

BIOTECNOLOGÍA Y PARENTESCO

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, SU INFLUENCIA EN EL CAMPO JURÍDICO ARGENTINO Y EN LAS PRÁCTICAS DE PARENTESCO¹

KOWALENKO², Andrea Silvana

MIGNON³, María Belén

andreakowalenko@yahoo.com.ar

mariaamignon@hotmail.com

SUMARIO: 1.Introducción. 2. La diversidad familiar como punto de partida. 3. Prácticas sociales que suponen rupturas conceptuales en torno a las familias. 4. Los hechos de la reproducción asistida: entre lo biológico y lo social. 4.1 ¿Qué es lo dado y que es lo construido en el proceso de filiación biotecnológica? 5. El impacto de la biotecnología en las conformaciones familiares. 5.1. Las Técnicas de reproducción humana asistida y filiación. 6. La filiación derivada de la procreación asistida en el proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial argentino. 6.1 La gestación por sustitución y la filiación post mortem 7. Propuestas a manera de cierre. 8. Bibliografía

1. Introducción

Los estudios de las familias y de las relaciones de parentesco componen un objeto hondamente trabajado por distintas disciplinas sociales, desde la antropología, la etnología, la sociología, la psicología, la historia, las ciencias religiosas y el derecho. Bestard – Camps (1991) advierte que los mismos, han sido difíciles de abordar críticamente y ello se debe a que se tratan

¹ El presente trabajo fue presentado y defendido en el marco del XIV Congreso Nacional y IV Latinoamericano de Sociología Jurídica “*Conflictos sociales y confrontaciones de derechos en América Latina*”, desarrollado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC, Córdoba, octubre de 2013.

² Kowalenko, Andrea Silvana. Abogada UBA. Especialista en Derecho de Familia UNC. Diplomada en Desarrollo Humano con perspectiva de género UNC. Adscripta a la Cátedra “B” –Dra. Lloveras - de Derecho Privado VI - Familia y Sucesiones- y a la Cátedra “B” –Dr. Lista – de Sociología Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Mail: andreakowalenko@yahoo.com.ar

³ Mignon, María Belén, Abogada UNC, Adscripta a la Cátedra “B” –Dra. Lloveras - de Derecho Privado VI - Familia y Sucesiones-, Tutora académica de Práctica Profesional III (Violencia Familiar y otras instituciones), Docente Auxiliar de la materia opcional Géneros, familias y Derechos. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Mail: mariaamignon@gmail.com

de campos donde, fácilmente, se han ido introduciendo los prejuicios culturales sobre la realidad, consciente o inconscientemente, del propio investigador⁴.

Aquí, solo se intentará reflejar algunos discursos que han giran en torno a “familia”, “paternidad”, “maternidad”, “naturaleza”, “técnicas de reproducción asistida” para focalizar en las filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y su recepción por el discurso jurídico argentino.

Las familias se han transformado gracias a un sinnúmero de agentes, entre los que podemos mencionar los divorcios, los sucesivos matrimonios o uniones de las personas que conforman una nueva familia con hijos comunes y no comunes, las parejas homosexuales con hijos biológicos o adoptivos⁵, la monoparentalidad/momarentalidad, la adopción, la adopción internacional, las técnicas de reproducción asistida o la transnacionalización de las familias; que han ido generando nuevas modalidades de emparentamiento, despojando a la biología como elemento único en la construcción del parentesco⁶.

En los últimos tiempos, las familias adoptan nuevas formas, “constelaciones”, se han vuelto más inestables; pero consecuentemente han refortalecido los lazos de parentesco. En palabras de Bestard (1998) “se crean nuevas familias que se caracterizan por su fluidez y diversidad”⁷. En estas familias existen muchas relaciones de parentesco que no se conforman con el modelo de la familia nuclear, que toman elementos biológicos (como por ejemplo la consanguinidad) y no biológicos (la crianza, los cuidados y los afectos). Estos últimos rebasan al sistema jurídico familiar argentino.

Lo que está en cuestión como objeto de reflexión ¿cuanto de biológico y de no biológico (social) vislumbramos en la filiación derivada del empleo de técnicas de reproducción humana asitida? Si en la filiación biotecnológica, la posición genealógica sustentada en el vínculo biológico no constituye razón suficiente para emparentar a las personas y dotarlas de una identidad común familiar, distribuidora de normas, roles y estatus, ¿en qué consiste ser padre, madre, hijo, hija?; y, ¿qué es lo hace el Derecho frente a ello?

2. La diversidad familiar como punto de partida

⁴ Bestard- Camps, Joan; (1991), “La familia: Entre la Antropología y la Historia”, en Papers: Revista de Sociología, N° 36, pp. 79-91, disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/23713/1/93535.pdf>. Fecha de consulta: 10/05/2013.

⁵ A partir de la sanción de la Ley N° 26.618 dos personas del mismo sexo pueden contraer matrimonio y conjuntamente adoptar a un niño o niña.

⁶ Rivas Rivas, Ana María, (2009), “Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico”, Revista de Antropología Social, Número 18, p. 13. Disponible en:

<http://revistas.ucm.es/cps/1131558x/articulos/RASO0909110007A.PDF> . Fecha de consulta 20/06/11.

⁷ Bestard, Joan,(1998), *Parentesco y modernidad*, Barcelona, Paidós. Citado por Citado por Herrera Oesterheld (2004); “Construir Familia: La perspectiva de gays y Lesbianas”, Primera Parte, en Temas Sociales, Boletín del programa de pobreza y políticas sociales de SUR, Agosto 2004, Nro. 48, p. 6.

El abordaje actual de la familia, nos lleva inevitablemente al análisis de su transformación y de sus diferentes conformaciones. Bucear e indagar sobre la institución familiar implica hacerlo desde una mirada pluralista, que incluya la rica y magnífica diversidad que nos caracteriza a los seres humanos.

En este sentido y tal como lo describe Raíces Montero (2010) “la palabra que en la actualidad mejor define a la familia es: Diversidad. Familia, en la actualidad, no tiene un significado único, esencial y fundamentalista. Las personas somos plurales y diversas las familias que nos agrupan. Desde esta perspectiva la familia se adapta a los deseos y necesidades cambiantes de las personas que constituyen su estructura”⁸.

Por lo expresado, la voz inclusiva de esta diversidad será “familias” en plural, dejando de lado la perimida concepción anclada en que la única forma legítima de familia era la matrimonial, heterosexual, monogámica, jerárquica y con hijos.

La diversidad familiar desafía imaginarios colectivos, quebrando representaciones y creencias referidas a la familia, las que hasta la actualidad la consideran una entidad “natural”. Es decir, la familia tradicional⁹, asentada ya en el formato de familia nuclear, heterosexual representó el modelo óptimo y legítimo de configuración familiar siendo el único modo de familia legislado en el Código Civil. En este tipo familiar coincidían tres dimensiones básicas: convivencia, sexualidad (heterosexual) y procreación. Lógicamente, estas tres dimensiones institucionalizadas a través del matrimonio.

Vale destacar que la doctrina canónica –que reguló al matrimonio originariamente con la sanción del Código Civil-, establecía los fines de la institución matrimonial, destacando a la procreación como uno de los fines primarios del matrimonio¹⁰.

Desde la perspectiva jurídica, numerosas han sido las leyes que han influido en este proceso de transformación dando lugar y espacio a la creciente irrupción de nuevas configuraciones familiares. En este sentido, la ley de Divorcio Vincular del año 1987¹¹ impacta en la visibilización de las familias ensambladas. La disolubilidad del matrimonio permitió que personas divorciadas -con hijos de uniones anteriores- se casaran nuevamente “ensamblando” con este matrimonio posterior lo que se conoce como los “tuyos, los míos los nuestros”. Es

⁸ Raíces Montero, Jorge Horacio, (2010), *Un cuerpo: mil sexos. Intersexualidades*, Editorial Topia, Buenos Aires, p. 30.

⁹ Ver Vaggione, Juan Marco (2008) “Las familias mas allá de la normatividad”, en Motta, Cristina- Sáez, Macarena, *La Mirada de los Jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Editorial Siglo del Hombre Editores, Colombia, pp.13 y ss.

¹⁰ Respecto a la teoría sobre los fines del matrimonio, fines primarios y secundarios ver Méndez Costa, María Josefa- D’Antonio, Daniel Hugo (1990), *Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 61.

¹¹ La ley 23515 estuvo precedida de fuertes y acalorados debates similares a las discusiones suscitadas previo a la sanción de la ley de Matrimonio Igualitario. Perspectivas catastróficas y apocalípticas respecto a la familia, parecían llegar a la conclusión de que la familia desaparecería ante la posibilidad de disolver el vínculo matrimonial.

destacable, que el fenómeno de las “stepfamilies”¹² fue motivo de preocupación y estudio por parte de diferentes disciplinas preocupadas por la salud psíquica de “los hijos del divorcio”¹³. Aunque obvia y lógicamente, los ensambles familiares no se limitan a las uniones matrimoniales. También es práctica habitual en las uniones de hecho o convivenciales. Sin haber contraído matrimonio o personas que se han divorciado optan por una nueva relación convivencial produciéndose esta situación familiar donde existe convivencia y distribución del ejercicio de la responsabilidad parental entre padres biológicos/adoptivos y sociales o afines.

La ley de Matrimonio Igualitario¹⁴, permitió visibilizar a las familias homoparentales las que si bien preexistían a la ley, este reclamo por la inclusión en cuanto al acceso a la institución matrimonial implicó una mayor fuerza en el reclamo de derechos parentales que se venían gestando anteriormente con menor fuerza¹⁵. En este orden de ideas, la ley de Identidad de Género, también se presenta como bisagra en las distintas formas familiares. Es decir, la ley de identidad de género¹⁶ permite la inscripción registral de la persona conforme su identidad autopercebida¹⁷. Esta ley, traducida en una política pública, pone en escena la demanda de un colectivo social históricamente relegado quienes viven en familias, tienen hijos/as y reclaman por sus derechos parentales.

A su vez “las últimas décadas han sido marcadas, sobre todo en Occidente, por profundos cambios de valores, comportamientos e identidades. Como ejemplo podemos nombrar las modificaciones en las condiciones de la procreación (procreación artificial, donante de espermia anónimo, vientre de alquiler, embriones congelados); los cambios en las formas de paternidad y de crianza de los hijos (alteraciones en el sistema de atribución del apellido, padres adoptivos, padres artificiales, monopaternidad, homopaternidad); las demandas de modificación de sexo

¹² Ver el interesante trabajo referido a las parentalidades construidas a través de las familias ensambladas en Rivas, Ana María (2012), “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, *Portularia Volumen II*, Número 2, pp. 29-41. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=161024690003>. Fecha de consulta: 02/09/13. Rivas Rivas, Ana María, (2008), “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, *Cuaderno de relaciones laborales*, 2008, Volumen 26, Número 1, p. 179-202. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA0808120179A/32272>. Fecha de consulta 02/09/13.

¹³ Fue muy común esta expresión en los trabajos realizados desde la ciencia jurídica y psicológica contemporáneos a la época de la sanción de la ley de divorcio.

¹⁴ Sancionada el 15/06/2010, promulgada el 21/07/2010 y publicada en el B.O. el 22/07/2010.

¹⁵ Ver Les Madres, grupo de acción política integrado por familias de lesbianas madres y futuras madres con hijos e hijas www.lesmadres.com.ar; Familias Homoparentales Argentinas www.familiashomoparentalesargentinas.blogspot.com.ar entre otras agrupaciones.

¹⁶ Ley 26743, sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 24 de mayo de 2012.

¹⁷ La definición de Identidad de Género recepta la noción impartida por los Principios de Yogyakarta en tanto establece: “la identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo al vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

(transexualismo); las nuevas prácticas sexuales (sexo por internet); y los límites impuestos a la sexualidad (por surgimiento del sida)”¹⁸.

Por ello “el nuevo paradigma familiar impulsado por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, nos permite afirmar que ésta disciplina jurídica destina su mandato protector a favor de la persona, atendiendo su libertad y dignidad en el marco de las relaciones jurídicas familiares”¹⁹.

En este breve recuento observamos que la diversidad es un hecho social que trasciende las reglas jurídicas. En este esquema transitaremos uno de los temas más arduos y que involucra a las familias: la filiación por procreación asistida y su impacto en los nuevos arreglos parentales.

3. Prácticas sociales que suponen rupturas conceptuales en torno a las familias

Rivas (2008)²⁰ advierte que en las últimas décadas cambios radicales se han producido tanto en la composición como en la estructura de las familias; en las representaciones y prácticas familiares, que suponen una serie de rupturas conceptuales que exigen disociar de la categoría “familia” otras que se le habían supuesto implícitamente, entre las que destacamos:

1º) **La disociación entre relaciones conyugales y relaciones filiales.** Actualmente la pareja conyugal no tiene por qué coincidir con la pareja progenitora (padres biológicos), y ésta a su vez puede o no coincidir con la pareja parental (padres sociales)²¹.

2º) **La posibilidad de establecer lazos de filiación independientemente de tener una relación de pareja heterosexual u homosexual.** La opción totalmente voluntaria de hacer frente en solitario a un proyecto materno/paternofamiliar sin tener previsto en el momento de la decisión, como parte de su horizonte vital, una relación de pareja²².

¹⁸ Conf. Ceccarelli, Pablo Roberto (2007), “Configuraciones edípicas contemporáneas: reflexiones sobre las nuevas formas de paternidad”, en Rotenberg, Eva; Agrest Wainer, Beatriz., *Homoparentalidades. Nuevas familias*, Editorial Lugar, 2007, p. 139.

¹⁹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, “Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica”, La Ley 04706/2010, I.

²⁰ Rivas Rivas, Ana María, (2008), “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, Cuaderno de relaciones laborales, 2008, Volumen 26, Número 1, p. 179-202. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA0808120179A/32272> . Fecha de consulta 02/09/13.

²¹ Rivas Rivas, Ana María, (2008), “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, Cuaderno de relaciones laborales, 2008, Volumen 26, Número 1, p. 181. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA0808120179A/32272> . Fecha de consulta 02/09/13.

²² Rivas Rivas, Ana María, (2008), “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, Cuaderno de relaciones laborales, 2008, Volumen 26, Número 1, p. 182. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA0808120179A/32272> . Fecha de consulta 02/09/13.

3º) **Las técnicas de reproducción asistida que rompen el orden simbólico del parentesco occidental** centrado en un modelo genético-biologista, que nos interpela a interpretar de otra manera la relación entre lo biológico y lo social²³.

4º) **La disociación entre pareja conyugal, pareja parental y pareja progenitora en la filiación que cuestiona el modelo biparental** (padre/madre) como exclusivo, y que coloca a la biparentalidad junto a otros modelos como la homoparentalidad (dos padres o dos madres en pareja homosexual), la coparentalidad (un padre y una madre de dos parejas homosexuales), la pluriparentalidad (varias madres y varios padres en el caso de los hogares recompuestos y los procesos de reproducción asistida), y la monoparentalidad/monomarentalidad (hombres y mujeres solteros con hijos adoptados o procreados artificialmente)²⁴.

4. Los hechos de la reproducción asistida: entre lo biológico y lo social

Con el avance de la medicina, pocos temas han suscitado una problemática de tal magnitud como la que se refiere a las nuevas técnicas de reproducción humana. Ello debido a que afectan por un lado, algo de interés general como es la salud y, por otro lado, porque cambia algo tan simple y a la vez “natural” como es la manera de reproducirse²⁵.

La novedad se plantea por la disociación entre concepción y gestación, y es precisamente esta disociación la que viene a revolucionar los aspectos tanto jurídicos como éticos²⁶.

Estas técnicas de reproducción asistida tienen implicancias sociales concretas en las personas que siguen tratamientos de fertilidad, pero también inciden en las relaciones de parentesco, ya que hacen posible la maternidad y la paternidad en casos donde sin el auxilio de esta tecnología no hubiera sido posible²⁷. Por otra parte, dice Bestard (2003) que “el contexto del parentesco es en nuestra sociedad un mediador entre la naturaleza y la cultura, entre los “hechos

²³ Dice Rivas que es tal la importancia que la cultura occidental atribuye al espacio genealógico como componente de nuestra identidad, que se pone de manifiesto en los debates sobre el derecho de los niños adoptados o nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida, a conocer sus orígenes. Conf. Rivas Rivas, Ana María, (2008), “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, Cuaderno de relaciones laborales, 2008, Volumen 26, Número 1, p. 182. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA0808120179A/32272> . Fecha de consulta 02/09/13.

²⁴ Rivas Rivas, Ana María, (2008), “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, Cuaderno de relaciones laborales, 2008, Volumen 26, Número 1, p. 183. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA0808120179A/32272> . Fecha de consulta 02/09/13.

²⁵ Bísvaro, Beatriz, (1992) “Las nuevas formas de reproducción humana. ¿Fecundación asistida o un método alternativo de procreación?”, en *LL Actualidad* 7-VI-92.

²⁶ Bísvaro, Beatriz, (1995) “Fecundación asistida. Algunas cuestiones vinculadas a la responsabilidad en el marco de la normativa vigente”, en *La Responsabilidad – Obra Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 145.

²⁷ Bestard Camps, Joan, Oorbitg Canal, Gemma, Robot Ballabriga, Júlia y Salazar Carrasco, Carles; (2003), *Parentesco y Reproducción Asistida: Cuerpo, persona y relaciones*, Publicacions de la universitat de Barcelona, Barcelona, p.11.

naturales de la concepción humana” y los “hechos culturales de las relaciones humanas”. La experiencia de las técnicas de reproducción asistida hace explícita de forma reflexiva esta mediación²⁸”.

El modelo biológico del parentesco se asienta en la consanguinidad, en “compartir la misma sangre” y es resultado de la reproducción o el dominio de lo dado. En cambio, para el modelo constructivista, las relaciones de parentesco son un proceso continuo de acciones humanas. Los lazos de parentesco no vienen dados, sino que son creados deliberadamente a través de la alimentación, los afectos y el cuidado²⁹. Una tercera línea, también ha señalado que en las relaciones de parentesco hay algo que viene dado (los antepasados y genealogías, la herencia y el origen, que no se elige) y algo construido.

Las técnicas de reproducción al asistir a la “naturaleza”, crean un nuevo vínculo social. Pero es necesario resaltar que, el éxito de la técnica no consiste en curar la infertilidad, sino en proporcionar un hijo “propio”³⁰. Tener un hijo no es mera “biología” sino un acto social fundamental que cambia el status de las personas implicadas.

Las técnicas de reproducción asistida actúan sobre el dominio natural del parentesco, pero los sujetos implicados le dan un sentido social a esa asistencia. Conectan el hecho biológico de la reproducción con su significado social³¹.

La filiación, es al mismo tiempo una relación de consanguinidad y una relación social, que se evidenciará en la crianza y en el establecimiento de relaciones duraderas, que suponen afecto y cariño. De ahí que las técnicas solo incurren en la dimensión biológica de la reproducción y no en el aspecto relacional del parentesco (relación de crianza).

4.1 ¿Qué es lo dado y que es lo construido en el proceso de filiación biotecnológica?

La filiación biotecnológica provoca paradojas, sobre todo en los casos de fecundación heteróloga, pues muestra una evidente disociación entre genealogía natural y filiación social. Dice Strathern (2005) que “el parentesco es donde los occidentales piensan sobre las conexiones

²⁸ Bestard Camps, Joan, Orobítg Canal, Gemma, Robot Ballabriga, Júlia y Salazar Carrasco, Carles; (2003), *Parentesco y Reproducción Asistida: Cuerpo, persona y relaciones*, Publicacions de la universitat de Barcelona, Barcelona, p.13.

²⁹ Bestard, Joan, (2009), “Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social”, *Revista de Antropología Social*, Año 2009, Volumen 18, pp.83-95. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110083A>. Fecha de consulta 02/09/13.

³⁰ Propio aquí es entendido como biológico de alguna manera, participante de la genealogía familiar y de la continuidad de la descendencia.

³¹ Bestard Camps, Joan, Orobítg Canal, Gemma, Robot Ballabriga, Júlia y Salazar Carrasco, Carles; (2003), *Parentesco y Reproducción Asistida: Cuerpo, persona y relaciones*, Publicacions de la universitat de Barcelona, Barcelona, pp. 99-100.

entre los mismos cuerpos”³². Las conexiones de los cuerpos nos sitúan en las genealogías y la biología. Con todo, la filiación biotecnológica, claramente deseada y planificada, no implica solo pasado sino también descendencia. Desde esta perspectiva, Bestard (2009) apunta que “un óvulo donado no significa conexión con otra persona, sino la posibilidad de una nueva descendencia. Las conexiones se hacen en términos de intencionalidad. Se trata de una individualidad autónoma donde el proyecto parental da sentido a la filiación y a la concepción asistida³³”.

El deseo de parentalidad es el elemento constituyente de la filiación. Lo “dado” esta relacionado con los gametos que se manipulan y con el mismo deseo de descendencia, no esta solo en la biología, sino también en la intencionalidad; porque las sustancias biogenéticas no pueden producir por sí mismas relaciones de filiación. Allí es donde, desde la doctrina jurídica, se habla de voluntad procreacional como origen de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida.

El parentesco derivado de las técnicas de reproducción asistida no pertenecerá ni a la biología ni a la cultura, sino como una red entre ambos.

5. El impacto de la biotecnología en las conformaciones familiares

Las nuevas tecnologías reproductivas se encuentran fuertemente instaladas y aceptadas en la sociedad como prácticas legítimas. Existe un fuerte consenso en su utilización, no solo desde la comunidad médico-científica, sino de la población en general lo que se traduce en numerosas demandas de amparo solicitando la cobertura de las técnicas por parte de las obras sociales³⁴.

³² Strathern, Marilyn, (2005), *Kinship. Law and the Unexpected. Relatives are always a surprise*. Cambridge University Press. p. 26, citado por Bestard, Joan, (2009), “Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social”, *Revista de Antropología Social*, Año 2009, Volumen 18, p.91. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110083A>. Fecha de acceso: 02/09/13.

³³ Bestard, Joan, (2009), “Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social”, *Revista de Antropología Social*, Año 2009, Volumen 18, p.91. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110083A>. Fecha de acceso: 02/09/13.

³⁴ Andreotti, Marcelo Gabriel - Valencia, Raquel c/ Administración Provincial del Seguro de Salud (Apross) - Amparo - Recurso de apelación, Cám. Civ. y Com. de 4ª Nom. (Córdoba) 26/12/2011, A. M. R. y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (Art. 14 CCBA) Juzgado N° 6 En Lo Contencioso Administrativo Y Tributario De La Ciudad Autónoma De Buenos Aires 20/11/2007, FCLPA 15111975 c/ GALENO ARGENTINA S.A. - Amparo. Cám. Fed. Apel. Cba. - Sala A15/08/2011, E. B. del C. c/ Administración Provincial de Seguro de Salud (APROSS) - Amparo. Cám. Civ. y Com. de 1ª Nom. (Córdoba) 13/09/2011, «P., M. E. y otros v. OSCCBA», Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4, CABA, 24/11/2009- , «C., M. del P. y otra c/ GCBA», 07/04/2011. Juz. en lo contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4, CABA. Jueza Elena Liberatori, «V. A. F. y otros c/ GCBA» Amparo- Juz. Primera Instancia N°15, Secretaria n° 30, 24/06/2011. Jueza Gabriela Seijas, «M. y M. y otros c/ GCBA s/ amparo». Juz. Contencioso y Administrativo y tributario Nro. 6 CABA, 12/7/2011. Juez Roberto Gallardo.

Así “la Argentina es una referencia regional en materia de tratamientos reproductivos, recibiendo un creciente número de pacientes de países cercanos que llegan en busca de tratamientos, a la vez que es el país latinoamericano con la proporción mas significativa entre cantidad de ciclos iniciados por año y cantidad de población”³⁵.

Nuestro país realiza con éxito técnicas de reproducción humana asistida³⁶ desde el año 1984³⁷, no obstante paradójicamente recién este año el Congreso de la Nación sancionó una Ley de Reproducción Humana Asistida³⁸, aunque las normas del Código Civil en materia de filiación no contemplan este emplazamiento filial. Esta ley representa un avance trascendental, ya que su no regulación implicaba –entre las innumerables consecuencias –, que el acceso a estas técnicas quedase relegado solamente para las personas que tuviesen los medios económicos para su utilización. Así; “si se trata de afirmar el derecho que hombres y mujeres tienen a la paternidad y a la maternidad biológica, la posibilidad de ejercer ese derecho no puede quedar sujeta a la condición económica. Corresponde entonces que el sistema de salud pública garantice tanto la idoneidad de las instituciones privadas que ofrecen este tipo de atención como la existencia de servicios de salud pública igualmente idóneos”³⁹.

Otra de las discusiones claves que se presentan en materia de procreación asistida radica en la perspectiva desde la cual se lo aborda. Es decir, si la única vía de análisis para su implementación esta dada por la “falta de capacidad reproductiva” dada por la infertilidad (acceso al derecho humano a la salud), o se ve a las técnicas como herramienta tendiente a ejercer la libertad reproductiva dando lugar a que dichas técnicas sean una **alternativa procreacional** y no un remedio a la infertilidad⁴⁰. Es esclarecedor el pensamiento de Ariza (2011) en tanto expresa “mientras la posibilidad de la procreación es asociada con lo dado o lo que debe ser naturalmente, se opera una patologización implícita tanto de la dificultad reproductiva (la infertilidad es la imposibilidad de concebir de forma natural) como del no ser madre, fundada precisamente en la caracterización de la infertilidad como no natural. Estas no solo refuerzan la estigmatización de la infertilidad como experiencia que recae fuera del dominio de la naturaleza, sino que también socavan el reclamo de cobertura médica sobre la base del

³⁵ Ariza, Laura, (2011) “Dar vida”: en torno al derecho a la cobertura médica del tratamiento de la infertilidad”, en Felitti, Karina, *Madre no hay una sola. Experiencias de la maternidad en la Argentina*, Editorial Ciccus, Buenos Aires, p. 74.

³⁶ Indistintamente TRHA, Técnicas de reproducción asistida, Técnicas de reproducción humana asistida.

³⁷ La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, como institución científica y educacional, da cuenta de estos datos ya que nuclear a 163 centros de reproducción humana asistida de Latinoamérica y posee el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida, ver www.redlara.com

³⁸ Ley 26862, sancionada el 5/06/2013, publicada en el B.O. el 26/06/2013.

³⁹ Digilio, Patricia, (2011), “Nuevas tecnologías reproductivas” en Elías, María Felicitas, *Nuevas formas familiares*, Editorial Espacio, Buenos Aires, p. 99.

⁴⁰ Esta discusión problematiza si las técnicas reproducción humana asistida deben ser un método alternativo o subsidiario frente a la deficiencia de concebir de manera natural o convencional. Al respecto ver Kemelmajer de Carlucci, Aída, (2009), “Fecundación Asistida”, en Revista Derecho de Familia, Directora: Cecilia Grosman, Editorial Abeledo Perrot, Año 2009, Número 43, pp.401 y ss.

derecho a la procreación en tanto **derecho social** basado en la **libre elección** y no en la necesidad natural”⁴¹.

Como ya lo reseñáramos, la reproducción asistida, con material genético de un tercero ajeno a la pareja conyugal (técnicas heterólogas), quiebra uno de los supuestos fundantes de la conformación familiar tradicional, heterosexual instalando otras realidades. Estas situaciones han generado y planteado interrogantes éticos, jurídicos y morales entre otros. Al respecto se ha afirmado “la fecundación asistida permite conocer la procreación colaborativa, por ejemplo, cuando se utiliza el útero de una tercera persona, la madre sustituta en la maternidad subrogada⁴²”.

De manera lógica, los interrogantes jurídicos y de otras disciplinas surgen frente a las técnicas con material genético de terceros o llamadas heterólogas. En los casos donde el material genético es de la propia pareja que lleva a cabo la técnica hay coincidencia en el elemento genético, biológico (madre gestante que también aporta su propio óvulo) y volitivo el que se plasmará en la relación jurídica. Por lo tanto, aunque la técnica a fin de procrear o concebir sea “en un laboratorio”, al existir elemento genético de la propia pareja esta situación no genera conflicto alguno. Por el contrario, cuando los que intervienen en esta procreación colaborativa son más personas que la pareja parental, se suscitan los dilemas éticos, jurídicos ya que se quiebran las clásicas reglas de la filiación biológica, sobre los que se asienta todo el sistema filiatorio argentino.

En este esquema de pensamiento, intentaremos abordar algunas cuestiones claves en la comprensión de las prácticas reproductivas a través de biotecnología (importancia de la voluntad procreacional, derecho a la identidad del/a nacido/a), como así también, evidenciaremos como la lógica de las técnicas impacta en las nuevas prácticas parentales.

5.1. Las técnicas de reproducción humana asistida y la filiación

Resulta innegable resaltar que las técnicas de reproducción asistida han implicado una revolución⁴³ que comienza a tener auge en la década de los ochenta significando la posibilidad

⁴¹ Ariza, Laura, (2011), “Dar vida”: en torno al derecho a la cobertura médica del tratamiento de la infertilidad”, en Felitti, Karina, *Madre no hay una sola. Experiencias de la maternidad en la Argentina*, Editorial Ciccus, Buenos Aires, p. 74.

⁴² Minyerski, Nelli, (2009), “Derecho al hijo/a”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa, *La familia en el nuevo derecho*, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 32.

⁴³ La Dra. Eleonora Lamm ha expresado que las TRHA han producido una “revolución reproductiva” al disociar sexualidad de reproducción. Ver Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa- Lamm, Eleonora “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho Argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista Derecho Privado*, Año 1, N° 1, Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de

de reproducirse sin necesidad de relacionarse sexualmente. Pero a su vez, no solo revolucionan las técnicas en cuanto a la disociación de sexualidad y reproducción⁴⁴, y de conyugalidad y parentalidad, permitiendo la procreación en personas solas (sin pareja a los fines de la procreación- mujeres y varones), personas de edad avanzada incluso mujeres sin capacidad reproductiva, parejas del mismo sexo⁴⁵, etc. Es decir, posibilitan el proyecto parental más allá de la capacidad de concebir un hijo/a de manera biológica o convencional. Estas formas de acceso a las paternidades y maternidades irrumpen en la escena social y política rompiendo con la lógica de la filiación biológica y de la familia tradicional, fundante del sistema jurídico familiar.

El acceso a las técnicas de reproducción se plantea bajo diferentes supuestos: técnicas de baja complejidad y de alta complejidad, homólogas y heterólogas (con material genético de la pareja o de terceros, donantes de gametos, espermatozoides, óvulos y hasta embriones). A su vez, dentro de las técnicas reproductivas la gestación por sustitución es una de las más controvertidas llegando incluso a prohibirse en determinados países que regulan y admiten las técnicas con material genético de terceros.

En cuanto a la regulación jurídica en materia filiatoria de las TRHA resulta importante señalar que “reconocer el carácter inédito de éstas técnicas implica también reconocer que éstas exigen sus propias categorías de comprensión”⁴⁶.

Esta afirmación impone una nueva mirada en cuanto a las reglas que determinan actualmente la filiación. Nuestro sistema jurídico reconoce dos tipos filiatorios: la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. La filiación derivada de la procreación asistida demanda otro tratamiento, otras reglas ya que no puede regirse por las clásicas pautas de la filiación biológica atento estar estructuradas de manera distinta que dicha filiación.

En este sentido, la filiación derivada de la procreación asistida se basa fundamentalmente en la “voluntad procreacional” y no en el elemento biológico. Dicha distinción o diferenciación en cuanto a su estructuración no significa desigualdad. Todas las filiaciones deberán tener los mismos efectos tal como sucede en la actualidad con la filiación adoptiva.

la Nación, marzo 2012; Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa- Lamm, Eleonora “Filiación y Homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, La Ley, 20/09/2010.

⁴⁴ La posibilidad de mantener sexualidad sin reproducirse fue una de las conquistas del movimiento de mujeres en los años sesenta, traducido en la utilización de las píldoras anticonceptivas.

⁴⁵ En este aspecto, vale destacar que el método ROPA (recepción del óvulo de la pareja) ha permitido que el hijo de una pareja de mujeres tuviese vínculo genético y biológico con las dos mujeres: una de ellas aportó el óvulo a fin de practicarse la FIV y la otra llevó a cabo el embarazo dando a luz al niño. Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 4, CABA 24/11/2009, “P., M. E. y otros. V. OSCCBA”, con nota de Mariana De Lorenzi “Reproducción asistida y orientación sexual. La igualdad de las iguales”, en RDF-II- 2012, pp. 91 y ss.

⁴⁶ Digilio, Patricia, (2011), “Nuevas tecnologías reproductivas” en Elías, María Felicitas, *Nuevas formas familiares*, Editorial Espacio, Buenos Aires, p. 99.

No obstante lo expresado, el elemento determinante a los fines del emplazamiento-desplazamiento de una filiación ya no será la coincidencia o no coincidencia con el elemento biológico-genético, sino la voluntariedad traducida en un consentimiento informado de que se realice dicha práctica.

Siguiendo a Herrera y Lamm (2013), en referencia a la causa fuente de la filiación por procreación asistida y a diferencia de la biológica, el elemento central en las TRHA es “la voluntad procreacional que se manifiesta mediante la prestación de un consentimiento informado y libre de querer alcanzar dicho rol a través de estas prácticas, con total independencia del elemento genético, el que sí está presente y centraliza otro tipo filial, la filiación por naturaleza”⁴⁷.

Como sostiene Famá (2010), la filiación se asienta sobre tres cimientos o pilares: el principio de igualdad de las filiaciones (matrimoniales y extramatrimoniales), el principio de la verdad biológica que da contenido al derecho a la identidad (es prioritario en la filiación adoptiva el derecho a conocer los orígenes y significa –en cuanto a la filiación biológica- que coincida la realidad biológica con el emplazamiento filial en la medida de lo posible) y el interés superior del niño; principio que transversaliza toda decisión que involucre a niños, niñas y adolescentes⁴⁸.

Asimismo, señala la autora que a éstos principios debe agregarse el de la voluntad procreacional que es la causa fuente de la filiación cuando deviene de las TRHA. La voluntad procreacional, plasmada mediante el consentimiento previo, informado y esclarecido, representa asumir la responsabilidad de crianza, protección y cuidado respecto a un hijo/a.

En esta línea de pensamiento “la voluntad procreacional modifica la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como la identidad en sentido dinámico”⁴⁹.

En síntesis, la filiación derivada de la procreación asistida tiene su causa fuente en la **voluntariedad** de las personas que ponen en funcionamiento dichas técnicas y asumen la responsabilidad parental a través de su consentimiento informado frente a la realización de la práctica. Expresado de otra manera, la filiación derivada del uso de TRHA implica la manipulación de lo genético o biológico, pero no basta para que haya vínculo filial. Es necesario sumarle la intención y la elección de ser padre o madre.

⁴⁷ Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, (2013), Serie de Documentos de discusión sobre el proyecto de reforma del Código Civil, Documento de discusión N° 1, Transformar, Instituto de Formación y Políticas Públicas, p. 8. Disponible en: www.transformarccari.com.ar. Fecha de acceso: 02/09/13.

⁴⁸ Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa, (2010), *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, pp. 226 y ss.

⁴⁹ Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa;(2010), *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires, p. 229.

6. La filiación derivada de la procreación asistida en el proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial argentino

Sin lugar a dudas, las prácticas que posibilitan la procreación de manera “no natural-biológica” subvierten las formas clásicas y tradicionales de concebir el parentesco y la filiación⁵⁰. Es que la forma “natural” de concebir acordada a un hombre con una mujer, se quiebra ante la posibilidad de que otras prácticas alcancen los mismos fines sin atravesar matrimonio-relación sexual coital heterosexual-coincidencia pareja parental y conyugal.

Tal como afirma Ariza (2011) las prácticas implican “...subversión de las matrices restrictivas de sexo y parentesco abiertas por la misma tecnología (...) la donación de óvulo y espermatozoos ha inaugurado la posibilidad de desestabilizar ideas respecto de la ‘naturalidad’ de la unión familiar heterosexual, en tanto complica la continuidad culturalmente asumida entre la aportación genética y social en la identidad y por ende visibiliza la contingencia de la heteronormatividad”⁵¹.

En cuanto a los derechos reproductivos, es importante hacer hincapié en la libertad reproductiva y en el derecho humano a formar una familia, reconocido en los instrumentos con jerarquía constitucional. En referencia a la procreación asistida Siverino Bavio ha expresado “...la procreación es un acto consciente y voluntario, donde una persona o dos personas de manera conjunta deciden cambiar su vida para siempre y afrontar la maternidad/paternidad. Ser padre o madre forma parte de un proyecto de vida porque modifica la autobiografía (...) en el marco de una sociedad civil y laica – no debería por imperativos formales u obstáculos materiales, ser decidido por el orden natural de las cosas (a menos que una persona, por sus respetables convicciones religiosas, decida someterse a dicho orden)”⁵².

El proyecto de reforma del Código Civil⁵³ adopta un criterio cabal de cara a una realidad hartamente instalada socialmente. En este sentido, no solo regula específicamente a la filiación por procreación asistida como otra forma filiatoria, -estableciéndose así una nueva fuente de filiación-, sino que admite la gestación por sustitución y la filiación post mortem. Estas

⁵⁰ Ver Rotenberg, Eva, (2011), “Padres del mismo sexo” en Revista Derecho de Familia, Año 2011, Número. 48, Editorial Abeledo Perrot, p. 110.

⁵¹ Ariza, Laura, (2011), “Dar vida”: en torno al derecho a la cobertura médica del tratamiento de la infertilidad”, en Felitti, Karina, *Madre no hay una sola. Experiencias de la maternidad en la Argentina*, Editorial Ciccus, Buenos Aires, pp. 74-75.

⁵² Siverino Bavio, Paula, “Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: cuando los genes ganan y las personas pierden”, RDF-55, Abeledo Perrot, p. 200.

⁵³ Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial, Comisión de Reformas Decreto 191/2011.

últimas, han sido extremadamente cuestionadas por determinados sectores conservadores y por algunos sectores del movimiento de mujeres.

Regular las TRHA con sus propias especificidades ha generado acalorados debates y visiones infranqueables con algunos temas tales como el derecho a la identidad de los nacidos/as a través de estas técnicas.

No menores fueron las disputas respecto a la regla de la “doble maternidad-paternidad”⁵⁴, en un contexto de mayor habilitación de la autonomía de la voluntad en materia filiatoria. En este punto vale destacar que una forma de acceso a la paternidad-maternidad es a través de los “convenios de coparentalidad”⁵⁵. Estos convenios abarcan de tres a cuatro personas quienes se ponen de acuerdo para tener un hijo/a. Generalmente estos convenios se realizan de manera “casera” o “artesanal”, en la intimidad de la/s pareja/s por lo cual, al no verse medicalizada dicha práctica, queda fuera de la regulación prevista en el proyecto de reforma del Código Civil quedando incluidos sus efectos en las normas de la filiación biológica.

Las TRHA han permitido disociar elementos genéticos, biológicos y sociales. Se puede intentar llevar a cabo un proyecto parental más allá de la existencia de una relación erótica o de conyugalidad. Esta complejidad inédita, ha dado lugar a que se rompa con axiomas que eran incuestionables tales como; “la maternidad sigue al vientre”, “madre siempre cierta es”, y que para concebir a un hijo/a hacen falta dos personas de diverso sexo, que mantengan relaciones sexuales coitales.

Aunque exceda este tema nuestra ponencia, no podemos dejar de mencionar que la regla de la doble paternidad implica visibilizar la existencia de pluriparentalidades las que se ejercen de manera originaria en el proyecto parental no siendo posible su asimilación total con las familias ensambladas. El proyecto parental se conforma originariamente por mas de dos personas que desean y asumen el rol-función materno/paterno/filial, donde los aportantes de material genético y/o biológico (en el caso de quien lleve a cabo la gestación) no acuden a un donante anónimo, sino que por el contrario, reiteramos asume las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

⁵⁴ Art. 558 Proyecto de Reforma del Código Civil. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme las disposiciones de este código. Ninguna persona puede tener mas de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

⁵⁵ Siguiendo a Jacques Derrida y Elisabeth Roudinesco, “la coparentalidad es una situación en la cual una madre lesbiana o un padre gay elaboran el proyecto de tener y educar un niño con compañeros de los cuales unos son los padres biológicos y otros los padres sociales que educan al niño. Así, el copadre puede ser un padre legal, un padre social o un padre biológico” en Derrida Jacques, Roudinesco, Elisabeth, (2009), *Y mañana, que*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, p. 43.

6.1 La gestación por sustitución y la filiación post mortem

En un escenario controversial –sobre todo por tratarse de derechos reproductivos-, la gestación por sustitución⁵⁶, (llamada también alquiler de vientre, útero gestante, maternidad subrogada, etc.) y la filiación post mortem han sido las formas o prácticas más cuestionadas.

La gestación por sustitución –dentro de las TRA-, ha sido una de las prácticas más discutidas desde distintas corrientes de pensamiento, desencadenando debates de índole jurídico, ético, filosófico, médico, etc. Aunque realizada en nuestro país –bajo formatos disfrazados, situación que nos consta a los operadores del derecho- es una de las prácticas que más resistencia ha generado.

No obstante, la gestación por sustitución es una técnica que permite procrear un hijo biológico a parejas o personas solas que no pueden gestar. Destacamos en este sentido diferentes sentencias de nuestro país, que ha otorgado reconocimiento a la filiación de niños nacidos a través de esta técnica en el extranjero con relación a sus dos padres⁵⁷, como también un fallo reciente donde se ordenó la inscripción de una niña emplazándola como hija de los comitentes reconociendo abiertamente la subrogación de vientres⁵⁸.

Por otra parte, la gestación por sustitución viene a zanjar la falta de regulación de los hijos nacidos de matrimonios del mismo sexo constituidos por dos varones. En este sentido, la única norma de la ley de Matrimonio igualitario que regulaba en materia de filiación solo preveía la inscripción de niños nacidos en matrimonios conformados por dos mujeres. Esta norma –art. 36, de la ley 26618- solo brindaba solución para los niños/as nacidos dentro de un matrimonio femenino, por lo tanto, quedaban sin solución legal a fin de su emplazamiento filial, los niños nacidos con anterioridad a la ley de matrimonio, los niños nacidos de uniones convivenciales y los niños nacidos en el seno de una pareja de dos varones –matrimonial o no matrimonial- a través de las técnicas de reproducción asistida, específicamente la gestación por sustitución.

⁵⁶ Art. 562: Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución mas de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

⁵⁷ “D., C. G. y G., A. M. v. GCBA, Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 22/03/2012, cita Abeledo Perrot N°: AP/JUR/288/2012. Jueza Elena Liberatori.

⁵⁸ “N N O D G M B M s/ inscripción de nacimiento”, Juzgado Nacional de 1era. Instancia en lo Civil Nro 86, 18/06/2013, cita Abeledo Perrot N°: AR/JUR/23081/2013. Jueza María Bacigalupo de Girard-

Creemos que regular ésta modalidad de concepción es acertado, ya que la práctica de hecho existe aunque realizada de manera “paralegal” fomenta el abuso, la falta de simetría⁵⁹ y control judicial de los sujetos involucrados. Por ello, en vez de cerrar los ojos es preferible regular a fin de poder controlar y evitar situaciones de injusticia.

Si bien el sistema proyectado en cuanto a la gestación por sustitución puede parecer demasiado “judicializado”, frente a la negativa rotunda de regular esta práctica desde algunos sectores, nos parece un avance importante.

Respecto a la filiación post mortem⁶⁰, creemos que la lógica en la comprensión de esta práctica se condice con la de la adopción post mortem. Es decir, en primer lugar el artículo que regula la filiación post mortem establece una regla general: no serán hijos/as del esposo/a o conviviente fallecido los nacidos con posterioridad a su muerte, si la concepción no se produjo antes del fallecimiento, salvo que: la persona haya consentido en el documento que prevé el art. 560 o por testamento y que la concepción en la mujer ser realice dentro del año siguiente al deceso.

La muerte, como contingencia de la vida ha impactado en numerosas situaciones de difícil previsión⁶¹. En materia de adopción, cuando alguno de los pretendientes adoptantes en el transcurso del trámite de guarda o adopción fallece, la ley establece como será el emplazamiento filial de ese niño en relación al padre muerto.

Debemos destacar que lo que subyace a la negativa de esta práctica, radica en los prejuicios o preconceptos respecto a la familia monoparental, desmereciendo este tipo de familia que rompe con la lógica binaria de un padre y una madre.

Indudablemente, el abordaje de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida y las nuevas formas de parentalidad es un tema que requiere una mirada compleja. A su vez, es necesario deconstruir la visión naturalizada de la familia y los lazos de parentesco. Si el parentesco se concibe desde un prisma esencialista, no habrá lugar para internalizar nuevas categorías de análisis.

⁵⁹ Recordemos que “ricos y famosos” pueden viajar al exterior a realizar contratos de alquiler de vientres amparados en legislaciones foráneas que si lo contemplan.

⁶⁰ Art. 563: Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de la técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

⁶¹ Al respecto cabe destacar el difícil caso resuelto por el mas alto tribunal Argentino “M. del S. R. y otra- Adopción- Corte Suprema, 26/9/2012, con nota a fallos de Lloveras, Nora y Mignon, María Belén, “Filiación adoptiva post mortem. Una sentencia sin prejuicios y enrolada en la efectividad de las mandas constitucionales”, Jurisprudencia Argentina N° 11, año 1013-I, p. 20.

7. Propuestas a manera de cierre

A manera de cierre, formulamos las siguientes propuestas:

1º) La visibilización de las distintas formas familiares exige una visión compleja, pluralista y que garantice los derechos fundamentales de todos y todas a la luz de la normativa constitucional.

2º) El principio de igualdad y no discriminación (art. 16 CN); el principio de autonomía y de respeto a la intimidad (art. 19 CN), el derecho a la protección integral de todas las familias (art. 14 bis CN), el derecho a formar una familia y que esa elección no deba ajustarse a una única forma -que durante siglos fue el reflejo de una ideología heteronormativa-, son algunos de los principios y derechos fundamentales que reconoce nuestra Constitución Nacional, en un todo conteste con los Tratados sobre Derechos Humanos, incorporados a nuestra carta magna con jerarquía constitucional.

3º) Toda manifestación legislativa, judicial o administrativa debe ser coherente y respetuosa del paradigma humanitario sobre el que se asienta nuestra Constitución Nacional. Es decir, no puede el legislador –a ésta altura de las circunstancias- retroceder en cuanto al avance en la conquista de nuevas libertades que nos hacen ser una sociedad más justa e inclusiva.

4º) En ese marco, la reglamentación de las técnicas de reproducción humana asistida y, entre éstas, de la gestación por sustitución, debe garantizar el acceso a ellas de todas las formas de vivir en familia, asegurando los derechos de todos los involucrados.

5º) Las personas que participan de estos procesos pertenecen a categorías diferentes: la persona o personas que inician el proceso porque desean y quieren ser padres (los padres sociales), los donantes de esperma o de óvulos (los donantes genéticos), la mujer que recibe el óvulo fecundado (la gestante), presentando diferentes posibilidades de combinación. Es necesario que todos los participantes del proceso, sean identificados para su ubicación social en el nuevo universo relacional generado con implicaciones morales, jurídicas, políticas y sociales diferentes. Incluso para excluirlos de ellas.

6º) El parentesco derivado de las técnicas de reproducción asistida no pertenece exclusivamente ni a la biología ni a la cultura, sino que debe mirarse e interpretarse como una red entre ambos.

8. Bibliografía

- Ariza, Laura, (2011), “Dar vida”: en torno al derecho a la cobertura médica del tratamiento de la infertilidad”, en Felitti, Karina, *Madre no hay una sola. Experiencias de la maternidad en la Argentina*, Editorial Ciccus, Buenos Aires.
- Bestard- Camps, Joan; (1991), “La familia: Entre la Antropología y la Historia”, en Papers: Revista de Sociología, Nº 36, pp. 79-91, disponible en: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/23713/1/93535.pdf>.
- Bestard, Joan.(1998), *Parentesco y modernidad*, Barcelona, Paidós.
- Bestard, Joan, (2009), “Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social”, Revista de Antropología Social, Año 2009, Volumen 18, pp.83-95. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RASO/article/view/RASO0909110083A>

- Bestard Camps, Joan, Orobítg Canal, Gemma, Robot Ballabriga, Júlia y Salazar Carrasco, Carles; (2003), *Parentesco y Reproducción Asistida: Cuerpo, persona y relaciones*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.
- Bísvaro, Beatriz, (1992), “Las nuevas formas de reproducción humana. ¿Fecundación asistida o un método alternativo de procreación?”, en *LL Actualidad* 7-VI-92.
- Bísvaro, Beatriz, (1995) “Fecundación asistida. Algunas cuestiones vinculadas a la responsabilidad en el marco de la normativa vigente”, en *La Responsabilidad – Obra Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Cadoret, Anne, (2009), “Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay”, *Revista de Antropología Social*, Volumen 18, pp.67-82. Disponible en:
- Ceccarelli, Pablo Roberto (2007), “Configuraciones edípicas contemporáneas: reflexiones sobre las nuevas formas de paternidad”, en Rotenberg, Eva; Agrest Wainer, Beatriz., *Homoparentalidades. Nuevas familias*, Editorial Lugar, 2007.
- Derrida Jacques, Roudinesco, Elisabeth, (2009), *Y mañana, que*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- Digilio, Patricia, (2011), “Nuevas tecnologías reproductivas” en Elías, María Felicitas, *Nuevas formas familiares*, Editorial Espacio, Buenos Aires.
- Gil Domínguez, Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa, (2010), *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Editorial Ediar, Buenos Aires.
- Herrera, Marisa, Lamm, Eleonora, (2013), Serie de Documentos de discusión sobre el proyecto de reforma del Código Civil, Documento de discusión N° 1, Transformar, Instituto de Formación y Políticas Públicas, p. 8. Disponible en: www.transformarccari.com.ar.
- Herrera Oesterheld (2004); “Construir Familia: La perspectiva de gays y Lesbianas”, Primera Parte, en *Temas Sociales*, Boletín del programa de pobreza y políticas sociales de SUR, Agosto 2004, Nro. 48.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída, (2009), “Fecundación Asistida”, en *Revista Derecho de Familia*, Directora: Cecilia Grosman, Editorial Abeledo Perrot, Año 2009, Número 43.
- Méndez Costa, María Josefa- D’Antonio, Daniel Hugo (1990), *Derecho de Familia*, Tomo I, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Minyerski, Nelli, (2009), “Derecho al hijo/a”, en Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa, *La familia en el nuevo derecho*, Tomo II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009,
- Raíces Montero, Jorge Horacio, (2010), *Un cuerpo: mil sexos. Intersexualidades*, Editorial Topia, Buenos Aires.
- Rivas, Ana María (2012), “El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas”, *Portularia* Volumen II, Número 2, pp. 29-41. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=161024690003>.
- Rivas Rivas, Ana María, (2009), “Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico”, *Revista de Antropología Social*, Número 18, p. 13. Disponible en:
- <http://revistas.ucm.es/cps/1131558x/articulos/RASO0909110007A.PDF> .
- Rivas Rivas, Ana María, (2008), “Las nuevas formas de vivir en familia: el caso de las familias reconstituidas”, *Cuaderno de relaciones laborales*, 2008, Volumen 26, Número 1, p. 182. Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/CRLA/article/view/CRLA0808120179A/32272>.
- Rotenberg, Eva, (2011), “Padres del mismo sexo” en *Revista Derecho de Familia*, Año 2011, Número. 48, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Vaggione, Juan Marco (2008) “Las familias mas allá de la normatividad”, en Motta, Cristina- Sáez, Macarena, *La Mirada de los Jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*, Editorial Siglo del Hombre Editores, Colombia.
- Siverino Bavio, Paula, “Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: cuando los genes ganan y las personas pierden”, *RDF-55*, Abeledo Perrot
- Strathern, Marilyn, (2005), *Kinship. Law and the Unexpected. Relatives are always a surprise*. Cambridge University Press.

