

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

**LA NECESIDAD DE LEGISLAR LAS NUEVAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA CONFORME LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
INVOLUCRADOS**

TRABAJO FINAL DE GRADO ABOGACIA

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Autora: María Soledad Costa

Año 2012

RESUMEN:

La vertiginosidad de los avances de la ciencia y la tecnología hacen que en muchas etapas de nuestra humanidad, el derecho pierda la ruta de la ciencia y le cueste acomodarse para dar respuesta a tantos interrogantes que antes eran impensables para el ser humano.

Hoy nos encontramos frente a las Técnicas de Reproducción Asistidas (TRA) que ponen en juego el orden de prioridades, el quien debe decidirlo, y el como abordar los derechos humanos de los participantes: el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la intimidad, a la dignidad, a la personalidad, a la identidad, entre otros.

Estos nuevos avances, este despertar a una nueva humanidad donde la reproducción humana deja de tener como única fuente el amor conyugal y las relaciones sexuales que se dan entre dos personas de sexo opuesto, deja abierta la puerta a la reproducción humana por medio de técnicas y grupos médicos especializados en dar vida sin necesidad de encuentro corporal entre dos persona de distinto sexo.

Y aquí es donde se desajustan las estructuras clásicas de la filiación. La investigación de la paternidad queda vedada, la identidad del niño queda limitada por contrato, que por voluntad procreacional han firmado un contrato libre e informado para concretar sus deseos de procreación.

Cómo lograr que la ciencia y el derecho se acompañen en el camino respetando en todo momento la dignidad humana y teniendo siempre como objetivo la tranquilidad de que formaremos un universo mejor a partir del hecho científico y el derecho humano a vivir en un mundo cada vez mejor.

ABSTRACT

The amazing rapidity of the scientific and technological advances provoke that in many stages of our development as human beings, the law loses its scientific path and makes it difficult for it to accommodate and give answers to many questions that used to be unthinkable for the human being.

Today, we find ourselves facing Assisted Reproductive Techniques (ART) that challenge certain ideas, such as, the order of priorities, who must make the decisions and how to deal with the participants' rights: their right to life, their physical integrity, their intimacy, their dignity, their personality, their identity, among others.

These new advances, this awakening to a new humanity in which human reproduction stops having love and sexual intercourse as its main source, leave the door open to human reproduction through specialized birth techniques and medical groups without the necessity of the sexual encounter to take place.

It is at this point where the classical filial structures are disrupted. The parenthood is vetoed; the child's identity is limited by contract which due to the procreation will has signed a free and informed contract to fulfill their procreation wishes.

How we achieve that science and law accompany each other being always respectful of the human dignity, and having as its main objective the tranquility that we are building a better universe that has the scientific facts and the human right to live in a better world as its starting point.

Tus hijos no son tus hijos

Tus hijos no son tus hijos
son hijos e hijas de la vida
deseosa de si misma.
No vienen de ti, sino a través de ti
y aunque estén contigo
no te pertenecen.

Puedes darles tu amor,
pero no tus pensamientos, pues,
ellos tienen sus propios pensamientos.

Puedes abrigar sus cuerpos,
pero no sus almas, porque ellas,
viven en la casa del mañana,
que no puedes visitar
ni siquiera en sueños.

Puedes esforzarte en ser como ellos,
pero no procures hacerlos semejantes a ti
porque la vida no retrocede,
ni se detiene en el ayer.

Tú eres el arco del cual, tus hijos
como flechas vivas son lanzados.

Deja que la inclinación
en tu mano de arquero
sea para la felicidad.

(Kahlil Gibran)

LA NECESIDAD DE LEGISLAR LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CONFORME LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS

Objetivos generales:

- ❖ Analizar los conflictos de derechos personalísimos que plantean las nuevas técnicas de reproducción humana asistida bajo la mirada del anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil.
- ❖ Evaluar la primacía de la persona o de la técnica a la hora de plasmar en la letra de la ley la verdad que recibirán los hijos nacidos bajo estas nuevas formas de procreación.

Objetivos específicos

- ❖ Describir la importancia de la intervención de la bioética y la Biojurídica como garantía de la dignidad frente a los avances de la ciencia.
- ❖ Definir el status jurídico del embrión dentro y fuera del seno materno frente a las diferentes técnicas de reproducción humana asistida.
- ❖ Analizar las diferencias entre las TRA¹ homólogas y la heterólogas.
- ❖ Describir que tipos de contrato surgen con las TRA y las relaciones jurídicas que originan.
- ❖ Considerar la postura que adopta el anteproyecto de reforma del Código Civil frente a la problemática planteada en el presente trabajo.
- ❖ Evaluar la diferencia entre la verdad biológica y la voluntad procreacional.

¹ Técnicas de reproducción asistida.

- ❖ Distinguir los distintos tipos de vínculos filiales que generan las TRA².
- ❖ Identificar la disociación del elemento genético y el volitivo en estas técnicas de reproducción humana asistida
- ❖ Describir los derechos fundamentales para luego determinar los involucrados en las técnicas de reproducción humana asistida con material genético de terceros.
- ❖ Evaluar los conceptos de jerarquización, ponderación y armonización de los derechos fundamentales en conflicto.
- ❖ Examinar la jurisprudencia de casos donde colisionan los derechos fundamentales de los involucrados en los contratos de estas nuevas técnicas de reproducción.

² Técnicas de reproducción asistida.

ÍNDICE:

1. Introducción.....	Página 10
1.1. Aspectos Generales	
1.1.1. Definición de Bioética y Biojurídica.....	Página 15
1.1.2. Definición de embrión y su estatus jurídico.....	Página 20
1.1.3. Descripción y finalidad de las Técnicas de reproducción asistida.....	Página 24
1.1.4. Contratos y encuadre jurídico en las TRA.....	Página 28
2. Verdad Biológica y Voluntad Procreacional	
2.1. Nuevas fuente de filiación.....	Página 31
2.2. Determinación del vínculo paterno y/o materno.....	Página 35
3. La filiación en las TRA	
3.1. Concepto de filiación.....	Página 42
3.2. Jurisprudencia.....	Página 46
3.3. Derecho a conocer nuestros orígenes y el reclamo judicial de filiación.....	Página 52
3.4. La filiación y la ley 26.618.....	Página 55
4. Derechos personalísimos	
4.1. Definición y características.....	Página 59

4.2 Derecho a la libertad.....	Página 64
4.3 Derecho a la integridad física.....	Página 67
4.4 Derecho a la intimidad.....	Página 70
4.5 Derecho a la identidad.....	Página 74
5. Derecho comparado.....	Página 78
6. Jerarquización, ponderación o armonización de derechos.....	Página 85
7. Conclusión.....	Página 91
8. Bibliografía.....	Página 96

Agradecimientos:

En la vida se puede lo que se quiere... Y todo lo que se quiere se comparte. Es por ello que en esta etapa el logro de llegar a este punto, de disfrutar el camino recorrido no ha sido solo mío. Aún recuerdo a Gaby, mi hermana, diciéndome que tenía que estudiar Abogacía. ¡Qué locura me pareció! Yo ya caminaba mis 40 años, dos hijos, y divorciada. Pero fue tal el convencimiento y la seguridad que ella me trasladó en su comentario que me pareció interesante iniciar un juego de posibilidades cuando uno no se lo plantea ni siquiera como posible. Y comencé...

Mis hijos, Camila y Baltasar me han llevado de la mano constantemente, con su paciencia y sus silencios en momentos donde mamá debía estudiar, el juego que fue en un comienzo, tomaba color de verdad, y mamá ahora sí quería ser abogada.

Los lunes cuando mi madre venía a casa para quedarse con mis hijos, hace más de cuatro años. Volviendo a las once de la noche, la casa estaba en orden y ella esperaba con una sonrisa preguntando como me había ido en el examen, compartiendo mis triunfos y sufriendo mis ansiedades.

Mi padre becándome a los 40 años en una carrera a la cual en mi adolescencia renuncié, pero él apostó nuevamente a que aún pasado los años, se puede, y que el saber es algo que alimenta el intelecto y nunca es tarde para darle albergue.

Martín, gran compañero en este trayecto, escuchándome filosofar sobre el derecho y poniendo toda su paciencia a mi disposición, siempre entendiendo mis malhumores cuando las cosas se veían difíciles.

A mis tres compañeros, Saúl, Carlos y Sergio con quienes nos vimos en la primera clase con cara de que hacemos acá, y a Paulina y Jorgelina que se sumaron y con quienes compartimos grandes momentos de alegrías y ansiedades.

A la Universidad que confió en nosotros y nos dio esta gran oportunidad.

GRACIAS, de corazón, gracias a todos!!!

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

1. Introducción

En el presente trabajo se analizará el enfrentamiento entre derechos personalísimos a la hora del avance de la ciencia y las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías en cuanto a la fecundación artificial en aquellos casos en que una pareja encuentre limitaciones u obstáculos a la hora de procrear.

El progreso nos sumerge constantemente en promesas fascinantes, y a la vez provoca temores y espantos que hacen temblar las estructuras tradicionales, así lo ha sostenido el Consejo de Europa, en su Recomendación 1160 del 28 de junio de 1991, relativa a la elaboración de una Convención de Bioética, al señalar que a las esperanzas que suscitan los progresos en este ámbito, mezclan con frecuencia las inquietudes que conciernen a los derechos más fundamentales de la persona humana.

La OMS ha declarado a la infertilidad como una enfermedad que debe ser tratada como cualquier otra, con su debido respeto y amparo legal. Así es cuando las parejas recurren a los centros de fertilización para tratar estos problemas y encuentran respuesta a su tan ansiado deseo de procrear.

Y dentro de estas respuestas nos encontramos con las Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) heterólogas, donde un donante anónimo contribuye a concretar el deseo de procrear. Este anonimato en las donaciones de gametos, protegido por el derecho a la intimidad, se realiza a través de los centros de fertilización, donde determinadas personas de sexo femenino o masculino, y con determinadas características, requeridas para poder ser donantes, donan óvulos o espermatozoides. Esta donación anónima está protegida por un contrato firmado entre el donante y el centro asistencial, que impide revelar la identidad del donante. Y el receptor de estos gametos, mediante otro contrato con el mismo centro, se obliga a recibir ese óvulo o espermatozoide bajo el anonimato estipulado con el donante.

Enfrentamos entonces desde el inicio el derecho a la intimidad de ese donante y el de la pareja receptora, con el derecho a la identidad que correspondería al nacido bajo estas técnicas, que ningún contrato ha firmado hasta entonces.

La aparición de estas nuevas técnicas de reproducción posibilita remediar los problemas de infertilidad y trae aparejada la realización y felicidad de muchas parejas.

Podemos afirmar, que hoy en día son de aplicación frecuente en nuestro país. Los altos costos para su ejecución ha llevado a la Provincia de Buenos Aires -por ejemplo- al dictado de la ley 14.208 para facilitar el acceso a esta praxis de los afiliados de las obras sociales con problemas de fertilidad reproductiva, obligando a estos organismos a cubrir los gastos en casos de inseminación homóloga (con gametos de la misma pareja).

Existe en nuestro país, un anteproyecto de reforma del Código Civil que trata el tema de la reproducción humana asistida, y en su capítulo 2 aborda el punto de las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, partiendo de la base del CONSENTIMIENTO y la VOLUNTAD PROCREACIONAL.

Según Roberto Andorno, (1994, p. 1), ya existen legislaciones en el mundo que pueden servirnos de antecedentes a la hora de determinar el carácter de estas nuevas técnicas.

Analizamos la necesidad de una legislación específica que regule el tema de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga que provoca, en el caso de mantener el anonimato del donante, un enfrentamiento de derechos que por ley y por natura a cada uno de nosotros, como seres humanos que somos, nos vienen dados por la vida misma y nadie puede pasar por encima sin ser juzgado por ello: derecho a la intimidad vs. derecho a la identidad.

Determinar entonces la norma que ordene y acompañe el avance de la ciencia y la bioética, preservando la dignidad humana y respetando los derechos involucrados, en pos de la vida.

Según Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera y Marisa Lamm, Eleonora (2011, Apartado I) es en la década del '70 cuando estas nuevas técnicas, se abren paso con la fuerza suficiente para dar descendencia a tantas parejas deseosas de hijos que les venían siendo negados por la misma naturaleza.

Los problemas de infertilidad que aquejaban a gran parte de la población, comienzan a ser historia en la vida de gran parte de esta población que sufría de patologías que les impedían ser padres o madres hasta el momento. Transcurridos casi 40 años, el acceso a estos avances tecnológicos es cada vez más frecuente, también en nuestro país.

Además, en el año 2010, tras la sanción de la ley 26.618³ de matrimonio igualitario, surgen nuevas figuras maternas y paternas, aún sin nombres específicos.

Madres solteras y parejas con personas del mismo sexo, ven abiertas las puertas a la maternidad/paternidad tan deseada, hasta entonces vedada por el derecho y por la misma ley natural que por algún motivo les cerraba sus puertas a tales desafíos. Por lo general, los avances científicos van adelante del derecho; más aun, cuando el gran dinamismo de las ciencias, supera al derecho que le cuesta acomodarse con la misma rapidez con la que estas avanzan para acompañar o dar soluciones precisas a tales cambios. Frente a problemas concretos que exigen solución, esta desigualdad de tiempos entre ciencias naturales y las sociales origina numerosos vacíos jurídicos, causantes de orfandad en el resguardo de derechos fundamentales en la historia de vida de todos los involucrados en esta nueva era donde el derecho a la intimidad y el derecho a la identidad chocan y dejan sin amparo a algunos de los derechos que por solo ser persona nos corresponden. En el caso que nos ocupa, estas nuevas técnicas que posibilitan ser padres a quienes la naturaleza se les enfrenta negándoles esta posibilidad, la ciencia les abre camino. Pero deja secuelas que provocan grandes vacíos en nuestro derecho de índole personalísimos en primer término y luego, como consecuencia, de carácter administrativo, civil, comercial o penal.

La Dra. M^a Dolores Vila-Coro (2005, Apartado XVI, p. 313/321) sostiene que el nacimiento de las nuevas tecnologías sobre el ser humano inician una nueva humanidad, distinta a la hasta entonces concebida. El conocimiento del hombre en sus distintas esferas, pero inserto en una sociedad que posee determinadas estructuras sociales, deber ser reconstruido, revisado y evaluado desde una perspectiva distinta, asegurándonos de saber cuáles son las expectativas del hombre cuando mire hacia el futuro deseoso de un mundo mejor, del cual su descendencia serán los herederos del mañana.

Los avances biomédicos, aún misteriosos pero atractivos y fascinantes, ofrecen grandes posibilidades a esta nueva humanidad. Ubicarlos en nuestro contexto social es parte

³ Ley 26.618 Ley 26.618 de modificación al C.C. Matrimonio Civil. Sancionada el 15/07/10 y publicada el 21/07/10

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

de la biojurídica, sin dejar de lado que en todo esto no puede faltar la moral y la ética de nuestros legisladores, puestas al servicio de la dignidad y la supremacía de los derechos fundamentales de todas las personas.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

1.1. Aspectos Generales

1.1.1. Definición de Bioética y Biojurídica

Bioética:

Del griego bios, vida y ethos, ética. Según Reich W. (1978, p. XIX) la bioética es el *"estudio sistemático de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, examinada a la luz de los valores y de los principios morales"*.

En 1979 el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos crea el Informe Belmont, que surge luego de un estudio clínico llevado a cabo entre 1932 y 1972 en Tuskegee, Alabama (Estados Unidos), por los servicios públicos de salud americanos. Entonces, 399 aparceros afroamericanos, pobres y analfabetos, fueron estudiados para observar la progresión natural de la sífilis si no era tratada.

Estos sujetos nunca dieron su consentimiento informado, ni fueron instruidos sobre su diagnóstico, siendo engañados desde el inicio al decirles que tenían "mala sangre" y que podrían recibir tratamiento médico gratuito. Los científicos de Tuskegee se negaron a usar penicilina o a proporcionar información sobre la misma, con el objetivo de continuar el estudio acerca de cómo la enfermedad progresa y mata al paciente (Sierra X., 2011, p. 4) .

El estudio continuó hasta 1972, cuando una filtración a la prensa hizo que se concluyera con dicho estudio.

Los tres principios rectores de la bioética, derivados del Informe Belmont, en su perspectiva actual son:

-Autonomía: tratamiento del individuo como un ente autónomo, entendiendo como tal, según el Informe Belmont, al individuo capaz de deliberar sobre sus propios objetivos y actuar bajo la dirección de esta deliberación.

-Beneficencia y no Maleficencia: no hacer daño, extremando los posibles beneficios y minimizando los posibles riesgos.

-Justicia: entendida como concepto de la distribución de gastos y asignación de los mismos, usando procedimientos razonables, no explotadores y bien considerados para asegurarse que se administran correctamente.

La Dra. Vila-Coro (2005, Apartado XVI, p. 313/321) sostiene que esta disciplina reclama al hombre, como destinatario de sus consecuencias y único sujeto de la ley moral, y por el cual se promulgan leyes que ordenan y buscan la paz y la armonía de la sociedad, que estas normas reguladoras deriven de la protección real y efectiva de la vida y de los derechos que a todos los hombres nos corresponden por formar parte de una sola humanidad que busca proteger los derechos fundamentales de todos los que compartimos esta tierra.

Biojurídica:

Siguiendo el pensamiento de la Dra. Vila-Coro (2005 Apartado XVI, p. 313/321) debemos asegurarnos cómo se van a aplicar estas nuevas tecnologías sin violar los derechos humanos. Es allí que surge la necesidad de la «biojurídica», que viene a garantizar la dignidad del hombre instalando límites legales a la aplicación de los avances tecnológicos, adecuando el marco científico a los principios y valores de la ética en relación con la vida.

¿Y qué sería la ética entonces dentro de la Biojurídica?

Este concepto de ética, según la postura adoptada por la Dra. Vila Coro sostiene que ésta tiene un sentido mucho más amplio que la moral, a la ética le corresponde desentrañar los valores, las normas y los principios, dejando un campo abierto a la reflexión y a la decisión que de ella depende, teniendo en cuenta que los actos que realizamos deben impregnarse de un juicio previo para considerarse buenos o malos.

“Hay autores que toman ética y moral de la misma manera y hay quienes diferencian...” (Ab. Cristina González Unzueta, 2011, p. 1)

Creemos que la moral constituye el conjunto de valores que poseen las personas, que van incorporando a lo largo de su proceso de socialización (a esto le llamamos “moral vivida”) mientras que la ética es ese proceso de reflexión que se realiza sobre normas, para resolver un dilema que se presente (a esto le llamamos “moral pensada” o “filosofía moral”).

La moral son los principios que vamos incorporando a lo largo de nuestra vida, son los valores no innatos, sino que se adquieren progresivamente a medida que vamos interactuando con nuestros pares.

A estos principios que están presentes en nuestra conciencia se los denomina moral. Una buena referencia o regla para entender qué son valores y qué son disvalores son los derechos humanos que se encuentran en juego, porque son los mínimos valores compartidos que nos permiten vivir en sociedad y ésta es una tendencia universal.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

Por ello, de acuerdo con la Dra. Vila Coro, la Biojurídica, con el auxilio de la bioética, son las claves que nos darán la certeza de una legislación oportuna, a favor de la vida, de la dignidad y de los derechos que la naturaleza nos ha legado como dones preciosos que nos llegan desde nuestros orígenes y que harán que en nuestra sociedad prevalezcan la paz y la armonía en constante equilibrio con el orden natural.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

1.1.2. Definición de embrión y su estatus jurídico

En este punto debemos hacer una diferencia entre el embrión concebido in vitro y el embrión in vivo. Existen entre ellos distintos status jurídico, ya que sus esencias son distintas, tanto desde el punto de vista biológico, como desde el punto de vista moral y ético.

Según Minyersky, Nelly Flah, Lily R (2011, Apartado III), el embrión puede tener su origen dentro del útero materno, o fuera de él: en un proceso de laboratorio donde pueda desarrollarse hasta ser implantado. Frente a esto, la ley determina distintos grados de protección en uno u otro caso.

Podemos decir entonces que el embrión concebido in vitro y según nuestro derecho interno, no goza de protección jurídica al encontrarse fuera del útero por no haber sido implantado aún dentro del vientre materno dependiendo todavía para su existencia, de la intervención de terceros para adquirir la posibilidad de convertirse en feto y llegar a concluir con el nacimiento cierto de un ser humano.

Sostiene Gonzalo Figueroa Yáñez (2009, p. 284 y ss.) que la naturaleza jurídica de los embriones no implantados es igual a la de los gametos, definiéndolos como cosas corporales muebles mientras no hayan sido alojados aún dentro del útero materno. Considera además que al ser el óvulo de una mujer, distinto al espermatozoide del hombre, con los cuales se ha formado el embrión, éste último es patrimonio de ambos aportantes en partes iguales y pertenecen a la comunidad de los dos, pudiendo solo ellos resolver de consuno acerca de su destino y comercialización, en caso que esto sea permitido por la ley y en la forma en que allí se establezca.

Teniendo en cuenta la letra del art. 70⁴ del Código Civil

“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. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”.

Debemos aquí recordar que el legislador, en el año 1869 no podía siquiera imaginarse que existiría la posibilidad de concepción fuera del seno materno, por lo que se le otorga relevancia en cuanto al ejercicio del derecho a la condición de nacer con vida. Este derecho adquirido durante la gestación, por el niño, en forma potencial, será irrevocablemente suyo una vez nacido.

El anteproyecto del Código Civil, en su artículo 19⁵ define el comienzo de la existencia diciendo que

“...La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”.

Aquí el término implantación está dando relevancia a la situación de que la persona existe y por ende goza de status jurídico, una vez implantado el embrión en el cuerpo de la madre, dejando nuevamente sin resguardo a los embriones no implantados (tema importantísimo pero que escapa al objetivo de este trabajo)

Aseguran Minyersky, Nelly Flah, Lily R (2011, Apartado III) que debemos darles a estos embriones (concebidos in vitro) un tratamiento que asegure un mínimo de dignidad atento a su virtualidad de vida humana. Por ello, debemos ser concientes que si el embrión fuera una persona, deberíamos descartar el avance científico de las técnicas de reproducción asistida (hablaremos de ellas en el punto 4) porque se considerarían moralmente inadmisibles.

⁴ Artículo 70 del C.C.

⁵ Artículo 19 del Anteproyecto de reforma del C.C.

Recientemente Vergara, Leandro (2011, Apartado V) en su comentario sobre el fallo de la P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias⁶, sostiene que como la ciencia ha ido avanzando, hoy podemos distinguir y diferenciar elementos que antes no podían siquiera ser pensados como posibles, es entonces cuando al decir de Vergara es incorrecto identificar “concebido en el seno materno” con “óvulo fertilizado” ya que estaríamos olvidando el avance científico que hoy posibilita la fertilización asistida. Si se acepta que el comienzo de la existencia, empieza con la concepción del embrión en el seno materno, la consecuencia es que un embrión in vitro no puede ser considerado persona y en consecuencia no habrá maternidad de un embrión no implantado.

⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2011-09-13 ~ P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

1.1.3. Descripción y finalidad de las Técnicas de reproducción asistida (TRA)⁷

Coincidiendo con (Lucrecio Rebollo Delgado, 2000, p.97-135), en la actualidad los problemas que se plantean con las técnicas de reproducción asistida y los avances de la ciencia, surgen producto de ser novedades inexploradas por la sociedad y por el derecho, y aunque generadoras de nuevas esperanzas y no pocos miedos para esta humanidad aún sorprendida y fascinada con los avances de la ciencia, surge un gran desconcierto ante la rapidez con que avanzan y nos enfrentan.

Técnicas de Reproducción humana asistida

Siguiendo a Florencia Luna (1999, p. 229), la procreación humana asistida puede ser definida como *“los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción”*.

Sostiene de ese modo Krasnow, Adriana N. (2007, Apartado II) que

“...cuando se emplea alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, la adjudicación de “vida” proviene de la participación de terceros que actúan sobre la naturaleza para concretar la procreación. Esto muestra que la diferencia notoria que separa la procreación natural de la asistida, está dada por la participación del equipo médico en el proceso reproductivo”.

Continúa Krasnow (2007, Apartado III) definiendo la inseminación y/o fecundación “in vitro” heteróloga:

⁷ Técnicas de Reproducción Asistida.

El equipo médico puede recurrir al empleo de material genético proveniente de la pareja o material genético ajeno. La clasificación que surge al respecto es la siguiente:

Inseminación artificial o fecundación "in vitro" homóloga: abarca dos supuestos:

a) Inseminación artificial o fecundación "in vitro" realizada en vida de la pareja.

b) Inseminación artificial o fecundación "in vitro" post mortem. Esta posibilidad surge cuando se logra crioconservar el material genético manteniendo sus propiedades.

Inseminación artificial o fecundación "in vitro" heteróloga: es cuando se recurre a material genético ajeno y, generalmente, anónimo.

Notarán que distinguimos entre inseminación y fecundación "in vitro" (FIV) por tratarse de dos procedimientos distintos. En efecto, en la inseminación artificial se desarrolla la fecundación mediante la introducción del semen en el cuello y/o en el útero de la mujer (fecundación corpórea); mientras que en la fecundación "in vitro" se extraen los óvulos de la mujer para colocarlos en una probeta con una solución similar a la que se encuentra en las trompas de Falopio, agregándose posteriormente a esta solución el espermatozoides (fecundación extracorpórea). A esta última se la denomina "in vitro" debido a que la fertilización se lleva a cabo en un tubo de vidrio en el laboratorio.

Asimismo, corresponde diferenciar la FIV de otras dos técnicas: GIFT e ICSI.

El GIFT (transferencia intratubaria de gametas) consiste en la transferencia de dos óvulos junto con espermatozoides en un catéter, por medio del

cual se colocan en las trompas de Falopio. Se trata de un procedimiento más cercano a la fertilización natural y técnicamente más simple que la FIV. Presenta la ventaja que al ser la fecundación en las trompas de la mujer se evita el congelamiento de embriones.

En el ICSI (inyección intracitoplasmática de espermatozoide) se selecciona un solo espermatozoide, se lo carga en una aguja especial y se lo inyecta en el interior del óvulo a través de micromanipuladores. Después de fertilizado el óvulo se procede de forma similar a la FIV.

En nuestro trabajo nos ocuparemos especialmente de la INSEMINACIÓN y FECUNDACION IN VITRO (FIV) HETERÓLOGAS, es decir donde existe aporte de material genético de terceros donantes.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

1.1.4. Contratos y encuadre jurídico en las TRA⁸

⁸ Técnica de Reproducción Asistida

Existe un encuadre de la relación jurídica que nace como consecuencia del empleo de cualquiera de los procedimientos de las TRA⁹, tema en el que, donde en concordancia con Luna, Florencia (1999, p.229 y s.s.) opinamos que reemplazan o en su caso, colaboran con los pasos del proceso de reproducción que no puede darse solo por la actuación de la pareja, y necesita de la participación de terceros colaboradores en la procreación, el equipo médico en el proceso reproductivo.

Así pues, Krasnow, Adriana N (2007, Apartado II) reconoce un vínculo jurídico que surge entre el equipo médico y quien o quienes acuden a solicitar su colaboración para la procreación que no puede darse naturalmente en la pareja.

Krasnow, distingue dos tipos de relaciones, una de base o nuclear.

- Sujetos del contrato: la mujer sola y/o pareja (casada y/o conviviente de hecho) y el equipo médico.
- Objeto del contrato: la prestación del servicio que presta el equipo médico.
- Causa fuente: el contrato de prestación médica.

Según el pensamiento de esta doctrinaria este sería un contrato multiforme ya que se trataría de un acto jurídico tanto de contenido patrimonial como personalísimo.

La otra relación jurídica sería la derivada que nace cuando se concreta la procreación. A la relación base o nuclear se le integra la persona por nacer, con la característica de ser titular de derechos fundamentales que deben ser respetados.

Vergara, Leandro (2011, Apartado VI) también sostiene la postura de que en general se trata de contratos en los que hay tres sujetos y dos vínculos contractuales. Aquí marca los sujetos del contrato como: los dadores del material por un lado y el de ambos con el laboratorio de fertilización por el otro, debiendo aplicarse a este tipo de contratos los criterios

⁹ Técnicas de reproducción asistida.

tradicionales de los contratos, conteniendo cada uno todos sus elementos esenciales para ser considerados tales: sujeto, objeto, consentimiento, forma y causa fin, aplicando las nulidades típicas de los contratos.

Hoy en día las TRA¹⁰ se realizan en varios centros de fertilización en nuestro país, siendo libre su ejecución, basándose en consensos, códigos de ética y guías clínicas, y hasta en algunos casos marcan una legislación vigente donde establecen que la donación de gametos y preembriones viene definida como un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. Esto sucede actualmente en nuestro país, y por ello consideramos que el derecho debe intervenir acompañando los avances científicos, y el estado debe estar presente reordenando las estructuras tradicionales que han quedado libradas al silencio, y que estas nuevas técnicas han venido a movilizar, otorgando a cada uno el derecho que le corresponde, bajo una visión de dignidad humana y reafirmando el derecho a la vida de todo ser humano.

¹⁰ Técnicas de reproducción asistida.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

2. Verdad Biológica y Voluntad Procreacional

2.1. Nuevas fuente de filiación

Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora (2010, p. 9/10) nos explican la importancia del elemento volitivo en los casos de hijos nacidos con material genético de aportante anónimo, donde la voluntad se enfrenta a la biología. Si salimos del ámbito jurídico, reconocen el aporte de la antropóloga francesa Heritier, François, Masculin (1996) que puso de resalto que:

La procreación fuera de la sexualidad está cambiando radicalmente nuestro concepto de linaje de siglos de antigüedad. Los niños ya no son necesariamente concebidos en él o nacidos del vientre de su madre y puede haber más de dos padres. Esto compromete la ecuación entre dar vida y dar linaje. Debe aceptarse que la verdad biológica, e incluso la verdad genética, no es ni ha sido nunca el único, ni siquiera el principal criterio en el que basar el linaje. Esta situación prevalece en todas partes: el hecho social no se puede equiparar al hecho biológico.

Según Leandro Vergara (2011, Apartado VI), y haciendo referencia a la voluntad de los sujetos en este tipo de contratos, debemos mencionar la voluntad procreacional tanto de quien se prestó a las TRA¹¹ como de quien libre y con consentimiento donó sus gametos para la procreación de hijos nacidos bajo estas técnicas. Este tipo de voluntad originaría un vínculo con tres dimensiones: entre el niño, la madre gestante; y entre el niño y cada uno de los dadores del material, originando derechos y obligaciones que deberían estar regulados por la misma ley.

Sambrizzi, Eduardo A. (2011, Apartado III) en su comentario al Anteproyecto de la reforma del Código Civil nos habla específicamente de esta voluntad procreacional en el artículo 561¹² del anteproyecto:

“Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o

¹¹ Técnicas de reproducción asistida.

¹² Artículo 561 del Anteproyecto de reforma del C.C.

de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Respecto a este artículo compartimos la opinión de este doctrinario, en cuanto que provoca un cambio radical en la fuente de la filiación en las TRA¹³ heterólogas, ya que por un lado tendríamos a la madre gestante del nacido o la comitente en caso de maternidad subrogada; y por el otro, el varón o la mujer que por el hecho de haber prestado su consentimiento para la realización de la fertilización asistida, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y protocolizado ante escribano público le otorga un vínculo filiatorio válido, sin importar que persona sea, esté o no casado con la gestante, convivan o no y haya sido o no el aportante del material genético de esa concepción, emplazándolo en definitiva en el estado de padre o madre en su caso.

¿Cuál es entonces la postura de los legisladores del Anteproyecto de reforma de nuestro Código Civil?;

Indiscutiblemente la doctrina de la “VOLUNTAD PROCREACIONAL”, donde se posiciona para determinar la filiación tanto paterna como materna en la voluntad de la pareja que mediante las TRA¹⁴ tomó la decisión de concebirlo y gestarlo para ser hijo de ellos, ya sea con material genético propio o de terceros. El solo hecho de haber querido tenerlo y haber actuado para ello, es que el papel de la voluntad de dos personas adultas, sin importar su conexión personal, hace que nazca un niño que será propiedad de ambos, es decir, de aquellos que han querido y han obrado; y esa sola voluntad es la que les da el emplazamiento filial de padres.

Corral Talciani, Hernán (1994, pp. 167 y ss.) afirma que

¹³ Técnicas de reproducción asistida

¹⁴ Técnicas de reproducción asistida.

“si para determinar la filiación se privilegiaran elementos de tipo voluntarista en lugar del dato biológico —esto es, la aportación genética—, que según afirma dicho autor, debe ser considerada la piedra fundamental que da seguridad al edificio, se llegaría a consagrar jurídicamente que padre es sólo quien quiere asumir la posición jurídica y social de tal, con lo cual se consagraría el principio de que "es padre el que quiere serlo”.

Entendemos y con buen criterio que si dejáramos jugar la voluntad como elemento preponderante a la hora de determinar la paternidad/maternidad, hoy en día, tendríamos niños huérfanos de padres, dada la creciente despreocupación y desinterés que demuestran muchos progenitores en el caso de parejas divorciadas, que dejan de atender emocional y económicamente a sus hijos biológicos. Que papel jugaría aquí entonces esta voluntad de ser padres?

El aporte genético en el anteproyecto es reemplazado por la voluntad de procrear que será fuente de la filiación del nacido.

Cuál será entonces el pilar de la génesis de estos niños?

Los dejaremos signados desde el inicio a un deseo de obrar que los instalará como hijos, con padres amorosamente presentes, pero genéticamente ausentes? Con un contrato preestablecido que les asignó como causa fin del mismo, negándoles su verdadero origen por el hecho de concretar los deseos más íntimos de descendencia de aquellos adultos que decidieron por él.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

2.2. Determinación del vínculo paterno y/o materno

Maternidad/Paternidad disociada:

Las TRA¹⁵ posibilitan el hecho de que tres mujeres distintas participen de la procreación de un hijo:

- La aportante del óvulo o madre genética
- La que lleva a cabo el embarazo o madre gestante
- La que desea tener el hijo o madre comitente

Y en el caso de donación de semen:

- El aportante o padre genético
- El que desea tener el hijo o padre comitente

Esto es para la filiación un verdadero desafío normativo. Nos encontramos frente a la disociación del elemento genético, biológico y volitivo. Se nos enfrentan las ideas de descendencia genética como base de la filiación con el nuevo enfoque que se le quiere dar a la reforma del C.C que prioriza la voluntad procreacional.

Veamos entonces,

La actual redacción de nuestro C.C. dispone en su artículo 242¹⁶:

“La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye

¹⁵ Técnicas de reproducción asistida.

¹⁶ Artículo 242 del C.C.

la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

El Anteproyecto de reforma del C.C. en su artículo 565¹⁷ dice:

“Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si correspondiere, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al registro del estado civil y capacidad de las personas.”

En cuanto a la determinación de la paternidad, la letra de la ley en sus artículos 243, 244 y 245¹⁸ nos dice:

“Art. 243. Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario.”

¹⁷ Artículo 565 del anteproyecto de reforma del C.C.

¹⁸ Artículos 243, 244 y 245 del C.C.

“Art. 244. Si mediaren matrimonios sucesivos de la madre se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta (180) días de la celebración del segundo, tiene por padre al primer marido; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene por padre al segundo marido. Las presunciones establecidas en este artículo admiten prueba en contrario.”

“Art. 245. Aun faltando la presunción de la paternidad del marido en razón de la separación legal o de hecho de los esposos, el nacido será inscripto como hijo de los cónyuges si concurre el consentimiento de ambos”.

En el anteproyecto del C.C., al decir de Mizrahi, Mauricio Luis (2010, Apartado X, inc. b) el dador del gameto, al carecer de voluntad procreacional, y al haber abdicado a la función paterna, no puede en modo alguno reclamar ningún vínculo filiatorio con su hijo genético. Tampoco puede ser legitimado pasivo para la acción por parte de la persona que requirió el tratamiento en base a las TRA¹⁹, ya que en este caso, los que tuvieron la voluntad procreacional no pueden volverse sobre sus propios actos cuando solicitaron la colaboración de terceros en un proyecto propio.

El hombre, que prestó su consentimiento a estas técnicas para su compañera no puede ejercer la impugnación de la paternidad, ni oponerse al reconocimiento de ese hijo, derivación directa de la doctrina de los actos propios donde se ha señalado que

“...nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, y toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona

¹⁹ Técnicas de reproducción asistida.

que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada.”²⁰.

Mizrabi, declara inadmisibile que en todo los casos el sustrato biológico se imponga por sobre el social trastocando la naturaleza de las cosas; y que ser padres, según la Convención sobre los Derechos del Niño no es en base a términos biológicos sino que va más allá de la genética. El ser padres es día a día, con la debida responsabilidad y cariño que hace que ese niño se desarrolle y crezca de la mano de ellos, con una perspectiva de un buen hombre de bien. Por ello sostiene que la acción de impugnación filiatoria que se intente por cualquiera de los legitimados debe ser cuidadosa a la hora de que estamos frente a posesiones de estado solidificadas y dignificadas por el transcurso del tiempo de un modo que pueda estimarse definitivo.

El Anteproyecto del C.C. avanza sobre las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida donde hace constante hincapié en el “consentimiento” en este tipo de técnicas, dando capacidad al centro de salud para recabar dicho consentimiento previo que será la consecuencia de la voluntad procreacional. Enuncia que el consentimiento deberá ser informado y libre y deberá ser protocolizado por ante escribano público, libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.

En definitiva, este artículo pone su fuerza en la determinación de la voluntad, expresada formal y libremente, ante autoridad competente (centro de salud) para determinar el emplazamiento filial de padres a quienes así lo desearon.

En cuanto a la determinación de la filiación el texto de la futura reforma indica en su artículo 566²¹, que la presunción de la filiación:

²⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J en autos “P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias”²⁰ del 13/09/2011.

²¹ Artículo 566 del anteproyecto de reforma del C.C.

“Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los TRESCIENTOS (300) días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento. Este artículo rige para los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida siempre que el o la cónyuge haya prestado el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.”

Pasemos ahora al artículo 564²² donde se trata el derecho a la información en las TRA²³:

“Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. b) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

Aquí la ley nos obliga a volcar en el legajo para la inscripción del nacimiento la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de las TRA²⁴, con gametos de un tercero, y que solo a petición del nacido bajo esta técnica puede darse a conocer la identidad del donante, pero solo por razones fundadas, y evaluadas por autoridad judicial. O en su caso

²² Artículo 564 del anteproyecto de reforma del C.C.

²³ Técnicas de Reproducción Asistida.

²⁴ Técnicas de reproducción asistida.

que el centro de salud que ha intervenido dé la información. Pero solo si hay riesgo para la salud de la persona.

Seguimos manteniendo la idea del anonimato del donante.

El artículo 575²⁵ in fine del anteproyecto determina que no existe vínculo jurídico alguno entre los donantes y las personas nacidas de su aporte genético que han adquirido nuevos padres por haberse comprometido formalmente bajo consentimiento previo, informado y libre, según lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

²⁵ Art. 575 del anteproyecto de reforma del C.C.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

3. La filiación en las TRA²⁶

3.1. Concepto de Filiación

²⁶ Técnicas de reproducción asistida.

Según el diccionario de la Real Academia Española (1984, t. I, p. 6429), la filiación es la *“procedencia de los hijos respecto de sus padres”*

En nuestro derecho, la filiación es el vínculo jurídico entre padres e hijos, determinado por el artículo Art. 240²⁷.

“La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código”.

La filiación ha experimentado constantes cambios sociales e incidencias que la tecnología le ha impuesto en pos de una nueva visión de los vínculos que se crean con las TRA²⁸.

Según Krasnow, Adriana N (2005, Apartado III), la evolución de la filiación por naturaleza en el Derecho interno ha dado a los hijos distintas calificaciones, siendo en un primer momento el criterio para determinarla, el de la división en función de categorías sociales. La maternidad quedaba determinada por el alumbramiento que también permitía determinar la paternidad en caso de la pareja estar casada: “el padre es el que designan las nupcias”. Por el contrario, cuando la madre concebía sin estar casada surgía una cuestión de incertidumbre que perjudicaba al niño nacido de ese vientre carente de marido.

Por ello, la cuestión social hizo que se produjera la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, creando un status no muy grato para ese niño que lo estigmatizaba desde su concepción, y otorgando a cada caso en particular una categoría distintiva según fueran concebidos de un matrimonio válido o no. Así Krasnow (2005, apartado III) nos enuncia:

²⁷ Artículo 240 del C.C.

²⁸ Técnicas de reproducción asistida.

Hijos naturales: el art. 311²⁹ del Cód. Civil los definía como *"los hijos nacidos fuera del matrimonio de padres, que al tiempo de la concepción de aquéllos, pudieron casarse aunque fuera con dispensa"*. Si bien, éstos no se encontraban en una situación similar a la que tenían los hijos legítimos, la posibilidad de ser legitimados por matrimonio posterior de sus padres, les significaba una protección legal superior al resto de los hijos ilegítimos.

Hijos adulterinos: según el art. 338³⁰ del Cód. Civil, el hijo adulterino *"es el que procede de la unión de dos personas que al momento de su concepción no podían contraer matrimonio porque una de ellas, o ambas estaban casadas..."*. En suma, comprendía los hijos de padres afectados por el impedimento de ligamen.

Hijos incestuosos: conforme lo dispuesto por el art. 339 del Cód. Civil, el hijo incestuoso *"es el que ha nacido de padres que tenían impedimento para contraer matrimonio, por parentesco que no era dispensable..."*.

Hijos sacrílegos: el art. 340³¹ del Cód. Civil definía al hijo sacrílego como *"el que procede de padre clérigo de órdenes mayores, o de persona, padre o madre, ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa aprobada por la Iglesia Católica"*.

Los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, se encontraban fuera del derecho, al punto que el artículo 342³² en su primera parte, declaraba que no tenían por las leyes padre o madre ni pariente alguno por parte de padre o madre.

²⁹ Art. 311 del C.C. derogado por ley 22.364 del 25 de septiembre de 1985.

³⁰ Art. 338 del C.C. derogado por ley 23.264 del 25 de septiembre de 1985

³¹ Art. 340 del C.C. derogado por ley 23.264 del 25 de septiembre de 1985

³² Art. 342 del C.C. derogado por ley 23.264 del 25 de septiembre de 1985

Realmente nuestro antiguo C.C. no tomaba en cuenta al hombre en su totalidad e integridad, sino que lo unía indiscutiblemente a un status social que lo marcaba para toda la vida. La división anteriormente descrita no dejaba lugar a pensar que hijo es el fruto del amor entre dos personas, y que la situación de hijo dentro de una u otra categoría no cambia en definitiva el estado filiatorio establecido por el cual la madre es madre y el padre es padre. Los títulos no hacen a la esencia de la persona y se es hijo por el solo hecho de llevar la misma sangre de nuestros padres, no porque el código nos asigne una categoría que en ese entonces consideraba una división socialmente establecida, con algunas consecuencias de índole patrimonial para determinadas situaciones.

Era solo una cuestión de tiempo y de adaptación a la realidad social imperante, cuando en 1985 la ley 23.264³³ viene a poner orden a la discriminación que creaba la categorización de hijos en nuestro cuerpo normativo, trasladando el centro de interés a favor del hijo. Siguiendo con el pensamiento de Krasnow, podemos ver como se reemplaza el sistema cerrado por un sistema abierto. Mientras que el Código Civil se apoyaba en presunciones iure et de iure que podían corresponderse o no con la realidad biológica, siendo el interés jurídicamente protegido la integridad de la familia matrimonial; el régimen vigente responde a una estructura sustentada en presunciones iuris tantum, siendo el interés jurídicamente protegido el derecho del hijo de acceder a un emplazamiento completo conforme a su verdad.

Actualmente el artículo 240³⁴ del C.C., contempla la filiación por naturaleza matrimonial o extramatrimonial y la filiación por adopción. Aclara además que todos los hijos son iguales ante la ley y que las distintas clases de filiación producen los mismos efectos.

Mauricio Luis Mizrahi (2010, Apartado X) cree que estas nuevas prácticas ponen en crisis las estructuras tradicionales del parentesco, en figuras fundamentales de la vida de todo ser humano, como son el padre y la madre.

³³ La ley 23.264 fue sancionada el 25 de septiembre de 1985 (Adla, XLV-D, 3581), promulgada el 16 de octubre de 1985 y publicada en el Boletín Oficial el 23 de octubre de 1985

³⁴ Art. 240 del C.C.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

3.2. Jurisprudencia

A) Fallo del Juzg. Cont. Adm y Tribut. N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “M. del P. C. y otra c. GCBA”³⁵

Hechos:

Una pareja constituida por dos mujeres recurrió a una técnica de fertilización asistida para procrear. Una de ellas recibió el óvulo de la otra, que fuera fecundado in vitro con semen de un donante anónimo. Al nacer el niño, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas lo inscribió consignando como progenitora sólo a quien lo había dado a luz. Ante tal situación, solicitaron el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva tendiente a que tal organismo dejara sin efecto la denegación de inscribirlo como hijo de ambas. El juez hace lugar a lo peticionado, ordenando rectificar la partida de nacimiento.

Y el sumario quedó plasmado de la siguiente forma:

Sumarios:

1. Corresponde rectificar la partida de nacimiento de un menor, debiendo consignarse que es hijo de quien lo dio a luz y de la mujer que es su pareja y donó el óvulo para que se produjera la fecundación pues, una solución contraria implicaría asentar registralmente una filiación que no corresponde a su verdadero mapa biológico, como así también aceptar una situación de clara discriminación por la condición sexual de la pareja, todo lo cual vulneraría los derechos fundamentales a la identidad y a la autonomía personal.

³⁵ - Juzg. Cont. Adm y Tribut. N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “M. del P. C. y otra c. GCBA”, AR/JUR/15967/2011.

Corresponde preguntarnos en este punto a qué consideró el tribunal “*mapa biológico*”. Tenemos por un lado la madre gestacional y por el otro la madre biológica, aportante del material genético que le pertenece. También, en concordancia con la voluntad procreacional que impulsa la reforma de nuestro C.C. debería asentarse esa partida de nacimiento tal cual fue inscripta. Pero, un hijo nace biológicamente de la unión de un óvulo y un espermatozoide, y eso es algo que ni la ciencia ni el derecho pueden negar. Por lo cual, ese niño, queda registrado para nuestro derecho como carente de figura paternal, carente de realidad biológica que lo completa como ser humano.

Reiterando entonces, tenemos: material genético femenino presente, útero que permite que se desarrolle el embrión, presente; voluntad procreacional, presente, y material genético masculino, ausente. Cómo inscribir entonces como jurídicamente valedero a un niño que se le está negando lo que justamente el tribunal recalca como vulnerado en la resolución: IDENTIDAD Y AUTONOMIA PERSONAL.

B) Otro antecedente jurisprudencial lo constituye el dictado por el Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los autos “M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo”³⁶ donde se ordenó al Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires asentara en la partida de nacimiento de un menor concebido bajo las TRA³⁷ heteróloga (donante de semen y pareja de dos mujeres) el reconocimiento de la mujer de la progenitora en base a lo establecido por la ley 26.618 de matrimonio igualitario, lo que impediría cuestionar al marido que anote a su hijo como tal, bajo su propio reconocimiento; y por tal, es imposible que se establezcan diferencias entre los distintos tipos de matrimonios a los que la ley misma ha dado nacimiento y ha amparado en sus derechos.

Creemos que es importante a la hora de legislar, prever consecuencias futuras

³⁶ Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

“M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo”.

³⁷ Técnica de reproducción asistida.

indeseables y previsibles. Es lógico y normal que las parejas conformadas por personas del mismo sexo (amparadas por la ley de matrimonio igualitario³⁸) tengan iguales necesidades que las parejas heterosexuales, y por ello el deseo a su descendencia. Es así que creemos que los hijos nacidos con material genético de terceros donantes, cuyos padres serán los que hayan expresado su voluntad procreacional y los biológicos reconocidos como tales (dependiendo del aportante del gameto) deberán tener los mismos derechos de los padres de hijos concebidos naturalmente a inscribirlos como verdaderos hijos suyos. Por eso no es llamativo que en estos casos planteados se haga lugar al reclamo de inscripción de ambas mujeres como madres del hijo en cuestión. Pero es aquí donde se genera el conflicto entre los derechos del hijo y los derechos de esos padres que expresaron su voluntad procreacional en matrimonios igualitarios.

Ese niño aprenderá a lo largo de su vida, por experiencias y enseñanzas que los niños vienen al mundo fruto de la unión de un óvulo y un espermatozoide, y que el primero solo puede ser aportado por una mujer, y el segundo por un hombre. Entonces, como les explicaremos que ellos tienen dos mamás o dos papás? Diremos entonces que la ley les permitió a sus padres quererlos, amarlos, desearlos e inscribirlos de una manera distinta al común de sus pares. Y que esas dos madres ó dos padres, en su caso, firmaron un contrato que les autorizaba a ello. No será entonces cuando toda esta descendencia empiece a sentir que están incompletos?

C) También contamos con otro antecedente donde según Kemelmajer de Carlucci Aída (2004, p. 511-530), comentando el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/2/2003, en el caso “*Odièvre c/France*”³⁹ sostiene que más allá de la restricción al hijo extramatrimonial sea o no correcta, es importante señalar que a nivel jurídico esto implica:

³⁸ Ley 26.618

³⁹ STEDH de 13 de febrero de 2003, TEDH 2003/8. “ECHR, *Odievre v France*, 2003.”

(a) Negar jurídicamente un hecho acaecido (un niño ha nacido de una mujer perfectamente individualizada, pero el Derecho oculta la identidad);

(b) Hacer prácticamente imposible, materialmente hablando, el reconocimiento de la familia natural; o sea, la sola voluntad de la madre saca al niño de su familia biológica.

(c) Negar en un supuesto significativo la regla mater semper certa est; la madre es cierta porque el parto no ha sido secreto para los profesionales de la salud que atendieron a la parturienta, pero ellos están obligados por el secreto profesional, por lo que para el hijo, su madre no es cierta.

(d) Eliminar no sólo el derecho a establecer lazos filiativos sino el derecho a conocer el origen biológico. Véase la diferencia con otros supuestos en los que la ley niega la posibilidad de generar el vínculo jurídico, pero admite el derecho a conocer el origen. Así, por Ej., en la fecundación asistida mal llamada “heteróloga,” con “donante anónimo”, un importante sector de la legislación comparada niega al niño la acción de filiación contra quien proporcionó el material genético, pero le acuerda el derecho a tener acceso a sus orígenes biológicos a partir del momento en que él adquiere madurez suficiente. Después de la sentencia de adopción plena, la ley argentina no admite reconocimientos ni acciones de filiación contra la familia de origen (arts. 327 del CC), pero no impide conocer quién es la madre o el padre biológico (art. 328 del CC). Insisto en la distinguir ambas cuestiones (derecho a establecer vínculos filiativos y derecho a conocer el origen), pues no siempre se presentan suficientemente diferenciadas.

Dentro del comentario a este fallo en particular, Kemelmajer de Carlucci Aída cita a , Malaurie Philippe (2003, p. 546) cuando afirma que

...en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la verdad de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la verdad del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”)

La cuestión bajo análisis es hasta dónde son fuertes la verdad biológica y el derecho a acceder a ella.

Creemos que es muy importante que nuestros legisladores puedan tomar conciencia de la completitud que necesita el ser humano para forjar la propia y verdadera identidad. Dar seguridad a la persona de saber quién es en su totalidad, crea fortalezas y forja caracteres más seguros y fuertes a la hora de buscar los objetivos en la vida.

De que nos sirve que el derecho nos niegue parte de nuestra esencia cuando la vida misma se encargará de mostrarnos que hemos sido engañados, que nos han robado parte de nuestra identidad.

Tal cual se ve en el punto (d) supra indicado, no hay coherencia ni congruencia entre la adopción que permite al adoptado conocer su origen biológico y la negativa en las TRA⁴⁰ de conocer sus verdaderos orígenes.

Dar la posibilidad al nacido con material genético donado de conocer su génesis no deshabilita ni niega los lazos filiatorios de los cuales no hay una única verdad. Los hijos no dejarán de amar a quien amor les ha entregado, pero creemos que cuando un niño pregunte a sus dos madres/padres como hicieron para gestarlo se verán ante situaciones que difícilmente el amor pueda llegar a darles la respuesta.

⁴⁰ Técnicas de reproducción humana asistida.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

3.3. Derecho a conocer nuestros orígenes y el reclamo judicial de filiación

En el anteproyecto de reforma del Código Civil donde se trata el tema de la reproducción humana asistida (capítulo 2) se aborda el tema de las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, partiendo de la base del CONSENTIMIENTO y la VOLUNTAD PROCREACIONAL, siendo determinante en su artículo 577⁴¹, donde niega todo tipo de impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos bajo las TRA⁴², cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre. No admite el reconocimiento ni la acción de filiación ni reclamo alguno por parte del donante.

“Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.”

A nuestro entender se han olvidado de algo muy importante. ¿Y el hijo? Si el hijo quisiera reclamar, queda indiscutiblemente sometido al contrato que han consentido sus padres en forma previa, informada y libre. La voluntad procreacional, entendida como base del reconocimiento filial dado por la ley a esos padres que desearon a ese niño, echa por tierra toda oportunidad de que esa persona llegue a conocer sus verdaderos orígenes.

Si se aceptara definitivamente el anteproyecto de reforma del C.C. nos encontraríamos en retroceso, volveríamos a lo que hemos logrado superar, la categorización de hijos, obviamente con distintos derechos y posibilidades según la fuente que les ha dado origen; y digo FUENTE intencionalmente, ya que tendríamos al menos tres: la fuente

⁴¹ Art. 577 del anteproyecto de reforma del C.C.

⁴² Técnicas de reproducción asistida.

biológica, la fuente adoptiva y la fuente puramente contractual de hijos nacidos bajo la voluntad procreacional de sus progenitores.

Navarro Floria, Juan G (2012, inc. c)), en concordancia con nuestro pensamiento expresa ante la reforma del C.C. que los hijos nacidos por “voluntad procreacional” no podrán ejercer las acciones de filiación que a los concebidos naturalmente se les da por derecho propio y quedarán así condenados, a ser hijos de quienes hayan expresado y dado su consentimiento por escrito, formal y libremente, ante la autoridad correspondiente (el centro de fertilización). *“El derecho a la identidad, por el que tanto lucharon los defensores de los derechos humanos, queda así gravemente herido.”*

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

3.4. La filiación y la ley 26.618

La ley de matrimonio civil igualitario 26.618 sancionada el 15 de julio 2012 pone su acento en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a toda persona, de cualquier orientación sexual.

Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora (2010, Apartado VII) se plantearon varios interrogantes ante la regulación de esta nueva ley, y surgían las dudas en cuanto a si el derecho filial debía seguir su sustento en base a los conceptos tradicionales de "maternidad" y "paternidad" o si era necesario incorporar nociones que como las que trata nuestro proyecto de reforma del C.C., donde se tiene en cuenta la voluntad procreacional.

El derecho filial tradicional gira en torno a la idea binaria según la cual toda persona puede tener sólo dos vínculos filiales (padre y madre).

En la actualidad, en las TRA⁴³ heterólogas, teniendo en cuenta el encuadre que se le intenta dar, sobre la base de la voluntad procreacional, el consentimiento y la acción para concreción de la procreación asistida por terceros, deja de lado el elemento biológico para la presunción de la paternidad y toma más en cuenta el carácter social y la posesión de estado que se crea a partir de la vida en común como padres e hijos.

Por ello, el anteproyecto de nuestro C.C. habla en su artículo 562⁴⁴ sobre la permisión de la gestación por sustitución, caso que podría darse en los matrimonios de igual sexo, pero también en los heterosexuales cuando por problemas genéticos no puedan concluir el embarazo con sus propios gametos.

“Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes

⁴³ Técnicas de reproducción asistida.

⁴⁴ Artículo 562 del anteproyecto de reforma del C.C.

mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;

b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;

c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

e) la gestante no ha aportado sus gametos;

f) la gestante no ha recibido retribución;

g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;

h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.”

Las dudas que en el año 2010 se plantearon Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora, hoy parecerían desaparecer con este anteproyecto.

Hablamos de consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación. No faltaría aquí el consentimiento del verdadero fin

del contrato, el hijo? (Que según hemos comentado resulta de un contrato base y se agrega como derivado de aquel)

La sola prueba del nacimiento junto con la identidad de ellos y su debido consentimiento, crea el vínculo filial entre el niño nacido con material genético de terceros anónimos.

Continúa el artículo diciendo que el juez homologará si se acredita que:

a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer.

Creemos que entonces aquí nos encontramos en verdaderos problemas. A nuestro entender el interés del niño jamás se ha tenido en cuenta hasta el momento.

Tenemos como primera medida, un contrato firmado con el centro de fertilidad, que actúa como autoridad de control del consentimiento previo, libre e informado. Material genético que ha sido “donado” por una persona anónima que jamás podrá darse a conocer. Voluntad y padres “comitentes”. Todo ese camino, con un único fin, ser padres, tener un hijo. Si el fin del contrato es la maravillosa creación de un ser humano que será amado y cuidado por ellos. No debería comenzar con la verdad para marcar el camino de aquel que tanto anhelaron?

No creemos que entonces que este inciso pueda darse en las inseminaciones o fecundaciones in vitro (FIV) heterólogas, sería una hipocresía pensar que se tuvo en cuenta el interés superior del niño. Siempre se tuvo en cuenta, hasta el momento el interés superior de los adultos, padres deseosos de tener hijos, pero en base a una mentira firmada previa, libre e informadamente, y aceptada por ellos.

Y la autorización judicial? Estaría reemplazando la voz del niño que vendrá al mundo y cuya cuna será un contrato que el juez autorizará firmar en su nombre, como cuando queremos disponer de determinados bienes y necesitamos que el juez nos autorice para poder hacerlo.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

4. Derechos personalísimos

4.1. Definición y características

El tema que estamos tratando abre un sin fin de posibilidades de análisis, pero no queremos perder de vista el tema fundamental que nos ocupa en este caso. Es aquí donde pasaremos al verdadero conflicto que suscitan los derechos que entran en juego en las TRA⁴⁵.

Daremos primero una breve definición de

DERECHOS PERSONALÍSIMOS

Avalos Rodríguez, Gabriel E. (2010, Apartado I, V) define a los derechos personalísimos como derechos subjetivos esenciales que pertenecen a la persona en forma nata, por el solo hecho de ser tal.

Que estos derechos son las facultades que todo ser humano ha heredado de la vida misma, para protegerlo y defenderlo en su personalidad individual y de sus atributos que lo hacen distinto del resto de los hombres. Por lo que los define como:

“son aquellos que corresponden innatamente a toda persona, desde antes de su nacimiento y hasta su muerte, y que le garantizan el íntegro ejercicio y desenvolvimiento de sus atributos esenciales para así poder desarrollarse plenamente en su humanidad”.

Según la posición mayoritaria de la doctrina⁴⁶, donde se posiciona y enrola Avalos Rodríguez; los derechos de la personalidad son derechos subjetivos y por ellos son relaciones jurídicas tutelables, cuyos elementos son:

⁴⁵ Técnicas de reproducción asistida.

⁴⁶ (José A. BUTELER CÁCERES ("Manual de Derecho Civil - Parte General", Abaco, Buenos Aires, 1979, p. 39); Guillermo A. BORDA ("Tratado de Derecho Civil argentino - Parte General", 4ª ed, Perrot, Buenos Aires, t. I, p. 276 y ss.); Jorge Joaquín LLAMBIÁS ("Tratado de Derecho Civil - Parte General", Perrot, Buenos Aires, 1961, t. I, p. 273 y ss.); César Augusto Abelenda ("Derecho Civil - Parte General", Astrea, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 237); Santos CIFUENTES (Elementos de Derecho Civil, Parte General, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, § 26, p. 49 y ss.); Julio César Rivera ("Instituciones de Derecho Civil - Parte General", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. II, p. 21 y siguientes); Francesco FERRARA (Conf. "Trattato di diritto civile ...", obra citada, p. 397); Joaquín Díez Días ("Los derechos físicos de la personalidad", Santillana, Madrid, 1963, pp.

- Sujeto activo o titular: *la persona física, todo hombre, por su sola condición de tal es sujeto activo de tales derechos, en un plano de igualdad total*

- Objeto *íntimamente unido a la persona, pero que no se confunde con la persona misma, sino que son las manifestaciones de esa persona determinadas en sus hechos reales, que la sociedad le reconoce y el derecho protege. (La integridad del cuerpo, la salud, el honor, la intimidad, la identidad, etc.)*

- Contenido *son las facultades o poderes que tiene su titular para ejercer esos derechos, disfrutarlos y gozar del bien inmaterial protegido, y exigir que cese todo acto que los lesionen o perturben.*

Esta categoría de derechos posee caracteres que le son propios y que no son compartidos con el resto de los derechos subjetivos.

Siguiendo a Santos Cifuentes (1997, p. 150 y ss.), mencionamos como caracteres de esta categoría de derechos los siguientes:

“a) Se trata de derechos innatos en virtud de que nacen con el sujeto mismo, es decir con la concepción del nasciturus. Son connaturales al hombre y pertenecen a él por su sola condición de persona humana, siendo indiferente lo que disponga o no al respecto el derecho objetivo.

b) Son derechos vitalicios, ya que pertenecen a la persona durante toda su existencia, no faltando en ningún instante de la vida.

c) Son también derechos necesarios por cuanto no pueden faltarle a la persona, sin perjuicio de que en ciertas ocasiones su ejercicio pueda ser limitado por la autoridad pública (por ejemplo en el caso de una condena

31 a 53); Manuel GARCÍA AMIGO (Derecho Civil de España. I. Parte General, Universidad Complutense, Madrid, 1997, p. 284).

penal de prisión se privaría el ejercicio al derecho de libertad ambulatoria, o en el supuesto de un estado de sitio, situación excepcional y temporaria).

d) Asimismo se trata de derechos esenciales, ya que no le pertenecen al hombre por una circunstancia ajena o externa sino que se trata del mínimo indispensable, básico, para el contenido de la personalidad humana. La persona sería incompleta sin estos derechos.

e) Son derechos de objeto interior, en virtud de que al ser manifestaciones de la persona se encuentran íntimamente vinculados a ella y no pueden ser captados sin atender a la unidad compuesta del hombre. Por tanto no se trata de derechos exteriores, sino interiores al propio sujeto titular.

f) Son derechos inherentes, en el sentido de que son intransmisibles por no ser posible escindirlos de la persona a la que pertenecen. Como consecuencia de ello resulta que los derechos personalísimos son irrenunciables.

g) Son extra patrimoniales ya que no son susceptibles de apreciación o medición pecuniaria. Esto no significa que no sean capaces de producir bienes económicos, mas esto es sólo un efecto secundario de los derechos personalísimos. Asimismo, no obstante este carácter extra patrimonial, la lesión de los derechos personalísimos tiene repercusiones económicas ya que si se atenta contra ellos, la víctima tiene la facultad de exigir su reparación in natura, y si la reparación en especie fuera imposible, la obligación de resarcir se resuelve en el pago de una suma de dinero.

h) Se trata de derechos relativamente indisponibles ya que no es posible venderlos, transmitirlos. Por ello, los derechos de la personalidad están fuera del comercio y no pueden ser objeto de ningún negocio jurídico. Es decir se trata de derechos inajenables, inembargables, intransferibles, imprescriptibles e inejecutables. Sin embargo afirmamos que esta

indisponibilidad es "relativa" porque es posible alterarlos, transitoria y parcialmente.

i) Son derechos absolutos por cuanto son oponibles erga omnes a todos los miembros de la comunidad y no sólo a los particulares, sino también frente al Estado.

j) Los derechos personalísimos son derechos privados por cuanto se colocan en el campo del comportamiento de los particulares.

k) Finalmente se trata de derechos autónomos, porque los derechos de la personalidad tienen un conjunto de caracteres, los estudiados que los caracterizan e individualizan frente a los otros derechos subjetivos. Atendiendo a los caracteres enumerados como tipificantes de los derechos de la personalidad, consideramos importante diferenciar éstos de otros derechos personales con los que algún autor los ha confundido”

Ahora bien, hemos dado una definición de los derechos personalísimos que a todos nos corresponden sin discriminación alguna. Vienen dados, otorgados por la vida misma, y ningún contrato ni compromiso hay que firmar para obtener su ejercicio. Pero debemos tener presente que, el derecho personalísimo, como todo derecho, tiene límites y por lo tanto nos encontramos con un deber correlativo a ese derecho nato, que es la sociedad, sujeto pasivo del ejercicio de nuestros derechos, por lo que todos los hombres debemos respetar los derechos personalísimos de los otros. (*“Mi libertad termina donde comienza la de los demás”*, Sto. Tomás de Aquino).

Trataremos a continuación algunos de estos derechos de la personalidad que serán fundamentales a la hora de tomar una posición sobre los valores y principios en juego dentro de las relaciones que se crean en las TRA.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

4.2. Derecho a la libertad

Siguiendo a Avalos Rodríguez (2010, ApartadoXI), consideramos la libertad como derecho de la personalidad que nos da la facultad de elegir y ejecutar, sin trabas de ninguna naturaleza.

Según este doctrinario, la libertad puede ser clasificada en 3 subespecies:

- *Libertad externa o de movimientos.*

- *Libertad interna o psicológica que es la independencia de decidir o, determinar un curso de acción u omisión, por si, sin injerencia extraña (libre albedrío)*

- *Libertad moral en cuanto a la posibilidad de llevar a cabo todo aquello que no esta jurídicamente prohibido.*

El libre albedrío relacionado con el vicio de la voluntad en cuanto a que un acto puede haberse manejado o ser producto de un artificio, astucia o maquinación, viciando y sancionado con la nulidad del acto.

La libertad moral según nuestro ordenamiento jurídico alude a que son los hechos que no sean contrarios a las buenas costumbres o que estén en oposición a la libertad de acción o de conciencia, o que perjudiquen a terceras personas.

La ley garantiza la libertad del modo de vivir, que también afecta a la intimidad, por la cual queda reservada a nuestra esfera particular e íntima, todo aquello que no esté jurídicamente prohibido.

En nuestro trabajo debemos poner de resalto que este derecho se involucra con todos los participantes, y sin este derecho como base, ninguno de los otros tendría cabida (derecho a la integridad física, a la intimidad, a la identidad, a la salud, entre otros). El derecho a la libertad es el punto de partida de la acción que despliegan los donantes, padres e hijos nacidos de estas nuevas técnicas.

No existe ley que prohíba realizar donaciones de gametos, por lo que cualquier sujeto, estando en condiciones de hacerlo, es libre, desde su moral y desde su accionar a realizar estos actos.

Tampoco se encuentra en nuestro derecho ninguna norma que restrinja la libertad a decidir ser padres por medios de las TRA⁴⁷, a ser receptores de ese gameto donado. La pareja libremente decide someterse a estos tratamientos y acepta esa donación para conseguir su fin, el ser padres de la mano de la ciencia y las nuevas tecnologías.

También debería la ley garantizar este derecho a la libertad al niño nacido por estas nuevas técnicas, dándole la posibilidad el día de mañana, si desea, conocer sus verdadero/s padre/s biológico/s, es decir, la libertad de elegir conocer sus orígenes genéticos.

⁴⁷ Técnicas de reproducción asistida.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

4.3. Derecho a la integridad física

Avalos Rodríguez (2010, Apartado XIII), nos explica como dentro de la legislación civil se sostiene como ilícito todo negocio jurídico cuyo objeto sea el cuerpo humano, sometiéndolo a la categoría de “cosa”. Y deja a salvo que si los elementos corporales han sido desprendidos del cuerpo pasan a ser cosas y pueden entrar a ser objeto de transacciones jurídicas.

Por lo que si tomamos en cuenta la posición de Gonzalo Figueroa Yáñez (2009, p. 284 y ss.) que nos decía que la naturaleza jurídica de los embriones no implantados es igual a la de los gametos, definiéndolos como cosas corporales muebles mientras no hayan sido alojados aún dentro del útero materno, estaríamos en presencia total de que tanto óvulos como espermios pueden ser objeto de transacciones, y estaría permitido en forma concreta la comercialización de los mismos.

Y es aquí cuando los legisladores ponen en juego la moral, y de forma muy concreta enuncian que en las TRA⁴⁸ los gametos serán donados, que no habrá retribución alguna, solo los gastos que ocasionen las intervenciones médicas y los traslados hasta que el óvulo o el espermatozoide se hayan extraído del cuerpo del donante.

Si nos posicionamos del lado de la donante mujer, y con mente y corazón abierto nos preguntamos: ¿Qué mujer pasaría por esas intervenciones solo para donar sus óvulos? Si la donación es anónima, ni siquiera sería para llegar a conocer su descendencia, aunque en manos de otros.

¿Cuál sería la verdadera finalidad de donar gametos si de ello no se obtuviera un beneficio?

Según LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás (2010, pg. 145/147)

En particular, crece en los Estados Unidos un “mercado” de gametos, que va acompañado de diversos dilemas éticos, como por ejemplo

⁴⁸ Técnicas de reproducción asistida.

las consecuencias de poner un precio máximo para la dación de óvulos. En un artículo publicado en el *Hastings Center Report* en 2010 se estudia la problemática y se señala la existencia de numerosas violaciones al tope de u\$s 5.000 establecido en los lineamientos de la *American Society for Reproductive Medicine*⁴⁹. El estudio reporta la existencia de avisos en periódicos universitarios que llegaron a ofrecer u\$s 50.000 por óvulos dados con fines de fecundación heteróloga. También se señala que el precio variaba según el nivel intelectual de los estudiantes destinatarios de los avisos, e incluso en algunos casos se ponían condiciones vinculadas con la apariencia y la etnia de las potenciales dadoras. El estudio reporta la existencia de avisos en periódicos universitarios que llegaron a ofrecer u\$s 50.000 por óvulos dados con fines de fecundación heteróloga. También se señala que el precio variaba según el nivel intelectual de los estudiantes destinatarios de los avisos, e incluso en algunos casos se ponían condiciones vinculadas con la apariencia y la etnia de las potenciales dadoras.

Por tal, creemos que la ley debe ser rigurosa en este tema y no dejar filtrar dentro del término donación un comercio de material genético, sobre todo teniendo en cuenta las necesidades que existen hoy en día en cuanto al sentido de supervivencia del ser humano frente a la innegable realidad de la posibilidad de tantas parejas de concretar sus deseos de descendencia al costo que sea.

⁴⁹ LEVINE, AARON D., “Self-Regulation, Compensation, and the Ethical Recruitment of Oocyte Donors”, *Hastings Center Report* 40, n. 2, (2010), pp. 25-36 [en línea], disponible en: <<http://www.thehastingscenter.org/Publications/HCR/Detail.aspx?id=4549>>

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

4.4. Derecho a la intimidad

El art. 1071⁵⁰ Bis. C.C enuncia:

“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades...”

Siguiendo a Cifuentes Santos (1999, p.2/3), *“toda persona goza de vida privada, por la cual hay cuestiones o hechos que quedan insertos y ocultos en su vida más íntima, que no son públicos y quedan definitivamente reservados a ese individuo y a su mundo interior”*.

Esta vida privada del individuo está conformada tanto por el ámbito físico de su existencia, como por sus actividades, relaciones y sentimientos que le son propios, siendo este conjunto patrimonio de su soledad y de aquellos íntimos con quienes desea compartirlos. Es en definitiva la esencia oculta del hombre que solo pocos conocen y le es tan suya como para protegerla de la ingerencia de extraños que intenten traspasarla.

Por ello la Convención Americana de Derechos Humanos (Incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional en 1994) de rango constitucional, enuncia en su artículo 11⁵¹:

“Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

⁵⁰ Artículo 1071bis del C.C. Agregado por ley 21.173.

⁵¹ Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

Y el artículo 19⁵² de la C.N sostiene:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas 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.”

Según Laplacette, Carlos José (2006, Apartado II) el principio de autonomía de las acciones privadas es el reconocimiento por parte de nuestra Constitución de que cada uno puede elegir su plan de vida conforme considere es lo mejor o más adecuado a sus ideales, proyectos, o simplemente porque cree que ese modelo es el adecuado para obtener su felicidad, y si se equivoca o no será decisión que tendrá que discutir solo con su conciencia. El derecho a la intimidad se concreta en la libertad de conciencia, religión, etc.

Werner Goldschmidt (1987, p. 417) señala que la justicia es asegurar a cada uno una esfera de libertad donde poder desarrollar su personalidad libremente, y convertirse de esa forma de individuo en persona, distinta del resto, única, con proyectos e ideas propias.

A nuestro entender el art. 19 de nuestra C.N estaría haciendo referencia a las acciones interiores, íntimas del hombre, aquellas no destinadas a que el resto de la sociedad las conozca. ¿Pero qué sucede cuándo el derecho a la intimidad sobrepasa los límites establecidos, afectando a terceros? es decir, cuando la intimidad involucra elementos externos

⁵² Artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina

que escapan a la esfera privada. No hablamos aquí de un tema de reparación de daños, sino concretamente de que ese derecho a la identidad -fuente de nuestra esfera más íntima- avasalla, arremete, otro derecho de la esfera íntima de otro ser humano que nada tiene que ver con un resarcimiento patrimonial, porque lo que se daña es la libertad de ejercer los derechos del otro, vedando definitivamente el conocimiento de la verdad en su totalidad.

El niño concebido bajo las TRA⁵³ tiene también sus propios derechos personalísimos que se verán enfrentados con este derecho a la intimidad de los adultos que participan de un proceso contractual amparados por una serie de derechos que la ley misma les da. El Estado deberá velar y armonizar estos derechos a la hora de limitar uno u otro. Indiscutiblemente ambos derechos (intimidad e identidad) no pueden ejercerse en individuos distintos y en forma conjunta en las TRA.

⁵³ Técnicas de reproducción asistida.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

4.5. Derecho a la identidad

La identidad tiene dos fases, una estática y otra dinámica.

La faz estática comprende aspectos de la personalidad tales como el origen, el sexo, el estado civil, la filiación, la imagen, etc.; mientras que la faz dinámica engloba aquellos aspectos que definen la personalidad proyectada hacia el exterior, tales como el bagaje intelectual, político, social, cultural, profesional, etc. (Lloveras - Salomón, 2009, p.143)

Torres Santomé, Natalia E. (2008, p. 1/2) sostiene que todo ser humano tiene derecho a conocer sus orígenes, y esto responde a un interés superior que nos inclina a saber lo que fue antes de nosotros, qué es lo que da fundamento a nuestra existencia.

Según su criterio dice que el conocer el propio origen no implica una transformación del vínculo filiatorio, ya que este se construye día a día, con la convivencia, el compartir y vivir en familia, el conocer sus gustos, proyectar juntos, cuidarse, amarse. En definitiva es estar presente en una misma realidad socio afectiva que los conecta, que permite amarse, necesitarse.

Si la faz estática y la dinámica de nuestra personalidad están desmembradas, como en el caso de hijos nacidos bajo TRA⁵⁴ con aportes genéticos de terceros, estaremos en presencia de una identidad limitada a la faz dinámica que habrá nacido sobre cimientos de silencio.

Conocer nuestra génesis en su totalidad es signo de darnos la posibilidad de desarrollarnos íntegramente, sin limitaciones, y en base a la verdad de quienes tanto amor ponen para que nuestra identidad en su faz dinámica sea proyectada con toda su fuerza. Somos únicos y como tales necesitamos ser distintos, pero completos.

⁵⁴ Técnicas de reproducción asistida.

Veamos ahora que dice la Convención sobre los Derechos del niño, de rango constitucional en su artículo 7 y 8⁵⁵:

Artículo 7

1. 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.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

Esta convención al decir de Quima Oliver I Ricart (2004, P. 23/26), sostiene que *“el interés superior del niño es la brújula de sus derechos”*.

La convención, al decir de Quima Oliver remarca que el interés superior del niño deber ser la principal consideración en todas las acciones que los afecten. Este interés superior es el *“eje vertebral de todos los principios de la CDN”* (Convención de los Derechos del niño) y el camino a seguir cuando de deliberaciones y decisiones políticas se trate. Propugna que no hay interés superior que el del niño, y que ante la duda de cuándo tenerlo en cuenta y quien será que así lo decida, en aquellos casos en que los adultos, creyendo saber lo que más le conviene a un niño y con la mejor voluntad de su parte, crearan una situación controvertida del cuándo y del quien; habrá que revisarla profundamente porque no siempre esa decisión estaría en pos de coronar los derechos de los más débiles y podría estar vulnerando alguno de sus derechos . Por ello la CDN bien aclara que en

⁵⁵ Artículo 7 y 8 de la Convención Americana de los Derechos del Niño.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

situaciones confusas, lo que prima es que el niño pueda ejercer todos sus derechos de la manera más completa e integral.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

5. Derecho comparado

Veamos ahora que antecedentes pueden guiarnos a la hora de determinar el carácter de las TRA⁵⁶ y sus consecuencias para las partes intervinientes: DONANTE, PAREJA CON VOLUNTAD PROCREACIONAL Y NIÑO POR NACER.

En el derecho comparado, según el análisis de Andorno, Roberto (1994), nos encontramos con cuestiones cruciales a las que se enfrenta el Derecho en la actualidad, el derecho de la persona a formar una familia, y la actitud de los legisladores europeos en el tema de la reproducción humana asistida bajo la cual se encierran distintos enfoques respecto del menor nacido bajo esta nueva ciencia y sus derechos tanto a la identidad como a la dignidad de la vida, desde su concepción, que se enfrenta con los avances de la ciencia menoscabando la unidad del ser.

Este doctrinario, efectúa un análisis de las distintas legislaciones europeas al respecto, detectando aquellas dos posiciones:

- La primera la titula "La primacía de la técnica" en la que se da prioridad al avance de la ciencia, al desarrollo científico, aceptando la utilización de gametos, el anonimato del donante, vedando la posibilidad al niño de conocer su verdadera génesis.

Dentro de este grupo ubicamos a las legislaciones española, británica y a los proyectos de leyes adoptados en Francia por la Asamblea Nacional en noviembre de 1992, entre otros.

Roberto Germán Zurriarán (2011, ps. 204/205) siguiendo a la ley de Francia n° 2004-800, de 6 de agosto, *relativa a la Bioética* menciona el artículo

L.2141-3, determina que un embrión sólo puede ser concebido in vitro, con gametos procedentes de, al menos, uno de los miembros de la pareja, él cual deberá haber dado el consentimiento. Por tanto, se permite la

⁵⁶ Técnicas de reproducción asistida.

fecundación heteróloga, pero no podrá establecerse ninguna relación de filiación entre el niño nacido por este tipo de fecundación y el donante de los gametos (art. 311-19 del Código Civil).

El párrafo primero del artículo 311-20 del Código Civil francés redactado por la Ley núm. 94-653, de 29 de junio de 1994, Sección III *De la asistencia médica a la reproducción*, dispone que los cónyuges o concubino que, para procrear, recurran a un donante deberán previamente dar su consentimiento al Juez o la Notario. Dado éste a la procreación médica asistida prohíbe toda acción de impugnación de la filiación.

Por último, Francia prepara la actualización de su legislación sobre reproducción asistida. Según el informe parlamentario sobre el que se basará la nueva ley, las técnicas de reproducción asistida se prohíben a personas homosexuales y a mujeres solteras. Se permiten utilizarlas exclusivamente a aquellas parejas heterosexuales casadas o no, estas últimas que hayan suscrito un PACS (Pacte Civil de Solidarité) y que presenten problemas de fertilidad. El Informe también señala que seguirá vigente la prohibición de la gestación subrogada o «vientre de alquiler».

Zurriarán (ps. 205 y ss.) referencia la ley española 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

En el artículo 5.5 sobre los «Donantes y contratos de donación» se dispone que:

«La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de los centros que se constituyan».

En cuanto a la identidad de los donantes, la Ley establece:

«Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad... Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes».

La Ley establece la prohibición de conocer la identidad de los donantes a no ser que dicha revelación sea indispensable para evitar un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales.

- En el segundo grupo que titula: "La primacía de la persona" expresa que tratan de evitarse los procedimientos artificiales para dar mayor lugar a los vínculos biológicos y sociales, por lo que las inseminaciones heterólogas son muy reservadas y en algunos casos definitivamente vedadas. Y en los casos en que se de este tipo de tratamiento donde intervienen donantes de gametos, se le da al niño, la posibilidad de conocer sus padres biológicos.

Incluye en este segundo grupo las legislaciones de Alemania, Austria, Suecia, Noruega, Suiza e Italia.

Siguiendo a Zurriarán vemos que la ley 40/2004 italiana⁵⁷ (Roberto Germán Zurriarán, 2011, ps. 202/204) vemos que “...permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes.”. Esta ley, a la vez, exige el consentimiento de acceder a esta

⁵⁷ Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre *Normas en materia de procreación médica asistida*. *Boletín Oficial*, nº 45, 24 febrero 2004.

forma de procreación artificial. Asimismo prohíbe la fecundación *post-mortem* y no da lugar a la reproducción heteróloga. Aquí Zurriarán hace mención al cuestionamiento que hizo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 01 de abril 2010 cuando ha cuestionado la prohibición de la fecundación heteróloga, “...*al resolver S.H. y otros c. Austria. El Tribunal condena a Austria por la prohibición de la fecundación heteróloga. Esta Sentencia del TEDH puede ser un precedente ante una posible demanda contra Italia...*”

En cuanto al “...*uso de gametos ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler» (art. 12.6) son sancionados con multas de 300.000 a 600.000 euros y penas de tres meses a tres años de cárcel...*”

En el caso

De tener lugar la fecundación heteróloga, en contra de la prohibición legal expresa, dispone el artículo 9.1 de la Ley que el conviviente, cuyo consentimiento se desprenda de actos concluyentes, no podrá ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad en los casos previstos en el artículo 235, apartado 1, números 1) y 2) del Código Civil italiano, ni la acción de impugnación de la paternidad del artículo 263 del mismo Código. Y, se precisa, en este mismo artículo, que el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica de filiación con el nacido y no puede hacer valer ningún derecho frente a él, ni ser titular de obligaciones

Considerando las posturas precedentemente citadas en el derecho comparado, coincidimos con la que da prioridad a la persona, pero no vedando los procedimientos de las TRA⁵⁸ sino haciendo lugar al niño de conocer sus padres biológicos. Y aquí cabe mencionar el problema relativo a la filiación en este tipo de reproducción con gametos de terceros.

No creemos que el anonimato sea la mejor forma de evitar reclamos futuros.

Tratando de encontrar respuestas a los obstáculos que encontrarían los dadores

⁵⁸ Técnicas de reproducción asistida.

de gametos frente a la posibilidad de reclamo de filiación en el caso que no existiera el anonimato, cabe tener presente la regulación de la adopción plena en la ley 24.779⁵⁹ que sostiene en su artículo 323:

Artículo 323.-La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

Y a su vez, el art. 328 de la misma ley dice:

Artículo 328.-El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

La enunciación de los artículos anteriores de la ley 24.779 resulta más que interesante a la hora de rebatir el tema de un posible reclamo de la filiación ante el donante de gametos que podría darse en el caso de que la letra de la ley no haga lugar al anonimato de las donaciones, permitiendo completar la identidad del niño.

Podríamos sostener entonces, que las TRA⁶⁰ serían una especie de adopción biológica que no niega la identidad de origen, pero que establece una renuncia definitiva de quien habiendo donado sus gametos, reconoce la identidad biológica de ese hijo, pero no establece ningún vínculo filiatorio por haber renunciado a él en el momento mismo que realizó la donación.

De cualquier manera, y sin intentar conformarnos con respuestas no tan

⁵⁹ Ley 24.779, arts. 323 y 328

⁶⁰ Técnicas de reproducción asistida

simples de encontrar, a nuestro entender sería menos perjudicial para el niño no poder reclamar un vínculo jurídico que no conocer jamás su origen genético que determinará en definitiva caracteres que le son propios de sus ascendientes (gustos, inclinaciones, rasgos, gestos) y que solo de ellos y por ellos han llegado a formar parte de su verdadera y total identidad.

Por ello es que en este trabajo sostenemos que el proyecto de reforma del C.C. debe suspender la exigencia del anonimato en este tipo de tratamientos. Y al igual que en la adopción plena debe reconocer el derecho al niño nacido bajo las TRA heterólogas, de conocer su verdadera identidad en forma completa, teniendo en cuenta y dejando siempre claro que el conocer sus orígenes no lo habilitará a ningún reclamo filiatorio, ni al niño, ni al dador de gametos.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

6. Jerarquización, ponderación o armonización de derechos

Al momento de tener que resolver los conflictos que se plantea entre derechos fundamentales del hombre, la doctrina normalmente recurre a dos tipos de métodos:

1- La jerarquización: establece jerarquías o categorías entre los derechos constitucionales, que en caso de conflictos, se resolverán por la prelación u orden jerárquico que cada uno lleve preestablecido, de modo que primará el jerárquicamente superior. Opera en abstracto y a priori.

Robert Alexy (1997, ps. 152 y sgtes) señala las dificultades que implica admitir un orden de jerarquía de valores porque si existiera un “orden cerrado” de ellos sería muy complicado ya que es complejo ordenar valores que no son conocidos en su totalidad a la hora de enumerarlos o priorizarlos.

2- La ponderación: reconoce que no hay derechos absolutos ni prioridades absolutas entre ellos. Se consideran los derechos en conflicto de acuerdo a las circunstancias del caso, en concreto; ponderando cual tiene mayor fuerza frente al otro.

Si seguimos a Dworkin, Ronald (1984, p. 26), vemos como la colisión entre reglas queda resuelta por la validez de cada una de ellas, pero la que se genera entre principios, debemos ponderarlos, ubicarlos en un ámbito donde de acuerdo al peso que tenga cada uno de ellos, en el caso concreto, nos indique el camino a seguir, evaluándolos según un “juicio de ponderación”.

El pensamiento de Luis Fernando Castillo Córdoba (2005, pp.99-129) nos dice que cuando hablamos de conflictos de derechos fundamentales, consideramos realidades que eventualmente pueden encontrarse en oposición. Castillo Córdoba cree que:

Al ejercer un derecho fundamental, éste se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar cómo se construye ese límite al derecho fundamental, son preguntas claves para una teoría de los derechos fundamentales.

Castillo, nos sitúa en una posición donde la situación de conflicto se reduce a que un derecho triunfe y el otro se desplace, uno por encima del otro en orden de jerarquías, y aquí es necesario entonces encontrar los mecanismos que justifiquen esa prevalencia de un derecho en detrimento del otro. Aquí entonces, expone que: *“Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos.”*

Marca la importancia para encontrar la solución a estos conflictos, según la supremacía de uno u otro, como dependientes de la escala de valores que se emplee para evaluarlos, y determinar de esa forma la importancia de los derechos en pugna, y que esa escala de valores evaluadora y determinante en la solución del conflicto viene impregnada de cuestiones ideológicas.

Continúa Castillo enunciando el otro mecanismo de solución dentro de la concepción conflictivista al que denomina ponderación de derechos, en donde se miden los derechos en conflicto con las circunstancias del caso en particular, para llegar a determinar *“cuál "pesa" más en ese caso concreto, y cuál debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien de una jerarquización en concreto.”*

Actualmente surge una nueva corriente doctrinaria que postula una interpretación constitucional armonizadora de los derechos fundamentales, mediante el recurso prudencial al contenido esencial y a la finalidad del derecho fundamental.

Buscando una solución a esta jerarquización o ponderación de derechos fundamentales, Castillo opina que las posiciones conflictivistas traen aparejadas consecuencias desfavorables para el valor que hay que asignarles a estos derechos fundamentales. Por lo cual propone una nueva interpretación que permita armonizar todos los derechos que la constitución nos otorga como personas que somos.

Pone su punto de partida en la persona humana, y la finalidad en el desarrollo integral en todas sus dimensiones, del hombre. Considera a la persona en forma individual y social, espiritual y material. Sostiene que

“los derechos del hombre son desprendimientos o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente como lo es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera de que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto”

Por lo tanto, si rechazamos la postura conflictiva de los derechos fundamentales de todos los hombres, y aceptamos su unidad y armonía en cuanto a la naturaleza del hombre, las controversias que entre ellos se genere surgen necesariamente del contenido jurídico constitucional que cada uno trae aparejado.

Resulta interesante continuar con el pensamiento de Castillo, al concebir que la unidad y coherencia que surge de concebir al hombre y sus derechos, como realidades unitarias, fáciles de aceptar y comprobar en su consideración individual, se rompe o resquebraja al entrar en el terreno de las relaciones humanas.

Entonces comienza la duda de que es lo que realmente entra en conflicto en nuestro trabajo, en nuestra idea de hacer primar la intimidad de la pareja o del donante, o el derecho a la identidad del niño nacido por inseminación heteróloga al momento de legislar sobre las TRA⁶¹ heterólogas.

Castillo considera, postura a la que nos unimos, que al romperse la unidad y el equilibrio es solo en su apariencia cuando entramos al ámbito de relaciones del hombre con otros hombres ya que la naturaleza del ser humano no está dada solo por su esfera individual sino que indiscutiblemente y innegablemente se encuentra inserto en una realidad social que lo despoja de su ámbito interno cuando traspasa esa frontera de lo su propia intimidad involucrando otros intereses que le son ajenos. Y como los derechos son

“manifestaciones jurídicas de la naturaleza humana, y al tener ésta tanto una dimensión individual como otra social o relacional, el contenido

⁶¹ Técnicas de reproducción asistida.

jurídico de los derechos fundamentales no puede formularse atendiendo a una sola de esas dimensiones.”

Así podemos concluir que *“los contenidos de los distintos derechos se configuran plenamente sólo considerando a su titular dentro de una comunidad y, por tanto, en relación con otros también titulares de derechos.”*

El hombre no vive solo, sino en sociedad y su ámbito interno e individual traspasa las fronteras cuando se relaciona con terceros ajenos a su ámbito interno o privado. Por lo tanto, esos derechos de los que venimos hablando tienen límites que habrá que tener en cuenta cuando entramos en el ámbito interno del otro que ya no es el nuestro.

El maestro Zagrebelsky (1997, p. 110) dice:

“Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto, esto es, la condición que eventualmente permitiría construir un sistema formal cerrado a partir de uno sólo de ellos. Concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos”

Quienes se adhieren a esta nueva visión de una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, afirman que los criterios de solución a las diferentes controversias que involucren derechos fundamentales, pasan necesariamente por la determinación del contenido jurídico constitucional o esencial de los mismos.

Definen el contenido esencial de un derecho como la especificación de algunos, dentro de los cuales podríamos nombrar: los fines para los cuales es ese derecho, quien es su titular quien debe respetarlo, su sentido, alcance y condiciones de ejercicio, entre otros.

Establecen, además que el contenido de cada derecho no debe considerarse desde su concepto formal sino desde su noción teleológica, es decir, atendiendo a su finalidad, tanto histórica como actual, y a los bienes humanos que se intentan proteger o las conductas que se tratan de impedir, atendiendo a ese contenido en función de las circunstancias del caso concreto, pues no será formulado en forma abstracta, sino en concreto. (Fernando Toller, 2005, p- 1028).

La postura de Saux, Edgardo I. (2004, Apartado I) es la de que los conflictos entre derechos fundamentales del hombre *“ha generado un nuevo tipo de conflicto hermenéutico especialmente para el juzgador, en particular en aquellos casos en los cuales la controversia traída a decisión enfrenta derechos, principios o valores”*

Saux considera que al momento de analizar estos derechos de rango equivalente y admitidos por nuestra constitución como garantías propias de cada uno de los hombres de esta nación; las decisiones judiciales sitúan al juzgador en un terreno muy delicado y de amplia actualidad y proliferación de defensa individual de todos estos derechos que la constitución y los tratados de rango constitucional han venido a ofrecernos para declararnos poseedores de una dignidad infranqueable como parte de la humanidad que conformamos.

Este tipo de conflictos o pugna de derechos excede de tal forma lo puramente normativo, la letra de la ley específicamente, siendo necesario dar una justificación racional que aplique, al decir de Saux, los principios de universalidad, consistencia y coherencia.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

7. Conclusión

La bioética con sus tres principios rectores autonomía, beneficencia y justicia acude al auxilio del derecho a través de la biojurídica para garantizar la dignidad del hombre al momento de instalar límites legales a la aplicación de los avances tecnológicos, adecuando el marco científico a los principios y valores de la ética en relación con la vida.

El ser humano, desde sus comienzos, goza de un status jurídico que le es propio, según se encuentre dentro o fuera del seno materno, existiendo distintos grados de protección en uno u otro caso.

Considerando que en las TRA⁶² heterólogas, interviene material genético ajeno a la pareja y donde la procreación que no se da naturalmente, se realiza con ayuda de terceros, es que queda claro que se genera una relación jurídica de base y otra derivada que conforman verdaderos contratos entre partes, destinados a un fin concreto.

Estos contratos carentes de legislación formal y moral, se rigen actualmente en nuestro país por consensos, códigos de ética y guías clínicas, y hasta en algunos casos marcan que la donación de gametos es un contrato libre, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado.

Tomando como avance de nuestra legislación el anteproyecto de reforma del C.C. y cual es su actitud respecto al tema tratado en nuestro trabajo, podemos decir que su redacción y postura es la más liberal de todas en relación a las legislaciones del derecho comparado, dejando a un lado la verdad biológica del niño y dando entrada a la voluntad procreacional, determinante de nuevos vínculos filiatorios pactados de antemano por estos contratos.

Si dejamos penetrar esta idea de que la voluntad procreacional desplace a la verdad biológica aniquilándola en su totalidad, estaríamos retrocediendo en la historia,

⁶² Técnicas de reproducción asistida.

estaríamos negando a las personas nacidas bajo las TRA⁶³ a gozar de los mismos derechos que los hijos nacidos naturalmente.

Los derechos fundamentales que a todos nos pertenecen no pueden jerarquizarse o desplazarse por el avance tecnológico que debe ir en pos de la vida, del provecho del hombre, de hacer un mundo cada vez mejor.

Estos derechos no pueden ser objeto de contratos, ni de donaciones, ni de comercio alguno.

La letra de la ley no puede privar al concebido bajo las TRA de gozar de todos los derechos humanos que son dones otorgados desde el momento mismo de la concepción. Si nuestra Constitución y los tratados internacionales pregonan los derechos personalísimos como ley suprema, no puede entonces buscar un enfrentamiento nuclear o de base entre derechos, otorgando a unos lo que a otros no. El derecho a la verdad de origen, tan predicado por nuestro país por nuestra propia historia, no puede volver a mancillarse porque la letra de la ley sea confusa o contradictoria y no podemos aceptar legislar de manera consecuente con nuestro triste pasado.

Demos lugar a la primacía de la persona sobre la técnica al igual que otras legislaciones del mundo que pueden ser ejemplo para nuestros legisladores, hagamos de la vida humana algo digno de enaltecernos como país, y no demos lugar a conflictos que pueden ser evitados.

Hemos tratado de ver como resolver el enfrentamiento que se producirá si el anteproyecto de reforma del C.C. se plasma en letra que será obligatoria en cuanto a los derechos fundamentales intimidad–identidad que las nuevas técnicas de reproducción humana han ofrecido a tantas parejas deseosas de procrear. Nuestra legislación debe ordenar y prevenir para que se respete la dignidad de todos los involucrados.

⁶³ Técnicas de reproducción asistida.

Los tres sujetos intervinientes en los contratos de las TRA⁶⁴ gozan de los mismos derechos que aquí se encuentran en pugna.

Por un lado los padres y el donante, desde su derecho a la libertad hacen uso de su derecho a la intimidad. Siendo sujetos con capacidad de hecho y de derecho, capaces de expresar sus pensamientos y hacer valer este derecho a la intimidad y a las no injerencias de terceros en su vida privada. Deseosos de descendencia, dan su consentimiento en un contrato entre partes en desigualdad de condiciones, ya que en la otra rivera de los derechos fundamentales nos encontramos con el derecho a la identidad de ese hijo que es causa fin del contrato del que hablamos, pero al cual le negamos el derecho a la libertad de elegir en su futuro el conocer su verdadero origen biológico. Ese niño, sin capacidad de discernimiento ni de acción, es la otra parte del contrato derivado que en desigualdad de condiciones verá frustrada su posibilidad de ejercer los mismos derechos que el resto de los hijos nacidos por las técnicas naturales.

Voluntad procreacional, palabras que el derecho puede crear para establecer un vínculo filiatorio que se encuentra huérfano de verdad, pero que la carga genética no dejará escapar a la hora de generar una verdad histórica, sobre el inicio de la vida de ese niño.

El "Big-Bang" trata de explicar el inicio y la evolución del universo. Y el hijo nacido por voluntad procreacional bajo un marco jurídico de desigualdades, buscará en su futuro el “big-bang” de su propia identidad, de su propia historia ya que aquellos adultos que tanto lo desearon le entregaron un “big-bang” lleno de misterios y renuncias en las que alguien puso en ley la discriminación de no llegar a entregar la verdad maravillosa del inicio de la vida. El silencio pactado entre los adultos, en forma libre, formal y con consentimiento, les ha negado a estos niños, los derechos que a todos y a cada uno de nosotros nos corresponden.

Nacer con dignidad, crecer con la verdad, amar por decisión y no por contratos de silencios es un desafío que enfrentan la tecnología y la ciencia junto al derecho de saber

⁶⁴ Técnicas de reproducción asistida.

quienes somos, porque estamos en este mundo y que futuro queremos para nosotros y nuestros hijos.

Por ello, el anteproyecto de reforma del C.C. debe fundar la legislación de las TRA⁶⁵ en base a la verdad, respetando en primera medida, el derecho fundamental del niño, dando la oportunidad a esa persona, de que cuando adquiera la mayoría de edad, y en caso de quererlo, pueda llegar a conocer su origen genético, al igual que se legisla hoy para la adopción plena.

Estamos a tiempo de hacer nacer una legislación armónica y en paz con los derechos fundamentales, que no sea origen de controversias jurídicas que se plantearán por haber jerarquizado derechos en abstracto, en lugar de buscar la armonización de ellos. Que nuestras normas otorguen a la ciencia el lugar que le corresponde, o sea el segundo, comenzando por el niño, que en búsqueda de su verdadera identidad planteará ante el juez una controversia de derechos fundamentales que le correspondieron y la ley le negó, no habiendo respetado su propio origen o concepción, vedándole el acceso a su verdad genética, que la ley permitió que le fuera negada por contrato para mantener la intimidad de la pareja o el anonimato del donante.

Si la justicia busca y desea la verdad para toda la comunidad entera, hagamos que desde la cuna se la predique con el ejemplo.

Saber quienes somos nos tornará más sabios a la hora de decidir el futuro de la humanidad, que aunque inundada de belleza y sabiduría, a veces nos cuesta descubrirla.

“La necesidad de legislar las nuevas técnicas de reproducción asistida conforme los derechos fundamentales involucrados.”

8. Bibliografía

⁶⁵ Técnicas de reproducción asistida.

Doctrina:

1- Andorno, Roberto (1994). “Los Derechos Nacionales Europeos frente a la procreación médicamente asistida: ¿Primacía de la técnica o primacía de la persona?”, [Versión electrónica] L.L-E, 1498.

2- Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora (2011, Apartado I y VII) “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”. [Versión electrónica] La Ley Uruguay 2011-10, 1304.

3- Dra. M^a Dolores Vila-Coro, (2005, Apartado XVI, p. 313/321) “El marco jurídico en la Bioética. Cuadernos de Bioética”, [Versión electrónica].

4- Ab.Cristina González Unzueta (2011, p. 1). Materia: Ética y deontología profesional de la Universidad Empresarial Siglo 21.

5- Reich W. (1978, p. XIX) Encyclopedia of Bioethics. Vol 1.

6- Sierra X. (2011, p- 4) Ética e investigación médica en humanos: perspectiva histórica. [Versión electrónica] Actas Dermosifiliogr.2011. doi:10.1016/j.ad.2011.03.016.

7- Minyersky, Nelly Flah, Lily R (2011, Apartado III). “El embrión, el feto y la vida humana” [Versión electrónica], L.L, 1.

8- Figueroa Yañez, Gonzalo (2009, p. 284 y ss.). “El comienzo de la vida humana: El embrión como persona y como sujeto de derecho” en Bioética y Derecho, BERGEL-MINSYERSKY coordinadores. Rubinzal Culzoni, Santa fé, 2003 [Versión electrónica]

9- Lucrecio Rebollo Delgado (2000 p.97-135). “Constitución y Técnicas de Reproducción Asistida” [Versión electrónica] Boletín de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España). Facultad de Derecho, núm. 16, 2000. ISSN: 1133-1259.

10- L. Vergara (2011, Apartados V y VI) “La finalidad en los contratos de fertilización asistida”. [Versión electrónica] LA LEY 26/10/2011, 1.

11- F. Luna, "Problemas en torno a las nuevas formas de procrear" en Decisiones de vida y de muerte, Sudamericana, página 229 y sgs.

12- Krasnow, A. N. (2007, Apartado II y III). “El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida”. [*Versión electrónica*] L.L-F, 1224.

13- Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa Lamm, Eleonora (2010, p. 9/10). “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”. [*Versión electrónica*] L.L. 20/09/10, 1.

14- E. Sambrizzi (2011, Apartado III) “La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación” [*Versión electrónica*] LA LEY 03/11/2011, 1.

15- HERITIER, François, Masculin (1996) Féminin. La pensée de la différence, Odile Jacob, París, 1996, citada por Comité Consultatif National d'Ethique de Francia. Opinión n° 90 sobre "Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación" recuperado el 20 de mayo 2012 de <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf>.

16- Corral Talciani, Hernán (1994, pp. 167 y ss), "Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia", [*Versión electrónica*].

17- Mizrahi, Mauricio Luis (2010, Apartados II y X). “El niño y la reproducción humana asistida”. [*Versión electrónica*] L.L 30/8/2010.

18- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima edición, Madrid, Espasa Calpe, 1984, t. I, p. 642.

19- Krasnow, A. N. (2005, Apartado III). “La filiación y sus fuentes”. [*Versión electrónica*] L.L-A, 1458.

20- Avalos Rodríguez, Gabriel E. (2010, Apartados I, V, XI y XIII) “Derechos de la Personalidad”. [*Versión electrónica*]. Publicado en La Ley online.

21- J. N. LAFFERRIÈRE (2010, ps. 145/147) “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico”, *Vida y Ética*, año 11, n° 1, Buenos Aires, (junio, 2010). [Versión electrónica] <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tecnicas-procreacion-artificialheterologas.pdf>.

22- - Kemelmajer de Carlucci Aída (2004, p. 511-530), “El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales”, [Versión electrónica] págs. 511-530.

23- MALAURIE, Philippe (2003, p. 546) "*La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre*", [Versión electrónica] *La semaine juridique*. Núm 26, 2003.

24- Navarro Floria, Juan G (2012, inc. c)), *Revista Criterio*, N° 2381 “Una revolución legislativa: el nuevo Código Civil” [Versión electrónica]

25- Santos Cifuentes (1997, p. 150 y ss) “Elementos de Derecho Civil, Parte General”, [Versión electrónica] (4° Ed.), Astrea, Buenos Aires, 1997 § 27.

26- Cifuentes, Santos (1999, p. 2/3) “Elementos de Derecho Civil. Parte General”. (4° Ed.), Buenos Aires, Editorial Astrea.

27- Laplacette, Carlos José (2006, Apartado II). L.L 24/11/2006, 1.

28- Werner Goldschmidt (1987, p. 417) "Introducción Filosófica al Derecho", [Versión electrónica] Editorial Depalma, (6ª ed).

29- N. Lloveras – M. Salomon “El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional”. Editorial Universidad Buenos Aires. Año 2009. Pág. 143.

30- Torres Santomé, N. E. (2008, p. 1/2). “La identidad y la filiación”. [Versión electrónica] *Sup. Act.* 10/06/2008,1

31- Quima Oliver i Ricart (2004, P. 23/26) Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF Uruguay. “La Convención en tus manos. Los derechos de la infancia y la

adolescencia”, [Versión electrónica] D.L. 334.065, UNICEF Uruguay. ISBN: 92-806-3831-9.

32- R. Zurriarain (2011, ps. 202/204) “Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado” [Versión electrónica] Cuad. Bioét. XXII, 2011/2ª.

33- Robert Alexy (1997, ps. 152 y sgtes) “Teoría de los derechos fundamentales”, [Versión electrónica].

34- Ronald Dworkin (1984) “Los Derechos en serio”. [Versión electrónica] Editorial Ariel S.A. (Barcelona). 1era. edición., p. 26.

35- Castillo, Córdova, Luis Fernando (2005, pp.99-129). “¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?”. Cuestiones Constitucionales, enero-junio, número 012, Mexico, pp.99-129. ISSN, [Versión electrónica] (versión impresa) 1405-9193.

36- G. Zagrebelsky (1997, p.110), “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, [Versión electrónica] (2.a Ed.), Madrid.

37- Fernando TOLLER (2005). “Interpretación Constitucional”. [Versión electrónica] México: Editorial Porrúa, p.1028.

38- Saux, E. (2004, Apartado I) L.L 2004-B, 1071-

Jurisprudencia:

1- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2011-09-13 ~ P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias

2- Juzg. Cont.Adm y Tribut. Nª 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “M. del P. C. y otra c. GCBA”, AR/JUR/15967/2011

3- Juzgado en lo Contencioso administrativo y Tributario Nro. 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. “M. Y. M. y otros c. GCBA s/amparo”, AR/JUR/33154/2011.

4- STEDH de 13 de febrero de 2003, TEDH 2003/8. “ECHR, Odievre v France, 2003.” Application no. 42326/98

Legislación:

1- Artículo 70 del Código Civil.

2- Artículo 240, C.C. s/texto ley 23.264.

3- Artículo 242, C.C. sustituido por art. 19 de la Ley N° 24.540.

4- Artículo 243 C.C. sustituido por art. 2° de la Ley N° 23.515.

5- Artículo 244 C.C. sustituido por art. 2° de la Ley N° 23.264

6- Artículo 245 C.C. sustituido por art. 2° de la Ley N° 23.264

7- Arts. 311, 339, 340, 388 del Código Civil, modificados por ley 23.264 del 25 de septiembre de 1985.

8- Arts. 1071 bis. Agregado por ley 21.173.

9- ley 24.779: arts. 323, 328

10- Arts. 16, 19, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

11- Ley 26.618 de modificación al C.C. Matrimonio Civil. Sancionada el 15/07/10 y publicada el 21/07/10.

12- Ley de la Provincia de Buenos Aires 14.208

13- Ley 11.723: arts. 31 a 35.

14- Ley 18.248, 21.173, 23.592 modificada por ley 24.782, 24.417 y 24.192.

15- Declaración Universal de los Derechos Humanos: Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

16- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU --aprobada por nuestro país por ley 23.849.

17- Convención Americana de Derechos Humanos. Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por Ley 23.054.

18- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

19- Ley Federal de Protección de Embriones (1990)- Alemania

20- Italia. Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre *Normas en materia de procreación médica asistida*. *Boletín Oficial*, nº 45, 24 febrero 2004.

21- Francia. Ley nº 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la Bioética. *Boletín Oficial de la República Francesa*, de 7 de agosto de 2004.

22- España. Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

María Soledad Costa (mausicosta@hotmail.com)