

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) en el Código Civil y Comercial

*Néstor E. Solari**

Resumen

Frente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) surge una necesidad de adecuar y contemplar las diversas modalidades que la ciencia médica ha desarrollado en los últimos años. Existen tres fuentes filiales: por naturaleza, por adopción y las derivadas de las TRHA. La nueva legislación adolece de un sistema integral moderno, que dé cuenta de los distintos aspectos derivados de las TRHA, postergando su tratamiento en una futura reforma. Hay dos aspectos que merecen un tratamiento específico por parte del legislador: la gestación por sustitución y la plurifiliación.

Palabras clave: Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Código Civil y Comercial, gestación por sustitución, plurifiliación.

Assisted Human Reproduction Techniques in the Civil and Commercial Code

Abstract

The new Assisted Human Reproduction Techniques brings the need to accommodate the current legislation in matters of filiation. There are three

* Doctor en Derecho (UBA). Titular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA), subdirector de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia y de la Especialización en Derecho de Familia (UBA). Autor de diversos libros y publicaciones sobre la materia; nestorsolari@gmail.com.

filiation sources: natural, adoption and those derived from the Assisted Human Reproduction Techniques. The Civil and Commercial Code lacks a comprehensive system that acknowledges these realities. There are two aspects that need specific treatment: surrogacy and multiple parents.

Keywords: Assited Human Reproduction Techniques, Commercial and Civil Code, Surrogacy, multiple parents.

I. Introducción

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) constituyen uno de los ejes centrales en materia de filiación, en cuanto a la necesidad de adecuar y contemplar las diversas modalidades que la ciencia médica ha desarrollado en los últimos años.

En sintonía con ello, el Código Civil y Comercial ha contemplado una tercera fuente filial, consistente en la voluntad procreacional, además de la filiación por naturaleza y por adopción, que ya estaban previstas en la anterior legislación. En tal sentido, ahora tenemos tres fuentes filiales: por naturaleza, por adopción y las derivadas de las TRHA.

A pesar de la creación de una tercera fuente filial, acorde a los modelos filiales actuales, la nueva legislación adolece de un sistema integral moderno, consecuencia de las realidades surgidas a partir de las TRHA.

Así, el código de fondo ha dejado sin tratar los distintos aspectos derivados de las TRHA, postergando su tratamiento en una futura reforma,¹ algo que en realidad, constituía el eje central de las técnicas de reproducción humana asistida.

Por otra parte, en la reforma efectuada en el título de la Filiación, en punto a las TRHA hay dos aspectos que merecen un tratamiento específico por parte del legislador: la gestación por sustitución y la plurifiliación.

1. De acuerdo con los fundamentos del Anteproyecto. “Se permite la fertilización con gametos de la pareja o de la persona que pretende alcanzar la maternidad o paternidad a través del uso de las técnicas, como así también de material de donante anónimo, debiendo una ley especial regular todas las cuestiones que se derivan de la llamada fertilización *heteróloga*”.

II. Gestación por sustitución

La gestación por sustitución, como modalidad específica de las TRHA, representa en la actualidad el aspecto más trascendente desde el punto de vista jurídico, en virtud de las distintas cuestiones que se encuentran involucradas en dichas prácticas.

El texto del Código Civil y Comercial no contiene ninguna disposición expresa al respecto, manteniendo un criterio abstencionista en la materia.

Aun cuando el Anteproyecto contenía una disposición expresa al respecto, no debe dejar de señalarse que la utilización de esta especie de filiación, en los términos proyectados, requería necesariamente de una decisión judicial, que así lo autorizara. Lo cual no significaba un verdadero avance, pues, de ejercer tal opción, debía recurrirse a la vía judicial para que, eventualmente, el juez autorizara dichas prácticas. En realidad, el derecho positivo debiera contener un mecanismo para llevar adelante las prácticas sin necesidad de judicializar el pedido. Dicho de otra manera, si se trata de un derecho no puede pretenderse que los que deseen implementar tales prácticas deban pedir a la justicia su correspondiente autorización. De ahí que la proyectada disposición no impedía el arduo recurso de la judicialización.

Fuera de ello, ante la falta de previsión expresa en el código de fondo, las partes involucradas también deberán seguir transitando el ámbito judicial para lograr su reconocimiento. Esta necesidad de la vía judicial lo ha sido tanto en aplicación del viejo Código Civil como en el nuevo Código Civil y Comercial. Es decir, antes como después de la vigencia del CCyC en la Argentina es necesario tener un reconocimiento judicial para que los comitentes –quienes tienen la voluntad procreacional– logren el emplazamiento en el vínculo filial y para que la gestante no sea jurídicamente madre.

Precisamente la novel legislación contiene una regla que viene del derecho romano, consistente en que la maternidad se determina por el parto, aún en las técnicas de reproducción humana asistida (conf. art. 562 CCyC), lo que constituye un verdadero despropósito en el estado actual de la ciencia. Ello así, pues mantener esta regla en un código moderno implica desconocer las distintas variantes que rodean a las técnicas de reproducción humana asistida, en particular a la gestación por sustitución, en donde la gestante, precisamente, no quiere asumir la maternidad.

Esta inconsistencia ha llevado a la jurisprudencia, en varias oportunidades, a tener que declarar la inconstitucionalidad del precepto en crisis,

por resultar un obstáculo para dichas prácticas. En otras oportunidades, la jurisprudencia, sin declarar la inconstitucionalidad del precepto, hizo aplicación de los arts. 1 y 2 del CCyC para encontrar en los tratados internacionales la solución del caso.

Por uno u otro camino, la solución siguen siendo disposiciones constitucionales y convencionales ante la ausencia de previsión interna al respecto.

III. Plurifiliación

Otro de los aspectos fundamentales que se debate en materia de técnicas de reproducción humana asistida es lo atinente a la posibilidad de inscribir la filiación con más de dos progenitores.

El sistema binario ha prevalecido en las legislaciones en la época de codificación, lo que resultaba indiscutido en atención a la realidad sociológica y científica. Sin embargo, los adelantos técnicos logrados con las TRHA abrieron un nuevo debate en derredor de la inscripción del vínculo filial, consistente en la posibilidad de que las partes puedan asumir, desde el principio, su intención de inscribir la filiación tanto respecto de los que tienen la voluntad procreacional como el tercero dador.

En la Argentina, en vigencia del código velezano, a principios de 2014, en la ciudad de Mar del Plata, se presentaron en el Registro Civil de las Personas los cónyuges y el padre biológico para inscribir al niño nacido por las TRHA, como hijo de los tres progenitores. En el caso, pidieron inscribir a dicho niño con sus dos mamás –cónyuges– y su padre biológico. La disposición 2.062 del Registro Provincial de las Personas hizo lugar a la solicitud de reconocimiento paterno solicitado por el padre biológico, respecto del niño inscripto previamente por sus madres. Se argumentó que el Código Civil no contenía prohibición expresa al respecto. De esta manera, se consagró la posibilidad de que tenga lugar la plurifiliación.

Poco tiempo después, entró en vigencia el Código Civil y Comercial. En dicho texto, en el último párrafo del art. 558 CCyC se prohíbe expresamente la posibilidad de que un niño sea inscripto con más de dos progenitores.

En tal sentido, señala el Anteproyecto: “Se mantiene el sistema binario, o sea, nadie puede tener vínculo filial con más de dos personas al mismo tiempo; de allí que si alguien pretende tener vínculo con otra persona, previamente debe producirse el desplazamiento de uno de ellos”.

No puede dejar de destacarse que la previsión legal implica una regresividad de derechos en nuestra legislación, inaugurando un sistema contrario a los tratados internacionales con jerarquía constitucional, que propician distintos modelos familiares y, en particular, de la plurifiliación.

Por ello, la disposición legal también ya ha sido declarada inconstitucional por precedentes jurisprudenciales, no obstante, la reciente vigencia del código de fondo.

IV. A modo de cierre

Estimo que se ha perdido una oportunidad inmejorable de actualizar en el orden interno los dilemas surgidos de la filiación, más allá de los fundamentos del Anteproyecto que pregonaban una reforma que en la letra del código no se encuentra reflejada.

En efecto, es indudable que el contenido de las normas internas sobre Filiación, en la estructura del nuevo Código Civil y Comercial, mantiene viejos parámetros, revestidos de algunas modificaciones puntuales, como la incorporación formal de una tercera fuente filial. Mas ello no resulta suficiente en el contexto sociológico y jurisprudencial existente a la época de sanción del código de fondo.

Lo cierto y concreto es que los nuevos dilemas derivados de la filiación, consecuencia de los adelantos científicos y de la pluralidad de modelos familiares existentes, requieren ser abordados, normativamente, en estructuras legales ajenas al texto del código civil y comercial, encontrando –como antes de su vigencia– sus fuentes en tratados internacionales con jerarquía constitucional.

A mi entender, la pregonada constitucionalización del derecho de familia no ha tenido debida aplicación en las instituciones del derecho de la filiación, manteniendo estructuras viejas, con algunas modificaciones que no logran satisfacer mínimamente la realidad científica, sociológica y jurisprudencial de esta época.

En atención a ello, la aplicación de los tratados internacionales y el control constitucional y la convencionalidad por parte de los jueces resulta imprescindible, más que en otras materias, debido a la falta de norma interna sobre la gestación por sustitución y a la prohibición de un vínculo filial de más de dos personas.

Por ello, con relación a la filiación, la doctrina emergente de los arts. 1 y 2 del CCyC resulta fundamental para “salir del texto del Código Civil y

Comercial” y encontrar la solución “fuera” de este, o, como último recurso la eventual declaración de inconstitucionalidad de los preceptos en crisis.

Esperemos que en una futura reforma legislativa se aborden, finalmente, los verdaderos dilemas actuales que nos enfrenta el derecho filial moderno. Mientras tanto, los jueces tendrán que seguir recurriendo a normas constitucionales y convencionales en la materia.

Bibliografía

Azpiri, Jorge O. *Derecho de Familia*, Hammurabi, 2016.

Bueres, Alberto J. (dirección), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 2, Hammurabi, 2016.

De Lorenzi, Mariana. “La aritmética de la filiación: cuando no hay dos sin tres, pero tres son multitud. El imperativo real de la pluriparentalidad”, *RDF* N° 79, 2017, Abeledo Perrot.

Famá, María Victoria. *Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, tomos I y II, La Ley, 2017.

Lamm, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, 2013.

Solari, Néstor E., *Derecho de las Familias*, La Ley, 2017.

Solari, Néstor E., *Sobre la triple filiación*, DFyP, octubre de 2015, p. 3, La Ley.