



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera Abogacía

El derecho a la paternidad y a la maternidad
en la era del imperativo tecnológico

N° 475 María Alessandra Cutuli Mahecha

Tutor: Elián Pregno

Departamento de Investigaciones
2010

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Abordaje del tema..... | 5 |
| Conceptos esenciales..... | 6 |
| a) Vida..... | 6 |
| b) Persona..... | 6 |
| c) Comienzo de la existencia de la persona humana | 7 |
| d) Concepción..... | 8 |
| e) Filiación..... | 9 |
| f) Bioética | 10 |
| I. Breve reseña histórica de las técnicas de fertilización asistida | 11 |
| II. Las técnicas de fertilización asistida..... | 11 |
| III. La donación de gametos y embriones en el procedimiento de fecundación <i>in vitro</i> | 12 |
| IV. La familia en el derecho supranacional | 13 |
| V. Derechos reproductivos..... | 14 |
| VI. Legislación internacional..... | 15 |
| VII. Derecho argentino..... | 21 |
| VIII. Proyectos de ley presentados en el congreso nacional | 25 |
| IX. Jurisprudencia..... | 27 |
| X. La filiación y la voluntad procreacional | 30 |
| XI. Procreación humana asistida y filiación..... | 32 |
| XII. Procreación humana asistida. Encuadre de la relación jurídica | 34 |
| XIII. Conclusión | 37 |
| XIV. Bibliografía..... | 42 |

Abordaje del tema

La evolución de la biogenética, junto con el descubrimiento de nuevas técnicas de fertilización, han llevado a que lo que hasta hace apenas setenta años se consideraba imposible: que parejas que no podían engendrar hijos, gracias a estas técnicas, ahora puedan llegar a ser padres de hijos que, si bien no se han concebido dentro del seno materno, tienen su misma carga genética.

Por otro lado, la infertilidad hoy en día es un problema que a pesar de los avances tecnológicos y científicos no ha podido en muchos casos ser solucionada.

A nivel mundial se estima que una de cada seis parejas experimenta alguna forma de infertilidad. Las causas se originan en igual proporción tanto en mujeres como en hombres. Para ambos, las opciones de tratamiento varían según el tipo de infertilidad que ha sido diagnosticada¹.

A partir de la década del setenta, las técnicas de fecundación asistida han ido desarrollándose y perfeccionándose gracias a los avances de la ciencia y la tecnología.

Esta evolución vertiginosa trajo aparejada una serie de circunstancias que han sido y siguen siendo motivo de discusión permanente en distintos ámbitos de las ciencias, ya que no sólo se ha centrado en las ciencias médicas, sino que otras disciplinas han tomado partido de éstas. El derecho, desde la doctrina y desde su materialización en leyes, se ha involucrado en estas discusiones, produciendo en distintos países respuestas legislativas que regulan estos procedimientos, y en otros estados se ha prescindido de hacerlo, dejando que la actividad encuentre sus propios límites.

En el mundo y en nuestro país, desde el último cuarto de siglo en adelante, y principalmente en la década del '90, el incremento de la práctica de fecundación asistida fue sustancial. De ahí que desde distintos ámbitos se discuta la necesidad o no de regular estos procedimientos de fecundación asistida² junto con el destino que se les dará los embriones crioconservados que no se implantan³.

Asimismo, la utilización de estas técnicas de reproducción asistida trae aparejada una serie de cuestionamientos jurídicos que inciden sobre algunos institutos jurídicos de nuestro ordenamiento, como la filiación.

Además, la nueva ley de matrimonio civil, n° 26.618 abre un nuevo campo de aplicación de las técnicas de fertilización asistida, ya que la misma permite el casamiento de personas del mismo sexo. La nueva ley de matrimonio civil trae consigo también un aspecto muy significativo a la hora de evaluar el "derecho a ser padres", ya que ahora hay parejas del mismo sexo que querrán acceder a la paternidad, y de querer hijos biológicos deberán recurrir a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. ¿Es válido recurrir a estas técnicas para satisfacer el deseo de paternidad? Y cómo influye esta nueva realidad "reproductiva" a la hora de establecer la filiación?

Para el desarrollo del presente trabajo, es necesario primero hacer referencia a una disciplina que trasvasa la temática abordada, la bioética. Luego es importante conceptualizar términos que nos permitirán mostrarle al lector un punto de referencia a la hora de leer y comprender la visión desde la cual se emprende el presente trabajo para así pasar a definir qué son las técnicas de reproducción asistida, el método que utilizan y los resultados y consecuencias jurídicas que trae aparejadas. Posteriormente se hará hincapié en una de las consecuencias jurídicas que este tipo de procedimientos genera –el derecho a ser padres y las nuevas fuentes de filiación– y las respuestas legislativas que se han dado en el mundo y en nuestro país.

Una vez recorrido este camino se intentará abordar distintos *quid* jurídicos que plantea el tema: (i) ¿Existe un "derecho a ser padres"? Y de ser así, ¿es válido recurrir a cualquier método para realizarlo? (ii)

¹ <http://www.slideshare.net/140945/ley-y-sociedad-en-metodos-de-reproduccion-asistida>, consultada el 02/10/2010.

² "Crece la polémica por los nacimientos múltiples con técnicas de fertilización" publicado el 21-02-2009 en <http://www.clarin.com/diario/2009/02/21/sociedad/s-01863186.htm> (consultado 27-09-09)

³ Distintos fallos de tribunales argentinos resaltan la problemática que surge frente a estas prácticas que no tienen regulación en nuestro país. Ver N.N. y otra c/ I.O.M.A. y otra, publicado en LLBA 2009 (febrero), 100 – La Ley 13/03/2009, entre otros.

El instituto de la filiación y la reproducción asistida. ¿Hacia un nueva determinación de filiación? (iii) Aristas contractuales emergentes del procedimiento de reproducción asistida. ¿Regulación o autorregulación? La titularidad o propiedad del óvulo o del espermatozoide. ¿Se puede donar o vender? ¿Y la maternidad subrogada?; para luego finalizar con algunas conclusiones y propuestas.

Conceptos esenciales

a). Vida

La vida es un bien. Un bien personal, bien común y don divino. Para el pensamiento católico tradicional, basado en el pensamiento del gran teólogo-filósofo Santo Tomás, es el valor ético por excelencia.

Por otro lado, también es un valor fundamental para el Derecho. De ahí que la Constitución Nacional y las provinciales, tanto como los tratados internacionales expresan la necesidad de proteger, preservar, cuidar la vida.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su declaración, artículo 4, expresó: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Bidart Campos, con el texto de la Constitución Nacional y de la Convención mencionada, ha expresado que el derecho a la vida, que ya estaba incluido en el artículo 33 de la CN como derecho no enumerado o implícito, es un derecho constitucional protegido desde la concepción.

Tal es la protección al valor o bien vida que nuestro Código Penal protege a la vida y la integridad humana en toda su extensión, esto es, desde la gestación en el seno materno hasta su muerte⁴.

La vida humana vale mucho más hoy que en la antigüedad, en la que estaba sometida a permanentes riesgos y subestimada en numerosas situaciones: la vida del no nacido, del extranjero, del que no era prójimo, del enemigo, de las personas ancianas, etc.

b). Persona

La primera palabra que hemos de intentar definir, y decimos que vamos a intentar porque la vastedad con la cual puede definírsela y abordársela es tal, que hemos de realizar un recorte seleccionando determinados autores que a nuestro entender son exponentes del más alto nivel doctrinal.

El autor de nuestro Código Civil, el gran jurista Vélez Sarsfield, define “persona” en el inicio del Título I, “De las personas en general”, art. 30, de esta manera: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”. Belluscio y Zannoni, en su Código Civil Comentado, establecen que en la definición subyace la idea de que necesariamente los hombres son personas y las personas son hombres⁵.

Esta definición, Vélez Sarsfield la toma del art. 16 del Esboço de Freitas, quien le otorga a la persona la naturaleza de “ente”, para que en ella se pueda incluir tanto a las personas físicas como a las jurídicas. “Ente” es quien posee entidad humana, según afirma Llambias⁶. Pero el dilema surge de saber si esta calidad que constituye al ente en persona del derecho deviene de una cualidad esencial propia del sujeto, o es una cualidad que le otorga el ordenamiento jurídico. Frente a esta problemática existen

⁴ DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte especial, tomo I, Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, segunda edición, 2003, pág. 17/18

⁵ BELLUSCIO, Augusto Belluscio (D) y ZANNONI, Eduardo (C). Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Editorial Astrea, 1978, pág. 126.

⁶ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Código Civil Anotado. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

dos respuestas posibles, dadas por dos corrientes importantísimas dentro de la filosofía del derecho: la corriente positivista y la corriente iusnaturalista.

Para el positivismo jurídico, persona y hombre son realidades diferentes que son captadas por conceptos también diversos, la palabra persona es un concepto jurídico fruto de la construcción propia del derecho, mientras que el concepto “hombre” alude a una realidad natural. Para esta corriente no existe identidad entre ambas expresiones. Llambías destaca, dentro de esta corriente, a la posición de Orgaz, que dice que “la personalidad es un procedimiento técnico (...) Ser persona es ser el centro ideal de un conjunto de relaciones jurídicas actuales o solamente posibles”⁷.

Por otra parte, Borda en su Tratado, comienza diciendo que la persona natural es el hombre, pero que esta definición ha sido esfumada por la corriente filosófica positivista, cuyo mayor expositor es Kelsen. Y cita del gran pensador jurídico lo siguiente: “persona, jurídicamente hablando, no es un algo concreto y externo al Derecho; es simplemente un centro de imputación de normas, es una manera de designar la unidad de una pluralidad de normas que estatuyen derechos y deberes”. De ahí que el maestro vienés pueda sostener que la noción de persona no es esencial al Derecho y que no juega otro papel que el de facilitar su exposición. En la doctrina pura del derecho, la noción de persona ha quedado “disuelta”⁸. Y trayendo al mismo Kelsen: “La denominada persona física es, por lo tanto, no un hombre, sino la unidad personificada de las normas jurídicas que obligan y facultan a uno y al mismo hombre. No se trata de una realidad natural, sino de una construcción jurídica creada por la ciencia del derecho”⁹.

La segunda corriente es la iusnaturalista, la cual es partidaria del derecho natural, y establece que el derecho no es una creación arbitraria del legislador, sino que es una disciplina que se encuentra al servicio de los fines humanos. De aquí se sigue que el ordenamiento jurídico no pueda desconocer la calidad de persona o sujeto de derechos en el hombre, porque si alguien desconociera este carácter se llegaría a frustrar el bien común. Por lo cual, el orden jurídico exige la calidad de persona en todos los hombres. “El hombre es persona en el ordenamiento, pero no lo es por el ordenamiento”¹⁰.

Por otra parte, desde la posición trialista se plantea una arista interesante: que es el que el concepto persona “... lo confiere el Estado y no lo porta el hombre per se (...) El sostén de la afirmación que antecede está dado por el diseño que presenta la sistemática actual de la codificación iusprivatista, en la medida en que se reconoce en la noción de persona el género de dos especies: las personas de existencia real y las personas de existencia ideal. De lo dicho se desprende que el sustrato sobre el cual el codificador reguló la noción de persona no es, precisamente, la naturaleza humana”¹¹.

Como podemos observar de lo expresado hasta ahora, según desde el lugar en que nos posicionemos, distintas serán las implicancias en cuanto a lo que consideremos como “persona”, es decir, veremos a la persona como una construcción del ordenamiento jurídico al cual se le podrán realizar imputaciones de normas, o la veremos como a ese ser natural, anterior al ordenamiento jurídico, frente al que le reconoceremos personalidad por el sólo hecho de ser hombre, ya que sin ello el ordenamiento jurídico no podría cumplir con su finalidad esencial: el bien común.

c). Comienzo de la existencia de la persona humana.

Ya hemos intentado definir el término “persona”. Ahora resulta necesario establecer desde qué momento se computa el comienzo de la existencia de la persona.

Frente a esta problemática encontramos legislación trasnacional como el Pacto de San José de Costa Rica¹², que en sus arts. 1º y 4º establece que la vida comienza desde el mismo momento de la concep-

⁷ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Código Civil Anotado. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

⁸ BOORDA, Guillermo, Tratado de Derecho Civil – Parte General. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

⁹ KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979, pág. 184.

¹⁰ BELLUSCIO, Augusto (D) y ZANNONI, Eduardo (C). Ob. Cit.

¹¹ PREGNO, Elián, “Algunas meditaciones para la construcción de una noción de persona”, en SLAVIN, Pablo E. (compilador), “V Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política”, Mar del Plata, Ed. Suárez, 2005, Tomo I, pág. 21 y ss.

¹² Incorporado a nuestra Constitución Nacional por el art. 75, inc. 22. En un mismo sentido, la ley 23849 –que incorpora la Convención de los Derechos del Niño–, en su art. 2º ratifica esta línea de protección asumida por nuestro ordenamiento.

ción. De todas formas, nuestro Código Civil ya contemplaba esto en su art. 70: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido (...)”. Y en el art. 63 dice: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”.

Según afirma Borda, Vélez Sarsfield lo estableció así porque en su época era impensable que la concepción se hubiera podido producir en otro lugar que no fuera el seno materno. Pero hoy, la evolución de las técnicas de reproducción asistida –entre ellas y en especial la Fecundación in vitro- posibilita que dicha concepción se pueda realizar fuera de él, para luego implantarlo en el seno de la madre. En este sentido, el fallo reciente de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata dijo, luego de hacer un recorrido por el articulado del Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de los derechos del Niño: “Es claro que desde la concepción (corpórea o extracorpórea) estamos ante un ser, mercedor de la protección jurídica de la Convención Internacional citada, de la propia Constitución Nacional Argentina, y de otros acuerdos internacionales suscriptos por el Estado argentino (...) Indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde el mismo momento, es por ende, sujeto de derechos”¹³

Se podría afirmar entonces, junto con la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, que de la conjugación de las normas del Código Civil con los tratados internacionales de jerarquía constitucional se establecería, para el ordenamiento argentino, el comienzo de la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción. Esto estaría brindando una protección jurídica importante a la persona por nacer. Este tema, al ser vital para el presente trabajo, se desarrollara más ampliamente en un capítulo especial.

De lo dicho hasta ahora, emerge un concepto que es necesario definir para clarificar el momento en que comienza la vida humana, es decir, la existencia de la persona. Este concepto es la concepción.

d). Concepción

Llambías define a la concepción como el hecho biológico de la formación de un nuevo ser. Es la que marca el momento inicial de la vida humana y asimismo de reconocimiento de la personalidad jurídica del nuevo ser¹⁴.

Dentro del fallo anteriormente citado, encontramos el voto del Dr. Tazza, que entiende a la concepción como la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación. Esta es “la fusión del óvulo y el espermatozoide. In vivo ocurre en la trompa de Falopio. In vitro puede realizarse en un platillo con medio de cultivo adecuado”¹⁵. Este proceso de fecundación da nacimiento a lo que se denomina embrión.

El primer estadio embrionario es el de cigoto, que luego evoluciona –si nada lo perturba- durante una etapa de ocho semanas, hasta alcanzar el estado fetal.¹⁶

El término embrión es usado para describir los estadios iniciales del crecimiento fetal, desde la concepción hasta las ocho semanas de la gestación, aunque desde el punto de vista biológico la diferenciación embrionaria comenzaría recién el día 14, por lo tanto denominan pre-embrión al conjunto de células totipotenciales desde la concepción hasta el día 14¹⁷.

La concepción es la que nos va a dar la pauta del comienzo de la existencia de la persona humana. Pero esto, en la doctrina, está controvertido, ya que existen distintas posiciones.

Por un lado encontramos la postura que sostiene que la personalidad jurídica debe ser reconocida desde el momento de la concepción, sea que se dé in corpore o in vitro, por ser el instante en que apa-

¹³ N.N. y otra c/ IOMA y otra. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. 29/12/2008 LLBA 2009 (febrero), 100 – La Ley 13/03/2009, 7.

¹⁴ LLAMBIAS, Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo I. Perrot, 1973

¹⁵ www.fecunditas.com.ar Fecunditas. Medicina Reproductiva y Genética.

¹⁶ PARISE, Agustín. El Status legal de los embriones humanos en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América. LL 2007-F, 1088

¹⁷ Fecunditas, op. cit.

rece un nuevo ser de la especie humana, al producirse la fusión cromosómica de las células germinales que dan origen al cigoto que contiene su propio código genético. Esta postura coincide con el Magisterio de la Iglesia.

La ciencia médica, por otro lado, indica que entre el momento de la penetración del espermatozoide en el óvulo (fecundación) y la efectiva unión de los núcleos de los gametos (singamia) que forma el cigoto, transcurre un plazo de horas, durante el cual en el interior del óvulo permanece separado el material genético del hombre y la mujer. Como existen dudas en el tiempo exacto que duraría ese plazo, Bueres sugiere que el legislador debiera establecer un plazo convencional (36 a 48 hs.) hasta cuyo vencimiento no existiría personalidad¹⁸.

Para la teoría llamada de la “anidación” se debe reconocer la personalidad a partir de que finaliza la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer, pues recién desde ese momento comenzaría el embarazo y existiría la “alterabilidad” con la madre.

Similar postura es la que siguió el famoso fallo “Roe vs. Wade”, del Tribunal Supremo Federal de los EE.UU. que declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Texas que penaba el aborto, al afirmar que la madre tiene la facultad para decidir libremente, fundada en el derecho a la intimidad, sobre la gestación o aborto dentro de los tres primeros meses de embarazo, protegiendo la salud de la madre hasta los seis meses y preocupándose sólo después de este período del nasciturus, ya que es cuando lo considera más viable¹⁹.

Orgaz va a ir más allá al decir que existe personalidad humana cuando la vida es autónoma e independiente, lo cual no ocurre en el supuesto de las personas por nacer. A éstas se las considera una *pars viscerum matris*. Va a afirmar que el error se da porque se confunde a la vida humana con la persona. Para este eminente autor, la vida humana comienza efectivamente con la concepción, pero la persona sólo aparece con el nacimiento, es decir, cuando se ha producido efectivamente la separación del cuerpo de la nueva persona del cuerpo de su madre²⁰.

e) Filiación²¹

El Diccionario de la Real Academia Española define la filiación como la “procedencia de los hijos respecto de los padres”²². Trasladando la misma al ámbito jurídico, podemos decir que la filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos que tiene normalmente como presupuesto determinante el vínculo biológico (filiación por naturaleza) pero, también puede encontrar su fuente en la ley misma (filiación por adopción).

El doctor Belluscio²³ establece que la filiación es el concepto jurídico que une a una persona con sus progenitores.

En nuestro derecho tres son las clases de filiación que se conocen:

- a) Matrimonial: es la que tiene origen en el matrimonio.
- b) Extramatrimonial; es la que corresponde a los hijos de personas no unidas entre sí por el matrimonio.
- c) Adoptiva: Es la que no corresponde a la realidad biológica sino al vínculo paterno-filial creado por el derecho. Puede ser plena o simple, según extinga o no el vínculo biológico, respectivamente.

¹⁸ BUERES – HIGHTON. Código Civil Anotado, Tomo I Edic. 1995, pág. 450/451

¹⁹ Extraído de A. Grimberg y S. Ruiz. LL 1991-B-1198

²⁰ BELLUSCIO, Augusto (D) y ZANNONI, Eduardo (C). Ob. Cit.

²¹ BELLUSCIO, Augusto, “Manual de derecho de familia”, Tomo II, quinta edición actualizada, editorial Depalma, Buenos Aires, 1988

²² www.rae.es

²³ BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de derecho de familia”, tomo II, 5° edición, ediciones Depalma, 1988, pág.230 y ss.

La filiación deviene como consecuencia de la reproducción. Esta reproducción puede ser natural o asistida (como veremos en otro capítulo).

En el sistema de filiación común la paternidad se fundamenta en la verdad genética y la maternidad en la verdad biológica, es decir, en el varón la atribución radica en el aporte de material genético y en la mujer en el hecho de parir.

f) Bioética

Es muy complicado abordar un tema como el que se intenta abordar en el presente trabajo sin hacer mención a la bioética, ya que esta disciplina es indispensable a la hora de debatir y pensar este tipo de avances tecnológicos que tienen una implicancia directa y concreta sobre la vida humana. Es por ello que intentaremos hacer una sucinta aproximación a lo que ella es.

La palabra bioética es relativamente nueva. Se trata de un “neologismo que proviene de dos raíces griegas *bios* (vida) y *ethike* (ética, valores morales), que aspira a conjugar en síntesis paradigmática, ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y debe ser”²⁴.

Se define a esta disciplina como “*estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales*”²⁵. Una definición más descriptiva da la Asociación Internacional de Bioética, la define como “el estudio de los problemas éticos, sociales, legales, filosóficos y otros relacionados, que emergen en la atención de la salud y las ciencias biológicas”.

Esta disciplina nace a fines de 1960 ante una creciente toma de conciencia respecto de la tensión y ambigüedad que existe entre técnica y humanización, que a menudo se manifiesta conflictivamente. La actual revolución biológica, y el nacimiento de la nueva genética a partir del descubrimiento del ADN, dieron origen a nuevos interrogantes éticos.

Cuando nos encontramos en presencia de problemas bioéticos estamos en un campo de convergencia entre hechos biológicos y medios instrumentales por un lado y sistemas de valores por el otro, que al mismo tiempo requieren con frecuencia un cauce jurídico.

Nuevos conocimientos científicos y el constante desarrollo de la tecnología en este campo generan de inmediato renovadas reflexiones éticas, llamando ambas a replanteos en el terreno del derecho. Los trasplantes de órganos, la procreación medicamente asistida, la prolongación artificial de la vida, el encarnecimiento terapéutico, el derecho a morir con dignidad y el consentimiento informado, la investigación en salud, incluida la experimentación con seres humanos, los problemas vinculados al aborto, al sida, y, más recientemente, las cuestiones relacionadas con la genética, los problemas ambientales, y tantos otros, configuran hoy temas centrales de la bioética, que han generado a su vez crecientes regulaciones jurídicas²⁶.

La aparición de tecnologías sofisticadas particularmente en la medicina colocó a la sociedad frente a situaciones hasta entonces desconocidas, que requerían un amplio debate ético. Con el recuerdo aún fresco de la Alemania nazi y sus abusos en nombre del progreso de la ciencia (experimentación con sujetos humanos), en EEUU en 1970 se conocieron experiencias médicas violatorias de la dignidad humana. Por otra parte en la misma época se realizaron los primeros trasplantes exitosos de órganos, que ponían en jaque la tradicional manera de conceptualizar del nacer y del morir, a lo que luego se le sumarían los desarrollos asombrosos en la genética.

Todo lo expresado anteriormente puso de manifiesto que el contexto normativo de la bioética, no es sólo filosófico y ético, sino también político, jurídico y religioso²⁷.

²⁴ HOOFT, Pedro Federico “Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos”, Lexis Nexis, Depalma, 1ª edición, Buenos Aires, 2004, pág. 3 y ss.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ HOOFT, Pedro Federico, Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos, Lexis Nexis, Depalma, 1ª edición, Buenos Aires, 2004, pág. 21

I. Breve reseña histórica de las técnicas de fertilización asistida

Las técnicas que existen actualmente y que son destinadas a obtener vida humana por medios distintos a los naturales comprenden una serie de procesos biotecnológicos de los cuales se ha llegado a afirmar que junto con la fisión del átomo y la salida al espacio son los logros científicos del siglo XX.

Estas técnicas de reproducción asistida tienen sus orígenes desde fines del siglo XVIII. Basso menciona como el primer caso en el que se obtuvo un resultado exitoso de fecundación asistida en la especie humana, el de Hunter, en el año 1864, al lograr producir una gestación introduciendo en la vagina de la mujer líquido seminal de su esposo²⁸.

En 1978, los doctores Steptoe y Edwards, ginecólogo y biólogo respectivamente, consiguieron dar descendencia a un matrimonio estéril mediante la fecundación asistida. La técnica que pusieron en práctica consistió en tomar un óvulo del ovario de la mujer, fecundarlo en una placa de Petri con los espermatozoides de su esposo y luego implantar el embrión resultante en el útero.

Este procedimiento (tomar óvulos del ovario, fecundarlos in vitro y transferir los embriones resultantes al útero de la madre) se ha mantenido básicamente hasta hoy. Sin embargo, se han ido introduciendo algunas modificaciones, entre ellas una fundamental: como en cada ciclo ovárico espontáneo de la mujer se produce ordinariamente un solo óvulo, lo cual resulta insuficiente para asegurar un rendimiento aceptable del procedimiento, se recurre a practicar una hiperestimulación hormonal del ovario de la mujer a fin de provocar la maduración simultánea de varios folículos ováricos. Se garantiza así la recogida de óvulos suficientes, y aun sobrados, para realizar la fecundación asistida²⁹.

II. Las técnicas de fertilización asistida³⁰

Se dice que al utilizar estas técnicas que ayudan a las parejas que no pueden engendrar por sí mismas, la procreación es médica y asistida, en contraposición a la procreación natural.

Habitualmente se realiza luego de haber agotado los recursos terapéuticos de complejidad menor, como así también en las mujeres mayores de 35 años.

Fecundación asistida

Es un procedimiento terapéutico utilizado cuando la mujer no tiene trompas o éstas se encuentran dañadas y cuando el varón tiene mala calidad espermática.

La fecundación asistida puede importar la utilización de dos procedimientos: la inseminación artificial, que implica el depósito de una cantidad de esperma en un fondo del saco vaginal de la mujer para obtener así su fecundación; y la fecundación in vitro, que se lleva a cabo necesariamente afuera del seno materno. Esta fecundación se produce en una placa de cultivos, sobre un óvulo extraído de la mujer, y reinsertado después, ya como embrión. La fecundación, entonces, en lugar de realizarse en la trompa de Falopio, se realiza en el laboratorio.

El proceso de fecundación puede ser:

Homóloga: cuando se realiza con el semen del marido o compañero.

Heteróloga: cuando se realiza con semen u óvulos de otros, ya sea proveniente de bancos o de terceros.

²⁸ BASSO, Domingo M., *Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª edición*, Buenos Aires, 1993, página 263, nro. 271, citado en:

Eduardo A. Sambrizzi, *La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, 1ª edición, Buenos Aires, 2001, página 14.

²⁹ <http://www.unav.es/cdb/dhbgfivet.html>, consultada 02/10/2010.

³⁰ Información obtenida de <http://www.fecunditas.com.ar/procedim1.asp>, consultada el 02/10/2010.

III. La donación de gametos y embriones en el procedimiento de fecundación *in vitro*

III.1 Donación de embriones congelados³¹

La transferencia de embriones congelados es un procedimiento que se utiliza en algunos tratamientos para la fertilidad, el cual comenzó a tener auge a partir de la década del '80.

Esta transferencia permite a las mujeres poder almacenar sus embriones en una cámara de criopreservación hasta que estén listas para poder someterse nuevamente a otro tratamiento de fertilidad o para concebir a otro bebé.

Mediante esta técnica se podrán descongelar los embriones remanentes de otros tratamientos e implantarlos en el útero.

Esta transferencia de embriones congelados también puede ser utilizada por parejas que no pueden producir óvulos saludables, pero aún así ser capaces de llevar adelante un embarazo a término.

Sólo los embriones que hubieran sido congelados utilizando métodos especiales como la criopreservación podrán ser utilizados para realizar esta transferencia.

III.2 Ovodonación³²

Este procedimiento se utiliza cuando la mujer no puede producir óvulos los produce de mala calidad, incapaces de originar un embrión viable.

Consiste en la fecundación de los óvulos de una donante anónima con el semen del marido de la paciente, obteniendo embriones en el laboratorio y transfiriéndolos al útero.

La mujer que va a recibir dichos óvulos es tratada con una medicación (administración de estrógenos durante un período mínimo de 10 días) que va preparando el útero para recibir al embrión y permitir su desarrollo, aunque como no utilizará sus propios óvulos no será necesario estimular la ovulación.

Estos óvulos surgen generalmente de las mismas mujeres que están realizando un procedimiento de fertilización *in vitro* que tienen óvulos sobrantes y aceptan donarlos. En los casos que estas mujeres donantes no estén realizando ningún tratamiento de fertilización, hay que estimularles la ovulación y luego, mediante una punción, se obtienen los óvulos. Previo a todo lo expuesto se debe realizar un chequeo médico para verificar la compatibilidad.

El primer nacimiento por donación de óvulos se produjo en Australia, en el año 1984. En la actualidad es una práctica admitida y en amplio crecimiento. En Argentina, las instituciones que la utilizan manifiestan que el porcentaje en el que se emplea en los tratamientos ronda entre el 12% y el 30%³³.

III.3 Donación de espermatozoides

La esencia es la misma que en la ovodonación, aunque es relativamente más sencillo debido a que los espermatozoides se pueden congelar y la pareja no necesariamente debe recurrir a una fertilización *in vitro*, excepto que la mujer no tenga las trompas permeables.

³¹ http://espanol.pregnancy-info.net/transferencia_de_embryones.html, consultada el 02/10/2010

³² <http://www.procrearte.com/publico/reproduccionasistida/detalle.asp?id=8>, consultada el 02/10/2010

³³ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=819931, consultada el 02/10/2010. Ver también:

http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=819933, http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=819934, consultadas el 02/10/2010.

IV. La familia en el derecho supranacional

Distintos instrumentos destacan la importancia de brindar protección a la vida y resaltan este derecho como el derecho humano por excelencia. Asimismo, el derecho y protección a la familia se encuentra amparado en distintos tratados internacionales.

A continuación se hará una breve reseña –extrayendo la parte que creemos pertinente– de los instrumentos que resaltan el valor de la vida, el derecho a la familia y la protección que ha de dárseles.

IV. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948

Artículo 16: 1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 25: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...). 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

IV. 2 Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Artículo VI: Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

Derecho a la preservación de la salud y al bienestar

Artículo XI: Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

IV. 3 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 7 al 22 de noviembre de 1969.

Artículo 4: Derecho a la Vida. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

I

V. 4 Pacto internacional de derechos civiles y políticos. 16 de diciembre de 1966. (parte III)

Artículo 6: El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 23: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

IV. 5 Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Fecha de entrada en vigor 3 de enero de 1976

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.

IV. 6 Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Fecha de entrada en vigor 4 de enero de 1950 (y sus respectivas enmiendas)

Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

Como hemos podido reseñar, el derecho supranacional se ocupa concretamente del derecho humano "vida", y del derecho a formar una familia y la protección que hay que darle, como así también de la evolución biotecnológica y las consecuencias que ella trae.

Conjuntamente con estas normas, varios países han elaborado normas específicas relacionadas con las técnicas de fertilización asistida.

En el siguiente capítulo abordaremos brevemente algunas de estas legislaciones.

V. Derechos reproductivos

En 1984, la Conferencia Internacional de Población llevada a cabo en Méjico, manifestaba conciencia sobre este tema al hablar de los derechos reproductivos como derechos fundamentales inalienables. Para 1994, en la Conferencia Internacional de Población y desarrollo realizada en El Cairo, el movimiento de salud de las mujeres incidió para un cambio de concepción de la salud que pusiera el acento en las políticas enderezadas al control de la natalidad, al de la salud reproductiva y sexual basada en estos derechos.

Es así que se definió la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia "*... lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y para la planificación de la familia de su elección...*" (Cairo, 7.2)

Dentro del denominado derecho constitucional de familia³⁴, el derecho a la salud reproductiva comprende tres contenidos distintos pero complementarios al decir de Andrés Gil Domínguez: información, prevención y planificación.

Este último responde a una profunda convicción de ser o no ser madre/padre, lo cual “forma parte de un proyecto de vida porque modifica sustancialmente cualquier autobiografía...supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas”³⁵.

Precisamente en el marco del principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la CN se desenvuelve la protección del principio de autonomía de las personas que la bioética resguarda, a elegir su plan de vida.

V.1 Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación.

Numerosas parejas han hecho realidad el postergado sueño de ser padres gracias a los avances científicos en materia genética, por eso también existe un derecho de aquellas personas aquejadas de la imposibilidad física de procrear de acudir a estos logros científicos en pos de su derecho al disfrute más alto posible de su salud integral.

V.2 Derecho a fundar una familia y a no ser discriminado.

Los derechos vinculados con la salud reproductiva tienen un fuerte contenido social, ya que de ellos se deriva la constitución de una familia, lo cual configura una expectativa natural de una pareja.

Esto exige implementar prestaciones positivas que eviten que la población de menos recursos vea incumplido su anhelo de ser padres, en resguardo del derecho consagrado en el artículo 14 bis en torno a la protección de la familia, sin discriminaciones de ninguna naturaleza a tenor del artículos 42 de la CN.

VI. Legislación internacional

La utilización de técnicas de fertilización asistida ha recibido distintos tratamientos a nivel internacional. Haremos una pequeña síntesis de aproximación a algunas de las legislaciones internacionales:

VI. 1 Suecia

Suecia tiene legislación específica del tema abordado en el presente trabajo, siendo el primer país en regularlo.

El 22 de diciembre de 1984 se publicó la Ley sobre inseminación artificial, y en junio de 1988 la Ley sobre fecundación *in vitro*. Estas leyes poseen reglas claras que enmarcan la materia de que tratan. Por ejemplo, se establece que el ámbito de aplicación de la inseminación artificial viene determinado por la pareja heterosexual estable (art. 2), rechazándose las personas individuales y para la inseminación heteróloga por medio de la donación de esperma se requiere el consentimiento expreso del marido o del varón con el que conviva.

Un aspecto primordial de esta legislación es que se reconoce el derecho del hijo nacido producto de la inseminación artificial con semen donado, el conocer la identidad del padre biológico o donante³⁶.

³⁴ Frase acuñada por Andrés Gil Domínguez en su libro homónimo, ed. Ediar, tomo 1, año 2006.

³⁵ GIL DOMINGUEZ, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, 2006, tomo 1, p.593.

³⁶ GONZALEZ MORAN, Luis, De la Bioética al Bioderecho, google libros, <http://books.google.com.ar/> consultado 14/10/2010

Más adelante se promulgó la ley 114, en el año 1991 referente a la utilización de determinadas técnicas genéticas en el marco de los exámenes generales de salud y la ley 115 del mismo año, relativa a las medidas con fines de investigación o tratamiento, relacionada con los embriones³⁷.

VI. 2 Alemania

La legislación sobre este tema en Alemania tiene sus primeras normas en la Alemania Federal.

La discusión a fin de elaborar normas relativas a esta temática se basaban en desde qué momento considerar el comienzo de la vida humana. La postura que predominó finalmente fue considerar, desde el punto de vista jurídico, que la vida humana comienza desde el momento de la concepción, sea que ésta se dé naturalmente o mediante la fecundación *in vitro*. Desde este momento, la vida y la salud del embrión tienen protección constitucional³⁸. En 1976 se promulga una ley que regula los contratos de adopción. Esta ley tiene, en 1989, una enmienda por la cual se prohíben los contratos de maternidad por subrogación³⁹.

Y es en diciembre de 1990 que se dicta la “Ley sobre protección de embriones”.

Esta ley también sanciona la clonación y la manipulación de los embriones modificándolos celularmente o genéticamente. Y realiza una reserva médica en la cual establece que sólo los médicos podrán llevar a cabo la fecundación, la transferencia de embriones y la conservación de éstos, así como también los óvulos a los cuales se les ha introducido de modo artificial un espermatozoide humano, sancionando a aquellos que violen dicha reserva.

También este país ha promulgado en el año 2002 la “Ley de garantía de la protección del embrión en relación con la importación y la utilización de células troncales embrionarias de origen humano”, cuya finalidad es (i) prohibir, como principio general, la importación y utilización de células troncales embrionarias; (ii) evitar que se dé origen, por lo que a Alemania se refiere, a la obtención de células troncales embrionarias o a la generación de embriones para obtener de los mismos células troncales embrionarias.

Como se puede observar, estas leyes no se ocupan de las técnicas específicas de fertilización, sino que describen las acciones que serán sancionadas y las penas que les cabrían de ser llevadas a cabo, así como regulan la actividad investigadora. La doctrina ha denominado este sistema de leyes como un “sistema prohibicionista”⁴⁰.

VI.3 Reino Unido

VI.3.1 El informe Warnock

El proceso que llevó a cabo en el Reino Unido para finalmente lograr la Ley de Fertilización humana y Embriología es dable reseñarlo.

La primera referencia con respecto a la preocupación que generaba este tema es de 1945. El Obispo de Canterbury conformó una comisión que tenía por objetivo investigar y recabar información sobre la inseminación artificial. Las conclusiones obtenidas por esta comisión condenaron la técnica de inseminación artificial, sugiriendo que debía ser prohibida y catalogada como delito criminal.

En 1960 el parlamento creó otra comisión para tratar el tema (Feverham Committee) que obtuvo conclusiones casi idénticas.

³⁷ GUERRA FLECHA, José María, Procreación humana asistida, <http://books.google.com.ar> consultado el 15/10/2010

³⁸ Luis González Morán, op. Cit.

³⁹ Maternidad subrogada: “La maternidad subrogada se da cuando el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, que llevará a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de esa pareja”, Jurisprudencia Argentina. 1989. IV, pág. 805, citado en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>, consultado el 15/10/2010.,

⁴⁰ GONZALEZ MORAN, Luis, ob. Cit.

En 1973, otra comisión (Peel Committee), llegó a conclusiones diferentes, aprobando la práctica de inseminación artificial y haciendo ciertas recomendaciones.

Pero lo más trascendente se produce en 1982, cuando el gobierno británico crea una comisión especial para la investigación de la técnica de fertilización asistida, y pone en cabeza de dicha comisión a la señora Warnock⁴¹. En 1984, fruto del trabajo de esta comisión, se presenta el informe Warnock.

Este informe es fundamental, ya que en él se introduce el concepto de preembrión, que es el que va desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide humanos hasta el día catorce. Este concepto deja abierta la puerta a la investigación y manipulación de los embriones sin que éstos se encuentren amparados por la ley, ya que ésta, como veremos más adelante, sólo protege al embrión a partir del día quince.

VI.3.2 Legislación

La ley en análisis, fruto del informe antes reseñado, en su artículo 1, define expresiones como embrión y gameto:

- Se entiende por embrión el embrión humano vivo cuando la fertilización está *completamente consumada* (el resaltado es propio).
- La referencia al embrión es aplicable también al huevo en proceso de fertilización, y, a estos efectos, *la fertilización sólo se considerará consumada y completa cuando aparezca un cigoto de dos células* (el resaltado es propio).
- Y a los efectos de esta ley no se considerará embarazada a la mujer hasta que el embrión haya anidado.

La ley también resalta la importancia de obtener en consentimiento de la mujer o del varón a la hora de realizar estas prácticas.

Establece también el significado de ser madre y padre en los artículos 27 y 28, en los artículos siguientes las implicancias que esto genera y asimismo destina un artículo a la objeción de conciencia, en la cual establece que nadie se encuentra obligado a someterse a las prácticas que esta ley regula si no lo desea. Al igual que la Ley alemana, establece sanciones para las infracciones a la presente ley⁴².

Art. 27: La mujer que está llevando o ha llevado a un niño como resultado de la introducción en ella de un embrión o de esperma y ninguna otra mujer, debe ser tratada como la madre del niño.

Art. 28: 1. Este artículo se aplica en el caso de un niño que está siendo gestado por una mujer como resultado de la introducción en ella de un embrión o de esperma o por inseminación artificial.

2. Si a) en el momento de la inseminación la mujer es parte de un matrimonio, y b) la creación del embrión que gesta no se produjo con el esperma de otro varón que no sea su marido (...) el marido será considerado el padre del niño, a menos que se demuestre que no dio su consentimiento para la fertilización.

3. Si no hay ningún hombre a quien en virtud de lo dispuesto en el acápite 2. que pueda ser considerado como padre del niño, pero: a) el embrión o esperma fueron colocados en la mujer o ella fue inseminada artificialmente en el curso de los servicios de tratamiento previsto para ella y un hombre en un lugar con licencia para hacerlo y, b) la creación del embrión que está gestando la mujer no se produjo con el esperma de aquel hombre, y sin perjuicio de la subsección 5., ese hombre será considerado como el padre del niño.

4. Cuando una persona es tratada como el padre del niño, en virtud de lo dispuesto en la subsección 2 o 3, ninguna otra persona debe ser tratada como el padre del niño.

5. Los incisos 2 y 3 no anteriores no se aplican si:

(...) c) La creación del embrión que se encuentra gestando la mujer fue producida por la utilización de esperma de un hombre después de su muerte, o la creación del embrión se ha realizado con el esperma de un hombre antes de su muerte, pero el embrión se implantó en la mujer después de su muerte.

(...) - La mujer contrae matrimonio con el hombre inmediatamente antes de su muerte.

⁴¹ Helen Mary Warnock, es miembro de la Academia Británica, filósofa británica especialista en filosofía moral, filosofía de la educación y filosofía de la mente.

⁴² <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/section/27>, consultada el 12/12/2010

- El hombre ha dado su consentimiento por escrito (y no retira el consentimiento):
 - i) A la utilización de su esperma después de su muerte que llevó a la creación del embrión llevado por la mujer.
 - ii) De ser tratado (...) como el padre de cualquier niño resultante.
- La mujer ha optado por escrito a más tardar al final del período de 42 días a partir de la fecha en que el niño nació, otorgarle el derecho de ser tratado para los fines mencionados en la subsección 5, como el padre del niño.

VI. 4 España

VI.4.1 El informe Palacios

Con fecha 2 de noviembre de 1984 (el mismo año en que es presentado el informe Warnock), la Mesa Ejecutiva del Congreso de Diputados de España acuerda la creación de una comisión especial encargada del estudio sobre fecundación extracorpórea y asigna la presidencia de la misma a Marcelo Palacios Alonso. A esta comisión se le suma un grupo de consultores (expertos). El informe se presenta en 1986.

El documento reconoce que no todo lo técnicamente posible es al mismo tiempo, necesariamente, éticamente aceptable. Debido a esto señalan lo que se puede hacer, para que los poderes públicos y las normas legales se adecúen a esto.

Se señala en el informe la falta de sincronización entre un más acelerado desarrollo científico-tecnológico y el lento avance del derecho.

Y con respecto a los alcances y límites de la investigación y experimentación proponen el siguiente esquema: (i) no deben imponerse límites o frenos injustificados que puedan afectar el progreso científico, pero (ii) tales restricciones han de establecerse cuando afectan “la esencia íntima del ser humano”⁴³.

El informe estuvo compuesto por 155 recomendaciones que se vieron reflejadas en la ley de técnicas de reproducción asistida de España.

VI.4.2 Legislación

Este país es uno de los más prolíficos en cuanto a normativa que regula las técnicas de reproducción asistida, y es por ello que se le dará más énfasis a las dos leyes centrales: la 35/88 y la 14/96.

Es dable destacar que la ley española a la cual le dedicamos este punto del presente capítulo ha tenido como fuente también un fallo del Tribunal Constitucional Español con motivo de un recurso de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley que regulaba el aborto en España, modificando el código penal despenalizando el aborto en tres supuestos: por indicación terapéutica (riesgo de vida de la madre); por indicación ética (por ser producto el embarazo de una violación) y por indicación eugenésica (por presentar el feto graves taras físicas o psíquicas).

Este fallo expresa que *“la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”*⁴⁴.

VI.4.2.1 Principales lineamientos de la ley 35/88

Lo más importante para resaltar, previo a realizar un relevamiento de los lineamientos, es que la ley adopta un criterio respecto de presuntas fases diferenciables en el desarrollo primitivo del embrión, ya

⁴³ HOOFT, Pedro F., ob. Cit., pág. 30

⁴⁴ Ver fallo completo en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053 consultado 16/10/2010.

que admite la existencia de una categoría distinta, la de “preembrión”, que es la más incipiente fase que va desde la fecundación hasta el decimocuarto día, descontando el período de criopreservación.

La ley en análisis se estructura en siete capítulos (21 artículos), una disposición transitoria, y disposiciones finales sobre la composición y el funcionamiento de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, que se forma a partir de esta ley y es el órgano de aplicación de la misma.

El primer tema que aborda es la licitud del desarrollo y utilización de las distintas técnicas de procreación artificial o asistida, siguiendo los lineamientos del Informe Palacios y los del Informe Warnock, entre otros.

Otros puntos destacables de la ley serían:

- La recepción clara y expresa del principio del “consentimiento informado” para la aplicación de estas técnicas.
- La consagración del secreto profesional estricto (identidad de los donantes, esterilidad de los usuarios, etc.), salvo casos de peligro de vida del hijo.
- Prohibición de fecundar óvulos humanos con un propósito, en principio, distinto del de la reproducción asistida.
- Establece que toda mujer, mayor de 18 años, y con plena capacidad de obrar, podrá recurrir a ellas, dentro de las condiciones fijadas por la ley. No se exige vínculo matrimonial ni aún la existencia de una pareja estable heterosexual, por lo que pueden recurrir a estas técnicas mujeres solteras, separadas, divorciadas e inclusive viudas.

VI.4.2.2 La ley 14/96

Esta ley, del 26 de mayo de 1996, deroga a la ley 35/88⁴⁵ y a todas aquellas que la han modificado, estableciéndose como el marco regulatorio central de la utilización de técnicas de reproducción asistida.

VI.4.2.3 Principales lineamientos de la ley 14/96

La ley 14/96 está compuesta de ocho capítulos y un anexo. Desarrollaremos algunos de los artículos más relevantes de la presente ley.

En el **artículo 1** se define el objeto y el ámbito de aplicación de la ley. Tiene por objeto a) regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas; b) regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre en el marco regulatorio de la presente ley; c) la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y de preembriones humanos criopreservados. También, dentro de este artículo, define al preembrión como el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta catorce días más tarde.

Y finalmente, en el inciso 3 del mismo artículo, prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos.

El **artículo 2** hace referencia a las técnicas de reproducción asistida que para la ley están permitidas –mencionadas en el anexo– y establece que de querer llevar a la práctica otra técnica de reproducción asistida se deberá solicitar autorización a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Las técnicas son:

- Inseminación artificial.
- Fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
- Transferencia intratubárica de gametos.

⁴⁵ Disposición derogatoria única: A la entrada en vigor de esta Ley quedan derogadas todas las disposiciones normativas que se le opongan y, en particular, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

En cuanto a las condiciones personales para la aplicación de las técnicas de reproducción asistida establece, en su artículo 3, que se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer.

Autoriza sólo la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo, y estipula la necesidad del consentimiento informado, con el contenido que éste debe tener. *En el artículo 5 se refiere a la donación y al contrato de donación. Se establece que el contrato será gratuito, formal y confidencial. Nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica que pudiera fijarse sólo podrá compensar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá ser un incentivo económico.*

La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de revocación éstos se encuentren disponibles.

Los donantes deberán tener más de dieciocho años, buen estado de salud psicofísica y plena de capacidad de obrar, y el número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis.

El **artículo 6** estipula que las usuarias de dichas técnicas podrán ser mujeres mayores de dieciocho años y con plena capacidad de obrar, siempre que haya prestado su consentimiento escrito de manera libre, consciente y expresa.

Y expresa que lo podrán ser usuarias independientemente de su estado civil y orientación sexual. Si la mujer estuviera casada, se precisará el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente.

En el **artículo 10** se establece que la gestación por sustitución está prohibida: "será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero".

En el **art.11**, Inciso 4 explicita los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados:

- a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b) La donación con fines reproductivos.
- c) La donación con fines de investigación.
- d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

Inciso 5: la utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en su caso, de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.

Inciso 6: en el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

VII. Derecho argentino

El derecho a constituir una familia se encuentra protegido en nuestra Carta Magna. El otorgamiento de jerarquía constitucional a las declaraciones y tratados internacionales mencionados en el inciso 22 del art. 75, resalta la protección que ésta le otorga al derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la libertad, a la igualdad y a la familia⁴⁶.

También encontramos este derecho protegido expresamente en las constituciones provinciales⁴⁷:

- **Buenos Aires (art. 12):** todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos:

1. A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural.
2. A conocer la identidad de origen.
3. Al respeto de la dignidad, al honor, a la integridad física, psíquica y moral.

Art. 36.- La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales:

De la Familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material.

- **Catamarca (art. 65, inciso III):** a la vida, desde su concepción.
- **Córdoba (art. 19):** Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio:

1. A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal.

7. A constituir una familia.

- **Chaco (art. 15, inciso 1):** (...) La Provincia, dentro de la esfera de sus atribuciones, garantiza a todas las personas el goce de los siguientes derechos: i) a la vida y a la libertad, desde la concepción; a la integridad psicofísica y moral.

Art. 35: La familia, basada en la unión de hombre y mujer, como célula primaria y fundamental de la sociedad, es agente natural de la educación y le asiste tal derecho respecto de sus hijos, de acuerdo con sus tradiciones, valores religiosos y culturales. Posee el derecho al resguardo de su intimidad.

El Estado protege integralmente a la familia y le asegura las condiciones necesarias para su constitución regular, su unidad, su afianzamiento, el acceso a la vivienda digna y al bien de familia.

Garantiza la protección de la maternidad, la asistencia a la madre en situación de desamparo, de la mujer jefe de hogar y de las madres solteras o adolescentes. Asimismo, reconoce la existencia de las uniones de hecho y las protege.

- **Chubut (art. 18, inciso 1):** Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial gozan de los siguientes derechos: i) A la vida desde su concepción y a la dignidad de integrar psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los poderes públicos y la comunidad; ii) A la protección de la salud.

Art. 25: El Estado reconoce el derecho de todo habitante a constituir una familia y asegurar su protección social, económica y jurídica como núcleo primario y fundamental de la sociedad.

- **Córdoba (arts. 4 y 19, inciso 1 y 7):** i) art. 4: Inviolabilidad de la persona. La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos. ii) art. 19, inciso 1: a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal. Inciso 7: a constituir una familia.

- **Entre Ríos (art. 16):** La Provincia reconoce y garantiza a las personas el derecho a la vida y, en general, desde la concepción hasta la muerte digna. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente.

Art. 18: El Estado reconoce a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad a la que protege promoviendo su desarrollo y afianzamiento. Brinda asistencia especial a la maternidad e infancia

⁴⁶ SABSAY – ONAINDIA. La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentarios de su texto luego de la reforma de 1994. ERREPAR. Buenos Aires, 2007.

⁴⁷ www.infoleg.gov.ar, consultado 08/11/2010.

e impulsa políticas activas contra las adicciones. Asegura la investigación científica, prevención, tratamiento, asistencia familiar y recuperación e inserción de los afectados.

(...) Con la participación de la familia, el Estado reconoce a los adultos mayores el pleno ejercicio de sus derechos, brindándoles asistencia, seguridad y previsión social. Formosa (art. 5): Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad física y moral. El estado provincial propenderá a la concientización de las responsabilidades inherentes a la generación de la vida.

Art. 68: La provincia protege a la familia como célula básica de la sociedad establecida, organizada y proyectada a través del afecto, facilitando su constitución y el logro de sus fines culturales, sociales y económicos. (...) Preservará la estabilidad del vínculo afectivo familiar, y su intimidad. Ayudará a la familia en el ejercicio de su responsabilidad, en el campo de la transmisión de la vida.

- **Jujuy (art. 19, inciso 1):** toda persona tiene derecho a que se respete su vida y está protegida por la Constitución y la ley.

Art. 44: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. La provincia contribuirá a su protección integral, al cumplimiento de las funciones que le son propias y a la concreción de todas las condiciones que permitan la realización personal de sus miembros, con medidas encuadradas en la esfera de sus atribuciones.

Art. 45: La maternidad y la paternidad constituyen valores sociales eminentes.

- **Neuquén (art. 39. Es una de las pocas constituciones provinciales que incluye los derechos reproductivos y sexuales):** El Estado garantiza el ejercicio de los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos fundamentales.

Art. 46: La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser amparada por el Estado, que asegura su protección social y jurídica. Mujeres y varones tienen iguales derechos y responsabilidades como progenitores. Los padres deben prestar asistencia en todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda. La maternidad y la infancia tendrán derecho a la protección especial del Estado.

- **Rio Negro (art. 16):** Derechos individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: i) a la vida en general desde el momento de la concepción; ii) a la protección de la salud, de la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal.

Art. 27: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Debe gozar de las condiciones sociales, económicas, culturales y los servicios esenciales necesarios para su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado provincial la protege, facilita su promoción y el cumplimiento de sus fines.

- **Salta (art. 10):** Respeto y protección de la vida. La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos.

- **San Juan (art. 15):** La vida, la integridad moral, física, psicológica y socio cultural, son derechos inviolables de las personas.

Art. 52: El estado asegura la protección integral de la familia, como elemento natural espontáneo y fundamental de la sociedad, promueve la autosatisfacción económica de la unidad familiar, elabora programas de apoyo materno-infantil y sistemas de protección para los problemas económicos y sociales de la infancia y de la ancianidad.

- **San Luis (arts. 13 y 49):** Art. 13, respeto y protección de la vida. La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles. Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. Art. 49, el Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde éste, hasta su pleno desarrollo.

Art. 32: La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines. La madre goza de especial protección y las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar.

- **Santiago del Estero (art. 16):** Derechos individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción.

- **Art. 32:** La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. Los poderes públicos protegen y reconocen sus derechos para el cumplimiento de sus fines. La madre goza de especial protección y las condiciones laborales deben permitirle el cumplimiento de su esencial función familiar.

- **Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 14, inciso 1 y 7):** i) Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: i) a la vida desde la concepción; ii) a la salud, a la integridad psicofísica y moral, y a la seguridad personal, iii) A constituir una familia.

Art. 28: La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y debe gozar de condiciones sociales, económicas y culturales, que propendan a su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado Provincial la protege y le facilita su constitución y fines.

VII.1 Legislación a nivel federal

La legislación argentina, a nivel federal específicamente, no ha regulado aun cuestiones de bioética como la FIV. Pero podemos resaltar lo siguiente:

(i) A partir de 1994, los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados en el inciso 22 del artículo 75, mencionados en el capítulo VI.

(ii) Por su parte la Constitución Nacional en su artículo 14 bis establece “...la protección integral de la familia”.

(iii) La ley nº 25.673 crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable y establece en su artículo 2 que uno de los objetivos de la misma es “alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia”, reforzado con la afirmación del artículo 3 respecto de que la ley está destinada a la población en general “sin discriminación alguna”.

Por otra parte, en los últimos diez años se han presentado cerca de veintiséis proyectos para regular la FIV. La gran mayoría de ellos han perdido estado parlamentario.

Dichos proyectos restringían la posibilidad de la fecundación artificial, o intentaban regularla como “último recurso” de aquellas parejas que agotaron todas las posibilidades para engendrar, siempre que demuestren fehacientemente que son infértiles, otros restringen la fecundación asistida a parejas casadas o convivientes de varios años, prohibiendo el congelamiento de embriones⁴⁸.

La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva presentó en 2008 un proyecto de ley en el cual vuelca un criterio más permisivo. Contempla la posibilidad de realizar investigaciones con fines diagnósticos y terapéuticos, y cuando se trata de una persona nacida gracias a óvulos fecundados o espermatozoides donados, le otorga el derecho de conocer su identidad biológica. También prevé un plazo para la congelación de embriones, que estipula en cinco años⁴⁹

Es dable destacar que en la actualidad más de doce mil⁵⁰ embriones congelados tienen hoy un destino incierto, debido a la falta de regulación que existe en nuestro país.

VII.2 Legislación a nivel provincial

La legislatura de la provincia de Buenos Aires sancionó la ley 11.028, que regula las prácticas médicas de fecundación asistida. Esta ley consta solamente de 9 artículos, de los cuales es dable destacar los siguientes:

Artículo 1: Las prácticas médicas de fecundación asistida de técnicas comprobadas en seres humanos siempre que haya manejo extracorpóreo de gametos masculinos y/o femeninos o de embriones, quedarán enmarcadas en la presente ley.

Artículo 2: la actividad mencionada en el artículo 1 sólo podrá ser desarrollada en Servicios o Establecimientos Oficiales y/o Privados que dispongan de una adecuada infraestructura física e instrumental y

⁴⁸ Ver en SAMBRIZZI, Eduardo. La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión humano. Abeledo Perrot. 2001

⁴⁹ Se puede consultar en la página de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva www.samer.org.ar

⁵⁰ “Embriones congelados: por primera vez se realizó un censo y se comprobó que en Capital hay más de 12.000” publicado el 11-07-07, en <http://www.clarin.com/diario/2007/07/11/um/m-01455062.htm> (consultado 27-09-09). “En Capital hay más de 12.000 embriones criopreservados”, publicado el 6/12/07 en <http://www.clarin.com/diario/2007/12/06/um/m-01558158.htm> (consultado 27-09-09)

cuenten con el personal calificado necesario para este tipo de prácticas médicas, previa formal autorización de la Autoridad Sanitaria competente.

Artículo 4: los servicios y establecimientos habilitados deberán llevar un registro de toda actividad desarrollada según las especificaciones que determine la reglamentación, en base a las cuales el Organismo de aplicación estructurará el Registro Provincial.

Artículo 5: los pacientes que sean asistidos con las prácticas reguladas en la presente ley, deberán prestar conformidad por escrito mediante un formulario pre-impreso donde se le explicará detalladamente el método a emplear y sus consecuencias posibles, conforme lo determine la reglamentación, debiendo remitirse copia al registro provincial.

Artículo 7: Créase el Comité de Ética Provincial, el que se integrará por investigadores y expertos en la materia, según establezca la reglamentación, que tendrá como función asesorar a la autoridad de aplicación en todo lo concerniente a las prácticas médicas que regula la presente.

Es dable destacar que con fecha 02 de diciembre de 2010, la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó la Ley de Fertilización Asistida (14208) -que reconoce a la infertilidad como enfermedad- mediante la cual se establece que los hospitales públicos de la Provincia de Buenos Aires deberán practicar los tratamientos de fertilización asistida que soliciten las parejas que tengan problemas para quedar embarazadas y no cuenten con cobertura que los asista. Aquellas parejas que cuentan con obra social o prepaga deberán solicitar el tratamiento ante estas entidades, las cuales deberán hacerse cargo del financiamiento del mismo.

Se estima que alrededor de unas 485 mil personas que no cuentan con obra social podrían solicitar esta cobertura al sector público provincial⁵¹.

VII. 3 La Ciudad de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, mediante su artículo 20, ha otorgado prioridad al derecho a la salud integral estableciendo que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria. A su vez se asegura, a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

A su vez, en sus artículos 21 y 37 reconocen *los derechos reproductivos y sexuales como derechos humanos básicos*⁵².

(ii) **La ley nº 153, Básica de Salud** de la Ciudad de Buenos Aires, establece en su artículo 4 "Derechos. Enumeración. Son derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención: a) El respeto a la personalidad, dignidad e identidad individual y cultural; (...) m) Ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen.

A su vez sus artículos 12, 14 y 48 garantizan el ejercicio de los derechos reproductivos de las personas a través de la información, educación, métodos y prestaciones de servicios⁵³.

(iii) Por su parte, **la ley nº 418 de la Ciudad de Buenos Aires, de Salud Reproductiva y Procreación Responsable**, en su artículo 4º inc. i) establece como uno de sus objetivos específicos, orientar las

⁵¹ <http://www.gba.gov.ar/prensa/noticia.php?idnoticia=14054>, consultado 17/12/2010.

⁵² Artículo 21: "La Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, conforme a los siguientes lineamientos: ... 4. Promueve la maternidad y paternidad responsables. Para tal fin pone a disposición de las personas la información, educación, métodos y prestaciones de servicios que garanticen sus derechos reproductivos...". Artículo 37: "Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre nacimientos. Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia".

⁵³ "...La autoridad de aplicación conduce, controla y regula el sistema de salud. Son sus funciones: ...v) La garantía del ejercicio de los derechos reproductivos de las personas, incluyendo la atención y protección del embarazo", que "... Son objetivos del subsector estatal de salud:... u) **garantizar el ejercicio de los derechos reproductivos** de las personas a través de la información, educación, métodos y **prestaciones de servicios**" y que "...La presente ley se complementa con legislación específica en los siguientes temas:... k) Salud reproductiva y procreación responsable", respectivamente.

demandas referidas a infertilidad y esterilidad y en su artículo 5° establece que "...Son destinatarias/os de las acciones de la presente Ley la población en general, especialmente las personas en edad fértil".

(iv) La **ley n° 474**, sanciona con fuerza de ley el **Plan de igualdad real de oportunidades y de trato entre mujeres y varones**, estableciendo en su artículo 15 lo referente a la problemática de salud de la mujer, debiendo promover el ejercicio de los derechos reproductivos.

VIII. Proyectos de ley presentados en el congreso nacional

Durante los años 2009 y 2010 se presentaron varios proyectos de ley relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

La gran mayoría más que regular las técnicas en sí, busca incluir a las mismas en el P.M.O. (Plan Médico Obligatorio), para que las obras sociales y los prestadores de medicina prepaga cubran los gastos que éstas generan. Todos estos proyectos son de pocos artículos, definiendo en su primer artículo lo que es la infertilidad, razón exclusiva por la cual se puede solicitar la cobertura de estas técnicas.

Ninguno de estos proyectos de ley tienen en cuenta la posibilidad de que las técnicas de reproducción humana asistida pueda ser utilizada por parejas compuestas por personas del mismo sexo, que necesitan recurrir a ellas para acceder a la paternidad / maternidad, no ya por un problema de infertilidad, sino de imposibilidad física de procrear de manera natural.

Pero los proyectos que más nos interesan son los que específicamente buscan regular las técnicas de reproducción asistida.

En este momento existen dos en concreto, que están elaborados desde distintas concepciones ideológicas y filosóficas si se me permite esta catalogación.

El primero, que fue presentado por la Diputada por el Peronismo Federal Ivana María BIANCHI, de orientación cristiana establece lo siguiente:

En su artículo primero establece el objeto de la ley, que es regular el uso de las técnicas para la RHA, y en su artículo segundo las define como aquellas que se aplican para la procreación de un hijo biológico.

Establece que las TRHA sólo tendrán un fin terapéutico y que se aplicarán cuando exista una patología que impida alcanzar la concepción en el medio uterino humano. Por eso en su artículo cuarto deja en claro que se aplicarán en casos de esterilidad e infertilidad debidamente diagnosticadas, y cuando otras medidas terapéuticas no hubieran podido tener éxito.

En el artículo quinto establece algo importante: que los usuarios de estas técnicas serán las **parejas heterosexuales** que acrediten una relación estable de al menos tres años –no exige el vínculo legal–, sean mayores de edad y se encuentren en edad reproductiva.

En el artículo octavo se refiere a la filiación que surgirá de la utilización de estas técnicas estableciendo que **el hombre y la mujer** beneficiarios serán registrados como **padres biológicos** del sujeto nacido, quedando este vínculo regido por las normas vigentes sobre filiación biológica.

En su artículo nueve **prohíbe la donación de gametos** y establece que no son objetos de comercio.

En el artículo diez define al embrión como **óvulo humano fecundado por el espermatozoide humano, dentro o fuera del seno materno**, y establece que el embrión es **persona, sujeto de derechos desde**

⁵⁴ "En el área de Salud deben desarrollarse políticas y acciones tendientes a: a) promover un **enfoque integral de la problemática de la salud de la mujer**, que atienda sus necesidades específicas a lo largo de su vida. ...e) difundir y **promover los derechos sexuales y reproductivos** y prevenir el embarazo adolescente".

la concepción, la cual define como aquella que se produce cuando el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino humano.

El artículo once dispone que el embrión tiene derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad, a que se respete su medio ambiente natural y la vida.

En cuanto a la filiación, en el artículo doce se establece que la filiación adquirida por el embrión es irrenunciable.

Dispone que se haga en un solo acto la transferencia de todos los embriones fecundados, pero con un límite de tres, aunque lo deja a criterio médico.

Y prohíbe lo siguiente:

- a) La Criopreservación de embriones.
- b) La adopción de embriones.
- c) La destrucción de embriones.
- d) El uso de los embriones para investigación.
- e) La comercialización de embriones.
- f) La donación de embriones
- g) La comercialización de gametos

El artículo dieciséis se establece expresamente la prohibición de la subrogación de vientres, estableciendo la nulidad de todo contrato que se celebre con este fin.

El segundo proyecto de ley presentado por la Diputada del PRO Silvia Cristina Majdalani, que difiere en algunos aspectos del proyecto analizado anteriormente, y que marca una postura diferente frente al acceso y utilización de las TRHA, amén de que regula otros aspectos del procedimiento de las técnicas que en el ya analizado no se encuentran contemplados.

Los principales lineamientos que plantea son los siguientes:

La ley tiene por objeto regular la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

El capítulo dos contiene definiciones de: infertilidad, técnicas de reproducción humana asistida, gametos, fecundación, embrión viable, transferencia y mujer embarazada.

Es dable destacar que fecundación la define como: al **proceso** que se inicia con la entrada del espermatozoide dentro del óvulo que, en el caso de ser normal, podrá dar lugar a la formación de un óvulo fecundado, lo que plantea una posición similar a la que establecen la ley española o la ley británica.

En el capítulo tres se estipula la prohibición de la utilización de embriones y gametos con fines de investigación y el uso de gametos que no sean humanos para la fertilización de embriones.

El artículo siete establece que los beneficiarios de las técnicas de reproducción humana asistida deben ser mayores de 21 años (suponemos que esto se cambiará a partir de la modificación de la mayoría de edad), con excepción de personas menores de edad que requieran conservar espermatozoides u ovocitos por padecer una enfermedad o someterse a tratamiento radiante y/o quimioterápico. Lo bueno de este artículo es que no distingue sexos ni estado civil, por lo que podrían acceder parejas conformadas por personas del mismo sexo, aunque no contempla como requisito que la pareja que se somete a este procedimiento demuestre estabilidad en la unión.

A partir del artículo diez se habla de la donación de gametos y embriones, permitiendo la donación de embriones con consentimiento previo y por escrito de la pareja o la persona que realiza dicho acto. De esto se puede inferir que la ley permitiría que personas solas puedan acceder a las TRHA para lograr procrear, no sería una exigencia el tener pareja estable para ello.

Algo novedoso que establece y que no se observa en la legislación comparada es la inclusión de dos testigos durante todo el proceso de manipulación de gametos/embriones durante los actos de donación y transferencia.

Se prohíbe la comercialización de embriones y gametos, por lo que se infiere que la donación de éstos sería gratuita.

Y también se establece la prohibición de la práctica de madres subrogantes, denominada vulgarmente “alquiler de vientres”.

En cuanto a la conservación de gametos y embriones, este proyecto de ley la contempla, mediante la criopreservación o las técnicas que en un futuro se establezcan por evidencia comprobada.

Y dispone en qué casos se realizará la conservación de embriones viables: (i) cuando existan embriones no transferidos en orden de evitar un embarazo múltiple; (ii) cuando surjan interurrencias transitorias que pongan en riesgo la viabilidad del embrión; (iii) cuando exista riesgo de salud materna, tales como hiperestimulación ovárica y otras complicaciones médicas y/o quirúrgicas.

Estos gametos o embriones deben ser conservados con consentimiento previo y escrito de la pareja, ya que para la ley pertenecen a ella. Establece que se pueden conservar únicamente en los centros donde se realizan las TRHA y determina un periodo de conservación máximo de diez años. Cumplido este plazo, se considerará que se han abandonado si la pareja no los reclama. Si esto se produce, el material deberá ser descartado.

Este material conservado, durante el periodo de conservación, puede ser donado por decisión de los beneficiarios, expresado esto en forma fehaciente y por escrito ante escribano público.

Contempla el caso de que durante la criopreservación falleciera alguno de los beneficiarios, dejándole la decisión sobre los mismos al sobreviviente. El caso que no se encuentra contemplado es el supuesto en que sea una persona sola la que haya criopreservado el material.

Finalmente, en el artículo veinticinco establece que los únicos propietarios y/o beneficiarios de los gametos o tejidos gonadales son aquellas personas de los que dichos gametos han sido obtenidos. Estos gametos pueden ser descartados en el caso que su titular así lo solicite. En caso de fallecimiento del titular de dichos gametos, los mismos deben ser descartados a menos que exista expresa disposición acerca de su destino previo al fallecimiento por parte del titular.

IX. Jurisprudencia

IX.1 Jurisprudencia internacional

Dodson v. University of Arkansas for medical sciences university or Arkansas

En 1995, Patricia Dodson (anteriormente Patricia Lay) y su marido, el Dr. Jackson Lay, participaron en el programa de FIV universitario con el objetivo de crear un embrión para ser implantado en Dodson. Cuando se inscribieron en el programa de FIV, Dodson y Lay firmaron un documento de dos páginas, llamado “Declaración de control y eliminación de embriones” (“la declaración de disposición”). La declaración de disposición rige la responsabilidad de la fecundación in vitro del programa y la custodia de los embriones resultantes, fruto del esperma de Lay y óvulos de Dodson. Por otra parte, UAMS reconoció que Dodson y Lay podrían controlar y dirigir la disposición de los tejidos. En cualquier momento antes de la implantación en el útero de Dodson, la pareja o el cónyuge supérstite solo podrían disponer que los tejidos se destruyan, se utilicen para la investigación médica o ser transferidos a la custodia de otro centro médico o de salud. Por último, en la declaración de la disposición, Dodson y Lay acordaron que en caso de disolución del matrimonio por orden de la Corte, “renunciar a todo control y dirección de [sus] tejidos a favor del director médico” del programa de FIV (“el Director del programa”). A través del programa

de la fecundación in vitro, la pareja había producido dieciocho embriones, que fueron criogénicamente congelados y almacenados en la universidad.

Dodson y Lay se divorciaron en 1997. El Tribunal del Condado de Hot Springs, Arkansas de Cancillería emitió la declaración de divorcio, que incorpora un acuerdo de transacción de la propiedad. En el párrafo siete de los acuerdos de transacción de la propiedad, Dodson y Lay reconocieron y reafirmaron los términos de la declaración de la disposición (de los embriones). Además, acordaron que Dodson “tendrá el derecho a elegir entre las opciones disponibles, si las hubiere, para la disposición que figuran en la declaración [disposición]”.

En 1999, Dodson pidió a la institución que se le implantaran los embriones en ella. Sin embargo, la institución no cumpliría con su petición a menos que se obtuviera el consentimiento explícito por escrito de Lay. Dicha institución autorizaba a destruir los embriones, utilizar los embriones para la investigación médica o permitir que los embriones fueran destinados a ser legalmente adoptados por otra pareja casada en relación con el programa de FIV. Le permitía a Dodson elegir entre las tres opciones, pero negó el consentimiento para la implantación en Dodson. En respuesta, Dodson solicitó a la Corte de Cancillería Condado de Hot Springs al orden en donde Lay, mediante el Decreto de divorcio, había consentido a cualquier procedimiento, incluida la implantación en sí misma. Jackson O. Lay v. Patricia Dodson, no. E-96-287 (10 de noviembre de 1999) (“Dodson me”). El Tribunal negó la solicitud, entendiendo que Lay sólo consintió a esas opciones enumeradas en la declaración de la disposición. A continuación, el Tribunal encuentra que bajo los términos de la declaración de la disposición, todo control y dirección de los tejidos fue cedido a la Directora de programa de FIV tras la disolución del matrimonio por orden judicial.

Tras la disolución del matrimonio de Dodson y de Lay, el centro universitario adquirió plena autoridad para controlar la disposición de los embriones.

La solicitud de Dodson se fundamenta en que alega violación constitucional. En la medida en que ella se basa en un presunto derecho constitucional para controlar la disposición de sus embriones, está claro que no puede concederse ningún alivio y por lo tanto el rechazo fue adecuado con arreglo a la regla 12(b)(6).

Por otra parte, Dodson afirma que, mediante el envío de sus facturas para el embrión honorarios de almacenamiento durante casi siete años, UAMS habría reconocido el interés y la propiedad de Dodson sobre los embriones y su derecho constitucional a decidir la disposición de los mismos. Pero esto es rechazado. En el mejor de los casos, Dodson alega hechos que admiten una inferencia de negligencia administrativa, pero no un derecho constitucional. Dodson no puede utilizar un aparente error de facturación de UAMS para revivir el presunto interés constitucional al que ella renunció tras su divorcio.

Johnson v. Calvert.

Hechos: Mark y Crispina Calvert son una pareja casada que deseaba tener un niño. Crispina se vio obligada a someterse a una histerectomía en 1984. Sin embargo sus ovarios siguieron en condiciones de producir huevos y, finalmente, la pareja consideró la posibilidad de una madre sustituta. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció para actuar de madre sustituta para los Calvert.

En enero de 1989 Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado por esperma de Mark y el óvulo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina “como el hijo de ellos”. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a todos sus derechos como madre respecto del niño a favor de Mark y Crispina. Como contraprestación, éstos iban a pagarle la suma de diez mil dólares en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además Mark y Crispina se comprometieron a pagar un seguro sobre la vida de Anna por el valor de doscientos mil dólares. El cigoto fue implantado en enero de 1990, quedando embarazada Anna. Las relaciones entre las partes se deterioraron.

Se interpuso una acción judicial en la cual las dos mujeres presentaron –según la Corte de California– pruebas aceptables de maternidad, por lo que consideraron que para resolver el caso debían examinar las intenciones de las partes.

En este caso se plantea la siguiente cuestión: ¿Quién es la madre natural de un niño bajo el derecho del Estado de California cuando, a raíz de un acuerdo de maternidad sustitutiva un cigoto formado de los gametos de un esposo y de una esposa, es implantado en el útero de otra mujer, la cual lleva a término el feto resultante y da a luz un niño no relacionado genéticamente con ella? ¿La determinación de que la esposa es la madre natural del niño, constituye una violación de los derechos constitucionales de la mujer que lo gestó? ¿Y se encuentra el citado acuerdo prohibido de este Estado?

Así, estableció que Mark y Crispina constituyen una pareja que deseaba tener un niño de sus propios genes pero tienen una imposibilidad física para hacerlo sin ayuda de la tecnología reproductiva. Tuvieron la intención de que el niño naciera y llevaron a cabo los pasos necesarios para efectuar una fertilización *in vitro*. Quedó claro para la Cámara que si no hubiera sido por su intención –llevada a cabo– el niño no existiría. La intención de las partes fue traer al mundo al niño de Mark y Crispina, no la de que éstos le donaran un cigoto a Anna.

Concluye que, si bien la ley reconoce, tanto la consanguinidad genética como al dar a luz como medios para establecer una relación de maternidad, cuando los dos medios no coincidan en una sola mujer, entonces debe ser considerada como madre natural bajo el derecho de California aquella que tuvo la intención de procrear al niño, esto es, aquella que quiso provocar el nacimiento del niño y al cual ella tenía la intención de crear como propio. La concepción mental del niño es un factor decisivo en su creación y los que originaron esa concepción merecen todo el crédito como sus creadores. La concepción mental debe ser reconocida como independientemente valiosa.

La Corte de California entiende de que el esposo y la esposa son los padres naturales del niño y que esta solución no afecta las constituciones estadual y federal y tampoco el orden público.

IX.2 Jurisprudencia nacional

B.C. y otra c. UP. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. 17/12/2009

Breve reseña de los hechos: Los amparistas solicitan la cobertura total e integral del tratamiento de fertilización asistida a su obra social, que –conforme prescripción médica– comprende tres fases: medicamentoso, ovodonación y fertilización *in vitro*, así como el traslado y alojamiento de ambos cónyuges en la Ciudad de Buenos Aires donde deberán realizarse el tratamiento requerido. Ello como consecuencia del padecimiento de endometriosis severa que le produce infertilidad a la señora J., sumado a su escasa reserva ovárica. En primera instancia se rechaza la demanda.

Ambas partes apelaron la sentencia de grado.

La Cámara condenó a la obra social a cubrir en su totalidad el tratamiento de fertilización asistida –en el caso por ovodonación– prescripto a los actores, ya que encontró acreditada su calidad de afiliados y su dificultad para procrear, siendo que la circunstancia de que la prestación no se encuentre contemplada en el PMO no basta para eximir a la accionada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud. (del voto del Dr. Tazza).

También ordenó a los profesionales que lleven a cabo el tratamiento a que procedan a la crioconservación de los embriones “sobrantes” o “no transferidos”, en tanto se encuentran alcanzados por la protección legal y constitucional en función de sus características humanas, al consistir en una vida en gestación independientemente que se encuentren fuera del útero materno. (del voto del Dr. Tazza).

Expuso la Cámara que conforme a lo establecido en los arts. 63 y 70 del CC, la existencia de la persona humana comienza con su concepción, más la referencia que hace el citado ordenamiento respecto a que la concepción opere dentro del seno materno no debe interpretarse literalmente, ya que en la época del codificador no existía otro medio más que el natural, por lo que en la actualidad no cabe duda respecto de la equiparación de la gestación uterina o extracorpórea. (del voto del Dr. Tazza).

Y finalmente expresó que frente al vacío legal existente respecto al tratamiento de fertilización asistida por ovodonación, no existe ningún obstáculo para que los accionistas acudan a dicha técnica ante

la prescripción médica que la recomienda, siempre que el centro médico especializado donde se realice resguarde los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas y obtenga el consentimiento libre, expreso e informado de todas ellas, otorgado personalmente y por separado.

Cámara Contencioso administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II ~ 2008/05/26 ~ Ayuso, Marcelo Roberto y otros c. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires

Hechos: Se trata de un matrimonio que no podía procrear naturalmente. Después de consultas y estudios médicos, comprobaron que la imposibilidad provenía de las secuelas de una operación practicada a la mujer tiempo atrás. Se sometieron sin éxito a tratamientos de inseminación artificial y a una fecundación “in vitro”. Sin embargo, siguiendo el consejo del equipo médico que los asiste decidieron repetir el intento. Pero como señala el marido en una nota publicada en la edición del Diario La Nación de fecha 30 de mayo: “A la angustia natural de no poder concebir un hijo se le suma la impotencia de no contar con los recursos económicos para acceder a este tipo de tratamientos. Negarle a una pareja el derecho de poder formar una familia por una enfermedad es un acto discriminatorio”.

En primera instancia, la jueza hizo lugar a la acción de amparo, ordenando que la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires asuma la cobertura del tratamiento de fecundación “in vitro” por la técnica ICSI en la institución que los actores elijan, admitiendo un máximo de cinco tratamientos. La parte demandada apela, pero la Sala 2ª de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, confirma el fallo de grado por el voto mayoritario de sus miembros.

La jueza de primera instancia, desde una visión integradora del Derecho, entendió que la negativa de la Obra Social de otorgar al matrimonio cobertura total para el tratamiento mediante el empleo de la técnica ICSI configuraba una ilegalidad manifiesta por tratarse de una actitud contraria a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución nacional, instrumentos internacionales de igual jerarquía, Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, leyes nacionales; rechazando el argumento de la demandada de mantener su negativa a cubrir el tratamiento por no estar incluido en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE). En igual sentido, el voto mayoritario de la Cámara sostuvo que se encontraban comprometidas garantías constitucionales que hacen al derecho a la salud, en un sentido amplio, “... entendido como el equilibrio psicofísico y emocional de la persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia...”. Lo expuesto se corresponde con el concepto de salud elaborado por la Organización Mundial de la Salud: estado de completo bienestar físico, mental y social. En función de esto, la imposibilidad de procrear naturalmente se vincula con el derecho a la salud y con la calidad de vida.

Sin bien con la decisión judicial no se garantiza que la pareja pueda concebir un hijo por este camino, se respeta su voluntad procreacional en igualdad de condiciones a cualquier otra pareja que al no estar condicionada por una distribución de la naturaleza (esterilidad), puede ejercerla libremente en su ámbito íntimo.

X. La filiación y la voluntad procreacional

Todos estamos de acuerdo en que la filiación consiste en adecuar ésta a su fundamento natural: la procreación. Es decir, “mis padres son aquellos que me procrearon”. Es entonces la procreación el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno filial.

El desarrollo vertiginoso de las técnicas de procreación asistida ha producido una verdadera revolución en el campo de la filiación poniendo en crisis principios que hasta ahora eran inamovibles.

Tal como afirma la antropóloga francesa Françoise Héritier, *“la procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos. Los niños ya no son necesariamente concebidos o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética,*

*no es ni ha sido nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que basar el linaje. Esta situación prevalece en todas partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico*⁵⁵

Como vemos, desde la procreación humana asistida, lo biológico ya no comprende lo genético, ni viceversa, por lo que si antes se distinguía entre lo biológico y lo voluntario, hoy podemos ver que existen tres criterios diferenciados: genético, biológico y voluntario, que dan lugar, a su vez, a tres verdades:

- La verdad genética: según la cual el elemento determinante en la paternidad y/o maternidad es el genético. Para esta verdad lo relevante es haber aportado el material genético.
- La verdad biológica: se basa en el vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, que va más allá del aporte genético. Importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo con el nacido.
- La verdad voluntaria o consentida: la filiación queda determinada por el elemento volitivo. El elemento determinando de la filiación es la voluntad.

Rivero Hernández, autor español, entiende que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido mediante la utilización de fecundación asistida, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera *“no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para el nacimiento concreto), sino porque los demás elementos biológicos o genéticos pueden ser sustituidos todos (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad de una pareja, casada o no —excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola— y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación, (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y, entiende el autor, que no es verdadera causa eficiente del nacimiento en cuestión*⁵⁶.

Es dable destacar que el aspecto volitivo en la atribución del vínculo filiatorio tiene una importancia significativa, pudiendo éste coincidir o no con la relación biológica. Si vemos el caso de la adopción, el protagonismo de la voluntad no se discute. A este tipo de filiación se la ha caracterizado como filiación “electiva”, todo ello en razón del papel decisivo del pretense adoptante para que se selle el vínculo legal. Esto mismo se podría decir en el caso de las técnicas de reproducción asistida, por la importancia volitiva de las personas que buscan acceder a las mismas.

De todas formas, la importancia de la voluntad tiene vigencia, en mayor o menor medida, en todo el género filiatorio, cualquiera sea su especie. Este elemento volitivo aparta no pocas veces el vínculo de filiación de su soporte biológico en provecho de la noción de maternidad o paternidad “de intención”, o sea, ponderando la voluntad procreacional

A lo expuesto precedentemente debe sumársele la posesión de estado, es decir, el carácter fáctico de las uniones familiares y los comportamientos cotidianos. Hasta tal punto es relevante esta posesión, que se le ha concedido fuerza probatoria a la hora de demostrar y obtener un vínculo.

En el capítulo siguiente se tocarán los distintos casos que surgen de la procreación asistida y sus posibles abordajes para determinar la filiación.

⁵⁵ HERITIER, Françoise, “Maculin /Femenin. La pensée de la difference”, Odile Jacob, París, 1966, citada por Comité Consultatif National d’Ethique de Francia. Opinión n°90 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación”, en <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf>, consultado en 19/02/11

⁵⁶ RIVERO HERNANDEZ, Francisco, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco celebrado en Vitoria (28/9 al 2/10/1987), en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trivium, Madrid, 1988, p. 146.

⁵⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis, “Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”, en LA LEY2002-B, 1198

XI. Procreación humana asistida y filiación

El objetivo de las técnicas de reproducción asistida es permitir descendencia a las parejas que presentan inconvenientes para procrear, por lo que deben estar acompañadas por un sistema de atribución de la filiación eficaz.

Un sector del derecho comparado tiene a inclinarse por la prevalencia de la voluntad desplazando lo genético. Lo que se busca con esto es distinguir la filiación de los hijos nacidos por asistencia médica haciéndola inatacable a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal.

Se habla de filiación civil, con conceptos nuevos. La voluntad es el eje principal para determinar la filiación. El “pater” es desplazado por el afecto, el amor y la comprensión. La paternidad es un concepto social que trasciende a lo biológico. La descendencia corresponde a aquellos que la desearon.

Pero veamos las distintas situaciones.

XI. 1 Fecundación homóloga

Es la fecundación que se realiza con los gametos de ambos esposos. No crea inconvenientes para la determinación de la filiación puesto que el vínculo matrimonial le otorga seguridad jurídica en base a la presunción de que el marido es el padre y a la determinación de la madre por el parto.

Este tipo de fecundación también puede darse en parejas de unión estable, y tampoco presentaría demasiados inconvenientes.

En virtud de lo expuesto, veamos si procederían las acciones de impugnación:

- a) Con consentimiento del marido:
 - Cuando media el consentimiento del marido de manera expresa y formal, no cabe la impugnación de la paternidad.
 - Cuando existe un vicio en el consentimiento la situación se complica un poco, puesto que habiendo coincidencia genética y matrimonio de por medio sólo cabría una acción de daños a favor del marido, pero la paternidad no se vería afectada.
- b) Con consentimiento del conviviente: En este caso, de todas formas, debe realizarse el reconocimiento para atribuir legalmente la paternidad.
- c) Sin consentimiento del conviviente: Al no existir vínculo jurídico y falta de consentimiento, la atribución de paternidad estaría negada.
- d) También puede darse el caso de la fecundación post mortem, la cual está referida a los hijos póstumos (concebidos por el padre en vida, nacidos después de su fallecimiento pero antes de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio y los superpóstumos o post póstumos. (que nacieron luego de los 300 días).

A los primeros se le reconocen los derechos sucesorios absolutos, mientras que a los segundos no.

Si la fecundación se produce luego del fallecimiento del marido, se requiere consentimiento expreso y formal, la realización de la transferencia embrional en un plazo que amerite la apariencia filiar y se realice una sola técnica. De no ser así, se impide la atribución de paternidad al fallecido.

Con la crioconservación se dio pie a la proliferación de estas prácticas, por lo que se ha optado por aplicar las siguientes reglas: (i) si el hijo nace dentro del plazo de los 300 días se aplica la presunción pater est, siendo matrimonial; (ii) si el hijo nace fuera del plazo debe diferenciarse si se trata de una inseminación –si hay certeza de la identidad genética y de la voluntad, no cabe aplicar el plazo- o si se trata de una transferencia embrional, su fue concebido durante el matrimonio se reputa matrimonial.

XI.2 Fecundación heteróloga

La fecundación supraconyugal, también llamada heteróloga, se trata de una técnica realizada con la cesión de gametos. Esta cesión implica tanto los productos biológicos del hombre como de la mujer y

encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia, el derecho a procrear, la igualdad y libertad.

Cuando los gametos son de terceros se produce una disociación entre la paternidad legal y la biológica rompiendo con el principio tradicional de la determinación de la filiación. Se parte del principio que aquel nacido de estas técnicas es hijo de la mujer que lo da a luz y del marido o pareja estable de ésta, siempre que exista consentimiento.

En estos casos, hay tres teorías que se han discutido: 1. El consentimiento del marido determina la paternidad con carácter inimpugnable. 2. En base al interés del menor, el consentimiento del marido es similar al reconocimiento, y se descarta la investigación de la paternidad del cedente pues éste no se responsabilizó de la paternidad. 3. El consentimiento del marido es ineficaz para determinar la filiación pudiendo determinarse la filiación del cedente.

Casística:

- Con consentimiento del marido: Existe una manifestación de voluntad en la realización de la técnica con material del cedente. No presente mayor inconveniente a la hora de adjudicar la paternidad.
- Con consentimiento del marido que posteriormente niega la paternidad. En estos casos se ha resuelto haciendo uso a la teoría de los actos propios y la buena fe, limitándose la impugnación de la paternidad.
- Sin consentimiento del marido: la falta de consentimiento de uno de los cónyuges en la participación del otro como aportante (marido) o receptora (mujer) puede ser pasible del uso de la impugnación de paternidad.

XI.2.1. Determinación de la maternidad

La filiación siempre ha estado afianzada a la madre, pero la determinación de la maternidad es compleja al vincularse con las prácticas relacionadas con la cesión de gametos:

XI.2.1.1 Distintos supuestos

Ovodonación

La mujer cesionaria tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos, pero sí puede gestar por lo que necesita de una mujer que sólo le ceda los óvulos. Este es un caso de maternidad parcial, la madre procreante no es la misma que la gestante.

Madre Sustituta

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con estas dos funciones. Es este un caso de maternidad integral, la madre procreante es la misma que la gestante.

Es dable destacar que en nuestro derecho se considera “madre” a aquella que ha parido al bebé, es decir que la maternidad se determina mediante el parto.

Esta presunción hace que las situaciones antes descriptas sean por demás conflictivas, ya que se pueden generar muchas situaciones no felices a la hora de establecer la maternidad en esos casos.

Al no estar legislado –sea permitiendo o prohibiendo– la utilización de estas técnicas con donación de gametos, no hay parámetros a seguir para poder determinar fehacientemente la maternidad.

XI.3 La procreación en función de la ley 26.618

Los cambios introducidos por la ley 26.618 de matrimonio igualitario tienen una relevancia sobresaliente con respecto a la utilización de las técnicas de fertilización asistida, ya que las modificaciones que introdujo en el Código Civil permiten a parejas compuestas por personas del mismo sexo el acceder no sólo al régimen de matrimonio civil, y junto a esto, implícitamente a la posibilidad de ser padres.

He aquí que las técnicas de reproducción humana asistida pasan a tener un papel clave frente a esta nueva realidad, ya que para lograr procrear, las parejas del mismo sexo deberán recurrir a las técnicas de fertilización asistida mediante la modalidad heteróloga, teniendo que apelar a la donación de gametos en ambos casos, sean parejas de varones o parejas de mujeres.

En principio, las presunciones desarrolladas en el punto X.2 para determinar la paternidad no tendrían por qué perder vigencia en lo que respecta a la unión de dos mujeres. El problema se suscita cuando tenemos el caso de una unión de dos varones, ya que el acceso a un embarazo para esta pareja implicaría sí o sí la maternidad subrogada.

Como vemos, la necesidad de tener parámetros legales en los cuales encuadrar estas situaciones resulta por demás necesario.

XII. Procreación humana asistida. Encuadre de la relación jurídica

Como hemos expresado, la procreación humana asistida incluye los distintos procedimientos que pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción⁵⁸.

En función de lo expuesto, cuando se emplea alguna de estas técnicas la adjudicación “vida” proviene de la participación de terceros que actúan sobre la naturaleza para concretar la procreación.

En este contexto, el vínculo jurídico que surge entre el equipo médico y quien o quienes acuden a sus servicios configura una relación jurídica que se manifiesta de la siguiente manera:

XII.1 Contrato de fecundación artificial entre el centro y los usuarios

Este es un clásico contrato de servicios, pues no se ve diferencia, desde la perspectiva jurídica, entre ésta y cualquier otra forma de actuación del médico con sus clientes.

La consecuencia práctica de tal calificación será la imposibilidad de declarar responsable al médico simplemente por no haber obtenido el resultado apetecido: él asume una obligación de medios y no de resultado, por lo cual cumple por poner de su parte todo lo posible según el estado actual de la ciencia, desplegando la diligencia debida según las circunstancias.

XII.1.1 Elementos reales del contrato

Lo serán el servicio a prestar y su remuneración, como lo son en cualquier modalidad de contrato de servicios, y aunque nada se haya pactado al respecto.

En cuanto a la forma, el consentimiento requerido deberá ser prestado de manera libre, consciente, expresa y por escrito.

En cuanto al contenido de la convención, creemos oportuno llamar la atención sobre dos cuestiones de gran interés:

⁵⁸ LUNA, Florencia, “Problemas en torno a las nuevas formas de procrear”, en “Decisiones de vida y de muerte”, Buenos Aires, Sudamericana, 1999, pág. 229.

XII.1.2 Responsabilidad por incumplimiento.

Como ya quedó dicho, nos encontramos ante un contrato de servicios en el que, por tanto, no se debe un resultado acabado, fruto de una actividad, sino la propia actividad. Lo mismo que el abogado no asume la obligación de ganar el pleito, o que el profesor de oposiciones no se compromete a que su alumno apruebe, tampoco el facultativo encargado de una concreta intervención de IA o FIV se compromete a asegurar el éxito de la misma. El asume una obligación de actividad o de medios dirigida o encaminada, por supuesto, a un resultado. Pero a un resultado cuya consecución no depende sólo del esfuerzo que se despliegue. La relación obligatoria es aquí de tal naturaleza que el interés último de acreedor (la mujer favorecida) es aleatorio, contingente, potencial, eventual, razón por la cual es bastante para agotar el cumplimiento de la obligación el que los facultativos observen la diligencia debida según el estado actual de la ciencia.

El interés último o definitivo (que la intervención tenga éxito y la concepción se verifique) es a lo que está orientado el comportamiento del médico, pero, al ser incierto, no le es debido. Bastará con satisfacer el interés primario, y éste se satisfará siempre que exista una conducta prudente .

Pero dentro de las técnicas de reproducción asistida tenemos otros aspectos que pueden encuadrarse contractualmente:

XII.2 Disposición del cuerpo humano

La evolución científica y tecnológica ha provocado que partes del cuerpo humano se conviertan en cosas y de que cosas que, después de su incorporación, se convierten en cuerpo humano.

Este avance científico que reseñados está ligado a la actividad de trasplantes de órganos y a la evolución de las técnicas de fecundación asistida, la fecundación *in vitro*, la obtención de células madre, etc.

Como se puede observar con claridad en nuestra sociedad, la proliferación de bancos en los cuales se depositan partes o productos del cuerpo que luego serán reintegrados al mismo (sangre, gametos, tejidos, células) es evidencia de que el cuerpo humano no es sólo reproducido o multiplicado, sino distribuido en el espacio e inclusive en el tiempo.

Para parte de la doctrina, las partes renovables del cuerpo humano, tales como cabellos, leche de madre, piel, sangre, semen, en cuanto permanecen unidas a él integran el sustrato físico de la persona y participan de su naturaleza. Recién cuando se las separa es cuando corresponde aplicarles el calificativo de cosas, ingresando así en el mundo del intercambio y la comercialización. De todas formas, esto no es absoluto, ya que sólo tiene lugar en tanto la ley, la moral y las buenas costumbres no se opongan⁶⁰.

Como vemos, entonces, la calificación de cosas es la que más se aproxima a su naturaleza jurídica. Pero es importante realizar una distinción: estas “cosas” contienen la potencialidad de producir vida, es decir, crear personas, por lo que nos encontramos frente a cosas de una naturaleza especial en virtud de lo cual pueden encontrarse en el comercio, pero bajo determinadas condiciones.

En cuanto a la propiedad de estas “cosas”, la teoría moderna tiene a considerar que la propiedad de las mismas debe corresponder a la persona que los ha generado, pasando así de un derecho personalísimo a uno de dominio sin solución de continuidad⁶¹.

⁵⁹ GAFO, Javier y CASTAN VAZQUEZ, José María, “Nuevas técnicas de reproducción humana: biomedicina, ética y derecho”, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986, pág. 115 y ss.

⁶⁰ RINESSI, Antonio J., “La nueva visión del comienzo de la vida”, publicado en LA LEY, 1994-E, 1214.

⁶¹ DE LORENZO, Miguel Federico, “El cuerpo humano se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano”, publicado en LA LEY 25/10/2010.

XII.2.1 Contratos relacionados con la disposición del propio cuerpo

En este tipo de contratos se establece que el vendedor de bienes corporales o prestador de servicios posee un excedente que está dispuesto a instalar en el mercado, con la finalidad de obtener un precio que le permita establecer otra función de consumo, de utilidad y satisfacción de necesidades o sociociedades. En estas situaciones, el oferente no tiene posibilidades de establecer de antemano ciertas consecuencias, por ejemplo si en el alquiler de útero se contraerá una enfermedad o infección⁶².

El comercio de las sustancias corporales no es nuevo, pero se ha extendido y ahora tiene lugar públicamente, también a través de Internet. En el sitio <http://www.ronsangels.com>, por ejemplo, se pueden adquirir óvulos de Top-models seleccionándolos a través de las fotografías de éstas; en tanto que en el sitio <http://www.geniusspermbak.com>, se ofrecen espermatozoides de progenitores con un muy alto cociente de inteligencia y en: <http://www.creat-fam.com/home.htm>, de Creating Families hay un vasto repertorio de madres sustitutas.

XII.2.2 Contrato de donación de gametos

En este contrato no se trata sólo de la entrega de espermatozoides, sino que existe el caso de la entrega de óvulos, aunque esto es menos frecuente.

No podemos decir que estemos, en rigor, frente a un contrato de donación típico porque el art. 1789 dispone que “habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa”. El hospital o el banco de esperma, primer receptor de la muestra de semen o de los óvulos no es propiamente un donatario (y ni siquiera va a ser favorecido, en principio, por la liberalidad).

Por lo expresado podemos decir que estamos ante un contrato de donación atípico que debería ser esencialmente gratuito, no deberían permitirse donaciones de gametos remuneradas si no se desea convertir estas técnicas que son terapéuticas en un mercado especulativo.

Sin embargo, en el marco europeo el tráfico de ovocitos humanos que se ha regulado bajo la fórmula de “donaciones”, a mediados de 1995 se evidenció la necesidad de remunerar a las mujeres que se prestaran a donar sus óvulos. En España se ha seguido hablando de donaciones, pero ya hace años que, siguiendo la recomendación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se para por esta necesaria colaboración⁶³.

No es consensual de manera tal que origine obligaciones por la simple emisión del consentimiento. La simple promesa de dación no tiene ningún efecto, como no podrá exigirse, por lo mismo, responsabilidad a quien incumpla o revoque. El contrato nace por el mismo acto de la dación, unido al dato de la aceptación por el centro de inseminación.

En principio, y tomando como base lo regulado por España con respecto a este contrato al cual denomina “donación”, la donación sólo podrá ser revocable cuando el donante, por infertilidad sobrevenida, precisase para sí los gametos donados siempre que en la fecha de la revocación aquellos se encuentren disponibles.

XII.2.3 Contrato de alquiler de útero⁶⁴

Una de las posibilidades de concebir está dada por la anidación de un embrión en el útero de otra mujer –diferente de la que quiere procrear y ser madre–, para que ésta se desarrolle y luego se produzca su externación.

⁶² GHERSI, Carlos Alberto, “Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial”, Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 783

⁶³ *Informe I*, de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Madrid, 1998. El pago se realiza en concepto de “gastos de desplazamiento” de las mujeres a los centros sanitarios y en ningún caso por el producto que se entrega a cambio (600 euros en los centros sanitarios públicos y 1000 euros en los centros privados).

⁶⁴ GHERSI, Carlos Alberto, op. Cit.

El uso del útero ajeno se puede realizar mediante contrato de locación gratuita y onerosa de aquél.

En este sentido, el contrato ha de establecer las cuestiones más importantes, tales como la renuncia de la locadora a reclamar la filiación del concebido en su beneficio, o al derecho de visitas; el cumplimiento de las obligaciones de seguridad, al comportamiento adecuado e incluso, asumir la licencia laboral en las fechas necesarias.

Por otra parte la locadora tiene el derecho al pago del precio y de los gastos de alimentación, a los controles de salud, tecnología, etc.

Otro aspecto más que importante a tener en cuenta a la hora de desarrollar estos contratos es la posibilidad de establecer una cláusula de arrepentimiento y aborto voluntario. Si bien en nuestro derecho no existe la posibilidad de abortar, por lo cual la cláusula sería nula de nulidad absoluta, esto no quita que en los países que suscriben el aborto voluntario ellas puedan consensuarse, sobre todo en el caso de que la locadora se encuentre en un estado de salud comprometido.

XIII. CONCLUSION

XIII.1 El derecho a la paternidad / maternidad

Hemos visto a lo largo del desarrollo del presente trabajo que tanto la Constitución Nacional como las constituciones provinciales –tal como se ha reseñado- protegen a la familia y a su conformación, resaltando la importancia de ampararla especialmente.

Del mismo modo, los derechos reproductivos, -relacionados íntimamente con el derecho a formar una familia- también reciben una protección especial en nuestro ordenamiento.

Es de destacar, asimismo, que el anhelo de ser padres se encuentra presente en toda persona.

Dicho anhelo se encuentra íntimamente ligado con el afán de trascendencia, de perpetuidad. El no poder llevarlo a cabo es una de las cosas que más puede llegar a afectar a una persona, teniendo consecuencias sumamente negativas para la pareja y para su entorno social.

La infertilidad, definida como enfermedad por la OMS, se presenta como el gran impedimento para la materialización del ejercicio de este derecho a constituir una familia y para la realización del anhelo de ser padres. Las técnicas de fertilización asistida vienen a coadyuvar para que este derecho pase de ser un gran anhelo a ser una hermosa realidad.

Paralelamente al desarrollo de los procedimientos de fertilización asistida, que vienen a tratar de remediar este impedimento que representa la infertilidad, se ha evidenciado en sectores de la población argentina una acuciante necesidad de tener hijos biológicamente propios, “de la misma sangre” de los padres.

En un relevamiento a una encuesta realizada⁶⁵ para este trabajo, en la cual se les preguntaba a distintas mujeres si consideraban el ser madre “un derecho” y si de tener dificultades para procrear acudirían a alguna otro mecanismo o procedimiento para acceder a la maternidad, las respuestas revelaron que la mayoría entendía que la maternidad era un derecho, y que de ser necesario acudirían, en primer lugar a la reproducción asistida y en segundo lugar a la adopción.

La maternidad para gran parte de ellas no tiene sustento solamente en lo biológico. Destacan que ser madre es tener la capacidad de brindar contención y cariño necesario; cuidar, amar incondicionalmente,

⁶⁵ Realizado a 30 mujeres dentro de la franja etaria 25/40 años. El 47 por ciento consideró como opción primera acudir a la fertilización asistida y en segundo lugar la adopción. El 13 por ciento solo la adopción. Tres de ellas han recurrido a la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Las tres han podido lograr embarazos exitosos.

proteger, educar, encausar, apoyar, etc., todas éstas acciones que hacen a la maternidad y que están más allá del hecho de haber portado el bebé nueve meses en el útero o de haber aportado el material genético.

También destacan el desgaste psicológico y emocional que implica el buscar quedar embarazadas y darse cuenta, mes a mes, que este anhelo no se alcanza. Relatan que estas situaciones también desgastan la relación de pareja.

Algunas de ellas se han sentido “menos mujeres” y sentían que su estima estaba muy baja. Antes de quedar embarazadas gracias a la asistencia de estas técnicas, habían optado por alejarse de su grupo de amigos –sobre todo si éstos ya estaban conformando sus familias y habían tenido hijos-, ya que el hecho de compartir con ellos hacía más evidente la imposibilidad de ellas de quedar embarazadas.

De lo descrito de las encuestas se puede observar el sufrimiento que tiene una persona que anhela ser madre o padre y que no puede alcanzar dicho anhelo debido a inconvenientes físicos, que afecta todos los ámbitos en los cuales esta persona se desenvuelve: emocional, relacional, afectivo, etc.

Las técnicas de reproducción humana asistida son una gran solución frente a este inconveniente. El acceso a estas técnicas por parte de parejas que se ven impedidas de procrear naturalmente por presentar alguna deficiencia física que no les posibilita quedar embarazadas, permite que el sufrimiento psicológico y social al que se veían sometidas pueda aliviarse.

Lamentablemente los costos que conlleva este tipo de procedimientos hacen que no todas las parejas puedan acceder a ellas. Por eso nos encontramos en un momento en el cual existen muchas acciones judiciales interpuestas por parejas que económicamente no pueden hacer frente a ello, solicitando que por medio de una sentencia judicial se les obligue a las obras sociales y prepagas –ya que estas técnicas no se encuentran incluidas en el PMO– a que se hagan cargo de la cobertura del tratamiento que debe llevarse a cabo para obtener el embarazo tan deseado. Los distintos fallos judiciales están haciendo lugar a lo petitionado, resaltando que el derecho a la salud y a la conformación de la familia son derechos protegidos constitucionalmente⁶⁶.

En muchos de los casos judiciales, una de las defensas opuestas por las instituciones accionadas es que el derecho a ser padres, si existe este derecho, no es absoluto y puede ser realizado sin necesidad de tener que acudir sí o sí a las técnicas mencionadas en el presente trabajo, debido a que existen otros institutos que permiten acceder a la paternidad, como por ejemplo la adopción. No necesariamente, afirman, el ser padres se alcanza de manera biológica.

Es dable destacar que si bien es cierto que el derecho a ser padres no es absoluto, el hecho de que la ciencia permita que aquellos que no pueden acceder naturalmente a la procreación puedan hacerlo acudiendo a las técnicas de reproducción asistida, hace válida tal decisión no existiendo razón para negarles esa oportunidad, sobre todo después de ver que mediante este adelanto de la ciencia muchas personas pueden evitar ver frustrado un anhelo tan personal como es el querer ser madre/padre.

Ha quedado claro que el derecho a ser padres y a procrear existe y se encuentra amparado, por lo que se deben crear en nuestro país las condiciones tanto jurídicas como sanitarias para que este derecho pueda ser ejercido con total libertad.

Por suerte, debido a la cantidad de precedentes jurisprudenciales que obligan a las obras sociales y a las prepagas a cubrir estos tratamientos, el legislador va tomando nota y va elaborando leyes como la sancionada recientemente en la provincia de Buenos Aires (que incluye a las técnicas de reproducción

⁶⁶ Entre otros: C.N.C., Sala B, 15/04/93, en JA, 1994-II-375; Juzg. C. y C. San Martín, N° 8, 02/12/04, citado en el trabajo de Webb, María S.; Cobertura de las obras sociales y en empresas de medicina prepagas de las diferentes terapias de reproducción, en DJ, 2005-3-837; Juzg. Cont Adm. La Plata, N° 1, 14/10/04, citado en el trabajo de Webb, María S., trab. cit.; Cám. Cont. Adm. de La Plata, 07/03/06, en RDF, 2007-I-73; Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad de Buenos Aires, N° 6, 20/11/07, en RDF, 2008-II-121; SCJ Mendoza, Sala 1ª, 28/08/07, en RDF, 2008-II-189; Cám. Cont. Adm. y Trib. Ciudad de Buenos Aires, Sala 2ª, 26/05/08; Cám. Nac. Ap. C. y Com. Fed., Sala 1ª, 14/10/08; C. Ap. Cont Adm, San Nicolás, 17/04/07, citado en el trabajo de Webb, María S., trab. cit; CApel. ContAdm., San Nicolás, 15/12/2008, en LL, 2009-A, 408; CCont. Adm., San Martín, 30/12/2008, www.abeledoperrot.com, n° 70051970; C. Fed. Ap. Mar del Plata, 29/12/08, en LLBA, 2009-251.

humana asistida al PMO, y establece que los hospitales deberán brindar este servicio), o se van proyectando otras a nivel nacional que son evidencia de la necesidad de regular el uso de estas técnicas, para que el marco en que se desenvuelvan las mismas tenga límites que permitan respetar la dignidad humana conjuntamente con los derechos personales.

Queremos poner de relieve la importancia de que las técnicas de reproducción humana asistida estén reguladas. El dejar que esta actividad se autorregule deja muchos agujeros legales que pueden llegar a llenarse con situaciones por demás desventajosas, debido a que cuando no está prohibido ningún accionar, todo se encuentra permitido, pero en este “todo” el límite entre la correcta utilización de las técnicas para mejorar la vida de una pareja y la manipulación genética o los intereses económicos desmedidos es muy difuso.

Teniendo parámetros claros en los cuales encuadrar el procedimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, como quizás tenga el segundo proyecto de ley de regulación de dichas técnicas reseñado en este trabajo –aunque habría que agregarle algunos aspectos consideramos que está bastante completo- hará que el beneficio que generan las mismas sea aun mayor y mejor.

Es importante que a la hora de elaborar la reglamentación se tenga en miras el objetivo de la utilización de estas técnicas: ayudar a parejas a poder ejercer el derecho a conformar una familia y a realizarse plenamente como personas.

Pero, qué acontece cuando este derecho a ser padres quiere ser ejercido por una pareja conformada por personas del mismo sexo?

Los Principios de Yogyakarta, que son principios que tratan sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género establecen que *“Toda persona tiene derecho a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género. Existen diversas configuraciones de familias. Ninguna familia puede ser sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes”*.

Por otra parte, nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional establece que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”*.

Estas dos citas mencionadas expresan claramente que no debería existir óbice para que las parejas conformadas por personas del mismo sexo puedan realizar también su anhelo de ser padres, es decir, puedan ejercer su derecho a ser padres.

Las reticencias que puede haber al respecto en su mayoría están basadas en concepciones morales que deben quedar separadas a la hora de permitir el ejercicio de un derecho que se encuentra amparado constitucionalmente.

Sin embargo, para que este anhelo se pueda llevar a cabo no sólo por las parejas conformadas por personas del mismo sexo sino también por parejas heterosexuales, es necesario que se piense seriamente en la regulación de la fecundación heteróloga -donación de gametos- y de la maternidad subrogada, ya que sobre todo en las parejas del mismo sexo, para acceder a la paternidad no tienen otro medio para ello que recurrir a la donación de óvulos o espermatozoides y a la maternidad subrogada si desean tener un hijo con parte de carga genética de uno de los dos. Sobre todo esta última figura debe tener especial atención por las implicancias en la filiación que genera.

Es cierto que la mayoría de la legislación internacional no prevé la maternidad subrogada y otro sector importante de ésta la prohíbe, pero creemos que debe darse un debate serio sobre la posibilidad de contemplar este procedimiento, dado que existen muchas parejas que se encuentran imposibilitadas de gestar naturalmente el bebé, pero que pueden aportar los gametos para procrearlo biológicamente. ¿Quiénes somos nosotros para poder decir que ese derecho –anhelo- de ser padres no puede realizarse? Es cierto que nuestro Código Civil nos impide en su art. 953, elaborar un contrato con una “persona” como objeto. Pero si adoptamos para sí lo que el informe Wainrok denominó preembrión, no estaríamos hablando aún de personas de personas aun. Es un debate que dejamos abierto.

De todas formas queremos resaltar que en cuanto al aspecto contractual, creemos que no hay por qué apartarse del principio de libertad de las formas, pero es necesario que exista una regulación específica de las técnicas de fertilización asistida que sirva de marco a estos contratos, para poder proteger no sólo a la persona por nacer, sino también a las personas que se acercan a las técnicas de reproducción asistida con la ilusión de poder materializar ese anhelo de paternidad que hace que su existencia tenga un sentido.

XIII.2 La filiación, las TRA y la ley de matrimonio igualitario

El derecho de filiación de finales del siglo XX ha sido influido de manera significativa por el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida y la legislación del matrimonio igualitario.

La biotecnología proporciona otra fuente creadora de vínculos filiales mediante el empleo de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Cuando la pareja y/o mujer sola acude al auxilio médico para concretar el deseo de proyectarse en un hijo, la procreación sale del ámbito de lo íntimo para dar intervención a terceras personas que desde su saber colaboran en el acto reproductivo, dando nacimiento a un vínculo natural asistido.

Como hemos visto, ya no sólo se habla del padre biológico, sino de padre genético y de padre procreador. Y el matrimonio ya no está compuesto por varón y mujer exclusivamente, sino que puede ser también varón y varón o mujer y mujer.

Algunos juristas, etnólogos, antropólogos y psicólogos piensan que se pueden tener varias figuras paternas y varias figuras maternas. O se puede tener un solo padre o una sola madre cuando el padre y la madre no viven forzosamente juntos. Asimismo, desde la psicología se habla de que existe “función materna” y “función paterna” y que estas funciones no necesariamente deben ser ejercidas por mujer y varón respectivamente, por lo que ¿no cabe plantearse que exista otro tipo de vínculo de parentesco entre el hombre y la mujer y el niño? ¿No cabe inclinarse por otras formas de estructura familiar en las que el niño, aunque nazca todavía de la unión de lo masculino y lo femenino viva con dos madres y dos padres?

En la actualidad asistimos a una propagación de modelos familiares que nos incita a reflexionar sobre la concepción de familia: 1) familias nucleares basadas en el matrimonio heterosexual, 2) familias adoptivas, 3) familias mixtas, 4) familias de acogida, 5) familias homosexuales que recurren a la procreación asistida. No existe ni en la ley civil ni en la Constitución una definición de la familia. En realidad lo que existe es una definición mínima de parentesco como un sistema que atribuye unos hijos a unos padres y unos padres a unos hijos. Según las épocas y culturas, se combinan de modo diferente tres elementos: el matrimonio, la filiación y la residencia.

Las nuevas posibilidades de procreación y conformación de familias hizo que ya no se hablara solamente de padres biológicos sino de padres genéticos (los donantes de gametos) y padres procreadores (los que procrean naturalmente). Se habla de una “paternidad social” que surge del hecho de que un niño es educado y criado por un adulto que no es su padre biológico, como sucede en la adopción, pero en este caso este instituto no es el origen de la filiación.

Se habla de una “paternidad social” que surge del hecho de que un niño es educado y criado por un adulto que no es su padre biológico, como sucede en la adopción, pero en este caso este instituto no es el origen de la filiación.

La biotecnología y su impacto en el derecho, como vemos, abrió un espectro amplio de posibilidades que genera un cambio al esquema simple de filiación previsto por el legislador, asistiendo a nuevas formas de maternidad y paternidad ajenas a la concepción clásica de la institución filiación, situación que obliga a revisar los conceptos construidos de padre y madre.

La doctrina actual pone de relieve que los nuevos métodos de procreación desarrollados por la ciencia -particularmente en los supuestos de inseminación artificial heteróloga (IAD) y en la fecundación extracorporeal o in vitro (FIV) cuando se utiliza semen de un tercero- constituyen un fenómeno que hizo alejar la noción de filiación de su apoyatura biológica. En relación a estas prácticas la orientación de las

legislaciones se inclina a atribuir el vínculo jurídico no ya a la persona que proporcionó el gameto, sino a aquel que consintió la fecundación y está dispuesto a asumir la función y responsabilidades de padre.

Por lo expuesto, y para respetar el principio de igualdad que se encuentra consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional, parecería ser necesario focalizar más en el elemento volitivo que en el biológico, ya que si las técnicas de procreación asistida de carácter "heterólogas" practicadas en parejas heterosexuales nos obligan a alejarnos del dato biológico como elemento definitorio, con mayor razón esto debe suceder cuando se trata de una pareja integrada por dos personas del mismo sexo.

Esto nos conduce hacia una concepción amplia de la filiación, comprensiva del vínculo filial creado a partir de la procreación natural, adopción o procreación asistida, siendo necesario deslindar y encuadrar los supuestos derivados de la procreación humana asistida.

La realidad nos lleva a cuestionarnos si es válido jerarquizar en ciertos casos la verdad biológica y en otros la voluntad procreacional o, si por el contrario, es necesario alcanzar la uniformidad.

El recorrido por el presente trabajo nos ha forjado la convicción que la filiación no sólo debe importar la verdad biológica, sino también, el conjunto de verdades que conforman la persona a lo largo de la vida.

Está claro que deberíamos recurrir a la voluntad procreacional a la hora de decidir qué elemento deberíamos tener en cuenta para determinar la paternidad / maternidad producto de la utilización de las técnicas de fertilización humana asistida. Es decir, la filiación corresponderá a aquel que desea ser "parent" que quiere llevar adelante un proyecto parental porque así lo ha consentido.

Es evidente que deviene necesaria una reforma en la concepción de la filiación en nuestro sistema normativo debido a que existen situaciones que no se encuentran contempladas en él. Entendemos que esta empresa no es sencilla, pero creemos que resulta por demás necesario que esta reforma se produzca, para así poder diseñar un ordenamiento jurídico armónico que permita satisfacer a la mayor cantidad de derechos humanos de todos los involucrados.

Por esta razón es necesario que se regule la procreación humana asistida. Sólo así será posible que la institución filiación en sus diversas fuentes, mantenga al hijo como centro de protección jurídica.

XIV. Bibliografía

Libros

- BASSO, Domingo M., Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª edición, Buenos Aires, 1993, página 263, nro.
- BORDA, Guillermo A. La persona humana, Buenos Aires, La Ley, 2001.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil – Parte General. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.
- BELLUSCIO, Augusto (D) y ZANNONI, Eduardo (C). Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
- BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de derecho de familia”, tomo II, 5° edición, ediciones Depalma, 1988
- BUERES – HIGHTON. Código Civil Anotado. Tomo I. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995
- DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte especial, tomo I, Rubinzal – Culzoni editores, Buenos Aires, segunda edición, 2003
- GAFO, Javier y CASTAN VAZQUEZ, José María, “Nuevas técnicas de reproducción humana: biomedicina, ética y derecho”, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1986
- GHERSI, Carlos Alberto, “Contratos Civiles y Comerciales. Parte general y especial”, Astrea, Buenos Aires, 2006
- GIL DOMINGUEZ, Andrés, Fama, María Victoria y Herrera, Marisa, Derecho constitucional de familia, Ediar, 2006, tomo 1
- GONZALEZ MORAN, Luis, De la Bioética al Bioderecho, google libros, <http://books.google.com.ar/>
- GUERRA FLECHA, José María, Procreación humana asistida, <http://books.google.com.ar>
- LLAMBIAS, Jorge Joaquín. Código Civil Anotado. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002
- KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1979.
- LUNA, Florencia, “Problemas en torno a las nuevas formas de procrear”, en “Decisiones de vida y de muerte”, Buenos Aires, Sudamericana, 1999
- RABINOVICH – BERKMAN, Ricardo D., Transplantes de órganos y tejidos, ed. Astrea, Buenos Aires, 2007
- SABSAY – ONAINDIA. La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentarios de su texto luego de la reforma de 1994. ERREPAR, Buenos Aires, 2007
- SAMBRIZZI, Eduardo. La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión humano. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001

Artículos

- NALLAR, Florencia. Destino de los embriones crioconservados. Publicado en: LA LEY 2009-B, 296
- N.N. y otra c/ IOMA y otra. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. 29/12/2008 LLBA 2009 (febrero), 100 – La Ley 13/03/2009, 7
- A. Grimberg y S. Ruiz. LL 1991-B-1198
- Ricardo Rabinovich-Berckman. La tutela de los embriones congelados. LL 2005-E, 1152
- PARISE, Agustín. El Status legal de los embriones humanos en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América. LL 2007-F, 1088
- PREGNO, Elián, “Algunas meditaciones para la construcción de una noción de persona”, en SLAVIN, Pablo E. (compilador), “V Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política”, Mar del Plata, Ed. Suárez, 2005, Tomo I,

Páginas de Internet consultadas

www.laleyonline.com
www.samer.org.ar Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva
www.clarin.com
www.procrearte.com.ar
www.lanacion.com.ar
www.book.google.com
www.diputados.gob.mx
www.legislation.gov.uk
www.infoleg.gov.ar
www.unav.es
www.fecunditas.com.ar
www.rae.es
www.gba.gov.ar

