

La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado

Rodríguez Iturburu, Mariana

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015 , 67 • LA LEY 2015-C

Sumario: 1. Introducción.— 2. Bases constitucionales de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida.— 3. Las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial.— 4. Palabras de cierre.

Cita Online: AR/DOC/1325/2015

Voces

"¡Ay de mí! Con laborioso ardor he estudiado la filosofía, la jurisprudencia, la medicina, y también la teología, e, ¡insensato de mí!, al presente soy tan ignorante como si nada hubiese aprendido. Bien es verdad que me titulo maestro, doctor, y que hace unos diez años enseñé a mis discípulos muy distintas materias. ¡Convencido estoy de que nada podemos saber...! ¡Esto consume mi corazón! En realidad, sé un poco más que los necios, los doctores, los maestros, los clérigos y los monjes; ni escrúpulo ni duda de clase alguna me mortifica; ni el diablo ni el infierno me amedrentan: pero gracias a esto, tampoco disfruto de placer alguno; conozco que nada sé de bueno; comprendo que mis doctrinas no son bastante sólidas para hacer mejores y para convertir a los hombres; carezco de bienes, de dinero, de dicha y de crédito en el mundo; un perro, de fijo, que a este precio no quisiera vida. ¿Para venir a parar a este desenlace triste, me habré entregado por completo a la magia? ¡Ojalá pudiese lograr con la fuerza del talento y de la palabra que me fuesen revelados ciertos misterios! ¡Ojalá no me viese obligado a sudar sangre y agua para confesar, en último resultado, mi ignorancia! ¡Ojalá me fuese posible saber lo que contiene el mundo en sus entrañas, asistir, y presenciar el desarrollo de toda clase de fuerzas activas, poseer el secreto de la fecundación y abandonar para siempre este tráfico de palabras misteriosas que nos obliga a usar nuestra ignorancia!". (*)

"Cuándo nacemos, cuando entramos en este mundo, es como si firmásemos un pacto para toda la vida, pero puede suceder que un día tengamos que preguntarnos ¿Quién ha firmado esto por mí?". (**)

1. Introducción

Los significativos avances en el campo del derecho a través de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (1), impactaron de lleno en el derecho de familia, en especial, y con mayor repercusión en el derecho filial argentino.

El punto de partida obligatorio, sobre el cual se edifica esta reforma y actualización, es la mirada constitucional/convencional, cimentada en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos, conjuntamente con el desarrollo jurisprudencial y el valioso aporte de la doctrina, no hacen más que corresponderse con el principio de realidad al receptor los principios de igualdad, no discriminación, el derecho a la autonomía personal, derecho a la salud, derecho a la salud sexual y reproductiva, el derecho a la vida familiar y a gozar del desarrollo de la tecnología, acortando la brecha entre el derecho a la realidad social.

Las innovaciones más significativas, que se proyectan en el sistema de filiación, traducen e interpretan, más allá de los arduos y acalorados debates, no sólo el imponderable avance de la ciencia, medicina y de la biotecnología en particular, sino también el reconocimiento de otros tipos de familias y como corolario, el progresivo cambio en las nociones de maternidad y paternidad, mediante la disgregación entre los elementos genético, biológico y voluntario, tal como veremos oportunamente.

La inclusión de una tercer fuente filial (2), derivada del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida (3), básicamente surgen como un dato empírico ineludible de la realidad, el uso de éstas prácticas en nuestro país y el nacimiento como consecuencia de ello, de una gran cantidad de niños (4) que la jurisprudencia de los últimos años ha visibilizado en el aumento de conflictos que se dirimían en la justicia derivados del uso de las TRHA.

Recordemos, que hasta hace no muy poco tiempo, el único conflicto jurídico que rodeaba a estas prácticas médicas se relacionaba con la mencionada cobertura del tratamiento (5), sin embargo, más recientemente se han presentado otro tipo de planteos y debates que permiten observar la

complejidad del tema y las consecuencias nocivas que se derivaban por la falta de una regulación integral sobre el tema. Nuestra jurisprudencia nacional ha resuelto casos de gestación por sustitución tanto de índole nacional (6) como internacional. (7)

La fuerza de este principio de realidad se impuso paulatinamente, poniendo en jaque el derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica / filiación adoptiva, y nos manifestó otra manera de alcanzar el vínculo filial mediante el uso de las TRHA con una entidad, autonomía y reglas particulares que nacen, básicamente, de tener una causa fuente independiente que la hace ser un tercer tipo filial.

Asimismo, estas trascendentes y significativas modificaciones de índole normativo, a partir de esta obligada mirada constitucional-convencional, son una proyección también, de la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular en el caso "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", del 28/11/2012 (8), en el que sostuvo que la prohibición absoluta de acceder a las técnicas de reproducción humana asistida viola los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Frente a este contexto, uno de los aspectos centrales y más importantes en esta tercer fuente filial que se nos presenta, es de-construir y reconstruir la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante el uso de estos tratamientos médicos, a través de la voluntad procreacional plasmada en el consentimiento previo libre e informado oportunamente prestado, conforme los alcances previstos en los arts. 560 y ss. del CCyC.

2. Bases constitucionales de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida

En primer lugar, para iniciar un análisis pormenorizado de la determinación de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, debemos desandar el camino y fijar las bases constitucionales en las que se fundamenta y edifica este tipo filiar.

Tal como hemos adelantado precedentemente, una rápida revisión convencional-constitucional debido a la incorporación a la Constitución Nacional de sendos instrumentos internacionales de derechos humanos en el año 1994 (conf. art. 75, inc. 22), nos circunscribe a afirmar que el derecho

de toda persona de acceder a las TRHA se funda en: 1) el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la CN); 2) el principio de no discriminación, como corolario del derecho a la igualdad (CADH, art. 24; DUDH, art. 7º; PIDCP, arts. 2.1º y 26) (9); 3) el derecho a fundar una familia (CADH, art. 17; DUDH, arts. 16, inc. 3º, y 22; PIDESyC, art. 10.1º; PDCyP, art. 23.1º, entre otros); 4) el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva (PIDESyC, art. 12.1º; CEDAW, 4ª Conferencia Mundial de la Mujer de la ONU, Pekín, 1995, y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de la ONU, el Cairo, 1994); 5) el derecho a la intimidad en relación al derecho de toda persona a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas —art. 16.1º, CEDAW (10) y concordantes—; 6) el libre desarrollo de la personalidad, también conocido como derecho a la autodeterminación o a la autonomía personal (11); 7) el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación, respecto de la ciencia, el de participar y beneficiarse del progreso científico (art. 27, DUDH); 8) el derecho de respetar la indispensable libertad para la investigación científica (art. 15.3º del PIDESyC) y 9) el derecho de no ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (art. 7º, PDCyP); por citar los más relevantes que comprometen el uso de las TRHA.

Sobre esta sólida base, este tipo de técnicas, producto de los avances médicos, científicos y tecnológicos posibilitaron que el deseo de ser madre y padre, adquiriese una re-significación y se ampliará a la comaternidad y copaternidad sin ninguna clase de discriminación en torno al plan de vida de las personas independientemente de su orientación sexual. (12)

En otras palabras, las TRHA definitivamente posibilitan ser padres no sólo a quienes sufren algún problema de esterilidad o infertilidad, sino también a parejas del mismo sexo que no tendrían acceso a la copaternidad/comaternidad de no ser por estos avances (13), salvo en los casos de adopción (y en los países en los que ella está permitida). Así, estos tratamientos han posibilitado la maternidad de mujeres solas, y/o de mujeres a edades muy avanzadas y abren las puertas a una planificación positiva de la reproducción, que hará posible —en un futuro próximo no muy mediato— evitar las enfermedades congénitas a través del diagnóstico genético preimplantacional (DGP) (14), etc. (15)

Cuando iniciábamos este comentario hacíamos hincapié en la idea que los cambios que campean el derecho filial, además no hacen más que visibilizar el paulatino reconocimiento de otros tipos de familiares, toda vez que la noción de "familia tradicional" (matrimonial sobre la cual giraba el Código Civil de Vélez Sarsfield) se ha ampliado, de modo tal que éstas deben ser entendidas como familias en plural, en extenso, no sólo teniéndose en cuenta la sanción, allá por el 2010 de la Ley de Matrimonio Igualitario 26.618 (16), sino también la sanción de la ley 26.743 de Identidad de Género (17), que se asienta con total armonía y concordancia sobre el principio de pluralidad, que

se manifiesta en el reconocimiento de una multiplicidad de tipos de organización familiar, garantizando el derecho de toda persona a vivir en familia conforme su propio plan de vida (18) independientemente de su orientación sexual, en consonancia con el bloque constitucional federal plasmado en el Código Civil y Comercial (19), y el art. 14 bis de la CN, que alude a la "protección integral de la familia" sin definir, en su texto, qué se entiende por ella; y cuya interpretación es eminentemente dinámica.

Así, concepto de familia tiene una re significación, como consecuencia de su carácter cultural y dinámico. Hoy en día, coexisten muy diversos tipos de familia, por ejemplo la nuclear, la monoparental, las uniones de hecho, familias heterosexuales y homosexuales, las familias ensambladas, familias transexuales, tal como se han receptado muchos aspectos de ellas, en la actualización y unificación del Código Civil y Comercial.

Y es aquí, frente al derecho de fundar una familia (20) cobra relevancia la posibilidad de procrear. En este orden, el Comité de los Derechos Humanos, bajo la Observación General nro. 19, sostuvo al respecto: "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares".

En igual sentido, es importante, señalar la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando sostiene que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer de la manera más amplia, el desarrollo, la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. (21)

Es en el caso "Fornerón e hija c/ Argentina" (22) que sostiene expresamente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto de familia, ni muchos menos se protege solo un modelo de ella. Y también allí, estableció que el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, de modo que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano, y que no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños, por cuanto la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sino que ello obste a que pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas. (23)

Por su parte, en el caso "Atala Riffo y niñas c/ Chile" (24), la misma CIDH sostuvo que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño. (25)

Y ya adentrándose, en el tema que aquí nos ocupa, se ha referido en el famoso caso "Artavia Murillo" entendiéndose que el impedimento de acceso a las TRHA también vulnera el derecho a gozar los beneficios del progreso científico. (26)

Es por ello, que dejando sentados los pilares sobre los cuales se edifica la filiación derivada del uso de las TRHA, intentaremos profundizar y analizar sus aspectos más relevantes y particulares y la regulación prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación, abocándonos a la voluntad procreacional exteriorizada a través del consentimiento informado prestado oportunamente y su incidencia a través de los posibles conflictos que pueden acaecer, tomando como herramienta la experiencia en el derecho comparado.

3. Las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial

En consonancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional, conocida también como la "constitucionalización del derecho privado", el Código Civil y Comercial ha regulado una tercera fuente filial.

Así, el art. 558 del citado cuerpo legal, dispone expresamente que: "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 a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación".

Este art. 558, en definitiva, establece la igualdad de efectos de la filiación por adopción plena (27), por naturaleza o por TRHA (28), matrimonial y extramatrimonial (29), expidiéndose los certificados de nacimiento sin indicación de la fuente filiatoria. (30)

A la filiación por naturaleza o también denominada "biológica" y la filiación adoptiva (31), estructura general que mantiene del art. 240 del Código Civil de Vélez Sarsfield, se le agrega como una tercera fuente filial, aquella derivada por el uso de las técnicas por reproducción humana asistida, con particularidades, características y reglas propias (32), que ameritan su regulación en forma autónoma.

Lo cierto es que en materia de filiación, históricamente siempre se distinguió entre la filiación biológica y la adoptiva, según a qué elemento de aquella se le diera preponderancia. En la primera, predominaba el elemento biológico-genético mientras que en la segunda lo hacía el elemento volitivo, es decir la voluntad.

La aparición, el avance y el desarrollo de la ciencia, la medicina, y la biotecnología, en particular en el empleo de las TRHA modificaron radicalmente este escenario, puesto que a través de ellas se permitió la disociación de tres elementos: el genético, el biológico, y el volitivo. (33)

De este modo, en la filiación por naturaleza se atribuye la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre o de la prueba genética de que alguien es padre biológico. La segunda, supone una filiación social constituida por sentencia judicial.

Si bien, a grandes rasgos, tanto en la adopción como en la filiación derivada por el uso de las TRHA el vínculo se determina por el elemento volitivo, conforme lo desarrollaremos a continuación, se diferencian porque esa voluntad, en la filiación derivada de las TRHA debe ser manifestada a través de los consentimientos requeridos legalmente, debe prestarse con carácter previo al nacimiento.

Consecuentemente, mientras en la filiación derivada de las TRHA el elemento volitivo está presente desde el mismo origen de la persona, es decir, el niño nace y existe como consecuencia de esa voluntad; en la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo. (34)

Claramente, los problemas que surgen en la práctica con el empleo de estos procedimientos médicos, no se identificaban con los de ninguna de estas situaciones (35), ya que inexorablemente

debemos distinguir cuando se utiliza material genético externo a la pareja, es decir, de un donante, sea o no anónimo en la llamada reproducción heteróloga.

Como acertadamente ha puntualizado la jurista Eleonora Lamm: "Las TRHA permiten la reproducción sin sexo", lo biológico ya no comprende necesariamente lo genético, y viceversa.

Es por ello, que cuando hablamos de la determinación de la filiación en las TRHA, debemos en primer lugar diferenciar si estos tres elementos que componen un vínculo filiatorio se encuentran presentes en la misma persona, o bien sólo uno de ellos. Piénsese así, por ejemplo en el caso que una pareja que ante dificultades para concebir acude a este tipo de tratamientos, es posible que no esté presente el elemento biológico, y si esa misma pareja acude a donación de gametos para uno o para ambos integrantes, tampoco lo estará el genético.

Es dable destacar en este sentido, que el nuevo CCyC ha seguido de cerca los diferentes principios constitucionales y de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento, como por ejemplo: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3º de la ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11 de la ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; 6) la regla según la cual corresponde reparar el daño injusto al derecho a la identidad del hijo; 7) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación y 8) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Claramente, éstos principios constitucionales-internacionales son, los que sostienen, en definitiva, con mayor o menor intensidad, el por qué el Código Civil y Comercial amplía la regulación del derecho filial incorporando, de manera especial, qué acontece con la filiación cuando ésta deriva del uso de las TRHA y el modo en que se lo hace, debiéndose respetar el principio de igualdad; el derecho de todo niño a tener vínculo jurídico de manera inmediata y sin discriminarlo por la orientación sexual de sus progenitores; el derecho a la identidad estática (elemento genético) como dinámica (elemento volitivo); el derecho a fundar una familia también con independencia de la orientación sexual de la persona o pareja que quiera formarla y el derecho a hacerse de los avances y desarrollo de la ciencia médica, siendo las técnicas de reproducción humana asistida no sólo una práctica que permite acceder a la maternidad/paternidad, sino también a prevenir y curar enfermedades, de esto último dan cuenta algunos precedentes jurisprudenciales en los que se

obligó a la obra social cubrir un tratamiento de fertilización in vitro para que una pareja pueda tener un nuevo hijo que sea compatible con su hermano para poder salvarle la vida. (36)

En otras palabras, son tantas las particularidades y rasgos propios que se derivan de esta práctica médica que ameritaban un capítulo especial dentro del vasto campo del derecho filial.

Aquí es donde cobra importancia el elemento volitivo, dado que la voluntad procreacional puede entenderse como el ánimo o la intención que posee una persona para procrear, o en su caso, para dejar de hacerlo, tal como lo veremos seguidamente.

3.1. Voluntad procreacional

Este concepto no es nuevo, ya a mediados de 1960, Díaz de Guijarro distinguía a la voluntad procreacional entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como "el deseo o intención de crear una nueva vida". (37) Postulaba por ese entonces, la teoría de la llamada voluntad procreacional como herramienta de inteligibilidad jurídica por medio de la cual se procuraba dar cuenta de la nueva realidad filiatoria que introducen las técnicas de fertilización asistida al establecer, con base en ellas, la separación entre la reproducción humana y la sexualidad. (38)

Rivero Hernández afirma, en igual sentido, que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA "es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos (...), lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja (...) El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En estos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido..., ni el que demuestra que es padre biológico (...), sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad". (39)

Entre nuestros juristas, Lamm, una referente en la temática, subraya con elocuencia que "Se está ante nuevas realidades que importan una 'desbiologización y/o desgenetización de la filiación', y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de

'parentalidad voluntaria' o 'voluntad procreacional' (...). Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo". (40)

Gil Domínguez avanza un paso, incorporando el elemento "psi" a su definición, esgrimiéndose que "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas." (...) "El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisonal y autónomo". (41)

La voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano contemplado en la regla de reconocimiento de forma autónoma, o bien que integra los contenidos de otros derechos. No se configura como un supuesto de hecho que pueda ser subsumido o no en el ámbito irradiante de un derecho, sino que forma parte de los contenidos de un derecho, que otorgan y reconocen a su titular potestades para su ejercicio pleno.

En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo. (42)

Dentro del concepto mismo de filiación fue abriéndose paso, paulatinamente, en sede doctrinal y jurisprudencial, la "parentalidad voluntaria" o "voluntad procreacional" como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

Incluso Gil Domínguez entiende que la voluntad procreacional se manifiesta de diversas formas según se adopten distintas fuentes de filiación.

Al respecto entiende que en la fuente de filiación biológica, el aporte de gametos masculinos y femeninos es realizado por las mismas personas que posteriormente serán padre y madre (dentro de un marco basado en las presunciones que admiten prueba en contrario). En este supuesto, existe una simetría absoluta entre el hecho biológico y la voluntad procreacional.

Por su parte, en la filiación adoptiva, quienes revestirán el rol de padre/madre, comadres, copadres no realizan ningún aporte de gametos o material genético. Con lo cual existe una asimetría entre el hecho biológico y la voluntad procreacional ejercida de forma posterior al hecho biológico.

Mientras que, para concluir, entiende que en el filiación derivada del empleo de las TRHA, pueden observarse dos supuestos. Uno de ellos, aquel en que una de las personas que ejercerá el rol de madre, padre, copadre o comadre realiza un aporte de gametos, dando lugar a una situación de simetría parcial entre el hecho biológico y la voluntad procreacional. Por ejemplo, cuando un matrimonio o pareja de igual o distinto sexo, o bien un hombre o mujer no realizaron el aporte del material genético masculino o femenino, sino que lo obtienen de donantes y acuden a la gestación por sustitución, se configura una situación de asimetría absoluta similar a la que existe en la adopción.

Consecuentemente, 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, incluso de aspectos que se vinculan con lo que se conoce como identidad en sentido dinámico. (43)

De una u otra forma, lo cierto es que, el único elemento que encontraremos siempre presente en las TRHA es la voluntad, y de ahí su gran relevancia en la materia que nos ocupa.

En este sentido, es Rivero Hernández, quien dice que la paternidad—maternidad no son conceptos sólo biológicos, sino que están cargados de componentes culturales (voluntad, afecto, juridicidad, etc.) y que "corresponde a aquellas personas a quienes el hijo debe la vida por haber nacido por acto de decisión personal de ellos". (44)

Nos enfrentamos, así, en una nueva forma de lenguaje representativo del amor filial que sostiene el Ser. La ciencia ha hecho posible que el deseo filial se manifieste en términos distintos a las filiaciones existentes, deconstruyendo así un entramado sostenido por una naturalidad cultural construida como una categoría social, pero impuesta en definitiva como si fuera una consecuencia constitutiva. (45)

Este enfoque nos lleva a diferenciar el rol de padre del rol de progenitor. Así, "Padre" es aquel que, ex voluntate, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, mientras que "progenitor" es aquél que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (sea esperma u óvulo). (46)

En derecho comparado, advertimos que varios países reconocen expresamente la filiación a favor de quien hubiera expresado su voluntad procreacional. (47) Podemos mencionar al respecto la ley española 14/2006 (art. 6º); el Código Civil de Tabasco, México (art. 324); la Human Fertilisation and Embryology Act inglesa (sección 35); el Código Civil de Brasil (art. 1597); el dec. 24.029-S de Regulación de la Reproducción Humana Asistida de Costa Rica (art. 8º); el Código Civil de Portugal (art. 1839); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 187); el Código Civil holandés (art. 201-1); el Código Civil búlgaro (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1600, apart. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); diferentes Estados de los Estados Unidos (Nueva York, Connecticut, Georgia, Kansas, Oklahoma, Luisiana); entre otros.

Ahora bien, habiendo dejado sentado el concepto que predomina en la filiación derivada del uso de las TRHA, a continuación abordaremos uno de los temas centrales que visibiliza su exteriorización, mediante el análisis del consentimiento informado pleno y libre, a través del cual se exterioriza dicha voluntad procreacional. (48)

3.2. El consentimiento como factor determinante de la filiación derivada del uso de las TRHA

3.2.1. Aspectos generales del consentimiento informado

Como hemos observado, la voluntad procreacional se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal. (49)

Adviértase que aquellos países que han regulado las TRHA han hecho del consentimiento el elemento jurídico determinante a los efectos de la filiación.

Ahora bien, cabe preguntarnos ¿por qué es relevante el consentimiento al momento de materializar y exteriorizar la voluntad procreacional? Para poder articular la respuesta, debemos desandar el origen y naturaleza del consentimiento informado, y observar el rol relevante que juega en el campo del derecho filial, y extrapolarlo en este tipo de filiaciones, como las que aquí estamos analizando.

Va de suyo que no podríamos pretender analizar y ahondar la incidencia de las TRHA en el campo del derecho filial, ciñéndonos estricta y exclusivamente al ámbito del derecho, necesariamente, debemos interactuar desde una perspectiva bioética, para poder llegar a comprender y efectuar una suerte de revisión del concepto de consentimiento informado y su incidencia en el campo de la filiación derivada del uso de estas técnicas.

Esta interrelación entre derecho y bioética, en el tema que abordamos es inescindible, toda vez que en las sociedades actuales, pluralistas y democráticas, como en la que vivimos, la velocidad de los progresos biomédicos, las repercusiones sociales que plantea la atención de la salud e impactan en el derecho, como son la accesibilidad, la justicia y la solidaridad, y en particular la determinación de la filiación, presentan apasionantes desafíos éticos (la suscripción del consentimiento puede suplir la paternidad/maternidad, mitocondrias, gestación por sustitución y post mortem, etc.).

Es ante este nuevo contexto que la complejidad de estas nuevas situaciones como las que aquí pretendemos abordar, hacen que el derecho por sí sólo no logre abarcar y comprender, en su integralidad, estos significativos cambios, y es allí donde la bioética (50) colabora con éste cumpliendo un rol fundamental, complementario (51), con un claro anclaje en el respeto, dignidad personal, en el principio bioético de autonomía y del principio jurídico constitucional de autodeterminación, en correspondencia directamente con el derecho de los pacientes. (52)

Veamos, que se entiende por consentimiento informado.

3.3. Concepto y alcances

El término consentimiento informado, es una traducción literal de los vocablos ingleses "informed consent" que remonta sus orígenes a la Inglaterra del siglo XVIII, mencionándose como punto de partida para su requerimiento el caso "Stater v. Baker - Stapleton". (53) El origen y posterior

desarrollo en el derecho anglosajón encontró recepción en el marco legislativo internacional y, por supuesto, replica en nuestro ordenamiento.

Cabe definir el consentimiento informado como la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica, pronóstica o experimental, que incluye competencia (capacidad de comprender y apreciar las propias acciones y la información que se brinda), e información (apropiada, adecuada a la capacidad de comprensión del paciente); ello es un deber a cargo del médico (o equipo de salud) de informar respecto de los riesgos y beneficios del esquema terapéutico o tratamiento propuesto, respetando la libertad del paciente, por ser a éste a quien compete, como individuo autónomo, la decisión final.

La doctrina define al consentimiento informado como "una declaración de la voluntad efectuada por un paciente, por la cual luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como medicamento aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención". (54)

Fundamentalmente, involucra un proceso integral de información, donde paciente y médico tratante interactúan e interrelacionan, así como también deberían hacerlo el resto de los profesionales involucrados en el tratamiento.

Se ha sostenido que el consentimiento informado constituye un derecho fundamental, integrante necesario de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad de conciencia, a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto-disposición sobre el propio cuerpo. (55)

Si bien, suele afirmarse que el fundamento del consentimiento informado como requisito de una actuación médica es la protección de la autonomía o autodeterminación de los pacientes (56), no es el único (57), sí es el que se menciona con mayor frecuencia (58) y al que se asigna mayor importancia. (59)

3.4. Requisitos y condiciones para su validez

Para que el consentimiento y sus efectos sean jurídicamente válidos se necesitan los siguientes requisitos: 1) Que sea personal: ciertamente, la información debe ser brindada al paciente ya que él es quien puede decidir sobre su propio cuerpo. Sólo en los casos en que el paciente no pueda manifestar su consentimiento, la información puede ser brindada a un familiar. 2) Que sea consciente e informado: se debe comunicar en forma clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, la patología, cuál es el tratamiento recomendado a realizar, su necesidad, sus beneficios, los riesgos posibles, efectos secundarios, como así también los posibles medios alternativos. Más allá de su contenido, debe tenerse en cuenta qué otros factores influyen para el mejor entendimiento del paciente, como por ejemplo la adaptación de la información, excluyendo aquellos términos o cuestiones técnicas que dificulten la comprensión. De esta manera, el profesional debe tener en cuenta las circunstancias y condiciones socio-culturales de los pacientes, así como sus ideas, convicciones, creencias, deseos y valores. Por consiguiente, se debe personalizar la información teniendo una comunicación abierta, sincera, generando confianza y brindándose a las reglas de la buena fe. Asimismo, lo ideal sería que la personalización genere un consentimiento informado redactado para cada persona en particular en base a su caso en concreto, y no se trate de un simple formulario preimpreso. 3) Que sea actual: deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de TRHA, antes del inicio de cada una de ellas (60), y sólo integra aquél por el cual se consintió. En este sentido, posee un carácter temporal. Cuando se expresa que debe ser con antelación al tratamiento, no significa que debe haberse prestado meses antes de la práctica sino que debe ser contemporáneo a la misma. 4) Manifiesto: la Ley de Derechos del Paciente prescribe que puede otorgarse en forma verbal o escrita en forma indistinta. Sin embargo plantea que debe realizarse en forma escrita indefectiblemente cuando se trate de supuestos de internación; intervención quirúrgica; procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, como es el caso, y procedimientos que implican riesgos. 5) Libre: el paciente deberá consentir sin coerción o presión. 6) Gratuito: es un elemento indispensable para su validez y que se produce, como consecuencia, del ejercicio de un derecho personalísimo. 7) Solicitado o requerido: el profesional debe pedir el consentimiento informado al paciente. No puede influenciarse por manifestaciones aisladas o por lo que pudo entender. 8) Recepticio: el paciente debe comunicar su decisión al médico; y, por último: 9) Debe ser específico: como bien se mencionó con anterioridad, no puede ser genérico, sino que debe realizarse teniendo en cuenta el caso de cada paciente.

Asimismo, a los requisitos que deben ser cumplimentados, deben agregarse dos más que la Ley de Derechos del Paciente establece: 10) Obligatorio: sea cual fuere el ámbito médico-sanitario en el que se desarrolla la relación médico-paciente (público o privado) se estipula su obligatoriedad; y 11) Revocable: el paciente puede revocar su decisión en cuanto a rechazar o consentir tratamientos médicos, debiéndose dejar expresa constancia de ello en la historia clínica.

Hoy en día, la tendencia es brindar una información adecuada, siguiendo los lineamientos fijados por las convenciones internacionales, tanto la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (61) como el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina (62), hablan de información adecuada. (63) Ahora bien, ¿qué entendemos por información adecuada?

Básicamente, la adecuación se proyecta en la esfera subjetiva, objetiva, cuantitativa, cualitativa y temporal es decir, la información debe ser adecuada a las circunstancias personales del paciente (edad, estado de ánimo, gravedad, tipo de enfermedad, y/o tratamiento a someterse etc.). Debe ser adecuada a la finalidad de ésta (dar a conocer el estado de salud, obtener el consentimiento, conseguir la colaboración activa, etc.).

La cantidad de información a suministrar está dada por la finalidad citada y por lo que demande el paciente. Es imprescindible un análisis personalizado y prudente, es decir, adecuado a cada situación, con el fin de respetar las necesidades de cada persona y las preferencias de cada una en cada momento. Así, podemos citar algunas leyes a modo de ejemplo, como la catalana (ley 21/2000, del Parlamento de Cataluña, sobre los Derechos de Información Concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente y la Documentación Clínica), destacan que la información debe ser adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente. La información no será nunca dirigida a buscar una decisión determinada del paciente, debiendo evitar cualquier tipo de manipulación. (64)

En nuestro ordenamiento legal, el consentimiento informado aparece recién en 1967, tras la sanción de la ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares. (65)

Con posterioridad la ley 23.798 (66) de lucha contra el SIDA y su dec. regl. 1244 (1990 y 1991, respectivamente) hacen mención al derecho a la información que asiste a los enfermos (ley 23.798/1990, art. 8º, y dec. regl. 1244/1991, art. 8º), y subraya en el mismo articulado su derecho a recibir asistencia. En 1993 se sancionó la ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos, que en el apart. IV del art. 13 establece la obligación de informar a cada paciente (dador y receptor) y a su grupo familiar "de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural", para dejar "a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar", debidamente documentada. (67)

Por su parte, hace referencia también al consentimiento informado la ley 25.467 de Ciencia, Tecnología e Innovación (68), la ley 26.657 de Protección de la Salud Mental (69) y la ley 26.130 (70) que regula las intervenciones de contracepción quirúrgica.

Como podemos advertir, el consentimiento informado para cualquier procedimiento médico es de vital importancia, más aún en las TRHA por las implicancias jurídicas devenidas en la filiación. Hoy en día no sólo es una obligación de los médicos, sino también un derecho de los pacientes.

En esta inteligencia, es dable señalar la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado (71) modificada por ley 26.742, que en su art. 6º impone su obligatoriedad. (72)

3.5. Consentimiento informado en las TRHA. Su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación

Siguiendo el camino abierto por Herrera y Lamm, la filiación corresponde a quien desea ser "parent" (73), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

Así lo regula el art. 561 del nuevo CCyC cuando prevé que "Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

Podemos advertir que se desprenden de este artículo, dos consecuencias, la primera, que la identidad de una persona ya no está dada por el elemento biológico sino genético, como explicáramos antes; y la segunda, que la voluntad procreacional que genera el vínculo entre padres e hijos, se exterioriza a través del "consentimiento previo, informado y libre" que deben recabar las instituciones públicas y privadas que realicen las TRHA.

En el mismo cuerpo legal se complementa esta norma, con lo establecido en el art. 560 cuando dispone que "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 proceda a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella".

Básicamente, y en grandes líneas para no sobreabundar, el derecho al consentimiento para someterse a las TRHA se fundamenta en dos aspectos diferentes del llamado principio de libertad general o libre desarrollo de la personalidad: la autodeterminación del paciente sobre su propio cuerpo por un lado, y la libertad reproductiva por el otro, cuyo ejercicio a diferencia del anterior no tiene por qué implicar una disposición sobre el propio cuerpo, sino en ocasiones, como en el caso del hombre, la disposición sobre el material genético con fines reproductivos. (74)

La realización de este tipo de técnicas, requieren la previa y completa información a los usuarios de las mismas y su aceptación libre y consciente, al igual que ocurre en muchas otras especialidades médicas en las que también se exige, como es lógico, el consentimiento informado.

Sin embargo, en el campo de la reproducción humana asistida las condiciones del consentimiento y el nivel de información que se debe aportar a los usuarios han de ser especialmente riguroso.

Observemos que, mediante la res. 561/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud (75) se aprueba el Modelo de Consentimiento Informado Bilateral que deberá ser utilizado obligatoriamente por todos los prestadores, efectores y profesionales médicos que participan en los subsistemas de Empresas de Medicina Prepaga y Obras Sociales, en los casos establecidos en el art. 7º de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742 y su dec. regl. 1089/2012, que garantizan a toda persona el derecho al consentimiento informado en toda actuación profesional en el ámbito médico sanitario.

Por último es dable señalar que cuenta con media sanción de la Honorable Cámara de Diputados el proyecto de ley que tiene por objeto regular el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección del embrión no implantado, en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.862 y su reglamentación vigente.

En el proyecto de ley, y en igual sentido a lo manifestado ut supra, se hace expresa referencia al consentimiento informado en varios artículos destacándose, entre otros, el art. 5º, cuando dispone que el aporte de gametos para terceros se debe formalizar mediante un convenio escrito con "el centro de salud autorizado, en el que se deje constancia expresa de la declaración de voluntad suficiente efectuada por el aportante, emitida luego de haber sido informado sobre el procedimiento a efectuar, las posibles molestias, riesgos y efectos adversos de la técnica de obtención de gametos o embriones, así como las consecuencias que se derivan de lo dispuesto en el artículo 564 del Código Civil y Comercial Unificado. El consentimiento informado deberá seguir las formalidades y demás requisitos que establezca la autoridad de aplicación en la reglamentación de la presente ley".

Por su parte el art. 12 establece que en caso de crioconservación de gametos o embriones obtenidos de quienes se constituyan como beneficiarios de técnicas de reproducción humana asistida, transcurridos 10 (diez) años desde la obtención del material genético, cesará la crioconservación o serán destinados a la investigación conforme a los parámetros que fije la reglamentación, exceptuándose 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. El plazo es prorrogable por 5 (cinco) años.

Es importante reseñar que en el art. 26 se establecen como posibles infracciones al Centro de Salud (76) el no requerimiento del otorgamiento del consentimiento a las personas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida, y a los aportantes de gametos para terceros, de acuerdo a lo estipulado en la ley 26.862 y reglamentación vigente (confr. inc. c)); como también proceder a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida pese a la revocación del consentimiento del beneficiario, o de su cónyuge, conviviente o pareja, o de ambos.

En derecho comparado, observamos la ley española (en adelante, LTRHA), que le dedica una cierta atención al régimen del consentimiento de aquellos que intervienen en estos tratamientos, diferenciando entre la mujer usuaria, la mujer donante, el marido y/o varón que consiente de aquel varón donante, pero muy especialmente hace hincapié en la mujer usuaria, toda vez, que los consentimientos prestados por los diferentes sujetos implicados en la realización de las TRHA difieren notablemente en su valor y alcance.

Veamos con un ejemplo, el consentimiento de la mujer usuaria es simultáneamente a la vez, una autorización de los actos médicos realizados sobre su cuerpo y asunción de la prohibición de impugnar la filiación del hijo nacido, si ésta se ha producido como consecuencia de fecundación

heteróloga, mientras que el consentimiento emitido por el varón no es autorización de acto médico alguno, pero sí es determinante respecto a las relaciones de filiación. (77)

Es por ello que, debido a su complejidad, hay que ser muy cuidadosos al evaluar, analizar e implementar los consentimientos informados, porque no todas estas funciones están presentes necesariamente en aquellos que se someten a este tipo de tratamientos.

Tomando como referencia la LTRHA se exige que los equipos médicos y los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realizan estas técnicas informen previamente de las consecuencias de las mismas, de sus posibles resultados, de los riesgos previsibles, así como también de cuántas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico pudieran afectar a los usuarios. (78)

Otro dato relevante en el que tenemos que abocarnos, es el modo de su instrumentación. El consentimiento tiene que prestarse de forma libre, consciente, expresa y por escrito, debiéndose reflejar la aceptación en un formulario de contenido uniforme, que se recogerá en la historia clínica.

Resulta interesante traer a colación, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona, ante la impugnación de la filiación de un menor por parte del hermano de la persona que aparece como padre y que falleció antes del nacimiento, cuando alega que la fecundación asistida no ha sido consentida previamente en documento público. En este sentido dice : "...la inscripción de la filiación paterna del menor en el Registro Civil se ha practicado en virtud de un documento emitido por el Centro Médico fechado el mismo día que se practicó la fecundación y firmado por el Sr. Ángel Daniel. Toda la prueba practicada nos lleva a la convicción plena de que el Sr. Ángel Daniel consintió la filiación, aunque lo hiciera en un momento y lugar diferente del Centro Médico donde se practicó la fecundación, por razones de fuerza mayor. Constituye una mala praxis, pero ésta no puede perjudicar al hijo si se acredita, como se ha acreditado en este procedimiento, que hay consentimiento. Conocía la técnica utilizada para la fecundación y la procedencia del material reproductivo utilizado y compartía el proyecto común de tener un hijo fruto de una decisión conjunta y plenamente consentida...". Continúa exponiendo que "...en los casos de inseminación heteróloga el título de atribución de la filiación no es la generación o relación biológica, sino el consentimiento. Y en el supuesto planteado es claro y no hay ninguna duda de que este consentimiento existió, que tener un hijo era un proyecto compartido y decidido por ambos y que ambos decidieron someterse a las técnicas de fecundación con material genético de terceros. Es por ello que no duda la sala que el documento que no pudo ser firmado en el momento de la intervención por el padre por razones claras de fuerza mayor, fue firmado después y que, en estas

circunstancias el cumplimiento parcial de las formalidades legales no puede conducir a la estimación de la acción de impugnación..." (SAP de Barcelona 676/2012, de 19 noviembre). (79)

Cobra relevancia, el consentimiento informado a la hora de la impugnación de la filiación.

Toda vez que en la filiación por naturaleza la falta de vínculo biológico y su prueba habilita la procedencia de la demanda, en cambio en las TRHA el legislador no tolera, ni aun en las regulaciones que prohíben la TRHA heteróloga (por ej. la ley italiana), que el marido de la mujer que prestó el consentimiento al sometimiento de estas técnicas con material genético de un donante, impugne la paternidad alegando no ser el padre biológico del niño nacido, en tanto esta filiación no se funda en el vínculo biológico —que comprende el genético— sino en el elemento volitivo.

Va de suyo que el hecho que la paternidad no pueda ser impugnada por quien se somete a las TRHA, habiendo sido otorgado el consentimiento se fundamenta por la teoría de los actos propios.

Básicamente, ésta opera como principio general, toda vez que quien prestó su consentimiento no puede luego retractarse y retirarlo, salvo algunas excepciones, como por ejemplo que varíe la situación de la pareja (separación o arrepentimiento). En estos casos el límite temporal para retirar el consentimiento suele encontrarse en el momento de la implantación del embrión en la persona.

Si bien la voluntad está también presente en la filiación adoptiva e incluso en la gran mayoría de los casos (80) de filiación por naturaleza, lo cierto es que en las TRHA este elemento observa particularidades específicas que lo diferencian de las dos fuentes filiales restantes. Una de las tantas diferencias con la filiación por naturaleza se observa fácilmente en la impugnación de la filiación.

En ella, la falta de vínculo biológico y su prueba habilita la procedencia de la demanda, en cambio en las TRHA el legislador no tolera, ni aún en las regulaciones que prohíben la TRHA heteróloga (por ej., la ley italiana) que el marido de la mujer que prestó el consentimiento al sometimiento de estas técnicas con material genético de un donante, impugne la paternidad alegando no ser el padre "biológico" del niño nacido, en tanto esta filiación no se funda en el vínculo biológico (que comprende el genético), sino en el elemento volitivo.

En las TRHA heterólogas siempre falta el vínculo genético; la filiación se determina sobre la base del consentimiento previamente prestado, y el consentimiento dado blinda la posibilidad de impugnar, por lo que este efecto debe quedar claramente establecido por la ley.

De esta manera, el protagonismo del consentimiento informado en las TRHA no sólo ocupa un lugar central en la regulación de la filiación en el Código Civil, tal como se ha mencionado, sino que también la ley 26.862 y su reglamentación han replicado, previéndose que tal acto puede acontecer hasta antes del inicio de cada procedimiento o técnica de reproducción médicamente asistida. (81)

Lo mismo sucede, más aún, con la revocación cuando se trata de técnicas de alta complejidad, que puede acontecer hasta el momento de la implantación del embrión, en total consonancia con lo dispuesto en el art. 561 citado ut supra y con lo que disponía —al momento de sancionarse la ley— el art. 19 "original" del proyecto de CCyC que se refiere a la existencia de la persona humana.

Ahora bien, lo cierto es que hasta el momento de la implantación, si ha cambiado la situación fáctica, los miembros de la pareja (que pueden ser de igual o diverso sexo) (82) están en iguales condiciones; ni la mujer ni su pareja están obligadas/ os a realizar la transferencia. En cambio, una vez implantado con ese consentimiento, al igual que en la filiación natural, si la mujer decide continuar con el embarazo, la filiación se impone aunque su pareja esté arrepentida. Lo cierto aquí, es que el consentimiento blindaría la posibilidad de impugnar. Va de suyo que quien, con su consentimiento, ha asumido la responsabilidad de hacer nacer un hijo no puede después volver sobre las propias decisiones, sosteniendo no ser genéticamente el padre.

Por el contrario, si se implantó sin ese consentimiento, la pareja debería estar habilitada para impugnar dicha filiación, cuestión que no acontece, por ejemplo si se trata de la filiación por naturaleza. He aquí una diferencia sustancial entre esta filiación y la que deriva del uso de las TRHA.

Ergo ante la falta de consentimiento o bien por la revocación acontecida antes de la implantación, y/o el implante sin el consentimiento constituyen diferentes maneras de no generar vínculo jurídico-filial.

En suma, nos encontramos por un lado, con el consentimiento como exteriorización de la voluntad y por el otro con el factor tiempo, que cobra especial importancia el momento en que éste es otorgado, ya que el lapso entre el sometimiento a las técnicas y el momento de la implantación puede extenderse en el tiempo y en ese mismo lapso, cambiar las condiciones o la decisión de querer ser padres y éste es, en definitiva, el elemento central; lo cierto es que el consentimiento se puede revocar (83), considerándose un acto jurídico que dejará sin efecto otro anterior, por voluntad del o los firmantes. Esto tampoco puede acontecer en la filiación por naturaleza, sí en la adopción pero también hasta cierto momento.

3.6. Lineamientos básicos de la revocabilidad del consentimiento

Tal como hemos visto, especial tratamiento se destina al consentimiento informado por tratarse de la exteriorización de la voluntad procreacional. En este sentido, se establece que el centro de salud que intervenga en la práctica médica deberá reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una de estas técnicas sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales. (84)

El art. 7º de la ley 26.862 prevé además del consentimiento, la posibilidad de revocación hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

La correcta interpretación de esta parte del artículo deberá seguramente ser la de "implantación" como "transferencia" del embrión al útero, es decir, el momento del acto médico durante el cual se coloca el embrión creado in vitro en el útero de la mujer.

Este segmento de la norma estatuye que el paciente puede "revocar" (del lat. Revocare) — arrepentirse— de la decisión tomada; esto es, puede volver sobre sus pasos en cuanto a consentir o rechazar determinada práctica médica. El fundamento, también se asienta en la autonomía decisoria del paciente. Así lo refiere el art. 10 de la ley 26.529 antes citada, cuando dice que "La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica".

Teniéndose en cuenta lo manifestado, igual sentido adopta el dec. 956/2013 que en su art. 7º afirma 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; aplicándose también las disposiciones de la Ley de Derechos de los Pacientes".

A mayor abundamiento, se distingue expresamente el momento del otorgamiento del consentimiento en los tratamientos de alta y baja complejidad, estableciendo que en los de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o bien hasta antes del inicio de la inseminación; y en los casos de alta complejidad, es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

En este contexto, a nivel comparado, podemos hablar de dos grandes posturas que se ocupan de la revocabilidad del consentimiento informado: 1) la postura mayoritaria pregona la posibilidad de revocar el consentimiento hasta el momento previo a la implantación o transferencia embrionaria, que es la adoptada por la ley nacional. Este postulado es seguido por las legislaciones de Reino Unido (permite a quienes se someten a un tratamiento de FIV revocar su consentimiento para la utilización de los embriones hasta el momento previo a su implantación); Francia (art. 2141-2 del Code de la Santé Publique, modificado por la ley 2011-814, del 7/7/2011); Suiza (art. 7º de la Ley Federal de Procreación Asistida: Loi Fédérale sur la Procréation Médicalement Assistée, LPMA, del 18/12/1998); Portugal (art. 14.4º de la ley 32/2006); Grecia (art. 1456 de la ley 3089/2002); España (art. 3.5º, ley 147/2006); y, por último, la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana Asistida de Uruguay, sancionada en el año 2013 (85), en la que se dispone en su art. 7.e) la ratificación por escrito de ambos integrantes de la pareja al momento de la inseminación o implantación, sólo por mencionar algunos. 2) La postura minoritaria entiende que las partes pueden revocar el consentimiento previamente prestado sólo hasta el momento de la fecundación. Esta postura, es acogida por la ley italiana 40/2004 (86) la más restrictiva de las vigentes en el derecho europeo, que en el art. 63 impide revocar el consentimiento una vez fertilizado el óvulo y se funda en el derecho a la vida del embrión, aunque no esté implantado. La gran crítica que se le efectúa es: como con posterioridad a la fecundación in vitro el hombre no puede revocar su consentimiento, y aunque lo hiciera, su revocación no tendría relevancia, la mujer podría implantarse el embrión no obstante el cambio de la voluntad de su pareja.

En suma, en atención a lo analizado se desprende que si en estos supuestos de TRHA, la filiación se determina por el elemento volitivo, es evidente que faltando el consentimiento no se puede proceder a realizar ninguna transferencia para que pueda de ella, nacer un niño. (87)

De esta manera, la obligación de recabar de manera previa el debido consentimiento, permite evitar cualquier tipo de conflicto por el cual se procede a la transferencia sin él, y los problemas filiales que en el futuro podrían derivar.

De esta forma, la previsión en análisis es de sumo interés para evitar todo tipo de conflictos como el que ha se han planteado en nuestra jurisprudencia nacional, con el fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, sala J, del 13/9/2011. (88)

Sintéticamente, la base fáctica estaba dada por un matrimonio que se había sometido a las TRHA de las cuales nació un niño, además de haber quedado en el centro médico 5 embriones crioconservados. Tiempo después la pareja se separa y finalmente, se divorcian. La mujer solicita al centro médico que se le transfieran los 5 embriones criopreservado. El centro de salud se niega al considerar que el hombre debía prestar nuevamente su consentimiento para esta nueva transferencia, y posible nacimiento de un niño. Ante esta negativa, la mujer acude a la justicia para que ordene al centro a realizar la técnica. (89) ¿Ese hombre debía revocar su consentimiento de manera expresa o simplemente con no prestar un nuevo consentimiento bastaba?

En resumidas cuentas, la importancia de este tema, es neurálgica porque la falta de consentimiento o su revocación antes de la concepción o implantación no permite que se cree vínculo jurídico alguno. Es por ello que ante la falta de consentimiento o revocación, la práctica médica no puede llevarse a cabo.

En el supuesto excepcional en que se proceda a la implantación a pesar de la negativa o sin renovar el consentimiento de uno de los integrantes de la pareja, se estaría facultado a impugnar el vínculo filial. Por el contrario, si se presta el consentimiento, quien lo prestó no puede iniciar acción de impugnación alguna por la Teoría de los actos propios y porque en definitiva, tal como lo venimos diciendo y a diferencia de la filiación por naturaleza, el consentimiento es un elemento vital e indispensable. (90)

3.7. ¿Cuáles son algunos los conflictos que pueden suscitarse en materia de consentimiento?

Tal como algo ya hemos adelantado, puede que el tiempo transcurrido entre la aceptación del procedimiento para la congelación o criopreservación de los embriones al momento de firmar los

acuerdos y consentimientos, difiera del momento de la implantación, ya que podría ocurrir a los 3 meses o bien pasados varios años.

Así, el paso del tiempo permite que la voluntad de uno o ambos —si se trata de una pareja— se modifique por distintas circunstancias por ejemplo: divorcio, separación, fallecimiento de uno o ambos progenitores, o bien simple desinterés o falta de acuerdo. En otras palabras, pueden producirse cambios en la composición o bien en el deseo de los firmantes que pueden causar dudas sobre la disponibilidad y responsabilidad sobre los embriones crioconservados.

La previsión en análisis es de sumo interés para evitar conflictos como los que se han planteado en la jurisprudencia nacional, en el caso resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, del 13/9/2011 (91), mencionado en el acápite anterior. El tribunal, interpretando analógicamente que los embriones extracorpóreos son personas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 70 del Código Civil; entendiéndolo que debía aplicarse la teoría de los actos propios —que el hombre no puede ir en contra de la voluntad que había prestado en un primer momento— y la imposibilidad de justificar la negativa del marido, resuelve favorablemente la solicitud de la esposa, "obligando al hombre a ser padre". El caso nos muestra, como las TRHA, al permitir crioconservar gametos o embriones, no solo disocian la procreación del acto sexual, sino que también permiten diferir en el tiempo la voluntad o el deseo de ser padre/madre, pudiéndose dar el caso de que la voluntad procreacional no sea la misma al momento de iniciar un tratamiento que al momento de transferir gametos o embriones.

En otro fallo, se resolvió si se debía autorizar o no a una mujer utilizar el material genético criopreservado de su marido prefallecido. Nos referimos al fallo del Tribunal nro. 3 de Morón (92), del 21/11/2011. Aquí el tribunal recurriendo al principio de legalidad (todo lo que no está prohibido está permitido) y sobre la base, de un consentimiento presunto del marido fallecido, resuelve autorizar a la mujer a intentar la reproducción utilizando los gametos de su marido premuerto.

En derecho comparado, observamos por ejemplo que las decisiones de los tribunales norteamericanos respecto los criterios judiciales desplegados a partir del arrepentimiento y la modificación del consentimiento (93) en torno a decisiones reproductivas ha sido dispar. A modo de ejemplo, podemos citar el fallo de la Corte Suprema de New Jersey, "In re Baby M." (94) Permite revisar el alcance legal del consentimiento y de su revocación en los convenios de maternidad subrogada. Recordemos los hechos salientes del caso: Mary Beth Whitehead acordó concebir un bebé a través de inseminación artificial con el semen de William Stern para luego entregar el niño al matrimonio Stern a fines de ser adoptado. Whitehead cambió de idea —se

arrepintió—. La Suprema Corte resolvió en "Baby M." que los acuerdos de subrogación de vientre eran nulos y que no podían ejecutarse forzosamente. Luego de declarar la invalidez del contrato, la Corte resolvió el conflicto en los términos de una cuestión de custodia y visitas. La Suprema Corte de New Jersey expresó —en el fallo "Baby M."— su mirada negativa sobre el acuerdo de subrogación al decir: "En una sociedad civilizada hay cosas que el dinero no puede comprar". (95) En "In re Baby M.", a partir del arrepentimiento, se expresa la resistencia judicial frente al desafío que significa la subrogación a la luz de los conceptos tradicionales de maternidad, hijos y familia.

En el caso "In re K. M. H." (96), la Corte Suprema de Kansas declaró la validez y la aplicación de una ley estadual que nombra al donante de semen como aquel que no es el padre biológico —not the birth father—, salvo se formule un acuerdo escrito con la madre que expresamente disponga lo contrario.

En el caso "Hendrix v. Harrington" (97), el Sr. Daryl Hendrix —homosexual y con expectativa de ser padre— alegó un convenio verbal con su amiga Samantha Harrington —abogada— para proveer esperma para que ella fuera inseminada. Según Hendrix, ellos acordaron que él sería parte de la vida del hijo a concebir. Y ella así se lo habría asegurado, más allá de no volcarlo en un convenio escrito. En el caso, el error sobre el derecho, el arrepentimiento por no haber formulado el acuerdo por escrito que nominara como padre biológico a Hendrix, y la inconstitucionalidad planteada —que fuera rechazada por la Corte Suprema de Estados Unidos—, importó que se excluyera toda posibilidad de alcanzar estatus parental en relación con los mellizos engendrados. En este caso, la identidad genética con los mellizos no resultó suficiente y resultó irrelevante para otorgarle estatus parental a Hendrix en virtud de la ley vigente.

En el caso "Ferguson v. McKiernan" (98), la Suprema Corte de Pennsylvania revocó el fallo del tribunal inferior y por voto mayoritario dispuso el cumplimiento forzoso de un convenio de preinseminación por el cual Joel McKiernan había prometido dar su esperma para aplicar el método de fertilización in vitro en Yvonne Ferguson, su ex novia, siempre que se lo excluyera de la obligación alimentaria que pudiera originarse a partir de la concepción de un hijo. Sin perjuicio de lo acordado una vez que los mellizos nacieron, Yvonne se arrepintió y demandó alimentos a favor de sus hijos. Por primera vez, la Corte Suprema de Pennsylvania se expidió acerca de si el donante de esperma debía pagar alimentos a favor del niño concebido a partir de su donación. En el caso "Ferguson v. McKiernan", la Corte dijo que no había obligación alimentaria. Más allá de reconocerse por la mayoría el interés de los niños en la resolución del pleito, la Corte formula en el fallo la distinción entre las distintas formas de concebir un hijo: reproducción con sexualidad y reproducción sin sexualidad. Y agrega que el imponer la obligación alimentaria en cabeza del donante conocido forzaría a las mujeres a sólo recurrir a donaciones anónimas. (99)

La cuestión del control del uso de los preembriones congelados cuando se produce la ruptura del matrimonio se exhibe en el caso "A. Z. c/ B. Z.". (100) Los esposos habían convenido que para el caso que en el futuro se separaran, los preembriones congelados serían entregados a la que fuera la cónyuge con el propósito de implantarlos. Cuando la mujer quiso ejecutar el convenio, el ex marido se opuso. La Corte se negó a ejecutar el acuerdo. El fallo despliega argumentos en torno al derecho a arrepentirse en cuestiones de familia. Y concluye: los acuerdos celebrados con anterioridad que conllevan la creación de vínculos familiares (matrimonio o parentalidad) no debieran ser ejecutados contra aquellos que han reconsiderado la cuestión y ya no brindan el consentimiento. Esta posición importa la valoración de la libertad de elección en cuestiones de matrimonio y vida familiar. Igual criterio que se expresa en el art. 560 del CCyC antes mencionado.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también abordó la cuestión del alcance del arrepentimiento en relación con decisiones procreacionales. En el ya famoso caso "Evans v. Reino Unido" (101), la Sra. Evans cuestionó la legislación británica que imponía el otorgamiento del consentimiento mutuo y contemporáneo. Tal requisito impone, ante el arrepentimiento unilateral y como consecuencia de ello, la destrucción de los preembriones congelados. Por tanto, la Sra. Evans entendía que dicha normativa era contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos en razón de que imponía un obstáculo para poder procrear con su propio material genético. Evans invocó violación a los arts. 2º, 8º, 12 y 14, Human Rights Act. La Corte —por mayoría— resolvió y sostuvo la aplicación de la norma británica cuestionada.

3.8. Revisión y actualización de los consentimientos informados a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación

A menos de cuatro meses de la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (102), los centros médicos especializados y/u hospitales públicos que brinden este tipo de cobertura deberían hacer una revisión y adecuación de los consentimientos informados, documentos y anexos afines a fin de brindar toda la información legal básica y necesaria relativa a la determinación de la filiación derivada del uso de esos tratamientos conforme los alcances previstos en el Código Civil y Comercial y leyes afines.

Si bien, este trabajo ya se viene realizando desde la sanción de la Ley Nacional de Cobertura 26.862, se deberían arbitrar los medios, incluso a través del asesoramiento en lo atinente a las implicancias e incidencias legales, por el empleo de las TRHA.

En este sentido, he de destacar, la labor que se viene desarrollando en proyectos sobre unificación de criterios para la elaboración de consentimiento informados en el ámbito de las TRHA. A modo de ejemplo, señalaré la experiencia de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (103), REDLARA, y de la Sociedad Española de Fertilidad.

En el año 2000 se inició la elaboración de los consentimientos informados para las diferentes tipos de técnicas, auspiciado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Básicamente, el propósito de este proyecto fue el de unificar criterios; de tal manera que, con un esfuerzo común, se desarrollaran formularios destinados a todos los centros de nuestra región.

De esta forma, se establecieron las pautas para la correcta elaboración de los consentimientos informados, distribuyéndose entre los centros que habían participado en las discusiones del IV Taller realizado en Brasil, para que realizaran correcciones, sugerencias y comentarios. La versión corregida, circuló por todos los centros de la RED y con las últimas modificaciones, se elaboró el documento final.

En dicho documento, se destacó el doble objetivo que presentan los consentimientos informados en el ámbito de las TRHA, a saber: a) dar apoyo para que la pareja tratada tenga conocimiento y comprenda todo aquello a lo que se va a someter y pueda tomar decisiones informada; b) servir de respaldo para el equipo de profesionales del centro que interviene, en el sentido de haber informado a la pareja en relación a costos y beneficios del tratamiento.

Además, más allá de la idea de que cada país y/o centro, pudiera tener regulaciones propias y/o modificaciones de la misma, en relación a la manera de informar y efectuar determinadas técnicas se hizo hincapié en que la noción de consentimiento no se reduce a un formato de aceptación, sino que contempla el proceso de adquisición de información por parte de la pareja con el propósito de poder tomar una decisión respecto a su participación en un tratamiento con las TRHA.

En el año 2001, se publicó el "Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida". En ese entonces constaba de 8 formularios. (104) Vale aclarar que esta propuesta se actualizó en el año 2006. (105) (106)

Siguiendo los mismos lineamientos, se realizó en España, la actualización en 2008 (107) de los antiguos protocolos de consentimiento informado emitidos por la Sociedad Española de Fertilidad, SEF, que fueron inicialmente editados en 2002. Dicha actualización, ha ofrecido la oportunidad no sólo de incorporar el estado de la ciencia del momento, sino también de adaptarlos a hitos normativos importantes surgidos en los últimos años. (108)

El grupo de Interés de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad fue quien ha estado encargado de elaborar los nuevos documentos de consentimiento informado oficiales de dicha SEF.

Dentro de los fundamentos éticos y jurídicos del consentimiento informado y su terminología (109), y desde una perspectiva ética amplia, se reseña que se pueden reconocer dos objetivos principales en la teoría del consentimiento informado: promover la autonomía individual y estimular la toma de una decisión racional. Las personas tienen derecho a tener sus propios puntos de vista, a tomar sus propias decisiones y a realizar acciones basadas en los valores y creencias propias. (110)

Asimismo, desde un punto de vista jurídico general, se trataría de una teoría creada para transformar la esencia de la relación médico-paciente, de tal forma que la autoridad en dicha relación se desplace, en la medida de lo posible, del médico al paciente. Para ello se exige al médico el cumplimiento de dos deberes legales distintos pero relacionados entre sí:

a) Informar adecuadamente al paciente para que pueda tomar libremente una decisión sobre un procedimiento terapéutico o diagnóstico, o para ser sujeto de una investigación o experimentación.

b) Obtener el consentimiento del paciente antes de realizar una intervención o una investigación.

4. Palabras de cierre

A menos de 5 años de la sanción de la Ley de Matrimonio Igualitario, Kemelmajer y Herrera ya señalaban que la regulación de la procreación asistida no podía esperar (111) dado los cambios que se introducían en el marco del régimen de matrimonio civil, máxime cuando en materia de

filiación se reflejaban las carencias normativas y axiológicas frente a las transformaciones sociales que se fueron sucediendo y que precipitaron una marcada distancia entre norma y realidad, aun después de la reforma constitucional de 1994.

El camino fue abierto lenta y progresivamente, tanto por la jurisprudencia como la doctrina, empero la sanción de la ley 26.862 de Cobertura Médica de TRHA y su dec. regl. 956/2013, dieron el impulso que visibilizó la complejidad del tema y nos obligo a exponer y defender las líneas temáticas que se han pretendido analizar a lo largo de este trabajo, como ser: la determinación de la filiación, la noción de voluntad procreacional y consentimiento informado, el acceso a las TRHA como un modo de satisfacer el derecho a formar una familia y no circunscripto a la noción de infertilidad clínica que sólo puede estar en la parejas de diferente sexo pero no así en las de igual sexo.

En este sentido, la tan esperada reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, reconstruye con coherencia lógica el sistema de derechos humanos con el derecho privado, traduciendo fielmente el paradigma constitucional familiar (112) mediante el reconocimiento de todos los tipos de familias. El ejercicio pleno de acceder a las TRHA sin discriminación alguna debido a la orientación sexual de las personas pudiendo generar, maternidad, paternidad, maternidad y paternidad, comaternidad y copaternidad son un claro emergente constitucional y convencional lógico de un contexto de aplicación sustentado en un pluralismo sostenido por la intersubjetividad moral.

Así, el Código Civil y Comercial realiza una clara apuesta por la afectividad en el ámbito de las relaciones familiares produciendo una "desencarnación" del discurso jurídico (113) (es decir, un debilitamiento del elemento biológico en beneficio del elemento psicológico y afectivo), y representa un claro ejemplo, tal como distinguía Ferrajoli (114) de aquel "derecho viviente", interpretado, argumentado y explicado por la jurisprudencia según los diversos interpretes y las diversas circunstancias de hecho.

(A) (*) SARAMAGO, José, "Ensayo sobre la lucidez", Ed. Punto de Lectura, Buenos Aires, 2007, p. 358.

(AA) (**) VON GOETHE, J. W., "Fausto", traducción de Francisco Pelayo Briz, 15ª ed. (reimp. de la 1ª ed., 1946), Ed. Escasa Calpe, Madrid, 1998.

(1) (1) Mediante la ley 26.944, Código Civil y Comercial de la Nación — Aprobación. Sancionada el 1/10/2014, promulgada el 7/10/2014 y publicada en el Boletín Oficial el pasado 8/10/2014 bajo el número 32.985. Fe de erratas: BO del 10/10/2014. AR/LEGI/80Y3.

(2) (2) Tal como lo desarrollaremos más adelante, la categorización propia de esta nueva clase filial tan discutida doctrinariamente (por ej., véase AZPIRI, Jorge O., "Los matrimonios homosexuales y la filiación", en DFyP, año 2, nro. 9, Ed. La Ley, Buenos Aires, octubre de 2010, p. 3) se justifica si se advierten las características propias y peculiares que la distinguen de la filiación por naturaleza y de la adopción. Se recomienda compulsar en profundidad ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Los criterios de la determinación de la filiación en crisis", en obra colectiva de GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz (dir.) y LEPIN, Cristian (coord.), "Reproducción humana asistida", Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile - Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013, 978-956-346-305-7; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", Revista de Derecho Privado, año 1, nro. 1, Ediciones Infojus - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, marzo de 2012, p. 6; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", fecha: 12/4/2012, MJ-DOC-5751-AR | MJD5751; LAMM, Eleonora, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil", Suplemento Especial "El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil", en JA 2012-II, p. 68. KRASNOW, A. N., "La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP, octubre de 2013.

(3) (3) En adelante, TRHA.

(4) (4) Para mayor información relativa a la frecuencia e importancia de esta práctica en la Argentina y en Latinoamérica puede consultarse el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (REDLARA), disponible online en http://www.redlara.com/aa_ingles/default.asp.

(5) (5) Véase HERRERA, Marisa; DE LA TORRE, Natalia y BLADILLO, Agustina, "Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida", en Suplemento JA del 1/5/2013, JA 2013-II.

(6) (6) Véase en extenso el fallo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 86 "N.N. s/ inscripción de nacimiento", del 18/6/2013, MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552.

(7) (7) Trib. Cont. Adm. y Trib. CABA, 22/3/2012, "D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/ Amparo".

(8) (8) Confr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora en "La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo", del 7/2/2013, MJ-MJN-69467-AR; RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana Inés y CULACIATI, Martín Miguel, "Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asuntos de Familia. Periodo 2011, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, ps. 275-302, ISSN 1851-1201. Sintéticamente, podemos mencionar que el caso se relaciona con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo del año 2000, que declaró la inconstitucional del decreto ejecutivo nro. 24029-S, en el cual se regulaba la técnica de fecundación in vitro, (en adelante, FIV) en aquel país. Esta sentencia implicó que se prohibiera la FIV en Costa Rica, y, en particular, generó que algunas de las víctimas del presente caso debieran interrumpir el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a distintos países para poder acceder a este tipo de tratamientos. El 28 de noviembre de 2012, la Corte IDH declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los arts. 5.1º (derecho a la integridad personal), 7º (derecho a la libertad personal), 11.2º (protección a la honra y la dignidad) y 17.2º (protección a la familia) en relación con el artículo 1.1º de la Convención Americana (obligación de respetar los derechos) en perjuicio de los peticionantes.

(9) (9) Si bien en el dispositivo legal se consagra el criterio de igualdad formal, lo que significa que todos los hombres están reconocidos como titulares de derechos y obligaciones, que son iguales bajo las mismas circunstancias y condiciones razonables frente al poder estatal (BADENI, Gregorio, "Tratado de Derecho Constitucional", t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, ps. 353/355).

(10) (10) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y ratificada por ley 23.179.

(11) (11) El principio de autonomía de la persona humana es uno de los ejes principales del sistema de derechos individuales, y, por lo tanto, del sistema democrático de gobierno que tienen como fin esencial al ser humano. Se trata de una prerrogativa relacionada directamente con el aspecto más íntimo o personal de un individuo. No se puede dejar de destacar el importante rol que cumple el principio de autonomía personal consagrado en el art. 19 de nuestra Constitución. Éste implica el derecho que tiene toda persona adulta, mayor de edad, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad, de escoger el que considere "mejor" plan de vida para sí misma, aunque el mismo implique un daño personal. Sólo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido.

(12) (12) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico", 1ª ed., Ed. Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, p. 11.

(13) (13) Solo para mencionar un ejemplo, la ciencia posibilitó también que la mujer que lleva a cabo la gestación y el parto sea diferente a quien aportó los óvulos con los que el embrión se creó. Esta "disociación" de la maternidad tiene lugar no sólo cuando una mujer, que desea tener un hijo, recurre a la ovodonación, distinguiéndose así entre aquella que aporta el óvulo (donante y "madre" genética) de aquella que lo gesta y desea (maternidad gestacional, de deseo, y legal — art. 242, CCiv.—), sino que también nos conduce a la compleja figura de la gestación por sustitución.

(14) (14) El DGP, científicamente, es una técnica o un proceso que no implica un tratamiento diferente a todos los procedimientos de técnicas de alta complejidad que conlleva la formación de embriones y la correspondiente criopreservación. Téngase presente que una gran cantidad de países permiten el DGP: Brasil (res. 1957, del 15/12/2010, del Consejo Federal de Medicina), Francia, España, Portugal, Dinamarca, Noruega, Suecia, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía y Ucrania, entre otros. Además, vale aclarar que si bien el DGP se encuentra en fase experimental, situación que no reviste una connotación negativa, es visto de manera positiva en varios ordenamientos jurídicos tal como hemos ejemplificado. La importancia y el uso del DGP van en aumento; tal es así que algunos bioeticistas han comenzado a sostener que determinados padres tienen el deber moral de recurrir al DGP para crear un niño sano. Argumentan tres razones: el aumento del bienestar del niño, la ampliación de su autodeterminación, y la reducción de las desigualdades. Véase, en extenso, MALEK, J. y DAAR, J., "The Case for a Parental Duty to Use Preimplantation Genetic Diagnosis for Medical Benefit", *The American Journal of Bioethics*, vol. 12, Issue 4, 2012, ps. 3/11. En nuestro país, no obstante la falta de legislación, el DGP (extensivo) ha sido autorizado por los tribunales en diferentes oportunidades. Véase los fallos del Juzgado en lo

Contencioso Administrativo nro. 1 de La Plata, 19/8/2010, "C. A. N. y otro/a c/ IOMA s/ amparo", elDial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29/12/2009, "L., H. A. y otra c/ Instituto de Obra Médico Asistencial y otra", elDial.com - AA4F36; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás (Buenos Aires), 13/9/2011, "M. G. G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo", elDial.com - AA715A.

(15) (15) ALKORTA IDIAKEZ, I. "Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado", Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, p. 169.

(16) (16) Ley 26.618 de Matrimonio Civil. Código Civil, Modificación. BO del 22/7/2010. Sancionada: julio 15 de 2010. Promulgada: julio 21 de 2010.

(17) (17) Ley 26.743 de Identidad de Género. Sancionada el 9/5/2013. Publicada en el Boletín Oficial del 24/5/2012, número 32.404, p. 2.

(18) (18) Para una lectura más acabada y profunda del tema ver GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., "Derecho Constitucional de Familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, capítulos I y II; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., "La familia desde la Constitución Nacional", Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, capítulo I; JELIN, E., "La familia en la Argentina: trayectorias históricas y realidades contemporáneas", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) y HERRERA, M. (coord.), La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman, tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 135 y ss.

(19) (19) Una de las premisas fundamentales sobre las que se asienta el Libro Segundo del CCyC, para proteger y respetar todas las formas de vivir en familia, de intimidad e identidad familiar es la que emana del art. 402 cuando se refiere a la interpretación y aplicación de las normas, entiende que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

(20) (20) Acápito 154.

(21) (21) *Ibidem*.

(22) (22) Corte IDH, "Fornerón e hija c/ Argentina", 27 de abril de 2012, disponible online en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.

(23) (23) *Ibíd*em, acápite 98.

(24) (24) Corte IDH, "Atala Riffo y niñas c/ Chile", 24 de febrero de 2012, disponible online www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

(25) (25) "Fornerón" cit., acápite 99.

(26) (26) Compulsar "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", acápite 150, cuando dice: "Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el art. XIII de la Declaración Americana y en el art. 14.1.b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al art. 29.b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2º y 17.2º de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona".

(27) (27) MEDINA, Graciela, "La adopción en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, 2012-2-470 y ss., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013. Analizando los principios generales sobre adopción, mencionado en LLOVERAS, Nora, "La filiación: las fuentes y las acciones en el Proyecto de Código Civil y Comercial", RDF 66-153, sección Doctrina, AP/DOC/1071/2014.

(28) (28) Confr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida", ob. cit., ps. 3 y ss.

(29) (29) Cfr. BARÓN, Luisa, "Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido", RDF 2014-III-35.

(30) (30) El art. 559 del CCyC mejora el art. 241 del Código Civil de Vélez Sarsfield, en cuanto elimina la expresión "únicamente", que no ostentaba andamiaje. También supera la expresión "haber sido o no concebido durante el matrimonio", en tanto la ley determina la paternidad matrimonial por el nacimiento dentro del matrimonio en el actual art. 243 del Código Civil, con indiferencia en este punto de la época de la concepción.

(31) (31) Observemos que nuestro Código Civil distingue entre filiación por naturaleza y por adopción (art. 240) mientras que España, aunque pionera en legislar las TRHA, no regula la filiación de ellas derivada de manera autónoma, ni en su código civil, ni en el de Cataluña. De los arts. 108.1º y 235-1º del Código Civil catalán se desprende que la filiación sólo puede tener lugar por naturaleza o por adopción; ahora bien, aunque la ley 25/2010 de Cataluña no incorporó un tercer tipo de filiación (art. 235-1º), aunque se vio en la necesidad de añadir el consentimiento a la lista de títulos de atribución de la filiación en la reproducción asistida.

(32) (32) Asimismo, se mantiene también el máximo de dos vínculos filiales, con una diferencia sustancial: la adecuación al principio de igualdad o la consecuente irrelevancia de la orientación sexual de las personas con quienes se crea vínculo filial de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.618 que introduce al ordenamiento jurídico la posibilidad de que las personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio y que el nuevo Código Civil respeta y por lo tanto, recepta la compleja tarea de adecuar el régimen filial a esta manda legal y que está en consonancia con el plexo normativo constitucional-internacional.

(33) (33) A grandes rasgos, vale recordar, que el elemento genético está dado por la correspondencia de ADN entre las personas, la identidad de código genético con el otro. El elemento biológico incluye primordialmente el acto sexual, pero también la concepción y la gestación. Y por último, al elemento volitivo lo constituye el deseo de ser padres, de generar descendencia vinculado estrechamente al derecho a la salud, la autonomía personal, privacidad, intimidad y con la protección integral de la familia (y para algunos doctrinarios también con el

derecho a ser padres, que se encuentra muy discutido). Aquí aparece entonces la voluntad procreacional como concepto jurídico.

(34) (34) LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", Revista de Bioética y Derecho, nro. 24, enero de 2012, ps. 76/91.

(35) (35) ROCA TRÍAS, E., "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales", DS, volumen nro. 7, 1999, disponible en: <http://www.ajs.es/downloads/vol0701.pdf> (compulsada el 27/8/2010).

(36) (36) Juzg. Cont. Adm. de La Plata, nro. 1, 19/8/2010, "C. A. N. y otro/a c/ IOMA s/ amparo", elDial.com - AA62B7; Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, 29/12/2009, "L. H. A. y otra c/ Instituto de Obra Médico Asistencial y otra", elDial.com - AA4F36; y C. Apel. Cont. Adm. San Nicolás (Buenos Aires), 13/9/2011, "M. G. G. c/ Ministerio de Salud IOMA s/ amparo", elDial.com - AA715A.

(37) (37) DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación", en JA 1965-III-21.

(38) (38) En efecto, la separación del binomio "reproducción/sexualidad", correlativa en algún sentido de la separación operada en el par "sexo/género" durante los años '60, ha dado lugar a una verdadera "revolución reproductiva" cuyo mayor impacto se recoge en el instituto jurídico de la voluntad procreacional.

(39) (39) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en AA. VV., PAZ-ARES, Cándido; DÍEZ PICAZO, Luis; BERCOVITZ; RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (dirs.), Comentario del Código Civil, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, 1991, p. 128.

(40) (40) LAMM, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", en Revista de Bioética y Derecho, nro.

24, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, enero de 2012, ps. 76/91 (<http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD24>).

(41) (41) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico", ob. cit., p. 13.

(42) (42) Confr. GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, "Derecho constitucional de familia", t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006, ps. 833 y ss.; KRASNOW, Adriana N., "La verdad biológica y la voluntad procreacional", LL 2003-F-1150; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LL del 20/9/2010, citado en HOLZMAN, Daiana M., "Filiación y voluntad procreacional: cuando el deseo de ser padres y el interés superior del niño se imponen", del 12/3/2013, en comentario a fallo del Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil nro. 86, "N. N. o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento", 18/6/2013, RDF 2013-VI-69, AP/DOC/2790/2013.

(43) (43) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMA, María Victoria; HERRERA, Marisa, "Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia", 1ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 2010, p. 229; FAMÁ, María Victoria, "'Padres como los demás...'. Filiación y homoparentalidad en la ley 26.618 de Matrimonio Igualitario", RDF, nro. 48, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 55.

(44) (44) RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial", su ponencia en el II Congreso Mundial Vasco, Congreso de Filiación, 1987, citado en GROSMAN, Cecilia P.; LLOVERAS, Nora y HERRERA, Marisa, "Summa de Familia. Doctrina. Legislación. Jurisprudencia", tomo II, 1ª ed., Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 1773.

(45) (45) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico", ob. cit., ps. 24/25.

(46) (46) LLEDÓ YAGÜE, F., "Fecundación artificial y derecho", Ed. Tecnos, Madrid, 1988, p. 153.

(47) (47) Desde otra perspectiva, descartan la posibilidad de desplazar la filiación de quien ha consentido las TRA, entre otros, el Código de Familia de Panamá (art. 286); la ley española

14/2006 (art. 8º); el Código de México DF (art. 326); el Código Civil de Portugal (art. 1839, inc. 3º); el Código de Familia de Costa Rica (art. 72); el Código Civil de Venezuela (art. 204); el Código de Familia de Bolivia (art. 287); el Código Civil holandés de 1972 (art. 201-1º); el Código Civil búlgaro de 1968 (art. 32); el Código Civil alemán (art. 1600, apart. 1.5); el Código Civil suizo (art. 256); el Código Civil belga (art. 318); el Código Civil francés (art. 311-20); el Código Civil de Québec (art. 539). Mencionado en FAMA, María Victoria, "El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación".

(48) (48) KRASNOW, Adriana N., "Filiación", 1ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006.

(49) (49) HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", fecha: 12/4/ 2012, cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

(50) (50) Sintéticamente, podemos mencionar que la bioética es una disciplina: a) Laica. Busca acuerdos racionales entre personas de diversas filiaciones religiosas o ateas. Es tolerante. b) Plural. Reconoce y promueve la diversidad y trata de alcanzar acuerdos razonables entre diversas posturas dentro de una discusión que parta de mínimos compartidos. Reconoce la pluralidad no sólo como un hecho sino como un valor. c) Autónoma. Es libre de influencias políticas, religiosas y económicas. Reconoce la capacidad de autorregulación del ser humano. d) Racional, filosófica y discursiva. La realidad ética no se conoce a priori sino a través de la reflexión sobre las consecuencias de las decisiones. e) Universal. Válida para todos, en cualquier lugar. Las decisiones deben ir más allá de los convencionalismos morales pues se aspira a decisiones responsables por vía del acuerdo intersubjetivo pero con base en acuerdos objetivos de mínimos como lo son los derechos humanos. f) Interdisciplinaria. Comprende aspectos filosóficos, científicos, sociales, antropológicos, psicológicos, técnicos, legales, del cuidado de la salud y de la investigación en salud. g) Intermediadora. Promueve mecanismos razonados y racionales para la toma de decisiones difíciles y para resolver conflictos. h) Regulatoria o procedimental. Apoyo a los protocolos, procedimientos, cuerpos colegiados. i) Aplicada. Reflexiona y cuestiona problemas reales, cotidianos y concretos.

(51) (51) Es Germán J. Bidart Campos —cuya visión comparto— quien señala que es precisamente la interdisciplinaria de la Bioética con el derecho constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que permite la tarea de recíproca complementación, en la búsqueda de aquel conjunto de condiciones necesarias que convergen a la dignidad de la persona humana; afirmando también con acierto que "sin una valoración eminente de la persona, de su dignidad, de

su centralidad, la Bioética se deshumaniza". Al respecto ver BIDART CAMPOS, Germán J., "Por un derecho del bienestar de la persona", en Memorias de las IV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética, Ed. Suárez, Mar del Plata, 1998.

(52) (52) Seguidamente, y a modo de repaso, enunciaremos los principios ampliamente conocidos que se han retomado en la mayoría de los documentos éticos y normativos en la temática. Vale aclarar, que entre ellos, el más conocido es el "Informe Belmont" elaborado por la Comisión Nacional para la Protección de Personas Objeto de la Experimentación Biomédica y de la Conducta, 1978. Dicho Informe expresó los principios de respeto a las personas, de beneficencia y de justicia. Posteriormente, estos principios fueron ampliados y aplicados para la ética biomédica por Beauchamp y Childress. Ellos son: 1. Respeto por la autonomía. Se refiere a la necesidad de respetar, tanto en acciones como en actitudes, a la capacidad y al derecho que poseen las personas para decidir entre las opciones que a su juicio son las mejores entre las diferentes posibilidades de las que se les haya informado, conforme a sus valores, creencias y planes de vida. Son decisiones respecto a su cuerpo y a su salud, tanto en términos de intervenciones como de investigación. Este principio sustenta la necesidad de contar con un consentimiento informado y del derecho a negarse a una intervención o participación en una relación clínica o de investigación. No se refiere a la no interferencia con las decisiones del otro. Implica la obligación de crear y de mantener las condiciones para tomar decisiones autónomas al tiempo que se ayuda a despejar el temor y otras situaciones que destruyen o interfieren con las acciones autónomas. De este principio se desprende el deber de proteger a quienes no tienen esta capacidad. 2. Beneficencia. Este principio considera la necesidad de evaluar las ventajas y las desventajas, los riesgos y los beneficios de los tratamientos propuestos, o de los procedimientos de investigación, con el objeto de maximizar los beneficios y disminuir los riesgos. Tiene una dimensión positiva que implica el deber inquebrantable de llevar a cabo acciones específicas encaminadas a procurar el bienestar de las personas, defender sus derechos, prevenir el daño, eliminar las condiciones que le generan riesgo, malestar y dolor, entre otras. 3. No maleficencia. No se debe infligir daño o hacer mal. Este principio obliga a evitar el daño físico o emocional y el perjuicio en la aplicación de procedimientos o de intervenciones. 4. Justicia. Es el principio por el cual se pretende que la distribución de los beneficios, los riesgos y los costos en la atención sanitaria o en la investigación, se realicen en forma justa. Es decir, que se distribuyan equitativamente entre todos los grupos de la sociedad, tomando en cuenta la edad, el sexo, el estado económico y cultural, y consideraciones étnicas. Se refiere, asimismo, a que todos los pacientes en situaciones parecidas deban tratarse de manera similar y con las mismas oportunidades de acceso a los mejores métodos diagnósticos y terapéuticos.

(53) (53) CASAL, Patricia M., "¿Quién le teme al consentimiento informado?", Revista de Medicina Reproductiva, vol. 6, nro. 1, Asociación CEGYR, 2003.

(54) (54) HIGHTON, E. y WIERZBA, S., "La relación médico-paciente: El consentimiento informado", Ed. Ad Hoc, 1991, pág. 11.

(55) (55) VIVAS TESON, Inmaculada, "Bioinvestigación, Biobancos y Consentimiento Informado del sujeto fuente vulnerable", diario LL, nro. 7911, sección Doctrina, ref. D-296, Editorial La Ley, LL 7870/2012. En igual sentido ver GARAY, Oscar Ernesto, "Cobertura, igualdad e inclusión en la Ley de Fertilización Humana Asistida", publicado en LL del 1/7/2013, p. 1, LL 2013-D-742, cita online: AR/DOC/2361/2013. Sólo cuando el paciente 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 en un acto que posee todos los elementos de un acto jurídico: discernimiento, intención y libertad que todo acto humano voluntario requiere, más su exteriorización, en este caso normalmente plasmada en una fórmula de consentimiento informado firmada por el paciente.

(56) (56) Ver, por ejemplo, FADEN, Ruth y BEAUCHAMP, Tom, "A History and Theory of Informed Consent", Oxford University Press, Nueva York, 1986, ps. 7/9; SHAW, Josephine, "Informed Consent: A German Lesson", The International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, nro. 4, 1986; SCHUCK, Peter H., "Rethinking Informed Consent", Faculty Scholarship Series, Paper 2765, 1994; CASTELLETTA, "Résponsabilité...", ob. cit., nota n. 9, p. 79; LORENZETTI, Ricardo, "Responsabilidad civil de los médicos", Editorial Jurídica Grijley, Buenos Aires, 1997, ps. 231/235; GARCÍA RUBIO, María Paz, "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en LLAMAS POMBO, E. (coord.), Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, tomo I, Ed. La Ley, Madrid, 2006; STAPLES KINC, Jaime y MOULTON, Benjamin, "Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making", American Journal of Law, p. 435.

(57) (57) Otro fundamento frecuente en las discusiones sobre ética médica es el "principio de beneficencia". Ver, por ejemplo, FADEN y BEAUCHAMP, "A History...", ob. cit., nota n. 15, ps. 9/14; STAPLES y MOULTON, "Rethinking...", ob. cit., p. 435; y SCHUCK, "Rethinking...", ob. cit., nota n. 1, p. 921. Según este principio, en sus relaciones con el paciente, el médico debe actuar siempre intentando proteger los intereses del paciente, ésta es la idea que subyace a la máxima hipocrática *primum non nocere*. El principio de la beneficencia y la protección de la autonomía pueden o no colisionar. Se produce tensión entre ellos en la medida en que se acepta que, bajo ciertas circunstancias, el médico sabe mejor que el paciente qué es lo que le conviene y, eventualmente, este conocimiento legitima que silencie cierta información con el objetivo de no amedrentar al paciente. Ver, por ejemplo, BARROS, "Tratado...", ob. cit., nota n. 4, p. 684. El conflicto se presenta toda vez que la justificación del silencio del médico es paternalista —el médico estima estar en

mejores condiciones que el propio paciente para tomar una decisión que afecta a éste último—. Ver STAPLES y MOULTON, "Rethinking...", ob. cit., nota n. 5, p. 436.

(58) (58) Ver FADEN y BEAUCHAMP, "A History...", ob. cit., nota n. 15, p. 7. En el ámbito chileno, el párrafo 5º del Proyecto, que se refiere al consentimiento informado, se titula "De la autonomía de las personas en su atención de salud".

(59) (59) Ver SCHUCK, "Rethinking...", ob. cit., nota n. 1, p. 924, citado en DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, "Consentimiento informado y relación de causalidad", en Responsabilidad Médica. Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, capítulo VI, U. Diego Portales, Santiago de Chile, 2010, ISSN 0717-2877 (disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19715603004>, fecha de consulta: 3 de diciembre de 2014).

(60) (60) Como, por ejemplo, así lo dispone el dec. 953/2013.

(61) (61) Art. 6º: "Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada...".

(62) (62) Art. 5º: "Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias...".

(63) (63) En nuestro país, el art. 5º, ley 26.529, establece: "Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados".

(64) (64) VARAS C., Jorge; HERING A, Enrique; DEMETRIO R., Ana M. y ULLOA A., Eduardo, "Consentimiento informado: importancia de información al paciente", Revista de Obstetricia y Ginecología, Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse, vol. 5, nro. 1, 2010, ps. 62/67.

(65) (65) Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares, BO del 31/1/1967. En su art. 19 dispone que "los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: ...3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz...". En el art. 20 se dispone que "queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:... 18. (Texto según ley 26.130, art. 7º) Practicar intervenciones que provoquen la imposibilidad de engendrar o concebir sin que medie el consentimiento informado del/la paciente capaz y mayor de edad o una autorización judicial cuando se tratase de personas declaradas judicialmente incapaces". MACÍAS, Marta A., "El incumplimiento del deber de consentimiento informado como daño moral autónomo", comentario a fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana, 31/7/2012, "C., C. M. c/ A. M. I.", RDF 2013-I-102, AP/DOC/4904/2012.

(66) (66) BO del 8/7/1991.

(67) (67) Algunas provincias argentinas también han incorporado a su legislación la doctrina del consentimiento informado, especialmente en aquellas materias referidas a la investigación biomédica en seres humanos, tópico con larga tradición que se remonta a Núremberg, 1946, y se recoge en distintas declaraciones internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la provincia de Tucumán, con posterioridad, se sancionó una ley un poco más resumida sobre idéntica cuestión, tomando como base el antecedente bonaerense. La normativa tucumana 6580 sobre Investigación en Salud, de 1995, realiza recomendaciones expresas sobre la manera de informar a los sujetos en investigación y a la manera de recabar su consentimiento (art. 2.e]; art. 4º; art. 9º), aunque apela a expresiones tales como "consentimiento escrito" y "consentimiento expreso" en detrimento de la ya consagrada fórmula "consentimiento informado".

(68) (68) La ley 25.467 (sanc. el 29/8/2001; promul. el 20/9/2001; publ. el 26/9/2001) en su art. 3º establece que "los siguientes principios de carácter irrenunciable y aplicación universal, que regirán en cualquier actividad de investigación en ciencia, tecnología e innovación: ...d) La obligatoriedad de utilizar procesos de consentimiento informado en forma previa al reclutamiento de sujetos de investigación...".

(69) (69) Ley 26.657 de Protección de la Salud Mental (sanc. el 25/11/2010; promul. el 2/12/2010; publ. el 3/12/2010), ver el art. 7º sobre derechos de las personas con padecimiento mental. El art. 10 establece que "Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión". Y, por último, el art. 16 prevé que "Toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho [48] horas, debe cumplir con los siguientes requisitos: inc. c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria".

(70) (70) Ley 26.130 del Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica (BO del 29/8/2006), arts. 2º, 4º y 7º, respectivamente.

(71) (71) Ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, BO del 20/11/2009.

(72) (72) Dicho artículo requiere que en toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. Por su parte, el art. 5º define el consentimiento informado como "la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de

padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento".

(73) (73) El término parent es neutral, abarca madres y padres. Las autoras utilizan esta noción neutra, para mejor recaudo ver en extenso HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma el Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)", ob. cit. Otros autores, por ejemplo Nicholas Bala, académico canadiense, prefieren la expresión social parents (ver BALA, Nicholas, "Who is a 'Parent'? 'Standing in the Place of a Parent' & Canada's Child Support Guidelines", S.5, Queen's Univ. Legal Studies Research Paper, 07-11.

(74) (74) IGLESIAS PAÍS, M., "Fundamentos jurídicos constitucionales y contenido de los derechos de consentimiento e información en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida", en CAMBRÓN INFANTE, A., "Reproducción asistida: promesas, normas y realidad", Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 14.

(75) (75) Del 26/3/2014, publicada en el BO del 3/4/2014 bajo el número 32.858, p. 20. Disponible online en el siguiente link <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=B8B9F59F619B1FA4CAD7A7E75DA166B8?id=228434>.

(76) (76) El art. 25 dispone que los centros de salud autorizados responden en forma solidaria por los daños a las personas que se sometan al uso de las técnicas de fertilización asistida que ocasionaren los profesionales y el personal bajo su dependencia. Deben disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, conforme lo determine la autoridad de aplicación, para compensar económicamente a las personas y para el supuesto de que se produjera un daño que afecte el material genético crioconservado.

(77) (77) MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., "Curso de Derecho Civil IV...", ob. cit., p. 335.

(78) (78) Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, art. 3.3º: "La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica".

(79) (79) Resulta plenamente aplicable en este caso la doctrina recogida en la sentencia del TSJC del 22 de diciembre de 2008.

(80) (80) Hablamos de gran mayoría de los casos porque puede que un hombre no haya deseado tener un niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico, elemento determinante.

(81) (81) Confr. RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana I., "La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia , RDF, nro. 68, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, marzo de 2015, AP/DOC/60/2015.

(82) (82) La diferencia más relevante reside en que la fertilización homóloga sólo es posible en parejas de diferente sexo; de cualquier modo, la cuestión del consentimiento, revocación y demás puede darse en el marco de una fertilización heteróloga que compromete también a parejas del mismo sexo.

(83) (83) El art. 5º de la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina), firmada en Oviedo el 4 de abril de 1997: "Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada

haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento". En igual sentido, el art. 6º de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005: "(...) a) Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno".

(84) (84) En referencia al art. 5º de la Ley de Derechos del Paciente 26.529, s/ texto ley 26.742 antes referido.

(85) (85) Ley 19.167 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Regulación. Publicada: BO del 29 11/2013, nro. 28854. Disponible online en: <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=19167&Anchor=>. Dec. regl. 311/2014, http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/decretos/2014/10/msp_630.pdf.

(86) (86) Téngase en cuenta que en Italia sólo pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida las parejas (casadas o no) heterosexuales, en edad potencialmente fértil, y vivas (conf. art. 5º).

(87) (87) En este caso, la figura no se asemeja a la del llamado "donante anónimo", porque no sólo se sabe concretamente quién es el padre genético, sino que también éste sabe de la existencia concreta de un hijo suyo. Destacamos que en los casos "Hadley" ("Hadley v. Midland Fertility Services Ltd and Others" [2003] EWHC 2161 [Fam]), "Witten" ("In re Marriage of Witten", 672 NW 2d 768 [IA Iowa 2003]) y "Roman" ("Roman v. Roman", 193 S.W.3d 40 [Tex. App.-Houston 2006]) las mujeres pretendían eximir a sus ex parejas de cualquier obligación legal para con el niño que pudiera nacer, lo que era irrelevante para los hombres, que se oponían a la implantación de los preembriones, porque simplemente pretendían evitar un vínculo genético. Léase, para profundizar el tema, FARNÓS AMORÓS, E., "Ruptura del proyecto parental y disposición de los preembriones", tesis doctoral defendida el 5 de mayo de 2010 en la Universitat Pompeu Fabra, ps. 1/594, http://www.tesisred.net/TESIS_UPF/AVAILABLE/TDX-0902110-085844//tef.pdf; y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "La obligación de ser padre impuesta por un tribunal", LL del 28/9/2011.

(88) (88) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "La obligación de ser padre impuesta por un tribunal", comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 13/9/2011, "P., A. c/ S., A. C. s/ medidas precautorias", LL del 28/9/2011, ps. 3 y ss.

(89) (89) Confr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 13/9/2011, cit.

(90) (90) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "La obligación de ser padre impuesta por un tribunal", LL del 28/9/2011.

(91) (91) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 13/8/2011, "P., A. c/ S., A. C. s/ medidas precautorias", LL Online, AR/JUR/50081/2011.

(92) (92) Tribunal de Familia nro. 3 de Morón, "G., A. P. s/ Autorización", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, RDF 2012-III-119.

(93) (93) Ver artículo de SCHERMAN, Ida A., "Jurisprudencia norteamericana. ¿Quién es el padre? ¿Quién es la madre? Preguntas simples, respuestas complejas. Cambios en las nociones de maternidad y paternidad en la revolución reproductiva", RDF 58-267, 1/3/2013, AP/DOC/59/2013.

(94) (94) "In re Baby, M.", 537 A.2d 1227, 1240 (N.J. 1988), citado en de SCHERMAN, Ida A., "Jurisprudencia norteamericana. ¿Quién es el padre? ¿Quién es la madre?...", ob. cit.

(95) (95) "Baby M.", 537 A.2d at 1249.

(96) (96) 169 P.3d 1025 (Kan. 2007), cert. denied sub nom. "Hendrix v. Harrington", 555 US 937 [2008].

(97) (97) 169 P.3d 1025 (Kan. 2007), certiorari denegado sub nom. "Hendrix v. Harrington", 555 US 937 [2008].

(98) (98) 940 A.2d 1236 (Pa. 2007).

(99) (99) Actualmente, en los Estados Unidos los bancos de esperma ofrecen varias opciones que incluyen desde el anonimato hasta el conocimiento de la identidad. En tal sentido, recientes reformas en el Reino Unido permiten que aquellas personas concebidas mediante donación de gametos —espermias y óvulos— puedan acceder a la información que no identifica a sus padres genéticos y los hermanos concebidos a partir del empleo de gametos del mismo donante a partir de los 16 años, previendo que cuando alcanzan los 18 años podrán acceder a la información que sí identifica al donante.

(100) (100) 725 N.E.2d 1051 (Mass. 2000).

(101) (101) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso "Evans v. United Kingdom" [6339/05], 2007-XV Eur. Ct. H.R., Grand Chamber abordó el conflicto que se planteara en razón de que su ex cónyuge pretendía que se destruyeran los preembriones cuando se produjo la ruptura de la relación conyugal. La Sra. Evans, que pretendía llevar adelante el implante, cuestionó sin éxito la legislación británica que impone el otorgamiento del consentimiento mutuo y de manera contemporánea.

(102) (102) Mediante la ley 27.077 sancionada el 16 de diciembre de 2014, promulgada el 18 del mismo mes y año y publicada en el BO el 19 de diciembre de 2014, bajo el número 33034, se sustituye en el art. 7º de la ley 26.994 por el siguiente: "Art. 7º.— La presente ley entrará en vigencia el 1º de agosto de 2015".

(103) (103) La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (RED) es una institución científica y educacional, que reúne más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica. REDLARA se formó en 1995, con la participación de 50 centros y, actualmente, 165 centros están adscritos; posee el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) , que anualmente cataloga todos los resultados de las técnicas de reproducción asistida reportados por estos centros. Para más información ver http://www.redlara.com/aa_espanhol/default.asp.

(104) (104) Ellos fueron dirigidos a estas técnicas y tratamientos: fertilización in vitro y transferencia embrionaria (Fiv/Te), transferencia de gametos a la trompa (Gift), inyección intracitoplasmática de espermatozoide (Icsi), fertilización in vitro con ovocitos de donante (Fiv-Od), donación de ovocitos a otra mujer (receptora), utilización de ovocitos remanentes por el laboratorio de reproducción asistida, criopreservación de células en estado de pronúcleo, criopreservación de embriones.

(105) (105) En este sentido, vale aclarar que los formularios escritos del proceso de consentimiento informado se han revisado considerando dos factores más en el estilo de su redacción: la cantidad de la información, y la legibilidad de la información. Tienen una estructura básica que incluye el objetivo de la técnica, una explicación de la misma, sus beneficios, riesgos, molestias y efectos secundarios, alternativas al tratamiento, así como alternativas si el tratamiento fracasa, la aclaración de que es posible modificar o retirar el consentimiento en algunas situaciones, y de que a pesar de haber dado la información pueden surgir nuevas dudas y que los pacientes pueden volver a preguntar. Además, siempre hay apartados donde se personaliza información para el caso particular, lo cual le da información más valiosa y realista tanto a los centros como a los pacientes. Por su parte, la legibilidad se refiere a que la información que está escrita pueda ser comprensible por los pacientes, tomándose en cuenta dos aspectos: la legibilidad formal y la legibilidad material. La legibilidad formal se refiere a la calidad gramatical del formulario escrito; en sentido práctico significa que oraciones sencillas y breves pueden comprenderse mejor que oraciones largas y complejas. Al mismo tiempo, son más comprensibles palabras cortas que palabras largas. La legibilidad material se refiere al tipo de vocabulario utilizado, es decir, es más comprensible un lenguaje coloquial que uno demasiado técnico.

(106) (106) En esta oportunidad se han actualizado, renovado y publicado varios protocolos, entre ellos destinados a la estimulación ovárica controlada (EOC), inseminación intrauterina (IUI), inseminación intrauterina con donante (IUID), transferencia de gametos a la trompa (GIFT), fecundación in vitro y transferencia de embriones (FIVTE), fecundación in vitro y transferencia de embriones con espermodonación, fecundación in vitro y transferencia de embriones con ovodonación, donación de ovocitos, inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), criopreservación de embriones, criopreservación de células en estado de pronúcleo, criopreservación de ovocitos, descongelación de embriones y transferencia embrionaria (TE), donación de embriones, descongelación de embriones y transferencia de embriones donados, Fecundación in vitro con útero subrogado (formulario para la madre genética), fecundación in vitro con útero subrogado (formulario para la gestante subrogada), inseminación intrauterina en hombre VIH+, inseminación intrauterina en mujer VIH+, procedimientos de anestesia en técnicas de reproducción asistida (TRA), diagnóstico genético preimplantacional (PGD), recuperación de espermatozoides de epidídimo o testículo.

(107) (107) La necesidad de actualizar los consentimientos realizados por la Junta de la SEF viene marcada por la aparición de la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida (14/2006), de Investigación Biomédica (14/2007), así como consecuencia de los nuevos modelos familiares contemplados en la misma, nuevos procedimientos terapéuticos, etc.

(108) (108) Entre ellos, destaca sin duda la ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que sustituyó la ley del año 1988. De la misma forma, aunque en un plano más general, resulta obligado aludir a la irrupción en nuestro panorama normativo de la Ley Básica de Autonomía del Paciente (ley 41/2002), disposición legal de gran trascendencia en este terreno, que vino a regular todo lo referente al consentimiento informado en la práctica clínica, sustituyendo en parte las previsiones que contenía la Ley General de Sanidad de 1986. Sobre la misma materia hay que significar igualmente en el ámbito del derecho español, la promulgación en estos años pasados de numerosas normas de derechos y deberes de los pacientes por las Comunidades Autónomas, que han venido a completar el marco regulatorio del consentimiento informado en España. Por último, procede mencionar la publicación de la ley 14/2007 de Investigación Biomédica, de gran trascendencia en lo referente al consentimiento de las pruebas genética.

(109) (109) Ver los trabajos de SÁNCHEZ-CARO, Jesús y Javier, "Consentimiento Informado y Psiquiatría. Una guía práctica", Ed. Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 1998, y SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F., "El Consentimiento Informado (1ª parte)", Fundación Salud, 2000, Madrid, 1999.

(110) (110) En este sentido, el Grupo de Interés de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF ha desarrollado la puesta al día de los mismos, con un esquema general basado en: a) Tipos de documentos: documento de información; documento de consentimiento; consentimiento informado. b) Apartados: ¿en qué consiste?; ¿cuáles son las indicaciones? c) Procedimientos; resultados, riesgos, riesgos personalizados; aspectos legales relacionados con la reproducción asistida, alternativas ante el fracaso de la técnica.

(111) (111) Para una mejor profundización del tema compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, "Matrimonio, orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica", en LL del 4/6/2010.

(112) (112) LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, "El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación", JA del 20/4/2005. Este paradigma postula la unidad y solidaridad familiar, igualdad de los cónyuges, democratización de las relaciones, corresponsabilidad de ambos progenitores, autonomía de niños y adolescentes, libertad, tutela especial a las personas vulnerables, autonomía en las relaciones familiares, etc.

(113) (113) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", LL del 8/10/2014, p. 1, AR/DOC/3592/2014.

(114) (114) FERRAJOLI, Luigi, "La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político", Ed. Trotta, Madrid, 2014, p. 127.