

PROCREACION HUMANA ASISTIDA

“LA INSEMINACION ASISTIDA CON DACION DE ESPERMA (I.A.D.) Y SUS IMPLICANCIAS CON RELACION AL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD Y A LA SALUD”

**Abog. María Franca Alessio.
Especialista en Derecho de Familia.**

**Trabajo integrador final aprobado para la Especialización de Derecho
de Familia de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.**

INTRODUCCIÓN

En la segunda mitad del siglo XX, se realizaron descubrimientos científicos relacionados con la reproducción humana. Ellos incidieron en el derecho de familia, tales como, las pruebas biológicas que han permitido determinar la paternidad discutida. Encuentran su base en el gran movimiento de reforma de la filiación, desarrollado en los países occidentales en la segunda mitad del siglo XX.

La fertilización asistida es una nueva forma de procrear, en la que se necesita del aparato reproductor, pero no requiere mantener relaciones sexuales para concebir.

El uso de las técnicas de fertilización asistida, plantea una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes.

La falta de una legislación nacional en el derecho argentino, que regule de manera integral el uso de las técnicas de procreación asistida, permite su práctica incontrolada por cada centro privado de fertilización, los que se rigen por las normas de las sociedades que los reúnen.

El vacío legislativo motiva la investigación del tema, con relación a la necesidad, mérito, conveniencia y oportunidad de que la fertilización humana asistida, sea regulada por el ordenamiento jurídico nacional.

Los proyectos de leyes nacionales presentados entre los años 1991 a 1997, han perdido estado parlamentario.¹ También, el Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998, intentó regularla y no se sancionó.² En el año 2008, ingresaron dos proyectos al Senado de la Nación.³ Todos estos antecedentes mencionados, son analizados sistemática y ordenadamente más adelante.

La Provincia de Buenos Aires, el 22 de diciembre de 2010, promulgó la Ley n°:14.208:“Fertilidad Asistida. Reconocimiento de la infertilidad como enfermedad. Cobertura médico asistencial”, al sólo efecto de que los centros de salud públicos, privados y las obras sociales, asistan y cubran el

¹ www.senado.gov.ar/web/proyectos.

² www.cnv.gov.ar/FirmasDig/NuevoCodCivilArtsDigitalizacion.

³ www.senado.gov.ar/web/proyectos.10/5/08.

tratamiento de la fecundación homóloga en el territorio de la Provincia, la misma, es analizada oportunamente.⁴

La fertilización médicamente asistida, se debe regular integralmente mediante el dictado de una ley especial o bien, contemplar su incorporación al Proyecto de Reforma de Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial que se está analizando, en una Comisión creada por el Decreto n° 191/2011, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicado en el Boletín Oficial, el 28 de febrero de 2011⁵. De ser así, se evita que la ley que se dicte anticipadamente, entre en contradicción con el sistema que se pretende unificar.

El último proyecto de ley sobre: “El uso de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida” ingresado a la Cámara de Diputados de La Nación, en el año 2011 a iniciativa de la Comisión de Acción Social y Salud Pública que elaboró un dictamen de mayoría, sobre el mismo, surgió de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General, y de Presupuesto y Hacienda.

El proyecto de ley, se encuentra en tratamiento por la Cámara de Diputados de la Nación que acumula varios proyectos iniciados, bajo diferentes números de expedientes a saber: 0492-D-10; 2106-D-10; 2459-D-10; 2663-D-10; 3953-D-10; 4423-D-10; 5056-D-10; 5854-D-10; 5916-D-10 y 048-D-11.⁶ El mismo cuenta, con un dictamen de mayoría y cinco de minoría. El 30 de noviembre de 2011, en la última sesión del año se lo votó en general, pero la ley no se votó en particular, porque no estaba claro el alcance de la votación y no llegó a tener la media sanción. La validez de lo votado presenta dos situaciones: 1.- si se prorroga las sesiones ordinarias la votación es válida y el proyecto podrá ser tratado en particular y 2.-Si cambia la composición de la Cámara, lo que se aprobó no tendrá validez.⁷

El objetivo general del trabajo: es plantear “*la necesidad de regular la fertilización asistida o la procreación humana asistida*”. El tema se desarrolla

⁴ Boletín de Legislación n° 144, “Ley 14,208”, Colegio de Abogados de La Plata, Año XXV, La Plata, Marzo 2011, pág. 29.

⁵ Boletín Oficial, Decreto n° 191/2011, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Creación de la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”, Bs.As., 28/02/11.

⁶ www.hcdn.gov.ar. 22/11/2011.

⁷ www.clarin.com/sociedad/quedo-abierta-discusion-fertilizacion-asistida. 1/12/2011.

en el Capítulo I bajo el Título: “La Procreación humana asistida”, mediante la recopilación bibliográfica, el análisis de la doctrina nacional y extranjera; jurisprudencia nacional y extranjera.

Los temas que se tratan son: la esterilidad o infertilidad, definiciones elaboradas por la doctrina, las distintas técnicas, su origen y aplicación a fin de justificar el tratamiento del mismo. Como así también, la observación de la legislación vigente y los proyectos de ley sobre la fertilización asistida sistematizados por año de presentación, hasta la fecha.

Para el desarrollo de los temas precedentes, se analizaron conceptos, teorías, posiciones, conclusiones de doctrinarios nacionales como: Gustavo Bossert, Eduardo Zannoni, Delia Iñigo, Lea Levy, Adriana Wagmaster, José Velazco, Pedro F. Hooft, Jorge Perrino, Nelly Minyersky, entre otros.

El trabajo está limitado a los temas mencionados en el párrafo anterior, a fin de no perder de vista el objetivo general planteado, porque es muy amplio su campo de investigación, y se puede llegar, a elaborar una conclusión o propuesta que no sea comprendida e imposible de concretar.

El objetivo específico de la investigación: es analizar “*la inseminación asistida con dación de esperma (I.A.D.)*” o “*fecundación heteróloga*”⁸, y sus implicancias con relación al derecho del niño a su identidad y a la salud. Como así también, examinar la normativa vigente sobre la fertilización con dación de esperma y clasificación de los proyectos vigentes.

Los avances científicos constituyen una realidad cotidiana, que no debe ser ignorada, porque en la búsqueda de un remedio a la esterilidad de uno de los miembros de la pareja, o cuando se quiere procrear a partir de una convicción unipersonal, en ambos casos, se recurre a “*la inseminación con dación de esperma*”.

La I.A.D. plantea por lo menos dos cuestiones con relación a los derechos del niño a saber: la violación al derecho a la identidad y al derecho a la salud, contemplados por la Constitución Nacional (art. 33, 75 inc.22.de la CN, arts. 7 y 8 de la CDN).

⁸Bossert, Gustavo A., “Fecundación asistida”, JA-1988-IV-872. Inseminación heteróloga: es la que se hace si el cónyuge o pareja varón es estéril, “se utiliza semen que se obtiene de un tercero, fresco o congelado y almacenado en un banco de semen. Se la denomina también Inseminación con Semen de Dador (I.A.D)”.

Estimando que se debe abordar con especial cuidado, observando qué derecho va a prevalecer a la luz de las normas existentes, o de la legislación nacional a dictarse en el futuro.

En el Capítulo II con el título “La inseminación asistida con dación de esperma (I.A.D.), los temas son: el derecho a procrear de los pretendidos padres, el régimen de filiación nacional vigente, la doctrina nacional sobre la voluntad procreacional y la teoría de los actos propios, la dación de gametos, derecho a la intimidad del donante y la receptora, los derechos del niño a su identidad biológica y a la salud.

Para el desarrollo de los temas aludidos, se examinó la doctrina nacional en sus similares o diferentes posturas, entre los que se encuentran: Gloria Arson de Glinberg, Miguel Soto Lamadrid, Graciela Medina, Soraya Hidalgo, Dolores Loyarte, Adriana Rotonda, Gustavo Bossert; Eduardo Zannoni; Maria J. Méndez Costa; Daniel H. D’Antonio; Enrique Díaz de Guijarro; Mauricio Mizrahi, entre otros.

También, se analizó el derecho comparado, jurisprudencia nacional y extranjera.

En Argentina en el estado actual de la legislación, se considera que no debe aplicarse la inseminación heteróloga sin reformar el Código Civil o promulgar una ley especial, que regule la procreación humana asistida en sus distintas formas y técnicas.

Se considera importante que la ley que se dicte en el futuro, si regula la I.A.D., contemple un registro de información del dador como lo hace la Ley 14/2006 de España, permitiendo que en el caso de riesgo de vida del niño, se pueda obtener datos del donante sin establecer ningún tipo de filiación.

Finalmente, se cree que la procreación humana asistida, debe ser regulada por el ordenamiento jurídico nacional y que la inseminación artificial con dación de esperma extraño al matrimonio o a la pareja, no debería permitirse en una futura legislación, sin tener en cuenta los antecedentes del dador en el historial clínico del niño.

El derecho del niño a su identidad biológica y a la salud, debe prevalecer al derecho a la intimidad de los adultos. Los centros de fertilización asistida, mediante la utilización de esta técnica, no tienen que violar los derechos fundamentales de los niños, por haber un vacío legal. La CN en los arts.33 y

el 75 inc. 22, que contiene los tratados y convenciones que protegen estos derechos. Como así también, especialmente la CDN en sus arts. 7 y 8.

Estas técnicas deben orientarse hacia una meta más humana y digna, reconociendo al progreso científico como medio y no un fin. El fin debe ser el bien de la humanidad, pues no todo lo científicamente posible, es éticamente admisible.

Las situaciones de hecho que se prologan, sin regulación legal estando en juego la vida, la dignidad, la identidad y la salud de los niños, no pueden ser avaladas por la falta de decisión política de legislar.

CAPITULO I

LA PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA.

1.- LA ESTERILIDAD O INFERTILIDAD COMO CAUSA DE UTILIZACION DEL METODO.

1.1. Introducción

La imposibilidad de concebir hijos en forma natural provoca en algunos casos, situaciones traumáticas para la pareja. La ciencia desarrollada en los últimos treinta años, los coloca frente a una posible solución del problema mediante la procreación humana asistida. Para que ello ocurra, debe tratarse en principio de una pareja en la que alguno de los dos tenga problemas de “infertilidad” o “esterilidad”.

Se emplea el término de “*infertilidad*” o “*esterilidad*”, indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse. Dichos términos, no tienen la misma significación desde el punto vista médico, en cuanto a la diferenciación que hacen respecto de los mismos.

1.2. Concepto de infertilidad y esterilidad.

La terminología “*infertilidad*”, se refiere a la: *“impotencia gestacional de la mujer; incapacidad de llevar un embarazo a término, hasta el nacimiento de un niño viable, aunque la concepción sea posible. (La muerte del embrión antes de la implantación o la consecuencia de trastornos de la nidación no es clínicamente distinguible de la esterilidad femenina). Si existen alteraciones cromosómicas conducentes a una muerte fetal prematura, la causa puede encontrarse asimismo en el varón. En el varón, son equiparados los conceptos de infertilidad y esterilidad”*.

El uso del término “*esterilidad*” alude a: *“una situación de infertilidad, clínicamente relevante, como falta involuntaria de descendencia de una pareja durante uno hasta dos años, a pesar de cohabitaciones regulares sin protección. La esterilidad en la mujer se distingue: en primaria: nunca se dio una concepción y en secundaria: esterilidad adquirida después de embarazos precedentes (infertilidad). La esterilidad del varón: sin.*

*“impotentia generando”. El primer indicio, es proporcionado por un espermograma con hallazgo patológico”.*⁹

En el caso de desear tener descendencia los médicos especialistas, aconsejan realizar la consulta si luego de un año de relaciones frecuentes, no se ha producido el embarazo. Recomiendan siempre explorar a la pareja, y en concreto primero al varón. En la mujer no hay que proceder a ninguna exploración invasora, antes de haber constatado la facultad generativa del varón.¹⁰

La esterilidad, afecta entre el 15 y el 20 % de las parejas en edad reproductiva.¹¹ Los centros de fertilización asistida, manifiestan que estadísticamente, una de cada seis parejas tiene este tipo de dificultades.

Soto Lamadrid¹² en su obra: “Biogenética, filiación y delito”, cita a Videla, Svaransky y Sas, define a la esterilidad en este sentido diciendo: *“La esterilidad es para nosotros una entidad única, constituye un obstáculo que se opone al deseo consciente, de dos personas, de crear juntos a otro ser humano, implantado en su vínculo afectivo”.* Pero a su vez, hace una reflexión crítica hacia el aspecto psicológico que mencionan estos autores, cuando explica que su estudio se ocupará de los métodos para superar la infertilidad orgánica, sin desconocer los aspectos psicológicos y sociales de la misma. Percibe que aunque sólo un miembro de la pareja sea estéril, la enfermedad debe ser tratada como un fenómeno que afecta a ambos, haciendo permanentemente referencia a la pareja estéril o infértil, porque las reacciones conflictivas afectan a ambos por igual.

1.3. Causas de infertilidad o esterilidad.

Los especialistas en medicina reproductiva, como el Dr. Claudio Chillik manifiesta que: *“Debido a que el embarazo es una decisión conjunta de la pareja, la imposibilidad de lograrlo afecta a ambos, por lo que el tratamiento de la esterilidad debe ser dirigido a los dos miembros de la pareja”.*¹³

Las causas de la infertilidad o esterilidad pueden ser:

⁹ Diccionario Pschyrembel de Ginecología y Obstetricia, Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1988, pág.143.

¹⁰ Diccionario Pschyrembel de Ginecología y Obstetricia, Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1988, pág.93.

¹¹ Chillik, Claudio, “Que es la esterilidad”, www.planetamama.com.ar. 3-9-2010.

¹² Soto Lamadrid, Miguel Ángel, “Biogenética, filiación y delito”, Ed. Astrea, Bs. As., 1990, pág.7/8.

¹³ Chillik, Claudio, “Que es la esterilidad”, www.planetamama.com.ar . 3-9-2010.

- a) Femeninas: los factores más comunes son los desórdenes ovulatorios, anomalías anatómicas en el nivel de las trompas de Falopio, malformaciones uterinas, miomas, endometriosis, psicológicas, etc.
- b) Masculinas: azoospermia¹⁴ (que puede ser secretora, cuando falla el funcionamiento de los testículos u obstructiva cuando haya un impedimento en el pasaje de los espermatozoides a través de los canalículos que los llevan al exterior), varicocele¹⁵, infecciones, trastornos genéticos, tabaquismo, drogas, algunas terapias oncológicas, etc.
- c) Mixtas: incompatibilidad sanguínea de la pareja, esterilidad sin causa aparente, donde los exámenes practicados a la pareja desde el punto de vista reproductor son normales.¹⁶

El objetivo específico de este trabajo, es la causa masculina de esterilidad o infertilidad, por la cual, un matrimonio o una unión de hecho recurre a la dación de espermatozoides a fin de concebir un niño, con las consecuencias que se plantean, con relación a los derechos del niño, si se mantiene el anonimato del dador.

2.-DEFINICIONES SOBRE PROCREACION HUMANA ASISTIDA O FERTILIZACION ASISTIDA.

2.1. Introducción.

La procreación humana, puede desarrollarse natural o artificialmente. El objetivo general de este trabajo, es la procreación humana asistida o fertilización asistida. La necesidad de que se regule su aplicación, mediante una ley integral o su incorporación al Código Civil.

En primer lugar, se trata de buscar algunas acepciones de los términos: “*procrear*” y “*procreación*” acorde con la terminología a utilizar. Y es así que la Real Academia Española define los vocablos: “*procrear*” (del lat.

¹⁴Azoospermia: ausencia de espermatozoides en el semen eyaculado.
www.nicolasneuspiller/glosario.com.ar. 14-3-2011

¹⁵Varicocele: dilatación varicosa del plexo venoso que rodea al deferente. 14-3-2011.

¹⁶www.cegyr.com.ar. 28-5-07.

procreare). **1.tr.** Engendrar, multiplicar una especie y el de “*procreación*” (del lat. *procreatio, -ōnis*). **1.f.** Acción y efecto de procrear.¹⁷

Otro significado, de las expresiones “*procrear*” es: (v. t) Engendrar, dar vida, y el “*procreación*” (f). Participación en el proceso biológico de la reproducción.¹⁸ Es este último el que se toma en cuenta, por acercarse más al tema.

En segundo lugar, la palabra “*asistida*” es definida como: (Del part. de *asistir*: **4. Tr.** Socorrer, favorecer, ayudar) **1. Adj.** Que se hace con ayuda de medios mecánicos.¹⁹

De acuerdo con las significaciones seleccionadas en el párrafo precedente, **la procreación humana asistida**, “*es la forma de dar vida, mediante la participación en el proceso biológico de la reproducción hecho por mano o arte del hombre*”.²⁰ Esta definición general es la que se usa para el desarrollo del trabajo y se propone que en el capítulo de la filiación del Código Civil a reformar o en la ley especial a dictarse se la incorpore diciendo: “*La filiación puede tener lugar por naturaleza, adopción o por procreación humana asistida...*”. Se considera que la misma es perdurable en el tiempo, más cuando las reformas en el derecho son menos dinámicas que la ciencia un avance constante.

Otro término que se utiliza frecuentemente, es el de “***inseminación***” que expresa: **1. f. Biol. y Med.** Procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo empleando técnicas adecuadas.²¹ También, se utiliza el vocablo “***artificial***” que significa: (“Del lat. *artificiālis*). **1. Adj.** Hecho por mano o arte del hombre.²² Estas dos últimas acepciones, se refieren a las técnicas de aplicación propiamente dichas, que se utilizan para la procreación humana asistida, de esa manera se hace alusión a ellas. Estas técnicas de uso para

¹⁷ www.educared.org.ar/tamtam/archivos/2004/08/05/diccionario_de_la_real_academia.

¹⁸ Diccionario Larousse, Talleres de Heraclio Fournier S.A., 1972, España.

¹⁹ www.buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta.15-3-2011/diccionario_de_la_real_academia.

²⁰ www.educared.org.ar/tamtam/archivos/2004/08/05/diccionario_de_la_real_academia.

²¹ www.buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta.15-3-2011/diccionario_de_la_real_academia.

²² www.buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta.15-3-2011/diccionario_de_la_real_academia.

la inseminación artificial, son más dinámicas, específicas y su evolución no tiene hasta ahora una permanente actualización en la legislación.

2.2. Definiciones. Doctrina Nacional.

La doctrina nacional de los autores que se mencionan en este subtítulo la han definido con distintos términos, entre ellas:

Perrino²³ en su obra dice: *“que consiste en el conjunto de procedimientos técnicos dirigidos a la concepción de un ser humano utilizando una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer”*. Se refiere a las técnicas que se aplican en general, para dar vida, sin especificar cual, destacando la falta de unión sexual.

Bossert y Zanonni²⁴, la describen de esta manera: *“La inseminación artificial es el método por el cual la mujer puede ser fecundada sin mediar acto sexual. Previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero (inseminación intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina)*. También, hacen referencia a la falta de unión sexual, y explican detalladamente el procedimiento mediante el cual se produce la inseminación intra-corpórea exclusivamente.

Iñigo, Levy y Wagmaister²⁵, prefieren una definición más general y abarcadora de los distintos métodos, cuando dicen: *“Se entiende que la reproducción humana es asistida cuando no es el resultado de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico científicas que la hacen posible”*. Prefieren utilizar el término asistida y no artificial, porque no se trata de reemplazar químicamente el material genético, sino de que los médicos colaboren para lograr la fecundación.

²³ Conf. Perrino, Jorge Oscar, “Derecho de Familia” Tomo II, Lexis Nexis, Bs.As. 2006, pág., 1890/91.

²⁴ Bossert, Gustavo A.,-Zanonni, Eduardo A., “Manual de Derecho de Familia”, Astrea, Bs.As., 2005, pág. 469

²⁵ Iñigo, Delia,- Levy, Lea y Wagmaister, Adriana, “Reproducción humana asistida”, Enciclopedia de Derecho de Familia, Tº III, Universidad, Bs. As., 1994, pág. 551.

Velazco²⁶, opina que: *“Los procedimientos de inseminación artificial son un medio terapéutico para el tratamiento de la infertilidad”* y que deben ser aplicados únicamente, cuando hayan fracasado todos los métodos conocidos para superar esa incapacidad.

Soto Lamadrid²⁷ la define diciendo: *“... Desde el punto de vista puramente biológico, la inseminación artificial, es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado”*. Hace mención puntualmente, a la unión del espermatozoide con el óvulo, en el útero o trompa de Falopio, y que ese hecho, no deja de ser sexual por no haber cópula.

Kemelmajer de Carlucci, Fama y Lamm²⁸, entienden que las *“Técnicas de reproducción asistida (TRA), no debe ser definida legalmente porque quedaría obsoleta, generando interpretaciones diversas, contradictorias, todo lo cual atenta contra la seguridad jurídica...”*, esto evita la petrificación de la norma. Manifiestan que la mayoría de las legislaciones extranjeras no las definen, algunas establecen principios generales u objetivos. Dan como ejemplo la Ley 14/2006 de España que en su art. 2 no define la TRA, sino que enumera las técnicas que pueden realizarse. Finalmente expresan que si de definir se trata, parece más acertado conceptuar a la reproducción asistida como: *“la obtención de la reproducción de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico-biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre o mujer”*.

La Declaración de la Academia Nacional de Medicina sobre Fertilización Asistida²⁹, del 23 de septiembre de 1995 se expidió diciendo: *“La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra*

²⁶Velazco, José R., “Inseminación artificial: aspectos a tener en cuenta para una futura legislación”, JA.1993-IV-729.

²⁷Soto Lamadrid, Miguel A., Ob.cit. pág.20.

²⁸ Kemelmajer de Carlucci, Fama y Lamm, “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, LL, Bs.As., 8-8-2011, pág.2.

²⁹www.acamedbai.org.ar

programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro y fuera del organismo materno...puede ser considerada dentro de los límites citados como solución a la esterilidad de un matrimonio...". Establece, los parámetros mediante los cuales deberán estar encuadradas las técnicas de fertilización asistida, como por ejemplo: que debe ser dentro del matrimonio, o entre varón y mujer, que deberá solicitarse para solucionar la esterilidad y no para experimentar, etc.

La definición que se cree apropiada es la de: *“procreación humana asistida”*, porque se refiere en esos términos al hecho de dar vida, o engendrar un niño, con ayuda o asistencia médica. Se acude a ella, porque naturalmente resulta imposible la concepción. Independientemente de las técnicas y los nombres que utilizan es necesario, darle un sentido más humano y no tan técnico-médico.

3.-LAS DISTINTAS TECNICAS DE PROCREACION HUMANA ASISTIDA.

3.1. Origen histórico.

La intervención médica para ayudar a crear una vida no es nueva, se difundió a partir del siglo XX. Durante muchos años, la infertilidad o esterilidad de la pareja era irreversible, atento a que, la medicina no conocía las causas que las provocaba.

A fines del siglo XVIII, la inseminación se practicaba en la mujer casada utilizando espermatozoides del marido. En 1866, J. Marion Sims logró por primera vez un embarazo por inseminación artificial (I.A.C). *“En 1875, se conocieron trabajos de Thouret, Decano de la Facultad de Medicina de París, quién logró fecundar una mujer con una inyección intravaginal utilizando su propio semen, constituyéndose el antecedente de la inseminación artificial con material genético de donante (I.A.D)”*.³⁰

Se generaliza a partir del siglo XX, tanto en Europa como Estados Unidos, pero más en los países de baja natalidad como los escandinavos, donde se

³⁰ Iñigo, Delia,- Levy, Lea y Wagmaister, Adriana, Ob.cit., pág.552.

desarrollaron los estudios y prácticas sobre el tema, extendiéndose luego a los demás países occidentales.

Zannoni³¹, expresa que la inseminación artificial está estrechamente unida al descubrimiento de que el semen, puede fecundar mucho tiempo después de su eyaculación, si es debidamente conservado, mediante el congelamiento.

La historia de la criopreservación³² comienza en 1776, con un presbítero y fisiólogo italiano, Lazzaro Spallanzani que demuestra como los espermatozoides pierden motilidad, a medida que se los enfría. Pasaron casi doscientos años para que se perfeccionaran las técnicas de criopreservación, y se conociera al glicerol³³ como crioprotector para que Sherman en 1953, reportara el nacimiento del primer niño concebido con espermatozoides criopreservados.

Como se observa, las técnicas de inseminación artificial tienen una historia no tan reciente, adquiriendo una realidad más honda y significativa a partir del nacimiento del “*primer bebé de probeta*”, ocurrido en Gran Bretaña el 26 de julio de 1978, nace Louise Brown, mediante la “*fecundación in vitro*”, es decir, en forma extracorpórea (FIV) con la intervención de los doctores Steptoe (ginecólogo) y Edwards (fisiólogo).³⁴ Su concepción se había producido en un laboratorio nueve meses antes mediante la técnica de fecundación in vitro. Los especialistas extrajeron un óvulo de su madre y lo unieron a un espermatozoide en una placa de laboratorio. Dos días y medio después, el huevo se había dividido hasta formar una pequeña masa de ocho células microscópicas, por lo que fue implantado en el útero materno y se inició una gestación normal. El nacimiento de Louise abrió una página totalmente nueva en el tratamiento de la esterilidad. La FIV: “*es una técnica de reproducción asistida con una estimulación folicular múltiple con*

³¹ Zannoni, Eduardo, “Inseminación artificial y fecundación extrauterina-Proyecciones jurídicas”, Ed. Astrea, Bs. As., 1978, pág. 28.

³² Criopreservación: “congelación y mantenimiento a muy baja temperatura de las gametas y/o embriones para mantenerlos vivos”. www.nicolasneuspiller.com.ar/glosario.30-11-2011.

³³ Glicerol: m. QUÍM. “Líquido incoloro y espeso que forma la base de la composición de los lípidos.” www.wordreference.com/definicion/glicerol. 30-11-2011.

³⁴ Iñigo, Delia,- Levy, Lea y Wagmaister, Adriana, Ob.cit., pág.552

*gonadotrofinas exógenas, aspiración de los ovocitos, inseminación de los mismos en el laboratorio, cultivados entre 48 y 120 horas y transferidos al útero materno. En la práctica común no mas de tres embriones se transfieren, pudiéndose congelar los restantes hasta una futura transferencia”.*³⁵

Hoof³⁶ inscribe este hecho en un acontecimiento de singular importancia, al decir que se inicia en la década de 1970, la “tercera ola” en la historia de la biología, mediante la cual, “el hombre además de conocer las raíces misma de la vida, interviene activamente en sus propias bases”. Esto produce consecuencias positivas y negativas en el proceso de humanización, que dependen de una elección ética de la comunidad científica, la sociedad y el propio hombre. Se desarrolla un creciente poder sobre las cosas y sobre la humanidad, mediante un incesante avance científico tecnológico, en especial en las sociedades de importante desarrollo económico.

3.2. Aplicación y clasificación de las técnicas.

En principio, la fecundación asistida se introduce como terapia para resolver los problemas de las parejas que no podían concebir hijos por infertilidad. La investigación de las causas, la prevención y los tratamientos de la esterilidad, se extendieron más allá de la terapéutica para la curación, desviando el objetivo a estudios que no tienen que ver con la verdadera curación de la enfermedad, sino a encubrir principalmente, la esterilidad masculina que es la más difícil de asumir.³⁷

Las técnicas que utilizan los especialistas en fertilización para la procreación humana asistida las clasifican en:

- a) **De baja complejidad:** “la inseminación artificial o asistida”: es un procedimiento que facilita el encuentro del espermatozoide con el

³⁵FIV: www.nicolasneuspiller.com.ar/glosario.

³⁶ Hoof, Pedro Federico, “Bioética y Derechos Humanos-Temas y casos”, Ed. Depalma, Bs. As., 1999, pág.28.

³⁷ Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana, “Procreación Humana Artificial: un desafío bioético”, Ed. Depalma, Bs.As., 1995, pág.90.

óvulo. El semen, se deposita en la entrada del cuello cervical o directamente dentro del útero con la ayuda de una cánula. La inseminación asistida, puede realizarse con semen del marido o proveniente de un banco de semen. Para poder someterse a un ciclo de inseminación artificial se han de cumplir una serie de requisitos: las trompas de Falopio han de ser permeables, el semen ha de ser de buena calidad, y se han de considerar otros factores como la edad de la mujer, el tiempo de esterilidad y los ciclos de inseminaciones anteriores para decidir si es conveniente realizar un nuevo ciclo de inseminación artificial o por el contrario sería más recomendable someterse a otra técnica más compleja como la fecundación in vitro y transferencia de embriones, la cual ofrecería más garantías de éxito.

- b) **De mediana complejidad:** GIFT, Transferencia de Gametas en las Trompas: técnica de reproducción asistida que comprende la estimulación folicular múltiple con gonadotrofinas. Los folículos maduros son aspirados. Los óvulos aspirados conjuntamente con el semen del marido o del donante, son transferidos directamente en las trompas, donde la fecundación tendrá lugar. Es la única técnica de fertilización asistida en la que los embriones se forman en el cuerpo de la mujer, y no en el laboratorio.³⁸
- c) **De alta complejidad:** FIV, Fertilización In Vitro: técnica de reproducción asistida con estimulación folicular múltiple con gonadotrofinas exógenas, aspiración de los ovocitos, inseminación de los mismos en el laboratorio, cultivados entre 48 y 120 horas y transferidos al útero materno. En la práctica, se traspasan no más de tres embriones, pudiéndose congelar los restantes hasta una futura transferencia.³⁹ ICSI, Inyección de Espermatozoides Intracito plasmáticos: fertilización microquirúrgica en la cual un espermatozoide es inyectado dentro del citoplasma del óvulo. Indicado, en los casos de severa infertilidad masculina o cuando el

³⁸www.embarazoybebes.com.ar/embarazo/tecnicas-de-fertilizacion-asistida-de-baja-y-alta-complejidad/30-11-2011.

³⁹ www.nicolasneuspiller.com.ar. 25/4/08/. Act.30-11-2011.

semen tiene muy pocos espermatozoides normales o cuando la capacidad fecundante de los mismos está disminuida

Otras formas de fertilización: PROST, transferencias intratubarias de ovocitos fertilizados, en estado de pronúcleos, casos en que desde el punto de vista biológico, todavía no se ha producido la división celular, por lo tanto no puede hablarse de la idea de un nuevo individuo, pues conservan los caracteres cromosómicos de las dos células germinales. De allí, que en estos casos no puede hablarse de embrión, ya que esta noción presupone haber pasado por el proceso de singamia, hasta ese momento conservan los núcleos de los gametos, no hay formación de un nuevo ser en este estadio.

Empero, no se agotan las formas de fecundación asistida con las expuestas, ya que existen múltiples variables y combinaciones; sólo se mencionan las más utilizadas en sus tres niveles de complejidad, con la finalidad de ilustrar la diversidad y amplitud de estructuras de situaciones que se fundamentarán en la próxima instancia con la lente de una ética convergente, porque evidentemente partimos de niveles en que la conflictividad se encuentra presente, no se puede suprimir y argumentar a partir de la aceptación de la disputa.

3.3. Fecundación Homóloga y Heteróloga.

Dentro de las prácticas de procreación asistida, debemos distinguir aquellas en las que la fecundación se produce dentro del seno materno o fuera de él. En ambos casos, pueden realizarse con gametos⁴⁰ de la pareja o del obtenido por dación de un tercero. Se clasifican en:

a) Homóloga: Es la más antigua y *“es la que se aplica a los cónyuges o parejas estables, porque el semen que se inocula a la mujer es el del esposo o pareja, durante el período fértil del ciclo ovárico de la mujer⁴¹ y puede ser corpórea o extracorpórea. También se la denomina Inseminación Artificial Intraconyugal (I.A.C)”*. La Academia Nacional de Medicina declara que: *“la*

⁴⁰ Gametos: “(gr.gametes género):den.global para las células germinativas masculina o femeninas (célula ovular o espermáticas). En la fecundación origina el cigoto, a partir de los gametos masculinos y femeninos”, Diccionario Pschyrembel de Ginecología y Obstetricia, Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1988.

⁴¹ Zannoni, Eduardo, Ob.cit., pág.29.

*fertilización asistida sólo debería ser realizada dentro de la pareja casada, varón y mujer, con el material genético de ambos...*⁴²

b) Heteróloga: es la que se hace si el cónyuge o pareja varón es estéril, *“se utiliza semen que se obtiene de un tercero, fresco o congelado y almacenado en un banco de semen. Se la denomina también Inseminación con Semen de Dador (I.A.D)”*.⁴³ Se considera que es la que merece mayor atención del legislador, por las diversas situaciones que pueden plantearse con relación a la filiación del hijo así concebido, en el estado actual de nuestra legislación.

Luego de estas consideraciones preliminares sintéticas, el objetivo no es hacer un trabajo desde el punto de vista médico, sino al sólo efecto, de aclarar conceptos que más adelante son mencionados, y poder determinar la problemática jurídica que plantea la procreación humana asistida, por la falta de una legislación que la regule.

4.- DERECHO ARGENTINO.

4.1. Necesidad de legislar.

El objetivo general es plantear la necesidad de regular la fertilización asistida o la procreación humana asistida, mediante la descripción y análisis del problema que plantea el vacío legal en nuestro país el tema de la Procreación Humana Asistida y específicamente, el de la Inseminación mediante la Dación de Esperma en la fecundación heteróloga (I.A.D.).

Las técnicas biogenéticas no fueron contempladas por el Código Civil debido a su inexistencia cuando se sancionó y tampoco fueron tenidas en cuenta por la ley 23.264 sobre el régimen de filiación del año 1985, época en que ya se conocía el uso de las mismas.

En la Argentina la práctica de la inseminación artificial es habitual, los centros de fertilización son de orden privado y están agrupados por la

⁴² www.acamedbai.org.ar

⁴³ Bossert, Gustavo A., “Fecundación asistida”, JA-1988-IV-872.

Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad. Desarrollan su actividad a través de sociedades médicas de la especialidad, sin ningún tipo de control del Estado.⁴⁴

En virtud de expuesto anteriormente, la pregunta es: ¿se debe legislar sobre la procreación humana asistida?

4.2. Doctrina nacional. Posturas.

La doctrina nacional está dividida entre quienes, sostienen la necesidad de darle un marco legal específico, y los que consideran que en el estado actual del ordenamiento jurídico, se puede contemplar esta nueva forma de procrear y establecer la filiación del hijo.

Zannoni⁴⁵ expresa que es un auténtico desafío de la política legislativa, con implicancias en el derecho civil y en el derecho penal. En el derecho civil: a) ya sea por vía interpretativa o una reforma legislativa, precisar los arts. 63 y 70 del C. Civil, con relación a la existencia de las personas desde su concepción dentro y fuera del seno materno, estima que protegerá adecuadamente al “*nasciturus*”; b) que el sistema cerrado de impugnación de la paternidad legítima de los arts. 246, segundo párrafo y 252 del C. Civil, se replanteen permitiendo el desconocimiento en los casos de inseminación artificial heteróloga, cuando no haya dado el consentimiento el marido para el procedimiento. Propugna, un sistema abierto de impugnación que no se acote a supuestos taxativos; c) la conveniencia de que el marido no podrá ejercer la acción de desconocimiento de la maternidad del hijo nacido durante el matrimonio, sustentado en el último párrafo del art. 261 del C. Civil, invocando que el óvulo no es de ella, si existió consentimiento escrito de ambos.

En el derecho penal, manifiesta que deben tipificarse como delito, con pena accesoria de inhabilitación para el médico y otros profesionales intervinientes, cuando las conductas sean: a) experimentación de embriones

⁴⁴ Minyersky, Nelly, “Bioética y Derecho de Familia”-Genoma Humano, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág.161.

⁴⁵ Zannoni, Eduardo, Ob.cit, pág. 120/22.

con fines eugenésicos o de otra índole; b) la inseminación artificial o fecundación extrauterina heteróloga, realizada a una mujer casada sin consentimiento escrito del esposo; c) la oferta pública de esperma o de óvulos y d) cualquier conducta que quiebre el anonimato del dador de esperma, óvulo y de la receptora.

Ramos⁴⁶, está de acuerdo en legislar y que hay dos caminos para hacerlo: a) de manera prohibitiva, abriendo la posibilidad de que se continúen las prácticas a nuestras espaldas; o b) abiertamente, con el objetivo puesto en la familia. Con relación a la inseminación homóloga, considera que no es necesario legislar, porque intervienen componentes genéticos de la pareja y el ordenamiento jurídico vigente contemplaría los conflictos. Respecto a la inseminación heteróloga, advierte la importancia del consentimiento del hombre, porque si lo prestó no podrá impugnar la paternidad. El hijo con la ley actual podría impugnar, sin plazo de caducidad, la paternidad del marido de su madre y reclamar su filiación al dador del semen, considerando que esta acción debe dejarse sin efecto, cuando se legisle sobre estas técnicas.

Finalmente, Ramos propone otros temas para el caso de que se legisle y son: 1.-El consentimiento de los padres de voluntad que debe ser otorgado por instrumento público; 2.-Las clínicas deben llevar un registro confidencial de donantes y receptores; 3.-Conservar datos biofísicos del donante, a efectos saber el origen de las enfermedades que pueda tener el hijo; 4.-Los embriones pertenecen a los padres genéticos que decidirán su futuro; 5.-Los bancos de esperma deben tener control estatal; 6.-Compensación a los donantes, como gastos de traslado. Asimismo, legitima el instituto de la adopción, como alternativa para las parejas que no pueden concebir. Cree que en la fecundación heteróloga, el hombre que la consiente evidencia un acto de amor que no se puede dejar de reconocer.

⁴⁶ Ramos, Rodolfo, "Fecundación Asistida y Derecho", Ed. Juris, Rosario-Santa Fe, 1992, pág.14/16.

Velazco⁴⁷, en su artículo sobre: “Inseminación artificial: aspectos a tener en cuenta para una futura legislación”, advierte el peligro que significa la práctica de inseminación artificial sin límite ético alguno, porque es posible la manipulación del ser humano como la ciencia lo desee. Manifiesta que resulta imprescindible regular, dentro de un marco en el que deberán actuar con quienes investigan el origen mismo de la vida. Las limitaciones éticas y morales deben tener en cuenta que el objeto de investigación de la ciencia genética es el hombre en sus inicios. Propone la necesidad imperiosa de regular las técnicas de inseminación artificial. Que las mismas sean consideradas un remedio contra la infertilidad y no una forma alternativa de procreación.

Expresa que el derecho a inseminarse no es absoluto, no debiendo permitirse la inseminación a mujeres solas. Debería aplicarse a matrimonios y parejas estables. Siempre, se debe dar preponderancia el derecho del niño a nacer en una familia. Puntualiza, los supuestos que debe prohibir la futura legislación expresamente: a) Acuerdos con madres sustitutas o portadoras, mencionando el art. 953 del C. Civil, el contrato no tendría efectos porque el estado de familia no puede ser objeto de ningún acuerdo privado; b) Mezcla de semen y selección de sexo u otras condiciones físicas; c) Congelamiento de embriones y d) La inseminación post-mortem del dador.

Acepta la inseminación con dación de esperma, que debe ser gratuita, voluntaria y revocable, creándose un registro de dadores y receptores, supervisados por el Estado. También, regular la capacidad del dador con relación a la edad y ausencia de enfermedades hereditarias. El conocimiento de la información, deberá excluir cualquier acción de filiación.

Iñigo⁴⁸, expresa que se debe legislar permitiendo la utilización de métodos de procreación asistida a parejas que padezcan esterilidad cuando otros tratamientos no han logrado el embarazo, debiendo suscribir el consentimiento informado. Descarta de plano la utilización de los métodos

⁴⁷ Velazco, José R, Ob.cit., pág.730/1.

⁴⁸ Iñigo, Delia, “Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas”, Revista de Derecho de Familia”, 2, Ed. Abeledo-Perrot, 1989, pág. 62/3.

de fertilización asistida por mujeres solas. Lo fundamenta en que el niño debe nacer con un entorno familiar que lo contenga afectivamente y lo ayude a madurar, porque para ella todavía es lo más adecuado para el crecimiento integral del niño.

Medina⁴⁹, también destaca la necesidad de un debido marco legal, teniendo en cuenta la preocupación de la doctrina por darle un encuadre jurídico a la aplicación de estas técnicas de reproducción, por las cuestiones que se plantean desde el punto de vista ético-jurídico. Considera que la falta de una ley sobre la problemática tratada, permite que esta práctica se desarrolle en un marco de libertad absoluta, quedando los límites a la voluntad de los particulares y de los profesionales que intervinieren.

Estima que la biomedicina solicita que el legislador la reglamente, a fin de evitar el uso incontrolado de estas técnicas, con consecuencias imprevisibles para la sociedad y la dignidad. Establece que los valores que debe tener en cuenta el legislador que son: *“el derecho a la vida e integridad psicofísica de todo ser humano, desde su concepción hasta su muerte”*. Como así también, la prohibición de investigar y experimentar afectando la dignidad de la persona.

Loyarte y Rotonda⁵⁰ en su obra *“Procreación Humana Artificial: un desafío bioético”*, proponen una adaptación del Código Civil que contenga como principio fundamental el reconocimiento del *“nasciturus”* como sujeto de derecho desde la concepción, sea ésta natural o artificial y sobre esta base se dicte una ley especial que contemple la procreación asistida y todas las cuestiones que hacen al tema. Mencionan la necesidad que esa ley específica contenga un marco de aplicación del uso de las técnicas, sólo para superar la infertilidad y cuando las demás terapias no han resultado satisfactorias.

Las autoras sostienen que: *“sin ese límite se desnaturaliza la humanidad y la procreación como un hecho biológico, humano y cultural, para generar*

⁴⁹ Medina, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, pág.365.

⁵⁰ Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana, Ob. cit., pág.385/6.

una familia basada en la verdad y autenticidad". También se refieren a los centros privados que efectúan las inseminaciones, considerando que deben ser reglamentadas especialmente sus funciones, como así también, la especialidad de los profesionales que actúan en ese ámbito con la fiscalización estatal permanente y periódica, conforme lo disponga la legislación. Asimismo, marcan como importante la intervención de un comité ético-interdisciplinario que debería funcionar en cada centro, a fin de evaluar las causas de esterilidad o infertilidad.

Cafferata,⁵¹ expresa que el orden jurídico argentino vigente puede resolver las situaciones que plantean la aplicación de las técnicas biogénicas, considerando que no es necesario legislar en forma específica el tema. Menciona, cómo está integrado el ordenamiento jurídico que en líneas generales tienen relación con el tema: 1) la Ley de Filiación y Patria Potestad; 2) la Convención de Derechos Humanos; 3) Código Civil; 4) el Código Penal; y 5) Constituciones Provinciales: Córdoba, San Juan, Jujuy, Salta, Santiago del Estero, etc. También, se refiere la protección jurídica del hijo que le brinda el derecho argentino.

En conclusión, se considera que la procreación humana asistida debe ser regulada por el ordenamiento jurídico nacional mediante una reforma al Código Civil en materia de filiación, a efectos de contemplar la situación de los niños procreados y nacidos mediante estas técnicas de inseminación. Además, debe dictarse una ley especial que reglamente la aplicación de los procedimientos de inseminación, a quienes están destinados, cuales son las técnicas que podrán utilizar conforme el régimen de filiación, para no violar los derechos del niño, y todo lo relativo al funcionamiento y supervisión de los centros de fertilización que las practican.

La legislación futura deberá equilibrar el uso de las técnicas de procreación, con la exigencia ética y legal de proteger la vida y los intereses del niño para nacer.

⁵¹ Cafferata, José Ignacio, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino", ED-130-736.

5.-PROYECTOS DE LEYES NACIONALES ELEVADOS AL CONGRESO DE LA NACIÓN ENTRE LOS AÑOS 1991 a 1997.⁵²

La procreación humana asistida se practica desde hace más de 30 años sin ningún marco legislativo que la contenga, provocando dilemas éticos, bioéticos, jurídicos y religiosos. Para dar respuesta a estas cuestiones se han presentado desde el año 1991 hasta la fecha, innumerables proyectos de leyes ante el Congreso de la Nación que no han sido sancionados.

Los proyectos, presentados ante el Senado de la Nación, se enumeran y analizan sintéticamente de acuerdo con los temas que regulan, conforme la clasificación realizada por las autoras Loyarte y Rotonda⁵³.

a.- “Proyecto de Ley sobre las Normas para el Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Autor: LAFFERRIERE, Ricardo Emilio. Exp.94/93 el que caducó el 28/2/1995. Lo reproduce nuevamente bajo el nº de Exp. 628/95.

-Objetivos: Casos de esterilidad o infertilidad previa evaluación de equipo interdisciplinario del centro médico. (art.1).

-Destinatarios: Personas mayores de edad y menores emancipados plenamente capaces.(art.2)

-Consentimiento informado: Informado personal y por escrito. Escritura pública en la heteróloga. Puede revocarse si fallece el que lo otorgó. (art.3).

-Dación de gametos: anónima y gratuita. Por persona mayor de edad y plenamente capaz. (art.5).

-Congelación de gametos: Durante dos años a partir de la fecha de la dación. Cumplido ese plazo, pasarán a disposición del centro. (art.6).

-Número de óvulos para F.I.V.: no hace referencia alguna.

-Congelación de óvulos fecundados: Plazo de tres años y ha pedido de los pretensos padres podrán ser conservados en ese estado un año más. (art.7).

-Transferencia de óvulos fecundados: No establece cantidad.

⁵² www.senado.gov.ar/web/proyectos.

⁵³ Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana, Ob. Cit., pág.450.

- Dación de óvulos fecundados:** Si con relación a los embriones implantados en el caso de fecundación extracorpórea. (art.12 in fine).
- Investigación de gametos:** La admite.
- Experimentación e investigación de óvulos fecundados:** No.
- Intervención terapéutica:** Sí. (art.9).
- Selección de sexo:** La admite para prevenir enfermedades genéticas. (art.10).
- Contrato de maternidad subrogada:** Es nulo. Rige la determinación de la maternidad por el parto. (art.11).
- Lugar:** Las técnicas deben ser prácticas por profesionales y centros autorizados. Rige la objeción de conciencia.(art.4).
- Registros:** Es obligatorio. (art.4, 3º párrafo incs. a y b).
- Concepto de persona:** *sustituye el artículo 63 del Código Civil por el siguiente: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno y los embriones implantados en el caso de fecundación extracorpórea”. (art.12).*
- Adquisición de derechos de la persona por nacer:** Sustituye el art. 70 del C. Civil y dice: *“Desde la concepción en el seno materno o desde la implantación del embrión en éste si hubiera sido fecundado en forma extracorpórea, comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre. El óvulo fecundado goza de la protección jurídica que este código otorga a las personas por nacer”. (art.13).*
- Supuesto de muerte:** Se admite la transferencia a la viuda del material genético del marido, dentro de los 30 días de la muerte de mismo. (art.8).
- Filiación:** Consentimiento con técnica heteróloga: reconocimiento paterno. Modifica los incs.1 y 3 del art. 220 del C. Civil y hace un agregado a los arts. 243 y 253 del C. Civil. (arts. 14,15 y 18).
- Patria potestad:** Sustituye el primer párrafo del art. 264, reemplazando antes de la concepción por “antes del nacimiento”. (art.21).
- Nulidad de matrimonio:** Modifica los incs.1 y 3 del art.220 del C. Civil. Caduca la acción. (art.14).

-Derecho de sucesión: Modifica el art. 3290 del C. Civil estableciendo: “...podrá suceder si al momento de la muerte del autor de la sucesión ni está concebido o implantado el óvulo fecundado en el seno materno...” (art. 23).

-Control de los centros: se refiere a la autoridad competente, no dice cual, ni si debe ser estatal. (art.4).

-Sanciones: El uso de las técnicas sin autorización. Destrucción de embriones o darle un destino diferente al previsto.

b.- “Proyecto de Ley sobre la Fecundación Humana Asistida”. Autores: BRITOS, Oraldo, RIVAS, Olijela del Valle y OTROS. Exp.1374/93. Caducó el 28/2/1995 y lo reproducen nuevamente bajo el nº de Exp. 430/95.

-Objetivos: Esterilidad o infertilidad debidamente comprobadas. (arts.1,3 y 7).

-Destinatarios: Las mujeres mayores de edad, casadas o convivientes de hecho a las que se les reconoce derechos según la legislación vigente. (art.4).

-Consentimiento informado: La pareja que requiera la aplicación de algunos de los métodos debe prestar el consentimiento por escrito en un formulario, el que implica el reconocimiento de la filiación del hijo. (art.9).

-Dación de gametos de terceros: Sólo podrá utilizarse gametos de los miembros de la pareja que solicita su aplicación. (art.11).

-Congelación de gametos: No hace mención alguna.

-Número de óvulos para F.I.V: Hasta tres óvulos por vez, debiendo efectuarse su implantación en una sola oportunidad. Establece una sanción si no respetan la norma. (art.12).

-Congelación de óvulos fecundados: Reprime con reclusión o prisión de tres a diez años e inhabilitación especial para el doble de la condena, el que sometiere a la conservación embriones humanos. (art. 20 inc. a).

-Transferencia de óvulos fecundados: hasta tres óvulos por vez. (art.12).

-Dación de óvulos fecundados: Lo prohíbe. (art. 20 incs. b, c y art. 21).

-Investigación de gametos: No hace referencia alguna.

-Experimentación e investigación de óvulos fecundados: Lo sanciona. (art.19 a).

-Intervención terapéutica: No la admite.

- Selección de sexo:** No hace referencia alguna.
- Contrato de maternidad subrogada:** Lo prohíbe. (art. 20 inc. d).
- Lugar:** Institutos y/o profesionales autorizados y establece obligaciones para ambos. (art. 16).
- Registros:** Llevar un registro en el que su contenido tendrá la modalidad de instrumento público, en el que se dejará debida constancia de la identidad de los pacientes a los que se les hubiese aplicado las técnicas, el número de fecundaciones efectuadas en cada intervención, resultado de las mismas y toda otra circunstancia. (art. 16 inc. a).
- Concepto de persona:** Sustituye el art. 63 del C. Civil de esta manera: *“Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas dentro o fuera del seno materno”*. También, lo hace con el art. 70 del C. Civil diciendo: *“Desde la concepción dentro o fuera del seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”*. (art. 17).
- Adquisición de derechos de la persona por nacer:** Igual al anterior. (art.17).
- Supuesto de muerte:** El consentimiento queda sin efecto por fallecimiento, razón por la cual no admite este supuesto. (art. 10)
- Filiación:** No hace referencia. Expresamente, prohíbe la heteróloga y sanciona su aplicación. (art.20 inc. b y c).
- Patria potestad; Derecho de sucesión, nulidad de matrimonio, adopción prenatal y comisión bioética,** no hace mención alguna.
- Órganos de control:** Si hace mención en el art.4.
- Sanciones:** previstas para la muerte, manipulación genética (art.19); fecundación entre especies, clonación fecundación heteróloga, conservación de embriones (arts. 20 y 21) y a la utilización sin autorización.

c.-“Proyecto sobre la Reproducción Humana Médicamente Asistida”.

Autor: BRANDA, Ricardo Alberto. Exp. N° 2053/96.

- Objetivos:** Regular el uso de los métodos y técnicas reproducción. (art.1).
- Destinatarios:** Parejas integradas por hombre y mujer, ambos mayores de edad, casados o convivientes con un mínimo de cinco años que padezcan esterilidad o infertilidad no tratables terapéuticamente. (art.1). Deben estar

informados por escrito y asesorados sobre los aspectos, resultados, porcentaje de éxito y riesgos de la aplicación de las técnicas.(art.12).

-Consentimiento informado: Expreso, escrito y previamente informado, en el caso de convivientes debe ser por escritura pública. (art. 10).

-Dación de gametos a terceros: La prohíbe, sólo admite material genético de la pareja.(art.14).

-Congelación de gametos: Sí, con autorización y por el tiempo que la pareja lo permita. Vencido el plazo, quedan en el centro para hacer estudio e investigación.(art.13).

-Número de óvulos para F.I.V.: Hasta 3 óvulos por vez y en una sola transferencia.(art.16).

-Congelación de óvulos fecundados: Lo prohíbe con excepciones: a) muerte de la madre y b) cuando razones médica impiden la transferencia inmediata.(art.5).

-Transferencia de óvulos fecundados: No lo prevé.

-Dación de óvulos fecundados: No la prevé.

-Investigación de gametos: La permite, pero no podrán ser utilizados para la fecundación humana. (art.22).

-Experimentación e investigación en óvulos fecundados: Expresamente prohibida. (art.21).

-Selección de sexo: La prohíbe absolutamente.

-Contrato de maternidad subrogada: Lo considera nulo. (art.17).

-Lugar: Profesionales o las instituciones especializadas, con autorización especial de la autoridad de aplicación.(art.2).

-Registros: Si debe llevarlo el Centro o el profesional autorizado.

-Concepto de persona: Lo prevé. Sustituye el art.63 del C. Civil y define” *“...la concepción como el momento en el cual el óvulo es penetrado por el espermatozoide y lo fecunda”*.(art.26).

-Adquisición de derechos de la persona por nacer: Sustituye el art. 70 e introduce una novedad, y es que, el óvulo fecundado en forma extracorpórea, antes de su transferencia, goza de protección jurídica igual que la persona por nacer.(art.26, 2 párrafo).

-Supuesto de muerte: No lo prevé.

Filiación: Se considera matrimonial o extramatrimonial según las normas vigentes.

-Patria potestad: Sustituye el primer párrafo del art. 264 del C. Civil incorpora “...desde la concepción natural o asistida...”.(art. 30).

-Nulidad de matrimonio: Modifica los incs. 1 y 3 del art. 220 del C. Civil. (art. 27).

-Derecho de sucesión: No lo prevé.

-Organismos de control: El Ministerio de Salud y Acción Social. (art.23).

-Sanciones: Las prevé para los casos, de muerte de óvulos fecundados, manipulación genética, la fecundación con material genético o de otra especie, clonación, la fecundación heteróloga, con pena de reclusión o prisión.(art.37).

Los proyectos que se han presentado durante al 1997 fueron varios, todos versan sobre los mismos temas desarrollados precedentemente, los que se detallan a continuación:

-Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida y otras cuestiones conexas. Autor: Martínez Almudevar, Enrique J.M. Exp. N°:165/97.

-Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida. Autora: Rivas, Olijela del Valle. Exp.N° :267/97.

-Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Médicamente Asistida. Autor: Villaverde, Jorge Antonio. Exp. N°:272/97.

-Proyecto de Ley sobre Procreación Humana Asistida. Autor: Ulloa, Roberto Augusto. Exp. N°: 435/97.

-Proyecto de Ley de Protección de Derechos Humanos de las Personas por Nacer. Autor: Avelin, Alfredo.Exp. N°: 450/97.

-Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida. Autor: Romero Feris, José Antonio. Exp. N°: 867/97.

Todos los proyectos enumerados, en su mayoría prohíben la Inseminación Asistida con Dador de Semen (I.A.D.).

La conclusión de lo antes expuesto, es que los intentos de legislar analizados precedentemente, sólo se refieren a la relación que se establece entre adultos (paciente-médico-dador-cónyuge-pareja), olvidando al niño por nacer mediante esas técnicas, que también son sujeto de derechos

reconocidos como: la dignidad, la identidad, la salud y demás derechos constitucionalmente consagrados para su protección.

6.- PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL DE 1998⁵⁴

El Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Honoraria creada por el Decreto 685/95 en los fundamentos del proyecto, en el Libro Segundo. De la parte general. Título I. De las personas humanas dice:.. 3.-*“Al tratar del comienzo de la existencia de las personas se dispone que ello se produce con la concepción; se elimina en el seno materno para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua entonces no sólo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art.4 inc.1).”*

En el art. 543 del Proyecto repite el actual art. 242 del C. Civil con relación a la acreditación del nacimiento, pero agrega la fecundación in vitro como modalidad de engendrar la vida y dice: *“... La maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aún cuando demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita”.*

55

Este Proyecto fue motivo de un trabajo comentado por Mazzinghi⁵⁶, quién con relación al art. 543 del último párrafo, manifiesta que la determinación de la filiación materna nunca tuvo dificultad porque la mujer que daba a luz era su madre. De hecho con las nuevas técnicas de fecundación extracorpórea se introduce mediante este artículo la “maternidad subrogada”, colocando al jurista ante la situación de cómo decidir, si la maternidad deriva del aporte genético o del proceso de gestación o parto.

El autor citado considera que la opción que se hace en el Proyecto de atribuir la maternidad a la madre gestante y no a la genética, si bien es acertada, pero es un tratamiento parcial del tema de la fecundación artificial y que en el futuro, podría entrar en conflicto con la regulación integral de las distintas facetas de la misma.

En el Capítulo VI. Acciones de filiación. Sección III. Acciones de impugnación de estado, el art. 563 se refiere a la impugnación de la

⁵⁴ www.cnv.gov.ar/FirmasDig/NuevoCodCivilArtsDigitalizacion.

⁵⁵ www.cnv.gov.ar/FirmasDig/NuevoCodCivilArtsDigitalizacion.

⁵⁶ Mazzinghi, Jorge Adolfo, “La reforma en materia de familia”, ED.185-1344.

paternidad matrimonial, mantiene la “realidad biológica”, otorgando al hijo la posibilidad de impugnar su filiación matrimonial, en todo tiempo.

Sin embargo, el segundo párrafo muestra una contradicción al decir: “No es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito.” En este párrafo, el Proyecto introduce la fecundación heteróloga.

Mazzinghi hace una crítica a esta incorporación, con relación al marido de la mujer fecundada con semen de dador, cuya la paternidad se da por el consentimiento, mediante una construcción jurídica contractual, sin apoyo biológico. En este artículo, la verdad biológica no sigue la tendencia de la Ley 23.264, y afirma que debe ser rechazada esta posibilidad por el legislador.

Coincidente, con las observaciones que hace el doctrinario, se considera que el Proyecto tenía que haber regulado integralmente la procreación humana asistida, para que fuera compatible con el régimen de filiación y demás normas del Código Civil.

7.- PROYECTOS DE LEY ELEVADOS AL SENADO DE LA NACION DE LA NACION EN EL AÑO 2008.⁵⁷

Dos proyectos, fueron elevados al Senado de la Nación, uno por la Senadora Adriana Bortolozzi y el otro por la Senadora Haide D. Giri.

-Proyecto de Ley de Regulación de la Reproducción Asistida. Autora: BORTOLOZZI, Adriana. Exp. Nº: 113/08.

-Objetivos: Imposibilidad propia o de su pareja para engendrar o concebir o tener relaciones sexuales (evaluados por el equipo multidisciplinario) (art.1).

-Destinatarios: Toda persona mayor de edad sola, cónyuges o parejas.(art.4).

-Consentimiento informado: Sí, mediante la firma de un documento privado.(art.5 inc.a).

-Dación de gametos de terceros: Sí. Admite la dación de óvulos o espermatozoide que provenga de una persona, soltera, mayor de edad y sin

⁵⁷ Bortolozzi, Adriana y Giri, Haide, www.senado.gov.ar/web/proyectos.10/5/08.

vínculo de parentesco con el o los donatarios y como último recurso terapéutico, con el consentimiento expreso del cónyuge o pareja del paciente.(art.6). Deben solicitar la venia judicial, en Juzgados de Familia, en un proceso sumarísimo.(art.7).

-Congelación de gametos: No lo prevé.

-Numero de óvulos para F.V.I.: No lo dice y remite a la reglamentación que se dicte la que indicará el número. (art.9).

-Congelación de óvulos fecundados: Sí y remite a la reglamentación que se dicte. (art.9).

-Transferencia de óvulos: No lo dice.

-Dación de óvulos fecundados: No lo prevé.

-Investigación de gametos: No lo prevé.

-Experimentación e investigación con óvulos fecundados: Lo prohíbe. (art.10 inc.1 y 2.).

-Selección de sexo: Lo prohíbe. (art.10).

-Contrato de maternidad subrogada: No lo prevé.

-Lugar: Entidades y profesionales autorizados que cumplan con la especialización técnica que por reglamentación establecerá el Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación.

-Registros: Creará un registro especial en la esfera del Ministerio de Salud y Medio Ambiente, sólo para el dador de células germinales.(art.6, último párrafo)

-Supuestos de muerte: No lo prevé.

-Filiación: Se lo considera hijo de la persona, pareja o matrimonio solicitante, el dador si lo hubiera, no tendrá derecho u obligación alguna sobre el nacido.(art.8).

-Patria potestad: No lo prevé.

-Nulidad de matrimonio: No lo prevé.

-Derechos de sucesión: No lo prevé.

-Organismos de control: Ministerio de Salud y Medio Ambiente.

-Sanciones: Civiles, penales, administrativas o disciplinarias, cuando violen el art. 10, además de una multa y retiro de la autorización al establecimiento y de la licencia de los profesionales. (art.11).

Se considera que el proyecto es limitado de contenido para la regulación de un tema tan importante, porque no lo trata integralmente. Finalmente, se observa la falta de coincidencia del contenido de los 11 artículos del proyecto, con los fundamentos que presenta para justificar su elevación. Dejando la mayor parte de la implementación de la ley a la reglamentación, que si dicte al efecto, sin resolver cuestiones de fondo de suma trascendencia, y que deben ser contempladas legislativamente para dar una solución definitiva al vacío legal.

-Proyecto de Ley sobre la Aplicación de Técnica de Reproducción Humana Asistida. Autora: GIRI, Haide D. Exp.Nº: 955/8

-Objetivos: Facilitar la procreación ante la esterilidad o infertilidad y cuando las prácticas de menor complejidad no están indicadas, ni hayan dado resultados eficaces. (art.3).

-Destinatarios: Toda mujer mayor de edad y capaz, que previa y debidamente informada, las acepte libre y conscientemente. (art.4).

-Consentimiento informado: Los solicitantes deben estar informados y asesorados de los aspectos e implicaciones de las técnicas, los riesgos y resultados previsibles, en forma oral y por escrito. Los beneficiarios deberán prestar conformidad en un formulario. (arts.8 y 9).

-Dación de gametos a terceros: Si la contempla, aclarando que la persona nacida, podrá al ser mayor de edad solicitar judicialmente conocer la identidad del donante, el que no tendrá ningún derecho, ni obligación sobre el niño.(art.10). El contrato de donación será gratuito, escrito y secreto entre el donante y el centro. (art.11).

-Congelación de gametos: Sí. El semen será crioconservado en los bancos de gametos autorizados y la conservación de óvulos no fecundados, será autorizada cuando sea viable y no existiera riesgo. (art.12).

-Número de óvulos para F.V.I.: No lo prevé.

-Congelación de óvulos fecundados: Sanciona, al que sometiere a la conservación óvulos fecundados humanos, sin perjuicio de que establece el art.13. (art.27). Sólo admite la crioconservación de preembriones viables numerosos que no puedan transferirse en su totalidad, dejando constancia en la historia clínica. (art.13). Establece un plazo de cinco años de

conservación que puede ser prorrogado por los beneficiarios, porque son los únicos que pueden disponer, en el caso de discrepancia entre los mismos o fallecimiento de alguno de ellos, será la justicia la que determine sobre la disposición de los preembriones crioconservados. (arts. 14; 15 16).

-Transferencia de óvulos fecundados: Sanciona al que solicitare o aceptare la transferencia de óvulos fecundados, con el fin de entregar el hijo a un tercero.(art. 28). Pero a su vez, la prevé como objetivo de que todos los preembriones viables obtenidos sean transferidos al útero.(art.13).

-Dación de óvulos fecundados: No lo prevé.

-Investigación de gametos: No la prevé.

-Selección de sexo: No lo prevé.

-Contrato de maternidad subrogada: Es nulo de nulidad absoluta.(art.5).

-Lugar: Centros especializados, previa habilitación por la autoridad de aplicación, controlará el equipamiento para asegurar el nivel de la prestación.(art.18).

-Registros: No lo prevé.

-Concepto de persona: No lo prevé.

-Adquisición de derechos de la persona por nacer: No lo prevé.

-Supuesto de muerte: Sí. Cuando falleciera algunos de los beneficiarios, la autoridad judicial será la que decidirá sobre la disposición de los preembriones crioconservados.(art. 16). También, prevé el fallecimiento del titular de las gametas crioconservadas, las que deberán ser descartadas, salvo disposición expresa de su destino antes del fallecimiento.(art.17).

-Filiación: Solo prevé la filiación del nacido por dación de gametas, reconociéndolo como hijo biológico del/a beneficiaria/o de las técnicas. (art. 10).

-Patria potestad: No la prevé.

-Nulidad de matrimonio: No la prevé.

-Derecho de sucesión: No lo prevé.

-Organismos de control: Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación.

-Sanciones: Las prevé en los arts. 21 al 29, haciendo la distinción entre infracciones graves, muy graves, gravísimas, reclusión o prisión, multa e inhabilitación.

Adopción prenatal: La tiene en cuenta, cuando intimados por el centro, vencido el plazo de cinco de crioconservación, los beneficiarios la disponen.(art.15).

Comisión de bioética: No la prevé.

El proyecto de ley, además incluye en su articulado las siguientes definiciones:

-Reproducción Humana Asistida: *“la realizada con asistencia médica, independientemente del acto coital, para intentar procrear un hijo biológico comprendiéndose en ella las técnicas de baja complejidad, en las que la fecundación ocurre dentro del seno materno, y las de alta complejidad, cuando la fecundación ocurre fuera del mismo”.* (art.2).

-Esterilidad o infertilidad: *“la imposibilidad de una persona en su capacidad para procrear un hijo”.* (art. 6).

-Fecundación: *“proceso que se inicia con la entrada de espermatozoide dentro del óvulo”.* (art.7).

-Preembrión: *“Estadio evolutivo que se inicia con el óvulo fecundado y finaliza con la implantación del mismo en el útero”.* (art.7).

-Preembrión viable: *“Aquel que conserva una adecuada capacidad de multiplicación celular”.* (art.7).

-Embrión: *“Etapa que se inicia con la implantación del preembrión en el seno materno”.* (art.7).

Se concluye que este proyecto, tampoco tiene en cuenta aspectos importantes, referidos al régimen de filiación y a la salud del nacido mediante estas técnicas, sólo hace referencia al aspecto médico de la aplicación de las mismas. Se siguen presentando proyectos que no tienen en cuenta los derechos del niño, sólo el de los adultos y sus necesidades.

Finalmente, es necesaria la regulación legal de la procreación humana asistida en la Argentina, a efectos de evitar los excesos que implica el vacío de legislación, debiendo el legislador tener en cuenta que se debe nutrir de todas las disciplinas que contienen el tema, para que sea una ley equilibrada, coherente con el ordenamiento jurídico vigente, y sin avasallar los derechos inalienables del niño.

8.- LEY Nº 14.208. SALUD- PROVINCIA DE BUENOS AIRES.⁵⁸

“Reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad. Reconocimiento de la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las Técnicas de Fertilización Asistida.”

El Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, sancionan con fuerza de Ley

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización, conforme lo normado en la presente y su reglamentación.

Artículo 2. La infertilidad es la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa.

Artículo 3. Son objetivos de la presente, entre otros:

a) Garantizar el mayor nivel de tratamiento médico asistencial integral dentro del ámbito de las parejas que padezcan esta patología, para la procreación de un hijo biológico.

b) Regular, controlar y supervisar los centros médicos que realicen tanto los diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de la fertilidad asistida.

c) Elaborar estadísticas para el conocimiento, estudio y seguimiento de esta problemática, a través de la Autoridad de Aplicación.

d) Efectuar campañas de información y prevención en todo el ámbito del territorio provincial a fin de informar a la población de las posibles causas de

⁵⁸ Boletín de Legislación nº 144, “Ley 14,208”, Colegio de Abogados de La Plata, Año XXV, La Plata, Marzo 2011, pág. 29.

esta enfermedad y los tratamientos existentes para lograr el embarazo y llevarlo a término.

e) Propiciar el desarrollo de centros de referencia de procreación humana asistida integral en efectores públicos, cuyo número y ubicación definirá la Autoridad de Aplicación con miras a facilitar el acceso a la población de todo el territorio provincial.

f) Capacitar, por intermedio de la Autoridad de Aplicación, a los Recursos Humanos para lograr su especialización, dentro y para los efectores públicos de salud.

Artículo 4. El Estado Provincial, a través de sus efectores públicos, deberá otorgar los citados tratamientos destinados a garantizar los derechos de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, con dos (2) años de residencia en la misma, preferentemente a quienes carezcan de todo tipo de cobertura médico-asistencial integral en el sistema de seguridad social y medicina prepaga.

Artículo 5. Incorpórese dentro de las prestaciones del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.), la cobertura médico asistencial integral conforme el objeto de la presente.

Artículo 6. Incorpórese dentro de las prestaciones de las obras sociales y de medicina prepaga con actuación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la cobertura médico-asistencial integral conforme al objeto de la presente, según las especificaciones que a tal efecto dicte la Autoridad de Aplicación.

Artículo 7. El Poder Ejecutivo determinará la Autoridad de Aplicación. Créase en el ámbito de dicha Autoridad el Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida. El mismo dictará su propia reglamentación dentro de los 90 días de constituido, que incluirá la constitución de un Comité Asesor de Bioética transdisciplinario.

La Autoridad de Aplicación fijará, además, las prestaciones que se ofrecerán a las parejas beneficiarias, teniendo en cuenta los avances científicos en la materia.

Artículo 8. El Poder Ejecutivo determinará la Autoridad de Aplicación.

Artículo 9. Comuníquese al Poder Ejecutivo. Dada en la Sala de Sesiones de la Honorable Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, en la ciudad de La Plata, a los 2 días del mes de diciembre del año dos mil diez.

Sancionada: 02/12/10.

Promulgada: Por Decreto 2738/10 del 22/12/10.

Publicada: B.O.P.B.A.: 3 y 4/01/11.

Esta Ley Provincial fue reglamentada por el Decreto n° 2980, el 29 de diciembre de 2010. Se aprueba la reglamentación de la Ley N°:14208 que como Anexo Único, forma parte integrante del Decreto mencionado.

Para su análisis se continúa con la clasificación y sistematización que se viene desarrollando, en todos los proyectos de leyes analizados anteriormente, en este caso, con la inclusión del Decreto reglamentario:

-Objetivos: Reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, conforme a la OMS⁵⁹. Reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga.

En el Decreto reglamentario n°: 2980: está previsto en el considerando.

-Destinatarios: sólo las parejas infértiles y para fecundaciones homólogas.

En el Decreto reglamentario n°: 2980: art 1: Define la “fertilización homóloga, a la utilización de gametas propias de cada integrante de la pareja”. En el art. 4 determina que: “Accederán a los tratamientos de fertilidad asistida aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los treinta (30) y cuarenta (40) años. Se dará prioridad a las parejas que no tengan hijos

⁵⁹ OMS: Organización Mundial de la Salud.

producto de dicha relación, brindando la posibilidad de un (1) tratamiento de alta complejidad por año, hasta un máximo de dos (2). Las parejas que requieran la realización de las citadas prácticas deberán presentar una declaración jurada...”

-Lugar: Centros de Salud Públicos Provinciales y Centros de Salud Privados.

-Registros: No lo prevé.

-Autoridad de aplicación: El Poder Ejecutivo determinará la Autoridad de Aplicación. Crea un Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida y un Comité Asesor de Bioética transdisciplinario.

En el Decreto reglamentario n°: 2980 establece como autoridad de aplicación al Ministerio de Salud. La autoridad de aplicación fijará las políticas concernientes al desarrollo, control y evaluación de las prácticas de fertilización asistida, definirá las prestaciones médicas que se ofrecerán a las parejas, teniendo en cuenta los avances científicos en la materia, elaborará los protocolos médicos a implementar en los efectores públicos y confeccionará el modelo de consentimiento informado que deberán suscribir las parejas que asistan a los efectores públicos. El Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida, con la asistencia del Comité Asesor de Bioética Transdisciplinario, será el órgano rector, consultivo y asesor con respecto a la asistencia integral de la infertilidad como enfermedad, y de todos los aspectos bioéticos relacionados con dicha asistencia.

Con relación al término *“transdisciplinario”*, es un vocablo que no tiene definición en el Diccionario de La Real Academia Española. No se sabe su significado. Se considera que se debió utilizar el vocablo *“interdisciplinario”* que significa: *“Entre varias disciplinas o con su colaboración, especialmente referido a actividades intelectuales”* o *“multidisciplinario”* se refiere a: *“Que abarca o afecta a varias disciplinas”*⁶⁰

- Sanciones: no prevé ninguna.

⁶⁰www.buscon.rae.es/draeI/1/12/2011.

El Decreto n° 2980 no reglamenta los artículos.: 2, 3, 5 y 6, de la Ley N° 14.208.

9.-PROYECTO DE LEY SOBRE: “TECNICAS DE PROCREACION HUMANA ASISTIDA”- 2011.⁶¹

La Comisión de Acción Social y Salud Pública que elaboró un predictamen de mayoría, sobre el proyecto de ley que se menciona en el título, surgió de la Comisión de Acción Social y Salud Pública, de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General, y de Presupuesto y Hacienda.

El proyecto de ley se encuentra a estudio en la Cámara de Diputados de la Nación que acumula varios proyectos iniciados, bajo diferentes números de expedientes a saber: 0492-D-10; 2106-D-10; 2459-D-10; 2663-D-10; 3953-D-10; 4423-D-10; 5056-D-10; 5854-D-10; 5916-D-10 y 048-D-11. El mismo cuenta, con un dictamen de mayoría y cinco de minoría. El que se transcribe a continuación es el proyecto con predictamen de mayoría.

PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados...

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- La presente ley tiene por objeto regular el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Art. 2°.- A los efectos de la presente ley se entiende:

- a) Técnicas de Reproducción Humana Asistida: las realizadas con asistencia médica;
- b) Fecundación: la inclusión del material genético masculino en el ovocito para la procreación de un hijo biológico.

⁶¹ www.hcdn.gov.ar. 22/11/2011.

Art. 3°.- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son de aplicación a toda persona capaz, que luego de ser previa y debidamente informada sobre ellas las acepte mediante consentimiento informado, de conformidad con lo previsto en la Ley 26.529 - . Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e instituciones de la Salud-. El tratamiento puede ser interrumpido antes de producirse la fecundación.

Art. 4°.- A los efectos de prestar el consentimiento informado exigido por la presente ley, el equipo interdisciplinario interviniente tiene la obligación de informar a las personas destinatarias sobre las modalidades, posibles resultados y riesgos de la técnica médica recomendada.

CAPITULO II

DE LA DONACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES

Art. 5°.- El donante debe ser mayor de edad, capaz y cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio médico que establezca la autoridad de aplicación.

Art. 6°.- La donación de gametos y embriones se debe realizar formalmente, por escrito, con expreso consentimiento informado del donante a través de un contrato con el centro médico asistencial dedicado a la Técnica de Reproducción Humana Asistida receptor; y el mismo reviste carácter de anónimo en cuanto a la identidad del dador.

Art. 7°.- Toda donación de gametos y embriones debe realizarse a título gratuito. Queda prohibido a los centros médicos asistenciales la promoción de incentivos económicos, lucrativos o comerciales para la donación, así como la realización de compensaciones de cualquier tipo o naturaleza.

Art. 8°.- La donación es revocable a sólo requerimiento del donante, siempre que a la fecha de la revocación la muestra de gametos y embriones congelados esté disponible.

Art. 9º.- La autoridad de aplicación debe establecer protocolos específicos que prevean procedimientos seguros para la recolección y manipulación de gametos y embriones en los actos de donación y de transferencia.

CAPÍTULO III

DE LA IDENTIDAD Y FILIACIÓN

Art. 10º.- La persona nacida de gametos donadas por terceros debe ser reconocida como hijo de los beneficiarios de la técnica.

El donante de gametos no puede en ningún caso reclamar derechos vinculados a la filiación sobre la persona nacida de los gametos por él donadas. Las personas nacidas de gametos donados no pueden reclamar derechos vinculados a la filiación.

Art. 11º.- La persona nacida de gametos donados por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, puede conocer la identidad del donante que aportó sus respectivos gametos.

La transferencia confiere a la persona nacida una única filiación, desconociendo toda pertenencia, parentesco y efectos jurídicos con su familia de raíces genéticas, con la sola excepción de los impedimentos matrimoniales establecidos para la adopción plena.

CAPITULO IV

DE LA TÉCNICA

Art. 12.- El número de ovocitos a inseminar o de embriones a transferir queda reservado al criterio del médico tratante perteneciente al equipo transdisciplinario, según el caso.

Art. 13.- A partir de la sanción de la presente ley, queda prohibido:

- a) El uso de los embriones para experimentación;
- b) La comercialización de embriones;

c) La comercialización de gametos.

CAPITULO V

CONSERVACION DE GAMETOS Y EMBRIONES

Art.14.- La conservación es la reserva de embriones y gametos mediante las técnicas medio standard que cuenten con evidencia científica comprobada, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

Art. 15.- La conservación de embriones viables humanos puede realizarse de acuerdo a indicación y criterio médico en todos los casos en que exista complicación médica o quirúrgica, o a fin de evitar embarazo múltiple.

Art. 16.- Los derechos sobre los embriones criopreservados corresponden a las personas destinatarias de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Art. 17.- Los gametos y embriones se pueden conservar únicamente en los centros donde se realizan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y por un máximo de diez (10) años. Cuando los gametos y embriones no sean reclamados después de un período de diez (10) años deben ser descartados.

La conservación se realiza de acuerdo al avance que la ciencia y la tecnología permita.

Art. 18.- Durante el período de conservación, los embriones y gametos pueden ser donados por decisión de las personas destinatarias de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

CAPITULO VI

AUTORIDAD DE APLICACIÓN

Art. 19.- Será autoridad de aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud.

Art. 20.- Crease, en el ámbito del Ministerio de Salud, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos médicos que realizan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Art. 21.- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida sólo pueden realizarse en los establecimientos que cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación.

Art. 22.- Todas las instituciones habilitadas deben informar a la autoridad de aplicación sobre:

1. Cantidad de procedimientos realizados especificación de tipos.
2. Tasa de fertilización.
3. Tasa de embarazos.
4. Tasa de embarazos múltiples.
5. Tasa de parto pretérmino.
6. Tasa de aborto espontáneo.
7. Embarazo ectópico y otras complicaciones.
8. Cantidad de embriones conservados.
9. Cantidad de embriones transferidos por ciclo y por pareja.
10. Cantidad de embriones transferidos en total.
11. Cantidad y tipo de gametos conservados.
12. Cantidad y tipo de gametos donados.
13. Tiempo de conservación de gametos.
14. Tiempo de conservación de embriones.
15. Toda otra información que la autoridad de aplicación considere necesaria y oportuna.

CAPITULO VII

COBERTURA

Art. 23.- El Sistema Público de Salud, las Obras Sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al

personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, diagnóstico y tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida en casos de esterilidad e infertilidad diagnosticadas, cuando otras medidas terapéuticas de menor complejidad hubieren sido médicamente descartadas por inadecuadas o ineficaces.

Quedan incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), su diagnóstico, tratamiento y cobertura de medicamentos conforme lo establezca la autoridad de aplicación

CAPITULO VIII

SANCIONES

Art. 24.- El Ministerio de Salud es la autoridad competente para aplicar las sanciones administrativas previstas para los casos de incumplimiento total o parcial de las obligaciones establecidas en la presente ley.

Art. 25.- Las sanciones que debe aplicar la autoridad de aplicación se deben graduar teniendo en cuenta:

- a) Los riesgos para la salud de la madre o de los embriones generados;
- b) El perjuicio social o el que hubiera generado a terceros;
- c) El importe del eventual beneficio pecuniario obtenido por la realización del tratamiento de Fertilización Humana Asistida;
- d) La gravedad del hecho;
- e) La reiteración.

Art. 26.- Las infracciones a la presente ley, serán sancionadas con:

- a) Apercibimiento;

- b) Publicación de la resolución que dispone la sanción en un medio; de difusión masivo, conforme lo determine la reglamentación;
- c) Multa que debe ser actualizada por el Poder Ejecutivo nacional en forma anual conforme al índice de precios oficial del Instituto Nacional de Estadística y Censos —INDEC—, desde pesos mil (\$1.000) a pesos un millón (\$1.000.000), susceptible de ser aumentada hasta el décuplo en caso de reiteración;
- d) Suspensión del establecimiento por el término de hasta un (1) año;
- e) Clausura del establecimiento de uno (1) a cinco (5) años.

Art. 27.- Son infracciones de la presente ley las siguientes conductas:

- a) Aplicar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a una persona sin cumplir con los requisitos previstos en el artículo 3 de la presente ley;
- b) Omitir la información sobre las técnicas de reproducción humana asistida o el consentimiento informado a los donantes o destinatarios;
- c) Utilizar las técnicas de reproducción humana asistida antes de producirse la fecundación, pese a la revocación de uno o ambos destinatarios;
- d) Practicar Técnicas de Reproducción Humana Asistida no autorizadas por la autoridad de aplicación;
- e) Aplicar las Técnicas de Reproducción Humana Asistida con donación de gametos sin cumplir con las exigencias del protocolo obligatorio;
- f) Retribuir económicamente la donación de gametos o promoverla por cualquier incentivo económico, lucrativo o comercial;
- g) Incumplir el deber sobre la confidencialidad de los datos de carácter personal de los donantes;
- h) Practicar sobre los embriones las acciones prohibidas con los alcances establecidos en el artículo 16 de la presente ley, como el uso para experimentación y comercialización de gametos y embriones;
- i) Omitir la remisión de datos que establezca la autoridad de aplicación, conforme lo determine la reglamentación;

- j) Realizar la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en establecimientos que no estén inscriptos en el registro establecido en el artículo 21 de la presente ley;
- k) Realizar la práctica de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en establecimientos que no cumplan con los requisitos que determine la autoridad de aplicación;
- l) Incumplir con la cobertura prevista en el artículo 23 de la presente ley.

Art. 28.- La autoridad de aplicación de la presente ley debe establecer el procedimiento administrativo a aplicar en su jurisdicción para la investigación de presuntas infracciones, asegurando el derecho de defensa del presunto infractor y demás garantías constitucionales. Queda facultada a promover la coordinación de esta función con las jurisdicciones que hayan adherido. Asimismo, puede delegar en las jurisdicciones que hayan adherido la sustanciación de los procedimientos a que den lugar las infracciones previstas y otorgarles su representación en la tramitación de los recursos judiciales que se interpongan contra las sanciones que aplique. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Federal de Apelaciones competente con jurisdicción en el lugar del hecho. Los recursos que se interpongan contra la aplicación de las sanciones previstas tendrán efecto devolutivo. Por razones fundadas, tendientes a evitar un gravamen irreparable al interesado o en resguardo de terceros, el recurso podrá concederse con efecto suspensivo.

Art. 29.- Las multas previstas se deben destinar a solventar el funcionamiento del Registro establecido en el artículo 21 de la presente ley, al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente ley y a realizar campañas anuales sobre la difusión del contenido de la presente ley.

CAPITULO IX

DISPOSICIONES FINALES

Art. 30.- El Poder Ejecutivo reglamentará la presente ley dentro del término de noventa (90) días de su promulgación.

Art. 31.- Invítase a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la presente ley en las partes pertinentes.

Art. 32.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

El proyecto con dictamen de mayoría, fue analizado por las juristas: Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm, en un artículo titulado: *“La reproducción médicamente asistida”. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*⁶², manifiestan la necesidad de tener una ley que reglamente de manera íntegra el uso de las técnicas de reproducción asistida.

Las autoras consideran que ante la creación, de la Comisión para la elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, sería conveniente que se incorpore este tema a ese cuerpo de normas, para que en el futuro no haya contradicciones entre la ley en análisis y el Código a reformar.

Asimismo, manifiestan que las críticas que pueden formular tienen la finalidad de colaborar con el dictado de una ley, a efectos de que no ignore la realidad al momento de su sanción, teniendo en cuenta el avance rápido de la ciencia, se debe prever alguna manera de actualizarla periódicamente, tema que no está previsto en el proyecto en análisis.

El comentario que desarrollan es, sobre el proyecto de ley que cuenta con dictamen de la mayoría, con algunas referencias a los dictámenes minoritarios.

Las consideraciones que hacen se refieren en líneas generales a:

- 1.- El proyecto tiene *“varios desaciertos, inconveniencias y silencios preocupantes”*.
- 2.- La aplicación de las técnicas de reproducción asistida (TRA) tiene repercusiones sobre la persona que nace: en el derecho de filiación,

⁶² Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, *“La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”*, LL, 8/8/2011, pág.1.

responsabilidad de los comprometidos en la aplicación de la misma, implicando que debería hacerse desde una perspectiva interdisciplinaria.

3.- No están expresados claramente los fundamentos de la ley y ni si están contestes, con el desarrollo de la ciencia y el respeto por los derechos humanos. Concluyen que el dictamen carece de esta fundamentación.

Las juristas hacen un análisis pormenorizado de los artículos del proyecto de ley con dictamen de mayoría, comenzando por:

a) Definiciones: Las que proponen el **art. 2: 1)** consideran innecesario que la ley defina a la TRA, porque ante el avance permanente de la ciencia y la inmovilidad del derecho, hacen que la misma quede “*obsoleta*”, atentando contra la “*seguridad jurídica*”. Mencionan como ejemplo, a la Ley 14/2006 de España, que no la define sino que enumera las técnicas, evitando la “*petrificación*” de la norma. Mencionan que la mayoría de las legislaciones extranjeras no las definen, establecen principios generales u objetivos. Concluyen que de ser necesario definirla la más apropiada es: “*la obtención de la reproducción un ser humano mediante la utilización de técnicas médico-biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer*”. **2)** hacen una crítica a la definición de fecundación, porque al referirse al “*hijo biológico*”, se contradice con el Capítulo II: “De la donación de gametos y embriones”, en el que el niño nacido de la fecundación con material genético de un donante, no es hijo biológico de la pareja de la mujer.

b) Revocación del consentimiento: previsto en el **art.3**, que lo admiten sólo hasta el momento de de la fecundación. Critican que se adopta la postura restrictiva de la ley italiana y es por eso que entienden: “*que debe seguirse la postura mayoritaria en el derecho comparado que acepta el momento de la implantación como límite máximo para la revocación de consentimiento*”

c.-Consentimiento: regulado en el **art.4**, observan que es una reiteración del art.3 de la ley 26.529, y que nada agrega a la materia regulada en la ley mencionada.

d.-Usuarios del servicio. Requisitos: mencionado en el **art.3** “*...son de aplicación a toda persona capaz...*”. Paralelamente se refieren a los tres dictámenes de la minoría, considerando que dos de ellos, son

discriminatorios porque limitan la aplicación de la técnica cuando la persona presente una limitación en la capacidad reproductiva. Concluyen que el dictamen en mayoría no establece la edad mínima ni máxima, sin fundamentarlo.

e.-Donación de gametos y embriones.Derecho a conocer los orígenes.Carácter gratuito de la donación: se refiere al tema desde los arts.5 al 9 inclusive, en el que ellas, resaltan que admite la fecundación heteróloga, en consonancia con el criterio mayoritario del derecho comparado. Ponen de manifiesto que el “*anonimato del donante*”, es un tema conflictivo por los antecedentes de desaparecidos en nuestro país y por la fuerte necesidad de tener en cuenta “*el derecho a conocer sus orígenes*”.Principio que advierten está flexibilizado en el art. 11 que permite al niño conocer a los 18 años la identidad del donante. Con relación al “*carácter gratuito de la donación*”, que establece el proyecto de ley, consideran que es correcta la regla. Sin embargo, hacen la distinción entre la ovodonación por parte de la mujer, la que implica que la misma debe someterse a tratamientos y desplazamientos, de la donación de semen que es menos riesgosa, pero implica gastos y desplazamiento. Concluyendo que “*deberían ser compensados los gastos*”, como lo prevé la ley española 14/2006 en su art. 7.

f.-Determinación de la filiación: el dictamen de mayoría la contempla en los arts. 10 y 11 dice: que el hijo nacido por la donación de material genético, lo es de los beneficiarios de la técnica, y que no tiene ningún derecho de reclamo de filiación, tanto el niño como el donante. Las autoras, hacen hincapié en que desde la aplicación de estas técnicas se ha generado una “*nueva fuente de derecho filial, con principio y reglas propias*”. Porque antes del uso de la TRA, el vínculo filial estaba claro, pero después de su aplicación cambió, porque se parte de un acto distinto que es la reproducción sin relación sexual, provocando la disociación del elemento genético, biológico y volitivo, siendo éste último el que se impone mediante una realidad socio-afectiva. No es el elemento genético sino el volitivo el que determina la filiación. Esta es la solución que adoptaron la mayoría de las legislaciones extranjeras.

g.-Regulaciones técnicas. Algunas restricciones y prohibiciones

legales: en los arts. 12 y 13 el dictamen se refiere al número de ovocitos o embriones a transferir, dejándolo a “*criterio del médico*”. Las autoras del comentario están de acuerdo con el criterio adoptado, manifestando que en otros ordenamientos jurídicos, el legislador se atribuye la facultad de determinar la cantidad que se debe transferir. Asimismo, el “*proyecto prohíbe el uso de los embriones para experimentación*”, tema con el cual no coinciden, consideran que el uso de ellos, favorece la investigación científica siempre que sea, con metodología, fines racionales y para mejorar la calidad de vida. A tal fin, no debe prohibirse mientras se cumplan dos requisitos: el consentimiento de los donantes y la idoneidad y proporcionalidad de la investigación que se propone. Postura adoptada por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Por otro lado, están contestes con la “*prohibición de comercialización de embriones*”.

h.-Conservación de gametos y embriones: regulado en el proyecto con dictamen de mayoría, desde el **art. 14 al 18**, las juristas manifiestan que en general están de acuerdo, y proponen la eliminación del art.18, por reiterar lo contemplado en el art. 17.

i.-Autoridad de aplicación: prevista en el **art. 19** “...*el Ministerio de Salud*”. Las autoras hacen una observación con relación a la autoridad de aplicación, consideran más conveniente la propuesta realizada en el dictamen de minoría del Dip. Bianchi, en cuyo art. 17 sugiere la “*creación de un cuerpo consultivo de bioética*” que asesore al Ministerio de Salud, siguiendo la línea de la mayoría de los países que lo han creado, entre ellos, España, Francia, etc. Por eso, proponen que debería agregarse un segundo párrafo al art. 19 que diga: “*Créase un Comité Nacional de Bioética cuya conformación, actuación y demás requisitos deberá ser fijado en la reglamentación que a este fin se dicte*”.

j.-Cobertura: Regula en el **art. 23** la cobertura por el Sistema de Salud, Obras Sociales, etc. Con relación a este artículo, entienden que debe eliminarse la expresión: “...*en casos de esterilidad e infertilidad diagnosticadas...*”, en virtud de que al no ser exigible la esterilidad o infertilidad para el uso de las técnicas, tampoco debe serlo para prestar la cobertura.

Se coincide con las autoras del comentario a este proyecto de ley, con relación a la conveniencia de incorporar el tema de la procreación humana asistida o las técnicas de reproducción asistida (TRA) como ellas la denominan, al Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, para que en el futuro no haya contradicciones entre la ley en análisis y el Código a reformar.

10.- DERECHO COMPARADO.

Andorno⁶³, analiza que hay dos grupos de legislaciones sobre la procreación asistida en Europa.

El primer grupo, está contenido en leyes con tendencia a la individualidad extrema, en el cual se busca tener un niño por medio de estas técnicas, de cualquier manera y para una satisfacción personal. No se fijan condiciones de ninguna naturaleza, con relación a quién solicita la aplicación de la técnica (no requieren que sean matrimonio, parejas estables, etc.). Considera que de esta manera no se protege la vida embrionaria, permitiendo la experimentación, selección, congelamiento y destrucción. Tampoco se tiene en cuenta el interés del niño de tener padres legales que coincidan con los biológicos, permitiendo la dación de gametos anónima. Encuentra, incluidas en este grupo a las leyes españolas n° 35 y 42 de 1988, y la ley británica de 1990. En España, la última ley es la n° 14, “Técnicas de reproducción humana asistida”, del 26 de mayo de 2006.

El segundo grupo, contiene leyes que aceptan las técnicas, pero buscan el equilibrio entre ellas y la protección embrionaria desde la ética y la ley. También, protegen los intereses del niño, prohibiendo la experimentación con embriones, su selección y el congelamiento. Establecen, un límite al número de embriones de hasta tres por cada intento de fertilización. Se prohíbe la fecundación con dación anónima de gametos, para evitar la falta de identidad biológica con los padres legales.

El autor citado destaca que se encuentran en este tipo la ley alemana de protección del embrión de 1990, la ley de Austria de 1992, Suiza de 1998 e

⁶³ Andorno, Roberto, “Regulación legal de las técnicas de procreación asistida-Síntesis de la legislación europea”, www.revistapersona.com.ar. 13-5-08.

Italia de 2004 y que una ley Argentina sobre el tema debería estar dentro de este grupo.

10.1 España.-Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 26 de mayo de 2006.

En la exposición de motivos de la Ley 14/2006, hacen referencia a la aparición de las técnicas de reproducción asistida, como una solución al problema de la esterilidad, viendo esa necesidad España inmediatamente aprueba la Ley 35/1988, sobre las técnicas de reproducción asistida. La ley española fue una de las primeras promulgadas en Europa. Posteriormente, ante el avance y desarrollo de las técnicas, el aumento de la investigación y el problema que plantean los preembriones supernumerarios con relación a su de destino, se hace necesaria una reforma para adaptarse a los tiempos de la ciencia.

Se promulga la Ley 45/2003, del 21 de noviembre, modificando la Ley 35/1988, pero esta reforma da una respuesta parcial a los problemas planteados. A tal efecto, autorizó la utilización de los preembriones crioconservados, con anterioridad a su vigencia, con fines de investigación; limitó al máximo de tres ovocitos por cada ciclo reproductivo, ésto fue motivo de crítica por la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, porque limitaba las posibilidades de éxito de la fecundación. Asimismo, trataba de forma diferente a los preembriones crioconservados o congelados, según cual fuera la fecha de su generación. Los que eran anteriores a la fecha de promulgación de la Ley 45, podían ser dedicados a la investigación, además de otros fines, en cambio, los posteriores sólo debían ser utilizados con fines reproductivos. Enumeraba, una lista cerrada de las técnicas conocidas hasta ese momento, fijando límites legales a la actuación. Contenía, además un Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción.

La Ley 14/2006⁶⁴, consta de ocho capítulos, cinco disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El Capítulo I, contiene “Disposiciones Generales” referidas a los siguientes temas:

⁶⁴ www.bioeticayderecho.ub.es.

En cuanto al objetivo, es regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en su indicación clínica, en la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas, la utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados. Define también como preembrión al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días mas tarde. Expresamente, prohíbe la clonación humana con fines reproductivos. (art.1).

Se refiere, a la aplicación de las técnicas de reproducción que están debidamente acreditadas en el ámbito científico e indicadas clínicamente, y que están contempladas en el anexo, el que se actualizará por decreto real, para incorporar los avances en la materia. (art.2).

Las condiciones personales que se deben tener para su aplicación, se refieren a las posibilidades de éxito, sin riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o del posible concebido. Debe ser aceptada la práctica por la receptora, previamente informada. El deber de información y asesoramiento, involucra a quienes recurren a las técnicas y a los donantes, cuya aceptación es mediante la firma del formulario de consentimiento informado. La mujer receptora, puede pedir la suspensión de la aplicación antes de la transferencia embrionaria. La historia clínica, es confidencial con relación a los donantes, usuarios y circunstancias. (art. 3).

Establece que sólo se practican las técnicas en centros o servicios autorizados, con especificación de las mismas, a aplicar en cada caso. (art.4).

En el Capítulo II, se refiere a los “Participantes de las Técnicas de Reproducción Asistida”, estableciendo, que la donación de gametos y preembriones, se hará mediante un contrato gratuito, formal y confidencial, entre el donante y el centro.

El donante, puede revocar la donación si necesitara los gametos para sí, siempre que estén disponibles. Expresamente, la donación no tendrá naturaleza comercial y sólo se compensarán los gastos del donante, con relación a traslados, molestias físicas y laborales.

Asimismo la donación será anónima, garantizando la confidencialidad de la identidad de los donantes, llevando un registro. Los hijos nacidos, las

receptoras de gametos y preembriones tendrán derecho por si o por representantes legales a obtener información general, excepto la identidad del donante, la que se revelará excepcionalmente, cuando haya peligro para la vida o salud del hijo.

Los donantes deberán tener 18 años, buen estado de salud y capacidad psicofísica, la que se evaluará conforme a un protocolo que contendrá las características fenotípicas, psicológicas y clínicas. También, que ni padezcan enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles. Todo ello, lo hace extensivo a los donantes de otros países. Los niños nacidos mediante donación de gametos no deben exceder el máximo seis por donante, el que tiene la obligación de declarar las que hubiere hecho en otros centros. Cada centro, es responsable de comprobar dicha circunstancia consultando el Registro Nacional de Donantes, y en el caso, de que hubiera excedido el límite, se destruirán las muestras de ese donante.(art.5).

En este capítulo se determina además que la usuaria de las técnicas debe ser mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar, con independencia de su estado civil y orientación sexual, debiendo prestar su consentimiento escrito de forma libre, consciente y expresa, previa información de los riesgos, para ella y el niño por nacer, durante el tratamiento y embarazo. Para el caso, de que se trate de mujer casada, se requerirá el consentimiento del esposo, el que debe reunir los mismos requisitos de la usuaria. La elección del donante la efectuará el equipo médico, preservando el anonimato, garantizando la mayor similitud fenotípica e inmunológica compatibles con la receptora. (art.6).

La filiación de los hijos nacidos mediante estas técnicas, será regulada por las Leyes Civiles, excepto lo dispuesto en tres artículos de esta Ley. No deberá, constar en el Registro Civil datos que pueden permitir inferir el carácter de esta descendencia. (art.7).

La determinación legal de la filiación la fija negando a la mujer progenitora y al marido, que prestaron el consentimiento legal a la donación de semen, la posibilidad de impugnar la filiación matrimonial del hijo. Incluso cuando se revele la identidad del donante en los supuestos previstos en el art.5.5, no acarrea la determinación de la filiación legal. (art.8).

Prevé el caso de premoriencia del marido, disponiendo que no podrá determinarse filiación alguna entre el hijo nacido de la técnica, con el marido fallecido si no estaba inseminada la mujer en la fecha del fallecimiento del esposo. Salvo, que hubiere el marido dejado un documento público, donde autorice la utilización de su material genético, para fecundar a su mujer, en los 12 meses siguientes a su fallecimiento, de producirse determinará la filiación matrimonial. Lo hace extensivo, cuando el varón no estuviera casado legalmente, consentimiento que servirá para iniciar el expediente en el Registro Civil, sin perjuicio de la acción de reclamación de paternidad. (art.9).

Considera nulo el contrato de maternidad subrogada, con o sin precio, estableciendo que la filiación de los hijos nacidos mediante gestación sustituta será determinada por el parto. Dejando, a salvo la acción de reclamación de paternidad del padre biológico.(art.10).

En el Capítulo III se hace referencia a la Crioconservación y otras Técnicas Coadyuvantes de las de Reproducción Asistida, mediante la regulación de la crioconservación de gametos y preembriones, estableciendo que el semen podrá crioconservarse en bancos autorizados, durante la vida del varón.

La utilización de ovocitos y tejido ovárico, requerirá autorización de la autoridad sanitaria. Los preembriones sobrantes que no se transfirieron a la mujer se permite que sean crioconservados en los bancos. Todos ellos, podrán ser prolongados su crioconservación, si el equipo médico evalúa que la receptora no está clínicamente en condiciones de hacer la transferencia. Establece, que los preembriones crioconservados, semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservado, podrán ser destinados por la mujer o su marido, mediante su donación con fines reproductivos, de investigación, previo consentimiento de la mujer y si es casada, del marido, pudiendo revocarlo en cualquier momento.

El consentimiento para los preembriones que vencen cada dos años después del cual se solicitará que la mujer o pareja lo renueve, y si durante dos renovaciones consecutivas no se obtiene, demostrado fehacientemente por el centro, podrán destinarlo a los fines citados precedentemente. Dichos,

centros deberán contar con un seguro, que asegure su solvencia en caso de accidente que afecte la crioconservación de los preembriones. (art.11).

Permite además que los centros autorizados hagan diagnóstico preimplantacional, a fin de detectar enfermedades hereditarias graves, que no puedan ser detectadas, ni curadas postnatal, con el objetivo de seleccionar preembriones que no estén afectados para su transferencia. Debiendo, comunicarse a la autoridad de aplicación la realización de esta técnica, la que a su vez, lo comunicará a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. (art.12).

También, contempla la intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión vivo in vitro, sólo tendrá la finalidad de tratar una enfermedad o impedir su transmisión. La terapia, deberá ser previamente informada a la mujer, en el caso de que se trate de patologías con diagnóstico preciso, de pronóstico grave y con posibilidades de mejoría o curación, con autorización de la autoridad de aplicación. (art.13).

En el Capítulo IV admite la “Investigación con Gametos y Preembriones Humanos”, estableciendo que los mismos podrán utilizarse independientemente con fines de investigación y no podrán ser utilizados para transferencia a la mujer con fines de procreación. En el supuesto, de preembriones sobrantes que requiere el consentimiento de la mujer o pareja. (art.14).

Con relación a proyectos de investigación para el desarrollo y aplicación de las técnicas, deberán ser realizados en centros autorizados, con equipos científicos especializados, supervisados por la autoridad de aplicación. Asimismo, prevé la cesión de preembriones a otros centros, en virtud del desarrollo del proyecto, manteniendo la confidencialidad y la gratuidad. El resultado del proyecto, deberá ser elevado por la autoridad de aplicación a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. (arts.15 y 16).

En el Capítulo V trata sobre los “Centros Sanitarios y Equipos Biomédicos”, estableciendo que la calificación y autorización de los centros, que efectúan las técnicas o sus derivaciones como los bancos de gametos y preembriones, se regirán por la Ley 14/1986 de “General de Sanidad”(art.17).

También regula las condiciones de funcionamiento de los centros y equipos biomédicos, los que deben ser especialmente calificados para realizar las técnicas, sus aplicaciones complementarias o sus derivaciones científicas, contando con el equipamiento y los medios necesarios. Exigiendo actuación interdisciplinaria, poniendo la responsabilidad directa en cabeza en el director del centro, como así también de los equipos biomédicos que serán responsables legalmente de la violación al anonimato de los donantes, de la mala praxis, materiales biológicos, omisión de información. Los datos de la historia clínica, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora, pareja o del hijo nacido por ese medio. (art.18).

En el Capítulo VII establece la “Comisión de Reproducción Humana Asistida”, que es un órgano colegiado, permanente y consultivo para asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas, contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros.

La cual estará integrada por representantes del Gobierno de la Nación, las comunidades autónomas, sociedades científicas y entidades, corporaciones profesionales y asociaciones de consumidores y usuarios. Los informes, que expida la Comisión serán preceptivos en los supuestos de autorización a una técnica experimental. (art. 20).

También regula sobre “Registros Nacionales de Reproducción Asistida”, establece un Registro nacional de donantes, adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo que es de orden administrativo en el que se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, preservando la confidencialidad. Por otro lado, se refiere al registro nacional de actividades y resultados de los centros, con la condición de asociado o independiente del registro anterior, el Gobierno establecerá mediante decreto real la constitución, organización y funcionamiento de un Registro de actividades de los centros y servicios. La función será hacer públicos con periodicidad al menos, anual de las actividades de los centros relativos al número de técnicas y procedimientos autorizados, tasas de éxito reproductivos obtenidos por cada centro con cada técnica, a fin de que los usuarios valoren la calidad de la atención en cada centro. (art.22.).

En el Capítulo VIII, trata las “Infracciones y Sanciones” en el que determina la potestad sancionadora de esta Ley, estableciendo que las infracciones en materia de reproducción humana asistida, serán objeto de sanciones administrativas, previa instrucción de un expediente, sin perjuicios de las responsabilidades civiles y penales que puedan concurrir. Si concurriere una responsabilidad penal dará traslado al Ministerio Fiscal y hasta su pronunciamiento no continuará el expediente administrativo. Si hay sanción penal, se excluye la sanción administrativa y si no lo hay la Administración, continuará tomando los hechos que los tribunales hayan tenido como probados. En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos. En todos los procedimientos, se respetaran las garantías, normas y procedimientos previstos por el orden jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, cuando pudieran estar afectados.

En el capítulo elaboran una lista de los hechos que configura “infracciones graves” como: la vulneración de los equipos de trabajo de sus obligaciones en el tratamiento; la omisión de información o de los estudios previos que eviten lesionar intereses de los donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias; la omisión de dato, consentimientos, la falta de confección de la historia clínica, la ausencia de registros previstos por la Ley; la ruptura de la confidencialidad de los datos de los donantes; la retribución económica de la donación de células y tejidos humanos por los centros, ofreciendo compensación económica; la generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido; la generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario; la transferencia en la F.V.I. de más de tres preembriones; la realización continuada de estimulación ovárica que puedan ser lesivas para la salud de la mujer; y el incumpliendo de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

Continúa describiendo las “infracciones muy graves” como: el desarrollo in vitro de preembriones mas allá de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito; la aplicación de una técnica que no este prevista en el anexo; la

realización de prácticas por centros no autorizados; la investigación con preembriones violando los límites impuestos por esta ley; la transferencia de gametos o preembriones sin las garantías de viabilidad; la transferencia de nuclear con fines reproductivos y la selección del sexo o manipulación genética con fines no terapéuticos o no autorizados.(art.26).

Las sanciones, para las infracciones van desde una multa pecuniaria hasta la clausura o cierre de los centros. (art.27).

Por último deroga, a partir de su vigencia la ley 35/1988 y la ley 45/2003.

10.2. Alemania.-Ley de protección del embrión, del 13 de diciembre de 1990.⁶⁵

Esta ley que contiene 13 artículos, comienza sancionando la “utilización abusiva de las técnicas de procreación” de manera taxativa y con penas que van desde la privación de la libertad hasta tres años o multa a quien:

transfiriera a una mujer el óvulo no fecundado de otra mujer; fecundara artificialmente un óvulo con una finalidad distinta, a la de fecundar a la mujer titular del mismo; la transferencia de más de tres embriones, dentro del mismo ciclo reproductivo; fecundara por el método GIFT más de tres óvulos en un mismo ciclo; la fecundación de más óvulos de los que se pueden transferir; extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación con el fin de transferirlo a otra mujer o darle un fin distinto al de su protección; fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer que tiene por fin entregar al niño a terceros.

Asimismo sanciona con la misma pena a quién indujera artificialmente la penetración o introdujera artificialmente un espermatozoide en un óvulo, con un fin distinto al de producir el embarazo de la mujer que pone su óvulo. (art.1).

También castiga con la misma pena que en el art.1, los siguientes hechos: quien enajenara un embrión humano concebido en forma extracorporal o lo extrajera del cuerpo de la mujer antes de que se produzca la anidación, o lo cediera, adquiriera, utilizara con fines distintos a su protección; igual pena

⁶⁵Andorno,Roberto,“Regulación legal de las técnicas de procreación asistida”, www.revistapersona.com.ar/Persona57/57Andorno.

para quien desarrollara un embrión extracorporal con un fin distinto al de un embarazo; finalmente considera a la simple tentativa como una figura penal.(art.2).

En misma línea sancionatoria, se refiere a la “interdicción de la selección de sexo” cuando fecundara artificialmente un óvulo con un espermatozoide seleccionado por sus cromosomas sexuales. La excepción la constituye cuando sea para prevenir la transmisión de una miopatía u otra enfermedad hereditaria grave y ligada al sexo expresamente reconocida por el servicio competente.(art.3).

Aplica igual pena a la “fecundación y transferencia sin consentimiento y fecundación post-mortem”, cuando establece los siguientes hechos: quién fecundara artificialmente un óvulo sin que la mujer, ni el hombre que provee el esperma utilizado, hayan dado su consentimiento; transfiriera un embrión a una mujer sin su consentimiento; fecundara artificialmente un óvulo con esperma de un hombre fallecido conociendo el hecho de muerte, en este caso, la mujer no será sancionada. (art. 4).

Con respecto a la “modificación artificial de la línea germinal humana”, la pena privativa de libertad se eleva cinco años, para quien modificara artificialmente la información hereditaria de una célula; la utilización para la fecundación de un gameto, cuya carga genética hubiere sido alterada; la simple tentativa es un delito.(art.5).

La clonación también es sancionada con la misma pena del art.5, cuando se generara artificialmente un embrión con la misma información hereditaria de otro embrión, o de un feto o ser humano vivo o muerto. Estableciendo la misma pena a quien le transfiriera a una mujer un embrión clonado.(art.6).

Contempla y sanciona la “creación de quimera o híbridos”, como la fusión de embriones con distintas cargas hereditarias, usando al menos un embrión humano. La fusión de un embrión humano, con una célula que contiene una información hereditaria distinta de la contenida en las células embrionarias y por último, la fecundación de un óvulo humano con esperma de animal o viceversa. Sanciona, la transferencia a una mujer o a un animal el embrión obtenido por esos procedimientos.(art.7).

También, define en el art.8 los siguientes conceptos utilizados por la ley y son:

-embrión: *“al óvulo fecundado susceptible de desarrollo, a partir de los pronúcleos, así como en toda célula totipotente extraída de un embrión y que, reunidas las condiciones necesarias, sea susceptible de dividirse y desarrollarse como un individuo”.*

-óvulo humano fecundado: *“se entiende susceptible de desarrollo en el curso de las 24 horas primeras horas siguientes a la fusión de los pronúcleos, a menos que se hubiera constatado que antes del transcurso de este periodo el óvulo fecundado es incapaz de desarrollarse mas allá del estadio unicelular”.*

-Célula germinal humana: *“Cualquiera de las células en la línea de desarrollo que conduce al óvulo fecundado, así como los óvulos y espermatozoides del ser humano que resulta del desarrollo de dicho embrión. También se aplica al óvulo, desde la introducción o intrusión del espermatozoide hasta la fecundación acabada, con la fusión de los pronúcleos”.*(art.8).

Habilita, para las prácticas de fecundación artificial solo a un médico. (art.9). Asimismo, contempla la objeción de conciencia, estableciendo que nadie puede ser obligado hacerlas, ni participar de dichas prácticas.(art.10).

Condena, a un año de pena privativa de la libertad o una multa, a quien utilizara estas prácticas sin ser médico. (art. 11).

En el art. 12, se refiere a las disposiciones relativas a las multas.

Por último, en el art. 13 fija el 1 de enero de 1991, la fecha de entrada de vigencia de la ley.

Finalmente se coincide con Andorno, cuando se refiere al tema de legislar en Argentina que debería tener en cuenta las leyes que forman parte del segundo grupo mencionado precedentemente Entre los que se encuentran ley alemana de protección del embrión de 1990, la ley de Austria de 1992, Suiza de 1998 e Italia de 2004, países aceptan las técnicas, armonizando su aplicación con la protección embrionaria desde la ética y la ley.

11.-REFLEXIONES FINALES.

El tema de la procreación humana asistida, es uno de los más complejos que debe encarar el derecho actual. Es por eso, que en este Capítulo I de índole descriptivo la pregunta inicial que se formula es: ¿se debe legislar

sobre la procreación humana asistida?. La respuesta es sí. Sobre la base de esta afirmación, se hace la revisión y lectura de la doctrina nacional y de los proyectos de leyes presentados hasta la actualidad, surgiendo algunas consideraciones:

Que es adecuado en primer lugar adoptar como definición general: la procreación humana asistida: *“es la forma de dar vida, mediante la participación en el proceso biológico de la reproducción hecho por mano o arte del hombre”*. Es un término perdurable en el tiempo, mas cuando las reformas en el derecho son lentas y la ciencia tan dinámica en sus adelantos.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo precedente, se propone que en el Capítulo de Filiación del Código Civil a reformar o en la ley especial a dictarse se la incorpore expresando: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza, adopción o por procreación humana asistida”*.

En cuanto a la terminología inseminación artificial, se considera que debe referirse a la aplicación específica de las técnicas, como método que se utiliza para la procreación humana asistida. Puesto que las mismas, son más dinámicas y su evolución técnico-científica es permanente, con la consecuencia de no estar actualizada en la legislación.

La procreación humana asistida debe ser regulada por el ordenamiento jurídico nacional mediante una reforma al Código Civil en materia de filiación, a efectos de contemplar la situación de los niños procreados y nacidos mediante estas técnicas de inseminación. Como así también, tiene que dictarse una ley especial que reglamente la aplicación de los procedimientos de inseminación, a quienes están destinados, cuales son las técnicas que podrán utilizar conforme el régimen de filiación, para no violar los derechos del niño, y todo lo relativo al funcionamiento y supervisión de los centros de fertilización que las practican.

De la lectura y análisis de los proyectos de leyes presentados hasta la actualidad, se infiere que sólo tienen en cuenta la relación que se establece en los adultos (paciente-médico-cónyuge/pareja-dador), olvidando al niño por nacer que es también un sujeto de derechos

La legislación futura tendrá que equilibrar el uso de las técnicas de procreación, con la exigencia ética y legal de proteger la vida y los intereses

del niño para nacer. El legislador se debe nutrir de todas las disciplinas que contienen el tema, para que se dicte una ley equilibrada que proteja los derechos de todos y no sólo el de los adultos.

CAPITULO II

LA INSEMINACION ASISTIDA CON DACION DE ESPERMA (I.A.D.)

1. DEFINICION. LAS DISTINTAS ACEPCIONES: FECUNDACION HETEROLOGA O INSEMINACION CON DACION DE ESPERMA (I.A.D.).

La definición de fecundación mediante dación de esperma llamada comúnmente heteróloga se aplica cuando el cónyuge o pareja varón es

estéril: “se utiliza semen que se obtiene de un tercero, fresco o congelado y almacenado en un banco de semen. Se la denomina también Inseminación con Semen de Dador (I.A.D.)”⁶⁶ y constituye el objetivo específico de este trabajo.

Con relación al término “heteróloga” se coincide con Gafo, citado por Soto Lamadrid en su obra⁶⁷, lo transcribe: “...Esta terminología nos parece incorrecta, ya que en otros temas biomédicos, el concepto de “heterólogo” se refiere a lo que acontece entre diversas especies...”. Razón por la cual, le parece más apropiado referirse a “Inseminación artificial donante”, cuando el semen procede de una persona ajena a la pareja.

Soto Lamadrid la caracteriza como: “...la única forma de que la pareja pueda acceder a la paternidad, partiendo de la esterilidad del varón, la que también pudiera haberse originado en un tratamiento químico o radioterápico, en la esterilización voluntaria o accidental, o en la esterilidad idiopática, es decir, por causa desconocida”, y que este tipo de inseminación crece con la esterilidad humana, fenómeno que no puede ser ignorado, porque trae consecuencias en la familia y la filiación.

Se coincide con la acepción técnica: “inseminación asistida con dación de esperma” (I.A.D.) y se sugiere que se tenga en cuenta, para una legislación futura que regule específicamente el uso de las técnicas de inseminación artificial.

2. EL DERECHO A PROCREAR.

2.1. Introducción.

Entre los derechos naturales y personalísimos que tiene el ser humano, se encuentra el de perpetuarse como especie mediante la descendencia a través de la procreación, porque tanto el hombre como la mujer supuestamente, están preparados biológicamente para engendrar.

El problema se plantea cuando en la búsqueda de un remedio a la esterilidad de uno de los miembros de la pareja, o se quiere procrear a partir de una convicción unipersonal, en ambos casos, se recurre a la inseminación asistida con dación de esperma (I.A.D.).

⁶⁶ Bossert, Gustavo A., Ob. cit., pág.872.

⁶⁷ Soto Lamadrid, Miguel A., Ob.cit. pág. 22 y 25.

Reconocida la esterilidad como una enfermedad por la OMS⁶⁸ y como tal debe ser tratada, es oportuno preguntar: ¿Hay un derecho a procrear incluso, con material genético extraño para remediar la esterilidad del hombre?. Para dar respuesta a tal interrogante, se consulta y analiza la elaboración jurídica de la doctrina nacional.

2.2. Doctrina nacional.

La doctrina nacional presenta discrepancias con relación al derecho a procrear como derecho natural y preexistente al ordenamiento jurídico, al plantear la dicotomía entre el derecho absoluto o relativo de procrear.

2.3. Tesis que aceptan que existe el derecho absoluto a la procreación.

Por un lado, están los autores que consideran que hay un derecho absoluto a la procreación que es ilimitado, sin restricción, y que excluye toda comparación o relación con otros derechos. Los que sostienen esta postura son:

Arson de Glinberg⁶⁹, considera a la infertilidad como una “enfermedad” y que la *“libertad de procreación”*, abarca a todos los aspectos de la reproducción: concepción, gestación, parto y crianza de los hijos. También, el derecho de separar los componentes genéticos, gestacionales o sociales de la reproducción y recombinarlos con otros. Sostiene que la “autonomía” es la libertad de tomar decisiones relacionadas a nuestras vidas, como parte del derecho a la privacidad.

Declara que: a) *“La infertilidad es una enfermedad que cae dentro del área de la medicina”*; y b) *“el derecho a la procreación deberá ser reconocido en todos sus aspectos. La esfera de la privacidad no puede ser violada por ninguna norma, si no hubiere un interés apremiante demostrable”*.

Soto Lamadrid⁷⁰, comenta: *“Se dice que el derecho a procrear es un derecho derivado de varios derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad”*. Expresa, que algunos consideran

⁶⁸ Infertilidad: “enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/glosario. 8/12/2011.

⁶⁹ Arson de Glinberg, Gloria Hilda, “La libertad de procreación”, J.A.1989-IV-875.

⁷⁰ Soto Lamadrid, Miguel A., Ob.cit. pág. 140.

que el derecho a procrear no es un derecho de la familia, sino de la persona, y lo argumentan en el derecho a la libertad de la vida privada. Agrega, si el Estado no puede prohibir a la pareja tener o no tener hijos, tampoco puede prohibir la inseminación artificial.

Cifuentes, citado por Medina⁷¹ expone: *“en la doctrina nacional es quién ha admitido con mayor amplitud el derecho personalísimo a la procreación asistida en todos los casos”*. Reconoce que estas técnicas sean utilizadas por mujeres solas, lesbianas e incluso postmortem, aduciendo si una mujer soltera, menopáusica o lesbiana tiene un hijo en forma natural, porque no se le va a permitir acceder a la técnica, sin que eso, sea una lesión a su derecho personalísimo. Asimismo, alude a la mujer soltera que no tiene la posibilidad de vivir en pareja, pero tiene la necesidad de criar un hijo, debe poder acceder a las técnicas de procreación asistida.

El autor citado afirma que: *“La decisión de procreativa individual debe ser ampliamente respetada, y la elección de éstas técnicas no debe ser controlada, ni limitada por la sociedad, ni por el derecho”*.

Los doctrinarios mencionados precedentemente, consideran que existe un *“derecho personalísimo a la procreación”* y que consiste en la libertad de procrear, cuando quiero, como quiero y con quien quiero. Con el correlato de la libertad de no procrear.

2.4. Tesis que aceptan que existe el derecho relativo a la procreación.

En la línea opuesta a la teoría de libertad absoluta de procrear, están los autores que consideran que hay un derecho relativo a la procreación y que está condicionado a otros derechos a tener en cuenta. Los que sostienen esta tesis son:

Hidalgo⁷², en su comentario a un fallo norteamericano⁷³, en el que la sentencia pone de manifiesto que el *“derecho de procrear es una parte vital del derecho individual a la privacidad”*, el que coincide con la postura de Soto Lamadrid. Califica a la doctrina que avala el derecho absoluto a la

⁷¹ Medina, Graciela, “Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y jurisprudencia comparada”. www.gracielamedina.com.ar.

⁷² Hidalgo, Soraya Nadia R., “Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso?”, LL-1993-D-1112.

⁷³ Jurisprudencia extranjera, fecundación asistida.”Suprema Corte de Tennessee, 1/6/92, Davis Junior Lewis vs. Davis Mary Sue”, JA, 12 de mayo de 1993.

procreación, de tener una concepción patrimonialista que se traduce en el consiguiente derecho a tener un hijo.

La autora del artículo se pregunta *¿“no existen límites al derecho de procrear”?*. Para dar respuesta a su interrogante, cita a Gafo que con relación al tema expresa: *“en la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear), lo que sí cabe dentro de la categoría de derecho humano es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa”*, y se puede decir que la misma, se trata de algo condicionado a procesos de la naturaleza humana, y por lo tanto, no está sometido del todo a la libertad humana. Por otro lado, manifiesta que en las declaraciones de derechos humanos no hay referencia explícita al derecho de procreación, solo se formula el derecho de fundar una familia, dentro del que se encuentra implícitamente el de procrear, pero no de modo obligatorio.

Estima la autora: *“que no puede hablarse de un verdadero y propio derecho al hijo, el hijo no es algo debido, ni tampoco puede hablarse de un derecho de propiedad del hijo.... El derecho a procrear,... encuentra su límite temporal en la vida que se inicia, en el “derecho a la vida”, debiendo destacarse la responsabilidad que crea el acto de procreación”*.

Belforte⁷⁴, manifiesta que no es absoluto el derecho a la procreación y que como todo derecho subjetivo se torna relativo y limitado. Sin embargo, como cualquier derecho se encuentra en expectativa, va a depender si ése ser humano nació con la capacidad de reproducirse. Nadie puede exigir que sea obligatorio o prohibido procrear.

El ponente formula una crítica a la fecundación heteróloga, porque considera que fomenta a los supuestos padres que psicológicamente sólo ven la posibilidad de tener un hijo biológico propio, cuando en realidad vivirán una ficción del vínculo. Hace referencia al *“...estado personal de egoísmo, en el que el sujeto de la procreación no es ya el futuro niño, sino sus propios padres, que ven su derecho satisfecho a cualquier costo.”*

Finaliza con esta opinión: *“Es por ello que deviene necesario analizar la libertad y los límites del hombre, y a preguntarse dentro de ello, cual es la naturaleza del derecho a procrear y cuáles son los límites que se le deben*

⁷⁴ Belforte, ponencia sobre: “Comienzo de la vida, destrucción de excedentes de embriones y los límites de la libertad”, 1º Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho”, Bs.As. 2000, www.aaba.org.ar.

imponer al hombre, frente al arrollador avance de la ciencia, para evitar la “cosificación” y el determinismo que parece augurar aquel avance”.

Loyarte y Rotonda⁷⁵, hacen la distinción entre *“derecho al hijo o derechos del hijo”*, y analizan los alcances de la autonomía de la voluntad procreacional, con relación a la procreación natural y a la procreación humana asistida, siguiendo la clasificación de Díaz de Guijarro.

Con relación a la *“procreación natural”*, entienden que: *“La autonomía de la voluntad de la unión sexual es entendida como la libertad natural de mantener relaciones sexuales por el sólo hecho de tener dicha unión”* y que esta libertad merece el respeto jurídico y social.

Como correlato de lo anterior definen a la *“autonomía de la voluntad procreacional”* como: *“el propósito de engendrar, el deseo definido de crear una nueva vida”*, considerando que este derecho humano debe ser protegido por el orden jurídico, porque sería inapropiado que una persona o el Estado, obliguen a procrear o no hacerlo.

Por último, destacan la *“responsabilidad procreacional”* que surge por la unión sexual con o sin voluntad procreacional, aparece una responsabilidad correlativa de ese *“hecho biológico y que tiene consecuencias biológicas (concepción de una nueva vida) y jurídicas (filiación), resultando la ineludible calidad de padre o madre”*. Tienen la libertad de engendrarlo, pero no pueden disponer de la vida del hijo, ni antes, ni después del nacimiento. Prevalece el derecho a la vida del *“nasciturus”*, por las normas de orden público, y su doble carácter de sujeto de derecho y agente moral autónomo.

Con relación a la *“procreación humana asistida”*, manifiestan que ésta *“Disocia la sexualidad de la reproducción; la concepción de la filiación; las nociones de padres biológicos y padres legales o afectivos”* y destacan el riesgo que contiene la idea del *“...derecho al hijo a toda costa”*, porque los padres expectantes consideran que las libertades que ofrecen las intervenciones biomédicas, les otorga derecho a todo.

Opinan que la *“voluntad procreacional”*, se declara mediante el consentimiento informado ya sea, para aplicar la técnica en una fecundación homóloga, en la que las responsabilidades se reducen al ámbito familiar-

⁷⁵ Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana, Ob.cit., pág.175/184.

como en la procreación natural- y el equipo médico. Dicha voluntad procreacional también se expresa en la fecundación heteróloga, a través del consentimiento informado para el uso de la técnica y para la recepción del material genético donado, se extiende la responsabilidad a la pareja, el equipo médico y se suma un tercero que es el dador del material genético. Finalmente expresan que frente a todo conflicto de principios y valores que pueden surgir privilegian *“el derecho del hijo a vivir”*.

Medina⁷⁶, considera que no hay ningún derecho a la concepción, solamente la libertad de concebir o no. Critica la postura que niega el derecho a procrear, porque no pueden explicar la causa de que este reconocimiento se haga a la procreación natural y se le niega a la procreación asistida. Para ella, *“...el derecho a la procreación, como todo derecho subjetivo y personalísimo⁷⁷, se encuentra limitado por el derecho de los demás. Concretamente, el derecho a procrear admite dos límites: el derecho del niño y la prohibición de clonación. Propone como fin al derecho de procrear absoluto “...el interés del menor como límite a las técnicas de fecundación”*.

Expresa con énfasis que el niño como sujeto de derecho, cualquiera fueran las circunstancias de su nacimiento, la aplicación de las técnicas de fecundación deben respetar la dignidad de la persona por nacer, no vulnerando el derecho del niño a tener un padre y una madre. Piensa que si bien en forma natural, se puede traer un hijo al mundo sin padre, no puede provenir de un acto colectivo realizado por un equipo médico, protegido por el Estado que debe velar por el cumplimiento de los derechos del niño a nacer, en una familia con una imagen materna y paterna. Manifiesta, que en este caso, *“debe ceder el interés individual a procrear frente al derecho superior del niño”*, contemplado en el art.7 de la CDN, incluida en el art. 75 inc.22 de la CN. El límite al derecho de procreación tiene que ser el interés superior del niño (art.3 CDN).

⁷⁶ Medina, Graciela, Ob, cit. Pág.6. www.gracielamedina.com.ar.

⁷⁷ Derechos personalísimos: “son las prerrogativas de contenido extramatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde y antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que nadie puede ser privada por la acción de Estado ni de otros particulares, porque ello, implicaría desmedro o menoscabo de su personalidad”. www.gracielamedina.com.ar.

Taraborrelli y Bianchi⁷⁸, manifiestan que si se analiza el tema con una visión amplia, “...el derecho de procrear, está ínsito en toda pareja,... en la medida en que no se menoscaben los derechos de terceros y el derecho a la identidad de la persona creada en tales circunstancias”. Observan el conflicto de intereses que provoca la fecundación heteróloga, y sugieren que al estudiar este problema se respete la dignidad de la persona humana, la intimidad y el derecho a tener acceso a su identidad.

Velazco⁷⁹, considera a las técnicas de fertilización como método terapéutico de concepción alternativo para superar la infertilidad, cuando se ha intentado todos los medios posibles sin éxito alguno. Opina que el *derecho a inseminarse no es absoluto*, y que el criterio orientador acerca de la aplicación de estas técnicas debe ser el interés del niño que se pretende engendrar. Supone favorable la aplicación de la técnica a un matrimonio o pareja estable, no así, para la mujer sola como forma alternativa de reproducción, porque considera que se está en presencia de una técnica terapéutica para superar la infertilidad, cuando se agotaron otros mecanismos. Finalmente, manifiesta que es necesario que estén definidos los roles paterno-materno para el niño y su socialización, primando el derecho a nacer en una familia plena.

Perrino⁸⁰; estima que “El derecho a procrear consiste en la realización de los actos propios de modo humano para la procreación. Empero no es un derecho absoluto, pues no puede ejercerse a ultranza”. Cita a Bustamante Alsina, quien destaca que el derecho a la procreación no ampara el derecho al hijo como algo posesivo que persigue la satisfacción de un deseo personal. La razón de ello, la encuentra en el derecho del hijo a nacer con dignidad. “Por otra parte, da fundamento a lo antes expuesto, al carácter relativo de este tipo de derechos subjetivos que se gozan y ejercen conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (arts.28 y concs.,CN)”.

⁷⁸ Taraborrelli, José y Bianchi, Silvia, “El derecho a la identidad y el derecho a conocer el destino del componente genético frente a la inseminación heteróloga. Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación”, J.A.-1994-II-877.

⁷⁹ Velazco, José R., Ob. cit., pág.731.

⁸⁰ Perrino, Jorge, Ob.cit., pág.1890.

Teniendo en cuenta, las posiciones de los autores que elaboran la tesis de que existe un derecho relativo a la procreación, entre ellos Loyarte, Rotonda, Medina, Velasco, se extraen algunas conclusiones las que se comparten:

a) que hay un derecho relativo a la procreación y que está condicionado por otros derechos a tener en cuenta.

b) que la infertilidad es una enfermedad y se debe tomar a las técnicas de fertilización, como método terapéutico de concepción alternativo para superarla, cuando se ha intentado todos los medios posibles sin éxito alguno.

c) que el derecho a la procreación, como todo derecho subjetivo y personalísimo, se encuentra limitado por el derecho de los demás.

d) El derecho a procrear admite un límite que es el interés del menor como fin a las técnicas de fecundación. Debe ceder el interés individual a procrear, frente al interés superior del niño, previstos en los arts. 3, 7 y 8 de la CDN, incluida en el art. 75 inc.22 de la CN. La doctrina de protección integral de los niños plasmada en la CDN, establece que son sujetos de derechos humanos, al igual que los adultos y de otros derechos propios por su condición de tal.

e) Se considera que el derecho a procrear de los supuestos padres no es absoluto, si deviene en un conflicto con los derechos del niño por nacer. En particular con la aplicación de la I.A.D., porque viola su derecho personalísimo a la identidad biológica, a su salud física y psíquica, desde el momento de su concepción. Nadie de puede atribuir la facultad de limitar esos derechos y menos, quienes pretenden ser sus progenitores.

3. EL REGIMEN DE FILIACION NACIONAL VIGENTE.

Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda⁸¹ exponen el concepto de filiación y dicen :*“se refiere al lazo de parentesco, existente entre los padres y los hijos. Ese vínculo materno-paterno-filial genera un universo de relaciones jurídicas, un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre los padres y su descendencia”*.

⁸¹Fleitas Ortiz de Rozas, Abel-Roveda, Eduardo, “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Lexis Nexis, Bs.As., 2004, pág.333.

Bossert y Zannoni⁸², la definen de este modo: “*La filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos*”.

La ley organiza ese conjunto de derechos y obligaciones paternos-filiales, teniendo como base el hecho biológico de la generación que unida a los efectos jurídicos que se le asigna, marca el comienzo de la existencia de la persona. De este modo, se cumple con las exigencias del orden social que, mediante la regulación del derecho positivo se organicen las consecuencias que son anteriores y nacen en el Derecho Natural.

El rasgo distintivo del derecho de familia, es lo imperativo de sus normas las que son de orden público, por lo tanto, limitan la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas familiares.

El art. 240⁸³ del C. Civil, determina dos tipos de filiación: por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) o por adopción, asignándole los mismos efectos. Esta unidad de filiación, cualquiera sea la situación de los progenitores al momento de la concepción, fue incorporada por la ley 23.264 sancionada en 1985, como parte de una reforma integral al régimen de la filiación y de la patria potestad. Esta ley, incorpora el principio de igualdad de las filiaciones y “*el respeto por la verdad biológica*”. Como así también, un régimen abierto a la impugnación de la paternidad del marido.

La reforma a la Constitución Nacional en el año 1994, introduce elementos de la “*identidad personal*” en los arts. 19, 33 y 75 inc.22, en éste último artículo incorporan la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el régimen de filiación el hijo posee el “*estado de familia*”, el que significa: “*la posición o emplazamiento que ocupa la persona en sus relaciones familiares*”⁸⁴ que contiene los siguientes caracteres: universalidad, indivisibilidad, correlatividad, oponibilidad, estabilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad e inherencia personal. La ley le reconoce al hijo que es titular de acciones para procurar declararlo, constituirlo, modificarlo o extinguirlo a ese estado de familia.

⁸²Bossert, Gustavo-Zannoni, Eduardo, “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Astrea, Bs.As., 2005, 439.

⁸³ Art.240 C.Civil: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial o extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código”.

⁸⁴ Fleitas Ortiz de Rozas, Abel-Roveda, Eduardo, Ob.cit., pág.21

4. LA INSEMINACION ASISTIDA CON DACION DE ESPERMA Y LA DETERMINACION DE LA FILIACION.

El régimen de filiación del art. 240 del C. Civil, no contempla la filiación que se origina con la *“procreación humana asistida”* o *“inseminación artificial”*.

En el caso, de la *“inseminación artificial homóloga”* con semen del marido durante el matrimonio, no trae dificultad alguna con relación a la paternidad de esposo y tampoco para el hijo, porque existe un indiscutido nexo biológico entre ellos. La determinación de la paternidad se regiría por las normas del Código Civil.

El problema se plantea con la *“inseminación artificial con dación de esperma o heteróloga”*, en la que la filiación no se determina por los componentes genéticos de la pareja, porque la esterilidad del varón hace que se requiera del semen de un dador para que se produzca la concepción. Por eso, se considera necesario que se legisle el tema de la aplicación de las técnicas de fertilización asistida, para determinar que posición jurídica tiene el niño que nace por medio de la fecundación heteróloga, con relación al marido o pareja de la madre.

El tema de la procreación humana asistida y en especial la fecundación heterológica por el vacío legal existente, provoca el debate de la doctrina nacional que se expone a continuación.

4.1. Introducción.

La doctrina en general ante la falta de legislación, elabora teorías para dar un fundamento legal a la fecundación heterológica. Exponen posturas que se refieren a determinados actos que deben hacer los que pretenden ser padres y el equipo médico, para constituir el estado de hijo del nacido por este medio.

Entre los algunos de los hechos que se mencionan, para dar fundamento legal a la filiación del niño es el *“consentimiento informado”*⁸⁵, la firma y sus

⁸⁵Garay, Oscar, “Derechos fundamentales de los pacientes”, Ed. Ad-Hoc, 2003, Bs. As., pág.416. Define al consentimiento informado diciendo: “éste implica una declaración de voluntad efectuada por una paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y prestarse a tal procedimiento o intervención”.

efectos, es lo más importante, para que se aplique la técnica y se constituya en padre legal, el marido o pareja de la futura madre..

El consentimiento informado en general con relación al paciente, tiene dos aspectos: 1.-el médico lo debe obtener del paciente para llevar a cabo el tratamiento y 2.-el especialista debe revelar la información adecuada al paciente, para que éste acepte conscientemente la toma de decisión del tratamiento propuesto. El mismo, tiene como propósito aplicar una terapia para curar una enfermedad determinada del paciente. Se basa en la noción del principio de autonomía, concediendo al enfermo el derecho de determinar su propio destino, mediante el ejercicio de un derecho personalísimo vinculado a la dignidad y libertad.

Se cuando la paciente tiene una patología, en principio el consentimiento informado sólo se debe otorgar por ella para el tratamiento de la enfermedad. Pero en el caso, de la fertilización asistida heteróloga, La mujer que no está enferma, sino que es el varón el que tiene una patología, por la cual recurren a la técnica de I.A.D., y que mediante el consentimiento informado la convierten en una paciente⁸⁶. Se tergiversa la finalidad de ése instrumento, desde el punto de vista médico y jurídico, una situación de ficción de enfermedad en una mujer sana. Por dar su consentimiento a un tratamiento que en la I.D.A., no es curarla porque ella no está enferma.

Por otro lado, se cree que la concepción del niño mediante la técnica mencionada, entra en juego el derecho del paciente adulto, como así también, los derechos reconocidos al feto como paciente, desde la concepción.

Por lo tanto, se concluye que la filiación en la fecundación heteróloga no puede establecerla el consentimiento informado que tiene otra finalidad y está expresada precedentemente.

Teniendo en cuenta la situación que se plantea, con relación a la fecundación heteróloga frente a la filiación del niño por nacer, se considera oportuna la siguiente pregunta: ¿en el estado actual del régimen de filiación, es posible emplazar el estado de hijo, mediante la firma del consentimiento

⁸⁶ Definiciones de paciente: “Persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica” o “persona que va a ser reconocida médicamente”.www.rea.es.

informado del esposo o pareja, para practicar la inseminación a la mujer receptora?

La solución doctrinaria no es pacífica, pero la jurisprudencia se presenta coincidente en privilegiar el derecho a la identidad.⁸⁷

Para algunos autores, es factible el desconocimiento de la paternidad, porque en la determinación de la filiación está comprometido el orden público, materia ajena a la voluntad de las partes.

Bidart Campos⁸⁸, expresa: *“no toda realidad-sea biológica o no-tiene que ser aceptada como valiosa por las normas jurídicas”*, se refiere en esos términos a los hijos adulterinos previstos en el Código Civil de Vélez. Pero al mismo tiempo, afirma que no se puede dejar de ver cuando ante una realidad biológica como la procreación, el que sufre la negación es el hijo que no tuvo ninguna intervención en esa realidad, porque no eligió, ni consintió nacer de quienes lo concibieron. Con la ley 14.367, se suprimen las diferencias de los hijos nacidos fuera del matrimonio y establece dos categorías: hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales.

Más adelante, manifiesta que la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica en 1984, en el art.17 dispone: *“La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”*, de esta forma obliga el dictado de la ley 23.264. Con esta ley el doctrinario asegura que: *“Las realidades biológicas quedaban asumidas por las normas jurídicas, que ya no enunciaban axiomas sin correspondencia con tales realidades. Todo ser humano nace de un padre y de una madre”*. Sigue su análisis, con la ratificación en 1990 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus arts.7.1 (Derecho a la identidad) y 8.1⁸⁹ (Derecho a preservar su identidad y circunstancias personales). Considera que a partir de ello, el derecho a la verdadera

⁸⁷Méndez Costa, María Josefa-D´Antonio, Daniel Hugo, “Derecho de Familia”, Tº III, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2001, Santa Fe, pág.27.

⁸⁸Bidart Campos, Germán, “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, ED-157-881.

⁸⁹ Convención sobre los derechos del niño .Unicef. Argentina. Ley nº: 23.849, en adelante se la denominará así: CDN.

Art.7.1 dice: “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Art.8.1 dice: “Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

filiación y sus consecuencias y el derecho a la identidad personal, exigen que las normas jurídicas no dificulten “...que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo”, y si no es así, dichas normas son inconstitucionales.

Se concluye que uno de los rasgos salientes de la ley 23.264, es su tendencia a la concordancia entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos emergentes de esa realidad. Sin embargo, la doctrina produce otra categoría de filiación que no está prevista por la ley, para dar fundamento al vínculo que se origina por la inseminación con dador de espermatozoides, entre el niño concebido y el marido o pareja de la mujer receptora.

4.2. Tesis que fundamentan la filiación derivada de la fecundación heteróloga.

Para dilucidar el tema, se desarrollan dos líneas doctrinarias que tratan de buscar un fundamento legal a la filiación del hijo nacido por la fecundación heteróloga, dentro del matrimonio o de una unión de hecho. Por un lado, la tesis sobre la voluntad procreacional y por el otro, la que aplica la teoría de los actos propios. También, hay autores que proponen otras soluciones como: el principio de prohibición de invocar la propia torpeza o la adopción prenatal. Pero todos coinciden, en que debe ser contemplada por la ley tanto la procreación humana asistida, como sus técnicas y el régimen de filiación para los niños que nacen producto de su aplicación.

4.2.1 Tesis sobre la voluntad procreacional.

Esta doctrina se manifiesta a favor de la voluntad de las partes interesadas, con el fundamento en la “voluntad procreacional”, dejando de lado la preeminencia del vínculo genético para darle relevancia a la voluntad, negando acción alguna al dador del material genético. Entre los autores que la formulan se encuentran los siguientes:

Díaz de Guijarro⁹⁰, en el año 1965 elabora la *“teoría de la voluntad y responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”*. Se introduce en el tema mediante una crítica al

⁹⁰ Díaz de Guijarro, Enrique, “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, J.A.-1965-III, pág.21.

derecho de familia, porque para determinar la filiación sólo parte del hecho biológico y su correspondencia con el hecho jurídico. Para desarrollar su teoría introduce la distinción terminológica de tres elementos: 1.-Voluntad procreacional: “... el propósito de engendrar, el deseo de crear una nueva vida.”; 2.-Voluntad de unión sexual: “... procurar la unión sexual por la unión sexual en sí misma...” y 3.-Responsabilidad procreacional: “destinado a establecer que por el hecho de la unión sexual, con o sin voluntad procreacional, surge una responsabilidad por las consecuencias de ese hecho biológico...”, esta última, constituye el soporte de la teoría que despliega para llegar a los conceptos que a su juicio, determinan la filiación.

Manifiesta que el concepto de filiación se presenta, por un lado como un hecho biológico y por el otro como un hecho jurídico. Opina que el surgimiento de la filiación no existe, hasta que haya una manifestación espontánea de la voluntad del reconociente, tanto en la matrimonial como en la extramatrimonial o en su defecto, la declaración judicial por el reclamo del hijo. Le otorga relevancia al hecho subjetivo que es la voluntad, tomada como la base de la relación jurídica familiar y específicamente, de la relación jurídica -filial.

Extiende, “*la voluntad procreacional a la inseminación artificial heteróloga*”, porque el marido que acepta el procedimiento toma los efectos jurídicos del mismo, y por lo tanto, la condición legal de padre. De esa voluntad procreacional, surge la sucesiva “*responsabilidad procreacional*”, de la que emerge el inevitable el carácter jurídico de progenitor. Por lo tanto, no se puede al dador ajeno al procedimiento, atribuir voluntad y responsabilidad procreacional.

Finalmente, sintetiza su teoría de esta forma: “...y para toda hipótesis, quién nazca será titular de un derecho: El derecho de tener padres, desde el punto de vista jurídico. Y entonces la responsabilidad procreacional funciona como base esencial-ésta es nuestra tesis- del derecho del hijo a demandar su filiación”.

A partir de la “*teoría de la voluntad procreacional*”, la mayoría de la doctrina trata de justificar por medio de ella, el emplazamiento del estado de hijo matrimonial o extramatrimonial en las fecundaciones heterólogas. Sostienen que una vez consentido el procedimiento, por el esposo o la

pareja de la mujer inseminada queda constituida la relación jurídica paterno-filial. No tienen en cuenta, la realidad biológica consagrada por la ley 23.264, y el art. 75 inc.22 de la Constitución Nacional, con relación al derecho a la identidad biológica.

Mizrahi⁹¹, adhiere al concepto de filiación en su significado amplio: *“...incluiría el hecho de la mera procreación biológica, aunque no haya trascendido al campo jurídico”*, y que comprende no sólo aquellas que tienen el sostén biológico, sino también, todos los otros casos. en que el derecho configura el emplazamiento paterno-filial, incluyendo las diferentes técnicas de procreación artificial, como así también, la fecundación extracorporal con semen de dadores. Advierte, que *“la mención padres no está utilizada sólo para quien ha engendrado, sino en un sentido cultural y jurídico, una categoría legal, en la que él será el centro de imputación de derechos, funciones y deberes, pudiendo constituir o no al mismo tiempo el progenitor inmediato”*.

Opina que la autonomía del vínculo filiatorio en los métodos de procreación artificial heteróloga y en la fecundación extracorporal o in vitro, cuando se usa el semen de un tercero, es un hecho que aleja la noción de apoyo sólo en la filiación biológica. Destaca que las legislaciones, tienden a atribuir el vínculo jurídico a aquel que consiente la fecundación y está dispuesto a asumir la función y responsabilidades de padre. Considera que el semen extraño tiene la condición de instrumento, sin que establezca causa esencial de paternidad.

Reconoce que el derecho argentino vigente, es riguroso en hacer coincidir la filiación con la verdad genética, lo evidencia en redacción de los arts.240, 242, 253, 254, 255, 256 y 325 del C. Civil. Manifiesta que *“el hecho biológico es inmutable, pero el vínculo jurídico es mutable”*, porque como técnica jurídica se alimenta de la ideología vigente.

Considera *“la filiación como vínculo cultural y social”*, siendo insuficiente la idea del dato genético, como único componente para constituir la relación de filiación. Otorga suficiente valor a la voluntad para la constitución de la filiación cualquiera sea su especie, ponderando la voluntad procreacional y

⁹¹ Mizrahi, Mauricio L., “Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”, LL-2002-B-1998, pág.1200.

lo mismo hace, con la posesión de estado, considerándola una función adquisitiva del derecho filiatorio. Dentro de esta línea incluye a la fecundación heteróloga, por la importancia que ejerce el sujeto que accede a la técnica, con el conocimiento de que su paternidad no tiene concordancia biológica con él.

Finalmente, cree que hay que decidir sobre que bases se debe otorgar por la ley el vínculo filial, como así también, encontrar el equilibrio deseado entre dos realidades importantes que son la verdad biológica y la verdad sociológica.

Grosman y Martínez Alcorta⁹², consideran que la determinación de la paternidad y sus efectos, con relación a la inseminación heteróloga y fecundación extracorpórea con semen de un tercero no puede ser resuelta dentro del marco legal actual, y que es necesaria una reforma que contemple el empleo de esas técnicas con o sin el consentimiento del marido. En este último supuesto, el marido que no prestó su consentimiento al procedimiento demuestra su falta de intención de asumir la responsabilidad paternal, por lo tanto, no se le puede imputar la misma. En este caso, la impugnación de paternidad es viable por el art. 258 del C. Civil.

Piensen que la paternidad del marido que presta su consentimiento al procedimiento, se basa en la voluntad procreacional de asumir el rol de padre, con la consecuente responsabilidad procreacional. También, le atribuyen al consentimiento del esposo la categoría de un acto jurídico familiar análogo al reconocimiento y lo asimilan a la adopción prenatal, en razón del que el lazo filial se aparta del biológico. Asimismo, le niegan efectos al vínculo genético del dador anónimo, evitando así, el ejercicio de la acción de reconocimiento o de reclamación de filiación.

4.2.2. Tesis sobre la teoría de los actos propios.

Zannoni⁹³, se inclina por la “*doctrina de los actos propios*”, cuando se refiere al desconocimiento de la paternidad del marido, con relación al hijo

⁹² Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene, “La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264”, LL-1986-D-939.

⁹³ Zannoni, Eduardo, Ob.cit., pág. 55.

de la esposa que nace por inseminación heteróloga, y hace la distinción si fue con el consentimiento del marido o sin él.

Expresa, el esposo que presta el consentimiento y no lo revoca antes de la inseminación, no puede desconocer la paternidad del hijo que da a luz su mujer. Aquí, es donde aplica la doctrina de los actos propios, porque al dar su consentimiento genera en la mujer una expectativa seria de una conducta futura a seguir y debe ser consecuente con ella.

La doctrina de los actos propios, se basa en el principio general del deber de obrar de buena fe y tiene dos elementos esenciales para su articulación: 1) que una persona, haya observado una conducta jurídicamente relevante y eficaz y 2) que posteriormente, dicha persona intente ejercer jurídicamente un derecho subjetivo incompatible o en contradicción con el sentido que la buena fe le asigna a la conducta anterior. Le parece la teoría más justa y razonable, porque la inseminación fue decidida por ambos, y en ese sentido fue aplicada, debiendo prevalecer, como valor jurídico, el de la seguridad de las relaciones jurídicas.

Considera, que la filiación no encierra un elemento puramente biológico, sino también el factor institucional, siendo este último, el que lleva a una solución, porque en el caso contrario, de aceptarse la impugnación dejaría al hijo en una situación de paternidad incierta.

Belluscio⁹⁴, sostiene que la imposibilidad para deducir la acción de desconocimiento de la paternidad, encuentra su fundamento en la prohibición, de que nadie puede invocar su propia torpeza.

Bíscaro y García de Ghiglino⁹⁵, con relación a la fecundación heteróloga en el matrimonio, hacen la distinción si se aplica con o sin el consentimiento del marido. Consideran que la fecundación que se hace sin el consentimiento del esposo, la doctrina es unánime, en cuanto a la posibilidad que tiene de impugnar la paternidad, por la falta del componente genético y de la voluntad procreacional. Por el contrario, si la fecundación se practica con el consentimiento del marido, no puede desconocer la paternidad mediante la prueba de ausencia de lazo biológico.

⁹⁴ Belluscio, Augusto, “Acción de desconocimiento de la paternidad entablada por el propio hijo”, LL-1979-B-426.

⁹⁵ Biscaro, Beatriz y García de Ghiglino, Silvia, “Desconocimiento o impugnación de la paternidad en los casos de inseminación heteróloga”, LL-1987-B-806.

Las autoras entienden de *lege data*, debe aplicarse la *doctrina de los actos propios*. Concluyen, que para que el consentimiento dado por el marido, previo a la inseminación artificial heteróloga, haga nacer la relación jurídica paterno-filial, el ordenamiento jurídico debe acordarle entidad suficiente para generar dicho emplazamiento. Proponen la protección del vínculo paterno-filial generado de esa forma, evitando la indefensión del nacido por esa técnica, por no estar prevista en el campo jurídico sus consecuencias.

Bossert⁹⁶, también se refiere a la inseminación heteróloga matrimonial, porque es la que presenta diversos problemas, puesto que si el marido no otorga el consentimiento para la práctica, puede impugnar la paternidad con el fundamento de que el hijo de la esposa, no es de él (art.259 C.Civil). Por el contrario, si da el consentimiento no puede impugnar, porque está en contra de sus *propios actos* jurídicamente relevante y violando el *principio de la buena fe*, aún en los casos, en que no está previsto por la ley.

Considera que la ley que regule estos temas, debe impedir la acción impugnación del marido que presta su consentimiento para la inseminación.

Empero, con relación al hijo matrimonial, afirma que ante el vacío legal tiene la acción de impugnación de paternidad del art.259 del C.Civil, sin plazo de caducidad. De modo tal que, si quiere reclamar su filiación con relación al dador de semen, no hay norma que se oponga a esta demanda, en el estado actual de la legislación vigente.

Finalmente, estima: “...necesario legislar como lo han hecho otros países, disponiendo que en caso de inseminación con semen de dador, mediando consentimiento del marido, surge definitiva e irrevocablemente un vínculo patero filial entre el hijo y el marido de la madre y no es posible reclamar por el establecimiento de un vínculo entre el hijo y el donante de semen”.

4.2.3. Tesis de otros autores.

Soto Lamadrid⁹⁷ expresa, “En realidad la fuerza de la naturaleza, es el verdadero fundamento de la filiación y no la voluntad, ni la procreacional, ni la sexual”. Hace una crítica a la teoría desarrollada por Díaz de Guijarro,

⁹⁶ Bossert, Gustavo, “Fecundación asistida”, J.A.-1988-IV-873.

⁹⁷ Soto Lamadrid, Miguel Angel, Ob.cit.,pág.70.

porque considera que le atribuye a la voluntad y responsabilidad procreacional, una fuerza extrema como fuente de filiación en una época en que el sistema argentino era cerrado. Sosteniendo que la reforma legislativa posterior, hace que las bases de esta teoría terminen sin fundamento, en virtud de la implementación del sistema abierto que permite contradecir las presunciones o desplazar el vínculo, a través de las pruebas biológicas.

El autor toma de la teoría expuesta por Díaz de Guijarro como aceptable únicamente el término: “...*voluntad procreacional... y la necesidad de legislar sobre el tema de la inseminación o fecundación heteróloga, para dar estabilidad jurídica a la filiación resultante, ya que ésta carece de conexión genética*”. Finalmente, considera que esta teoría yace sobre una base incorrecta. Coincide con Bossert cuando éste expresa que: “*el lazo filial no depende del consentimiento del marido, sino de la realidad biológica*”.

Manifiesta que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas, el tipo de filiación es la que establece el art. 240 del C.Civil. Sostiene que hasta ahora, la voluntad tiene importancia para confesar el nexo biológico, pero no como fuente de filiación.

Cree que la “*voluntad procreacional*” debe acompañar a la “*responsabilidad procreacional*”, como aditamento para que la parentalidad cumpla con la finalidad humana de protección y amor a los hijos. Sin embargo, inmediatamente expresa que en el futuro la voluntad debe ser admitida como una forma jurídica autónoma, con la aptitud de constituir el vínculo paterno-filial, incluso sin el lazo genético, porque las nuevas técnicas de reproducción asistida, sólo tienen a la voluntad como referencia. Su crítica, se dirige a la doctrina que le da valor jurídico a la voluntad como una fuente de filiación, la que no está contemplada en la legislación actual para resolver los problemas de paternidad que se plantean.

Finalmente, propone que en una reforma legislativa se tenga en cuenta, “*el deseo de asumir la paternidad -tal como ocurre en la adopción- sea reconocido como título eficiente para constituir jurídicamente el vínculo paterno-filial*”. Esta propuesta de reforma es sugerida para la inseminación heteróloga, para que el niño por nacer tenga el emplazamiento por ley de ser el hijo del que voluntariamente asume el rol de padre. Porque, en el estado actual de la legislación que aplica irrestrictamente el nexo biológico y las

disposiciones que impiden renunciar a la paternidad, el dador anónimo será considerado el padre, aunque el marido haya consentido, independientemente del anonimato del dador. La solución para él, es realizar una reforma legislativa que contemple esa nueva fuente de filiación.

Concluye que ante este fenómeno la sociedad y la familia están en peligro, y fundamentalmente la seguridad de los niños nacidos por este medio, porque está sujeta, a que el padre consensual se arrepienta, o el dador anónimo quiera asumir su paternidad conforme a la ley vigente y a las pruebas biológicas efectivas.

Loyarte y Rotonda⁹⁸, manifiestan que la autorización a la inseminación heteróloga es un acto deliberado, objetando su relevancia y eficacia jurídica, porque son desplazadas por el art. 251 del C. Civil que dispone: “el derecho de reclamar o impugnar la filiación, no se extingue por renuncia expresa o tácita”. Cuestionan, la aplicación de la teoría de los actos propios, en virtud del orden público que tiene el derecho de familia.

Crean que debe aplicarse el *principio de prohibición de invocar la propia torpeza, del art. 1047 del C. Civil*, con relación a los actos nulos de nulidad absoluta. Este principio, permite aceptar la eficacia del consentimiento otorgado, no pudiendo desconocer su paternidad, se puede tomar como un reconocimiento preventivo, unilateral e irrevocable.

Las autoras afirman que: “...*el consentimiento informado del marido, nosotros consideramos que éste carece de relevancia jurídica, no sólo para constituir el vínculo parental, sino también para negarle la acción de impugnación con base en el principio de que debe respetarse los actos propios*”.

Mazzinghi⁹⁹, en su comentario sobre el Proyecto de Reforma de 1989, en materia de derecho de familia, expone que los principios que regulan la paternidad, coinciden fundamentalmente con los que establece la ley vigente. En cuanto a las acciones de impugnaciones de estado, sigue la línea de la ley 23.264, afirmando que la realidad biológica otorga al hijo la posibilidad de impugnar en todo tiempo su filiación matrimonial. Sin embargo, con relación a la posibilidad de impugnar el marido, destaca la

⁹⁸ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, Ob.Cit., pág. 311.

⁹⁹ Mazzinghi, Jorge A., Ob.cit., pág.1346.

incongruencia de los arts. 563 y 565 del proyecto, cuando insertan la fecundación heteróloga, porque por un lado, prevalece la realidad biológica y por el otro, le impiden al marido que consiente la inseminación, poder impugnar dicha paternidad.

El autor, sostiene que el esposo lo único que hace es dar su consentimiento, para que la mujer sea fecundada y pagar el dinero necesario, para compensar al dador del semen. Por un lado, tiene una actuación pasiva, en el caso del consentimiento y por el otro, activa cuando se eleva su paternidad matrimonial al plano contractual y que además, no puede impugnar.

Considera que en el caso de la paternidad, hay una construcción legal sin apoyo biológico. Manifiesta que reconocer al marido la acción de impugnación, es propiciar que vaya contra sus propios actos, pero considera inadmisibles en homenaje a ese principio, que el Proyecto consagre un auténtico falseamiento del estado civil, estableciendo un vínculo paterno-filial que no existe e inatacable. De todos modos, considera que no es un presupuesto previo para establecer la verdadera filiación, en atención al anonimato del dador que haría imposible ese resultado, por no estar regulado.

Opina, que es necesario regular estas modalidades procreativas, prohibiendo las fecundaciones heterólogas y la maternidad subrogada.

Finalmente, propone que el tema se puede resolver, otorgando la paternidad adoptiva del hijo al marido de la mujer que concibe con semen anónimo, si es aceptado, es necesario que al menor se le informe porque tiene derecho a conocer su identidad.

Se concluye, luego de analizar las dos tesis más destacadas para dar fundamento a la filiación del hijo nacido mediante la fecundación heteróloga, tanto las que refieren a la voluntad procreacional, como las que apoyan la teoría de los actos propios, se arriba a la convicción de que ninguna de las dos teorías expuestas, dan el fundamento de filiación real y justo al hijo nacido por I.A.D.

Son construcciones que hacen el intento de darle el marco jurídico que necesitan, para poder aplicar las técnicas. Esto es así, porque el régimen de filiación actual es de orden público, no pudiendo las partes, mediante la

autonomía de la voluntad modificarlo, sin vulnerar derechos humanos fundamentales del niño.

Finalmente, se está de acuerdo con la posición de Soto Lamadrid, cuando propone que en una reforma legislativa se tenga en cuenta, el deseo de asumir la paternidad -tal como ocurre en la adopción- sea reconocido como título eficiente para constituir jurídicamente el vínculo paterno-filial. La sugiere para la inseminación heteróloga, para que el niño por nacer tenga el emplazamiento por ley de ser el hijo del que voluntariamente asume el rol de padre.

También se da conformidad a las autoras Rotonda y Loyarte cuando afirman que el consentimiento informado del marido carece de relevancia jurídica, no sólo para constituir el vínculo parental, sino también, para negarle la acción de impugnación con base en el principio de que debe respetarse los actos propios.

Por último, se toma también como acertada la propuesta de Mazzinghi al proponer que el tema se puede resolver, otorgando la paternidad adoptiva del hijo al marido de la mujer que concibe con semen anónimo, si es aceptado, es necesario que al menor se le informe porque tiene derecho a conocer su identidad.

5. LA DACION DE GAMETOS. NATURALEZA JURIDICA. CONTRATO DE DONACION O NEGOCIO JURIDICO.

En principio, se define a que se llama **gametos**¹⁰⁰: *“es la denominación global para las células germinativas masculinas o femeninas (célula ovular o espermática). Se originan mediante oogénesis o espermatogénesis, presentando solamente una dotación cromosómica simple, después de la división meiótica de maduración. En las fecundaciones se origina el cigoto, a partir de los gametos masculino y femenino”.*

En este trabajo interesan las células germinativas masculinas, porque son las utilizadas en la dación de esperma, por la infertilidad o esterilidad del marido o pareja, de la mujer receptora del tratamiento de I.A.D. El uso de gametos ajenos a los destinatarios de estas técnicas, plantea dudas con relación a la naturaleza jurídica de los mismos.

¹⁰⁰ Diccionario Pschyrembel de Ginecología y Obstetricia, Ed. Walter de Gruyter, Berlin, 1988.

La doctrina nacional, discrepa porque para algunos autores son cosas y para otros, es una categoría nueva. El Derecho Civil, diferencia entre las personas y bienes materiales e inmateriales, regula con relación al derecho de propiedad y disposición de los bienes, pero no lo hace con relación al poder dispositivo del cuerpo.¹⁰¹

Zannoni¹⁰², considera que el semen extraído son jurídicamente “cosas”¹⁰³, como los órganos del cuerpo que antes de su extracción son parte de las personas inescindibles de su condición personal y existencial, pero una vez separados del mismo, dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir relaciones jurídicas.

Bossert¹⁰⁴, manifiesta que los espermatozoides separados del cuerpo son “cosas”, porque resultan susceptibles de apropiación útil e individualizada, pero su tráfico está restringido por su característica de célula germinal.

Para Soto Lamadrid¹⁰⁵, es la voluntad del donante en el ejercicio de su derecho a disponer de las sustancias separadas de su propio cuerpo lo que constituye el elemento esencial, remitiendo a la existencia y validez del consentimiento de los actos jurídicos en general

Medina¹⁰⁶; opina que los gametos no se pueden equiparar a las “cosas”, tanto a los óvulos como al espermatozoide, porque éstos tienen capacidad reproductiva para dar origen al ser humano y contienen el código genético de la persona. Por esa razón, les corresponde que se le atribuyan los derechos de la personalidad y no el régimen de las cosas. Para que sean asimilados a las cosas, debe admitirse su comercialización.

Loyarte y Rotonda¹⁰⁷, creen que los gametos humanos exceden el campo de los objetos jurídicos disponibles y que están fuera del comercio. El legislador deberá acotar estas prácticas, estableciendo parámetros para

¹⁰¹ Iñigo, Delia; Levy, Lea y Wagmaister, Adriana, Ob.cit., pág. 555.

¹⁰² Zannoni, Eduardo, “La genética actual y el derecho de familia”, Tapia 4, 1987.

¹⁰³ Art.953 C. Civ.: “El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiere prohibido que sea objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres, o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de acciones o de conciencia o que perjudiquen derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conforme a esta disposición son nulos como si no tuviesen objeto”.

¹⁰⁴ Bossert, Gustavo, Ob.cit., pág.876.

¹⁰⁵ Soto Lamadrid, Ob. cit., pág.134.

¹⁰⁶ Medina, Graciela, “Genética y Derecho-Comercialización de óvulos y espermatozoide y personalidad del embrión”, J.A.-1989-IV-840.

¹⁰⁷ Loyarte, Dolores –Rotonda, Adriana, Ob.cit., pág.394.

éstas daciones. Consideran que los gametos como elementos regenerables deben ser objeto de una regulación especial, por su especificidad y trascendencia, porque llevan la transmisión genética de los caracteres que son únicos e irrepetibles en cada ser humano.

La doctrina nacional en general y los proyectos de leyes presentados que contemplan la fecundación heteróloga, hacen referencia a la “gratuidad” de la dación de esperma, porque son elementos de la reproducción se los desvincula de toda idea de comercialización, la que se considera contraria a la conciencia y a la ética. Este criterio, es el que prevalece en los países como España que regulan la I.A.D., contemplan sólo el reembolsan los gastos de traslado y pérdidas que le ocasiona al dador esta situación. Esta gratuidad, la recomiendan la Comisión de Warcnock (art.26)¹⁰⁸, el Consejo de Europa (art.21)¹⁰⁹, y la Ley 14 de España (art.5)¹¹⁰.

Sin embargo, si bien esta prohibida su comercialización se publica en un sitio de internet español¹¹¹, la existencia de un banco de semen del Instituto Valenciano de Infertilidad, el que ofrece por exportar muestras de semen, a países como Panamá, Brasil, Suiza o Bélgica. Menciona que la selección se hace mediante catálogo y la búsqueda del perfil del donante solicitado por los clientes. El servicio tiene un costo en euros, según sea la muestra para fecundación in vitro, más los gastos para hacer el envío o para una inseminación artificial. Los donantes que se ofrecen ya son padres de seis hijos vivos en España y que por ley 14 /2006 no pueden volver a donar.

Existen bancos de semen en muchos países tales como: Estados Unidos, Suiza, Dinamarca, China, Alemania, Inglaterra, Corea del Sur, Singapur y otros. El semen es muy cotizado en el mercado y objeto de exportación. Se busca un semen no contaminado. Es un producto no tradicional que Chile importa de Suiza y Estados Unidos y éste de Dinamarca.¹¹²

¹⁰⁸Informe Warcnock. Art.26:”Ha de tenderse gradualmente hacia un sistema en el que los donantes de semen se les paguen únicamente sus gastos.” www2.uah.es/bioetica.alcala.

¹⁰⁹Consejo de Europa. Art.21: Prohibición del lucro: “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. www.unav.es/cdb/coeconvencon.

¹¹⁰Ley 14/2006.Art. 5: inc.1: “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”. www.bioeticayderecho.ub.es.

¹¹¹ www.bancodesemeninternacional.net

¹¹² www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16.

Resulta, éticamente inaceptable y reprochable la venta del material genético, ya sea a nivel nacional o internacional. Da por tierra, a todas las recomendaciones que hacen los instrumentos internacionales y leyes del derecho comparado, sobre fin altruista de la gratuidad.

Esto lleva a preguntarse, ¿el dador anónimo, que finalidad persigue entregando su material genético a un banco, mediante un contrato gratuito?

Para contestar este interrogante Soto Lamadrid¹¹³, cita en su obra a Di Ció cuando dice: *“¡Qué personaje extraño y difícil de definir el dador!, según la óptica de quien juzgue su conducta, podría ser desde un idealista noble hasta un individuo vil que vende su capacidad reproductiva al mejor postor. El perfil del donante de semen, coincide con hombres de 18 a 27 años, universitarios, casados con hijos y con “vidas normales”*. El Centro español mencionado precedentemente, comenta que aceptan sólo el 7 % de los que van, porque exigen una calidad de semen cinco veces por encima de lo normal y por ello, reciben una compensación en euros.

Se considera que el dador no es tan altruista como se pretende presentarlo y que, en algún rincón de su psiquis hay una necesidad de perpetuarse en la sociedad, sin tener en cuenta que la descendencia son niños dispersos y aunque no asuma su paternidad, la sangre que corre por sus venas está en cada niño que nace de su desprendimiento, con las consecuencias que implica para ese ser.

Finalmente, se concluye que la dación de esperma, mediante un contrato no es válida por el objeto, ni es asimilable a la donación en el ordenamiento jurídico nacional vigente.

Se coincide con las autoras: Medina, Loyarte y Rotonda en que el término aplicable es “dación”¹¹⁴ y no donación¹¹⁵, porque se puede donar las cosas que pueden ser vendidas (art.1799 C.Civ.). El semen, no puede ser objeto de un contrato porque está fuera del comercio y no les aplicable las normas que rigen los contratos, ni las donaciones. Razón, por la cual no se considera cosas a los espermatozoides contenidos en el líquido seminal, porque además de ser regenerables, llevan el código genético de una

¹¹³ Soto Lamadrid, Miguel Angel, Ob. cit., pág.133.

¹¹⁴ “Dación”: desprendimiento altruista de cosas de cosas que están fuera del comercio.

¹¹⁵ Art.1789 C.Civ. “Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa”.

persona. Tampoco, se puede encuadrar como negocio jurídico entre el dador y el centro receptor, porque el contrato que se firma no tiene la obligatoriedad de los contratos que regula el C. Civil en los arts.1197, 505 y 953.

6. LA INSEMINACION ASISTIDA CON DACION DE ESPERMA Y SUS IMPLICANCIAS CON RELACION AL DERECHO DEL NIÑO A LA IDENTIDAD.

6.1. Introducción.

Se plantea frente a la inseminación asistida con dación de esperma, la condición del anonimato del dador, como un derecho a la intimidad que no se puede vulnerar, pero frente a él y en colisión, se encuentra el derecho del niño a su identidad basada en la realidad biológica, consagrada constitucionalmente. La doctrina nacional y los proyectos de leyes presentados en su mayoría, coinciden en mantener el anonimato del dador, olvidando que el niño es un sujeto de derecho en el que su interés se considera debe prevalecer, para hacer efectiva la tutela de sus derechos fundamentales.

El tema en cuestión, es de gran importancia y el debate se presenta en la contraposición de dos derechos fundamentales e inherentes a toda persona como son, el derecho a la identidad o a conocer su origen del niño y el derecho a la intimidad de la receptora y donante (art.19 CN).

Se considera la necesidad de establecer una jerarquía entre ellos. Y es así que, según prime el derecho a la identidad de la persona o bien, el derecho a la intimidad, los autores han elaborado distintas posturas que aparejan diversas consecuencias jurídicas.

6.2. Derecho a la identidad. Definiciones elaboradas por la doctrina nacional.

La doctrina elabora definiciones y teorías sobre la "*identidad personal*", tratando de encuadrarla dentro del derecho de la persona como atributo o como un derecho personalísimo.

Fernández Sessarego¹¹⁶, la define así: *“Entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características sicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual se “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de rasgos de la personalidad de “cada cual”, se proyecta hacia al mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto a ser humano”.*

Hace la distinción, entre elementos estáticos y dinámicos de la identidad personal: a) *Elementos estáticos*: los atributos y características que en su totalidad, definen objetivamente la personalidad que se exterioriza. Son visibles frente a la percepción de los demás en el mundo exterior, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas. Se identifica de modo inmediato y formal por estos atributos. b) *Elementos dinámicos*: está constituido por el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad, representado por sus pensamientos, opiniones, cultura, comportamiento de cada persona. Proyecta la personalidad hacia el exterior. Finalmente, dice: *“la identidad se nos presenta, por lo expuesto, como un interés existencial digno de tutela”.*

Mizrahi¹¹⁷, manifiesta que la identidad personal, configura un derecho personalísimo que se inclina a proteger de una distorsión o alteración, tanto del sujeto en sí, como lo concerniente a su trascendencia social, tratando de que no se muestre como una persona con atributos que no pertenecen a su personalidad.

El autor se refiere al alcance del concepto de identidad personal formulado por Fernández Sessarego, y adhiere al despacho de la mayoría de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil que dictaminó: *“Es verdad que el derecho personalísimo a la identidad personal comprende tanto a la faz estática como la dinámica. El ser humano es una unidad, de modo que, si se pretende formular una noción completa de ese derecho, mal podríamos separar ambas facetas, prescindiendo de lo físico, biológico o genético”.*

¹¹⁶ Fernández Sessarego, Carlos, “El derecho a la identidad personal”, LL-1990-D-1267.

¹¹⁷ Mizrahi, Mauricio L., “Identidad filiatoria y pruebas biológicas.”, Ed. Astrea, 2004, Bs.As., pág.58/60.

Hace la distinción entre la *“identidad genética”*: como el derecho de la persona a saber su procedencia, su genoma¹¹⁸, el conocimiento de su patrimonio genético heredados de los padres biológicos; y el de la *“identidad filiatoria”*: es el derecho de la persona a un estado de familia determinado que surge del vínculo legal, mediante el emplazamiento de padres y de hijos. El que se desarrolla en el campo jurídico exclusivamente

Resalta que no siempre existirá concordancia, entre la relación biológica y el vínculo jurídico, teniendo en cuenta la autonomía que tiene el vínculo jurídico con relación a la procreación genética, dualidad imposible verificar en la adopción y en la fecundación heteróloga.

Afirma, no tener duda que para la determinación de la filiación jurídica no constituye un principio constitucional el respeto a la *“verdad biológica”*, porque existen otras verdades, como la social, cultural que también merecen tutela jurídica. Manifiesta que la Constitución Nacional, contiene implícito el derecho en sí, a tener el vínculo jurídico de emplazamiento filiatorio y a mantenerse en él, exista o no concordancia, con el vínculo biológico.

Oppenheim¹¹⁹, considera que ante el debate doctrinario; la problemática surgida con relación a los derechos personalísimos; de la personalidad o de la persona y la posibilidad de conflicto entre los diferentes derechos, hace necesaria la precisión del alcance que se le dan a los vocablos cuando se hace referencia a ellos. Expresa que el tema es aplicable, tanto para los nacidos por técnicas de fecundación asistida como para los adoptivos, con fundamento en el art. 8 de la CDN. Agrega, mientras no existan normas específicas sobre la fecundación humana asistida, se le aplican las normas generales de la filiación vigente, coincidiendo con doctrinarios como Cafferata, Zannoni, Bossert y Andorno.

Adopta la definición de Fernández Sessarego, y la delimita al derecho a la identidad de las personas nacidas por fecundación asistida, *“como el derecho que tiene todo individuo de conocer el modo en que fue concebido, su carga genética, y la posibilidad en su caso de localizar a aquellos que le*

¹¹⁸ Genoma: “es la serie de cromosomas de base de un organismo, es el material genético total presente en una célula o en organismo. Las bases de un gen: son los componentes químicos del ADN, que está compuesto de adeninas (A), timinas (T), citocinas (C) y guaninas (G).www.gracielamedina.com.

¹¹⁹ Oppenheim, Ricardo, “¿De que hablamos cuando nos referimos al derecho de identidad en los casos de fecundación humana asistida?, ED-163-990.

dieron vida, sea en forma natural o por haber aportado material reproductivo”.

D’Antonio¹²⁰, expresa que el derecho a la identidad tiene un lugar de privilegio entre los derechos jerarquizados. Destaca que es inexacto comparar los derechos de la personalidad con los derechos personalísimos, porque éstos últimos no tienen jerarquía jurídica, hay diferencia entre su naturaleza y efectos. En cambio, los derechos de la personalidad deben considerarse de rango constitucional residual por su recepción en los tratados y convenciones en el art. 33 de la CN.

Asimismo, manifiesta que la reforma constitucional de 1994 incorporó principios relacionados con la identidad personal que tienen al niño, como receptor directo en cuanto a la protección de la identidad en relación con el conocimiento de datos registrados, entre los que se encuentran la verdad en el origen. Afirma que en el art. 75 inc. 12,17 y 19 del CN, son los que diseñan con profundidad la identidad personal.

La definición que propone expresa: *“...el derecho a la identidad personal, es el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser”.*

Sambrizzi¹²¹, establece como principio general que toda persona tiene derecho al emplazamiento filial que le corresponde biológicamente. Coincide, con la postura que determina que la identidad biológica no se puede renunciar, ni disponer, porque conforma uno de los presupuestos del concepto jurídico de persona, por lo que no es un derecho subjetivo, sino un elemento que da contenido al atributo del estado civil.

Para el autor, el emplazamiento familiar y su presupuesto biológico, no puede ser objeto de transacciones jurídicas, se debe respetar el derecho de todos y especialmente el del *“nasciturus”*, el derecho a su identidad, a un nombre, a la nacionalidad, a integrarse al seno de una familia, a vivir y ser criados por sus padres. *“El estado de familia es un atributo de la*

¹²⁰ D’Antonio, Daniel H, “El Derecho a la identidad y la protección jurídica del menor”, ED-165-1298.

¹²¹ Sambrizzi, Eduardo, ¿“Es el derecho al emplazamiento filiatorio con fundamento en la relación genética un derecho absoluto.?, ED-206-827.

personalidad, del cual ninguna persona puede ser privada". Tanto es así que, el orden jurídico intenta que exista identidad filiatoria entre el vínculo biológico y el jurídico.

El doctrinario lo define de este modo: *"el derecho a la identidad personal: en virtud del cual toda persona es, en principio, titular del derecho a investigar de la manera que legalmente corresponde y en forma amplia quienes son o fueron sus padres biológicos"*.

Cifuentes¹²², cuando en su nota al fallo se refiere a la identidad biológica y los derechos subjetivos dice: *"La identidad biológica, por tanto, no es un derecho subjetivo, sino un elemento que da contenido al atributo del estado civil, del cual nacen y se proyectan las relaciones de familia"*. Que la misma, no se encuadra dentro de los derechos personalísimos, reconocidos a la persona como posibilidad de obrar y reaccionar porque le son propios. Considera que el exceso de reconocimiento al derecho a la identidad biológica como fundamental hasta considerarlo una prerrogativa del sujeto, se torna una concepción desbordada.

Comenta, que si bien el sujeto debe poder saber cuál, es su origen de sangre, eso no hace que se pierda la dimensión del atributo del estado de familia que es de orden público. Para el autor, la identidad biológica es un presupuesto del estado filiatorio y debe subordinarse, al régimen de filiación y la familia, como elemento del atributo del estado civil. Piensa que no debe confundirse los derechos subjetivos personalísimos con la identidad biológica, poniendo al orden público familiar en situaciones de impugnaciones sin contenido.

Para finalizar, se está de acuerdo con la definición que propone Oppenheim, para el caso de la fecundación heteróloga.

6.3. Derecho a la identidad. Definiciones elaboradas por jurisprudencia nacional.

La jurisprudencia nacional en una posición diferente a la doctrina, coincide en reconocer el derecho a la *"identidad biológica"*, antes de la reforma

¹²² Cifuentes, Santos, "El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensión de su contenido", LL-2001-C-759. Nota al fallo N°:102.148 CNCiv., Sala J, 2000/7/11.Q., C., c. I., R. y otros.

constitucional de 1994, inicia y desarrolla el concepto hasta que se produce la incorporación de la CDN en el art.75 inc.22 de la CN. Los fallos que se extractan a continuación son una muestra de esa postura.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación¹²³ en el año 1990, dicta un fallo sobre un Recurso Extraordinario de la admisibilidad de la prueba filiatoria en una adopción, el Dr. Petracchi, vota en disidencia y expresa:...13.-*“Hay derechos y prerrogativas esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad, que aunque no estén expresamente consagrados en la Constitución Nacional, deben ser considerados garantías implícitas, comprendidas en el art.33...Así debe incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen.”*

Reconoce que en la cuestión planteada habiendo una adopción plena, la ley prohíbe cualquier acción de emplazamiento familiar. Sin embargo, más adelante sostiene: 14.- *“...En cambio, el derecho a conocer la identidad de origen opera en otro nivel-de rango constitucional-que trasciende lo concerniente al “estado de familia” y revela el derecho de todo individuo a conocer su verdad personal, su irrepetible historia que no le puede ser amputada o escamoteada”.*

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe¹²⁴ en el año 1991, en un fallo sobre la filiación extramatrimonial, se expide afirmando:...*“2.-El derecho a la identidad es un derecho de fundamento constitucional no enumerado...”*. Esa Corte provincial se adelanta, al pronunciamiento posterior en minoría del Dr. Petracchi, al considerar antes de la reforma constitucional de 1994 que el derecho a la identidad biológica, era un derecho implícito del art.33 de la CN.

La Cámara Nacional Civil, Sala J en el año 2000¹²⁵, en un fallo sobre la adopción plena se expide sobre el derecho a la identidad biológica y considera que: 1.-*“Corresponde reconocer la importancia del derecho de toda persona a conocer su identidad, derecho incluido entre los derechos no enumerados del art.33 de la Constitución Nacional y en la Convención de los Derechos del Niño ratificada por la ley 23.849.”...3.-“El derecho a la*

¹²³ CS, Noviembre 13-1990, Recurso de queja por apelación denegada en causa:”M.J.s/denuncia”, ED-141-267.

¹²⁴ CS Santa Fe, setiembre 19-1991, “A.M.c.L.,C.L”,LL, 1992-D-537.

¹²⁵ CNCiv., Sala J, 2000/07/11, “Q.,C.c.I.,R. y otros”, LL, 2001-C-759.

verdadera filiación y el derecho a la identidad personal, demandan que las normas jurídicas no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo”. 4.- “Las normas que obstruyen emplazar la filiación que corresponde a la realidad biológica son inconstitucionales...”

La Cámara Nacional Civil, Sala K, en el año 2003¹²⁶, emite un fallo sobre la filiación extramatrimonial y hace lugar a una acción meramente declarativa pronunciando el derecho a la identidad biológica en los siguientes puntos: 1.- *“Dentro de un vínculo familiar es imprescindible que una persona sepa quién es, cuál es su nombre, cuál es su origen, quienes son sus padres, para poder ejercer su derecho a la identidad biológica, de lo que se deriva que cuando la realidad de un vínculo biológico no se encuentra reflejada en el plano jurídico debe reconocerse el derecho de la persona a lograr el estado en familia que corresponde con su relación de sangre y para ello deberán contar con las acciones pertinentes, tanto para destruir un emplazamiento que no coincide con el vínculo, como para obtener el emplazamiento que logre la debida concordancia(arts.7.1 y 8.1 Convención sobre los Derechos del Niño)”. 2.-“En materia de investigación de la relación paterno o materno filial debe prevalecer el principio de veracidad material en su vertiente de verdad biológica, de modo que se haga coincidir la filiación jurídica con la real...”*.

La reforma constitucional de 1994 posteriormente incorpora al art. 75 inc. 22 la CDN, la que reconoce expresamente el derecho de los niños a conocer a sus padres (art.7.1) y de preservar su identidad (art.8.1)..

La Corte Suprema de Justicia de la Nación recoge de alguna manera en los siguientes fallos, lo que antes había sido la postura minoritaria, cuando hace referencia a la jerarquía constitucional del derecho a la identidad (art.33 de la CN) y a lo previsto por el art. 8 de la CDN, que consagra el derecho del niño a preservar su identidad.¹²⁷

6.4. Derecho a la identidad del niño frente al derecho a la intimidad del dador y receptora.

¹²⁶ CNCiv., Sala K, 2003/09/23, “G.,C.R.c/C.,P.E” ,LL, 19/3/04,pág.3.

¹²⁷ Mizrahi, Mauricio L, Ob.cit.,pág.62.

En el ordenamiento jurídico nacional vigente, el *derecho a la identidad* encuentra su fundamento constitucional en el art.33¹²⁸ (derecho implícito) y también en el art. 75 inc. 22 y 23 (atribuciones del Congreso) al incorporar la CDN que contiene entre los derechos esenciales del niño, el de su identidad personal en los arts. 7 y 8. Asimismo, el Preámbulo de la CDN establece que los Estados Partes han tenido debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo, para la protección y el desarrollo armonioso del niño.

Méndez Costa y D'Antonio¹²⁹ expresan que: *“En materia de filiación biológica la ley 23.264, inspirada el principio de la veracidad biológica, contiene una serie de normas que resguardan razonablemente la identidad de las personas. Así, se consagró la legitimación amplia en las acciones de reclamación de filiación matrimonial y extramatrimonial (arts. 254 y 255 C. Civ.), de impugnación de reconocimiento (art.263) o de desconocimiento de paternidad matrimonial (arts.258 y 259 y de la maternidad (arts.261 y 262)). Se estableció además, el carácter “iuris tantum” de las presunciones legales...y se consagró el principio de amplitud probatoria en el art.253, admitiendo toda clase de pruebas incluso las biológicas...”*.

El principio de la veracidad biológica, otorga el derecho a conocer su origen a todas las personas, permitiendo que se coloquen en el estado de familia que les corresponde conforme a su realidad biológica. Uno de los rasgos más sobresalientes de esta ley es propender a la concordancia, entre la realidad biológica y los vínculos jurídicos emergentes de esa realidad.

Se considera que en el caso de la inseminación con dación de esperma anónimo, al no estar legislada se vulnera su derecho a la identidad, porque se desconoce quién es el que aportó el material genético. Aquí, se plantea el conflicto entre el derecho a la identidad del niño y el derecho a la intimidad del dador anónimo y la receptora. No se tiene en cuenta, el principio consagrado en el art 3 de la CDN de la “preeminencia del interés superior del niño” acogido por la reforma constitucional de 1994 al incorporar la CDN.

¹²⁸Art.33 CN: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

¹²⁹ Méndez Costa, Maria Josefa- D'Antonio, Daniel Hugo, Ob. cit. pág.259.

6.5. La doctrina nacional sobre el derecho a la intimidad.

Con relación al “*derecho a la intimidad*”, Fernández Sessarego¹³⁰, expresa: “*El derecho a la intimidad es la respuesta jurídica al interés existencial de la persona de lograr un ámbito en cual pueda desarrollar, sin intrusiones, ni ingerencias de los demás, su vida privada, libre de controles, espionajes, curiosidades. Se trata, de aquellas actividades y actitudes que carecen normalmente de trascendencia social. Es así intolerable para la tranquilidad espiritual, para la paz interior, para el equilibrio psicológico, estar sometido a todo tipo de intrusiones en relación con aquello que sólo tiene un particular interés para la persona o su familia*”.

El autor hace la distinción entre las nociones de derecho a la intimidad por una parte y el de identidad personal por la otra, establece que en el primer derecho son asuntos privados ajenos a la intrusión social, propios de la esfera íntima e irrelevantes al público y el de la identidad personal, son un conjunto de actividades que se desarrollan y proyectan en la vida social pública. No permanece en la reserva de la vida privada.

La pregunta con relación a la inseminación asistida con dador de semen es: ¿debe prevalecer el derecho a la intimidad de los adultos, por encima de los derechos del niño que no elige la forma y el medio por el que es concebido?.

La respuesta a este interrogante es según prime el derecho a la identidad o bien el derecho a la intimidad. La doctrina no se ha expedido en forma unánime con relación al tema y ha elaborado cuatro posturas diferentes, que llevan a distintas consecuencias jurídicas:

a) Se le permitiría conocer la identidad del donante y además reclamar la paternidad.

Esta postura en el tema de las acciones de filiación de algunas legislaciones, le otorga acción al donante con relación al hijo, y a éste con relación al padre biológico.

b) Anonimato total de quien proporciona el semen.

En la práctica, la regla del anonimato total es el presupuesto principal. Prevalece el derecho a la intimidad del donante. El anonimato del dador, es

¹³⁰ Fernández Sessarego, Carlos, Ob.cit, pág 1272.

una regla prevista por la mayoría de las legislaciones que regulan este procedimiento. Se busca impedir cualquier modo de relación jurídica, entre donantes y nacidos por este medio evitando conflictos filiatorios.

También, tiene como fundamento la tranquilidad de los padres que el anonimato les garantiza una relación estable y segura con su hijo. Prevalece el interés de los padres antes que el del niño, a conocer sus orígenes. Asimismo, hace referencia a la intimidad de la pareja que opta por la técnica evitando de esta manera poner de manifiesto la infertilidad masculina. El anonimato garantiza que no disminuya la donación de gametos, con la consecuencia para el niño de no conocer su verdadera identidad biológica, aún cuando sea mayor de edad.

c) Se le permite al nacido por I.A.D conocer los datos biogénéticos del donante. Anonimato relativo.

Esta teoría intenta compatibilizar el anonimato del donante, con el derecho de cada persona a su salud. Posibilita al nacido por I.A.D., conocer los datos biogénéticos del donante, pero sólo éstos, llamado anonimato relativo. Otros además, lo hacen con la finalidad de prevenir, detectar o curar enfermedades transmisibles, y lo amplían al derecho a la identidad que comprende los aspectos biológicos, los psíquicos y caracterológicos. Esta postura es la adoptada por el Informe del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87).

d) Se le permite conocer además de los datos del punto c) y también la identidad del donante, sin ninguna consecuencia jurídica, ni derecho alguno.

La relación biológica del nacido por fecundación asistida, con relación al donante tiene una enorme importancia para toda persona, pues determina una herencia genética de la que derivan importantes caracteres hereditarios trascendentes en la formación de la personalidad de todo individuo. Todo esto, excede el ámbito de la relación jurídica filial, porque afecta directamente un derecho fundamental e inherente a la persona que es el de conocer su propio origen.

Este derecho no se satisface con el conocimiento de datos biogénéticos del donante en utilidad de la salud, porque otorgarle a una persona el derecho a conocer su origen, no implica facultarlo a reclamar judicialmente

por filiación. Por otro lado hay quienes, estiman que el donante del gameto no podrá investigar y conocer la identidad del niño y menos aun, reclamar o establecer algún tipo de relación jurídica.¹³¹

Cabe, recordar que tanto el derecho a conocer su identidad biológica (art.75 inc.22 y CDN arts.7 y 8) como el derecho a la intimidad (art.19 CN)¹³², están garantizados constitucionalmente en nuestro país.

Rivera y Córdoba¹³³, consideran que en el “*derecho a la identidad*” está interesado el orden público y es un derecho de la personalidad absoluto e irrenunciable, en tanto, el “*derecho a la intimidad*” se puede renunciar explícita o tácitamente, no es un derecho absoluto, porque reconoce ciertos límites vinculados a la existencia de un interés que prevalece en el marco constitucional.

El derecho a la identidad se debe analizar dentro de un plexo normativo (art.33 y 19 de la CN, tratados internacionales y normas del derecho común) que lleva al análisis de la prelación de normas constitucionales. Para ellos, la CDN en el sistema de prelación de normas tiene preeminencia sobre el derecho interno y esa operatividad, esta dada por el control de constitucionalidad de las normas que podrán entrar en colisión con el interés protegido.

Asimismo, reconocen que el derecho a la intimidad también, es un derecho constitucional amparado y que están en un pie de igualdad, pero ante la vulneración del derecho a la identidad, obligaría a examinar de otra manera el problema.

Concluyen que el derecho a la identidad, es un interés de jerarquía constitucional y que cualquier decisión judicial o legislativa que lo vulnere, sería inconstitucional.

Medina¹³⁴, cree que en la I.A.D., el derecho se enfrenta ante dos intereses protegidos, por un lado, el derecho a la intimidad del ser humano (actos de dación y recepción) que deben ser preservados del quiebre del secreto y por

¹³¹ www.salvador.edu.ar. 25/06/08.

¹³² Art.19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

¹³³ Rivera, Julio y Córdoba, Carlos, “Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes”, ED-158-467.

¹³⁴ Medina, Graciela, Ob.cit., pág.842.

el otro lado, el interés del hijo de conocer su realidad biológica que puede estar justificada, en los casos de impedimentos matrimoniales o conocer su código genético para determinar alguna enfermedad.

Entiende, correcta la solución dada por la ley española que permite el derecho del hijo a conocer su realidad biológica, sin que implique responsabilidad patrimonial o extrapatrimonial para el dador. Para ella, *“el interés del donante a mantener el anonimato, debe ceder ante el interés del hijo a conocer su identidad biológica”*.

Loyarte y Rotonda¹³⁵, consideran que en una legislación futura si se admite la dación, tendrá que contemplar la creación de un registro de dadores a cargo del Estado, el que deberá contener *“datos precisos de identificación evitando el anonimato del dador, propiciando la reserva de la información a la pareja receptora y al hijo”*. Consideran que debe asegurarse al niño nacido mediante I.A.D., el conocimiento de su identidad, no sólo con relación a las características genéticas, sino también al entorno y pertenencia cultural del progenitor. Manifiestan que se ha querido confrontar el derecho a la identidad del niño, frente al derecho al anonimato del dador, pero creen que los intereses en juego no tienen la misma entidad.

Creen, que el derecho del dador no es tal, y que tampoco merece una protección legal extrema, hasta el punto de dejar de reconocer un derecho de tal envergadura como el de la identidad. La reserva, es una garantía de que los interesados directos (hijos, padres) puedan acceder, en forma simple e inmediata a la información.

Finalmente, proponen una reforma integral en el régimen de filiación, en la que se contemplen las nuevas formas de procreaciones, coherente con el instituto de la adopción.

Sambrizzi¹³⁶, concluye que: *“dicho derecho a la identidad no es de carácter absoluto, por lo que no puede ser esgrimido como si todos los demás derechos fueran secundarios con relación al de identidad, o debieran subordinarse al mismo”*. Expresa que la Constitucional Nacional, reconoce la existencia de determinados derechos, pero también dispone la relatividad de su ejercicio sujeto a los principio de legalidad y razonabilidad.

¹³⁵ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, Ob.cit., pág. 397.

¹³⁶ Sambrizzi, Eduardo, Ob.cit., pág.848.

Considera que en materia de filiación el C. Civil no le da una relevancia absoluta y decisiva, al vínculo filiatorio genético para los padres, porque establece limitaciones en el tiempo para ejercer las acciones de impugnación de paternidad. El objetivo, es darle estabilidad a los vínculos familiares, por sobre el vínculo genético, reconociendo el derecho a la intimidad de los esposos, por encima de la relación filiatoria genética.

Expres, las legislaciones que contemplan la fecundación heteróloga, prevalece el derecho a la intimidad de los padres, por encima del vínculo genético con el hijo.

Belluscio¹³⁷, manifiesta que hay normas que plantean dudas, como algunas de las disposiciones de tratados internacionales y su aplicación en ciertos casos, con relación al derecho a la identidad del menor (arts.7 y 8 de la CDN). *“En línea general estas normas no pueden dar lugar a dificultades, sólo en algunas situaciones pueden presentarse casos especiales: cuando se reconoce al menor el derecho a conocer a sus padres y a la preservación de sus relaciones familiares, en la filiación de sangre, en la adoptiva y en la procreación asistida”*.

Reconoce que actualmente hay una exigencia constitucional de que no se limite la legitimación activa en las acciones de filiación, a efectos de hacer coincidir la verdad biológica con la legal.

Opina, que esa regla general reconoce ciertos límites en determinados casos, para mantener la paz social o familiar, prevalecerá ésta y no la verdad biológica.

Méndez Costa¹³⁸, expresa que al plantearse un conflicto de jerarquía de valores entre el derecho a la identidad, a la integridad física, o a la intimidad, cita a Bidart Campos que dice: *“Es cierto que en un conflicto entre derechos hay que optar por el de mayor valiosidad, cuando de los que se trata es de hacer jugar una limitación al derecho menos valioso. Lo que no es constitucional, nos parece, es que en vez de limitarlo, directamente se lo ignore, se lo frustre, o se lo viole...”*¹³⁹. Méndez Costa, considera evidente que tiene mayor valor el derecho de una persona a conocer su origen

¹³⁷ Belluscio, Augusto, “Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia”, LL, 1995-A-946.

¹³⁸ Méndez Costa, Josefa, “La filiación después de la reforma constitucional”, LL, 1995-E-1043.

¹³⁹ Bidart Campos, Germán, “Las realidades biológicas y las normas jurídicas”, ED-157-881.

biológico irrenunciable, que el derecho a la intimidad del que hay ejemplos de renuncia expresa o tácita.

Taraborrelli y Bianchi¹⁴⁰, entienden que si se le reconoce el derecho a conocer su identidad al nacido mediante fecundación heteróloga, traspasa el anonimato del dador que desaparece como consecuencia de ese derecho. Propician: “...conceder el derecho a la identidad del procreado mediante la técnica de fecundación heteróloga, tal derecho también le asiste al donante de conocer el destino del material genético donado y a conocer a la persona procreada”. Eso, no implica que los hijos nacidos y el dador estén legitimados para accionar por estado de familia.

Proponen las siguientes conclusiones: 1) Privilegiar el derecho a la identidad en la fecundación heteróloga; 2) Preservar el derecho de conocer el destino del componente genético; 3) Evitar el anonimato de los donantes de los componentes genéticos; 4) Los hijos concebidos mediante fecundación heteróloga no están legitimados para deducir acciones de estado de familia, alcanzando dicha prohibición a los donantes.

Kemelmajer de Carlucci¹⁴¹, hace la distinción entre el derecho a conocer el origen biológico que es un derecho prácticamente absoluto que puede admitir muy pocas restricciones las que serían temporales y por el otro lado, la relación jurídica o filiación. Afirma, una cosa es que se tenga derecho a conocer su origen y otra es que, ese origen biológico le cree un vínculo jurídico. Toma, como ejemplo la fecundación heteróloga, cuando se trabaja con material genético de un tercero, considera que la persona que nace de la fecundación asistida tiene derecho a saber quien, fue el donante pero no tiene derecho a establecer vínculo jurídico alguno, ése donante nunca va a ser el padre.

El derecho a conocer el origen, es más del hijo que del padre, porque ha llegado sin ningún acto de voluntad. Considera que el derecho al conocimiento de la verdad biológica y el derecho al establecimiento de la filiación sobre las bases biológicas, están mucho mas arraigados en los pueblos latinoamericanos que en los europeos. Manifiesta que la doctrina y

¹⁴⁰ Taraborrelli, José y Bianchi, Silvia, Ob.cit., pág. 880.

¹⁴¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación”, Revista Derecho de Familia n° 26, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, Bs.As., pág.79.

jurisprudencia nacional afirman enfáticamente la existencia de un derecho subjetivo verdadero a conocer la identidad biológica, como integrante del núcleo duro de su derecho a la personalidad, y que resulta exigible al Estado.

Chechile¹⁴², dice: *“Creemos que es incuestionable que hay un derecho a saber, a conocer nuestros orígenes, nuestra identidad, máxime si ese desconocimiento genera a quienes lo padecen la inquietud de lo incierto, que produce angustia, que no le permite al individuo proyectar su futuro”*. Considera que el juez es el que debe dar la certeza y respuesta a esa situación de desconcierto, cuando así lo soliciten mediante una acción declarativa autónoma, sin que eso, implique el emplazamiento del estado de familia. Coincide, con la doctrina que afirma que hay un derecho a conocer la verdad biológica sin establecer vínculos jurídicos.

En el *“II Encuentro Regional de Derecho de Familia del MERCOSUR”*¹⁴³, realizado los días 24 y 25 de agosto de 2006, en la Universidad de Bs. As., las conclusiones fueron elaboradas por la Comisión integrada por: los Dres.: Aída Kemelmajer de Carlucci, Graciela Medina y Eduardo Zannoni; sobre el tema: *“Procreación asistida”*, proponen:

1.-Propiciar la regulación de la procreación asistida mediante una ley marco uniforme que contemple las siguientes pautas mínimas a saber:

a. Definir si la procreación asistida es un método subsidiario o alternativo de procreación.

b. Establecer quiénes deben tener derecho a acceder a las técnicas de procreación asistida (cónyuges, convivientes, mujeres solas, parejas homosexuales).

c. Precisar si es necesario establecer una limitación de edad mínima y máxima para someterse a dichas técnicas.

d. Fijar los requisitos exigibles a los donantes de material genético. Si la donación debe ser anónima y, en su caso, delimitar sus consecuencias.

e. Establecer la determinación de la filiación materna y paterna en los supuestos de fecundación heteróloga.

¹⁴² Chechile, Ana Maria, “El derecho humano a acceder a la verdad biológica sin generar vínculos jurídicos”, Revista de Derecho de Familia, Ed. LexisNexis-Abeledo-Perrot, Bs.As.1989 pág.168/9.

¹⁴³ “II Encuentro Regional de Derecho de Familia del MERCOSUR. Conclusiones”, Revista de Derecho de Familia, n° 36, Ed. LexisNexis-Abeledo- Perrot, Bs. As., 2007, pág.305.

f. Resolver si se requiere el consentimiento de ambos cónyuges o integrantes de la pareja conviviente para la determinación de la paternidad matrimonial y extramatrimonial, en los casos de fecundación heteróloga.

g. Reafirmar el principio de la voluntad procreacional y tener en cuenta las posibilidades o no de impugnar la filiación.

h. Definir si se acepta la maternidad subrogada y, en su caso, cuáles deben ser los requisitos para su admisibilidad.

i. Expedirse sobre la fecundación post-mortem.

Para finalizar se sostiene que el derecho a la identidad es un derecho de la personalidad y que en las acciones de estado, debe prevalecer por sobre el derecho a la intimidad de los presuntos padres y dador. Encuentra su fundamento, en que cada persona, no se puede concebir sin su proyección al pasado, es importante para el desarrollo de su personalidad la necesidad de conocer sus raíces, acceder a su origen genético, a su propia y exclusiva historia personal.

Por eso, es necesario reconocer la existencia del derecho de la persona a conocer su identidad genética, mediante la investigación y prueba por cualquier medio, incluso las biológicas, su pertenencia al grupo familiar del que proviene.

El derecho a la identidad trasciende el derecho de familia, para caer en la órbita de los derechos de la personalidad, se debe reconocer la posibilidad de investigar su origen, cuando tiene un emplazamiento diferente al que surge del vínculo genético, mediante una acción autónoma.

En la I.A.D., se atropella el derecho a la identidad, con el fin de garantizar el anonimato de dador de semen. Lo que interesa, es que el nacido por esta técnica pueda asumir su propia identidad, de la que nadie puede ser privado. El derecho a concebir un hijo mediante material genético de terceros, no se puede ejercer arrollando el derecho del nacido a la plenitud física y psíquica de vida, y por ende, a su identidad. Lo que los reproducen no se pueden atribuir la facultad de limitar aquel derecho en alguna medida.

Teniendo en cuenta, fundamentalmente que es un tema complejo y difícil en un país, en el que el derecho a la identidad tiene aristas tan dolorosas como son: el abandono, la supresión de identidad, las adopciones irregulares, la apropiación ilegal, obligando al que busca sus orígenes a

recorrer un doloroso y arduo camino. Con la aplicación de hecho de la I.A.D., sin una ley que la regule y la controle el Estado, seguirán naciendo niños sin la posibilidad de conocer su verdad biológica, sumándose a las 800 personas que recurrieron a la Defensoría del Pueblo de la Nación y que no nacieron en la dictadura, y buscan su identidad biológica verdadera.¹⁴⁴

En una legislación futura se debe contemplar si se aplica la I.A.D., el derecho a la identidad del niño, por sobre el derecho a la intimidad de los padres y dadores, otorgando el derecho de acceder a los datos del donante, sin perjuicio de que el anonimato rija para el resto de las personas.

Se propone conforme al derecho comparado que la ley que se dicte, adopte la opción: que permita al nacido por I.A.D conocer los datos biogénéticos del donante. Como así también, conocer la identidad del dador, sin ninguna consecuencia jurídica, ni derecho alguno para las partes.

7. LA INSEMINACION ASISTIDA CON DACION DE ESPERMA FRENTE AL DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO.

7.1. Introducción

El anonimato del dador de semen, puede generar consecuencias para la salud del niño, porque en principio se desconocen las enfermedades que pueden transmitir los donantes o no ser detectadas en el momento de la entrega del material genético. Esto es posible que ocurra, porque el dador ignora los antecedentes de enfermedades hereditarias y familiares o los oculta para no ser rechazado por el centro receptor del semen. Para Medina¹⁴⁵, esa posible conducta del dador o del centro de fertilización, resulta reprochable y para el caso de generar un daño en la salud del niño concebido por fecundación heteróloga, los hace responsables civilmente.

Los centros de fertilización manifiestan que garantizan hacer los estudios previos al material genético antes de utilizarlo, pero quién, controla que esto sea así. Generalmente, se trata de exámenes de costos muy elevados porque se requiere de una alta tecnología para realizar análisis de

¹⁴⁴ www.servicios.clarin.com. 9-2-07.

¹⁴⁵ Medina, Graciela y Hooft, "Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida", www.gracielamedina.com.ar.

cromosomas, ADN, etc. El valor de la aplicación I.A.D., debe ser mucho más cuantioso de lo que realmente es, porque muy pocas personas pueden abonar esa suma de dinero.

Tanto es así, que hay un centro de fertilización que ofrece en su página de internet un plan para los procedimientos In Vitro, en la publicidad explican el porqué, los beneficios, etc. Ellos, son: *“Es un plan que le permite al paciente realizar hasta tres procedimientos de fertilización in Vitro, a partir de un pago inicial de \$ 1000 (suscripción al plan) y quince cuotas divididas en tres módulos de cinco cuotas cada uno (un módulo por procedimiento)”*. Lo ofrecen como un con plan para la compra de autos o electrodomésticos, mediante la firma de un contrato de adhesión.

“Las parejas que no lo obtienen van a tener la posibilidad del embarazo en la medida que puedan repetir nuevos intentos. Sin embargo, la mayoría de las parejas ven limitadas sus posibilidades dado que deben afrontar los costos de estos tratamientos.” Reconocen las pocas posibilidades de éxito del procedimiento y su elevado costo. Finalmente, lo beneficios que obtienen si lo suscriben: *“Se pueden realizar hasta tres procedimientos. Aumenta las probabilidades de embarazo por medio de la repetición de los procedimientos. Permite el pago en cuotas de los tratamientos. Pesificación del valor del material descartable al momento de firma del contrato”*.¹⁴⁶

El derecho a la salud del niño, es el que tiene como “paciente”¹⁴⁷, aún en el seno materno, no es un apéndice de la madre gestante. *“Considerar al feto como paciente significa considerar al ser humano en toda su dignidad desde el momento de la concepción”*.¹⁴⁸

Hace 30 años el feto prácticamente no existía en medicina. La introducción de la ecografía y la visualización del feto durante en el embarazo a finales de los 70, supuso una verdadera revolución a dos niveles. A nivel médico, permite diagnosticar en vida fetal problemas que sólo se conocían en el recién nacido, y a nivel de los progenitores, permite un reconocimiento del feto como persona. La combinación de estos dos

¹⁴⁶ www.procrearte.com/financiacion.26-12-2011.

¹⁴⁷ Conf. Garay, Oscar, Ob.cit., pág. 93. “El paciente es la persona que por la especial situación por la que atraviesa, necesita del médico (o integrante del equipo de la salud) para que lo cure, lo alivie y/o lo cuide-consuele”.

¹⁴⁸ Zavala-Coca, Carlos A., “El feto como paciente”, Revista Peruana de Pediatría, Setiembre-Diciembre 2005, pág. 43.

factores, resulta un nuevo concepto del feto como paciente, y con él nace la subespecialidad que se conoce como medicina fetal.¹⁴⁹

Mediante esta subespecialidad, el feto logra la categoría de segundo paciente, el que por lo general, tiene de riesgos de morbilidad y mortalidad muy superiores a los de la madre. Por ejemplo, el diagnóstico genético prenatal es posible a partir del segundo trimestre de vida, lo que permite conocer la existencia de las enfermedades hereditarias en el feto, como el síndrome de Down, aunque todavía no se ha logrado corregir disfunciones hereditarias en el feto.¹⁵⁰ Las enfermedades del adulto comienzan, muchas veces, en la etapa prenatal.¹⁵¹

Todas y cada una de las etapas vitales del feto, son hechos biológicos y a la vez jurídicos. El derecho le presta especial importancia a dos de los momentos biológicos más trascendentes, la concepción y el nacimiento, mediante su protección y seguridad por el ordenamiento jurídico. Dentro de los derechos personalísimos del embrión tenemos: el derecho a la vida, el derecho de nacer y el derecho a la salud.

El tema, se considera importante abordarlo porque no hay desarrollo doctrinario específico, con relación al derecho a la salud del niño concebido por I.A.D, con excepción de algunos autores como: Medina, Hooft, Garay, entre otros.

El conocimiento de los antecedentes de enfermedades familiares a través de la genética médica¹⁵², permite prevenir o controlar la salud de las personas, concediendo el derecho humano a tener una mejor calidad de vida. Posibilidad que se le niega hasta ahora, al niño nacido por esta técnica porque priva el derecho al anonimato del dador por sobre la salud del niño, con la excepción de algunas legislaciones extranjeras que preven el caso de riesgo de vida o cuando son mayores de edad, pueden obtener información del dador, sin establecer ningún tipo de filiación.

¹⁴⁹www.medicinafetalbarcelona.org/clinica/cirugia-fetal/descripcion/el-feto-como-paciente-or-el-dr.-e.-gratacos_es.

¹⁵⁰www.medicinafetalbarcelona.org.es

¹⁵¹ www.pilardetodos.com.ar.

¹⁵² Genética médica: “es el estudio de la herencia, la cual es el proceso en el cual los padres le transmiten ciertos genes a sus hijos que determinan la apariencia de una persona (estatura, color del cabello, de piel y de los ojos), y también la probabilidad de transmitir anomalías o enfermedades ligadas a problemas cromosómicos”.www.medicinafetal.com.

La Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁵³ definió: el derecho a la salud como: *“un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de la enfermedad”*. Este derecho involucra la promoción, la prevención, la rehabilitación, la atención primaria de la salud y la asistencia, cuya atención compete a la medicina como ciencia que procura la recuperación o el mantenimiento de la salud individual y colectiva de los hombres para alcanzar el bienestar.

La misma Organización Mundial en otra declaración dice: cuando se aborda la temática de la infancia y sus derechos, se hace siempre y en primer lugar, expresa mención del “interés superior del niño”, como principio que debe regir en todas las intervenciones, decisiones y demás acciones que se realizan dirigidas a cualquier aspecto de la vida de los niños, niñas y adolescentes.

Las acciones que se corresponden con el interés superior del niño, son aquellas que tienden a favorecer su pleno desarrollo físico, psicológico, evolutivo, cultural, moral, espiritual y social, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades y el despliegue integral y armónico de su personalidad (Art. 3º - Convención Derechos del Niño).

7.2. Derecho y jurisprudencia nacional.

El Estado nacional debe asegurar prioritariamente que se realicen los derechos de la niñez como: a la vida, a la supervivencia, al el desarrollo, a la identidad, al nombre, a la nacionalidad, a la seguridad integridad y a la salud.

En nuestro país, el derecho a la salud es un bien jurídico social entendido como un “derecho humano de tercera generación”¹⁵⁴, reconocido por la Constitución Nacional en la reforma de 1994. El derecho a la salud, se consagra en distintos pactos y tratados internacionales, a los que la

¹⁵³ www.who.int/suggestions/faq/es/.

¹⁵⁴ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, Ob.cit., pág. 163.

Constitución Nacional les otorga rango constitucional se enumeran algunos de ellos:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts.1, 11 y 17)
- Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 1, 3, 6, 25).
- Pacto de San José de Costa Rica (art. 26)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Políticos (preámbulo y art. 9, 11, 12, 31).
- La Convención Americana de Derechos Humanos.
- La Convención sobre los Derechos del Niño.(art.3).

La Constitución Nacional no enumera, ni reconoce todos los derechos humanos¹⁵⁵, pero tampoco niega, la existencia de otros derechos los denominados “*derechos implícitos*” y que están comprendidos en el art. 33 CN¹⁵⁶, como: la dignidad de la persona, la vida humana, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, el derecho a la identidad personal, etc. La CN reformada de 1994, incorpora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el. Art.75 inc.22.

Empero, la mayoría de los proyectos y la doctrina en general hacen mención al tema del anonimato del puntualmente, con relación a la paciente receptora, al dador, y a sus derechos fundamentales, pero nada dicen, sobre el derecho a la salud del niño que se engendra y nace, mediante esa técnica que también es un paciente y que tiene derechos como tal.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, le reconoce un tratamiento preferencial al derecho a la salud en dos aspectos: 1.-la

¹⁵⁵ Conf. Garay, Oscar., Ob. cit., pág.70.Derechos Humanos: “son aquellos que el hombre posee por el mero hecho de serlo. Son inherentes a la persona y se proclaman sagrados, inalienables, imprescriptibles, fuera del alcance de cualquier poder político”.

¹⁵⁶ CN.Art.33: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

protección con relación al interés superior del niño; 2.-la protección de la salud a los enfermos de HIV.

La Corte considera que el derecho a la salud no es un derecho meramente teórico de base programática, sino que se encuentra en permanente contacto con la realidad, a través de esta vinculación, sus perfiles van cobrando diversas formas, aplicando el principio de la progresividad.

Lo expresa de esta forma: *“A la luz de la doctrina, que surge de estos documentos internacionales de derechos humanos y su vínculo con la ética universal y la praxis de los profesionales de la salud, y los derechos humanos a la vida, a la identidad, integridad, libertad, igualdad, relacionados con los principios bioéticos de beneficencia, justicia, no-maleficencia y autonomía, son los principios formales de la bioética¹⁵⁷ los que dotan de contenido a los derechos humanos y no a la inversa”.*¹⁵⁸

7.3. Derecho a la salud y bioética.

El derecho a la salud está íntimamente ligado a la bioética, fundamentalmente en este tema se considera de importancia su aplicación. El uso de tecnología sofisticada en la medicina, colocó a la sociedad médica frente a situaciones desconocidas que requiere de un debate ético.

En los Estados Unidos es donde se desarrolla la *“bioética”*, y se le atribuye al médico Van Rensselaer Potter. La doctrina sostiene que Potter, ofreció construir un puente entre la ciencia y la ética: *“no se puede hacer ciencia sin ética, ni ética sin ciencia”.*¹⁵⁹

La Asociación Internacional de Bioética define a la *“bioética”* como: *“el estudio de los problemas éticos, sociales, legales, filosóficos y otros relacionados, que emergen en la atención de la salud y las ciencias*

¹⁵⁷ Conf. Loyarte-Rotonda, Ob.cit., pág.11. Bioética: “es el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada”.

¹⁵⁸ CNciv., sala I, diciembre 3-1999.-R., R., D. s/ medidas precautorias. ED-185-407.

¹⁵⁹ Conf. Garay, Oscar., Ob. cit., pág.77.

biológicas".¹⁶⁰ Los temas objeto de estudio de la bioética y que constituyen su núcleo central son entre ellos: diagnóstico prenatal, consejo genético, aborto, fecundación médicamente asistida, ingeniería genética, terapias génicas, mapeo y secuencias del genoma humano, etc.

La doctrina bioética¹⁶¹ hace referencia a tres principios que deben guiar la resolución de los problemas bioéticos, en la relación médico-paciente.

Esos tres principios son: *a) beneficencia*: el médico tiene que buscar el bien terapéutico de paciente y evitar causarle todo daño innecesario. Asimismo, está obligado a respetar la integridad psicofísica del paciente, a no dañarlo, actuando con prudencia, diligencia y pericia. *b) autonomía*: debe respetar la dignidad y la autodeterminación del paciente, siendo la base de este principio está en el consentimiento informado. *c) justicia*: actuar con imparcialidad y equidad en la atención de la salud, mediante la justicia distributiva en el área de la salud.

Los principios mencionados en el párrafo anterior, son aplicados en la procreación humana asistida, y específicamente en la I.A.D., a la mujer receptora de la técnica, en la relación que se establece entre paciente-médico, no se tiene en cuenta al niño concebido que también es un paciente fetal y que tiene derecho a la vida, la dignidad, a la salud, etc.

Para eso se debe tener en cuenta, cuando se aborda la temática de la infancia y sus derechos que siempre y en primer lugar, se hace efectiva especial mención del "*interés superior del niño*", como principio que debe regir en todas las intervenciones, decisiones y demás acciones que se realicen dirigidas a cualquier aspecto de la vida de los niños, niñas y adolescentes. Las acciones, que se corresponden con el interés superior del niño, son aquellas que tiendan a favorecer su pleno desarrollo físico, psicológico, evolutivo, cultural, moral, espiritual y social, para lograr el desenvolvimiento de sus potencialidades y el despliegue integral y armónico de su personalidad. (Art. 3º CDN).

¹⁶⁰Hooft, Pedro F., "Bioética y Derechos Humanos"-Temas y Casos, Ed. Depalma; Bs. As., 1999, pág.21.

¹⁶¹Conf. Garay, Oscar., Ob. cit., pág. 81.

7.4. Doctrina nacional sobre los derechos de los pacientes.

Garay¹⁶², hace un esquema de los derechos de los pacientes que contiene: el derecho a la vida, a la dignidad, a la autonomía y otros derechos (paciente sujeto a la investigación médica, etc). Tomando como soporte dicho esquema se desarrolla la doctrina imperante en este trabajo.

Con relación al derecho a la “vida” la define como: “*es la fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser humano que la posee*”, y en cuanto al “*derecho está mentado en relación con la persona o ser humano*”. Considera, a la vida como un atributo inseparable de la persona humana que condiciona su existencia. Este derecho a la vida, constituye un presupuesto de los demás derechos.

Se expidió en el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando declaró: “*El derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional*”¹⁶³.

El autor citado, resalta que el derecho a la vida cuando se lo menciona, se refiere a un derecho humano fundamental y que dentro de eso, hay que tratar el derecho a vivir, como una derivación directa del derecho a la salud, su protección o preservación. El Estado tiene que garantizar este derecho fundamental, protegiendo la salud individual y social de la comunidad.

Sostiene que el derecho a la vida, comienza desde el momento de la concepción de un nuevo ser humano. Desde ese instante, la persona concebida tiene derecho a la protección de su derecho a la vida y a la salud. Este derecho humano, es de los derechos más importante de ser respetado, desde el principio al fin de la existencia humana.

Se agrega, que la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶⁴, en el Preámbulo dice: “*Teniendo presente que, como se indica en la Declaración*

¹⁶² Garay, Oscar, “Derechos fundamentales de los pacientes”, Ed. Ad-Hoc, Bs.As., 2003, pág.99.

¹⁶³ Colautti, Carlos E., “Derechos humanos. Universidad de Buenos Aires, 1995, pág.36.

¹⁶⁴ CDN, Preámbulo, 9º párrafo-UNICEF Argentina, 1996, pág.6.

de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso de la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

El doctrinario continúa la exposición de su esquema, con el otro derecho fundamental del paciente que es *“el derecho a la dignidad humana”*, lo considera: *“un derecho natural e innato, que se funda en la igualdad específica de todos los hombres”*. Dice, que en la persona humana, dotada de inteligencia y libertad reside la dignidad, compartida por todos los hombres por igual. El fundamento de la dignidad lo encuentra, en la propia naturaleza humana. El que con su libertad decide o no, optar por lo que se debe, por su voluntad es el autor de su realidad personal a lo largo de toda su historia.

Garay lo define esta manera: *“el derecho a la dignidad, es el que tiene todo hombre a reclamar el respeto de sus semejantes a causa de su condición humana...”*. Lo considera un valor supraconstitucional y supraestatal, porque la Constitución y el Estado, sólo la reconocen pero no la crean. La dignidad personal es un concepto absoluto, y le corresponde a cada persona por su condición de tal, sin tener en cuenta sus méritos, siendo la fuente directa de los *“derechos de la personalidad”*.

La dignidad de la persona humana, ha sido consagrada por el art. 1¹⁶⁵ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Preámbulo¹⁶⁶ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos la consagra en el art.1¹⁶⁷ y otros instrumentos internacionales. La dignidad humana, ha sido puesta, como fundamento de cualquier relación y entendimiento en bioética y ésta fue la conclusión principal de la Convención Europea de Bioética¹⁶⁸: a) respeto a la dignidad humana, b) protección de la integridad

¹⁶⁵ DUDH: Artículo 1: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

¹⁶⁶ DADDH: Preámbulo: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. ...”.

¹⁶⁷ DIDGH: Art.1: “Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos...”

¹⁶⁸ www.colmed2.org.ar

individual y c) prohibición de todo acuerdo comercial del cuerpo y sus órganos. También, la contempla el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina (COMRA); el Código de Ética para el Equipo de Salud (AMA), etc.

Finalmente, vincula también la dignidad con la persona del médico, atribuyéndole que cuanto sea mayor la dignidad en el ejercicio de su profesión, mejor será su práctica médica en beneficio de todos. La bioética exige que los médicos e investigadores, actúen respetando su propia dignidad y la dignidad del paciente que es un ser inteligente, libre y autoconsciente.¹⁶⁹

Loyarte y Rotonda¹⁷⁰, opinan que “*el derecho a la vida en dignidad*” y el “*derecho a la salud*” del concebido no ha nacido, está consagrado en el art. 75 inc.22, 2º parte de la CN, como un derecho fundamental, razón por la cual esa vida no puede ser descartada o alterada. Se refieren, al principio moral de la dignidad de la persona no sólo a permanecer, sino también, a su calidad de vida, sin que esa protección afecte su dignidad como el derecho a nacer. La dignidad como derecho humano que engloba a todos los demás.

Bergel¹⁷¹, se refiere a la *dignidad humana* cuando menciona el principio romano: “el cuerpo es una cosa que está fuera del comercio”, dejando en claro que el cuerpo y sus partes, no pueden ser objeto del comercio. Fundándolo, en una concepción ética, en el principio de la dignidad del ser humano, que no puede ser cosificado. Todo esto, referido a la pretensión de patentar material genético. Coincidimos, con su postura y lo aplicamos a la dación de espermatozoides, como se adelanta en el presente capítulo.

Hoof¹⁷², considera que la *procreación médicamente asistida*, el consentimiento informado, la investigación en salud, las cuestiones relacionadas a la genética (diagnóstico prenatal, genoma humano, terapias génicas, test genéticos, etc.), -entre otros que enumera-, son temas centrales de la bioética que han originado regulaciones jurídicas. Que dentro

¹⁶⁹ Garay, Oscar, Ob.cit., pág. 188.

¹⁷⁰ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, Ob.cit., pág 248.

¹⁷¹ Bergel, Salvador D, “Implicancias jurídicas de la investigación sobre el Genoma Humano”, Genética y Justicia, 2001, SCJBA, pág.101.

¹⁷² Hoof, Pedro F., Ob.cit., pág.12 y 46.

de esa enumeración somera, debe reconocerse el “*derecho personalísimo a la salud*”, al igual que el “*derecho a la vida*”, el que se le debe atribuir a la persona una participación activa en las decisiones de índole personales y en lo general.

Opina, que la ambivalencia del desarrollo tecnológico y científico, pueden contribuir a un desarrollo pleno del hombre, como también a una peligrosa y creciente cosificación de la existencia. El legislador debe tener en cuenta que cualquier futura ley tendrá que proteger el derecho a la vida y dignidad personal, entre otros derechos que menciona. Garantizar la dignidad inalienable del hombre, en calidad de ser único, irrepetible, libre, solidario y responsable.

Considera, al hombre como un fin y no un medio o instrumento al servicio de otros fines. De modo que: “*el desarrollo científico-tecnológico en el campo de la procreación asistida y genética humana no debe deshumanizarse, hasta llegar a la peligrosa cosificación del hombre*”.

Medina¹⁷³, comparte la opinión de los autores que afirman que el comienzo de la vida es desde la concepción y que la misma, debe ser protegida ya sea dentro o fuera del seno materno. Aplica el art. 70¹⁷⁴ del C. Civil, y por analogía el art. 16¹⁷⁵, respectivamente en cada caso. También, cita el art. 51¹⁷⁶, porque los signos a los que se refiere el art. citado, los considera evidentes desde la concepción.

Lo mismo, hace el régimen de filiación en el art. 264 del C. Civil, estableciendo deberes-derechos de la patria potestad a partir de la concepción, sin requerir que ésta sea en el seno materno. Con estos precedentes e instrumentos internacionales como la CDN, considera que el *nasciturus* tiene una capacidad mucho más amplia que la otorgada por el art.64 del C. Civil. Asimismo, sostiene que a la persona por nacer, le es

¹⁷³ Medina, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs.As., 2002, pág.360.

¹⁷⁴ C. Civil 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...”

¹⁷⁵ C. Civil Art. 16: “Si una cuestión no puede resolverse ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

¹⁷⁶ C. Civil Art. 51: “Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

aplicable íntegramente lo regulado por los arts. 52¹⁷⁷ y 53¹⁷⁸, los que hacen mención no sólo a la capacidad de hecho sino de derecho.

Concluye afirmando: *“el embrión formado en el seno materno o fuera de él, debe reconocérsele el derecho a la dignidad y a la salud e integridad; la violación del derecho a la salud debe ser resarcida”*.

Señala, los numerosos daños que puede originar la manipulación genética y específicamente, en el uso de las técnicas de fecundación asistida, entre los que enumera: los daños genéticos y por transmisión de enfermedades al concebido, los planteos relacionados a la inseminación artificial heteróloga, la dación de gametos y su anonimato.

La autora a los daños mencionados, los incorpora en el ámbito del Derecho de Daños, generado la responsabilidad civil frente a los hijos nacidos mediante estas técnicas e incluye los supuestos de daños provocados al nacido por cualquiera de los que intervienen en el proceso y específicamente, la responsabilidad por daños a la salud del concebido, por la transmisión y/o causa de enfermedades.

Considera que las soluciones jurídicas que tomen, no deben dejar de lado el respeto a la dignidad de la persona por nacer, el interés supremo del niño concebido, como así también, el respeto al patrimonio genético de la humanidad. Personalmente, estima que debe reglamentarse para evitar el uso incontrolado de técnicas, que lleven a consecuencias imprevisibles para la sociedad y la dignidad humana.

Advierte, a los futuros padres que acuden a las técnicas que extremen los recaudos para evitar un daño potencial a sus hijos.

Finalmente, expresa que los daños a la salud del niño se pueden derivar del actuar doloso o culposo de los padres, como así también, de los profesionales médicos y centros de salud e incluso de los dadores de gametos en la fecundación heteróloga. Afirma, que entre los derechos en juego, se encuentra *“el derecho humano a la salud, al que debe, en principio subordinarse el derecho a la procreación”*.

¹⁷⁷ C. Civil Art.52: “Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones...”.

¹⁷⁸ C. Civil Art.53: “Le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no le fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política”.

El derecho a la intimidad, es otro de los que se invoca en la relación médico-paciente-dador, I.A.D., basado en el art. 19 de la CN. Como así, lo hacen los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos art.12¹⁷⁹. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere a ello en el art. 11.2. También, hace mención al derecho a la intimidad del niño la Convención sobre los Derechos del Niño, en el art. 16¹⁸⁰.

El concepto de “*intimidad*” de la Real Academia Española¹⁸¹: “*es la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia*”. Excluida, de las miradas de terceros.

Cifuentes¹⁸², señala que: “*el derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos*”. Lo considera, un derecho innato, inherente, interior, privado, extrapamrimonial, absoluto, en principio indisponible y autónomo.

Garay¹⁸³, “*funda el derecho a la intimidad en la idea de dignidad de la persona humana*”. Cree que cuando el profesional de la salud viola el derecho a la intimidad del paciente, es una afrenta a su dignidad. Enumera, las conductas que están contenidas en este derecho, entre ellas: la elección del plan de vida, el derecho a la identidad de la persona, el derecho a la integridad corporal, el resguardo de la intimidad a partir de la relación médico-paciente, el derecho a la confidencialidad, la preservación de la intimidad frente a la técnica, etc. Considera, que este derecho es disponible por el titular, mediante el otorgamiento del consentimiento informado, éste elimina la antijuricidad de la conducta que vulnera el derecho.

El derecho a la intimidad, corre riesgo en los últimos tiempos, en razón de que la ciencia y la técnica han penetrado en ámbitos insospechados del

¹⁷⁹DUDH. Art.12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

¹⁸⁰CDN. Art.16: “1.-Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2.-El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.

¹⁸¹ www.rae.es/rae.

¹⁸² Cifuentes, Santos, “derechos personalísimos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Pág. 542.

¹⁸³ Garay, Oscar, Ob.cit. pág. 217.

cuerpo humano (ingeniería genética, experimentos científicos en cuerpos humanos, fecundación asistida, transplantes de órganos, etc.) y en su mente en forma subliminal, mediante drogas, análisis psicométricos, etc.

Bidart Campos¹⁸⁴ dice: *“El derecho a la intimidad alcanza también a los menores de edad. Si bien es verdad que hay que conjugarlo con los derechos que emergen de la patria potestad, hemos de admitir que cuando el menor alcanza la edad del discernimiento debe quedar en disponibilidad para ejercer los derechos que hacen a su intimidad; siendo de aplicación los arts. 16 y conchs. de la Convención sobre Derechos del Niño”*.

Otro derecho fundamental de los pacientes, al que hace referencia Garay¹⁸⁵, es el *“derecho a la verdad”*, lo considera un derecho de la sociedad y un derecho individual. Dentro de los principios bioéticos que debe tener en cuenta en médico ya enunciados, debe ajustar su obrar con la honestidad, identificándola con la verdad. Esto se traduce, en el respeto por la vida, por la verdad, la lealtad, responsabilidad, todo ello resguarda la dignidad del paciente. La ética médica y la bioética, siempre tiene en mira el bien del paciente, por eso debe sumirse a la verdad.

Luego, de citados precedentemente algunos de los derechos fundamentales de los pacientes y su relación con el profesional de la salud, nos preguntamos ¿estos derechos se aplican al concebido y/o nacido por I.A.D., en nuestro país?

Se considera que no se aplican, porque la doctrina imperante cuando se refiere al derecho a la salud, hace alusión a los derechos de los adultos y en el caso particular, la madre receptora-dador y poco o nada dice, sobre el derecho a la salud del concebido o niño nacido mediante I.A.D. Se debe tenerlos en cuenta, como sujetos de derechos y pacientes, con los mismos derechos fundamentales: a la vida, a la salud, a la dignidad, a la verdad, a la intimidad y a la identidad.

Se coincide con La Academia Nacional de Medicina, en su Declaración sobre Fertilización Asistida de 1995, se expide sobre el tema y dice: “Se

¹⁸⁴ Bidart Campos, Germán, “Manual de la Constitución reformada” Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996, pág.526

¹⁸⁵ Garay, Oscar, Ob.cit., pág.257.

*debe promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre”.*¹⁸⁶

7.5. El anonimato del dador y la posible transmisión de enfermedades

al concebido y/o niño que nace por la I.A.D.

El anonimato del dador de esperma, le impide al concebido o nacido por I.A.D. conocer la mitad de su código genético por línea paterna, porque no se le permite acceder a los datos biogenéticos del dador.

El fundamento de lo dicho precedentemente, se basa en que el padre y la madre proveen cada uno un gen de sus pares para formar un nuevo par para el niño. De esta manera, los genes siempre pasan características familiares de una generación a la siguiente. Los padres no pueden controlar los genes que heredaran sus hijos. Así existen enfermedades de los padres cuya información está contenida en genes y estos son capaces de traspasarse a los hijos cuando se realiza la fecundación del óvulo materno.

Las enfermedades genéticas corresponden a un grupo heterogéneo de afecciones que en su desarrollo presentan un significativo componente genético. Ello puede ser alguna alteración en un solo gen, en varios genes (poligenes) o en muchos genes (cromosomas). La alteración genética puede producir directamente la enfermedad (por ejemplo, el caso de la hemofilia) o interactuar con factores ambientales (como por ejemplo, la predisposición genética en el desarrollo de la hipertensión arterial).¹⁸⁷

Teniendo en cuenta, que la mayoría de los proyectos de ley sostienen el anonimato del dador, ya sea absoluto o relativo, la pregunta es: ¿Hay que esperar que el niño se enferme, para tener la posibilidad de acceder a la información biológica del dador anónimo?.

Para responder a esta pregunta, se trata de analizar la importancia del conocimiento de los antecedentes del dador anónimo, por parte de los

¹⁸⁶ www.acamedbai.org.ar

¹⁸⁷ www.profesorenlinea.cl/Ciencias/geneticaenfermedad.

futuros padres y del niño por nacer, para que sea contemplado en la ley que se dicte sobre el tema.

Todos los niños, ya sea que nacen en forma natural de padres conocidos o por procreación asistida, tienen la posibilidad cierta o no, de tener una carga genética como por ejemplo una enfermedad cerebrovascular. La diferencia entre uno y otro, es que en el caso de la I.A.D, la genética del dador anónimo puede ser conocida o no por él y por lo tanto, no declarada o estudiada por el centro receptor. Esto impide conocer que posibilidad, tiene el concebido y/o nacido por esa técnica de tener un atención sanitaria preventiva y por lo tanto una mejor calidad de vida.

Es de práctica, cuando se concurre al médico que haga un cuestionario sobre los antecedentes familiares respecto de determinadas enfermedades, para tener una mejor visión de cuales deben ser los factores a tener en cuenta, para tratar y cuidar al paciente. En este caso, el niño nacido mediante I.A.D., no cuenta con esos antecedentes por línea paterna, que hacen al cuidado de su salud.

Las enfermedades cerebrovasculares¹⁸⁸, pueden ser transmitidas sin conocerla si no hay un episodio que la revele, por lo tanto, se ignora, sobre todo cuando se trata de un dador joven, como habitualmente se busca para estas prácticas. Los pediatras, cuando saben el antecedente, le hacen controles de los factores de riesgos, sin perjuicio, de que la carga genética pueda desencadenar la patología alguna vez o nunca. Conocer el antecedente, permite que el niño pueda ser controlado y tener una mejor calidad de vida.

¹⁸⁸ El término enfermedades cardiovasculares: “es usado para referirse a todo tipo de enfermedades relacionadas con el corazón o los vasos sanguíneos, (arterias y venas). Este término describe cualquier enfermedad que afecte al sistema cardiovascular (usado en MeSH), es utilizado comúnmente para referirse a aquellos relacionados con la arteroesclerosis ”.
Los factores de riesgos no modificables son los elementos genéticos.
www.wikipedia.org/wiki/Enfermedad_vascular_cerebral.

Otra enfermedad hereditaria¹⁸⁹, es la “fibrosis quística del páncreas o mucoviscidosis” (FQ) una enfermedad autosómica recesiva¹⁹⁰ hereditaria letal, más frecuente en la población blanca. En Argentina, uno de cada 2.500 de recién nacidos padece esta enfermedad; de este dato se infiere, que la frecuencia de portadores es de 1 portador cada 25 nacidos vivos y la probabilidad, de que ambos miembros de una pareja sean portadores es de 1 en 900. El riesgo, de que una pareja de portadores tenga un hijo afectado es del 25% en cada embarazo.

La forma clásica, de la afección presenta enfermedad obstructiva pulmonar crónica (que en muchos casos lleva a la muerte), insuficiencia pancreática, concentraciones elevadas de sales en el sudor y, en los hombres, infertilidad primaria por obstrucción de la vía espermática. Estas manifestaciones son variables, dependiendo de la mutación que ocurra en el gen de esta enfermedad, llamado CFTR (Cystic Fibrosis Transmembrane Regulator) que, como su nombre en inglés lo indica, regula la entrada y salida de electrolitos a través de la membrana celular.

Las alteraciones severas de este gen, hace que se generen secreciones bronquiales muy espesas, que obstruyen el árbol respiratorio por la imposibilidad de expulsarlas con la tos. Esto, a su vez, aumenta el riesgo de infecciones (sobre todo por ciertos gérmenes como la pseudomona aeruginosa). Tanto la infección como la obstrucción, destruyen las fibras elásticas bronquiales, lo que lleva a la dilatación pulmonar y más tarde, a insuficiencia respiratoria. La afectación de las secreciones pancreáticas impide una digestión normal de los alimentos, produciendo mala absorción intestinal y desnutrición secundaria.

Ciertas mutaciones, producen en el hombre infertilidad primaria, por ausencia congénita de conductos deferentes (DF508) que hacen que, aunque los testículos produzcan espermatozoides normales, los mismos no

¹⁸⁹ Las enfermedades hereditarias: son un conjunto de enfermedades genéticas caracterizadas por transmitirse de generación en generación, es decir de padres a hijos, en la descendencia y que se puede o no manifestar en algún momento de sus vidas.

¹⁹⁰ Enfermedad autosómica recesiva: es la enfermedad que para su desarrollo necesita de ambos genes enfermos.

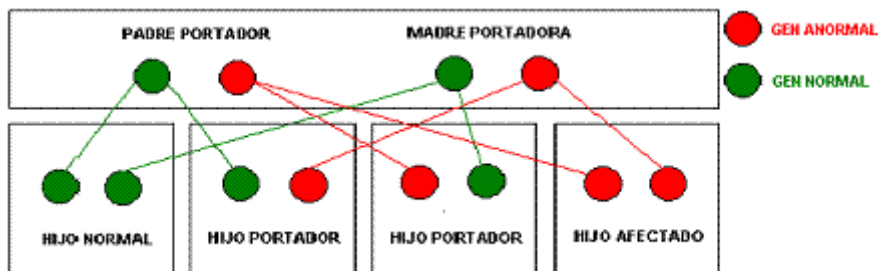
pueden ser eyaculados. El gen CFTR, cuyas mutaciones producen la enfermedad, está formado por regiones que sirven para síntesis de la proteína (exones) y otras, que se intercalan entre los exones¹⁹¹, llamadas intrones, cuyo rol es regular la expresión del gen.



Ilustración sencilla de exones e intrones.

Hasta el momento, se han detectado alrededor de 1.000 mutaciones de este gen. Muchas de ellas, no se sabe en qué cambian la función del gen. Dado, que estudiar todo el gen es sumamente costoso, generalmente se estudian las mutaciones más comunes, entre ellas la llamada F508 que está presente en el 58,6% de los pacientes.

El Colegio Americano de Genética, exige el estudio de no menos de 25 mutaciones. El análisis del gen puede hacerse en diferentes tejidos, aunque habitualmente se hace en sangre, en células obtenidas por isopado bucal y, si se realiza para diagnóstico prenatal, en vellosidades coriónicas o células amnióticas. El objetivo, es la detección de portadores en el grupo familiar que permita la confirmación del diagnóstico clínico.



¹⁹¹ Los exones son las regiones de un gen que no son separadas del RNA maduro. En los genes que codifican una proteína, son los exones los que contienen la información para producir la proteína codificada en el gen. En estos casos, cada exón codifica una porción específica de la proteína completa, de manera que el conjunto de exones forma la *región codificante* del gen. En eucariotas los exones de un gen están separados por regiones largas de ADN (llamadas intrones) que no codifican. www.saegre.org.ar.

La frecuencia de portadores es tan elevada, que el screening de las parejas a FIV, ICSI, etc., no se evita, cambiar un problema por otro más grave. La detección de portadores puede explicar la causa de infertilidad. Es de suma importancia, el adecuado consejo genético.¹⁹²

Otro ejemplo, de enfermedad transmisible familiarmente es el “cáncer de colon”, las células malignas se localizan en la porción intermedia y más larga del intestino grueso. En este tipo de cáncer desempeña un papel importante la herencia familiar. Sin embargo, esto puede detectarse y el cáncer tratarse de manera precoz. Si existen antecedentes familiares o se sospecha de la posibilidad de un cáncer hereditario, los médicos consideran aconsejable realizarse un estudio genético para detectar anomalías. En caso de existir alteraciones genéticas en la familia, se deben iniciar las exploraciones de colon y recto a una edad temprana (20 años) y continuarlas periódicamente.

La investigación en este campo, ha demostrado que algunos tipos de cáncer de colon se originan a partir de pólipos (pequeños bultos benignos). La detección, precoz y extracción de estos pólipos puede ayudar a prevenir la aparición de la enfermedad. Una de las causas de la aparición de cáncer de colon, es la predisposición genética debida a alteraciones en algunos genes por lo tanto, los individuos con familiares que son o han sido afectados por la enfermedad, deben acudir a exámenes médicos periódicamente.¹⁹³

Estos ejemplos son tan solo una mínima expresión de las enfermedades que se pueden transmitir familiarmente, hace indispensable el conocimiento de los antecedentes del paciente y en lo que respecta al nacido por I.A.D., para poder prevenir o tratar las enfermedades que se transmiten por la herencia.

Se sostiene que no debe admitirse la dación de gametos, que provienen de personas que posean enfermedades genéticas trasmisibles

¹⁹² Scaglia, Javier, “Técnicas de análisis de ADN”, 1º Curso Universitario de Especialización en Endocrinología Ginecológica y Reproductiva”, 2008. www.saegre.org.ar.

¹⁹³ www.dmedicina.com/

hereditariamente, evitando así la fertilización con gametos que previsiblemente afecten en el futuro la salud del nacido.

Para la Dra. Medina le resulta indiscutible la responsabilidad de los dadores, en los supuestos de I.A.D., siempre que oculten información que permita determinar el riesgo de transmitir al concebido, enfermedades hereditarias o adquiridas. Considera que por el *principio neminem laedere*, resulta el deber de los dadores de suministrar todos los datos y antecedentes necesarios para poder evaluar riesgos, lo contrario, es una conducta que generará responsabilidad civil, debiendo ceder el anonimato para poder efectivizarla.¹⁹⁴

El Consejo de Europa, en una reunión realizada en Oviedo-España, en el año 1997, limita el derecho a procrear y destacan que las técnicas de procreación humana artificial, se emplean cuando están dadas las condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del hijo y que no se debiera practicar si hay riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria, ó cuando existe el riesgo de que sufra una enfermedad que comportase su muerte precoz o una incapacidad grave.¹⁹⁵

La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, en el punto C. Tratamiento, art.13 establece: "*Nadie debería verse privado de acceso a sus propios datos genéticos o datos proteómicos, a menos que estén irreversiblemente disociados de la persona como fuente identificable de ellos o que el derecho interno imponga límites a dicho acceso por razones de salud u orden públicos o de seguridad nacional.*"¹⁹⁶

En el derecho comparado hay algunos países cuyas legislaciones contemplan el anonimato relativo y otros que lo prohíben. Ellos son:

-España: Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

¹⁹⁴ Medina, Graciela, Ob.cit., pág.376.

¹⁹⁵ El Consejo de Europa interpreta el art.12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considera que no se puede deducir, que exista un derecho absoluto a la procreación (derecho a procrear); lo que entra en la categoría de derecho humano, es el ejercicio responsable de la función procreativa (derecho a fundar una familia). www.coe.int/t/es/com.

¹⁹⁶ www.portal.unesco.org/es

La donación es anónima, garantiza la confidencialidad de la identidad de los donantes y lleva un registro. Los hijos nacidos, las receptoras de gametos y preembriones tienen derecho por sí o por representantes legales a obtener información general, excepto la identidad del donante, la que se revela excepcionalmente, si hay peligro para la vida o salud del hijo.

-Inglaterra: Ley sobre Fertilización humana y embriología de 1991.

También prevalece el anonimato del donante, se puede acceder a la información general del mismo, conocerlo y/o accionar para conocerlo, pero no permite la acción de filiación ni de daños y perjuicios.

-Suecia: Ley sobre Inseminación Artificial de 1984.-

Reconoce el derecho del niño nacido por inseminación a conocer la identidad del donante al alcanzar la mayoría de edad. Es el único país con una legislación que le niega al donante de semen el derecho al anonimato, a favor de lo que considera un bien para el hijo.

Kemelmajer de Carlucci¹⁹⁷, manifiesta que el Proyecto Genoma Humano y la Bioética tienen un objetivo en común: el mejoramiento de la calidad de vida. Hace referencia a: *“La historia de la familia usada con la moderna tecnología genética hace relativamente simple identificar a un gen asociado a una particular condición”*.

En cuanto, al conocimiento que proporciona el genoma humano manifiesta que se han identificado alrededor de 3000 enfermedades con base genética, cerca del 2% de los niños nacen con un desorden genético perceptible y que 2000 niños que nacen por año, sufren la fibrosis quística. Considera, que el desarrollo de los tests genéticos constituye un arma de doble filo por dos razones:

-Definir que es una enfermedad, es problemático, porque los términos salud y enfermedad son complejos y multívocos.

-Percibir la enfermedad (fibrosis quística, diabetes, talasemia, etc.) no es sencilla.

Relaciona, la genética y los derechos humanos como dos de los pilares fundamentales, sobre los que se asienta la sociedad occidental.

¹⁹⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aida, “Genoma Humano y Derechos Fundamentales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pág.17.

El Proyecto no se concentra en ninguna enfermedad concreta, sino que intenta investigar la naturaleza genética, porque en la medida en que se conozca cuales son los genes que transmiten las enfermedades, cuales son las características que se heredan, etc. Las ventajas que ofrece son: identificar los genes que generan enfermedades, dolencias físicas o taras genéticas y prevenir enfermedades, diagnosticar y tratar de curar las enfermedades genéticas.¹⁹⁸

Finalmente, en principio no se está de acuerdo con la aplicación de la I.A.D. con el anonimato absoluto del dador, porque se considera que viola un derecho humano fundamental del niño, como es el derecho a la salud.

Se esta de acuerdo con la ley sueca, y se propone que se tenga en cuenta para una ley futura, pero con la salvedad, de que no que tenga que esperar a la mayoría de edad del niño para conocer los antecedentes del dador.

Para el caso de persistir con proyectos de leyes en los que se consagre el anonimato del dador, se propone se contemple la posibilidad de que los padres o el niño nacido mediante el uso de I.A.D., puedan mediante una acción autónoma obtener judicialmente del centro de fertilización que aplicó la técnica, en cualquier momento, los antecedentes genéticos del esperma donado.

El registro del centro de fertilización debe ser estar a disposición de los pacientes allí tratados, eso no significa violar la identidad e intimidad de dador, si es necesario para la salud del niño, para tratamiento, curación o mejorar su calidad de vida.

La ley le debe dar la misma oportunidad que tienen los niños que nacen en forma natural, pero que cuentan, con el conocimiento de quienes son sus padres biológicos, de lo contrario, se estaría violando la igualdad ante ley, entre otros derechos violados y ya mencionados.

¹⁹⁸ Medina, Graciela, “El Proyecto Genoma Humano y el Proyecto Genoma Humano sobre diversidad”, www.gracielamedina.com.ar.

8. REFLEXIONES FINALES.

La fecundación heteróloga o inseminación asistida con dador de semen, plantea distintas cuestiones a dilucidar, por el vacío legislativo que existe.

En este capítulo se trata de analizar como objetivo específico del trabajo, la aplicación de la técnica y sus implicancias con relación al derecho del niño a la identidad y a la salud.

Para su tratamiento se hace una revisión de la doctrina nacional, jurisprudencia y derecho comparado, de la que surgen algunas reflexiones:

Se considera que la acepción técnica: "inseminación asistida con dación de esperma" (I.A.D.), es la mas apropiada y se sugiere se la adopte para una legislación futura que regule específicamente su aplicación.

El objetivo específico del trabajo, es la inseminación asistida con dación de esperma, esta situación plantea el interrogante: ¿hay derecho a procrear incluso, con material genético extraño para remediar la esterilidad del hombre?.

En primer lugar, se considera a la esterilidad o infertilidad una enfermedad y a las técnicas de fertilización como método terapéutico.

En segundo lugar, para dar respuesta a la pregunta se analizan las posiciones de los autores que apoyan, tanto la tesis del derecho absoluto, como los que sostienen la tesis de derecho relativo a procrear, entre ellos Loyarte, Rotonda, Medina, Velasco. Se comparte, la postura de estos autores en que hay un derecho relativo a la procrear.

Asimismo, se cree el derecho a procrear es un derecho subjetivo y personalísimo y admite un límite que es el interés del menor. El planteo de un conflicto con los derechos del niño por nacer, porque se viola alguno de ellos, implica un conflicto de intereses. Por esta razón, se sostiene que ninguno se puede atribuir la facultad de limitar esos derechos y menos, por quienes pretenden ser sus progenitores.

El régimen de filiación vigente del Código Civil en su art. 240 determina dos tipos de filiación: por naturaleza (matrimonial o extramatrimonial) o por adopción, asignándole los mismos efectos. Esta unidad de filiación, cualquiera sea la situación de los progenitores al momento de la concepción, incorpora el principio de igualdad de las filiaciones y *"el respeto por la verdad biológica"*. La reforma a la Constitución Nacional en el año 1994, introduce

elementos de la “*identidad personal*” en los arts. 19, 33 y 75 inc.22, en este último artículo incorporan la Convención sobre los Derechos del Niño.

La determinación de la filiación del concebido por la I.A.D, al no estar prevista en el C. Civil, hace que la doctrina para dar un fundamento legal a la misma, otorgue una excesiva relevancia a la firma el consentimiento informado, por el marido o pareja de la mujer para emplazarlo en padre legal. Esta situación lleva a preguntar: ¿en el estado actual del régimen de filiación, es posible emplazar el estado de hijo, mediante la firma del consentimiento informado del esposo o pareja, para practicar la inseminación a la mujer receptora?.

La respuesta a este interrogante es no, en virtud del régimen vigente. Pero ante la falta de regulación, la doctrina elabora dos tesis para determinar la filiación del hijo de la mujer con relación al esposo o pareja. Las teorías son: la de la voluntad procreacional y la de los actos propios, se considera que ninguna de las dos dan el fundamento de la filiación real y justo al niño nacido por la I.A.D.

Hay tres posturas doctrinarias que tratan de dar una explicación del tema y que en cierto modo, se comparte:

1. Soto Lamadrid, propone que en una reforma legislativa se tenga en cuenta, el deseo de asumir la paternidad -tal como ocurre en la adopción- sea reconocido como título eficiente para constituir jurídicamente el vínculo paterno-filial. La sugiere para la inseminación heteróloga, para que el niño por nacer tenga el emplazamiento por ley de ser el hijo del que voluntariamente asume el rol de padre.
2. Rotonda y Loyarte, afirman que el consentimiento informado del marido carece de relevancia jurídica, no sólo para constituir el vínculo parental, sino también, para negarle la acción de impugnación con base en el principio de que debe respetarse los actos propios.
3. Mazzinghi, propone que el tema se puede resolver, otorgando la paternidad adoptiva del hijo al marido de la mujer que concibe con semen anónimo, si es aceptado, es necesario que al menor se le informe porque tiene derecho a conocer su identidad.

Con relación a la dación de gametos, su naturaleza jurídica y a su encuadre contractual, se coincide con Loyarte y Rotonda que el término

apropiado es la dación y no la donación. Asimismo, se comparte la posición que afirma que el semen no es una cosa, porque contiene el código genético de una persona. Por lo tanto, no puede ser objeto de contrato o negocio jurídico alguno. La gratuidad del dador no es tal, en virtud de lo expuesto en el capítulo. Se propone la regulación sobre la naturaleza jurídica de la dación del gameto y sus efectos jurídicos.

La inseminación asistida con dación de esperma y sus implicancias con relación al derecho del niño a la identidad, se considera de gran importancia y el debate se presenta en la contraposición de dos derechos fundamentales e inherentes a toda persona como son, el derecho a la identidad o a conocer su origen del niño y el derecho a la intimidad de la receptora y donante (art.19 CN).

La necesidad de establecer una jerarquía entre ellos. Y es así que, según prime el derecho a la identidad de la persona o bien, el derecho a la intimidad, los autores han elaborado distintas posturas que aparejan diversas consecuencias jurídicas.

Respecto de la definición de derecho a la identidad, se está de acuerdo con la propuesta por Oppenheim, porque toma el concepto de Fernández Sessarego y la delimita al derecho a la identidad de las personas nacidas por fecundación asistida.

Con relación al derecho a la identidad del niño, frente al derecho a la intimidad del dador, se considera que en el caso de la I.A.D., al no estar legislada se vulnera su derecho a la identidad, porque se desconoce quién es el que aportó el material genético. Aquí, se plantea el conflicto entre el derecho a la identidad del niño y el derecho a la intimidad del dador anónimo y la receptora.

La pregunta con relación a la inseminación asistida con dador de semen es: ¿debe prevalecer el derecho a la intimidad de los adultos, por encima de los derechos del niño que no elige la forma y ni el medio por el que es concebido?. La doctrina nacional no se ha expedido en forma unánime y de las posturas elaboradas se comparte la que propone: la que permite al niño conocimiento de los datos biogenéticos y la identidad del donante, sin ninguna consecuencia jurídica, ni derecho alguno, y es la que se propone para una legislación futura.

Por último, el derecho a la salud del niño, se considera que lo tiene como “paciente” aún en el seno materno, no es un apéndice de la madre gestante. El conocimiento de los antecedentes de enfermedades familiares a través de la genética médica permite prevenir o controlar la salud de las personas, concediendo el derecho humano a tener una mejor calidad de vida. Posibilidad que se le niega hasta ahora, al niño nacido por esta técnica porque priva el derecho al anonimato del dador por sobre la salud del niño, con la excepción de algunas legislaciones extranjeras que prevén el caso de riesgo de vida o cuando son mayores de edad, pueden obtener información del dador, sin establecer ningún tipo de filiación.

En nuestro país, el derecho a la salud es un bien jurídico social entendido como un “derecho humano de tercera generación”, reconocido por la Constitución Nacional en la reforma de 1994. El derecho a la salud, se consagra en distintos pactos y tratados internacionales, a los que la Constitución Nacional les otorga rango constitucional.

El derecho a la salud está íntimamente ligado a la bioética, fundamentalmente en este tema se considera de importancia su aplicación. La doctrina bioética hace referencia a tres principios que deben guiar la resolución de los problemas bioéticos, en la relación médico-paciente. Esos tres principios son: a) beneficencia, b) autonomía y c) justicia. Los principios mencionados, son aplicados en la procreación humana asistida, y específicamente en la I.A.D., a la mujer receptora de la técnica, en la relación que se establece entre paciente- médico, no se tiene en cuenta al niño concebido que también es un paciente fetal y un sujeto de derecho: a la vida, la dignidad, a la salud, a la verdad, a la intimidad y a la identidad.

El anonimato del dador de esperma, le impide al concebido o nacido por I.A.D. conocer la mitad de su código genético por línea paterna, porque no se le permite acceder a los datos biogenéticos del dador. El fundamento de lo dicho precedentemente, se basa en que el padre y la madre proveen cada uno un gen de sus pares para formar un nuevo ser. Existen enfermedades de los padres cuya información está contenida en genes y hay posibilidad

de transmitirlo a los hijos cuando se realiza la fecundación del óvulo materno.

Teniendo en cuenta que la mayoría de los proyectos de ley, sostienen el anonimato del dador, ya sea absoluto o relativo, la pregunta es: ¿Hay que esperar que el niño se enferme, para tener la posibilidad de acceder a la información biológica del dador anónimo?.

Se propone dos respuestas a este interrogante a saber: a) Se está de acuerdo con la ley sueca, y se propone que se tenga en cuenta para una ley futura, pero con la salvedad de que no que tenga que esperar a la mayoría de edad. b) Para el caso de persistir con proyectos de leyes en los que se consagre el anonimato del dador, se propone se contemple la posibilidad de que los padres o el niño nacido mediante el uso de I.A.D., puedan mediante una acción autónoma obtener judicialmente del centro de fertilización que aplicó la técnica, en cualquier momento, los antecedentes genéticos del esperma donado.

La ley le debe dar la misma oportunidad que tienen los niños que nacen en forma natural, pero que cuentan, con el conocimiento de quienes son sus padres biológicos, de lo contrario, se estaría violando la igualdad ante ley, entre otros derechos violados y ya mencionados.

CAPITULO III

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta, el desarrollo de los capítulos precedentes se llega a las siguientes conclusiones:

Es necesaria regular la procreación humana asistida en la Argentina, a efectos de evitar los excesos que implica el vacío de legislación. Para eso, el legislador tiene que nutrirse de todas las disciplinas que contienen el tema, para que sea una ley equilibrada y coherente con el ordenamiento jurídico vigente, sin avasallar los derechos inalienables del hombre.

La procreación humana asistida se debe contemplar por el ordenamiento jurídico nacional mediante una reforma al Código Civil en materia de filiación, a efectos de tener en cuenta, la situación de los concebidos mediante estas técnicas de inseminación. A tal efecto, se propone su incorporación en el art. 240 del C. Civil: *“La filiación puede tener lugar por naturaleza, adopción o por la procreación humana asistida”*.

Por otro lado, se cree necesario y propone que se dicte una ley especial que reglamente la aplicación de las técnicas de inseminación en sus distintas modalidades, a quienes está destinada, cuales son las permitidas conforme el régimen de filiación, etc. Como así también, regule todo lo relativo al funcionamiento y supervisión de los centros de fertilización que las aplican. Este tipo de ley se puede adecuar a los avances de la ciencia, sin necesidad de reformar el Código Civil.

La infertilidad o esterilidad es una enfermedad reconocida por la OMS, en razón de ello, se debe tratar como tal. Por lo tanto, se considera que la

procreación humana asistida se debe aplicar como terapia para resolver los problemas de matrimonios o parejas que no pueden concebir un hijo por ése motivo. Siempre que se hayan agotado todos los medios necesarios para curar la esterilidad o infertilidad y no solo como un medio alternativo para concebir.

Se considera adecuado y se propone el uso del término: *la procreación humana asistida* que significa: “es la forma de dar vida, mediante la participación en el proceso biológico de la reproducción hecho por mano o arte del hombre”. Es un término perdurable en el tiempo, más cuando las reformas en el derecho son lentas y la ciencia tan dinámica en sus adelantos.

En cuanto a la terminología inseminación artificial, se considera que se debe referir a la aplicación específica de las técnicas, como método que se utiliza para la procreación humana asistida. Puesto que las mismas, son más dinámicas y su evolución técnico-científica es permanente, con la consecuencia de no estar actualizada en la legislación.

Se considera que la inseminación artificial con dación de espermia extraño, al matrimonio o pareja no se debe permitir en una legislación futura si mantiene el anonimato del dador, como lo hacen algunos de los proyectos elevados al Congreso de la Nación en los últimos treinta años.

Se observa que la mayoría de los proyectos presentados ante el Congreso Nacional, se refieren a la relación contractual entre adultos (paciente-médico-dador-cónyuge-pareja), sin tener en cuenta al niño por nacer que es un sujeto de derechos como la dignidad, la identidad, la salud, etc., consagrados para su protección. Se sugiere que se lo incorpore como un sujeto más de la relación mencionada.

Se cree que el derecho a procrear de los pretensos padres no es absoluto, si ello deviene en un conflicto con los derechos del niño por nacer, en particular con la aplicación de la I.A.D. Ninguno, puede atribuirse la facultad de limitar sus derechos y menos aún, quienes pretenden ser sus progenitores.

Se considera, que se debe ceder el interés individual a procrear frente al interés superior del niño. El límite, al derecho de procreación ha de ser el interés superior del niño (art.3 CDN). A efectos de hacer realidad la

tendencia actual de garantizar y proteger los Derechos Humanos, que consagra la doctrina de protección integral de los niños a través de la CDN, en la que ellos son sujetos de derechos humanos al igual que los adultos y de otros derechos propios por su condición de tal.

El estado actual del ordenamiento jurídico, el régimen de filiación es de orden público no pudiendo las partes mediante la autonomía de la voluntad modificarlo, sin vulnerar derechos humanos fundamentales del niño. Por eso, se considera que la dación de esperma mediante un contrato no es válida por el objeto, ni es asimilable a la donación. El consentimiento informado, se considera irrelevante jurídicamente para emplazar el estado de familia del niño y de pretensión padre.

Se está de acuerdo y se sugiere se adopte, el término “dación” y no el de donación. El semen, en el estado actual de la legislación, no puede ser objeto de un contrato, porque está fuera del comercio y no se aplican las normas que rigen los contratos, ni las donaciones. Razón por la cual, no se considera cosas a los espermatozoides contenidos en el líquido seminal, porque además de ser regenerables, llevan el código genético de una persona determinada. Tampoco puede encuadrarse en un negocio jurídico entre el dador y el centro receptor, porque el contrato que firman no tiene la obligatoriedad de los contratos que regula el C. Civil.

El derecho a la identidad es un derecho personalísimo, y que en las acciones de estado debe prevalecer sobre el derecho a la libertad y a la intimidad del presunto padre. Su fundamento está en que la persona no se puede concebir sin su proyección al pasado, es importante para el desarrollo de su personalidad la necesidad de conocer sus raíces, acceder a su origen genético, a su propia y exclusiva historia personal. Esto no significa que se debe crear un vínculo jurídico.

Se cree que es en el marco de la I.A.D., donde el derecho a la identidad se avasalla con el fin de garantizar el anonimato de dador de semen. Lo que interesa es que el nacido por esta técnica pueda asumir su propia identidad, de la que nadie puede ser privado. En una futura legislación se debe contemplar si se aplica la I.A.D., el derecho a la identidad del niño, por sobre el derecho a la intimidad de sus padres y donantes, otorgándole el más

amplio derecho de acceder a los datos del dador sin perjuicio, de que el anonimato rija para el resto de las personas.

Si bien, la Constitución Nacional no enumera o reconoce todos los derechos humanos, tampoco niega que hay otros derechos: son los llamados "*derechos implícitos*" y que están comprendidos en el art. 33 CN, y son entre ellos: la dignidad de la persona, la vida humana, el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad física, psíquica y moral, el derecho a la identidad personal. La CDN hace alusión en su art.3 al "*interés superior del niño*", el que debe ser tenido muy en cuenta desde su concepción.

Se observa que en general, el derecho a la salud del niño nacido por I.A.D., no es tenido en cuenta, porque no se le aplican los principios de la doctrina bioética imperante. Sólo, se hace alusión a los derechos de los adultos y en el caso particular, al de la madre receptora-dador. Se considera que al nacido por esa técnica, se lo debe tener en cuenta como pacientes, con los mismos derechos fundamentales.

Finalmente, se ratifica que el derecho del niño a su identidad biológica y a la salud debe prevalecer al derecho a la intimidad de los adultos. Los centros de fertilización asistida, no deben mediante esta técnica violar los derechos fundamentales de los niños, por existir un vacío legal, porque la Constitución Nacional en los arts.33 y el 75 inc. 22, que contiene los tratados y convenciones protegen estos derechos.

BIBLIOGRAFIA

- ANDORNO**, Roberto. (2006). *“Regulación legal de las técnicas de procreación asistida. Síntesis de la legislación europea”*. www.revistapersona.com.ar.13-5-08.
- ARSON de GLINBERG**, Gloria Hilda. (1989). *“Libertad de Procreación”*. JA 1989-IV-875.
- AVELIN**, Alfredo. (1995). *“Proyecto de ley de protección de derechos humanos de las personas por nacer”*. www.senado.gov.ar/proyectos.5-3-2008.
- BELFORTE**. (2000) *“Comienzo de la vida, destrucción de excedentes de embriones y los límites de la libertad”*. Ponencia presentada en las “1º Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho”. Buenos Aires. www.aaba.org.ar.
- BELLUSCIO**, Augusto. (1979). *“Acción de desconocimiento de la paternidad entablada por el propio hijo”*. LL1979-B-426.
- BELLUSCIO**, Augusto. (1995). *“Incidencia de la reforma constitucional sobre el Derecho de Familia”*. LL-1995-A-936.
- BERGEL**, Salvador. (2001). *“Implicancias jurídicas de la investigación sobre el Genoma Humano”*. *Genética y Justicia*. Impreso por la SCJBA. Buenos Aires.
- BERGEL**, Salvador y **MINYERSKY** Nelly. (2004). *“Genoma Humano”*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- BIDART CAMPOS**, Germán. (1991). *“En busca de la filiación de sangre: una prueba rechazada y discutida y muchos derechos comprometidos”*. ED-141-263.
- BIDART CAMPOS**, Germán. (1990). *“Las realidades biológicas y las normas jurídicas”*. ED-157-881.
- BIDART CAMPOS**, Germán. (1996). *“Manual de la Constitución reformada”* Ed. Ediar. Buenos Aires.

BISCARO, Beatriz Y **GARCIA de GHILINO**, Silvia. (1987). *“Desconocimiento o impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga”*. LL-1987-B-803.

BOLETIN DE LEGISLACION nº 144. (2011). *“Ley 14.208”*. Colegio de Abogados de La Plata, Año XXV, La Plata, p. 29.

BOLETIN OFICIAL: DECRETO nº 191/2011, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *“Creación de la Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”*. Bs. As. 28/02/11.

BORTOLOZZI, Adriana. (2008). *“Proyecto de Regulación de la Reproducción Asistida”*. www.senado.gov.ar/web/proyectos.10-5-08.

BOSSERT, Gustavo. (1988). *“Fecundación asistida”*. JA 1988-IV-872/3.

BOSSERT, Gustavo y **ZANNONI**, Eduardo. (2005). *“Manual de Derecho de Familia”*. Ed. Astrea 6º edición, Buenos Aires, p.469.

BRANDA, Ricardo. (1996). *“Proyecto de ley sobre reproducción humana médicamente asistida”*. www.senado.gov.ar/proyectos.5-3-2008.

BRITOS, Orlando N. y Otros (1993/95). *“Proyecto de ley sobre fecundación humana asistida”*. www.senado.gov.ar/proyectos.5-3-2008.

CAFFERATA, José. (1989). *“Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”*. ED-130-729.

CEGYR. (2008). www.cegyr.com.ar. 28-5-08.

CHECHILE, Ana María. (1989). *“El derecho humano de acceder a la verdad biológica sin generar vínculos jurídicos”*. Revista de Derecho de Familia. Lexis Nexis.

CHILLIK, Claudio.(2008). *¿Qué es la esterilidad?*. www.planetamama.com.ar, 12-3-08.

CIFUENTES, Santos. (1995). *“Derechos personalísimos”*. Ed. Astrea. Buenos Aires.

CIFUENTES, Santos. *“El pretendido derecho a la identidad biológica y la verdadera caracterización jurídica y dimensiones de su contenido”*. LL 2001-C-759.

-C.Nac.Civ., Sala J, 2000/07/11, “Q.,C.c.I.,R. y otros”, LL, 2001-C-759.

-C.Nac.Civ., Sala K, 2003/09/23, “G.,C.R.c/C.,P.E”, LL, 19/3/04,pág.3.

COLAUTTI, Carlos. (1995). *“Reflexiones acerca de la regulación legal de la reproducción asistida”*. LL-1997-E-1452.

CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. (1994) Santa Fe. Paraná. Buenos Aires. Ed. Mawis.

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. (1996). UNICEF. Argentina. CS Santa Fe, 19-11-91, “A.M.c.L.,C.L”, LL 1992-D-537.

CSN, 13-11-90, "M.J.s/denuncia", ED141-267.

D'ANTONIO, Daniel. (1998). *"El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor"*. ED-165-1297.

DECLARACION DE LA ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA SOBRE FERTILIZACION ASISTIDA. www.acamedbai.org.ar. (18-5-08).

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

DICCIONARIO PSCHYREMBEL DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA. (1988) Ed. Walter de Gruyter. Berlin.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. www.rae.es.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. (1990). *"El derecho a la identidad personal"*. LL1990-D-1248.

FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel y **ROVEDA**, Eduardo. (2004). *"Manual de Derecho de Familia"*. Ed. Lexis Nexis. Buenos Aires. p.333.

GARAY, Oscar. (2003). *"Derechos fundamentales de los pacientes. Doctrina-Jurisprudencia- legislación"*. AD.HOC. S.R.L. Buenos Aires.

GIRI, Haide. (2008). *"Proyecto de Ley sobre Aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida"*. www.senado.gov.ar/web/proyectos.10-5-08.

GROSMAN, Cecilia y **MARTINEZ ALCORTA**, Irene. (1986). *"La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264"*. LL1986-D-926.

HIDALGO, Soraya N. (1993). *"Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso?"*. LL1993-D-1103-1112.

HOOFT, Pedro F. (1999). *"Bioética y Derechos Humanos-Temas y Casos"*. Ed. Depalma. Buenos Aires, p.28.

IÑIGO, Delia. (1989). *"Técnicas de reproducción asistida: consideraciones sobre su aplicación a mujeres solas"*. Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, nº 2. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

IÑIGO, Delia y otros, (1994) *"Reproducción humana asistida"*. Enciclopedia de Derecho de Familia, Tomo III. Ed. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. p. 551-552.

IÑIGO, Delia. (2007) *"Procreación asistida"*. Revista de Derecho de Familia nº 38. Ed. LexisNexis.-Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. (2004). *"El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación"*. Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia nº 26. Ed. Lexis Nexis-Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. (2004). *“Genoma Humano y Derechos Fundamentales”*. Ed. Rubizal Culzoni, Santa Fe.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y otros. (2011). *“La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”*. LL, 8/8/2011. p.2.

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y otros. (2007). *“Encuentro Regional de Derecho de Familia del MERCOSUR .Conclusiones”*. Revista de Derecho de Familia n: 36. Ed.Lexis Nexis- AbeledoPerrot. Buenos Aires.

LAFERRIERE, Ricardo. (1991/95). *“Proyecto de ley sobre normas para el uso de técnicas de reproducción humana asistida”*.[\(5-3-2008\)](http://www.senado.gov.ar).

-LEY 14/2006 sobre: *“Técnicas de Reproducción Humana Asistida”*. [\(5-3-2008\)](http://www.bioeticayderecho.ub.es).

LOYARTE, Dolores y **ROTONDA**, Adriana. (1995). *“Procreación Humana Artificial: un desafío bioético”*. Ed. Depalma. Buenos Aires. p.90.

MAZZINGHI, Jorge A. (1989). *“La reforma en material de familia”*. ED 185-1343.

MEDINA, Graciela. (1989). *Genética y Derecho. “Comercialización de óvulos y esperma y personalidad del embrión”*. JA.1989-IV-839.

MEDINA, Graciela. (2002). *“Daños en el Derecho de Familia”*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. p.365.

MEDINA, Graciela. (2008). *“Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y jurisprudencia comparada”*.[\(5-3-2008\)](http://www.gracielamedina.com.ar).

MEDINA, Graciela y **HOOF**, Irene. (2002). *“Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida”*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe.

MENDEZ COSTA, Josefa y **D’ANTONIO**, Daniel. (2001). *“Derecho de Familia”*, Tº III. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe.

MENDEZ COSTA, Maria. (1992). *“Encuadre constitucional del derecho de identidad”*. LL1992- D-536.

MENDEZ COSTA, Maria. (1995). *“La filiación después de la reforma constitucional”*.LL1995-E-1034.

MINYERSKY, Nelly. (2004). *“Bioética y Derecho de Familia”-Genoma Humano*. Ed.Rubinzal- Culzoni. Santa Fe. p.161.

MIZRAHI, Mauricio. (2002). *“Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”*. LL 2002-B-1198.

MIZRAHI, Mauricio. (2004). *“La identidad filiatoria y pruebas biológicas”*. Ed. Astrea, Buenos Aires.

NEUSPILLER, Nicolás. (2008). [\(12-3-08\)](http://www.nicolasnesupiller.com.ar).

- OPPENHEIM**, Ricardo. (1995). *“¿De que hablamos cuando nos referimos al derecho de identidad en los casos de fecundación asistida?”*. ED-163-989.
- ORLANDI**, Olga y **VERTPLAETSE**, Susana. (1992). *“Filiación y consentimiento en las nuevas técnicas de procreación asistida”*. Revista Notarial n° 68, 1992-2. Buenos Aires.
- PERRINO**, Jorge O. (2006). *“Derecho de Familia”*. Tomo II. Lexis Nexis. Buenos Aires. p. 1890.
- RAMOS**, Rodolfo. (1992). *“Fecundación asistida y Derecho.”* Ed. Juris. Rosario. p.14.
- RIVAS**, Olijela del Valle. *“Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida”*. www.senado.gov.ar/proyectos.(5-3-2008).
- RIVERA**, Julio y **CORDOBA**, Carlos. (1994). *“Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes”*. ED 158-463.
- ROMERO FERIS**, José. *“Proyecto de ley sobre reproducción humana asistida”*. www.senado.gov.ar/proyectos. (5-3-2008).
- SAMBRIZZI**, Eduardo. (2004). *“¿Es el derecho al emplazamiento filiatorio con fundamento en la relación genética un derecho absoluto.”* ED 206-827.
- SCAGLIA**, Javier.(2008). *“Técnicas de análisis de ADN”. 1º Curso Universitario de Especialización en Endocrinología Ginecológica y Reproductiva”*. www.saeqre.org.ar. (5-3-2008).
- SOTO LAMADRID** Miguel A. (1990). *“Biogenética, filiación y delito”*. Ed. Astrea-Depalma. Buenos Aires. p. 7-20.
- TAMBORELLI**, José y **BIANCHI**, Silvia. (1994). *“El derecho a la identidad y el derecho a conocer el destino del componente genético frente a la inseminación heteróloga. Aspectos a tener en cuenta para una futura legislación”*. JA.1994-II-877.
- TINANT**, Eduardo. *“Genética y Justicia”*. (2001). Imprenta del Poder Judicial de la SCJBA.
- VELASCO**, José R. (1993). *“Inseminación artificial: aspectos a tener en cuenta para una futura legislación”*. JA 1993-IV-729-30.
- ZANNONI**, Eduardo A. (1978). *“Inseminación artificial y fecundación extrauterina”*. Ed. Astrea. Buenos Aires. p. 28-29-120-122.
- ZANNONI**, Eduardo A. (1987). *“La genética actual y el derecho de familia”*. Ed. Tapia 4.
- ZAVALA-COCA**, Carlos. (2005). *“El feto como paciente”*. Revista Peruana de Pediatría. Setiembre-Diciembre. pág. 43.

