

Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial

Intervención notarial*



María L. Lembo

RESUMEN

Dentro de las nuevas realidades sociales y su vinculación con el derecho de familia, sumadas a avances tecnológicos y médicos, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin acercamiento sexual. En el presente artículo, se pretende incorporar un nuevo desafío al notariado y contribuir al diálogo social, aportando elementos de reflexión que ayuden a encontrar, entre todas las partes, respuestas razonables, prudentes y aceptables que puedan ser aplicables para una amplia mayoría de la sociedad. Se analiza el contexto normativo actual sobre la materia y uno de los mayores interrogantes en torno a la reproducción asistida: el momento a partir del cual se da el comienzo de la existencia humana. Debe considerarse la palabra concepción según esta se haya dado de manera natural o de manera asistida. En el caso de concepción natural, el término será interpretado como fecundación. En el caso de concepción asistida por medio de técnicas médicas, será interpretada en relación con el momento de la implantación del embrión en el seno materno. Todo ello en coherencia con una interpretación armónica de las leyes y su fundamentación en el Código Civil y Comercial. En referencia al consentimiento informado (fuente de la voluntad procreacional y columna vertebral del derecho de filiación en estas técnicas), se estudiará la posibilidad de efectuar su instrumentación por escritura pública.

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Regulación legal. 3. Trilogía de fuentes en la filiación. Temática abordada en el Código Civil y Comercial. 4. Consentimiento. 4.1. Forma y requisitos del consentimiento. ¿Nueva incumbencia notarial? 4.2. Revocación del consentimiento. Problemática del comienzo de la vida humana. 4.3. Conclusión. Estatus jurídico del embrión no

* Versión revisada y corregida del trabajo homónimo presentado por la autora en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), especial para su publicación en la *Revista del Notariado*. Asimismo, se le han incluido desde la redacción hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

implantado. 4.4. Régimen de protección. 5. Breve reseña respecto del derecho a la información. 6. Menores de edad. Aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. 7. Posibilidad del otorgamiento del consentimiento informado. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

1. Consideraciones generales

El cambio y la evolución de la sociedad nos demuestran constantemente que muchas veces la situación fáctica y real, especialmente en cuanto al derecho de familia se refiere, supera el ámbito de la regulación legal. Frente a esto, sumado a los avances tecnológicos y médicos, que en la última década han tomado un ritmo galopante, nos encontramos actualmente inmersos en una dimensión impensada décadas atrás. Dentro de ella, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin tener ningún acercamiento de tipo sexual, situación que nos ha llevado, como operadores del derecho, a repensar la regulación legal de este tipo de circunstancias.

Estos constituyen largos procesos en los cuales nos vemos obligados a efectuar cambios graduales pero no menos altamente impactantes en nuestro pensamiento interno lógico, civil y doctrinario. Durante los últimos años, hemos podido observar cómo los datos de la realidad fueron plasmados en diferentes normas, tales como –a modo de ejemplos– el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la Ley 26618, el establecimiento de un régimen legal de salud mental por medio de la Ley 26657 y su reglamentación (Decreto PEN 603/2013), la protección integral de las mujeres a través de la Ley 26485, el reconocimiento y dignificación de la identidad de género por medio de la Ley 26743, entre otras.¹

2. Regulación legal

En este contexto, y especialmente en cuanto tema que nos aborda, se ha logrado implementar en nuestro país la regulación legal de las prácticas médicas de reproducción humana asistida (TRHA). Para ello, se ha tenido en cuenta primordialmente el derecho de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con los derechos a la salud (reconocido por nuestra [Constitución Nacional](#) y los [tratados](#) internacionales de rango constitucional [art. 75, inc. 22]), a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (de conformidad con la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del derecho internacional de los derechos humanos). Así, se ha traído una solución integral a todas aquellas personas que no tienen acceso a la concepción de manera natural.

1. GONZÁLEZ, Mariana E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial. Las TRHA como una tercera fuente filial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. esp. “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental”, 20/5/2015, p. 27 (t. 2015-C), cita online AR/DOC/1296/2015.

En el año 2013, nacen la Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida² y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013³. De conformidad con esta ley, se entiende por reproducción médicamente asistida los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas entre estas técnicas las de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2). Por su parte, el decreto reglamentario avanza un poco más y amplía las definiciones: se consideran técnicas de baja complejidad aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, ya sea mediante inseminación con semen de la pareja o de un donante; y se entiende por técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la fecundación in vitro y la criopreservación de ovocitos y embriones, entre otros procedimientos.

La finalidad de la Ley 26862, en palabras de los considerandos de su decreto reglamentario, es “garantizar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Asimismo, la ley se fundamenta en

... la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa.

Establece, además, que

... pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir modificaciones o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado...

Esta nueva visión

... ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones derivadas de: (i) parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil; (ii) núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como “familia ensamblada”; (iii) grupos a cargo de una persona sola, llamados “familia monoparental”, que pueden serlo de manera “originaria” (como acontece con la adopción unipersonal o mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten que una mujer sola pueda inseminarse con material genético de donante anónimo y ser madre sin un padre), o de modo “derivado”, tras el

2. Sancionada el 5/6/2013, promulgada de hecho el 25/6/2013, BO 26/6/2013.

3. De fecha 19/7/2016, BO 23/7/2013.

fallecimiento o separación de la pareja (siendo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno-filial porque el otro se desentiende); (iv) las llamadas “familia homoparental” y “familia transexual”, etc.⁴

Las técnicas de reproducción humana asistida han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) como fuente de filiación, con fundamento en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado.

Antes de abocarnos a ello, es pertinente tener en cuenta que nos hallamos frente a derechos de carácter personalísimo, que son condición natural del ser humano por ser tal, sin tener en cuenta sus características o condiciones. Los derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son esenciales, innatos, inalienables, imprescriptibles y de contenido extra-patrimonial, es decir, su órbita se ubica fuera del comercio. Son derechos de objeto interior, es decir, sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente.⁵ Los denominados derechos de la personalidad o personalísimos han sido consagrados y fundamentados a través de normas de carácter internacional, como la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos ([Pacto de San José de Costa Rica](#)) (1969), que posteriormente se tradujeron en tratados, pactos y convenciones que redondean un verdadero derecho internacional tuitivo de los derechos de la personalidad que obligando a los adherentes a adecuar sus legislaciones locales a él. La regulación integral y sistemática en dicha materia ha sido finalmente incorporada al CCCN, generando un gran acierto, ya que esta incorporación ha sido reclamada por la doctrina argentina y fundamentada con sólidos antecedentes en el derecho comparado.⁶

Los derechos personalísimos tienen como pilar fundacional permitir al hombre su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros.⁷

A modo de introducción, es necesario hacer una breve reseña de uno de los derechos personalísimos que se encuentra vertebralmente involucrado con el tema que nos

4. HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032.

5. SALTZER, Anderson, “Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177.

6. RIVERA, Julio C., “Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista Pensar Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, año 1, N° 0, p. 145.

7. SALTZER, Anderson, ob. cit. (cfr. nota 5).

ocupa: el derecho a la salud y la disposición de los derechos sobre el cuerpo humano. A tal efecto, el artículo 17 del CCCN dice:

Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

El contenido del artículo se centra en la vinculación de los derechos sobre el cuerpo humano con los conceptos jurídicos asociados a los derechos personalísimos, y adopta la tesis de la extrapatrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa. La disposición de estos derechos requiere del consentimiento expreso de su titular, no se presume (art. 55 CCCN).

El derecho al cuidado del propio cuerpo y el derecho a la salud tienen su corolario y aplicación práctica en los artículos 56 y 59 del CCCN, referidos al otorgamiento del consentimiento informado, su contenido, alcance y limitaciones, y en el artículo 60, en referencia a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, actos médicos e investigaciones en salud y el otorgamiento de directivas médicas anticipadas, en previsión de la propia incapacidad futura. Por su parte, los tratamientos y técnicas de reproducción humana asistida encuentran su correlato en el artículo 560, referente al otorgamiento del consentimiento informado, la forma, los requisitos y su valor como fuente de la voluntad procreacional. Dicho consentimiento es libremente revocable.

3. Trilogía de fuentes en la filiación.

Temática abordada en el Código Civil y Comercial

Puede definirse la filiación como “la institución jurídica que determina la posición de los sujetos en el orden de las generaciones, dentro de la familia”.⁸ Ahora bien, en la regulación del legislador en el *Código velezano*, en materia de filiación, se daba por presupuesto ineludible

... la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las normas que regulan la filiación “biológica o por naturaleza” no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual

8. GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, [comentario al art. 558], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 336.

deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio.⁹

En consonancia con ello, el Código de Vélez reconocía dos fuentes de filiación: a) por naturaleza, a través del hecho biológico de la procreación; b) por vía legal, a través del instituto de la adopción.

Los principios generales de la filiación por naturaleza se mantienen prácticamente inalterables, mientras que la filiación determinada por TRHA implica un cambio de paradigma radical respecto del modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en nuestro sistema normativo, ya que tiene su fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia de quién ha aportado el material genético. El CCCN lo incorpora en el artículo 558: “la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. De esta manera, da lugar al nacimiento de la trilogía, otorgándole los mismos efectos:

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Es necesario determinar el límite a la cantidad de vínculos filiales dado que, como resultado de estas técnicas de reproducción, si se permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos, podrían generarse más de dos vínculos filiales.

Por otro lado, se protege la integridad del niño al no permitirse constancia alguna en la partida de nacimiento de las prácticas de TRHA para lograr su concepción. Especialmente, en relación con el certificado de nacimiento, el artículo 559 dice:

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Ello en consonancia con los términos de la [Ley 26618](#), con el fin de evitar en la inscripción de niños/as cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo la adición de constancias lesivas o discriminatorias, sin establecer diferencias ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as, generando así un proceso de identificación y no discriminación, conforme al principio de igualdad.

9. HERRERA, Marisa, “La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar” [online], en *Infojus-Saj* [Sistema Argentino de Información Jurídica], 29/12/2014, id. SAJ: DACF140902.

4. Consentimiento

Tratándose de derechos personalísimos, especialmente referidos a la salud y la disposición del cuerpo humano, afirmamos que la disposición de ellos no es absoluta sino relativa, ya que depende de la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento. El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades. El consentimiento informado debe reunir al menos cuatro requisitos:¹⁰

- *Capacidad del otorgante:* el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones.
- *Voluntariedad:* Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se le ofrece al paciente un tiempo suficiente para reflexionar, consultar, asesorarse y decidir.
- *Información:* Las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio en cualquier momento, sin que ello le pueda traer otros perjuicios.
- *Comprensión:* Es la capacidad del paciente de comprender la información relevante.

En su artículo 560, el CCCN dice:

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

En la materia que nos ocupa, el otorgamiento del consentimiento informado es de importancia vital, ya que constituye la prueba de la filiación generada mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida y, por lo tanto, creador de la voluntad procreacional que genera el vínculo jurídico entre padres e hijos. Es un hecho que posee todos los elementos del acto jurídico (discernimiento, intención y libertad), por medio del cual el individuo declara su voluntad, luego de haberse brindado una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone como aconsejable. El paciente podrá escoger en libertad dentro de las opciones posi-

10. Ver DE LA TORRE, Natalia y otros, "Aspectos éticos y jurídicos", en AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s. e.], pp. 17-40.

bles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención. Solo cuando este posee información integral, ha sido capaz de comprenderla y ha contado, además, con el tiempo necesario para analizarla y tomar a partir de ella una decisión, puede prestar su consentimiento.

A su vez, el artículo 575 CCCN establece:

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

De este modo, se consagra el principio de la voluntad procreacional frente al origen genético. Es decir, se establece como regla que los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento, manifestando su voluntad y deseo de someterse a dichas técnicas, para lograr la maternidad y/o paternidad, según sea el caso, con total independencia de quién ha aportado los gametos, conforme lo dispone el artículo 562 CCCN.

Esta incorporación supone, sin lugar a duda, un término absolutamente novedoso para el universo jurídico, cuyos efectos aún no han podido siquiera ser delimitados con precisión.¹¹

4.1. Forma y requisitos del consentimiento. ¿Nueva incumbencia notarial?

El artículo 561 CCCN dice:

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

A su vez, el artículo 562 *in fine* requiere que el consentimiento previo, informado y libre (arts. 560 y 561) sea debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Y el artículo 7 del Decreto 956/2013 establece que “el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad”, y aplicándose en lo pertinente las disposiciones sobre los derechos del paciente fijados por

11. GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, [comentario al art. 562], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), ob. cit. (cfr. nota 8), p. 349.

la [Ley 26529](#) de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Por otra parte, el artículo 3 del citado decreto indica que: El consentimiento y su revocación deberán ser certificados en cada caso por la autoridad de aplicación, fijada por la ley especial en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación y la Superintendencia de Seguros de Salud, quienes podrán coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.

En referencia a la instrumentación del documento que contiene el consentimiento informado, vamos a considerar los siguientes puntos:

- El vínculo filial deriva de un acto voluntario y lícito; por lo tanto, el consentimiento otorgado para someterse a las TRHA debe ser prestado por analogía al principio general contenido en los artículos 259, 260 y 285 del CCCN.
- La concreción del documento quedará determinada no solo antes del nacimiento sino antes de la concepción.
- El documento emanado de el/los solicitante/s de las TRHA genera un vínculo filial indestructible e irrevocable. En efecto es el elemento prueba de la filiación.¹²
- Debe ser recabado por el centro de salud interviniente, protocolizado por escribano público o certificado por la autoridad sanitaria correspondiente.

Dichas aseveraciones, que marcan la vital importancia del documento-consentimiento, nos obligan a gestionar los siguientes cuestionamientos.

En primera instancia, ¿podrá la institución sanitaria evaluar los extremos requeridos y cumplir con todos los requisitos necesarios para que el documento emanado sea válido y eficaz? ¿A qué hechos hace referencia la certificación emitida por la autoridad sanitaria?, ¿a la declaración de la/s parte/s?, ¿a la capacidad de la persona al momento del otorgamiento?, ¿a que el documento fue otorgado en un ámbito de libertad, sin coerción alguna?

En segunda instancia, la validez del documento es actual, pero su eficacia será desplazada en el tiempo al momento de su utilización, ligada al supuesto del nacimiento del niño, momento en el cual se deberá inscribir en el Registro Nacional de las Personas para obtener el vínculo filial. Si este es otorgado mediante un documento privado, ¿qué pasará si el documento primigenio se extravía, o se produce algún error en la fecha de otorgamiento o en los datos de el/los otorgante/s? El notario, como operador del derecho, debe actuar con la responsabilidad que su quehacer notarial requiere y, de manera integral, generar un medio de prueba absoluta e irrefutable que sea plenamente válido para producir un vínculo jurídico tan relevante como lo es la filiación. Si dicho consentimiento debe ser protocolizado por ante escribano público, bien podría ser otorgado por medio de escritura pública. Dicha afirmación nos llevaría a dar solución a varios de los cuestionamientos efectuados.

12. *Ibidem*.

Las diversas explicaciones que ha dado la doctrina en referencia a la función notarial sirvieron para dar fuerza al desarrollo del derecho notarial en el impulso de la ciencia, con un amplio desarrollo en la técnica. En el derecho actual, son de suma importancia las cuestiones inherentes a los principios, a la protección de los derechos fundamentales de hombres, mujeres y seres vivos, todo comprendido dentro de una visión científica multicultural. Entonces, corresponde fusionar en el quehacer notarial la ciencia (función notarial) y la técnica (confección del documento) con el arte (los deberes éticos notarialmente aplicables). Esta es la posición actual del derecho notarial.

La más trascendente función notarial en la actualidad precede y antecede a la escritura pública, ya que para llegar a ella (en razón de las necesidades que presentan el hombre y sus problemas) es que las mismas sean tuteladas a través de la ética que emerge del profesional. Todo ello se traduce en el ejercicio de los deberes éticos notariales aplicados, tales como la información, el asesoramiento, el consejo, la imparcialidad, la independencia y la legalidad. A su vez, como deber notarial de ejercicio, tenemos el de proteger las declaraciones documentadas bajo el amparo de la fe pública; con ello, la calificación notarial y todo su sustento legal vuelven fuerte el desarrollo de la seguridad jurídica preventiva.¹³

De conformidad con todos los elementos vertidos, considero que la declaración del consentimiento informado para la aplicación de TRHA debería ser instrumentada mediante escritura pública, en los términos del artículo 299 CCCN. Así, se da una respuesta acabada a las cuestiones de lugar y fecha cierta al momento del otorgamiento, conversación en el tiempo a través del sustento de la matriz del protocolo, la calificación notarial en referencia a los elementos volitivos y de competencia o capacidad del otorgante, según el caso, y el asesoramiento integral respecto del tema en cuestión, dando su golpe certero en la consecuencia de que dicho instrumento público, por sí mismo, hace plena fe de contenido, en cuanto a prueba se refiere.

4.2. Revocación del consentimiento.

Problemática del comienzo de la vida humana

De conformidad con el artículo 561 CCCN *in fine*, “el consentimiento es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona, o la implantación del embrión”. Por lo tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de baja complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la concepción. Mientras tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de alta complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la implantación. En este segundo caso, se produce una situación que mantiene hasta la actualidad un vacío legal, que ha dado

13. COSOLA, Sebastián J., [comentario al art. 299], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 688.

lugar a diversas interpretaciones: ¿qué sucede con el embrión conservado fuera del útero una vez revocado el consentimiento para su implantación o ante el fallecimiento del/la otorgante del consentimiento?; ¿el embrión conservado es considerado persona?; ¿qué derechos adquirió?, ¿qué debe hacerse frente a esta circunstancia?, ¿descarte?, ¿donación de embriones? ¿A quién se efectúa la donación, a persona determinada o a terceros indistintos? ¿Quién decide?

Estos han sido algunos de los interrogantes más importantes que rondan sobre este tema y que han dado paso a diversos análisis en la doctrina, cuyo planteamiento contiene connotaciones, además de jurídicas, filosóficas, éticas, biológicas, científicas, sociales, morales y aun religiosas. Para poder visualizar algunas respuestas frente a estos interrogantes debemos analizar en qué momento preciso se da comienzo a la vida humana.

En efecto, el artículo 19 CCCN determina que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. ¿Qué se entiende por *concepción* cuando la persona nace producto de TRHA? Esto no está respondido de manera expresa por el CCCN, pero su respuesta puede derivarse de diferentes aciertos legislativos y jurisprudenciales. Cabe desentrañar, entonces, el momento desde el cual se considera a la persona humana como centro de imputación de efectos –derechos y deberes– jurídicos en el ámbito civil.

4.2.1. Planteo del problema. Panorama actual

La redacción del artículo es de interpretación ambigua, ya que no da la definición de que se entiende por concepción, dando lugar a dos grandes interpretaciones.

- a) *Concepción tanto dentro como fuera del seno materno*. Esta teoría toma en cuenta que la concepción se da una vez producida la fecundación (unión de gametos, óvulo y espermatozoide). Dentro de esta corriente, hay autores que defienden la interpretación de que la quita en la redacción final del artículo referido de la consideración de que la concepción acontece en el “seno materno” responde a la coherencia que el CCCN mantiene con la Ley 26743 de Identidad de Género, dejando abierta la posibilidad de que una persona de sexo femenino que se autopercebe con identidad masculina podría engendrar un niño en su seno que no sería necesariamente *materno*. De este modo, se daría una regulación coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional en el que prima el principio de igualdad y no discriminación, como el reconocimiento y la protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes. La exclusión se refiere solo a este efecto, no a la negación de la determinación de que la concepción puede darse dentro o fuera del cuerpo humano.¹⁴

14. REVIRIEGO, Nicolás, [comentario al art. 19], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), ob. cit. (cfr. nota 13), p. 114.

- b) Otra corriente importante de pensamiento refiere al término *concepción* según el ser humano sea concebido por medio natural o por medio de aplicación de TRHA. Basándose en esta distinción, se considera concepción natural el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide; y concepción por TRHA el momento de la implantación del embrión.¹⁵

El artículo deja librada a la regulación de una ley especial la protección del embrión no implantado. La cuestión ronda alrededor del estatus jurídico que se le asignará al embrión durante el lapso de tiempo que va desde la fecundación hasta la implantación, según la teoría que se adopte en cuanto al comienzo de la existencia de la persona humana. Diversos argumentos se han vertido alrededor de ambas interpretaciones.

Entre los argumentos vertidos por la primera postura, encontramos que en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 26-28 septiembre 2013), juristas de todo el país debatieron sobre la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana, y en las **conclusiones** de la Comisión N° 1 se afirmó que “comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno” (despacho de mayoría). También se concluyó que

En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.

Finalmente se dijo:

Ante una eventual reforma del Código Civil, se propicia en torno al comienzo de la existencia de la persona la redacción contenida en el punto I de las conclusiones de mayoría.

Igualmente, numerosas normas en todo el país se refieren al inicio de la vida desde la concepción, entendido como el primer momento de formación de la vida humana. También la jurisprudencia argentina ha expresado, en todos los niveles, que la vida comienza desde la concepción entendida como fecundación. En este sentido, vale recordar lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Portal de Belén” (2002)¹⁶ en cuanto a que es necesario

15. Ver: a) LAMM, Eleonora, “El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, pp. 413-445; b) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Procreación asistida”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Derecho y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009-43-95 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, id. AP/DOC/1695/2012); c) DE LA TORRE, Natalia y otros, *ob. cit.* (cfr. nota 10).

16. CSJN 5/3/2002, “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ Amparo” (*Fallos*, t. 325, v. I, pp. 292-309). [N. del E.: ver [aquí](#)].

... precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto éste que la Cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba.

4º) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario.¹⁷

Por otro lado, es claro que el CCCN regula los efectos filiatorios de las técnicas de fecundación artificial estableciendo la voluntad procreacional como criterio rector, lo que constituye un giro individualista.¹⁸

Uno de los argumentos presentados por la corriente opuesta, que se ha transformado en la columna vertebral del planteo de la cuestión, está dado por un importante precedente jurisprudencial, dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en “Artavia Murillo” (2012).¹⁹ En este caso, los derechos humanos involucrados sobre los cuales la propia CIDH ahonda son

... a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y d) el principio de no discriminación. [...] La Corte Interamericana concluye que el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de “persona” desde la concepción al que alude el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; así también, afirma que las técnicas de fertilización in vitro son válidas al permitir el cumplimiento o protección de varios derechos, como ser: el derecho a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica, a la libertad reproductiva –a procrear–, por citar algunos.²⁰

En referencia a los embriones preimplantados, la CIDH entiende que ello debe ser interpretado de manera dinámica y, en ese sentido, destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos

17. Ejemplo de defensa de esta teoría es el proyecto de Ley de Fertilización Humana Asistida elaborado por la diputada Ivana María Bianchi (expediente N° 3671-D-2012, publicado en *Trámite Parlamentario*, N° 62, 5/6/2012), en donde se entiende por embrión al óvulo humano fecundado por el espermatozoide humano dentro o fuera del seno materno, y, por lo tanto, sujeto de derechos desde la concepción, que se produce en el momento en que el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino humano. Como corolario de lo señalado, el embrión tiene derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad y a que se respete su medio ambiente natural y la vida (ver arts. 10 y 11). [N. del E.: para acceder al texto del proyecto, ver expediente 2663-D-2010; asimismo, cfr. estado parlamentario del expediente [aquí](#)]. Ver también al respecto REVIRIEGO, Nicolás, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 114.

18. “Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina” [online], en la web Centro de Bioética Persona y Familia [<http://centrodebioetica.org/>], 2014.

19. CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” (Serie C, N° 257. [N. del E.: [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).]

20. DE LA TORRE, Natalia y otros, ob. cit. (cfr. nota 10), p. 18. [N. del E.: a) cfr. datos del fallo de la CIDH en nota 19; b) ver texto de la Convención Americana de Derechos Humanos {Ley 23054} [aquí](#)].

naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro, entendiéndose que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto de un riesgo que resulta común e inherente incluso a procesos donde no interviene la ciencia. En definitiva, para la CIDH, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

Otro argumento esgrimido es el artículo 20 CCCN, según el cual se entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Nunca podría haber embarazo sin, como mínimo, la implantación del embrión en la persona. Más todavía, el artículo 561, que integra el Capítulo “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” dispone que el consentimiento previo, informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”. Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el CCCN.

Por fuera del Código, tanto la Ley 26862 como su reglamentación, el Decreto 956/2013, siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión in vitro no es persona humana. Ello se funda en la regulación de tres cuestiones centrales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, 3) la reafirmación de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Todas estas voces legislativas, como la emanada de la máxima instancia regional en materia de derechos humanos, son coincidentes en entender que la persona humana comienza, en el caso de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Este lineamiento es, al parecer, el que rigió para los redactores del CCCN en la comisión de reformas, esgrimiendo que el fundamento radica en la imposibilidad de sobrevivir que tienen los embriones concebidos mediante la técnica de fertilización in vitro, efectuada fuera del cuerpo de la mujer.²¹

El tema fundamental que debemos considerar frente al planteamiento de la cuestión es ¿cuál derecho prima sobre el otro? Como contracara del derecho vital de todo ser humano al acceso de la maternidad y/o paternidad, nos encontramos con el derecho supremo a la vida del embrión fecundado. Esta problemática es de difícil resolución, ya que su respuesta requiere un análisis exhaustivo de carácter interdisciplinario.

La función del Código Civil es establecer desde cuándo comienza jurídicamente la persona, el régimen de la filiación y las consecuencias o efectos de la personalidad y de los lazos jurídicos creados (derecho sucesorio, derecho de alimentos, etc.). ¿Acaso un embrión in vitro podría heredar? ¿O se podría reclamar alimentos en su favor? Sea por naturaleza o por TRHA, la persona comienza en un mismo momento:

21. REVIRIEGO, Nicolás, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 114.

cuando comienza el embarazo y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.²²

Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la persona dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción.

[...] Prueba de lo expuesto es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada gonadotropina coriónica, detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.²³

Así, concluye diciendo que

... por concepción debe entenderse implantación, y, consecuentemente, el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de “persona” al que alude el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁴

4.2.2. Regulación por ley especial. Estado parlamentario

El proyecto de ley que complementa el CCCN al regular las TRHA y la protección de los embriones no implantados, presentado el 12 de marzo de 2014, ha sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación (12/11/2014) y girado al Senado con doscientos cinco votos a favor y once en contra.²⁵ En el mencionado proyecto se suprimió de los artículos 11, 12, 19 y 20 la expresión “descarte de embriones” y en su lugar se utiliza “cese de la crioconservación”. De esta forma,

Cuando se trate de gametos aportados para terceros, transcurridos diez (10) años desde el momento en que se haya realizado el aporte [...] y no hubiesen sido uti-

22. Ver LAMM, Eleonora, “El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], [s. e.], 2015.

23. Ídem, pp. 5-6.

24. *Ibidem*.

25. Expedientes a) 581-D-2014 y b) 4058-D-2014. [N. del E.: ver [datos](#) de los expedientes y textos originales {a y b}; ver asimismo orden del día N° 1003 {dictámenes de las comisiones}, [debate parlamentario](#) y [pase](#) al Senado {expediente [CD-101/14](#)}].

lizados para efectuar técnicas de reproducción humana asistida, deberá cesar la crioconservación.

Este artículo exceptúa a

... aquellas personas o parejas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la decisión de crioconservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro...

Y se agregó un párrafo que indica que

Las parejas que crioconservaren embriones deberán acordar y dejar sentado, en forma expresa, el destino que se les darán en caso de divorcio, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja o que cese la crio conservación.²⁶

4.3. Conclusión. Estatus jurídico del embrión no implantado

Pasaremos seguidamente a analizar el marco legal vigente dentro del contexto bioético en el que resulta necesario encuadrar esta problemática. A la hora de adentrarnos en el estudio de los problemas biológicos, éticos y jurídicos que se plantean respecto del inicio de la vida humana, se ha partido de la premisa de que vivimos en una sociedad plural, no en una sociedad de código ético único. Por lo tanto, entendemos que se puedan dar respuestas distintas, incluso opuestas, a estos problemas;²⁷ más aún si se tiene en cuenta que, en el orden interno, Argentina es uno de los países de América Latina que más desarrollo científico ha logrado en torno a las TRHA.²⁸

Desde el punto de vista médico, podemos decir que el embrión humano es la estructura que se desarrolla a partir del cigoto humano, por divisiones sucesivas, que llegará a diferenciarse en tejidos y órganos. El cigoto humano es la célula fundadora de un organismo, resultado de la fecundación de un gameto femenino (el ovocito) por un gameto masculino (el espermatozoide). Hacia el día séptimo posterior a la fecundación, la blástula está diferenciada en la masa de células internas, que dará lugar al embrión. Al final de la segunda semana, el pre-embrión está implantado, y

26. "Diputados dio el primer paso en la regulación de las técnicas de reproducción asistida", en *Parlamentario.com* [portal web], 12/11/2014.

27. Cfr. ABEL I FABRE, Francesc, y otros "Consideraciones sobre el embrión humano", en *Bioètica & Debat. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Esplugues (Barcelona), Institut Borja de Bioètica-Universidad Ramon Llull, N° 57, 2009.

28. Ver AIZENBERG, Marisa S., "El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], año 1, N° 1, 2012, id. SAIJ: DACF120033.

en el día décimo octavo comienza la formación de la estructura inicial del sistema nervioso o neurulación. Antes de la implantación, en ningún caso se puede hablar de aborto, porque aún no se ha iniciado la gestación. Es en la implantación cuando podemos decir que se dan las condiciones mínimas indispensables para asegurar la posibilidad de crecimiento y desarrollo del embrión. Al final de la octava semana, el tubo neural está claramente diferenciado y, a partir de este momento, el embrión se denomina feto.

Las aportaciones que agrupan más consenso en la biomedicina actual a propósito de las condiciones para poder considerar el embrión humano como persona exigen que este disponga de la información suficiente para darle autonomía biológica e individuación. Observamos en él la constitución genética correcta, pero esta constitución por sí sola no implica que haya información suficiente para el nuevo ser. En el embrión, en el estado anterior a la implantación, existe una morfología mínima suficiente (en especial, una estructura neurológica inicial básica) y se han puesto en marcha la producción y circulación de todos los elementos fisiológicos imprescindibles entre la madre y el embrión implantado, interrelación que es constitutiva y esencial del embrión. Hasta que no se dan estas condiciones (información básica, implantación, morfología mínima y circulación fisiológica materno-fetal), hay vida humana, pero no parece que pueda haber una persona (p. ej., un gameto también tiene vida humana independiente, pero no es persona, y podríamos encontrar otros ejemplos de estadios incompletos de vida humana). Esta es la razón biomédica, a la cual adhero, para considerar que, sin estas condiciones, no se puede hablar de vida humana personal.

Este planteamiento actual de la biomedicina conecta bien con el pensamiento tradicional en este tema, que ya encontramos referenciado en la antigüedad griega (Aristóteles e Hipócrates) y bíblica (libro del Éxodo) y en valoraciones antiguas y medievales cristianas (San Agustín y Santo Tomás), renacentistas (Dante) y contemporáneas (Rahner y Häring). De su conjunto, se podría concluir a favor del inicio del carácter personal del embrión humano, situado no antes de la implantación completa (día decimocuarto después de la fecundación) ni más allá de la semana décima del desarrollo embrionario (semana duodécima de gestación). Efectivamente, sería una contradicción invocar la ciencia (la genética, exclusivamente) para argumentar a favor de que hay persona humana desde el momento de la fecundación.

4.4. Régimen de protección

Hemos dicho, entonces, que hay diversos criterios relacionales o sociales para determinar la consideración ética del embrión humano. Desde el punto de vista jurídico, la protección del embrión humano se ha de analizar desde la protección de la vida humana y el reconocimiento que la ley le otorga. De esta interpretación jurisprudencial, se desprende la consideración de que el embrión humano, desde el inicio de

formación del cigoto hasta su implantación en el útero materno, pasa por diferentes fases, que pueden darse de forma natural o bien en el laboratorio, en las que la ley le otorga diferentes grados de protección.

Hay suficientes argumentos desde el punto de vista biológico, ético y jurídico para afirmar que al embrión humano hay que otorgarle un valor diferenciado, distinguiendo entre la fase previa a la implantación y la fase posterior a la implantación, que lo hacen ponderable, en uno y otro momento, con otros valores que puedan concurrir con él. Ello no significa que no se le haya de otorgar protección. Una de las protecciones que se ha dado en torno a esta cuestión es la determinación de que la utilización de las diferentes TRHA son aplicables solo a aquellas personas que, por razones de tipo biomédico, no pueden tener hijos de manera natural.

En la fase posterior a la implantación del embrión (más allá del décimo cuarto día), entendemos que hay una vida humana en proceso de desarrollo, con unidad e individuación, aunque no siempre con todos los elementos necesarios propios o derivados de su interacción con la madre para considerarse un ser humano completo. Esta vida humana, entendemos, es digna de ser protegida con mayor intensidad. Esta protección del embrión, aunque diferida para una ley especial, se desprende del propio CCCN, en concreto de sus artículos 17 y 57, que impiden la comercialización y manipulación de gametos. En efecto, el artículo 14 del proyecto de ley mencionado *ut supra*²⁹ dice que

A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe:

- a) la comercialización de embriones;
- b) la comercialización de gametos crioconservados;
- c) toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia;
- d) la utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

Aizenberg reseña un argumento judicial que resolvió que

Tratándose de una fecundación asistida y habiendo probables embriones restantes, deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deben formalizar por escrito oportunamente; los profesionales actuantes deben proceder a la inmediata crioconservación de ellos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decreta medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción.³⁰

29. Cfr. texto en nota 25.

30. AIZENBERG, Marisa S., *ob. cit.* (cfr. nota 28), p. 69.

En conclusión, podemos decir entonces que el embrión humano no implantado, no es persona, pero subyace en él la posibilidad de serlo. Por lo tanto, se debe proteger dicha potencialidad con los medios jurídicos necesarios para viabilizar el camino correcto de modo tal que garantice la conducción al fin perseguido al momento de su fecundación, que se traduce en la posibilidad de dar a luz a un niño, permitiendo de este modo el nacimiento de una persona dentro del núcleo familiar que ha solicitado la intervención médica. Desde este punto de vista, todas las partes actuantes (las entidades sanitarias, los centros de investigación y salud, los profesionales tratantes, los operadores jurídicos y del derecho, incluso el Estado, que es parte) deben hacer el máximo de los esfuerzos, desde todos los sectores comprometidos, para lograr, por todos los medios posibles, la protección de la vida de ese embrión que se encuentra en vías de desarrollo, porque lo que aquí está en juego es el derecho a la vida de las personas, su dignidad y el compromiso con la equidad, la justicia y los derechos humanos.

5. Breve reseña respecto del derecho a la información

El artículo 563 CCCN dice

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A su vez, el artículo 564, en referencia al contenido de la información, dice lo siguiente:

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

El CCCN les garantiza a quienes desean tener un hijo mediante TRHA que lo puedan hacer, dándole certeza y seguridad a los vínculos jurídicos. Pero, paralelamente, los supuestos y las formas en que se posibilita conocer los datos biológicos no aseguran plenamente el goce de este atributo: se utilizan palabras vagas para determinar los supuestos en que se entregaran estos datos, como “motivos relevantes” o “relevante para la salud”, si bien cabe destacar que significa un gran progreso el reconocimiento del derecho a la información de quien nace como consecuencia de la utilización de TRHA. La Ley 26862 nada dice respecto del derecho a conocer los orígenes

de niños, niñas y adolescentes nacidos a través de la utilización de TRHA. Por tratarse de una ley estrictamente centrada en cobertura, quedaron afuera aspectos importantes que se derivan de las TRHA y que deberían ser regulados en la ley especial, más allá de que en el CCCN hay avances al respecto.

A efectos de lograr la garantía del derecho a la información, deberíamos poner en análisis adoptar una postura intermedia que permita, por un lado, satisfacer el derecho a la intimidad de los donantes y, por otro lado, el derecho de los hijos e hijas a conocer sus datos genéticos y/o identificatorios del donante, a partir de una razón fundada y previa autorización judicial (p. ej., una enfermedad grave que solo pudiera ser revertida mediante la obtención de la información genética del niño).

6. Menores de edad.

Aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

El artículo 7 de la Ley [26862](#) dice:

Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26529, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, haya explicitado su consentimiento informado.

Véase, en lo que a usuarios se refiere, que la primera parte del artículo determina un aspecto medular: la titularidad del derecho a la procreación, aludiendo a toda persona mayor de edad.

El artículo 8 *in fine* dice:

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

De este modo, acorde al principio constitucional de igualdad (arts. 16, 20 y 75, inc. 22, [CN](#)), se entiende que cuando la ley alude a “toda” persona humana sin distinción alguna, los operadores jurídicos y no jurídicos no pueden hacer ninguna exclusión porque tal decisión sería violatoria del principio de acceso integral y amplio que recepta la ley.

Frente al marco precedentemente expuesto, no podemos dudar del carácter universal, integral e igualitario que persigue la normativa en análisis. Se trata de prevenir y proteger a personas con cáncer u otras enfermedades y/o sus tratamientos

que impacten sobre su salud reproductiva, así como la implementación de técnicas de preservación de su fertilidad. En este apartado, procuraremos echar luz sobre los aspectos ético-legales de este tipo de técnicas, a fin de asegurar una adecuada regulación de las mismas.

En el reconocimiento expreso de técnicas de prevención, protección y preservación de gametos, tejidos o embriones, está en juego una serie de derechos humanos (entre ellos, el derecho a formar una familia, a la protección de la vida privada y familiar, a la igualdad y su correlato de no discriminación, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, etc.) que imponen la necesidad de su recepción legal. Esta cuestión adquiere particular relevancia cuando analizamos el acceso a las prácticas de preservación de la fertilidad, fundamentalmente en los estadios primarios y últimos de la vida de una persona.

Sucede que, tal como surge del texto de la ley, la preservación del material genético en supuestos de enfermedad queda habilitada también a personas menores de edad, es decir, menos de dieciocho años; a diferencia del resto de los tratamientos de TRHA, que se reserva para las personas mayores de edad. Así, cabe preguntarse, por ejemplo, si un adolescente de catorce años que sufre de leucemia podría solicitar, por derecho propio, la preservación de sus espermatozoides/óvulos o tejido gonadal previamente a someterse a un tratamiento de quimioterapia; y, en caso afirmativo, si solo sería necesario recabar el consentimiento del adolescente o si también debería ser de ambos padres o solo de uno de ellos. Para dar respuesta a estos interrogantes debemos hacer hincapié en la regulación actual en materia de derechos de niñez y adolescencia.

Sobre este punto, cabe destacar que en los últimos años, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 y la mencionada incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), nuestro ordenamiento ha sido testigo de un cambio de paradigma en la forma de concebir los derechos y las obligaciones de las personas menores de edad. Así, en total consonancia con la mencionada constitucionalización del derecho privado, se ha pasado de la idea del niño como objeto de protección a su conceptualización de personas sujetos de derecho, y, consiguientemente, de la noción de incapacidad a la de autonomía o capacidad progresiva. De esta manera, se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes, el derecho a participar en forma activa en toda cuestión que los involucre, de acuerdo con su madurez y desarrollo (arts. 3 y 5 CIDN; art. 3 Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes). Así, se deja de lado la noción de incapacidad/capacidad como compartimentos estancos (establecida en el Código Civil velezano), para dar lugar a la noción de autonomía progresiva.

7. Posibilidad del otorgamiento del consentimiento informado

En lo relativo al derecho a la salud, la Ley 26529 prevé expresamente la situación de las personas menores de edad y establece en su artículo 2, dentro de los derechos del paciente, el derecho a la asistencia: “El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna”. Asimismo, en referencia a la autonomía de la voluntad, establece que

El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Por su parte, el Decreto reglamentario 1089/2012 avanza sobre estos conceptos y establece en su artículo 2 que

... cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las Leyes N° 23849, N° 26061 y N° 26529.

Asimismo, establece que

Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al comité de ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26061.

Por último, el CCCN avanza un paso más en este proceso de cambio e introduce la noción jurídica de adolescencia y su distinción con la de niño. Así, en su artículo 25, segundo párrafo, establece: “este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”. Entonces, queda reservada la categoría de niños y niñas a aquellos que están en la franja etaria desde los cero hasta que cumplen los trece años de edad. El artículo 26, de vital importancia en el cambio de paradigma, en cuanto a capacidad se trata, establece como principio que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, pudiendo ejercer los que le son permitidos por el ordenamiento jurídico si cuenta con la edad y el grado

de madurez suficientes para ello. Se establece una serie de pautas mediante las cuales se pretende dar respuesta concreta a este planteo. Veamos, el artículo 26 dispone que

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.³¹

Luego de lo expuesto, y para poder advertir la posibilidad o no del otorgamiento del consentimiento informado cuando el requirente es menor de edad, habrá que utilizar por analogía el campo de la salud y el término de competencia que le otorga la bioética.

La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio. [...]

Por su parte, un menor de edad puede ser competente en mayor o menor medida, atendiendo a su desarrollo psíquico y emocional, en otras palabras, de acuerdo con su grado de madurez en la situación concreta. [...]

Si bien es difícil trazar una línea para determinar el umbral en que un enfermo es capaz o incapaz de tomar una decisión médica, el criterio para considerar a un paciente competente o incompetente debe estar regido por los valores rectores de la doctrina del consentimiento informado, es decir la autonomía individual –en primer lugar– y recién en segundo lugar la razonabilidad de la decisión, mientras muestre adecuado respeto por la salud del paciente. [...]

Ayuda también a desentrañar la existencia de competencia en el paciente pediátrico la aplicación de los demás principios que gobiernan la Bioética, en particular los principios de beneficencia y no maleficencia. [...]

El concepto de competencia no es estanco sino que responde a un proceso que se va desarrollando a través de distintas etapas evolutivas de la vida, por lo que debe

31. Ver de mi autoría “Capacidad para el otorgamiento de directivas médicas anticipadas” (presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina [Córdoba, agosto 2014]), [s.e.], 2014; y en base a DE LA TORRE, Natalia y otros, *ob. cit.* (cfr. nota 10), pp. 17-40.

apreciarse dinámicamente y ser evaluado en cada caso concreto conforme las circunstancias particulares del paciente, sus relaciones familiares, la gravedad de la patología, su diagnóstico y pronóstico, el tipo de tratamiento propuesto y las diversas alternativas al mismo.³²

Posiblemente una de las situaciones más difíciles en pediatría es la definición del menor maduro en el cual a pesar de no tener la mayoría de edad cumple con los requerimientos de competencia, voluntad y capacidad de entender la información para consentir o no. La madurez y autonomía pueden ser variables según la estructura social y familiar.³³

Podemos considerar que si una persona, conforme al campo de la bioética, es competente, aunque fuere incapaz jurídicamente puede estar habilitada para otorgar su consentimiento informado respecto de determinadas prácticas o técnicas médicas, aun en sede notarial, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y el grado de comprensión del acto.

8. Conclusión

La finalidad del presente trabajo no es dar respuestas concretas a los diversos interrogantes que plantea el tema abordado ni tampoco llegar a una verdad absoluta respecto de dichos cuestionamientos. Por el contrario, pretende incorporar un nuevo desafío al notariado y contribuir al diálogo social, aportando elementos de reflexión que ayuden a encontrar, entre todas las partes, respuestas razonables, prudentes y aceptables que puedan ser aplicables para una amplia mayoría de la sociedad.

9. Bibliografía

AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s. e.].

ABEL I FABRE, Francesc, y otros “Consideraciones sobre el embrión humano”, en *Bioètica & Debat. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Esplugues (Barcelona), Institut Borja de Bioètica-Universidad Ramon Llull, N° 57, 2009.

32. CIRUZZI, María S., “El proceso de toma de decisiones médicas en pediatría. El rol del paciente”, en *Bioética Clínica* [portal web], 2010 (trabajo presentado en las XIV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética “Bioética y salud pública en el siglo XXI” [Tandil, 2010]).

33. GÓMEZ CÓRDOBA, Ana I., “Dimensiones del consentimiento informado en pediatría”, en *Fascículos CCAP* (Curso Continuo de Actualización en Pediatría), Bogotá, Programa de Educación Continua en Pediatría (Precop)-Sociedad Colombiana de Pediatría, vol. 5, N° 4, 2006, pp. 35-46.

- AIZENBERG, Marisa S., “El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], año 1, N° 1, 2012, id. SAIJ: DACF120033.
- COSOLA, Sebastián J., [comentario al art. 299], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 688.
- CIRUZZI, María S., “El proceso de toma de decisiones médicas en pediatría. El rol del paciente”, en *Bioética Clínica* [portal web] (trabajo presentado en las XIV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética “Bioética y salud pública en el siglo XXI” [Tandil, 2010]).
- DE LA TORRE, Natalia y otros, “Aspectos éticos y jurídicos”, en AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s.e.], pp. 17-40.
- GONZÁLEZ, Mariana E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial. Las TRHA como una tercera fuente filial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. esp. “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental”, 20/5/2015, p. 27 (t. 2015-C; cita online AR/DOC/1296/2015).
- GÓMEZ CÓRDOBA, Ana I., “Dimensiones del consentimiento informado en pediatría”, en *Fascículos CCAP (Curso Continuo de Actualización en Pediatría)*, Bogotá, Programa de Educación Continua en Pediatría (Precop)-Sociedad Colombiana de Pediatría, vol. 5, N° 4, 2006, pp. 35-46.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, [comentario al art. 562], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 349.
- [comentario al art. 558], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 336.
- HERRERA, Marisa, “La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar” [online], en *Infojus-Saij* [Sistema Argentino de Información Jurídica], 29/12/2014, id. SAIJ: DACF140902.
- HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032.
- LAMM, Eleonora, “El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], [s.e.], 2015.

- “El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, pp. 413-445.
- LEMBO, María L., “Capacidad para el otorgamiento de directivas médicas anticipadas” (presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina [Córdoba, agosto 2014]), [s.e.], 2014.
- REVIRIEGO, Nicolás, [comentario al art. 19], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 114.
- RIVERA, Julio C., “Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista Pensar Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, año 1, N° 0, p. 145.
- SALTZER, Anderson, “Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177.