácticas; no nos olvidemos que entran a jugar no solo derechos constitucionales de las partes a procrear, a la salud y formar una familia de los que pretenden ser progenitores sino también los derechos fundamentales de las personas por nacer, tanto a la integridad física como a la vida.

### **¿Qué debería contemplar una norma sobre fecundación asistida?**

En principio una ley sobre fecundación asistida, debería establecer que la infertilidad es una enfermedad, atento resultar una patología que afecta y restringe el pleno goce de la salud, como así también, establecer que dicha práctica constituirá el método mediante el cual un matrimonio de personas de un mismo sexo (mujeres) podrán procrear.

Por otra parte resultaría acertado definir en qué consiste la reproducción humana asistida, y cuáles son las técnicas aceptadas – de baja o alta complejidad-, estableciendo los alcances y requisitos a cumplir por los beneficiarios/as en caso de ser homólogas o heterólogas; como así también delimitar los alcances de la utilización de dichas técnicas específicamente por ejemplo que deben realizarse con asistencia médica, la cantidad máxima de óvulos a fertilizar, la cantidad máxima de embriones a implantar y la criopreservación de embriones.

### **Quiénes son beneficiarios/as:**

En cuanto a los beneficiarios de las técnicas de fertilización asistida, la norma debería contemplar los dos supuestos probables, antes mencionados.

Así en referencia a quienes pueden acceder a dichas técnicas, podrían hacerlo aquellas personas mayores de edad y capaces.

Para el caso de que se trate de una técnica homóloga – para el caso de matrimonio o pareja heterosexual – no habría problema en cuanto al consentimiento, ya que se desprendería tácitamente del sometimiento voluntario a dicho tratamiento por parte de los integrantes.

Ahora bien, cuando el diagnóstico indique que debe efectuarse un tratamiento heterólogo, debería el cónyuge de la mujer a fertilizar, prestar consentimiento por escrito. En el caso de matrimonio o pareja estable, conformado por dos mujeres en el que una dona los ovocitos a fecundarse en su cónyuge, además del consentimiento para la utilización de semen de donante, debería constar la donación, lo que coadyuvará al momento de definir la doble maternidad y de la inscripción del niño/a en el Registro de la Capacidad Civil de las Personas.

### **Redefinición del comienzo de la persona humana – Parentalidad y**

## guarda de los embriones criopreservados

En cuanto al comienzo de la existencia de la persona física, el Art. 70 del Código Civil reza: *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.”*

Esta norma, entendemos, ha quedado derogada en forma tácita atento a que la Carta Magna, con la reforma ocurrida en 1994, recepta tratados internacionales con jerarquía constitucional que establecen que la vida comienza desde la concepción, y que el embrión humano es persona.

Es decir se establece constitucionalmente el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción, sin hacer el distingo si la misma a tenido lugar en el seno materno o fuera de él, tal como puede ocurrir en el caso de la fertilización in Vitro.

El Código Civil en los Art. 63, 70 y 264 establece que la tutela de las personas comienza desde la concepción en el seno materno. El Art.51 de dicho cuerpo legal considera persona de existencia visible a todo ente que presente signos característicos de humanidad. Dado que en el embrión humano existen los códigos genéticos que determinarán su individualidad no cabe duda que posee los requisitos del art 51 del CC. En nuestro país, existen antecedentes jurisprudenciales que así lo entienden. En el año 1999, Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, falló respecto al tema de eliminación de embriones. ***“En nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica”*** Expresamente reconoció la personalidad desde el estadio del ovocito pronucleado, lo que resulta acorde a las investigaciones recientes – tal como lo explican Rabinovich – Berkman en su trabajo “La Tutela de los Embriones congelados”, (Supl. La Ley, Revista del CPACF, N° 46/ Noviembre de 2005, pág. 5). Incluso nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación también se ha expedido al respecto en similar criterio, en autos Portal de Belén c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo.

Ahora bien, abierto el juego por la ley 26.618 para que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio e incluso procrear, siendo la única posibilidad viable en este caso la fecundación humana asistida (respecto de la cual ya establecimos la necesidad de que se legisle), habiendo quedado en consecuencia establecido el status jurídico del embrión que se obtiene de la utilización de alguna técnica de reproducción artificial, y establecida la maternidad o doble maternidad del mismo, resultaría necesario incluir en el articulado de nuestro Código Civil una norma que contemple la filiación en los

casos descriptos.

Resulta imperioso incluir dentro del articulado referido a la filiación un artículo que contemple, en el supuesto de matrimonio entre dos mujeres, la determinación del vínculo filial del niño con la cónyuge de la madre quedando determinado por la presunción de filiación matrimonial. En consecuencia, estará vedado para dicha cónyuge impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido mediante el uso de técnicas de procreación humana asistida siempre que haya prestado su consentimiento libre, formal y previo al sometimiento a dichas técnicas. *Además* sería conveniente que el mismo englobe aquellos supuestos en los que las progenitoras se encuentran en una relación concubinaria estable, quedando en pie la presunción del vínculo jurídico del niño nacido y la mujer compañera de la madre que lo pare en virtud del consentimiento brindado al momento de realizar la técnica de fertilización asistida, como así también, establecer el sistema de doble maternidad en el caso de que la concubinaria done los óvulos que se utilizaren en la práctica de fecundación para que su compañera de a luz un hijo de ambas. Ello para clarificar las situaciones que quedarían fuera de las acciones de impugnación de filiación y sus derivaciones y establecer las obligaciones respecto del hijo a cargo de sus progenitoras.

Por otra parte, la ley 26.618 modifica con sus artículos 7 y 8 los Arts. 264 inc. 1 y 264 ter respectivamente, ambas normas referidas a la patria potestad de los hijos nacidos, sea dentro del matrimonio o fuera de él. Sin embargo, entendemos que consiguiendo legislar sobre las técnicas de fecundación asistida, podría introducirse dentro de las normas relativas a la patria potestad, una norma que haga especial mención al caso de los embriones que han quedado como excedentes del tratamiento al que se sometiere la pareja, y que, necesitan ser tutelados. Entendiendo que el status jurídico del embrión es de persona (aun cuando no se haya implantado en el seno materno para su gestación), debe establecerse que su tutela y protección, así como también las decisiones respecto a su utilización y cuidado recae en cabeza de sus progenitores/as, quienes ejercerán dicha tutela o guarda en caso de divorcio vincular de las mismas, y la posibilidad de realizar su donación para que se configure la adopción prenatal.

### **Filiación, Identidad e inscripción**

Nuestro país, cumpliendo con un compromiso internacional contraído en 1984 al adherir la República Argentina al Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 17 inciso 5) establece que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo sancionó la Ley 23.264.

La referida norma introdujo una sustancial reforma que equipara el régimen de las filiaciones, siendo determinadas las dos únicas formas que puede adquirir el vínculo filial: por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza, a su vez, puede ser matrimonial o extramatrimonial.

Respecto a la filiación por naturaleza matrimonial, las normas del Código Civil determinan la presunción de paternidad del marido de la madre, tal como lo establece la primera parte del artículo 243, siendo la filiación matrimonial en los casos de que una mujer casada tenga un hijo desde la celebración de las nupcias y dentro de los 300 días de la disolución, anulación, separación personal o de hecho. Pudiendo ser atacada dicha presunción mediante acción de impugnación de paternidad matrimonial de acuerdo a lo establecido en los artículos 258 y 259 del Código Civil.

Siguiendo a un sector de la doctrina, el fundamento de la presunción de paternidad prevista en el artículo 243 del Código Civil, podría sostenerse que se funda en un elemento biológico, en razón de los deberes y derechos del matrimonio, admitiendo dicha presunción prueba en contrario.

No podemos desconocer que este elemento biológico también comparte el escenario con otros elementos de carácter social, ya que la determinación de la paternidad matrimonial tiene un alto componente social, ya que el marido de la madre puede no ser genéticamente el progenitor del niño de su esposa. En este sentido, con cita de Puig Brutau, Zannoni y Bossert afirman que la presunción en análisis “representa la primacía de lo social sobre lo biológico en derecho, primacía justificada hoy por la constelación de fines que la familia legítima satisface” .

En este contexto de primacía de lo social sobre lo biológico, podemos diferenciar los conceptos de “padre” y “progenitor”. Padre es el que cría siendo el que engendra el progenitor.

Existe entre ambos conceptos una enorme diferencia, no pudiendo confundirse los mismos, debiendo prevalecer siempre el vínculo de filiación construido a través de la convivencia y el afecto sobre aquel meramente biológico. De este modo aparecen dos derechos inconfundibles, que no pueden ser dejados de lado por la normativa, por un lado el *derecho al padre* y por el otro el *derecho al conocimiento del origen genético*.

Ahora bien, la Ley 26.618 se abocó a modificar una realidad social desarmonizando la estructura jurídica existente. Se trató de establecer una igualdad jurídica logrando implantar una serie de desigualdades entre “iguales”, haciendo entrar en crisis el derecho filial tradicional binario.

En los matrimonios homosexuales se presentan situaciones jurídicas distintas respecto al vínculo filial matrimonial instaurado en la Ley 23.264 respecto del matrimonio heterosexual, que traen aparejados conflictos jurídicos no regulados por la legislación argentina.

En el caso de matrimonio celebrado entre dos hombres quedaría descartado el vínculo filial matrimonial por naturaleza, debiendo, en su caso, recurrir los cónyuges a la adopción como única alternativa.

Pero distinto, y es aquí donde se presentan las dificultades jurídicas, es el caso del matrimonio celebrado entre dos mujeres, donde nacen distintos

supuestos y la aparición de una “nueva o tercera filiación” basada en el uso de las técnicas de procreación asistida.

En los vínculos filiales entre dos cónyuges mujeres, puede en algunos casos aparecer el elemento biológico y en otros no. Es decir, si una mujer procura para su gestación material genético de su cónyuge y de un tercero “anónimo” masculino, existiría el nexo biológico entre ambas cónyuges.

En el derecho comparado se extienden, producto de las realidades sociales, las corrientes de la llamada “socioafectividad”.

La socioafectividad es aquel elemento necesario de las relaciones familiares basadas en hechos conjugados en el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo. El criterio socioafectivo se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental. Se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana.

Lo que interesa al Derecho es la relación de estado generada entre las personas. Implica la preexistencia de un grupo familiar (socio) en el que se crean relaciones sentimentales (afectividad).

La filiación socioafectiva no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad encausando, al mismo tiempo, la verdad biológica y las presunciones legales.

Con respecto a la inscripción de los nacimientos, la Ley 26.618 sustituyó el inciso c) del artículo 36 de la Ley 26.413, estableciendo que: *“La Inscripción deberá contener: (...) c) 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 (...)”*

Aquí encontramos una incompatibilidad con el sistema filiatorio argentino actual, como ya se ha expresado anteriormente, ya que al inscribirse a una persona como hijo matrimonial de dos hombres o de dos mujeres, se estaría eliminando al padre o a la madre biológica, desechando normas constitucionales y el derecho a la identidad vulnerado por la falta de regulación y la carencia de una normativa integral que brinde soluciones jurídicas a los temas tratados en el presente trabajo.

Pero a la luz de la doctrina de la socioafectiva, parecería que la norma contiene un elemento volitivo que se encuentra por encima del elemento genético, siendo que el vínculo socioafectivo depende, de la prueba de la convivencia respetuosa, pública y firmemente establecida.

**¿Son excluyentes la parentalidad socioafectiva con el derecho al conocimiento de los orígenes genéticos?**

Siguiendo a Enrique Varsi Rospogliosi y a Marianna CHAVEZ, estas dos formas de paternidad, la socioafectiva y la biológica no son excluyentes. Se trata de institutos diversos que tutelan bienes distintos.

La primera resguarda la vivencia del sujeto en un entorno familiar y, la segunda consagra el derecho de saber quien engendró con la finalidad de poder conocerlo y relacionarse con él. Es así que, el Derecho debe cumplir un rol pacificador haciendo constar en el registro la verdad socioafectiva y, sin temores, la biológica igualmente.

### **¿Qué respuesta debería dar nuestro ordenamiento positivo vigente?**

*“La respuesta exige distinguir entre derecho a tener vínculo jurídico y derecho a conocer los orígenes”,* no estando este último en juego, ya que debería ser satisfecho siempre, de manera voluntaria por parte de los adultos involucrados, o en su caso, por vía judicial.

El derecho a conocer los orígenes en materia de procreación asistida se plasma en el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad regulados en nuestra Carta Magna: *“Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones de familia. Cuando algún niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”* .

En el sistema filial, el elemento volitivo adquiere mayor envergadura que el componente genético en el campo de la procreación asistida.

Desde la procreación asistida lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico, observándose hoy tres criterios diferenciados: el genético, el biológico y el voluntario, siendo en éste último caso el requisito determinante de la filiación.

### **El alcance del emplazamiento**

A la luz de la Ley de matrimonio igualitario, se prevé el caso de inscripción del hijo por parte de padres del mismo sexo, que se hubieren casado.

En el caso de matrimonio heterosexual los padres figuraran como hasta entonces, como *“madre y padre”*, donde los roles culturales y jurídicos coinciden; mientras que en el caso de matrimonio entre personas del mismo sexo en el acta de inscripción figurarán como la madre y su cónyuge.

En este último caso se suscita la problemática, atento a que podría darse la situación de que ambas mujeres ejerzan el rol de madre. Ante la posibilidad de un matrimonio entre mujeres, de las cuales nazca una criatura relacionada biológicamente con una de ellas y genéticamente con la otra, la doctrina ha esbozado una interpretación amplia del art. 36 de la Ley 26.413, en conjunción

con la cláusula de no discriminación introducidas por el artículo 42 de la ley 26.618, estableciendo que la inscripción registral del nacimiento con el apellido de ambas cónyuges femeninas presupondría la posibilidad de determinar una doble maternidad, reconociendo una presunción de maternidad del hijo dado a luz por una de las esposas.

En este principio de doble maternidad, se basó la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos “M. del P. C. y otra c/ G.C.B.A. s/ medida cautelar”.

En la sentencia del fallo reseñado, se ordenó al Registro Civil a que inscriba como hija de la pareja a la hija concebida con tratamiento de fertilización asistida por el método de ovodonación. El fundamento del mismo encuentra su sustento en la vulneración al derecho a la igualdad de trato y a la protección de la familia, ambos de raigambre constitucional. Si bien en el caso las mujeres no se encontraban unidas en matrimonio, el cambio que generó la ley de matrimonio civil igualitario alcanza a todas las instituciones del derecho de familia.

La sentenciante, sostuvo que “el derecho a la identidad es el alma de la persona en su faz jurídica. Y en este caso en particular, ello ese derecho a la identidad del niño, ha de hacerse efectivo mediante el reconocimiento de ambas progenitoras que es lo que efectivamente se corresponde con su realidad merecedora de amparo.”

Este fallo pone de resalto la laguna normativa existente en materia filiatoria de hijos concebidos mediante técnicas de reproducción humana asistida.

La doctrina se encuentra dividida, respecto del alcance de emplazar en el estado filial al niño con la cónyuge de la madre que tuvo el parto.

Cierta parte de la doctrina sostiene que no habrá filiación entre el menor y la cónyuge de la madre biológica, a pesar de la inscripción registral, ya que no se ha modificado el régimen legal de la filiación.

Empero, a la luz del artículo 42 de la Ley N° 26.618, ante la falta de normativa filiatoria respecto a los casos en cuestión, se deberá tener en cuenta tal precepto, ya que todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo como al constituido por dos personas de distinto sexo, cuyos integrantes tendrán los mismos derechos y obligaciones y ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones tanto en el matrimonio entre personas del mismo o de diferente sexo.

No se debe caer en el error conceptual, consistente en confundir la realidad biológica y el correspondiente derecho a la identidad, que tiene o puede

tener el padre biológico, con el estado de familia, establecido por la ley.

En el caso de matrimonios heterosexuales que recurren a la inseminación artificial heteróloga los padres jurídicos pasan a ser el hombre y la mujer, dejando de lado al tercer dador, es decir al padre biológico.

En la consagración del derecho a la identidad encontramos la filiación. Como venimos sosteniendo, la filiación se determina por la voluntad y no necesariamente por el hecho jurídico de la concepción o nacimiento, salvo el establecimiento de la misma en el matrimonio. La filiación no es un acto jurídico, es la relación jurídica que surge por determinación de la ley, la adopción, el reconocimiento o una sentencia, siendo estos tres últimos típicos actos jurídicos del Derecho de familia. Estos actos tienen como objeto generar la relación paterno filial, siendo su fin o causa ser parte de una familia.

### **Conclusión**

El avance tecnológico en diferentes áreas, y el aumento en los casos de técnicas de reproducción artificial o asistida, nos plantea el interrogante de si existe un Derecho preparado para abordar el surgimiento de estas nuevas realidades.

Encontramos en el derecho la riqueza y como ciencia jurídica tiene todas las herramientas para resolver problemas.

Por ello, ante la ineficiencia de las leyes y los vacíos que se presentan, los desafíos del Derecho de aquí en adelante para poder estar a la altura de los avances no sólo tecnológicos, sino también sociales será “qué, cómo y hacia dónde regular” con el fin de lograr un sistema jurídico equilibrado, tendiente a conseguir justicia, orden, paz seguridad y bien común.

En su momento, el dictado de la Ley de Matrimonio Igualitario nos desafió a repensar los parámetros de lo que es "normal", en cuanto al matrimonio. Hoy día, los efectos de la misma norma nos invitan a repensar conceptos de filiación, de familia, de persona... Urge repensarlos y, también, animarnos a re formularlos de modo que, no sólo contemplen las distintas realidades existentes en nuestra sociedad, sino también protejan a los niños y niñas y a las personas por nacer, cuyos derechos todos tenemos el deber de proteger.