



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Tema: La donación de esperma y un posible conflicto entre dos derechos constitucionales.

¿EXISTE UNA CONTRADICCIÓN ENTRE EL DERECHO AL ANONIMATO DEL DONANTE DE ESPERMA Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO?

**Abogacia
Reineri Federico**

Año 2009

INTRODUCCIÓN

"Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad".

Thomas Jefferson

Todo ser humano, por el mismo hecho de ser hombre, por su inalienable dignidad de persona humana, tiene derecho natural a todo aquello que es necesario a su propia realización. Una de sus ansiosas y leales perspectivas es aquella de procrear y trascender su descendencia familiar. De un proceso normal dotado por la misma naturaleza humana puede surgir un nuevo ser, una vida.

La procreación humana en la actualidad ha sufrido las consecuencias de los factores negativos que la han transformado en un proceso complicado que requiere la interacción precisa de numerosos sistemas del organismo y cuya eficacia es muy baja comparada con la reproducción de otras especies de mamíferos.

El avance de la biotecnología y los descubrimientos científicos han logrado la posibilidad de obtener vida humana por medio de nuevas técnicas de procreación humana asistida, de reducida y alta complejidad, como la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro. Estas Técnicas aparecen como vías alternativas para suplir el grave dilema que genera la esterilidad e infertilidad de las parejas, haciendo posible la venida de un hijo.

Precisamente **LA DONACIÓN DE ESPERMA** constituye un importante eslabón dentro de la fecundación asistida. Su empleo en las más variadas técnicas, facilita la obtención de resultados positivos, como la formación de embriones humanos.

La donación de gametos realmente ha conmocionado los ámbitos de la genética, de la biología, de lo social, de lo ético y de lo jurídico del origen, transmisión y conservación de la vida humana; imponiéndose cada vez más, a pesar de las fuertes posiciones doctrinales y religiosas en su contra –como explicitaremos más adelante– en las sociedades mundiales, donde todavía el pensamiento moral y ético se resiste a comprender el significado del alcance de estas avanzadas técnicas biogenéticas.

La donación puede realizarse tanto sobre gametos femeninos como masculinos. Ambas formas facilitan la reproducción humana, pero necesariamente conllevan un minucioso estudio de investigación biológico-genético, social y jurídico, por separado. Es por ello, que pretendemos extender nuestro trabajo hacia la donación de gametos masculinos, para lograr un desarrollo amplio y completo del tema, sobre todo en sus aspectos jurídicos; sin excluir los aspectos generales y propios de la donación de gametos femeninos, a los fines de inspirar nuevos y próximos trabajos de investigación.

En la Argentina, donde la procreación humana asistida con donación de esperma todavía no tiene un cuerpo normativo regulatorio especial, como lo es en Francia y España; los sujetos involucrados en dichas prácticas, como son los receptores o beneficiarios, los dadores de gametos, los médicos, y la persona concebida, pueden proteger sus derechos basándose en las normas constitucionales. Por ejemplo, podemos citar el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y los artículos 18, 19, 20 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

Muchos son los proyectos de ley que proponen Diputados y Senadores en el Congreso de la Nación, pero todavía no existe una decisión política que los apruebe; algunos ya se encuentran archivados, como por ejemplo el Proyecto de Ley de los Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere (1991), Proyecto de ley del Diputado Nacional Juan Pablo Cafiero (1993), Proyecto de ley del Diputado Nacional Eduardo Camaño, otros con estado parlamentario como el Proyecto de ley de los Diputados Nacionales Miguel Bonasso y Claudia Fernanda Gil Lozano (2008).

Como consecuencia del actual vacío legal, queda en manos de los Centros de Salud especializados en reproducción asistida y de los Bancos de Semen, la autorregulación de dichas prácticas y del congelamiento de gametos. Es por eso que urge la necesidad de elaborar un cuerpo normativo a los fines de que se regulen los procesos médicos expresados y se protejan los derechos y deberes de las personas involucradas.

Los problemas que genera la procreación humana asistida con material genético de una tercera persona extraña a la pareja o cónyuges, son muchos y de diversas índoles. Por lo que nos parece apropiado estudiar y evaluar uno de los conflictos representado como colisión de derechos constitucionales:

Por un lado, **EL DERECHO A LA IDENTIDAD QUE GOZA EL NIÑO DESDE LA CONCEPCIÓN**. El niño concebido por medio de técnicas asistidas con gametos de terceros, pretende conocer su verdadera identidad.

Por el otro, **EL DERECHO AL ANONIMATO DEL DADOR DE GAMETOS**, que procura reservar su identidad frente al niño concebido con su material genético donado y frente a los receptores o beneficiarios de estas técnicas.

Dicha oposición de derechos está fundamentada en la pretensión de prevalecer uno sobre el otro.

Surgen, además, otras cuestiones -sobre todo en el ámbito familiar- donde se plantea el siguiente interrogante; ¿A quién le correspondería la paternidad respecto de aquellos hijos concebidos bajo la técnica de procreación con donación de gametos sexuales de tercero?, al Donante, quien aportó el material genético sin voluntad de ser padre, o al Benefactor (esposo o pareja), quien requirió voluntariamente esta forma de asistencia, con voluntad de procrear y convertirse en padre. Para algunos doctrinarios argentinos la paternidad se determina por el vínculo biológico; para otros, en cambio, se establece por el consentimiento de procrear. Por ello, de cada postura reflexionaremos sobre sus consideraciones al respecto, y esbozaremos los fundamentos de esta nueva forma de filiación, surgida a partir de la donación de esperma.

Finalmente, reconocemos que la propuesta de análisis elegida en este trabajo, es totalmente abierta a un modelo multidisciplinario de estudio, en el que se recorre un camino por diversas dimensiones desde lo biológico-médico a lo jurídico-social -ético. Siempre a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que en ella se incorporan, como lineamiento y sostén de esta iniciativa de investigación que pretende el respeto absoluto e indispensable del inicio de la vida humana, de la individualidad del ser humano, de la identidad y dignidad de la persona.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

- Analizar una supuesta contradicción de intereses entre el derecho del niño a conocer su identidad y el derecho del donante a su anonimato.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analizar los derechos del donante de esperma y los derechos del niño, nacido a través de este mecanismo.
- Analizar los pros y contras de defender la preeminencia de uno de estos derechos.
- Determinar las consecuencias jurídicas de darle protección a cada uno de estos derechos.
- Verificar de qué manera regula el derecho comparado este tema, cuáles son los derechos que tienen las partes.
- Estudiar los tratados internacionales que se refieran al tema y analizar cuáles son ratificados por nuestro país.
- Analizar las implicancias éticas de este problema.
- Brindar una alternativa para una posible ley que regule estos casos.

CAPITULO I

1. PROCREACIÓN HUMANA

1.1 FECUNDACIÓN Y REPRODUCCIÓN

Comprendemos, por medio de un concepto biológico-médico, que “**la reproducción humana** es la formación de un embrión que requiere la unión de los gametos femenino y masculino, esto es, el ovocito y el espermatozoide, cuyo proceso se conoce como la **fecundación**.”

Para llegar a esta unión debemos contar con un intrincado sistema de generación tanto de espermatozoides (espermatogénesis) obtenido en el aparato reproductor masculino, como de ovocitos (ovogénesis) aparato reproductor femenino. En la espermatogénesis se producen millones de espermatozoides diarios; mientras que la ovogénesis, sólo produce un óvulo cada 28 días.

Por otro lado, es necesario que las células reproductivas humanas tengan una buena calidad, y esto está determinado en forma principal por la carga o información genética que posea cada individuo. Muchas veces las fallas reproductivas tienen su origen a nivel genético por lo que a pesar de producirse gametos éstos no son aptos para generar embriones viables.”¹

1.1.1 Mecanismo de unión de los gametos

En grandes rasgos, la unión del espermatozoide con el ovocito determina la formación de un huevo o cigoto que luego se convertirá en el embrión. En cada eyaculación se liberan gran cantidad de espermatozoides (de 40 a 250 millones), que además deben tener una morfología y movilidad satisfactoria, ya que deficiencias en éstos parámetros pueden afectar su capacidad fertilizante. Normalmente en un ovocito solo penetra un único espermatozoide, fusionándose los núcleos masculino y femenino y comenzando entonces el desarrollo del nuevo ser.²

Específicamente, el proceso es el siguiente: una vez que los espermatozoides han sido depositados en la vagina, inician de inmediato su viaje ascendente hasta cruzar el cuello uterino y llegar al útero. Algunos espermatozoides no llegan al final del viaje, ya que se

¹ Ver página web http://www.grupogestar.com.ar/esp/reproduccion_asistida.htm.

² Ídem Cita Nro. 1.

deterioran y mueren debido a la acidez vaginal. De esta manera, la naturaleza se asegura de que espermatozoides dañados o enfermos no puedan fecundizar el óvulo.³

Los millones de espermatozoides que han llegado al útero se alimentan gracias al moco alcalino del canal cervical. Luego, viajan hacia las trompas de Falopio. Demoran unos 45 minutos en recorrer este camino que mide 20cm; de hecho, solo unos 2.000 espermatozoides pueden sobrevivir. Durante no más de tres días, los espermatozoides vivirán dentro de las trompas de Falopio, listos para fusionarse con un óvulo. Si ya hay un óvulo en la trompa, la fecundación ocurre de inmediato.⁴

La fecundación se realiza cuando el espermatozoide penetra la superficie del óvulo. Cada espermatozoide lleva consigo una enzima que ayuda a licuar la superficie externa del óvulo para facilitar su penetración. Una vez que el óvulo está fertilizado, los demás espermatozoides mueren. Luego, el óvulo y el espermatozoide se fusionan para formar un núcleo único que después se divide en dos células. En un plazo de 72 horas, las células se dividen varias veces hasta dar forma a un huevo compuesto por 64 células. El óvulo recién fecundado viaja hacia el útero en un período de aproximadamente siete días, iniciándose la etapa de una masa microscópica, la etapa de la nidación o implantación. Una vez que el huevo se ha anidado en útero, se inicia la primera etapa del desarrollo del futuro bebé.⁵

1.2 PROCREACIÓN HUMANA ASISTIDA

Pudiendo comprender en el título anterior que la procreación humana fluye como un acto natural y deseable en la vida del hombre, ocurre muchas veces que por diversos motivos no se puede concebir de forma natural y se recurre entonces a las llamadas Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Los modernos avances científicos en la biomedicina y al biotécnica han posibilitado el desarrollo de las técnicas mencionadas -de creciente aplicación en la biogenética- que mediante terapéuticas alternativas de reproducción, procuran paliar casos de esterilidad humana; los que se implementan actualmente en la mayoría de los países fuera de las previsiones del derecho, generándose una verdadera asincronía entre realidad y normatividad.⁶

³ La Voz del Interior, Suplemento Nro. 20, "La Concepción y la Reproducción Humana", Editorial Santiago, Chile.

⁴ Ídem Cita Nro. 3.

⁵ Ídem Cita Nro. 3.

⁶ Galliano de Díaz Cornejo, Sara Elisa y Servidio de Mastronardi, Ana María, "Reflexiones acerca de las modernas técnicas de Reproducción Asistida", XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, Trabajos y ponencias, 1995, Pág. 99 ss.

Aclaremos que durante el desarrollo del trabajo utilizaremos los términos reproducción humana y procreación humana de forma indistinta.

1.2.1 Técnicas de procreación asistida

En la actualidad, la reproducción humana no es solo resultado de la unión intersexual, ya que, debido al aumento de causas de infertilidad (que luego observaremos), se ha incrementado la aplicación de determinadas técnicas médico-científicas que la hacen posible.

La procreación humana puede ser asistida médicamente de la siguiente manera:

a) **La Inseminación Artificial**, considerada una técnica de baja complejidad⁷ debido a que es muy sencilla su realización, favoreciendo la fecundación natural cuando ésta es posible. La inseminación artificial está destinada a producir la fecundación, a través de la introducción del semen en el cuello o en el interior del útero de la mujer.⁸ Es una técnica muy antigua, en 1785 el cirujano escocés John Hunter (1728-1793) realizó en Inglaterra, los primeros intentos de inseminación artificial humana, resultando el nacimiento de un niño sano. La técnica fue aplicada a un comerciante adinerado de tejidos que presentaba hipospadia, al cual Hunter le propuso recoger su semen en una jeringa caliente e inyectarlo en la vagina de su mujer.⁹

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga:

La Inseminación Artificial Homóloga, se practica con semen del marido, en los casos en que a pesar de ser ambos cónyuges o pareja fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual.¹⁰

En tanto, la Inseminación Artificial Heteróloga, se practica con semen de un donante y se la ha practicado en casos en que el marido es estéril, también por incompatibilidad de Rh, incluso si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil.¹¹

⁷ De Patiño, Myriam, "Procreación asistida. Técnicas y problemas. Propuestas a tener en cuenta en futuras legislaciones", XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, Trabajos y ponencias, 1995, Pág. 303 ss.

⁸ Piccotto, María Esperanza, "Procreación Asistida-algunas consideraciones en el Derecho de Familia y Responsabilidad Médica", XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, Trabajos y ponencias, 1995, Pág. 264 ss.

⁹ Revista Iberoamericana de Fertilidad, "Esterilidad y Reproducción Asistida", Vol. 22- N° 1, España, Enero-Febrero - 2005-Pág. 18. ver en http://www.institutobernabeu.com/upload/ficheros/publicaciones/esterilidad_y_reproduccion_asistida.pdf.

¹⁰ Ídem Cita Nro. 6.

¹¹ Ídem Cita Nro. 6.

Se denomina inseminación intracervical si el gameto masculino es introducido en el cuello del útero, e intrauterina si es introducido directamente en el interior del útero.

b) La Fecundación In Vitro o Extracorpórea, son técnicas de alta complejidad¹² que reemplazan la fecundación natural por una fecundación in vitro, que se produce fuera del seno materno, es decir, se realiza en un laboratorio de embriología altamente equipado.

“La más usual es **FIV - Fecundación In Vitro o extracorpórea** que consiste en poner en contacto los espermatozoides con los óvulos en el laboratorio, esperando que el espermatozoide penetre en el óvulo y lo fertilice. Consta de cuatro fases: 1) aspiración de los óvulos de los folículos ováricos por vía transvaginal con control ecográfico. 2) Recogida de semen. 3) Se unen los óvulos con los espermatozoides seleccionados y se mantiene juntos en una placa de vidrio durante 16 a 18 horas donde se podrá observar, a través del microscopio, al óvulo fecundado en estado de pronúcleo. 4) Transferencia de embriones en el momento que se produce la primera división celular en 4-8-16 células, al útero de la mujer. Previamente se seleccionaron los embriones más viables para asegurar el éxito del proyecto. Esta transferencia tendrá lugar después de 48 hs. de recogidos los óvulos. Se limita a 3 el número de embriones que se obtienen a fin de evitar en la mayoría de los casos embarazos múltiples.

La FIV - Fecundación In Vitro o Extracorpórea Homóloga es realizada con material genético de la pareja o cónyuges.

La FIV - Fecundación In Vitro o Extracorpórea Heteróloga es realizada con material genético de otra persona que no es de la pareja ni cónyuges.

Otras técnicas:

ICSI: Consiste en inyectar un espermatozoide dentro de un óvulo, mediante técnicas de micromanipulación muy sofisticadas.

En ambos casos luego de la fecundación ocurre la división, obteniéndose los embriones, los cuales son transferidos al útero donde se implantarán por sí mismos.

GIFT: es la transferencia tanto de óvulos como de espermatozoides dentro de la trompa de Falopio para que la fecundación se produzca en su interior. Si bien esta técnica imita los mecanismos naturales de la fecundación, cayó en desuso debido a que es necesario realizar una Laparoscopia con anestesia general, y sus resultados no son superiores a los de las técnicas anteriormente descriptas.

¹² De Patiño, Myriam, "Procreación Asistida. Técnicas y problemas. Propuestas a tener en cuenta en futuras legislaciones", XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, Trabajos y ponencias, 1995, Pág. 304 ss.

PROST: es la transferencia de ovocitos pronucleados. Esto es cuando el óvulo ha sido fecundado y contiene tanto el pronúcleo masculino como el femenino pero sin haber ocurrido aún el intercambio genético.

TET: es la transferencia de los embriones dentro de las trompas. Se realiza mediante una laparoscopia bajo anestesia general y está indicada habitualmente cuando el cuello del útero no permite el pasaje de la cánula de transferencia intrauterina.

Ovodonación: es la utilización de óvulos de una donante anónima para la realización de técnicas de alta complejidad. Tratamiento diseñado para mujeres que no producen óvulos o los producen de mala calidad, así como para aquéllas que padecen enfermedades genéticas que pueden transmitir a sus hijos. No es un procedimiento sencillo: las donantes de óvulos requieren el mismo tratamiento medicamentoso que las mujeres que se someten a FIV y la receptora debe preparar al útero (endometrio) para la implantación del huevo fertilizado”.¹³

Como observamos, la procreación humana asistida surgió como fruto del avance científico, y continúa creciendo y perfeccionando sus técnicas a los fines de satisfacer la necesidad humana de reproducción, subsanando la esterilidad e infertilidad, que hace imposible tal desarrollo.

El Dr. Antonio Mackenna Iñiguez¹⁴, médico chileno, especialista en Infertilidad, Medicina Reproductiva y Endocrinología Ginecológica, Obstetricia y Ginecología General, nos explica que: “Por siglos se ha entendido por esterilidad la incapacidad de dar frutos, lo que, llevado al área de la reproducción humana, significa la imposibilidad de concebir. Esta puede ser voluntaria, como es el caso de la esterilización masculina o femenina; o bien involuntaria, como ocurre cuando hay algún defecto del hombre, de la mujer o de ambos, que impide el logro de un embarazo. Con posterioridad se acuñó el término infertilidad para referirse, en forma más amplia, a la incapacidad de una pareja de tener hijos después de un año de intentarlo sin éxito. El plazo de un año está basado en datos estadísticos que demuestran que entre el 80 y el 90 por ciento de las parejas con vida sexual activa, que quieren embarazarse, logran tener un hijo en ese período. Esta definición incluye tanto la esterilidad involuntaria como la pérdida repetida de embarazos en forma de abortos espontáneos. Hoy en día, en el área médica, se utiliza casi exclusivamente la palabra infertilidad para identificar el problema de salud que afecta a aproximadamente un 8 por ciento de las parejas que se encuentran en edad de tener hijos, y que no pueden.”¹⁵

¹³ Ver página web http://www.grupogestar.com.ar/esp/reproduccion_asistida.htm.

¹⁴ Ver página web: http://www.clc.cl/ver_pregunta.cgi?cod=970614309.

¹⁵ Ver Cita Nro. 14.

La inserción de la mujer en el ámbito laboral ha llegado consigo el retraso en la celebración del matrimonio, en la decisión de vivir en pareja y junto con eso la postergación de tener hijos. En otras palabras, la maternidad se ha atrasado, paralelamente al envejecimiento progresivo de los gametos de ambos sexos.

El aumento de la esterilidad o infertilidad se atribuye a múltiples factores: el stress, el aumento de enfermedades de transmisión sexual, las complicaciones surgidas de abortos-, etc.

1.2.2 Marco Legal

1.2.2.1 Derecho comparado¹⁶

En el derecho comparado, existen leyes sobre la reproducción humana asistida por ejemplo:

- Suecia: Ley sobre la inseminación artificial (1984) y Ley sobre la fecundación in vitro (1988).
- Dinamarca: Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos (1987).
- Noruega: Ley sobre fertilización artificial (1987) y Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994).
- España: Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley núm. 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, Real decreto núm. 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes, Real decreto núm. 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

- Alemania: Ley sobre protección del embrión humano (1990).
- Inglaterra: Ley sobre fertilización humana y embriología (1991).
- Francia: Ley relativa al respeto del cuerpo humano y Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

¹⁶ Ver Página web <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2292>.

1.2.2.2 En Argentina

Son cada vez más las personas extranjeras que eligen la Argentina para someterse a las técnicas de reproducción asistida con el objeto de solucionar sus problemas de fertilidad. Las razones por las cuales optan por este país son las siguientes:

La falta de regulación legal, favoreciendo las donaciones o congelamientos de embriones; el bajo costo de los tratamientos; la atención especializada y profesional que se brinda en los centros de atención; la diversidad de técnicas empleadas -desde inseminación artificial hasta Fecundación in Vitro (F.I.V), ICSI, GIFT, PROST, TET y Ovodonación-; la posibilidad de implementación en parejas o mujeres que no tenga más de determinada edad; la falta de limitaciones en el número de embriones a transferir.

“Actualmente, en algunas clínicas porteñas, ya dos de cada diez parejas que se someten a tratamientos de fertilización asistida son extranjeras. Cada año, cientos de mujeres y hombres de Norteamérica, Europa y Latinoamérica vienen a distintos centros de Capital a concretar el sueño de ser padres. Las razones que justifican el viaje hasta este rincón del mundo son varias. En primer lugar, los precios son más que convenientes: los tratamientos de alta complejidad (los más demandados por los extranjeros) cuestan en Argentina la mitad que en los países del Norte y bastante menos que en otros de la región.

Las parejas valoran la contención afectiva y el trato personalizado, cualidades que están en la idiosincrasia argentina y que difícilmente encuentren en otro lugar...

Actualmente, alrededor del 20% de los pacientes que concurren al centro son extranjeros. Como tenemos sedes en varios países, algunos pacientes que deben trasladarse temporalmente al país siguen el tratamiento aquí, y otros eligen este destino por el prestigio de la medicina argentina, por los costos y por el trato humano. Les sorprende la calidez de los médicos y la flexibilidad en cuanto a los esquemas terapéuticos. Nosotros estamos acostumbrados a trabajar bajo presión y en períodos de crisis, y nos adaptamos más a las necesidades del paciente”, explica Fernando Neuspiller, de IVI Buenos Aires.

En el Centro Argentino de Fertilidad manejan cifras similares. “Los extranjeros valoran mucho la personalización del tratamiento y la contención afectiva, algo que raramente encuentran en otros países”, dice el doctor Marcelo Bergamasco. “Las consultas aumentan a principios de año y en las vacaciones de invierno”.

Claudio Chillik, del CEGyR, confirma que son de afuera el 10% de las parejas que se tratan allí. "La mayoría son de países latinoamericanos, pero también de EE.UU. y Canadá. En 2008, sobre 1.300 fertilizaciones, 132 pacientes fueron del exterior. Lo económico pesa, pero también influyen nuestros excelentes resultados y las diferencias en el trato, que en estos tratamientos es muy importante", dice.

Es tan firme el fenómeno que algunos centros ofrecen un paquete de "turismo reproductivo", que conjuga la asistencia médica con servicios de anfitriones bilingües, asesoramiento en materia de hospedaje y recreación durante la estadía en Buenos Aires... En los últimos años creció el número de pacientes europeos, que ya acaparan la mitad de las consultas extranjeras en nuestro centro", dice Ester Polak de Fried, del CER...

España, por la laxitud de sus normas en materia de fertilización, ganó así un montón de pacientes de países vecinos y algunas de sus clínicas tienen lista de espera de meses, otro factor que favoreció a nuestro país...

Además, Argentina directamente no tiene regulación sobre el tema, lo que suma otra atracción. Acá no hay restricciones, depende de cada centro. Sólo en algunos exigen que haya una pareja o que la mujer no tenga más de determinada edad. Algunos ni siquiera limitan el número de embriones a transferir, un verdadero peligro", advierte off the record un reconocido especialista...". Esto nos informaba el Diario Clarín, de fecha 10/02/2009.¹⁷

Como pudimos observar, a través de datos actuales y reales, en la Argentina, la falta de regulación sobre reproducción humana asistida, sumada la falta de restricciones sobre la utilización y el empleo de gametos sexuales y embriones, constituyen un grave problema social, el que debe ser inducido a una pronta solución.

¹⁷ Publicación Diario Clarín, "Cada vez más extranjeros vienen para tratamientos de fertilidad", Buenos Aires, fecha publicación 10/02/2009.

CAPITULO II

1. DONACIÓN DE ESPERMA

1.1 ASPECTOS GENERALES:

1.1.1 ¿Qué es la donación de Semen?

La donación de semen es un acto voluntario mediante el cual, un varón sano, con una calidad de semen óptima va a realizar una cesión de sus gametos sexuales masculinos para que sean utilizados con la intención de lograr embarazos en pacientes que lo necesiten.¹⁸ Una vez que los donantes pasen satisfactoriamente el proceso de evaluación que exigen todos los Institutos que se dedican a reproducción asistida humana, y Bancos de semen en la Argentina, el donante ingresa a una habitación privada y produce una muestra de semen en un recipiente estéril. Se recolectan los espermatozoides y se los congelan en nitrógeno líquido a -320 grados Fahrenheit (-196 grados Celsius) en un proceso conocido como criopreservación de espermatozoides. Permanecerán congelados hasta que se los necesite para la inseminación.¹⁹

Las instituciones y clínicas que brindan asistencia respecto a la reproducción humana en nuestro país, deben mantener registros apropiados de modo que puedan optar por establecer un límite respecto de la cantidad de embarazos de cada donante. Surge un consenso prudente, producto de su falta de regulación normativa hasta el momento, que indica que el riesgo de un aumento en la consanguinidad superior al que ocurre en la población general es esencialmente nulo si el límite se establece en menos de 10 embarazos por donante. Esto puede modificarse dependiendo de los grupos humanos.²⁰

1.1.2 Aspectos Generales de la Donación de Óvulos.

La donación de óvulos ha crecido en el último tiempo, al igual que el resto de los procedimientos de fecundación in vitro, carente de marco normativo, lo que genera

¹⁸ Ver página web <http://www.ivi.es/pacientes/semen.htm>.

¹⁹ Ver página web <http://www.docshop.com/es/education/fertility/treatments/egg-sperm-donation/>.

²⁰ Osés, Raymond, "Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina", Revista Reproducción (SAMeR), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

incertidumbre para padres y donantes. El tratamiento de ovodonación ofrece una opción de embarazo en mujeres cuya esterilidad se creía era irreversible. Es un tratamiento efectivo con excelentes resultados de embarazo.²¹ Indicado para mujeres que padecen: menopausia, menopausia precoz o falla ovárica prematura, perimenopáusia, mala calidad ovocitaria, mala calidad embrionaria atribuible a los óvulos, aborto habitual de probable origen ovocitario, y enfermedades génicas transmitidas por la mujer.²²

Las donantes de óvulos requieren el mismo tratamiento medicamentoso que las mujeres que se someten a Fecundación In Vitro y la receptora debe preparar el útero (endometrio) para la implantación del huevo fertilizado. La clave es la sincronización de los embriones con crecimiento folicular de la donante. La donación es anónima.²³

Algunos de los óvulos donados provienen de una estimulación hormonal realizada con el propósito de lograr una fertilización asistida. Muchas mujeres producen, durante su tratamiento en busca de un hijo, una cantidad de óvulos en muy buen estado que no utilizarán para lograr sus embarazos. Al donar sus óvulos, permitirán que otras mujeres logren el sueño de convertirse en mamás. Otra opción es recurrir a mujeres que donan óvulos con el fin primordial de ayudar a otras a convertirse en madres. Estas mujeres son seleccionadas en el CER según parámetros muy estrictos de salud y tomando en cuenta su compatibilidad biofísica con las mujeres receptoras de sus ovocitos. Las donantes son monitoreadas cuidadosamente tanto a nivel psicológico como biológico para garantizar no sólo que no corran riesgos sino también que sus óvulos sean de la mejor calidad posible. Los óvulos obtenidos pueden ser utilizados inmediatamente o ser congelados gracias a los avances en criopreservación, hasta que una mujer los precise.²⁴

A diferencia de lo que ocurre con los espermatozoides y los embriones, hasta hace muy poco el óvulo se mostraba renuente a su congelamiento, ya que al congelarse sufría cambio en sus cromosomas que luego impedían su fecundación. Pero a partir del año 1995, un equipo de especialistas del Royal Women Hospital de Melbourne, Australia, ha logrado congelar y descongelar células sexuales femeninas sin que se provocara daño alguno.²⁵

Un centro médico argentino especializado en reproducción abrió un Banco de congelamiento de óvulos en la Ciudad de Buenos Aires en 1997, el primero de America, para

²¹ Ver página web <http://www.grupogestar.com.ar/esp/ovodonacion.htm>.

²² Ver página web http://www.fiszbajn.com/curri_es.htm.

²³ Ver página web <http://www.grupogestar.com.ar/esp/ovodonacion.htm>.

²⁴ Centro Especializado en Reproducción, Buenos Aires, Argentina Ver página web <http://www.cermed.com/donacion.htm>.

²⁵ Galliano de Díaz Cornejo, Sara Elisa y Servidio de Mastronardi, Ana María, "Reflexiones acerca de las modernas técnicas de Reproducción Asistida", XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, Trabajos y ponencias, 1995, Pág. 103 ss.

mujeres que deseen postergar su maternidad y guardar sus propios óvulos "jóvenes". Respecto a esto, el diario Clarín de Buenos Aires nos informa lo siguiente: *“El centro es el Instituto CER, Centro Especializado en Reproducción, dirigido por la doctora Ester Polak de Fried, que ofrece el servicio de congelamiento y almacenamiento de óvulos para todas las mujeres, independientemente de que se tengan o no problemas de fertilidad.*

Se calcula que uno de cada cinco óvulos puede ser defectuoso antes de los treinta años de la mujer. En cambio, después de esa edad, tres de cada cinco óvulos pueden no ser del todo buenos para lograr un embarazo. ..

Mientras se conseguían esos nacimientos, también se mejoró la técnica de congelamiento de óvulos. "No tiene que ser muy rápido porque el óvulo se destruye, ni tampoco muy lento porque el óvulo se deshidrata", comentó.

Entonces, en el instituto se realiza una combinación de dos metodologías. Por un lado, se usa una máquina de preservación que se ha utilizado para congelar embriones, y por otro lado se practica una vitrificación. Así, se expone al óvulo a distintas sustancias que hacen que se forme hielo a su alrededor, pero no en su interior.

Cada mujer que elija esta opción del congelamiento de óvulos tendrá que recibir una estimulación hormonal que dura 15 días. "Esta estimulación se va monitoreando hasta llegar al día en que se aspiran los óvulos en el instituto. Este procedimiento no es doloroso y se hace vía transvaginal", dijo Polak.

Una vez que se aspiran los óvulos, son congelados en nitrógeno líquido a menos de -196 grados centígrados. Todo el congelamiento más el mantenimiento por un año de los óvulos costaría a cada paciente unos 3.000 pesos como mínimo.

Los óvulos son conservados en su estado primario, es decir, sin ser fecundados, y podrán ser solicitados por la mujer en cualquier momento del proceso de congelamiento. Cada mujer debe firmar un consentimiento para todo el proceso.

*En el instituto no congelarán óvulos indefinidamente sino que, según la edad de la mujer, fijarán un límite.”*²⁶

Las mujeres dispuestas a donar sus óvulos deben cumplir con algunos requisitos comunes para las instituciones que van a realizar dicha extracción:²⁷ las donantes deben tener una edad promedio de 25 años y haber tenido hijos; deben realizar pruebas de rutina para garantizar la obtención de óvulos sanos; realizar pruebas hormonales y de fertilidad; detección

²⁶ Diario Clarín.com, “Abrieron un banco de congelamiento de óvulos”, Sec. Sociedad, fecha publicación 30.11.2002 .
Página web <http://www.clarin.com/diario/2002/11/30/s-03501.htm>.

²⁷ Ídem Cita Nro. 24.

de infecciones: chlamydia, hepatitis, gonorrea, sífilis, HIV (virus del Sida), CMV (citomegalovirus); y detección de anomalías cromosómicas (análisis de cariotipo) y enfermedades hereditarias (fibrosis quística).

Las mujeres que donan sus óvulos deben volver a los seis meses para repetir los análisis de infecciones, garantizando así que los óvulos que han sido congelados están libres de cualquier enfermedad. Deben firmar un consentimiento donde se explican en detalle los procedimientos que deberán completar para poder asegurar la obtención de óvulos sanos.²⁸

Mas adelante, estudiaremos específicamente los gametos sexuales masculinos y femeninos, su naturaleza jurídica, disposición, etc.

Finalmente, logramos concluir que tanto la donación de óvulos como la de espermias, debería regularse bajo un mismo cuerpo normativo, debido a que los gametos sexuales provienen de la misma naturaleza humana y al ser extraídos, constituyen un material genético importante, digno de protección legal. Podemos citar, en el derecho comparado la “Ley Española Nro. 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, donde se regula conjuntamente la donación de óvulos y espermatozoides.

1.2 BANCOS DE SEMEN EN ARGENTINA

1.2.1 Introducción

¿Qué es un banco de semen? El Banco de semen es un servicio integrado en los grupos de reproducción asistida que permite conservar semen congelado para ser utilizado en el momento oportuno, que además incluye la posibilidad de admitir a varones que quieran hacer una donación de sus muestras de semen para ayudar a parejas o mujeres que, por un motivo u otro, lo necesiten para poder tener hijos. Para ello, el semen debe ser crío-preservado, esta preservación consiste en llevar el semen a temperaturas muy bajas, a -196° C. De esta forma, las muestras son depositadas en pequeños tubos y puestas en recipientes que contienen nitrógeno líquido. El resultado de esta operatoria es que los espermatozoides detienen su actividad metabólica y pueden ser mantenidos así durante muchos años sin perjuicio.²⁹

El diario Perfil.com publicó un artículo muy interesante titulado “Los bancos de semen, más exigentes: piden conocer los hobbies y gustos de los donantes”, donde expresa lo

²⁸ Diario Clarín.com,” Abrieron un banco de congelamiento de óvulos”, Sec. Sociedad, fecha publicación 30.11.2002 .
Página web <http://www.clarin.com/diario/2002/11/30/s-03501.htm>.

²⁹ Ver Página Web <http://www.ivi.es/pacientes/semen.htm>.

siguiente: *“Parejas heterosexuales cuyo varón sea infértil, mujeres solas y parejas de lesbianas que desean tener un hijo y no pueden hacerlo por vía natural pueden acudir a un donante anónimo de semen para someterse a técnicas de fertilización con ayuda de terceros.*

En la Argentina, los tres bancos principales de semen son: Cryobank, Cehusa y Fecunditas, y todos reciben muestras de donantes. “Para ser aceptados, tanto las parejas como los donantes deben someterse a un chequeo infectológico y genético para evaluar posibles riesgos”, explicó Roberto Coco, director de Fecunditas, primer banco de semen en Argentina. Una vez superada esta prueba completan una ficha que incluye color de ojos, color de piel y cabello, estatura, hobbies y nivel de estudios alcanzado (para conocer cualidades y coeficiente intelectual). Cada muestra de semen se clasifica con un número y mediante un software se realiza un cruzamiento de datos para elegir al donante más compatible con las características físicas de la pareja receptora. Las muestras se congelan seis meses mediante la técnica de criopreservación. Si transcurrido este período el test de VIH vuelve a dar negativo, se las puede usar.

En la mujer, después de los 35 años la curva de fertilidad comienza a declinar...

Sin ley. En Argentina no existe una legislación ni un registro oficial que regule los bancos. Cada donante puede aportar tantas muestras como el reglamento del banco lo permita. Sin embargo, hay un consenso razonable que establece un límite de diez embarazos por donante para evitar hermanastros.

“El donante dona semen, no paternidad”, explicó Ana María Blanco, docente de la UBA y directora técnica de un laboratorio que utiliza la técnica de criopreservación. “La pareja no sale a comprar un padre, lo que busca es satisfacer una necesidad.” Según la especialista, en los últimos cinco años la demanda de semen proveniente de donantes anónimos se incrementó en un 60% debido a que el hombre dispone de más información y asume sus problemas reproductivos con mayor naturalidad. “De cada 100 consultas que recibimos 15 provienen de mujeres solas y dos de parejas homosexuales. Algo inconcebible algunos años atrás”, comentó Coco. Por su parte, Raymond Oses, director de Cryobank, banco que tiene 1.500 muestras almacenadas, comentó que “en los últimos tres años la cantidad de consultas de mujeres solas aumentó significativamente. De cada veinte consultas

*que recibo por mes, 13 son mujeres solas y el resto, parejas heterosexuales que se acercan porque el ICSI les resulta muy costoso o ya lo probaron y fracasó”.*³⁰

El Dr. Raymond Osés³¹, médico, Director del banco de semen CRYOBANK en Buenos Aires, Argentina, nos explica que la inseminación terapéutica con semen de donante (ITD) es utilizada mundialmente para tratar a parejas con azoospermia (carencia considerable de espermatozoides en el semen.)³², o infertilidad masculina severa, en parejas que portan enfermedades genéticas conocidas que pueden transmitirse a través de los espermatozoides del marido, o en mujeres solas. Los bancos de semen con donantes anónimos han representado un aspecto importante de la medicina reproductiva durante décadas. “El banco de semen CRYOBANK fue creado en 1988 para proporcionar semen de donantes apropiadamente seleccionados y estudiados y para ofrecer la posibilidad de criopreservar semen de pacientes que podían perder su fertilidad (tratamientos del cáncer, por ejemplo) y así poder utilizar sus espermatozoides en fecha futura y poder acceder a la posibilidad de ser padres biológicos (paternidad diferida).”³³

1.2.2 Lineamientos para inseminación terapéutica con semen de donante en la Argentina.

En nuestro país no existe legislación que regule las técnicas de reproducción asistida.

La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva³⁴(SAMER; en ese entonces SAEF) publicó el Código de Ética en la Revista Reproducción (octubre de 1994) y envió ejemplares a sus socios adjuntando una copia de los lineamientos de la Sociedad Norteamericana de Fertilidad de 1993, que sugería observar su buena utilización. En 1998, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, publicó en la Revista Reproducción (SAMER) los consensos internacionales de la Federación Internacional de las Sociedades de Fertilidad (IFFS) con relación a la procreación asistida y la infertilidad tubárica. Desde ese entonces, no se han modificado las sugerencias y, por lo tanto, son las vigentes al presente.³⁵

³⁰ Diario Perfil.com, “Los bancos de semen, más exigentes: piden conocer los hobbies y gustos de los donantes”, fecha de publicación el día 23 / 11/ 2008, Año III, N° 0315, Buenos Aires, Argentina. Pág. web. www.perfil.com

³¹ Ver página web <http://www.cryo-bank.com.ar>.

³² Diccionario de la Real Academia Española. Edición 23°.

³³ Osés, Raymond, “Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina”, Revista Reproducción (SAMER), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

³⁴ Ver página web <http://www.samer.org.ar/>.

³⁵ Ídem Cita Nro. 33.

Estos lineamientos constituyen una adaptación de aquellos sugeridos por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) en su Código de Ética de 1994.

El propósito principal de estos lineamientos es mejorar la selección de donantes y disminuir el riesgo potencial de transmisión de agentes infecciosos mediante el uso de muestras de semen congeladas que han sido sometidas a un proceso de cuarentena adecuado:

I) Indicaciones para considerar la Inseminación Terapéutica con Semen de Donante (ITD)

“a) El hombre es portador de azoospermia irreversible, sin importar la causa; b) El hombre es actualmente estéril debido a una vasectomía que no desea corregir quirúrgicamente; c) El hombre es severamente oligospermico o posee anomalías en el líquido seminal consideradas como asociadas con infertilidad por factor masculino. Es posible que existan otras indicaciones cuando resulte difícil establecer la presencia de espermatozoides potencialmente defectuosos; d) El hombre presenta un trastorno hereditario o genético conocido (Ej., enfermedad de Huntington, hemofilia, anomalías cromosómicas) que implica un riesgo muy elevado para la descendencia biológico; e) El hombre padece de disfunción eyaculatoria secundaria a traumatismo, cirugía, medicación, anomalías psicológicas, etc.; f) La mujer es Rh-negativa y está severamente iso-Rh inmunizada, y el hombre es Rh-positivo.; g) En tecnologías reproductivas asistidas (fertilización in vitro, transferencia intratubaria de gametos, y transferencia intratubaria de cigotos) donde se haya demostrado un factor masculino importante (ej.: fracaso previo de fertilización, oligoastenospermia importante, e infertilidad masculina de causa inmunológica), y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides no es posible o considerada una opción terapéutica; h) En mujeres solas (sin pareja).”³⁶

II) Las Receptoras

“ a) Aquellas parejas o mujeres que deseen una ITD deberían ser informadas de que podrían surgir consecuencias emocionales y psicológicas adversas con este procedimiento. Esto podría requerir una derivación para la evaluación de la pareja y asesoramiento psicológico .b) La pareja o la paciente, si fuera soltera, deberá firmar consentimientos.”³⁷

³⁶ Osés, Raymond, “Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina”, Revista Reproducción (SAMeR), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

³⁷ Ídem cita Nro. 36

III) Evaluación del Esposo/Pareja Masculina

“ a) Toda pareja masculina de una pareja infértil; b) Debe ofrecerse el testeo de HIV a la pareja masculina y evitar inconvenientes de tipo médico-legal en caso de que se produjera conversión del mismo posterior al inicio del tratamiento. Una pareja masculina HIV positiva no es motivo de exclusión siempre y cuando el tratamiento se realice con un donante HIV negativo”³⁸

IV) Evaluación de la Receptora

“ a) Antecedentes Médicos y Reproductivos; b) Examen físico general y pélvico; c) Pruebas de Laboratorio; d) Documentación y Tiempos de Ovulación; e) Evaluación de Posibles Anormalidades Tubarias o Peritoneales”³⁹

V) Donantes

a) Selección de Donantes

“1) Las principales características a observar en la selección del donante para ITD son la ausencia de enfermedades infectocontagiosas sexuales y de enfermedades hereditarias familiares conocidas por el donante. 2) El donante debería ser mayor de edad. 3) La selección de donantes que hayan establecido su fertilidad es deseable pero no constituye un requisito indispensable. 4) Tradicionalmente se han utilizado donantes anónimos y se alienta esta práctica. 5) Si se utilizan donantes conocidos, los mismos deberían ser sometidos a la misma evaluación y screening que los donantes anónimos y la muestra deberá ser sometida a un período de cuarentena de 180 días. En estos casos se recomienda una evaluación psicológica de todos los involucrados (donantes, pareja masculina y receptora) y asesoramiento. 6) Ningún propietario, operador, director de laboratorio, o empleado de una institución que realice ITD podrá actuar como donante en dicho programa. 7) El individuo que suministre la muestra de semen no deberá ser ni el médico del paciente ni el individuo que realice la inseminación.”⁴⁰

b) Screening de Donantes

³⁸ Ídem cita Nro. 36.

³⁹ Ídem cita Nro. 36.

⁴⁰ Osés, Raymond, “Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina”, Revista Reproducción (SAMeR), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

“b.1. Screening del semen: a) Se sugiere que se examinen varias muestras b) La muestra debería ser examinada dentro del período de 1 a 2 horas posteriores a la eyaculación en un recipiente estéril.”⁴¹

“b.2.Genética: El screening genético de los donantes potenciales es importante. Algunas instituciones realizan un cariotipo antes de aceptar a un donante. En general, esto no es considerado un requerimiento, siempre y cuando se preste atención a la obtención de una historia familiar adecuada reconociendo desórdenes hereditarios potenciales. a) El donante debe gozar de buena salud. No debe tener desórdenes mendelianos mayores como hemofilia. Una malformación mayor se define como aquella que acarrea una discapacidad funcional o defecto cosmético serio; sin embargo, esto es cuestión de criterio. No debe ser heterocigota para un gen autosómico recesivo prevalente en su grupo étnico y que pueda ser detectado. Esto incluye talasemia en asiáticos y filipinos, talasemia en poblaciones mediterráneas, anemia de células falciformes en afro-americanos y enfermedad Tay Sachs en judíos de ascendencia europea (del este) y otras poblaciones aisladas. (Sin embargo, con una población étnica similar a la española, estos tests no son realizados de rutina en Argentina. La ley española conocida como el Real Decreto 412/1996 no contempla estos estudios para aceptación de donantes. No debe tener una malformación mayor de causa compleja (poligénica) como espina bífida o malformación cardíaca. No debe tener una enfermedad familiar con un componente genético mayor como la hipertensión severa; No debe ser portador de reordenamientos cromosómicos que podrían dar lugar a gametos no balanceadas. Esta posibilidad es muy baja y la obtención de un cariotipo en sangre es considerada una opción. Debe tener menos de 50 años, ya que podría aumentar el riesgo de nuevas mutaciones mendelianas. b) En Base a una historia clínica familiar los parientes directos (padres, hermanos, hijos) también deben estar libres de: punto b.2. a. c) En lo posible debe mantenerse un registro que preserve la confidencialidad, y que incluya los resultados de estudios realizados a los donantes. Esta información no identificatoria debería ser proporcionada a pedido y en forma anónima a la receptora o a los hijos nacidos como resultado de la donación”⁴²

⁴¹ Ídem Cita Nro. 40.

⁴² Osés, Raymond, “Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina”, Revista Reproducción (SAMeR), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

“b.3. Historia Clínica: a) En general, los donantes deberían ser sanos y no tener antecedentes que sugieran enfermedad hereditaria y familia: b) Deberá obtenerse una historia sexual completa a fin de excluir como donantes a aquellos individuos que puedan presentar un riesgo elevado de ser HIV positivos y/o que tengan numerosas parejas sexuales”⁴³

b. 4. Examen Físico

“b. 5. Screening de Laboratorio: a) VDRL. Obtener inicialmente en sangre; no es necesario repetir el estudio a menos que exista una indicación clínica. b) Antígeno de superficie para Hepatitis B (HBsAg) y anticuerpos para Hepatitis C. Obtener inicialmente y repetir cada seis meses. c) Cultivos en semen, orina o uretra para *Neisseria gonorrhoeae* y *Chlamydia trachomatis*. Obtener inicialmente y repetir cada 6 meses o más frecuentemente si existe indicación clínica. d) Anticuerpos séricos para Citomegalovirus (CMV) (inmuno-globulina G). Si son positivos se sugiere utilizar solamente con receptoras que sean positivas para CMV. Repetir cada 6 meses y no utilizar muestras con cuarentena si el donante desarrolla un título de anticuerpos sugerentes de enfermedad reciente con CMV. f) Anticuerpos séricos para HIV. Un resultado positivo deberá confirmarse con la técnica Western Blot antes de notificárselo al donante. Si el estudio es negativo se pueden obtener muestras de semen para criopreservación. El donante debería ser testeado nuevamente en 180 días para HIV y las muestras liberadas para uso sólo si los resultados son negativos”⁴⁴

c) Manejo de Donantes

“c.1. Monitoreo del Estado de Salud: El único método más importante para disminuir el riesgo de transmitir agentes infecciosos a las mujeres durante una inseminación

c. 2. Pago a Donantes: El pago a los donantes variará de área en área, pero no debería ser de una magnitud tal que el incentivo monetario fuera el factor principal para la donación de semen. El donante debe ser remunerado por su tiempo y gastos.

c. 3. Limitaciones del Uso de Donantes: Las instituciones y clínicas deben mantener registros apropiados de modo que puedan optar por establecer un límite respecto de la cantidad de embarazos de cada donante. Hay un consenso razonable que

⁴³ Ídem Cita Nro. 42.

⁴⁴ Osés, Raymond, “Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina”, Revista Reproducción (SAMeR), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

indica que el riesgo de un aumento en la consanguinidad superior al que ocurre en la población general es esencialmente nulo si el límite se establece en menos de 10 embarazos por donante. Esto puede variar dependiendo de grupos étnicos pequeños (subgrupos) o de distribución en áreas geográficas más extensas. (Este consenso ha variado en los últimos años y el límite aceptable se establece en 25 embarazos por cada 800.000 habitantes). Esta sugerencia podría requerir modificaciones si la población que utiliza inseminación por donante representa un subgrupo aislado o las muestras están distribuidas a lo largo de una gran área geográfica.

c. 4. Consentimiento: Es deseable que el donante firme el formulario de consentimiento, indicando en detalle una firme negativa de factores de riesgo reconocidos para HIV.

c. 5. Mantenimiento de Registros: Debido a la falta de una legislación modelo y a la incierta condición medicolegal que protege los intereses del donante, no existe en la actualidad un sistema ideal para el mantenimiento de registros. No obstante, es muy recomendable mantener registros de donantes confidenciales y permanentes. En lo posible debería registrarse el resultado de cada ciclo de inseminación.”⁴⁵

d) Uso de Semen Congelado

“En general, se reconoce que los índices de embarazo con semen congelado son más bajos que los que utilizan semen fresco. No obstante, debido a que es posible que el HIV se transmita a través del semen de donante fresco antes de que el donante se haya tornado seropositivo, un fenómeno que puede tardar hasta 3 meses en ocurrir luego de la infección inicial, el potencial de transmisión de HIV a través del semen fresco no puede ser eliminado por completo.

Por lo tanto, la postura de diferentes sociedades científicas internacionalmente es que ante las circunstancias actuales, ya no puede garantizarse el uso de semen fresco para las inseminaciones con semen de donante. Todas las muestras congeladas deben ser puestas en cuarentena durante 180 días, y el donante debe ser nuevamente sometido a pruebas y resultar seronegativo para HIV antes de que pueda utilizarse la muestra.”⁴⁶

VI) Análisis de las Técnicas

“Determinar coincidencias entre la Pareja Masculina y el Donante

⁴⁵ Ídem Cita Nro. 44.

⁴⁶ Osés, Raymond, “Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina”, Revista Reproducción (SAMeR), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

Hay varias maneras de hacer coincidir la pareja masculina con el donante. Debe alentarse a la pareja a que enumere las características que desean en un posible donante, incluyendo grupo étnico, estatura, hábito corporal, color de piel, color de ojos, y color y textura del cabello.

Deben tenerse en cuenta el grupo sanguíneo y el factor Rh, especialmente con receptoras Rh negativas. Si el uso de semen de donante genera la posibilidad de una incompatibilidad Rh, las receptoras deberán ser informadas respecto de la significancia obstétrica de este trastorno. Si no es posible satisfacer los requisitos de la pareja, deberá discutirse el problema a fin de evitar mayor problemática.”⁴⁷

2. GAMETOS HUMANOS

2.1 POSTURAS DOCTRINARIAS

Se denomina gametos a cada una de las dos células sexuales de la persona, masculina (espermatozoides) y femenina (óvulos), que se unen para formar un nuevo ser humano.

La doctrina adopta distintas posturas o criterios frente a los interrogantes que se plantean respecto a los gametos humanos de si son o no tejidos humanos, su naturaleza jurídica, su disposición y el consentimiento de la persona que realiza la cesión voluntaria de dicho material.

2.2 GAMETOS: ¿tejidos humanos o no?

Frente a este interrogante existen distintas posiciones doctrinarias, entre ellas mencionaremos a dos autores especialistas en el tema.

Soto Lamadrid,⁴⁸ doctor en derecho civil, penal y especialista en derecho de Familia, reflexiona que no todas las sustancias que están o preceden del cuerpo humano, son tejidos humanos, aún cuando sean producto del mismo metabolismo en que se alojan e independientemente de su carácter regenerador.

⁴⁷ Ídem Cita Nro. 46.

⁴⁸ Soto Lamadrid, “Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.Pág. 191-192.

Bergoglio⁴⁹ sostiene que: “los Tejidos humanos son diversas sustancias que integran nuestro organismo, que se caracterizan por ser un conjunto homogéneo de células que realizan una misma función, sin embargo las partes del cuerpo que pueden ser materia de disposición, exigen una distinción previa, según que los diferentes materiales, tejidos o elementos anatómicos puedan o no ser reconstruidos espontáneamente pro organismo humano. Este puede renovar naturalmente una serie de elementos o materiales anatómicos, tales como los cabellos, la leche de madre, sangre o semen.”⁵⁰

Siguiendo el planteamiento de María Noelí Bustamente Cano⁵¹, si bien la sangre es un tejido orgánico, cuyas funciones están íntimamente ligados al mantenimiento de la vida y la salud, en el caso de los espermatozoides y ovocitos, constituyen tejidos orgánicos intracorpóreos, ya que son el producto de glándulas de secreción mixta: las gónadas, que arrojan sus hormonas al torrente sanguíneo y los gametos al exterior, para cumplir esa misión reproductora que caracteriza y perpetúa a los seres vivos, pero no forma parte de las funciones orgánicas ordinarias, indispensables para la vida individual. Por lo cual, cuando se habla de órganos y tejidos humanos, condicionando su trasplante o transfusión a ciertos requisitos protectores de la integridad corporal y la salud, no se está haciendo referencia al semen, ya que son productos orgánicos cuya extracción no compromete ni la estructura ni las funciones del cuerpo.

2.3 NATURALEZA DE LOS GAMETOS

Por su parte, Musto⁵², admite que el cuerpo humano, no puede ser objeto de un derecho real, ni sus partes, mientras estén unidas a él. Pero pueden ser objeto, en el mismo sentido en que pueden reputarse cosas, las partes del cuerpo humano separadas o extraídas de él, como cabello, la sangre, la leche materna.

El Dr. Buteler Cáceres⁵³, sostiene que por lo que toca a las partes renovables del cuerpo, no hay duda acerca de la materialidad del objeto, ni de su valor actual o potencial.

El Doctor Eduardo Zannoni⁵⁴ expresa: “tanto el semen como los óvulos, una vez extraídos son jurídicamente, cosas. Esto no puede ofrecer dudas, pues bien como los órganos

⁴⁹ Bergoglio, María Teresa, “Trasplante de Órganos entre personas”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, año 1983. Pág. 52-53.

⁵⁰ Ídem Cita Nro. 39.

⁵¹ Bustamante Cano, María Noelia, en la ponencia sobre “El consentimiento y sus incidencias en las técnicas de reproducción humana asistida “Ponencia en XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín- Alemania, 1995. Pág. 67.

⁵² Musto, Néstor, Derechos Reales, Santa Fe, 1981. Pág. 87-89.

⁵³ Buteler Cáceres, “Manual de Derecho Civil”, Parte General, Advocatus, Buenos Aires, Argentina, año 1998.

⁵⁴ Zannoni, Ponencia presentada al Congreso Hispano Americano de Derecho de Familia, España, 1987.

del cuerpo antes de su extracción constituyen parte de la persona y son, por tanto inescindibles de la consideración personal y existencial del sujeto, cuando se los ha quitado del cuerpo dejan de formar parte de él y son susceptibles de constituir el objeto de relaciones jurídicas.”

En concordancia con esta postura, algunos autores consideran que se trata de una clase de cosas de naturaleza muy especial por su potencialidad para convertirse en un nuevo ser humano, diferenciándolos de los restantes elementos anatómicos regenerables, como el pelo, la leche materna, y la sangre.⁵⁵

La doctrina discordante sostiene que los gametos no son comparables con las cosas, ya que poseen un Código genético propio, y de asimilarlos a ellas, debería admitir su comercialización debiendo, en consecuencia, para esta corriente, aplicárseles las normas relativa a los derechos de la personalidad.⁵⁶

2.4 DISPOSICIÓN DE LOS GAMETOS

La Dra. Bustamante Cano⁵⁷, en la Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, en Berlín, Alemania, 1995 expone que: “La doctrina está de acuerdo en que una vez destacados del cuerpo humano, pertenece a la persona de cuyo organismo se separan, es decir que el derecho personalísimo al cuerpo se convierte en un derecho real sobre las partes ya separadas del mismo. La Sociedad Americana de Fertilidad aprobó en 1984, una Declaración Ética sobre fertilización in Vitro, por la cual se aceptan a este método siempre que no pueda resolverse la infertilidad por otros medios, agregando que se sobre entiende que los gametos y los concepti son propiedad de los donantes y que estos tienen el derecho a decidir sobre la disposición de estos, de acuerdo con su propia discreción, siempre y cuando se encuentre dentro de las pautas médicas y la ética trazadas”

2.4.1 Comercialización de los gametos

Otro de los puntos que generan muchas discusiones es acerca de considerar o no a los gametos como cosas que están en el comercio, es decir, si pueden transmitirse por vía gratuita u onerosa, ya que estar en el comercio no es solo un término mercantilista, si no que hace

⁵⁵ Fiorentino, María Silvina y Bazaël, María Cecilia, “Nuevos métodos de procreación”, Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág.88-89.

⁵⁶ Ídem Cita Nro. 45.

⁵⁷ Bustamante Cano, María Noelia, “El consentimiento y sus incidencias en las técnicas de reproducción humana asistida “Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín- Alemania, 1995.Pág. 68.

referencia al tráfico jurídico. Según el Art. 2336 del Código Civil Argentino: “Están en el comercio todas las cosas cuya enajenación no fuere expresamente prohibida o dependiente de una autorización pública.” nada impide sostener que los gametos puedan encontrarse en el comercio, ya que como determina el artículo no existe normativa que lo prohíba.⁵⁸

Carranza⁵⁹, siguiendo la corriente mayoritaria en el derecho científico contemporáneo, entiende que corresponde la disponibilidad de las partes separadas del cuerpo, por tratarse de *res in commercium*, sobre las que no pesa ninguna veda jurídica ni moral. Pero lo que debe quedar claro es que no todos los actos jurídicos en donde intervengan gametos pueden ser calificados nulos en forma apriorística.

Para Borja Soriano⁶⁰, su naturaleza no impide que estén en el comercio, es el Estado el que se opone a que sean materia de transacciones jurídicas, pero ésta prohibición debe ser expresa y constar en una ley.

El profesor Doctor Pedro Silva Ruiz⁶¹, en su trabajo “El Derecho de Familia y la Inseminación artificial in vivo e in Vitro”, considera que una vez extraídos del cuerpo humano son jurídicamente cosas, por lo cual la persona de la cual se extrajeron ejerce el dominio y el poder de disposición sobre ellos, ya que la extracción se realizan voluntariamente mediando el consentimiento de la persona. Extraídos los gametos, estos pueden utilizarse para inseminación artificial homologa o heteróloga, la fertilización in Vitro o hasta para su conservación, congelándolos en un Banco. Además, sostiene que el consentimiento por escrito prestado por el dador del semen o la donante de óvulos, sería revocable hasta el momento mismo de la extracción, de tal manera que el contrato no otorga acción para exigir su cumplimiento, pero si se cumple voluntariamente, el acuerdo sería definitivo y válido.

Otra propuesta alternativa de la doctrina es el denominado sistema de intercambio de donantes, sumada a una educación altruista y el repudio social al vendedor. En esta corriente se adhiere el Profesor David⁶², que dirige el Banco de esperma del Hospital de Bicetre en Francia, quien se oponía al pago, ya que consideraba una especie de prostitución que desvalorizaba el acto.

⁵⁸ Bustamante Cano, María Noelia, “El consentimiento y sus incidencias en las técnicas de reproducción humana asistida” Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín- Alemania, 1995 Pág. 69.

⁵⁹ Carranza, Jorge, “Los Transplantes de órganos”, La Plata, Argentina, Año 1972, Pág. 51.

⁶⁰ Borja Soriano, Manuel, “Teoría de las obligaciones”, Editorial Pargua, México, 1968.

⁶¹ Silva Ruiz, Pedro, “El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in Vitro”, Revista de Derecho Privado. Madrid, 04/1987, Pág. 323 a 331.

⁶² Bustamante Cano, María Noelia, “El consentimiento y sus incidencias en las técnicas de reproducción humana asistida” Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín- Alemania, 1995. Pág. 70.

La legislación comparada, en general, prohíbe la comercialización de gametos (Comisión Warnock del Reino Unido, Proyecto del Consejo de Europa, y la Ley Española, entre otros).⁶³ Nuestra Ley Nro. 24.193 de Trasplante de Órganos y Tejidos –texto actualizado por Ley 26.066⁶⁴, prohíbe la comercialización de tejidos no renovables en su artículo 27°: “Queda prohibida la realización de todo tipo de ablación cuando la misma pretenda practicarse: ...f) Toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte, y la intermediación con fines de lucro...” Pero esta norma no puede ser aplicada a los gametos, por cuanto dicha ley excluye expresamente a los tejidos naturalmente regenerables, lo determina en su artículo 1°: “La ablación de órganos y tejidos para su implantación de cadáveres humanos a seres humanos y entre seres humanos se rige por las disposiciones de esta ley en todo el territorio de la República. Exceptúase de lo previsto por la presente, los tejidos naturalmente renovables o separables del cuerpo humano con salvedad de la obtención y preservación de células progenitoras hematopoyéticas y su posterior implante a seres humanos, que quedará regida por esta ley”.

La sangre también es un componente regenerable del cuerpo y se prohíbe comercialización Ley 22.290 Nacional de Sangre en su artículo 4 determina: “Prohíbese la intermediación comercial y el lucro en la obtención, clasificación, preparación, fraccionamiento, producción, almacenamiento, conservación, distribución, suministro, transporte, actos transfusionales, importación y exportación y toda forma de aprovechamiento de la sangre humana, sus componentes y derivados, con las excepciones que se contemplan en la presente ley. Será obligación por parte de las autoridades sanitarias promover y asegurar la utilización y empleo racional de la sangre, sus componentes y derivados.”

Por su parte, las autoras Fiorentino y Bazael⁶⁵, afirman que por analogía con lo expuesto en esta última ley y por su particular condición de cosas especiales podríamos decir que los gametos no pueden comercializarse. Es decir los gametos son cosas, pero de naturaleza especial y en razón de ello están fuera del comercio.

3. DACIÓN O DONACIÓN DE GAMETOS

⁶³ Fiorentino, María Silvina y Bazael, María Cecilia, “Nuevos métodos de procreación”, Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág. 89.

⁶⁴ Ver página web <http://www.incucai.gov.ar/institucional/legislacion/ley26066.jsp>.

⁶⁵ Fiorentino, María Silvina y Bazael, María Cecilia, “Nuevos métodos de procreación”, Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág. 89.

Una de las cuestiones que todavía la doctrina no resolvió es respecto a determinar cuáles de los dos términos Dación o Donación de gametos humanos, es el indicado para definir el acto que realiza una persona en la entrega de su material genético a los fines de la procreación humana.

Una parte de la doctrina considera más adecuado la utilización del término dación. Entienden por donación un contrato mediante el cual una persona por un acto entre vivos transfiere de su libre voluntad, gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa. El artículo 953 del código Civil establece que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio. Para esta postura, los gametos humanos no están dentro del comercio.

Debe tenerse presente, además, que el deber del dador no es una obligación en sentido estricto, es revocable y no está gobernado por la fuerza obligatoria de los contratos (art. 1197, 505, 946 del C.C.) En cambio, la Dación, es la acción y efecto de entregar algo y, por lo tanto, nos parece el término más adecuado para utilizar en este caso. ⁶⁶

Nosotros creemos, que los términos Dación y Donación, son empleados en forma indistinta por la doctrina y jurisprudencia, también en los proyectos de ley y en el derecho comparado, como estudiaremos más adelante.

4. PROYECTOS LEGISLATIVOS NACIONALES. Empleo de gametos para la concepción del embrión

De los Proyectos legislativos presentados en la Cámara de Senadores y en la de Diputados de la Nación, solo mencionaremos los que consideramos más importantes, y que para su estudio los dividiremos en dos grupos: Proyectos que apoyan la donación de gametos y Proyectos que prohíben la donación de gametos.

4.1 Proyectos que apoyan la donación de gametos:

✓ No tienen estado Parlamentario:

-Proyecto de Ley de los Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere
(Año 1991: expte. 1014-S-91) ⁶⁷

⁶⁶ Fiorentino, María Silvina y Bazaël, María Cecilia, "Nuevos métodos de procreación", Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág. 89.

⁶⁷ Proyectos de Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere (Año 1991: expte. 1014-S-91, reproducido por exptes. 94-S-93; 628-S-95 y 497-S-97) Página web http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=497/97&nro_comision=&tConsulta=3.

La dación será anónima y gratuita por persona mayor de edad y plenamente capaz (art.5). El consentimiento se formaliza por escrito y podrá revocarse hasta el momento de la utilización del material. Limitado es el uso de gametos masculinos de la misma persona con un máximo de cuatro fertilizaciones exitosas.

Al reemplazarse la familia de base biológica por una de base tecnológica, necesariamente debe limitarse el uso de gametos de la misma persona (en este supuesto en cuatro fertilizaciones exitosas.), teniendo en cuenta el orden público como límite.

Cuando la fecundación es heteróloga, el hijo será uno de los miembros de la pareja y también de un tercero (padre biológico), por ello es necesario limitar la donación de gametos de acuerdo al número de fertilizaciones.

Crioconservación: Gametos 2 años, Óvulos fecundados: 3 años

-Proyecto de ley del Diputado Nacional Juan Pablo Cafiero (Año 1993: expte. 1700-D-93)⁶⁸

El Proyecto que la donación de gametos masculinos será gratuita y anónima para los beneficiarios y necesita el consentimiento escrito del donante, sin establecer forma documental alguna. Ese consentimiento podrá ser revocado en todo momento.

Bancos de espermias públicos y privados deben garantizar el control de los gametos masculinos.

Prohíbe la inseminación efectuada con gametos frescos.

Limita el número de niños nacidos de una procreación asistida de un mismo donante que no exceda del número que determinará la reglamentación del organismo de contralor.

-Proyecto de ley del Diputado Nacional Alberto Natale (Año 1995: expte. 1937-D-95)⁶⁹

Los gametos y preembriones pueden ser objeto de dación pura, gratuita e irrevocable, en el centro y Servicios Autorizados.

-Proyecto de Ley de Mendoza-Troyano. Tramite parlamentario 143/93⁷⁰

Donación de gametos: Anónima, gratuita, es un acto puro y simple, se realiza previa información al dador de las normas, deberes y derechos, al donante no le será informado la identidad de la pareja receptora, salvo conformidad de la misma

-Proyecto de ley del Diputado Nacional Eduardo Camaño (Año 1993: exp. 4586-d-93)⁷¹

⁶⁸ Proyecto Diputado Nacional Juan Pablo Cafiero (Año 1993: expte. 1700-D-93, reproducido por expte. 4919-D-96) Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

⁶⁹ Proyecto Diputado Alberto Natale (año 1995: expte. 1937-d-95) Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

⁷⁰ Ver Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

Dispone la donación de gametos en forma anónima, gratuita y altruista para técnicas de fecundación humana asistida intra-extracorpórea o mixta, así como la inseminación terapéutica.

-Proyecto de ley del Diputado Nacional Leopoldo Orquín (Año 1994: expte. 5284-D-94)⁷²

Dación de los gametos de forma personal, expresa, gratuita y reservada.

✓ **Tiene estado Parlamentario:**

-Proyecto de ley de los Diputados Nacionales Miguel Bonasso y Claudia Fernanda Gil Lozano, Proyecto sobre :“Reproducción Humana Asistida, Régimen de Accesibilidad y Regulación: Equipo Interdisciplinario, Parejas Beneficiadas, Técnicas, Creación de un Registro Nacional de Donantes, Creación De Un Registro Nacional de Centros Y Servicios De Reproducción Asistida, Sanciones Por Incumplimiento.” (Año 2008, Expediente: 5937-D-2008, Trámite Parlamentario n° 147)⁷³

4.2 Proyectos que prohíben la donación de gametos:

✓ **No tienen estado Parlamentario**

-Proyecto de ley de la Diputada Gómez Miranda (Año 1991: expte. 1747-D-91)⁷⁴

Sobre régimen de técnicas interdisciplinarias de reproducción humana asistida. No permite la dación de gametos, sólo se utilizarán los elementos fecundados de los esposos.

Crioconservación semen cónyuge: 5 años. Y preembrión: 5 años

Prohibido crioconservación de óvulos

-Proyecto de ley Diputado Carlos Ruckauf y otro (Año 1993: expte. 2617-D-93)⁷⁵

El proyecto solamente acepta el empleo de gametos previamente extraídos de la pareja beneficiaria, que a su vez serán sus padres biológicos.

En el mismo sentido señalaba Guillermo Julio Borda y hace referencia “que debe prohibirse la fecundación heteróloga y debe permitirse y legislarse la fecundación homóloga

⁷¹ Proyecto de ley del Diputado Eduardo Camaño (Año 1993: expié. 4586-d-93) Página web <http://www.diputados.gov.ar/>

⁷² Proyecto de ley del Diputado Nacional Leopoldo Orquín (Año 1994: expte. 5284-D-94. Ver Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

⁷³ Proyecto de ley de los Diputados Nacionales Miguel Bonasso y Claudia Fernanda Gil Lozano (Fecha: 21/10/2008, Expediente: 5937-D-2008, Trámite Parlamentario n° 147) Ver pagina web <http://www.diputados.gov.ar/>.

⁷⁴ Proyecto de ley Diputada Florentina Gómez Miranda (Año 1991: expte. 1747-D-91, reproducido por expte. 1702-D-95 sobre régimen de técnicas interdisciplinarias de reproducción humana asistida) Ver Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

⁷⁵ Proyecto de ley Diputado Nacional Carlos Ruckauf y otro (Año 1993: expte. 2617-D-93) Ver Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

que posibilite de esa forma la prolongación de la especie y en consecuencia la formación de una familia.

Este proyecto, asegura la identidad genética incuestionable al no permitir la utilización de gametos de un tercero

Los gametos serán implantados pasadas las 48 horas posteriores a la concepción.

Solo acepta crioconservación gametos humanos cuando uno o ambos cónyuges deban someterse a una terapia o intervención

-Proyecto de ley del Diputado José M. Corchuelo Blasco y otros, (Año 1992: expte. 4234-D-92) ⁷⁶

Sobre creación de una comisión bicameral sobre métodos y técnicas aplicables en fertilización humana asistida)⁷⁷.

Establece expresamente que queda prohibida la donación de gametos y además estos están fuera del comercio

-Proyecto de Diputado Carlos Romero (Año 1995: expte. 1989-D-95)⁷⁸
Prohíbe donación de gametos y embriones

✓ **Tiene estado Parlamentario:**

-Reciente Proyecto de Ley del Diputado Jorge Antonio Villaverde, (Nro. Tramite 3465-D-2008) ⁷⁹

Régimen para La Reproducción Humana Médicamente Asistida. Dispone:

Artículo 2º.- “Estas técnicas podrán efectuarse en forma homóloga, teniendo sólo un fin terapéutico como consecuencia de patologías, donde otras terapias hayan demostrado su ineficacia y no como forma alternativa.”

Artículo 20º.- “Están prohibidos los bancos de semen u óvulos, crioconservar embriones humanos, donarlos, enajenarlos, destruirlos, investigar científicamente sobre ellos o utilizarlos para terapia fetal.”

Artículo 21º.- “Está prohibida la implantación de embriones de la pareja beneficiaria en otra mujer, método conocido como maternidad subrogada o alquiler de vientres”

⁷⁶ Proyecto de ley del Diputados José M. Corchuelo Blasco y otros (Año 1992: expte. 4234-D-92 sobre creación de una comisión bicameral sobre métodos y técnicas aplicables en fertilización humana asistida).

⁷⁸ Proyecto de Diputado Carlos Romero (Año 1995: expte. 1989-D-95) Ver Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

⁷⁹ Reciente Proyecto de Ley del Diputado Villaverde, Jorge Antonio.) Régimen Para La Reproducción Humana Médicamente Asistida. Nro. Tramite 3465-D-2008 Tramite Parlamentario 074 (26/06/2008). Ver Página web <http://www.diputados.gov.ar/>.

Artículo 22°.- “En el caso de mujer viuda no se admitirá la aplicación de estas técnicas.”

5. CONDICIONES PARA LA DONACIÓN DE GAMETOS

La donación de gametos, tanto femeninos como masculinos, se fue regulando y adaptando con el avance de la ciencia y tecnología, en las distintas legislaciones del Mundo (España, Francia, Noruega, Suecia, Inglaterra, etc.). Luego, dichas normas se fueron empleando en los diferentes ordenamientos que carecían de tal regulación.

La legislación Española y Francesa, consideran que la dación de gametos debe ser gratuita, anónima y revocable.

Siguiendo la experiencia del **Derecho Comparado Europeo** mencionado y las pautas de los **Proyectos de Ley presentados en las Cámaras de Senadores y Diputados de la Argentina** que hemos observado, citaremos las siguientes condiciones que debe tener en cuenta el legislador al momento de sancionar una nueva ley sobre reproducción asistida con donación de gametos: **Gratuidad; Anonimato del donante; Revocable; y Voluntaria.**

5.1 Gratuidad

El carácter gratuito, puro y simple de la dación de gametos y la imposibilidad de que se constituyan en objeto de lucro.

Según Ley Española 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 5 inc. 1 señala que “(...) La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado” y el Inc. 3: “La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta.” Por lo tanto, en la legislación española, no debe haber pago a los donantes que den sus óvulos o espermatozoides. Sin embargo, esto no excluye compensar económicamente al donante por las molestias.

Proyectos legislativos nacionales consideran la Gratuidad en donación de gametos, como por ejemplo el Proyecto de ley de los Diputados Nacionales Miguel Bonasso y Claudia

Fernanda Gil Lozano (año 2008), en su artículo 8 indica que “En el caso que las Técnicas de Reproducción Asistida sean realizadas con gametos no pertenecientes a alguno de los miembros de la pareja, las mismas se realizarán con gametos donados. La donación se realizará formalmente, por escrito, con expreso consentimiento informado del donante y de los beneficiarios de las técnicas, con carácter secreto y a título gratuito”. Aspecto compartido también por el Proyecto de Ley de los Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere; el Proyecto de ley del Dip. Juan Pablo Cafiero, el Proyecto de ley del Dip. Alberto Natale, el Proyecto de Ley de Mendoza-Troyano, el Proyecto de ley del Dip. Eduardo Camaño, y el Proyecto de ley del Dip. Leopoldo Orquín.

El Diario Perfil.com, de Argentina, en un artículo publicado en el año 2008 sobre los bancos de semen, expresaba que los donantes son anónimos y, en general, estudiantes universitarios que cobran hasta \$ 150; esto demuestra que muchas personas se acercan a donar sus gametos por dinero; y se dejan a un costado el valor altruista y moral de lo que significa este acto.⁸⁰

El pago a los donantes no debería ser de una magnitud tal que el incentivo monetario fuera el factor principal para la donación de semen. No obstante, el donante debe ser remunerado por su tiempo y gastos. Esto coincide con los lineamientos del Código de Ética de 1994 de Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER).

5.2 Anonimato del donante

Existe una tendencia general a mantener reserva acerca de los datos del dador, ya que no existiría vínculo alguno en el futuro entre éste y el nuevo ser, facilitando de esta forma la dación, que se tornaría prácticamente inexistente si el dador supiera que por este acto va a contraer responsabilidades jurídicas de tal importancia, como por ejemplo las que derivan de la paternidad.

La ley española 14/2006, garantiza el anonimato del donante en su artículo 5 inc. 5, el cual expresa 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 actividad de los centros que se constituyan.”

Por otra parte, existen proyectos legislativos nacionales que consideran el anonimato del donante, como por ejemplo el Proyecto de ley de los Diputados Nacionales Miguel

⁸⁰ Diario Perfil.com, “Los bancos de semen, más exigentes: piden conocer los hobbies y gustos de los donantes”, fecha de publicación el día 23 / 11/ 2008, Año III, N° 0315, Buenos Aires, Argentina. Pág. web www.perfil.com.

Bonasso y Claudia Fernanda Gil Lozano (año 2008), que en su artículo 8 indica “(...) la misma revestirá carácter anónimo en cuanto a la identidad del dador”, aspecto regulado también por el Proyecto de Ley de los Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere; el Proyecto de ley del Dip. Juan Pablo Cafiero, el Proyecto de ley del Dip. Alberto Natale, el Proyecto de Ley de Mendoza-Troyano, y el Proyecto de ley del Dip. Eduardo Camaño.

El Dr. Raymond Osés⁸¹ director del banco de semen CRYOBANK, en Argentina, hace referencia sobre el anonimato y expresa que: “En 15 años de manejo del banco de semen no hubo ningún donante que preguntara sobre el resultado de sus muestras (embarazos) ni ninguna paciente embarazada que preguntara sobre la identidad de un donante. Es claro que tanto donantes como pacientes prefieren mantener el anonimato. Sin embargo, no es posible saber qué ocurrirá en el futuro con los hijos nacidos a través de este procedimiento, ya que si los mismos tomaran conocimiento del tratamiento con el cual fueron gestados tal vez con el tiempo querrían indagar sobre su origen. Al no existir legislación en este país es difícil predecir el desenlace futuro de esta cuestión. Los primeros niños nacidos con nuestro banco tienen aproximadamente 14 a 15 años, por lo que aún no ha surgido este tipo de cuestionamiento”

5.3 Revocable

“Por el carácter personalísimo del derecho que tiene el individuo sobre su esperma, aunque se haya comprometido a su entrega, no podrá exigirse el cumplimiento de este compromiso antes de la extracción, quedando abierta la posibilidad de arrepentimiento. Si se adopta el criterio de que los espermatozoides separados del cuerpo son cosas, claro está que concretada su entrega, su cumplimiento será irrevocable. Es conveniente que el consentimiento sea prestado en forma expresa. Como colorarlo de que tales relaciones constituyen obligaciones naturales (Art. 515 del Código Civil) no se confiere acción para exigir su cumplimiento, siendo revocable hasta el momento de su extracción, aunque hay quienes sostienen que dicho consentimiento podrá ser revocado hasta el momento en que se realizará la inseminación a la mujer”⁸².

⁸¹ Osés, Raymond, “Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina”, Revista Reproducción (SAMeR), publicada en marzo de 2004, Buenos Aires, Argentina, Ver página web http://www.cryo-bank.com.ar/doc_revis.htm o también página web <http://revista.samer.org.ar/>.

⁸² Fiorentino, María Silvina y Bazaël, María Cecilia, “Nuevos métodos de procreación”, Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág. 92.

El Proyecto de Ley de los Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere en el artículo 5 expresa que: “(...) El consentimiento se formalizará por escrito y podrá revocarse hasta el momento de la utilización del material. No podrán usarse gametos de la misma persona en más de cuatro fertilizaciones exitosas.”

El Proyecto de Cafiero en el artículo 5 indicaba: “La donación de gametos consiste en el aporte por un tercero de espermatozoides con el objeto enunciado en el art. 2. Dicha donación será gratuita y no podrá ser practicada sin el consentimiento escrito del donante. Este consentimiento será revocable en todo momento.”

5.4 Voluntaria

La dación debe ser libre y voluntaria, podrá donar quien tenga capacidad para hacerlo bajo estricto control médico. Por lo tanto, debemos considerar algunas pautas. En primer lugar, el consentimiento del donante no deberá estar viciado por error, violencia, intimidación o dolo (artículo 1265 del Código Civil).

En tanto, el Donante deberá ser mayor de edad. El Proyecto de Ley de los Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere en el artículo 5 expresa: “La dación a que se refiere el artículo anterior será anónima y gratuita. Sólo podrá ser hecha por persona mayor de edad y plenamente capaz”. Por otra parte, la Ley española 14/2006 en el artículo 5 inc. 6 establece: “Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar”. No pueden prestar consentimiento: a) Los menores no emancipados. b) Los incapacitados. (Artículo 1263 del Código Civil).

El donante podrá asignar libremente el destino de sus gametos para la investigación o para la reproducción humana. Será el mismo quien proporcionará su consentimiento voluntario y deberá someterse a un estudio médico obligatorio que establecerá la idoneidad de su condición para donar o no. Como en España, el donante tiene que cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio, que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas. (Art. 5, inc.6 de la Ley española 14/2006.)

El donante otorgará su consentimiento **por escrito**, con las formalidades previstas para los instrumentos públicos, por ser la que mejor resguarda la intimidad del dador, la

responsabilidad por la transmisión de enfermedades, y concede autenticidad y seguridad a su voluntad. El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro autorizado. Antes de la formalización, el donante habrá de **ser informado** de los fines y consecuencias del acto. (Art. 5, inc.4 de la Ley española 14/2006.) El acto de dación deberá contener la evaluación médica del dador, la identificación del objeto de la dación, el lugar y condiciones de depósito del material.

6. REGISTRO DE DONANTES

La inseminación con semen de un donante que se practica en la Argentina, se realiza utilizando gametos sexuales de donantes anónimos. Es por ello, que deberá establecerse un Registro que preserve la confidencialidad, y que incluya los resultados de estudios realizados a los donantes.

El depositario, que es el Centro Médico Especializado, autorizado y fiscalizado por la autoridad pública de salud, deberá contar con los medios técnicos idóneos para ese fin –Banco de crioconservación de gametos- y llevar un registro de datos de las donaciones en archivos sobre la historias clínicas, los resultados médicos-clínicos, las utilidades de material, la identidad de los sujetos receptores, de los nacidos.

De las donaciones se dejarán constancias en un Registro Nacional de Daciones⁸³ para mejor resguardo de los derechos de los sujetos. Funcionaria como órgano controlador y de concentración de información. Concentraría además identidad pareja receptora, y técnica de procreación asistida aplicada.

Cada Provincia contaría con un Banco Provincial de Dadores, y estos a su vez deberían remitir datos al Registro Nacional de Daciones.

La Ley 23.511 creó el Banco de Datos Genéticos y fin de obtener y almacenar genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación. Los familiares de niños desaparecidos o presuntamente nacidos en cautiverio que residan en el exterior y deseen registrar sus datos en el BNDG, podrá recurrir para la práctica de los estudios pertinentes a las instituciones que se conozcan a ese efecto en el decreto reglamentario.

⁸³ Fiorentino, María Silvina y Bazael, María Cecilia, “Nuevos métodos de procreación”, Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág. 89.

CAPITULO III

1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO vs. ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS

1.1 Derecho a la identidad consagrado por la incorporación de los tratados sobre derechos humanos, complementarios de los demás derechos constitucionales.

La incorporación con jerarquía de rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos complementarios a otros derechos constitucionales:

✓ DERECHO A LA VIDA:

Asegura de forma expresa el respeto de la vida humana a la integridad psicofísica y a la dignidad de las personas desde la concepción.

“Todo individuo tiene derecho a la vida” enuncia el Artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Artículo 4 establece: el Derecho a la Vida: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. 2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente. 3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”.

- ✓ DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL, Y A NO SER SOMETIDO A TORTURAS, PENAS, TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES.
- ✓ DERECHO A LA PERSONALIDAD JURÍDICA
- ✓ DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

✓ DERECHO DE FAMILIA Y A SU PROTECCIÓN:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el Artículo 17 la Protección a la Familia: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”

Artículo 19, expresa respecto a los Derechos del Niño: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”

✓ DERECHO A PRESERVAR LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

✓ SUPERIOR INTERÉS DEL MENOR:

La Convención de los derechos del Niño, privilegia el interés del menor en caso de conflictos en que sea parte. Numerosas declaraciones a favor de la niñez de su protección y desarrollo, le han procedido acordándole derecho a cuidados y asistencias especiales. El Estado debe garantizarlo. Artículo 18: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.”

- ✓ DERECHO A LA AUTORIDAD PARENTAL COMPARTIDA
- ✓ DERECHO A LA SALUD
- ✓ DERECHO A LA IDENTIDAD:

A continuación desarrollaremos este derecho que es de gran importancia en la vida del hombre.

2. Derecho a la Identidad. Aspectos generales

2.1 La identidad como concepto polifacético desarrollado por las ramas del conocimiento.

La palabra identidad proviene del latín *identitas* y ésta viene del pronombre *idem*, que significa mismo, el mismo.⁸⁴

La Real Academia Española define la identidad -entre otras acepciones- como la “Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás” y luego como el “Hecho de ser alguien o algo, el mismo que se supone o se busca”.

Sin embargo, a la luz de los distintos campos del conocimiento (de las ciencias sociales, biológicas, etc.), la identidad constituye un concepto polifacético que trasciende las definiciones señaladas, y que lejos están de lograr un significado unívoco. A continuación, veremos cómo el concepto se va desarrollando a través de las distintas disciplinas.

Un primer significado lo hallamos en las tradicionales escuelas metafísica, escolástica y aristotélica que la concebían como uno de los principios fundamentales del ser y como una ley lógica del pensamiento. El principio antológico de identidad o de “no contradicción” afirma que todo ser es idéntico consigo mismo y, por lo tanto, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo desde un mismo punto de vista.⁸⁵

En el campo de las ciencias sociales, la aparición del concepto de identidad es relativamente reciente, hasta el punto de que resulta difícil encontrarlo entre los títulos de una bibliografía antes de 1968. La tematización es cada vez más frecuente, ya que se han ido multiplicando exponencialmente los artículos, libros y seminarios que tratan explícitamente

⁸⁴ Diccionario de La Lengua Española, Real Academia Española, 22° edición.

⁸⁵ Guibourg y otros, “Lógica Proposición y Norma”, Astrea. Buenos Aires, Ediciones Variadas. Pág. 82 ss.

de identidad cultural, identidad social o, simplemente, de identidad. Los principales fundadores de dichas ciencias como Marx⁸⁶, Weber⁸⁷ o Durkheim⁸⁸, han obviado utilizar este concepto. Diferentes estudios contemplados por las ciencias sociales, han tratado el concepto de identidad de diversas formas. Podemos remarcar la problemática de la identidad en la intersección de una teoría de la cultura y de una teoría de los actores sociales: la identidad como distinguibilidad.⁸⁹

Jürgen Habermas⁹⁰, sociólogo y filósofo contemporáneo, considera que la identidad se atribuye siempre en primera instancia a una unidad distinguible, cualquiera que ésta sea (una roca, un árbol, un individuo o un grupo social). Habermas cita lo que dijo Heinrich: “En la teoría filosófica, la identidad es un predicado que tiene una función particular; por medio de él una cosa u objeto particular se distingue como tal de las demás de su misma especie”.

Se puede observar que existe una diferencia capital entre la distinguibilidad de las cosas y la distinguibilidad de las personas. Las cosas sólo pueden ser distinguidas, delimitadas, categorizadas y nombradas a partir de rasgos objetivos observables desde el punto de vista del observador externo, que es el de la tercera persona.⁹¹

Tratándose de personas, en cambio, la posibilidad de distinguirse de los demás también tiene que ser reconocida por el contextos de interacción y de comunicación, lo que requiere una “intersubjetividad lingüística” que moviliza tanto la primera persona (el hablante) como la segunda (el interpelado, el interlocutor).⁹²

Desde el punto de vista de la psicología, Eric Ericson⁹³, psicólogo estadounidense de origen alemán, destacado por sus contribuciones en psicología evolutiva, entiende que las identidades personales, étnicas o de género son más fluidas, influidas o determinadas en cada contexto por la interacción social. En otras palabras, y al igual que algunos representantes de la llamada escuela de Frankfurt, la identidad psicosocial se forma en una dialéctica que integra las fases del desarrollo psicológico con los procesos psicológicos.

En el campo de la antropología, uno de sus máximos exponentes, Claude Lévi-Strauss⁹⁴, en su obra “La identidad”, fundador de la antropología estructural e introductora a

⁸⁶ Lista, Carlos A. “Paradigmas sociológicos”, Tomo I, Córdoba, Año 2000, Pág. 151 ss.

⁸⁷ Ídem Cita Nro. 85.

⁸⁸ Lista, Carlos A. “Paradigmas sociológicos”, Tomo I, Córdoba, Año 2000, Pág. 113 ss.

⁸⁹ Lista, Carlos A. “Paradigmas sociológicos”, Tomo I, Córdoba, Año 2000, Pág. 5 ss.

⁹⁰ Habermas, Jürgen, “Teoría de la acción comunicativa”, Tomo II, Editorial Taurus, Madrid -España, año 1987, Pág.

⁹¹ Habermas, Jürgen, “Teoría de la acción comunicativa”, Tomo II, Editorial Taurus, Madrid -España, año 1987, Pág. 144.

⁹² Habermas, Jürgen, “Teoría de la acción comunicativa”, Tomo II, Editorial Taurus, Madrid -España, año 1987, Pág. 144.

⁹³ Altamirano, Carlos, “Términos críticos de la sociología de la cultura”, Paidós, Buenos Aires, 2002, Págs. 131 y 131.

⁹⁴ Lévi Strauss, Claude, La identidad, ediciones Petrel, España, 1981, p. 7.

las Ciencias sociales del enfoque estructuralista, afirma que “el tema de la identidad no se sitúa sólo en una encrucijada, sino en varias. Prácticamente afecta a todas las disciplinas.”

2.2 La identidad como particularidad humana

Entre tantas definiciones citadas sobre la identidad, José H. González del Solar⁹⁵, Juez de Menores en lo Correccional, nos muestra la identidad en su esencia:

“La naturaleza humana, como esencia específica, tiene realidad en una multitud de individuos, los hombres. Como en otras naturalezas que pueblan el universo, el cuerpo constituye para ellos un principio de individuación: da a cada cual individualidad como unidad irreplicable del orden empírico. Esa individualidad distingue a cada hombre entre sus pares: conoce a los demás por su presencia corporal y se descubre a sí mismo por la imagen que lo refleja. La identidad brota cuando, en su reflexión física y mental, el hombre toma conciencia de su unicidad y su mismidad, es decir, de su singularidad y su permanencia más no de un modo súbito sino a lo largo de un proceso llamado de identificación. Por un lado, el sujeto va adquiriendo una representación de sí mismo, que conjuga determinaciones (imágenes corporales, sexo, origen, nombre, lengua, pertenencia religiosa, racial, nacional, familiar, etc.) que sólo a él pertenecen y que le dan una presencia única e inconfundible entre sus pares. Por otro lado, se da cuenta que esas determinaciones pertenecen en el tiempo, y lo muestran como el mismo ante sí y ante los demás.

Aunque la identidad surge en la coexistencia, en su dimensión personal opera primero en el sujeto como algo de sí y con valor para sí. Ello no obsta a que subsecuentemente, la vida cotidiana suscite una dimensión social surgida de las connotaciones que le acuerdan los demás, tanto por lo que objetivamente reconocen en él como por la carga subjetiva que le brindan los afectos.

La inserción de la persona en la vida de relación permite discernir, además, una dimensión jurídica en su identidad respecto a los hechos, actos y relaciones que lo tienen como protagonista. Los datos relevantes (imagen fotográfica, nombre y apellido, sexo, etc.) tienen un peso dirimente en la asignación de los derechos y las responsabilidades que genera la interrelación social.”⁹⁶

⁹⁵ González del Solar, José H., “Derecho de la Minoridad. Protección jurídica de la niñez”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2da. Edición, 2008. Pág. 103-104.

⁹⁶ González del Solar, José H., Derecho de la Minoridad. Protección jurídica de la niñez”, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2da. Edición, 2008. Pág. 103-104.

Como hemos visto en este apartado, la identidad es una verdadera particularidad de la persona humana, que la hace ser distinta a todo otro ser en el Universo, la persona como entidad única, tanto en su faz biológica como en su capacidad de querer y entender.

2.3 La identidad como derecho

El concepto jurídico de identidad más utilizado en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, le corresponde al jurista peruano Fernández Sessarego⁹⁷, quien afirma que es “el conjunto de atribuciones características que permiten individualizar a la persona en sociedad... es todo ello aquella que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”.

Fernández Sessarego percibe que la identidad presenta dos vertientes:⁹⁸

- a) una Estática, inmodificable o con tendencias a no variar. Se encuentra conformada por el genoma humano, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.
- b) otra Dinámica, mutable en el tiempo. Se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideólogos, políticos y profesionales.

En el derecho nacional se sigue la definición y caracterización adoptada por el mencionado jurista peruano.

En las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires transcurridas del 25 al 27 de septiembre de 1997, se arribó –por unanimidad- a la siguiente conclusión sobre la Parte General de Identidad Personal:

- “1. La identidad personal encuentra su fundamento axiológico en la dignidad del ser humano.
2. La identidad personal es un derecho personalísimo merecedor, por sí, de tutela jurídica.
3. La identidad personal en tanto derecho personalísimo, es autónomo, distinguiéndose de los otros.
4. La identidad personal de raigambre internacional tiene sustento normativo en nuestro orden jurídico constitucional y legal.

⁹⁷ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

⁹⁸ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

5. a) El derecho personalísimo a la identidad personal comprende la faz estática y la faz dinámica”. Este punto fue aprobado por mayoría (18 votos) y no por unanimidad como el resto.

En el derecho comparado italiano, se excluye su aspecto estático, entendiendo que el derecho a la identidad involucra sólo la perspectiva dinámica, es decir, el patrimonio intelectual, político, social, religioso, ideológico, profesional, entre otros de la persona.⁹⁹

3. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO vs. ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS

La tecnología y los avances científicos respecto a la reproducción humana asistida heteróloga han despertado diversos conflictos de intereses.

Uno de los problemas generados está representado por la oposición de dos de los derechos con jerarquía constitucional: por un lado, EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO DESDE LA CONCEPCIÓN; y por el otro, EL DERECHO AL ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS.

El niño que fue concebido por las técnicas de reproducción asistida con semen donado por una persona extraña a la pareja o cónyuges, pretende hacer valer su derecho a la identidad.

A su vez, el donante anónimo de semen, pretende reservar su identidad frente al niño concebido con su material genético y frente a los receptores (padres del niño).

La colisión entre El Derecho a la Identidad del Niño y El Anonimato del Donante De Gametos, está fundamentada en la pretensión de prevalecer uno sobre el otro. La Colisión de Derechos fundamentales: a) por un lado, el derecho a la intimidad y reserva de sus datos personales identificatorios del dador, y a la inversa, la reserva de los datos de los receptores frente a los dadores; b) por el otro, el derecho a la verdad, el derecho a la intimidad y el derecho a la familia del niño concebido por técnicas asistidas con material genético de un tercero.

El punto de discusión consiste en establecer cuáles de los dos derechos prevalece dentro de las condiciones fácticas y los vacíos legales que no han dado ninguna solución al respecto.

Un Tribunal puede sostener que el derecho a la verdad prevalece sobre la libertad de intimidad en la medida en que se verifiquen ciertos supuestos de hecho, pero esto no implica que siempre y en todos los casos se justifique que el derecho a la verdad prevalece sobre la

⁹⁹ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 708.

libertad de intimidad. Respecto a esto, sería importante leer los fundamentos del caso jurisprudencial de Evelyn Vázquez Ferrá en el próximo apartado.

Por lo que evaluaremos el contenido y significado que cada derecho posee:

3.1 EL DERECHO AL ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS.

El anonimato del donante de semen, es el derecho que tiene un dador de gametos a que se le reserve su identidad (datos personales) frente a las personas que desean realizar las prácticas asistidas, y frente al niño concebido; asimismo, goza del secreto profesional de que guardan los profesionales y el instituto que interviene en la obtención y conservación de los gametos. O sea, no se le imponen ni derechos ni deberes respecto al concebido, ni éste a su nacimiento puede exigirlos, a fin de no desanimarlo a aquel. Por lo tanto, la mera donación de semen no puede ser título de paternidad. Por ello no corresponde admitir la acción de reclamación del estado de hijo contra persona que entregó su material genético, quien tampoco debe tener acción para ser emplazado como padre. Asimismo, se sostiene que el anonimato evita los riesgos de interferencia del dador que puedan perjudicar la vida familiar íntima de la receptora. Y también se considera el interés del hijo a no ser expuesto a la perturbación psíquica que le provocaría la verdad biológica, extraña a la relación instaurada con su núcleo familiar. Por lo tanto, el tercer dador debe permanecer desconocido por su pareja, y a su vez aquel debe desconocer la identidad de la pareja asistida.¹⁰⁰

El anonimato del donante se complementa con el derecho a la intimidad y privacidad, ambos de jerarquía constitucional.

La constitución de la Provincia de Córdoba establece en el Artículo 19: “Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (...) 2. Al honor, a la intimidad y a la propia imagen (...).”

La Intimidad es la parte de la vida de una persona que no ha de ser observada desde el exterior, y afecta sólo a la propia persona. Se incluye dentro del “ámbito privado” de un individuo cualquier información que se refiera a sus datos personales, relaciones, salud, correo, comunicaciones electrónicas privadas, etc. Es el derecho que poseen las personas de poder excluir a los demás del conocimiento de su vida personal, es decir, de sus sentimientos

¹⁰⁰ Radkievick, Rubén y Ferrer, Francisco A. M, “Anonimato de los dadores de gametos”. Ponencia del XXI Congreso de Notariado latino, en Berlín Alemania, 1995, Pág.273.

y comportamientos. Una persona tiene el derecho a controlar cuándo y quién accede a diferentes aspectos de su vida personal.

La Declaración de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948 establece en su artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Basados en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la mayoría de las legislaciones internacionales (en Argentina la Ley de Habeas Data) coinciden en que queda prohibido el almacenamiento de datos de carácter personal que revelen ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual. La ley reglamenta el uso de la informática para que no se vulneren el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos. La Privacidad es la parte más profunda de la vida de una persona, que comprende sus sentimientos, vida familiar o relaciones de amistad.

Entonces, los Datos de Carácter Personal, son aquellos datos relacionados con la intimidad de las personas y son un tipo de datos específicos que, legalmente, deben ser protegidos.

La constitución de la Provincia de Córdoba hace referencia a la Privacidad en el Artículo 50: “Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destina esa información, y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto cuando tenga un interés legítimo”.

En virtud de lo que establece la Constitución Nacional respecto de la vida privada de los hombres en el Artículo 19: “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.”

Las primeras Jornadas sobre Derecho de Familia en Morón (septiembre de 1990) señalaron que el anonimato de la identidad del donante de los gametos, reconocerá las siguientes excepciones:¹⁰¹

a) El derecho del hijo a conocer su realidad biológica cuando adquiriera madurez suficiente, sin que esto signifique conceder acciones de estado.

b) La prueba de los impedimentos matrimoniales.

¹⁰¹ Fiorentino, María Silvina y Bazaël, María Cecilia, “Nuevos métodos de procreación”, Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág. 90.

c) La historia médica y genética del donante pero no su identidad, será suministrada cuando sea solicitada por quien acredite un interés legítimo.

Pero la legislación argentina todavía no ha resuelto esta situación, dejando en manos de los Centro de Salud especializados en fertilización y los Bancos de semen, la reglamentación de dichas práctica y registro de confidencial y secreto de los datos personales del donante de esperma.

Es importante destacar el anonimato del dador en los contratos de fecundación asistida heteróloga. Estos contratos constituyen el acuerdo de voluntades por el cual una parte, denominada beneficiaria, se obliga a someterse al tratamiento técnico de fecundación asistida elegido, con material genético parcial o totalmente ajeno, aportado por un tercero, extraño a aquella, conocido o no por la parte beneficiaria, y por el cual la otra parte, denominada asistente, o Centro de Salud especializado, se obliga a realizar dicho tratamiento médico. Una característica principal es el anonimato del dador de gametos; ello sin embargo no obsta, en modo alguno, a que ese material genético sea identificado, seleccionado e investigado previo a su utilización. Lo específico de este supuesto, es que ese tercero dador, no interviene ni participa en el contrato de fecundación asistida heteróloga. No detenta en consecuencia ningún derecho en este contrato, ni contrae obligaciones y tampoco le cabe responsabilidad alguna, salvo que surja de convenios o pactos que celebre con institutos públicos o privados. Tiene derecho a que se le informe del destino del material genético y la obligación de someterse a los estudios y análisis correspondientes. El centro de salud debe garantizar al dador anónimo su confidencialidad, secreto profesional y privacidad.¹⁰²

La realidad contractual nos muestra la posición silenciosa e indiferente que toma el dador anónimo, frente al objeto del contrato y demás sujetos que intervienen en la relación jurídica. Esto refleja que el único interés que tiene la persona que dona material genético, es aquel que se le garantice su anonimato, o sea, que se le resguarden todos sus datos personales. Porque no tiene la voluntad de:

- asumir la paternidad que le correspondería por el nexo biológico.
- por ende, de obligarse por el instituto de la patria potestad que “es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado...” (Art. 264. CC)
- mantener vínculos familiares con el niño y con sus parientes.

¹⁰² Aranda, María Constanza y Cáceres, María Isabel, “FIV y la función notarial”, Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág.24.

3.2 EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO DESDE LA CONCEPCIÓN

Por otra parte, el derecho a la identidad, en su faz estática y dinámica como explica Dr. Fernández Sessarego¹⁰³, se reconoce a todos los niños desde la concepción. El derecho a la identidad se relaciona directamente con el derecho a la vida, porque al comenzar a ser, se tiene el derecho de ser reconocido como tal.

Para nuestro Código Civil, en el Art.51, las personas humana son: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad” y su existencia comienza a partir de la concepción (Art.70 CC). Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno (Art. 63 CC).

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos determina en su Artículo 4.-inc1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la Ley y en general, a partir del momento de la concepción.”

La Constitución de la Provincia de Córdoba también describe que la vida de la persona desde su concepción, y que la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad (Art. 4).

La Convención sobre los derechos del Niño establece en su Artículo 1 que se entiende por Niño a: “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

La definición contenida en la versión inicial propuesta por Polonia en 1978 del entonces proyecto de Convención, definía al niño como toda persona, humana, desde su nacimiento hasta los 18 años de edad.

Algunos países propusieron una redacción sustitutiva al artículo primero definiendo al niño como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa -o sea, la que proponía la concepción como elemento de la definición y la que empleaba el nacimiento para este efecto- llevó al Grupo de Trabajo a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenida en el texto original. En consecuencia, la Convención no se pronuncia sobre el particular, y los trabajos preparatorios dejan constancia que el texto final del artículo primero tiene el propósito expreso de evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional, en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento.

¹⁰³ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p.

El niño tiene derecho a que el Estado, mediante su responsabilidad preventiva y subsidiaria, le garantice el crecimiento, el desarrollo armónico y el pleno goce de los derechos, especialmente cuando se encuentre en situación desprotegida, carenciada o bajo cualquier forma de discriminación o de ejercicio abusivo de autoridad familiar (Art. 25 Constitución de la Provincia de Córdoba).

La Dra. Matozzo de Romualdi ¹⁰⁴ nos explica cómo se puede violar el derecho a la identidad de un niño: “Cambiándole el nombre, la edad o la familia de pertenencia. Obligándolo a vivir una vida que no le pertenece, y privándolo de vivir su propia vida. Negándole el derecho de conocer su propia historia y su linaje. Condenándolo a perder su destino y desgajando su aporte del proyecto de construcción de la humanidad. Cualquier menoscabo a la identidad, se traduce en una ofensa a la sociedad entera y a las esperanzas del hombre. El niño tiene el derecho de vivir con su familia de sangre, razón por la cual, nuestro sistema jurídico plasma el principio de la verdad biológica y el derecho a la identidad en todo su concepto.”

El derecho a la identidad del niño está consagrado en La Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada por la ley nacional Nro. 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional por el Art. 75, inc. 22. después de la reforma de 1994. La Convención del Niño, en el Artículo 8 nos expresa:

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.”

En dicha convención se establecen los derechos del niño y también sus garantías, que los Estados partes deben respetar y cumplir.

El conocer los orígenes, saber y/u obtener información sobre la identidad biológica, constituye un derecho para toda persona humana. El Origen, del latín origio-inis, derivado de orior, significa principio, comienzo, nacimiento, salir-los astros. La Real Academia Española determina en sus cuatro acepciones los siguientes significados: 1. Principio, nacimiento,

¹⁰⁴ Matozzo de Romualdi, Liliana A. “Biotecnología y el derecho a la identidad” Publicado en El derecho, Nro. 8959, del 13 de marzo de 1996 en los Cuadernos de Bioética del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, Vol. VII, nro. 25, 1ra., 1996.

manantial, raíz y causa de algo. 2. Patria, país donde alguien ha nacido o tuvo principio la familia o de donde algo proviene. 3. Ascendencia .4. Principio, motivo o causa moral de algo.

Nuestra constitución Nacional, al igual que la mayoría de las constituciones mundiales, nada dice sobre el derecho a conocer el origen. Tal carencia de reconocimiento expreso, no significa que éste no se pueda deducir de otros derechos receptados en la regla de reconocimiento constitucional.

Convención sobre los Derechos del Niño, 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.”

Esta restricción que lleva consigo la expresión “en la medida de lo posible”, es una de las tantas “transacciones” o “cesiones” que debieron hacerse para que este documento llegara a buen puerto. No sólo para que sea aprobado, sino también para que sea el instrumento internacional de derechos humanos que más ratificaciones ha logrado -y en el menor lapso de tiempo-. Ha sido ratificado por todos los países, excepto Estados Unidos y Somalia.

En los trabajos preparatorios de la Convención se había articulado: “El niño tendrá el derecho, desde su nacimiento, de conocer y ser cuidado por sus padres, así como el derecho a un nombre y adquirir una nacionalidad”. Pero esta iniciativa fue rechazada por países como Estados Unidos al ser contrario a sus legislaciones que impiden al adoptado conocer la identidad del progenitor.

Estos antecedentes han llevado a algunos autores a considerar que la voluntad de los redactores de la Convención se inclina a favor de no reconocerle a los niños el derecho a conocer sus orígenes por sobre el derecho a la intimidad de sus progenitores.

Geraldine Van Bueren¹⁰⁵, la especialista inglesa en materia de derechos del niño, quien perteneció al grupo de redactores originales de la convención sobre los Derechos del Niño, advierte que “en la medida de lo posible” (Art. 7 Convención sobre derechos del niño), se refiere sólo a los impedimentos de índole fáctico, o sea, a la imposibilidad de alcanzar el conocimiento por falta o carencia de información, y no a los de índole legal. Esta misma

¹⁰⁵Geraldine Van Bueren, “El Derecho Internacional de los Derechos de Niños”, Inglaterra, 1998.

interpretación, que se circunscribe a los obstáculos de hecho para permitir el acceso a la información al hijo concebido como consecuencia de una inseminación artificial heteróloga, con semen de donante anónimo.

El art. 7 de la convención que admite el derecho a conocer a los padres “en la medida de lo posible” es interpretado de dos maneras:¹⁰⁶

- 1.- referido a la existencia real de datos informativos.
- 2.- o a la existencia de un reconocimiento legal en cada estado.

La Convención de la Haya de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de adopción Internacional (Argentina no admite adopción internacional) ordena al estado de origen del niño a conservar los datos informativos sobre sus orígenes, la identidad de sus padres y su historial médico, y la permisión de acceso a ellos si la legislación del estado de recepción lo permita.

Por más que la Convención sobre Derechos del Niño, al igual que la convención de la Haya, recepte restricciones al derecho a conocer los orígenes, éste debe ser analizado a la luz de un cúmulo de otros derechos de igual jerarquía constitucional, como ser, entre los más relevantes: el derecho a la vida, el derecho a nacer; el derecho a gozar de salud física y síquica; el derecho de gozar de integridad física y síquica; el derecho al mantenimiento y preservación de los vínculos paterno-filiales y fraternales; el derecho de ser concebido, gestado, alumbrado y criado dentro de una familia, basado en la unión de varón y mujer, y en su defecto, ser adoptado en las mismas condiciones; el derecho de disfrutar del primer medio ambiente humano natural, el seno materno; el derecho de ser tratado en condiciones de igualdad; el derecho a la intimidad; el derecho de recibir información; el derecho de gozar de una identidad genética, biológica, social y jurídica indiscutibles.¹⁰⁷

Una reciente Doctrina, elaborada por la Dra. Matozzo de Romualdi¹⁰⁸, llama a los derechos mencionados en el párrafo anterior, “Derechos Biológicos”, entendiendo por tales “a aquellos cuyo goce es reconocido a las personas en cuanto son sujetos protagónicos y responsables de la evolución biológica natural de la especie humana y de su medio ambiente”. El Estado tiene la obligación de garantizar su ejercicio, su defensa y reparación cuando hayan sido violados por otros particulares o por el Estado mismo. La protección de estos derechos es esencial para preservar el futuro biológico de la humanidad, por lo que serán ejercidos por

¹⁰⁶ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 793.

¹⁰⁷ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 793.

¹⁰⁸ Matozzo de Romualdi, Liliana A. “Biotecnología y el derecho a la identidad” Publicado en El derecho, Nro. 8959, del 13 de marzo de 1996 en los Cuadernos de Bioética del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, Vol. VII, nro. 25, 1ra., 1996.

todas las personas, por sí o a través de sus representantes legales, desde el acto mismo de la concepción y hasta la muerte natural.

Entendemos que el derecho a conocer el origen se desprende y revaloriza a través de los derechos mencionados.

La supuesta tensión entre el derecho del hijo a conocer los orígenes y el derecho a la intimidad de los progenitores puede superarse mediante la implementación de ciertas medidas o acciones positivas.

4. Otros problemas que se plantean respecto a la donación de espermatozoides:

Otros conflictos se establecen entorno a la donación de gametos pertenecientes a personas extrañas a la pareja o matrimonio:

Para una posición, los padres del niño concebido con semen de un dador anónimo estarían favoreciendo una ficción de vida, mostrando ante la sociedad una realidad que no es y ocultándole al propio menor su realidad biológica. “Los padres que emplean gametos de un tercero en la concepción de un hijo, están alimentando "la sicosis del hijo biológicamente propio", siendo que ese hijo no será de esa pareja, si no de otro, y vivirán la ficción del vínculo biológico hasta que la verdad aflore sin duda en forma traumática”.¹⁰⁹

El parentesco es un impedimento para contraer matrimonio. ¿Cómo pueden saber estos adultos concebidos con semen del mismo Banco, si la persona con la que va a contraer matrimonio no es su hermana? ¿O que el propio donante se case con una joven concebida con su semen? La Dra. Matozzo de Romualdi¹¹⁰ nos aporta que: “Para asegurar el éxito de los tratamientos de FIV (fecundación in vitro) se conciben más embriones de aquellos que serán transferidos a la mujer. Se eligen los mejores, se intenta una transferencia, y los demás son "criopreservados para no ser destruidos", a la espera de posteriores transferencias, o "mejor" destino. Lo cierto es que muchas mujeres al tener éxito en la primera transferencia y más aún si nace más de un niño, jamás reclamarán la transferencia de los "otros hijos biológicos" que estén congelados. Los hijos nacidos por estas técnicas tendrán el derecho de indagar cuál fue el destino de sus hermanos, ya que los une un "vínculo biológico fraternal" al ser concebidos todos en el mismo momento. ¿Qué les dirán a sus padres frente a la selección efectuada y al destino encomendado a sus hermanos "sobrantes"? Los gametos pueden ser manipulados de modo de determinar el sexo del ser que es concebido. También puede determinarse el sexo del

¹⁰⁹ Matozzo de Romualdi, Liliana A. “Biotecnología y el derecho a la identidad” Publicado en El derecho, Nro. 8959, del 13 de marzo de 1996 en los Cuadernos de Bioética del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, Vol. VII, nro. 25, 1ra., 1996.

¹¹⁰ Ídem Cita Nro. 109.

embrión concebido mediante la extracción de una célula, a poco de ser concebido, y cambiar esta por otra para alterar su identidad sexual o invertirla totalmente. Pero en ambos casos se está violando el derecho a la identidad sexual genética.”¹¹¹

Muchas parejas homosexuales plantean el deseo de acceso a las prácticas de fecundación asistida para concebir un hijo.

Un reciente artículo periodístico español del “Diario Público”¹¹², año 2008, nos informa sobre la situación de una pareja de lesbianas que desean tener un hijo, a través de la inseminación artificial con gametos de donados:

“Lo común es que las demandas de la sociedad precedan a los avances científicos, pero a veces es la ciencia la que tiene que esperar. Una pareja de lesbianas que lo había solicitado de forma oficial podrá tener en España un bebé del que ambas serán madres biológicas, una como gestante y la otra aportando sus genes. Para ello, sólo será necesario fertilizar un óvulo de una de las mamás con espermatozoides de un donante anónimo e implantar el embrión resultante en el útero de la otra mamá. A muchos quizá les parecerá otro milagro científico, pero es nada menos que un avance social.

La pareja manifestó en una solicitud oficial su deseo de tener un hijo del que ambas fueran madres biológicas y advirtió sobre un vacío legal en la Ley de Reproducción Humana Asistida, de 2006, que discrimina los derechos de las parejas de mujeres homosexuales respecto a las parejas heterosexuales y les impedía cumplir con su sueño.

El dictamen de un comité de expertos en reproducción corrige el vacío legal.

La petición de la pareja fue discutida el pasado 4 de diciembre por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, órgano consultivo dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, que dio la razón a las dos futuras madres, al dictaminar que no existe ningún impedimento legal para que las técnicas de reproducción asistida puedan ser utilizadas por parejas homosexuales de mujeres.

La ley establece que la donación de gametos (espermatozoides u óvulos) para realizar una fecundación in vitro debe ser anónima; y fija al respecto como única excepción que se utilice semen del marido de la mujer en cuyo útero se implanta el óvulo fecundado. Es decir, no recoge la posibilidad de que una lesbiana pueda donar un óvulo a su pareja.

¹¹¹ Matozzo de Romualdi, Liliana A. “Biotecnología y el derecho a la identidad” Publicado en El derecho, Nro. 8959, del 13 de marzo de 1996 en los Cuadernos de Bioética del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, Vol. VII, nro. 25, 1ra., 1996.

¹¹² Diario Publico.es, publicación “Dos madres biológicas para un mismo niño”, Madrid España, 14/12/2008 pagina web <http://www.publico.es/espana/183126/madres/biologicas/mismo/nino>.

A juicio de la Comisión, dado que esta ley autoriza la donación de gametos del marido a la mujer, de igual manera debe autorizarse entre personas del mismo sexo unidas por vínculo matrimonial o relación de afectividad análoga a la conyugal. La resolución del Consejo beneficiará no sólo a las dos mujeres, sino también a cualquier otra pareja de lesbianas que desee lo mismo, dado que la argumentación jurídica proporcionada por los expertos no deja margen a interpretaciones. La resolución, no vinculante, será enviada a todas las comunidades.

La Comisión de Sanidad está formada por magistrados, fiscales, psicólogos, abogados, médicos, expertos en bioética y presidentes de sociedades científicas. Funciona como órgano consultivo sobre la legalidad de determinadas actuaciones y emite informes preceptivos sobre prácticas especiales, como las técnicas de diagnóstico preimplantacional.

La conclusión se alcanzó de forma mayoritaria, tras un largo e intenso debate en el que participó la práctica totalidad de los 27 miembros presentes y que se resolvió sin necesidad de votación. La resolución, no vinculante, será enviada próximamente a las consejerías de sanidad de todas las comunidades autónomas, para que la tengan en cuenta en caso de recibir una solicitud de este tipo de intervención.

La participación de un padre biológico sigue siendo necesaria en este caso, tanto como imprescindible tendrá que ser su anonimato. Una de las condiciones que establece la legislación para que una fecundación in vitro pueda aprobarse es que el donante de los gametos masculinos, cuando no es el marido de la madre, proceda de un banco de semen.

Esto significa que ninguna pareja de mujeres podrá elegir a quién quiere como padre biológico de su hijo. La ley también prohíbe, a cualquier tipo de pareja, decidir las características físicas del bebé (como el color del pelo o de los ojos).

En cuanto al futuro, la ciencia vuelve a estar por delante de la sociedad. Sobre el papel, las mujeres podrán algún día reproducirse sin necesidad de contar con la participación de un hombre ni incluso tampoco de otra mujer. Los científicos han logrado ya desarrollar células germinales, capaces de convertirse en espermatozoides, a partir de células extraídas del cabello y de la piel.

Siguiendo este método, el trabajo de laboratorio ha logrado alcanzar la autofecundación en ratones. Pero la técnica aún presenta muchos riesgos, asociada al desarrollo de tumores, por lo que aún tardará mucho en aplicarse en humanos. De todos modos, con la legislación actual ninguna de estas alternativas de reproducción sería posible, así que de momento no han entrado en el debate bioético.

La solución de Sanidad se enmarca en la línea de avance científico impulsada por el Gobierno socialista, que ha permitido, por ejemplo, contar con una de las leyes de investigación biomédica más avanzadas de Europa. En la resolución del consejo de expertos influyeron de forma determinante dos leyes aprobadas en la anterior legislatura: la legislación sobre matrimonios homosexuales (recogida en la reforma en 2005 del Código Civil), que equipara esta unión con la de los matrimonios entre heterosexuales, y la propia Ley de Reproducción Humana Asistida.

La fecundación in vitro condenada el viernes una vez más de forma expresa por el Vaticano es una solución muy extendida entre parejas heterosexuales. En España, la utilizan cerca de medio millón de parejas al año. La primera persona nacida por esta técnica, la británica Louise Brown, cumplió el pasado julio 30 años.

La práctica más habitual es fecundar en laboratorio un óvulo de la madre con semen del propio marido y reimplantar posteriormente el embrión en el útero de la madre para que se desarrolle la gestación.

En algunas ocasiones, cuando la pareja es incapaz de procrear, se recurre a gametos de donantes anónimos, sobre todo espermatozoides, aunque a veces, por ejemplo cuando a la mujer se le ha extirpado un ovario, también óvulos, para alcanzar la fecundación.”¹¹³

5. Filiación en la Procreación asistida y el Derecho a la Identidad

Lo que más nos interesa señalar es que la identidad -tanto en su faz estática como dinámica- constituye una cuestión de suma relevancia para analizar ciertas tensiones que trae consigo el derecho de filiación, tanto por naturaleza, por adopción o mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida.

La Filiación constituye la primera de las determinaciones que singularizan a la persona en el medio social. Es que el vínculo procedente de la generación –o de la adopción en su caso- es lo que la arraiga, la remite a su origen y le brinda referencias de nombre, nacionalidad, parentesco, etc., que la distinguen entre los demás y le dan permanencia en el tiempo.

Nuestro Código Civil sólo señala dos tipos de filiación por naturaleza o por adopción. “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

¹¹³ Diario Publico.es, publicación “Dos madres biológicas para un mismo niño”, Madrid España, 14/12/2008 pagina web <http://www.publico.es/espana/183126/madres/biologicas/mismo/nino>.

como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.”(Art.240 Código Civil).

Como lo expresa el artículo del Código, existen dos modos de filiación, y la doctrina nacional agrega una tercera filiación llamada “filiación por procreación asistida”. Debido a los avances científicos y tecnológicos ocurridos en los últimos tiempos, la doctrina ha desarrollado este tipo de filiación para dar respuestas a varios de los problemas que presenta.

El derecho vigente de la filiación –tanto biológica como adoptiva- constituye un verdadero aporte para el crecimiento de la reciente Filiación por Procreación Asistida carente de marco normativo regulatorio. Dichos aportes, como el derecho a la verdad desarrollado en la filiación por naturaleza, y la realidad biológica regulada en la filiación por adopción, fortalecen los derechos del niño de gozar de una identidad genética, biológica, social y jurídica indiscutibles.

A continuación:

- 5.1. Filiación por Naturaleza.
- 5.2. Filiación por adopción
- 5.3. Filiación por procreación

5.1 Filiación por naturaleza

El derecho a la identidad en la filiación por naturaleza, es decir, en aquellos supuestos donde la procreación constituye el presupuesto biológico de la relación jurídica paterno-filial.

- 1) En primer término, nos abocaremos al llamado “derecho a la verdad”.

Diferencias de la verdad histórica y la verdad axiológica:

La verdad histórica se refiere a la existencia de un suceso fáctico determinado, sin entrar a discutir sobre su aspecto positivo o negativo o a realizar disquisiciones valorativas al respecto. Es muy difícil negar el holocausto del pueblo judío, la Segunda Guerra Mundial, la Revolución Francesa, etc. Esto es verdad histórica, develar acontecimiento fáctico y ponerlo a disposición de las personas.¹¹⁴

La verdad axiológica se vincula con los juicios de valor que hagan las personas sobre los acontecimientos históricos. Implica valorar como bueno o malo, justo o injusto, productivo o improductivo un determinado momento fáctico comprobado.

¹¹⁴ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 716.

La verdad en el derecho internacional de los derechos humanos, se presenta en situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos, en donde el Estado está obligado a investigar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecer sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones.

Juan Méndez¹¹⁵, menciona que el derecho a la verdad no es concebido como una alternativa a la obligación de investigar, procesar y castigar, ni como un menú de posibilidades, siendo las otras ofertas las obligaciones de reparaciones a las víctimas, la depuración de las fuerzas armadas y de seguridad de los elementos que han cometido atrocidades, y castigarlas por vía del proceso penal. En este contexto, el derecho a la verdad genera en sí misma la obligación del Estado de investigar y dar a conocer los hechos que se pueden establecer fehacientemente.

2) El derecho a la verdad en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema, observaremos interesantes casos:¹¹⁶

A.- El caso “Urteaga”. Facundo R. Urteaga promovió acción de amparo de habeas data contra el estado nacional y/o el Estado Mayor conjunto de las Fuerzas Armadas y/o el gobierno de la Provincia de Buenos Aires, con el objeto de obtener información existente en los bancos de datos de organismos oficiales sobre su hermano Benito J. Urteaga, supuestamente “abatido” el 19/07/1976 en un departamento ubicado en la localidad de Villa Martelli, Provincia de Buenos Aires.

La Corte Suprema le otorgó al derecho a la verdad un alcance y modalidad específico. Así, les reconoció a los familiares de Benito J. Urteaga el derecho a conocer la verdad sobre su destino, o sea, sobre qué sucedió con él, dónde se encuentran sus restos; el acceso a los datos obrantes en los registros estatales civiles o militares que puedan ayudar a encontrar la verdad sobre Benito.

Desde una perspectiva general, el derecho a la verdad histórica creado por vía pretoriana, constituye un derecho emergente que integra la regla de reconocimiento constitucional: con carácter general en los procesos civiles, penales y en el procedimiento administrativo; en los procesos civiles y penales que se promuevan por apropiación indebida de niños; en los procesos filiatorios; en los procesos de adopción, el derecho a ser informado o saber sobre los orígenes.

¹¹⁵ Méndez, Juan E., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.p 526.

¹¹⁶ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, Pág. 722 ss.

B.- El segundo antecedente constitucional que involucra el denominado “derecho a la verdad “ha sido el resonado caso “Evelyn Vázquez Ferrá”. Este precedente tuvo su origen en la querrela promovida por la madre de una mujer desaparecida en el año 1977, cuando estaba embarazada de cinco meses. La peticionante alegó que su hija, después de haber estado privada ilegalmente de su libertad en el centro de detención clandestino existente en la Escuela de Mecánica de la Armada, dio a luz a su nieta, la que habría sido entregada a Policarpio Vázquez e inscripta en el Registro Civil.¹¹⁷

La mayoría de la Corte Suprema de Justicia compuesta por los ministros Faytt, Belluscio, López, Petracchi, Moliné O’connor, Boggiano y Vázquez resolvió la devolución de los documentos identificatorios de Evelyn, que los tenían retenidos, y aceptó su negativa a realizarse la prueba hemática, que permitiría determinar su verdadera identidad.

Belluscio y López argumentaron que existen normas procesales penales que impiden admitir denuncias entre parientes. Por ende los procesados fueran sus verdaderos padres la ley procesal autorizaría a Evelyn a negarse a declarar. Forzarla a admitir el examen de sangre por medio de la fuerza violaría respetables sentimientos resguardados por el artículo 19 de la Carta Magna. Sostuvieron que el objeto del proceso penal es demostrar la comisión del delito de apropiación y no la existencia del verdadero parentesco.

El ministro Maqueda –en minoría parcial- también decidió la devolución de los documentos identificatorios de Evelyn, pero ordenó la realización del examen compulsivo de sangre. La extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen

Colisión de Derechos fundamentales: a) por un lado, Evelyn invoca su derecho a la intimidad con el objeto de negarse a la extracción de sangre; b) por el otro, los eventuales parientes biológicos titularizan el derecho a la verdad, el derecho a la intimidad y el derecho a la familia. El punto de disputa consiste en establecer cuáles son las razones que hacen que uno prevalezca sobre otro u otros dentro de los condicionamientos fácticos anteriores.¹¹⁸

Queda fuera de toda discusión que el examen de sangre pueda producir un daño en la integridad física o en la salud de Evelyn, en la medida que pueda aportar una prueba para el proceso penal.¹¹⁹

¹¹⁷ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 727 ss.

¹¹⁸ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 727 ss.

¹¹⁹ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 738

El Tribunal puede sostener que el derecho a la verdad prevalece sobre la libertad de intimidad en la medida en que se verifiquen ciertos supuestos de hecho, pero esto no implica que siempre y en todos los casos se justifique que el derecho a la verdad prevalece sobre la libertad de intimidad.

Luigi Ferrajoli¹²⁰, italiano, principal teórico del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del Derecho penal pero que considera, en general, un paradigma aplicable a la garantía de todos los derechos fundamentales.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar: entiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas.

Considera que los derechos fundamentales deben estar determinados por cada ordenamiento jurídico en especial. Para determinar cuáles pueden constituir esos derechos fundamentales, según Ferrajoli, está dado por el valor de la persona en el sentido Kantiano: ser siempre un fin y no un medio. Vista así las cosas, manifiesta que hay cuatro valores que son precisos para las personas: vida, dignidad, libertad y supervivencia. Estos valores tienen que servir de cuatro fines: 1) la igualdad jurídica; 2) el nexo entre derechos fundamentales y democracia; 3) el nexo entre derechos fundamentales y paz; 4) finalmente, derechos fundamentales como la ley del más débil.¹²¹

Sostiene que en el marco de una teoría general, los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos. La tragedia de la colisión de derechos fundamentales se supera a partir de la construcción de la verdadera identidad de Evelyn, derecho fundamental al cual no puede jurídicamente renunciar. Desde ese instante, podrá ejercer su derecho a la intimidad como quiera, pero sabiendo quién es ella y quizá también las razones que impidieron que su madre biológica no compartiera su vida. Esto depende de un examen de sangre, un sacrificio ínfimo para saber la verdad, la búsqueda de la identidad perdida y de una familia.¹²²

¹²⁰ Ídem cita nro. 120.

¹²¹ Boletín Mexicano de derecho comparado, el modelo garantista Luigi Ferrajoli por Rodolfo Modelo Cruz nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 825-852.

¹²² Gil Domínguez, Andrés, "Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia", página 738 ss.

El caso fue antecedente importante para la causa de “Banes de Carloto Estela en representación Asociación Abuelas de Plazas de Mayo s/ denuncia, en los cuales se dispuso la compulsividad de la prueba de histocompatibilidad” resuelta por la Sala II de la Cámara Federal de San Martín, de fecha 30/09/2004, en cuyas condiciones fácticas existían fundadas dudas sobre el origen del niño y la niña adoptada. El tribunal finalmente resolvió el caso, bajo una visión más avanzada que la resolución de la Corte Suprema de la Nación en el caso Vázquez Ferrá, ya que dispuso la constitucionalidad de la prueba de sangre porque es proporcional, necesaria e idónea para proteger la libertad de intimidad de la querrela y preservar los lazos familiares destruidos por el terrorismo de Estado.¹²³

5.2 Filiación Adoptiva

El derecho a la identidad está totalmente emparentado con el instituto jurídico de la adopción.

Napoleón Bonaparte ¹²⁴expresó que: “La adopción es una ficción que imita la naturaleza: una especie de sacramento destinado a establecer los sentimientos y los afectos de la filiación y de la paternidad entre dos individuos nacidos extraños el uno del otro (...) si la adopción no hace nacer entre el adoptante y el adoptado los afectos y los sentimientos de padre y de hijos, y deviene una imitación perfecta de la naturaleza, establecerla es inútil.”

Por su parte, Fonzolato¹²⁵ señala que: “La adopción es una institución del derecho de familia en virtud de la cual, y por medio de una sentencia judicial, se crea entre personas no ligadas por lazos biológicos próximos un vínculo jurídico de parentesco idéntico o similar al que surge de la filiación consanguínea establecida”.

La identidad en el marco de la adopción, se refiere tanto a los niños, como a los padres de origen y a los adoptivos. Es decir, al triángulo personal que integra la adopción.

El Código Civil, según la ley 24.779, establece:

Art.321: “En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: (...) h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica”.

El Art.328 expresa: “El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.”

¹²³ Ídem cita nro. 122.

¹²⁴ Talciani, Corral, Hernán, Adopción y filiación adoptiva, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p.7.

¹²⁵ Fonzolato, Eduardo I. “La Filiación adoptiva, Advocatus, Córdoba, 1998, p.17.

En ambos artículos mencionados se prevé el derecho de los niños a conocer su mal llamada “realidad biológica”.

Al respecto, la autora Eva Giberti¹²⁶, se pregunta a qué alude la ley con el concepto de “realidad biológica”. ¿Sólo a un útero fecundo y parto? ¿A la madre que lo gestó? ¿A los datos genéticos? Cualquiera sea la respuesta, se puede vislumbrar que se acota de manera considerable el concepto de origen, de historia, de biografía de un niño. El origen de una persona es mucho más que ello. No se circunscribe a lo genético, de hacerse se ubicaría a la mujer que entrega una criatura en categoría de usina de bebés.

La mencionada autora va más allá cuando se refiere al origen, señalando el segmento socio-cultural, histórico y económico al cual se está aludiendo. Advierte que este segmento del cual proviene el niño “se torna insoportable para quienes prefieren creer que éstos sólo proceden de una coyuntura biológica. De allí que la expresión “realidad biológica”, al tornar invisible el segmento histórico social, se convierte en paradigma de ocultamiento de los conflictos socioeconómicos mediante el lenguaje”.¹²⁷

Otro de los temas que también analiza Giberti y hace a los orígenes de las personas - personas adoptadas- se refiere a la memoria prenatal. Afirma que hay una serie de procesos de diversa índole que se entablan entre el feto y la mujer que lo contiene y que trascienden el intercambio fisiológico de alimentos y oxigenación. Es decir, se reconoce una serie de conductas tempranas en los bebés “cuyos ritmos autorizan a pensar que existió, antes del nacimiento, una organización preformada”.¹²⁸

Otras de las cuestiones que plantea la autora Garriga Gorina¹²⁹ respecto al derecho a conocer los orígenes, se refiere al llamado por la literatura especializada “genealogical bewilderment”, que se podría traducir como “disconformidad genealógica”. Se lo define como un estado de confusión e incertidumbre en el que caen algunas personas adoptadas que se obsesionan en la cuestión de sus orígenes.

La reforma introducida por la ley 24.779, sancionada en abril de 1997, intentó adecuar el régimen en materia de adopción a los postulados incorporados en la Convención sobre los derechos del niño, principalmente en los Arts. 7 y 8, referidos a la identidad, pero sigue presentando varios inconvenientes: el art. 321, inc. h) prevé el compromiso de los padres

¹²⁶ Giberti, Eva, “Comentarios acerca de la nueva ley” en Giberti, Eva y colaboradores, Adopción para padres, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1999, p.29, p.30.

¹²⁷ Giberti, Eva, “Comentarios acerca de la nueva ley” en Giberti, Eva y colaboradores, Adopción para padres, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1999, p.29, p.30.

¹²⁸ Giberti, Eva, “Cando el hijo adoptivo construía su historia prenatal” en Giberti, Eva y colaboradores, Adopción para padres, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1999, p.113 y ss.

¹²⁹ Garriga Gorina, Margarita, La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. P.179.

adoptivos de hacer conocer a su hijo sobre su “realidad biológica”, pero no prevé sanción alguna ante su incumplimiento.

El Art.327 del Código Civil: “Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos en el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323”.

Una postura doctrinaria sostiene que la reforma constitucional operada en el año 1994 deroga la prohibición del art. 327 del Cód. Civil, permitiendo el reconocimiento o la acción de filiación posterior al otorgamiento de una adopción plena al sólo efecto de declarar la paternidad y/o maternidad, dejándose intacto el vínculo adoptivo existente.¹³⁰

Otra postura discrepa con la interpretación derogatoria, porque ese reconocimiento del progenitor biológico implica una intromisión en la intimidad del niño.

En conclusión, nos parece conveniente la postura que pondera la derogación de la prohibición prevista en el art. 327 del Código Civil. Consideramos que a la luz del derecho a la identidad, y para que las previsiones dispuestas en los art. 321 h), y 328 del mismo cuerpo normativo sobre el acceso a la verdad biológica no sea letra olvidada, la admisión de una acción de filiación posterior por vía de la declaración de certeza que prevé el art. 322 del Código Procesal Civil y comercial de la Nación, o sea una acción meramente declarativa y no constitutiva de un nuevo vínculo jurídico, dejando incólume la adopción plena.¹³¹

Recordamos el artículo 322 del C.P.C.C.N.: “Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

Existen dos grandes sistemas o modelos para la determinación de la filiación materna. Por un lado, nos encontramos con sistemas jurídicos que tienden a hacer coincidir la filiación biológica con la filiación jurídica; y otros, que le otorgan prevalencia al elemento voluntarista de aceptación o asunción de la filiación.¹³²

El primero de los modelos mencionados, al cual pertenecen los países latinoamericanos, nórdicos y anglosajones; se basa en la máxima romana “Mater sempte certa est”. Mientras que el segundo modelo o sistema, prescinde de tal principio y le otorga a la

¹³⁰ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 788 ss.

¹³¹ Ídem cita Nro. 130.

¹³² Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 790 ss.

madre un derecho a resguardar su identidad y a desconocer a su hijo. En este ámbito se hallan aquellos sistemas de clara orientación francesa –originarios del Código de Napoleón- y seguido por Francia, Italia y España –en principio-.¹³³

5.3 Filiación por procreación humana asistida

5.3.1 Procreación asistida y los derechos sexuales y reproductivos.

Procreación asistida, fecundación asistida o fertilización asistida, son algunas de las denominaciones que se le asignan a la reproducción humana que no son el resultado de la unión intersexual, sino fruto de la asistencia mediante la aplicación de determinadas técnicas médico-científicas que hacen posible la realidad humana.

Los derechos sexuales y reproductivos, el goce sexual y la concepción de un hijo pueden ir por sendas separadas.

Como resultado de las Conferencias internacionales y acuñando distintos enfoques, la Organización Mundial de la Salud (OMS) adoptó una definición de salud reproductiva que incluye la salud sexual. La misma es aceptada y difundida en los distintos foros internacionales, gobiernos y organizaciones no gubernamentales: “Salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, o en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información de planificación de la familia de su elección, así como otros métodos para la regulación de la fecundidad a su libre elección y el derecho y acceso a servicios de salud apropiados que permitan a las mujeres gravidez y partos seguros y proporcionen a las parejas la mejor chance de tener una criatura saludable.”¹³⁴

La reproducción asistida es un tema que atañe al campo de la bioética ya que sin los grandes avances operados en el campo de las ciencias médicas, no podríamos alcanzar la maternidad-paternidad mediante la procreación natural o la adoptiva.

¹³³ Ídem cita nro. 132.

¹³⁴ Ver pagina web <http://www.uba.ar/encrucijadas/nuevo/pdf/encrucijadas39n3.pdf>.

Los conflictos que presenta la fertilización asistida y que, precisamente, atañe al derecho a la identidad de los niños nacidos mediante la utilización de las técnicas médicas.

5.3.2 Procreación asistida con semen de donantes anónimos.

La Fecundación homóloga es aquella que se realiza con material genético de la propia pareja. El derecho a la identidad no se haya comprometido atento a la concordancia pura entre el vínculo biológico y el jurídico.

La inseminación artificial como la fecundación in Vitro o extracorpórea realizadas con el semen o el óvulo proveniente de otra persona que no es el cónyuge o la pareja, se denomina Fecundación Heteróloga. Zannoni¹³⁵ la determina como aquella que se ha practicado tradicionalmente cuando el marido es estéril –azoopermias o necreopermias- y también en casos Rh; incluso, si el marido es portador de anomalías cromosomitas trasmisibles, aunque fuese fértil. Es estos casos, se apela al semen de un tercero donante. A tal efecto, se recurre a los denominados “Bancos de Semen”, en los cuales se conserva, fresco o congelados, y debidamente clasificados de acuerdo a las características físicas del donante, el esperma de donantes generalmente anónimos. Es sabido que no solo puede ser de espermatozoides sino también de óvulos. Es decir, decir el material genético del tercero, donante anónimo, puede provenir de un hombre como de una mujer. O sea que los conflictos en materia de identidad en los casos de fertilización heteróloga pueden originarse tanto en la determinación de la maternidad como de la paternidad.¹³⁶

¿A quién le corresponde la maternidad o paternidad de un niño concebido mediante la utilización de técnicas de fertilización asistida con semen u óvulos de donantes anónimos? Los dos grandes sistemas existentes en materia de Filiación biológica o natural -como lo denomina el Código Civil en art. 240- uno en el cual se aplica el principio romano “Mater sempte certa est” y el otro donde se prioriza el elemento voluntario. También en materia de reproducción asistida existe una diferenciación.

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida homólogas y heterólogas ¿se admiten en todos los países del mundo? Analizaremos cada situación geográfica separando, por un lado, los países europeos y por el otro, los países latinoamericanos.

¹³⁵ Zannoni, Eduardo. “Manual de derecho de Familia”, ED. Astrea, Buenos Aires.

¹³⁶ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 818 a 819.

5.3.2.1 Derecho comparado

5.3.2.1.1 Países europeos

Remitimos al derecho comparado, y en especial al europeo que se encuentra más avanzado que el Latinoamericano. Distinguimos dos corrientes o grupos de países.

1) El primero conformado por las legislaciones **de Alemania, Suecia, Suiza, Noruega, Austria y Reino Unido**. Permiten la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo si se respeta la dignidad de las personas, concretamente del hijo a tener una familia biparental compuesta, en la medida de lo posible, por la madre y el padre biológico. Es decir, se tiende a reconocer al hijo el derecho a no tener una maternidad disociada con la propia identidad, de manera que si bien se acepta la donación de espermatozoides y óvulos, se le reconoce al hijo el derecho a conocer la identidad del donante anónimo. Por esta razón, se ve con cierta cautela la utilización de técnicas que conlleven la inseminación heteróloga. Al respecto, la ley sueca 1.140 de diciembre de 1984, vigente desde 1 de enero de 1985, reconocen de manera expresa el derecho del hijo nacido mediante fecundación heteróloga a conocer la identidad de quien proporcionó el material genético cuando alcance la mayoría de edad, sin que ello provoque efecto alguno sobre la filiación atribuida por medio del consentimiento prestado oportunamente. En otras palabras, se le niega de manera expresa al donante su anonimato, o mejor dicho la reserva sobre su identidad.¹³⁷

Es preciso destacar que Italia se encuentra afuera de esta clasificación, en virtud a que su ley de fecundación asistida, sancionada en el año 2003, prohíbe la fecundación Heteróloga.¹³⁸

En Reino Unido, desde el 2004 la donación de óvulos y espermatozoides no es anónima. Ésta disposición no será retroactiva y podrán acceder a tal información a los 18 años.¹³⁹

2) El segundo grupo corresponden a **las legislaciones francesas y españolas** que tienden a suprimir cualquier obstáculo jurídico susceptible de impedir la aplicación de tales técnicas, por ende no le otorga a la persona nacida a través de ellas, la posibilidad de conocer la identidad de quienes facilitaron el material genético, y por lo tanto, se garantiza la reserva de estas personas.¹⁴⁰

¹³⁷ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 819 a 820.

¹³⁸ Ídem cita Nro. 132.

¹³⁹ Ídem cita Nro. 132.

¹⁴⁰ Ídem cita Nro. 132.

La Ley española 35/1988, modificada por LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida, en su artículo 5 inc. 5 expresa: “La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, 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”.

El Art. 8 inc. 3. de la misma ley, señala que “La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”.

El Tribunal Constitucional Español con fecha 17/06/1999 decretó su constitucionalidad alegando que “la Constitución española ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, lo que no significa un derecho condicionado de los ciudadanos que tenga por objeto la averiguación, en todo caso, al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejan, de la identidad del progenitor (...) el anonimato de los donantes que la ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, y tras ello se transcribe la parte pertinente del art. 5 ya mencionado que se refiere a las circunstancias excepcionales.¹⁴¹

Existentes tres posturas doctrinarias existentes con relación a este tema expuesta por juristas españoles reconocidos: a) La primera postura se encuentra sostenida por Lacruz Berdejo, catedrático en derecho civil, quien afirma que no se debe aplicar el principio de verdad biológica, por lo cual no cabe hacer responder al donante de gametos por el acto de procreación. b) La segunda postura, en contrario, es sostenida por Pantaleón, quien sostiene que debe aplicarse el principio de la verdad biológica e incluso establecerse la filiación en protección del niño, de allí que se inclina por la inconstitucionalidad del art. 5 ya transcripto; y c) La tercera postura, fundada en los dichos del autor Rivero Hernández, quien señala que

¹⁴¹ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 821.

existe un derecho a conocer la identidad del donante aún cuando ello no determina la filiación, por ende, el hijo debería acceder a conocer sus orígenes, sin que produzca efecto alguno sobre la filiación del niño.¹⁴²

La posición de la Iglesia Católica Apostólica Romana, es determinante y no acepta la reproducción humana asistida. La Conferencia Episcopal Española ha denunciado en varias ocasiones la Ley de Reproducción de 1988 como una ley injusta. A su amparo se viola el derecho de los hijos a ser engendrados en el acto fecundo de donación interpersonal de los padres y se les trata como si fueran objetos de producción, lesionando así su dignidad de personas. Además, a su amparo se producen miles de embriones llamados "sobrantes" que son congelados y condenados a un destino incierto; se llevan a cabo prácticas eugenésicas y abortivas, como la llamada "reducción embrionaria"; se alteran las relaciones familiares acudiendo a donantes de gametos ajenos al matrimonio e incluso se condena a los niños a nacer sin familia, ya que permite que sea una persona sola la que los encargue al laboratorio; y se niega a muchos hijos el conocer a sus padres, pues se establece el anonimato de los donantes de gametos.¹⁴³

La legislación francesa 94-653 del 29/07/1994 que modificó el Código Civil, introdujo el artículo 16.8, por el cual no se puede proporcionar ninguna información que permita identificar la persona que ha realizado una donación de una parte de su cuerpo, añadiéndose que la donación no puede contener la identidad del receptor ni el receptor del donante. También, con fecha 29 de julio de 1994 dictó las leyes 94-653, relativa al respecto cuerpo humano y la 94-654 relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica de la procreación y al diagnóstico prenatal.¹⁴⁴

Las diferencias más notorias entre estos los dos cuerpos legales (Ley Española 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas De Reproducción Humana Asistida vs. Ley francesa 94-654 relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica de la procreación y al diagnóstico prenatal) están dadas en que la ley española es una ley especial en la materia, en tanto que las leyes francesas legislan sobre otros temas médicos conflictivos, tales como el diagnóstico prenatal, la donación de productos y elementos del cuerpo humano. Por otra parte, en lo que hace a las disposiciones referidas a los destinatarios de estas técnicas, la ley francesa limita su aplicación a matrimonios y convivientes con más de dos años de vida en común, en tanto que la española permite el

¹⁴² Soler Beltran, Ana Cristina, "La cuestión del anonimato del donante de gametos" en [pagina web http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/articulos/45-derecho%20civil/200205-256815.htm](http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/articulos/45-derecho%20civil/200205-256815.htm).

¹⁴³ Ver Página Web www.es.catholic.net/abogadoscatholicos

¹⁴⁴ Gil Domínguez, Andrés, "Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia", página 822.

acceso a las mismas a toda mujer mayor de edad en buen estado de salud física y mental. La forma de prestar el consentimiento para someterse a la fecundación heteróloga es por medio de escritura pública o ante el juez en la legislación francesa, lo que no ocurre en la legislación española en donde sólo es suficiente el consentimiento por escrito. En lo referido a la fecundación post mortem la ley española la permite, mientras que la francesa no la permiten.¹⁴⁵

5.3.2.1.2 Países latinoamericanos:

El proyecto de ley sobre “Técnicas de reproducción humana asistida” de Uruguay propuesto en julio del 2003, se enrola en el segundo grupo. En su art. 5 expresa que la entrega de gametos a la pareja será reservada, “custodiándose los datos de la identidad en el más estricto secreto y agrega: Bajo ninguna circunstancia el donante, ajeno a la pareja, podrá reclamar derechos de paternidad o maternidad de la criatura concebida mediante las técnicas que regulan esta ley. La pareja receptora de los gametos tiene derecho a obtener información general sobre el fenotipo a recibir, que no incluya la identidad del mismo” y que: “Los usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida no podrán impugnar la filiación del hijo resultante de su aplicación” (art. 7).¹⁴⁶

En este mismo sendero se halla México, que si bien carece de una ley específica sobre reproducción asistida, posee una ley General de Salud que permite la inseminación heteróloga, siempre que se haya obtenido el consentimiento del esposo.¹⁴⁷

6. La Fecundación asistida heteróloga y el derecho nacional

Nuestro país no ha sancionado ninguna ley que regule la reproducción asistida. Simplemente contamos con sendos proyectos y no menos elaboraciones doctrinarias que nos acocan al tema.

En material jurisprudencial, y coherente con el vacío legislativo señalado, son escasísimos los precedentes que se refieren el tema. Contamos con una sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en fecha 14/10/2004, por la cual se obligó a la

¹⁴⁵ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 822.

¹⁴⁶ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 823.

¹⁴⁷ Ídem cita nro. 141.

obra social IOMA a cubrir todos los gastos derivados del cuidado de la salud de un niño procreado por fertilización in Vitro.¹⁴⁸

Otro fallo dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil de la Capital Federal en fecha 03/12/199, en el cual se dispuso el registro de todos los óvulos ya fecundados y congelados en instituciones privadas dedicadas a la reproducción asistida y, en cambio, no se expidió sobre la intervención judicial en todo proceso de fertilización asistida.¹⁴⁹

La Justicia de Mar del Plata autorizó a una pareja a realizar un tratamiento de fertilización in Vitro para intentar salvar a un hijo que padece una grave enfermedad, a través de un trasplante de células madre del cordón del bebé. Además, decidió que el tratamiento sea gratuito. "La pareja tiene dos hijos y uno está muy enfermo. Los médicos les dijeron que no tiene cura excepto que se hagan un in vitro y seleccionen los embriones que sean compatibles con la sangre del chico", contó el juez Alejandro Tazza, de la Cámara Federal marplatense, en diálogo con Clarín.com. Y agregó: "El tema viene a la Justicia por la obligación de la cobertura de las obras sociales, el juez de primera instancia ya había dicho que sí". El chico padece una enfermedad que afecta a todo el sistema inmunológico y se transmite genéticamente, según explicó Tazza. "Tiene certificado de discapacidad", agregó. Además de autorizar el tratamiento, el tribunal dio una serie de pautas respecto a los embriones que no se utilicen. "Hay que reconocerle el estatus de ser humano desde el momento de la concepción, hay que criopreservarlos, se prohíbe sus desecho o experimentación y eventual clonación, y se les establece una tutoría, que resguarde sus eventuales derechos", dijo Tazza. Por último, el fallo pide comunicar al Congreso el vacío legal al respecto. Esto informó diario Clarín.¹⁵⁰

Por lo general, los proyectos son restrictivos, es decir, reacios en la admisión de la fertilización heteróloga:

EL Proyecto presentado por Senador Roberto A. Ulloa (Renovador, Salta) (DAE, 24-2000): reproduce su proyecto sobre técnicas de procreación humana asistida. Art. 2º.-“(…) En todos los casos deberán emplearse gametos de los cónyuges, encontrándose ambos con vida al momento de la inseminación o transferencia de los gametos o de los embriones”.

EL Proyecto presentado por Senador Enrique Martínez Almudevar (Justicialista, La Pampa) (DAE, 22-2000): Reproduce el proyecto de régimen de reproducción humana asistida.

¹⁴⁸ SCBA, 14/10/2004, “L.M.L.C y otros c/ IOMA s/ amparo”, en página web www.scba.gov.ar.

¹⁴⁹ CNCiv., Sala I, Rabinovich, Ricardo s/ amparo, J.A, 2000-III-630 <http://www.clarin.com/diario/2009/01/22/um/m-01844474.htm>.

¹⁵⁰ Publicación Diario Clarín 22/01/2009 “Autorizan a una pareja la selección de embriones para intentar salvar a su hijo”.

Art. 6°.- Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida las parejas integradas por un varón y una mujer, ambos mayores de edad y clínicamente aptos para someterse a las técnicas cuya aplicación reglamenta la presente ley, casadas o convivientes de hecho, quienes deberán acreditar un período mínimo de convivencia de tres (3) años.¹⁵¹

También se halla en esta tesis el proyecto presentado por el diputado nacional Jorge A. Villaverde Reciente Proyecto de Ley Nro. Tramite 3465-D-2008, Tramite Parlamentario 074 (26/06/2008) Régimen Para La Reproducción Humana Médicamente Asistida. “Artículo 1°.- La presente ley regula la aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida, la actividad y responsabilidad de los establecimientos sanitarios y de los profesionales de la medicina intervinientes, los requisitos, derechos y obligaciones de los beneficiarios de estas técnicas y los derechos de los sujetos concebidos por la aplicación de las mismas. Artículo 2°.- Estas técnicas podrán efectuarse en forma homóloga, teniendo sólo un fin terapéutico como consecuencia de patologías, donde otras terapias hayan demostrado su ineficacia y no como forma alternativa”.

Por citar algunas de las razones sentadas, en el proyecto de los diputados Focus, Argul, y otros¹⁵², se inclinan por la negativa a permitir la fecundación con material genético de tercero, alegando que la reforma introducida por la ley 23-264 trajo consigo la preeminencia del orden biológico. Por otra parte, se señala que la fertilización heteróloga produce una escisión entre “cuerpo y espíritu”, ya que no solo excluye la unión corporal de la pareja (esterilización o infertilidad), sino que hace lo propio con elemento espiritual al incorporar al acto creativo humano una persona ajena a la pareja sin ningún interés de ser padre.

La mayoría de las legislaciones extranjeras que regulan de manera expresa las técnicas de reproducción asistida, admiten la fertilización heteróloga. Lo que se debate es cómo se puede compatibilizar el derecho del hijo a conocer sus orígenes con el derecho del donante a preservar su intimidad. La legislación extranjera está a un paso de resolver el conflicto, mientras que nuestra legislación todavía no resuelve el tipo de fertilización.¹⁵³

En el proyecto del Senador Martínez Almudevar se expresa que una de las principales modificaciones propuestas reside en la prohibición de la fecundación con donante. Afirma que “la finalidad de esta exclusión es evitar generar más discusiones en la sociedad que provocan

¹⁵¹ Senador Enrique Martínez Almudevar (Justicialista, La Pampa): Reproduce proyecto (165-S-97) de régimen de reproducción humana asistida (expte. 442-S-2000 - Diario de Asuntos Entrados 22/00).

¹⁵² Dip. Isabel Foco y otros (Frepasso, Neuquén): Régimen de concepción humana asistida (expte. 1959-D-01 - TP 34/01).

¹⁵³ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 828.

incertidumbre e inseguridad en aquellos que aplican las técnicas y a quienes se someten a ella”. Disentimos con este argumento, ya que las tensiones y conflictos no se solucionan silenciándolos o evitándolos.

Ulloa, destaca uno de los principales argumentos esgrimidos, de manera explícita o implícita: el apego al derecho a la identidad biológica, es decir, el biologismo a ultranza. Al respecto, en esta iniciativa se afirma que: “al empleo de gametos de donantes, que genera un vacío en la ascendencia del niño, al disociar deliberadamente su filiación biológica de su filiación social, con todos los problemas psicológicos que esta disociación provoca”. Esta afirmación contradice lo ya señalado sobre la neutralización del impacto en la psiquis de los niños nacidos mediante la utilización de técnicas heterólogas.

El proyecto de reforma del código civil unificado de 1998 receptó sólo la fecundación homóloga, es decir, autorizó tanto la fecundación extracorpórea como intracorpórea, pero siempre con la utilización de material genético de la pareja.

En la vereda opuesta, a favor de la fertilización heteróloga, se encuentra el proyecto ley presentado por los senadores Ricardo E. Lafferriere.-Conrado Storani¹⁵⁴

Este autor cede ante su postura extrema de reservar el anonimato del dador, ante la creación de un registro donde consten los datos de las partes. Pero nada se dice sobre la tensión mencionada: derecho del hijo a conocer vs. derecho del donante a preservar su intimidad.

Por otra parte, éste diputado, en un artículo publicado en el boletín de la biblioteca del congreso de la Nación, explica su proyecto con mayor detenimiento y reconoce que la admisión de la fertilización heteróloga plantea problemas filiatorios para el niño, en el sentido de que la verdad biológica no coincide con la verdad legal. Y agrega que a la luz de los avances operados en materia de certeza de las pruebas de histocompatibilidad, se debe resolver qué valores predominan: el vínculo biológico o el vínculo jurídico. “Según nuestro proyecto es la seguridad y la estabilidad de la filiación la que debe permanecer por encima de la verdad biológica”. Y funda este criterio en la falta de voluntad procreacional por parte del donante y el fin perseguido por los receptores de estas técnicas. Y agrega “Por todo lo expresado, es que no se admite acciones de impugnación de la maternidad o paternidad sobre la base exclusiva de haber sido procreado por estos métodos. Si se aceptara tales acciones, caerían –por las pruebas biológicas- la maternidad o paternidad legal y el niño quedaría sin

¹⁵⁴ Senadores Conrado Storani y Ricardo E. Lafferriere (Año 1991: expte. 1014-S-91, reproducido por exptes. 94-S-93; 628-S-95 y 497-S-97).

filiación por lo ya dicho respecto del desinterés del donante de quedar emplazado en el estado parental”.¹⁵⁵

En el campo doctrinario se vislumbra un camino totalmente contrario al marcado en la mayoría de los proyectos legislativos citados. Por lo general, todos los autores destacan el choque que suscita la fecundación heteróloga en el marco normativo actual que sienta sus bases en la verdad biológica como paradigma en materia de identidad de las personas.¹⁵⁶

Con la maternidad, es de destacarse que la inseminación artificial o la fecundación extracorpórea con material genético de un donante -en este caso con óvulo de otra mujer- trae consigo importantes repercusiones en su determinación.

La maternidad subrogada, portadora, o de alquiler, ha sido definida en el informe Warnock del Reino Unido, como la “práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño, con la intención de entregárselo después de su nacimiento.”¹⁵⁷

Se trata de una técnica que puede presentar las siguientes variantes: a) la pareja aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento; b) el material genético (óvulo) pertenece a la madre portadora (o gestante), la cual puede ser inseminada con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido; c) material genético (óvulo y espermatozoide) de terceros anónimos o conocidos y la madre sustituta recibe el embrión en su útero.¹⁵⁸

De compulsas de los proyectos legislativos mencionados, como así también se afirma en la doctrina nacional, se puede colegir que los contratos de maternidad por otro o de maternidad por sustitución no son aceptados. Desde el punto de vista jurídico, son considerados nulos por distintas razones como ser: a) violan el orden público; b) su objeto fuera del comercio; c) desdoblamiento a la maternidad y d) alteran el estado civil de las personas.¹⁵⁹

Igual de interesantes son las cuestiones que despierta la determinación de la paternidad cuando hay discordancia entre la paternidad presumida.

7. Derecho de Familia

¹⁵⁵ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 830 ss.

¹⁵⁶ Ídem cita Nro. 152.

¹⁵⁷ Ídem cita Nro. 152.

¹⁵⁸ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 831.

¹⁵⁹ Medina, Graciela. “Maternidad por sustitución”. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia Francesa y norteamericana, L.L., 1997-C-1433.

Desde una perspectiva sociológica, la familia es una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.¹⁶⁰

El concepto que hemos enunciado permite aludir sin límites a la familia integrada por todos los individuos vinculados por el matrimonio y el parentesco. Sin embargo, la sociología se interesa primordialmente por el estudio de la familia nuclear, es decir, la integrada por el padre, la madre y los hijos, cuando están bajo la esfera de autoridad de los progenitores, por edad y por convivencia.¹⁶¹

Este concepto que desde un punto de vista sociológico permite señalar qué es la familia tal como aparece en cualquier sociedad, admite a su vez dos concepciones de distinta extensión: en sentido amplio, la familia está formada por todos los individuos unidos jurídicos-familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco; y en sentido reducido, el concepto de familia abarca a los padres y sus hijos menores.¹⁶²

La estructura de la familia se amplía cuando personas que han tenido hijos matrimonial o de hecho, establecen una ulterior relación conyugal-divorcio, y tienen, a su vez, hijos en ella. Esto da lugar a lo que se denomina familia ensamblada o reconstituida, que reconoce vínculos procedentes de dos o más uniones conyugales.¹⁶³

El vínculo jurídico familiar es la relación jurídica que existe entre dos individuos, derivado de la unión matrimonial, de la filiación o del parentesco, y en virtud del cual existen de manera interdependiente y habitualmente recíprocas; determinados derechos subjetivos.¹⁶⁴

En el derecho de familia, el orden público domina numerosas disposiciones, así, las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paternales filiales, etc. Se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquella responden.¹⁶⁵

Averiguaremos, a continuación, cómo se desarrolla el nuevo concepto de familia a partir de la voluntad procreacional, y por ende, desarrollaremos un nuevo concepto de filiación.

7. 1 Derecho a la identidad del niño y Derecho a Procrear.

¹⁶⁰ Zannoni, Eduardo. "Manual de derecho de Familia", ED. Astrea, Buenos Aires, Pág. 5 ss.

¹⁶¹ Ídem cita Nro. 157.

¹⁶² Ídem cita Nro. 157.

¹⁶³ Ídem cita Nro. 157.

¹⁶⁴ Zannoni, Eduardo. "Manual de derecho de Familia", ED. Astrea, Buenos Aires, Pág. 5 ss.

¹⁶⁵ Zannoni, Eduardo. "Manual de derecho de Familia", ED. Astrea, Buenos Aires, Pág. 10 ss.

La autora Elena García Cima de Esteve¹⁶⁶ nos explica el derecho a la procreación: “(...) que se reconoce a todas la personas como esencial a su condición-derecho constitucional -implícito art. 33 de la Constitución Nacional- no es absoluto. Se subordina al derecho del nuevo ser a nacer y desarrollarse, en ejercicio pleno e igualitario de los derechos.

Es indudable la prioridad del derecho a nacer en relación al derecho a procrear. Planteado el conflicto entre ambos intereses, estimamos que la prioridad quedará asegurada mediante la aplicación del principio de orden constitucional de interés superior del niño. Los límites del derecho a procrear los impone primeramente la naturaleza en relación al sujeto y a sus circunstancias de edad, salud, necesaria completariedad sexual. Luego, la comunidad impone los suyos, en función de asegurar la supervivencia de las nuevas generaciones y de la organización social misma.”

En el derecho argentino, el ideal del orden jurídico en este aspecto lo compone la familia, ámbito propicio para nacer. Nuestro ordenamiento constitucional, reconoce a las personas el derecho a la organización familiar originaria, y en su defecto una sustitutiva, para asegurar la sobrevivencia por medio familiar y entorno social primario.

Cuando median circunstancias adversas -infertilidad, muerte, etc.- las personas, atento a su propio interés de perdurar, recurren a la procreación asistida.

En el derecho argentino, la pareja matrimonial es la que presupone la voluntad procreacional, ello no significa que nuestro ordenamiento no lo prevea en caso de unión de hecho. Es que el interés protegido es el del hijo y como tal se asegura su derecho fundamental, a la familia y a las relaciones personales y contactos directo de ambos padres de forma regular.¹⁶⁷

7. 2 La teoría de la voluntad procreacional vs. La identidad biológica

Tal como lo advierte Mizrahi¹⁶⁸: “Habida cuenta que dentro del concepto de filiación por naturaleza, sino también la que se enlaza cuando la procreación acontece con el auxilio de las diferentes técnicas de de reproducción humana artificial, e incluso -como es obvio- la filiación adoptiva, parece más que evidente que los vínculos filiatorios que la ley reconoce en

¹⁶⁶ García Cima de Esteve, Elena. “La medicina moderna de la procreación humana asistida, el derecho de Familia y de sucesiones.” Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino.” Berlín Alemania, 1995 P. 143.

¹⁶⁷ García Cima de Esteve, Elena. “La medicina moderna de la procreación humana asistida, el derecho de Familia y de sucesiones.” Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino.” Berlín Alemania, 1995 P. 143.

¹⁶⁸ Mizrahi, Mauricio, L. “Características de la filiación y autonomía respecto de la procreación biológica”, L.L., 2002-B-1198.

cada caso no deben contar necesariamente con una base biológica”. En otras palabras, el nexo biológico, los datos genéticos de una persona, no son la única fuente creadora del vínculo jurídico, de la relación padre-y/o madre- e hijo.

Es en este contexto, el de la reproducción humana asistida, dentro del cual se alza la llamada teoría de la voluntad procreacional elaborada por Díaz de Guijarro.¹⁶⁹

La voluntad procreacional no es más ni menos que lo que indican sus términos: la intención, el querer engendrar un hijo. Es más, podríamos afirmar que se trata de la típica fuente de creación del vínculo filiatorio jurídico en el campo de la reproducción humana asistida, específicamente en los casos de fecundación heteróloga, como así también en los casos de maternidad subrogada -que puede o no ser con material genético de un tercero-.¹⁷⁰

Voluntad procreacional de la cual carecen quienes entregan, sea de manera gratuita u onerosa, el material genético. Es decir, aquí falta el elemento volitivo en miras a adquirir derechos y contraer obligaciones emergentes de la relación paterno-filial. Coherente con ello, las legislaciones que admiten la fertilización heteróloga no sólo reconocen virtualidad jurídica a la voluntad procreacional debidamente expresada para generar un vínculo filiatorio, sino también prohíben al tercero donante cualquier tipo de acción tendiente al reconocimiento de lazo alguno. Como bien lo señalan Iñigo y Levy, “en el contexto del uso de estas técnicas, la dación de material genético agota en ese acto la obligación emergente del contrato.”¹⁷¹ Sostienen que, por aplicación de la teoría de los actos propios, no se puede intentar que el donante asuma una paternidad que no fue querida al entregar el material genético, ni que quienes han expresado su voluntad de ser padres -aunque sea de manera implícita, a través del sometimiento de estas técnicas-, se desliguen de los deberes derivados del vínculo jurídico entre ellos y el niño nacido a través de estas técnicas.

En las III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil realizadas en el año 1986, se recomendó que: “(...) la inseminación artificial heteróloga practicada con conocimiento del marido, inhabilita a éste para demandar posteriormente por impugnación de la paternidad matrimonial, por que ellos sería contrariar sus propios actos”.

Por su parte, en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil realizadas en 1989, se concluyó que: En caso de haberse producido inseminación heteróloga, la filiación no podrá ser cuestionada por los padres que hayan dado su consentimiento, previa información

¹⁶⁹ Díaz de Guijarro, “La voluntad y la responsabilidad procreacional como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, J.A., Buenos Aires, tomo 1965-III, Pág. 21, sección doctrina.

¹⁷⁰ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 834.

¹⁷¹ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 834.

suficiente y clara sobre sus alcances”. Una vez más, volvemos a mencionar un concepto de suma importancia en el derecho actual: la doctrina del consentimiento informado.

Sin embargo, la doctrina no es unánime en aceptar el traslado de la teoría de los actos propios a este tema. Loyarte y Rotonda¹⁷² cuestionan la aplicación de esta doctrina, poniendo de resalto que en este ámbito del derecho de familia sobresale el orden público. De allí que descartan que pueda brindarse al consentimiento otorgado para la práctica de ésta técnica, entidad tal que pueda trascender en una conducta jurídica y eficaz, a los efectos de considerarse que sea aplicable la doctrina en cuestión.

Unos de los problemas que surgen de la fecundación heteróloga es respecto del emplazamiento filial, el cual no concuerda con la verdad biológica.

Entendemos que tanto la Filiación por naturaleza, la adoptiva, como la que deriva de la reproducción asistida, constituyen tres modos diferentes de alcanzar la filiación, tan válida una como las demás. Por ende, se puede advertir que la biología no es la única verdad que prima en el derecho de la filiación, sino que ésta se combina con la cultura, lo social, lo psicológico¹⁷³. Aquí donde se conjugan las fases estáticas y dinámicas que integran la identidad de una persona según Fernández Sessarego.¹⁷⁴

Las posturas doctrinales nacionales no son unánimes, y se dividen:¹⁷⁵

1. Las que se inclinan a favor de la voluntad procreacional como fuente generadora de vínculos jurídicos, que permite determinar la maternidad y paternidad de un niño mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida.

2. Otros no aceptan la voluntad procreacional como fuente generadora de un vínculo jurídico. Loyarte y Rotonda¹⁷⁶ consideran que la práctica de técnicas heterólogas es “éticamente inaceptable”. En tanto, Caferrata¹⁷⁷, afirma que la ley de filiación establece un sistema abierto en las relaciones paterno-filiales pero que: “a este derecho lo enervan las técnicas biogenéticas que estamos estudiando cuando se permite que los dadores, ya sea de los gametos masculinos como femeninos, se escuden en el anonimato, con lo que se atenta gravemente contra la dignidad del sujeto.”

7.3 Consentimiento en las nuevas técnicas de procreación asistida.

¹⁷² Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, “Procreación humana artificial: un desafío bioético”. Pág. 389 y 390.

¹⁷³ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 836.

¹⁷⁴ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad personal”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

¹⁷⁵ Gil Domínguez, Andrés, “Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia”, página 836.

¹⁷⁶ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana, “Procreación humana artificial: un desafío bioético. cit., pp.389 y 390.

¹⁷⁷ Cafferata, José Ignacio, “Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”, ED, 130-729.

Cuando en cualquiera de las prácticas de procreación asistida, se utilizan gametos de un dador, se plantean situaciones fácticas controvertidas respecto a la atribución del vínculo paterno-filial.

Distinta es la situación, si se trata de óvulos o de espermias obtenidos mediante una dación, por lo que analizaremos el problema de la paternidad:

Las Dras. Olga E. Orlandi y Susana N. Vertplaetse¹⁷⁸ nos explican que: “Cuando en las técnicas de procreación asistida se utiliza como componente fecundante el semen de un dador, se producirían problemas jurídicos graves, si el marido pretendiera desconocer la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio. Es durante la vigencia del mismo y hasta los trescientos días después de su disolución, anulación, divorcio o separación de hecho de los esposos, que opera la presunción legal *iuris tantum* de la paternidad del marido.

La acción de impugnación de paternidad del marido resultaría exitosa si nos atenemos a las pruebas biológicas que autoriza la ley (Art 253 c.c.) obviamente, el hijo no es biológicamente suyo.

Si el marido no hubiese prestado su consentimiento a la practicas de procreación asistida, podría sin dudas ejercer la acción de impugnación, pues falta el presupuesto biológico y no ha habido voluntad procreacional. En cambio, si el marido hubiere prestado tal consentimiento, cabe examinar qué relevancia jurídica tiene para determinar la filiación.

Y es evidente que para dar solución a este problema debemos concluir afirmando que: la inseminación o fecundación *in Vitro* con material obtenido por dación de un tercero, da origen a un sistema de filiación respecto al marido de la madre, que no se sustenta en el nexo biológico, si no en la voluntad de asumir el rol paterno exteriorizado a través del consentimiento.

El fundamento de carencia del vínculo biológico, no podría ser interpuesto por el marido, puesto que dicho fundamento de filiación ya fue descartado *ab-initio* cuando los cónyuges, por su voluntad concurrente, decidieron concurrir a éstas técnicas fecundantes para suplir la esterilidad del marido. Si lo interpusiera, se estaría ante un típico supuesto de los actos propios, que desarrolla un principio general del derecho con sustento en la buena fe.

No obstante esto, para que no prospere la acción de impugnación de la paternidad, ejercida por cualquiera de las personas que la ley legitima, deberá darse al consentimiento del

¹⁷⁸ Orlandi, Olga y Vertplaetse, Susana N. “Filiación y Consentimiento en las Nuevas Técnicas de Procreación Asistida.” Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino, Berlín - Alemania, 1995, P 207 ss.

marido a la aplicación de las técnicas de fecundación asistida con semen de un tercero, la entidad jurídica suficiente para generar el emplazamiento de estado.”¹⁷⁹

Hemos elegido a las autoras, Olga e. Orlandi y Susana N. Vertplaetse, para el desarrollo de este tema, porque consideramos que sus trabajos representan un interesante aporte doctrinal sobre la voluntad procreacional. Por esta razón, citaremos textualmente a las expositoras, respetando lo elaborado por las mismas. Por consiguiente, analizaremos el consentimiento en dos aspectos: **a) Consentimiento a la práctica y b) Consentimiento a la paternidad**

a) Consentimiento a la práctica:

“La técnica de procreación asistida, implica la utilización de material genético (gametos) y el empleo de instrumental especialmente diseñado para lograr la inseminación o la fecundación extracorpórea. El equipamiento médico controla el proceso de selección del material genético y las técnicas de su manipulación y posterior utilización. Por las consecuencias e implicancias de esta delicada tarea, debe exigirse a quienes se sometan a estas técnicas que presten un consentimiento informado. El mismo implica una declaración de voluntad expresada por la pareja, luego de una información suficiente realizada por el equipo medico interdisciplinario habilitado.”¹⁸⁰

b) Consentimiento a la paternidad:

“El consentimiento y sometimiento a las prácticas de fecundación asistida, implica la posibilidad -y éste es su objetivo- de tener un hijo. Es aquí donde debemos recapacitar.

El principio fundamental que debe primar es el “interés del menor”, que implica garantizar al hijo, un padre, una madre, y un medio familiar adecuado.

A quien ha expresado el consentimiento a la práctica, podría aplicarse la doctrina de los actos propios, con la categoría de principio general del derecho, antes mencionada. Ambos cónyuges deciden por voluntad conjunta recurrir a la ayuda de la ciencia, y ambos consienten en las prácticas para suplir la imposibilidad biológica de procrear. A partir de ese consentimiento, surge la voluntad procreacional y la responsabilidad respecto al nuevo ser. No obstante, para evitar posteriores problemas o interpretaciones jurisprudenciales divergentes, la legitimación deberá dar al consentimiento a la paternidad la entidad suficiente

¹⁷⁹ Ídem cita Nro. 176.

¹⁸⁰ Orlandi, Olga y Vertplaetse, Susana N. “Filiación y Consentimiento en las Nuevas Técnicas de Procreación Asistida.” Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino, Berlín - Alemania, 1995, P 207 ss.

para generar el emplazamiento de estado, y evitar impugnaciones y reclamaciones posteriores.”¹⁸¹

“El consentimiento de los esposos por el cuál se asuma la paternidad del posible hijo, producto de la aplicación de las técnicas, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Ser un acto formal, realizado por escrito, ante escribano público, con la presencia de la pareja y el profesional médico representante del centro asistencial.
- 2) Deberá contener la expresión de voluntad de asumir la paternidad del posible ser que se cree como consecuencia de la aplicación de las técnicas, la renuncia a todo tipo de impugnación de la paternidad y adjuntar el consentimiento informado respecto a las practicas a realizar con el contenido explicitado anteriormente.”¹⁸²

“De esta manera, si la ley establece, como nueva fuente de filiación, **LA VOLUNTAD PROCREACIONAL**, expresada en el consentimiento solemne de los esposos, quedará también anulada la posibilidad de impugnación o reclamación de la maternidad o paternidad.

Respecto a las acciones otorgadas a los hijos, en forma análoga a lo que establece el Art 19. de la Ley 19.134 para la adopción plena, cuando se ha utilizado material genético de un tercero, deberá negarse la acción de impugnación de paternidad o maternidad y la reclamación respecto al o los aportantes del material genético.

Como consecuencia, la dación de gametos debe ser pura y simple, negándose al dador la posibilidad de reclamar la paternidad o maternidad de los niños nacidos por la utilización de dichos gametos. Dicha dación se realizará dando consentimiento escrito, una vez que son aceptados como tales y han sido informados sobre sus fines y consecuencias.

Nos vemos en la necesidad de negar al hijo la posibilidad de conocer la realidad biológica, es más, la consideramos un derecho no enumerado con rango constitucional. A la información de la historia médica y genética del dador se tendrá libre acceso. En cuanto a la identidad del donante, podrá acceder a ella el hijo una vez adquirida la mayoría de edad, demostrando la necesidad ante sede judicial.”¹⁸³

¹⁸¹ Ídem cita Nro. 178.

¹⁸²Orlandi, Olga y Vertplaetse, Susana N. “Filiación y Consentimiento en las Nuevas Técnicas de Procreación Asistida.” Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino, Berlín - Alemania, 1995, P 207 ss.

¹⁸³ Ídem cita Nro. 180.

“En los casos de prácticas en las que la fecundación se produce en el seno materno, el consentimiento a la práctica puede retractarse hasta el mismo momento de iniciación. El límite para la retractación en las técnicas de la reproducción asistida in Vitro es la unión de los Gametos (fecundación).”¹⁸⁴

Finalizando con este capítulo, creemos importante resaltar que nuestros legisladores al momento de elaborar una ley sobre reproducción humana asistida con gametos masculinos donados, deberán tener en cuenta en la regulación de ésta una nueva filiación originada por LA VOLUNTAD PROCREACIONAL, expresada en el consentimiento solemne de los esposos. Quedando para un posterior estudio, resolver el interrogante respecto si las parejas no casadas pueden expresar ese consentimiento con los mismos efectos.

¹⁸⁴ Orlandi, Olga y Vertplaetse, Susana N. “Filiación y Consentimiento en las Nuevas Técnicas de Procreación Asistida.” Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino, Berlín - Alemania, 1995, P 207 ss.

CONCLUSIÓN PERSONAL

*"Alguna vez se ha escrito que **los vegetales y los animales se reproducen; los seres humanos procrean** ". No porque los vegetales y animales no contribuyan al plan del Creador, sino porque los hombres son los únicos que pueden hacerlo de modo conciente y libre".*

El avanzado mundo de la biotecnología y de la ciencia en la procreación humana asistida, no han dejado de sorprender a la Humanidad con sus extraordinarios descubrimientos y exitosas técnicas.

La incorporación de la donación de espermatozoides en la fecundación asistida, ha constituido un importante aporte para la solución de los problemas de esterilidad e infertilidad que padecen hoy hombres y mujeres. Estas prácticas han logrado no sólo la posibilidad de concebir niños sanos, sino además, de evitar la transmisión genética de enfermedades graves.

Asimismo, a pesar de los grandes beneficios producto de la donación de gametos en los últimos tiempos, son varios los conflictos que se han generado a partir de su implementación. En primer lugar, una de las consecuencias fundamentales referida a la donación de gametos en Argentina es la falta de normas específicas y la división de la doctrina al respecto. Por un lado, aquellos que están en desacuerdo con la utilización de material genético de terceros en prácticas de inseminación asistida por considerar que no respeta la dignidad del ser humano, atentando además contra el derecho a la identidad del niño concebido. Por el otro, aquellos que afirman que su utilización implica un beneficio que favorece la vida del hombre, al posibilitar la procreación cuando de otra manera resulta imposible.

Es necesario destacar que la Procreación Humana Asistida Heteróloga es una técnica de reproducción asistida totalmente aceptable, ya que no atenta contra los derechos fundamentales del hombre, y constituye una forma indispensable de engendrar hijos en personas que se encuentran totalmente imposibilitadas para hacerlo.

El objetivo de concebir una persona debe ser fruto de una decisión conciente y meditada, no debe buscarse por cualquier medio sin importar sus consecuencias, porque esto llevaría al desconocimiento de lo ético y moral que envuelve la procreación en sí misma. Ese fin debe alcanzarse siempre y cuando tenga un marco normativo apropiado y complejo, que sirva de sostén y ampare todos los aspectos que involucran dicha práctica. En el caso específico de la donación de gametos, por ejemplo, la existencia de tales normas impediría

futuros conflictos personales en relación a aquellos que se someten a dichas prácticas, el ejercicio ilegal de los profesionales de la salud, el descontrol de los establecimientos especializados y Bancos de esperma, entre otros.

En la actualidad, esto no es factible en Argentina, donde la inexistencia de un marco legal regulatorio sobre la donación de gametos es uno de los motivos por los que numerosas personas del extranjero acuden a nuestro país con el objeto de realizar este tipo de prácticas¹⁸⁵. Hasta el momento, no ha sido sancionada ninguna ley que regule la reproducción asistida y simplemente se cuenta con sendos proyectos y algunas elaboraciones doctrinarias sobre el tema.

En sentido contrario, el derecho comparado ha evolucionado al respecto, adaptándose a los avances de la ciencia y contando con normas que regulan específicamente estas prácticas, como es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, España, entre otros. Precisamente, tanto la legislación francesa como la española tienden a suprimir cualquier obstáculo jurídico susceptible de impedir la aplicación de técnicas de procreación asistida a través de una expresa regulación de estos supuestos.

Tanto la donación de óvulos como la de esperma deberían ser reguladas bajo un mismo cuerpo normativo, debido a que los gametos sexuales provienen de la misma naturaleza humana y, al ser extraídos, constituyen un material genético importante, digno de protección legal.

Con relación con la naturaleza de los gametos, y siguiendo la concepción de parte de nuestra doctrina¹⁸⁶, consideramos que tanto el semen como los óvulos, una vez extraídos del cuerpo, son jurídicamente cosas. Por lo tanto, las personas de las cuales se extrajeron ejercen el dominio y el poder de disposición sobre los mismos, ya que la extracción se realiza de manera voluntaria, mediando el consentimiento.

Es primordial, además, determinar que la vida humana creada en laboratorio -y antes de ser implantada- es considerada por nuestra normativa vigente persona por nacer. Esto no implica una interpretación contraria a lo que establece el artículo 63 del Código Civil (en el seno materno), sino que conforma un nuevo aporte para adaptar esa norma a una posible regulación sobre la fecundación asistida.

En tanto, es fundamental dar cuenta que tanto las parejas homosexuales, como las uniones de hecho y las parejas unidas a través del instituto del matrimonio, podrán hacer uso de este tipo de técnicas una vez reguladas expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁸⁵ Ver cita N° 16.

¹⁸⁶ Ver cita N° 54.

Esto como consecuencia de la necesidad de evitar cualquier tipo de discriminación al respecto, ya que en la actualidad las familias pueden estar conformadas de diversas formas (por personas del mismo sexo, uniones de hecho, etc.), las cuales deberían ser consideradas también al momento de la regulación. De esta forma, concordando con la ley española 35/1988, “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de estas técnicas de reproducción asistida”.

Evidentemente, las nuevas circunstancias fácticas y avances científicos siguen superando al derecho; pero son muchos los países que ya sancionaron normas contemplando estas situaciones. Esto obedece a que existe una marcada tendencia mundial orientada a la elaboración de leyes sobre procreación humana asistida, incluyendo la donación de esperma.

Sobre este mismo contexto, coexiste otra situación que se produce a raíz de la donación de material genético de terceros en la fecundación asistida, manifestándose por la oposición de dos derechos de rango constitucional: el DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO vs. el ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS. La lucha por la prevalencia de un derecho sobre el otro, ha sido un tema muy discutido por las diversas ramas del conocimiento. Optar por la idea de la sumisión de un derecho sobre otro, lesionaría el interés de una parte en beneficio de la otra; quebrantándose de esta manera, el principio de igualdad y el de no discriminación.

Más allá de las posturas y consideraciones personales, el derecho a la identidad del niño -al estar consagrado expresamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada en 1994 en el Art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional-, debe ser protegido por nuestro ordenamiento, siguiendo las máximas expresadas por la Convención del Niño en su artículo 8: “Inc. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Inc. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (...)”.

A diferencia de la Ley de Reproducción Asistida Española que establece el anonimato del donante de gametos y embriones, y considerando los últimos avances legales en relación a la regulación de la donación de gametos sexuales en Inglaterra -donde una nueva ley reconoce a los nacidos el derecho a conocer a sus padres-; creemos que resulta fundamental la identificación de los donantes, con el fin de resguardar el derecho constitucional del niño de

conocer su identidad. Por otra parte, se evitarían también otros riesgos como posibles relaciones de consanguinidad o incestos, inconvenientes que afectarían el bienestar de la persona concebida a través de este tipo de prácticas.

En consonancia con esta postura, creemos que una ley sobre técnicas de reproducción asistida en Argentina debería reglamentar el derecho de la persona concebida a conocer sus orígenes biológicos, dando preponderancia al derecho fundamental del niño a conocer su identidad. Este derecho se relaciona directamente con el derecho a la vida, porque al comenzar a ser, se tiene el derecho de “ser reconocido como tal”.

En tanto, es preciso señalar que la mera donación de semen no puede ser considerada título de paternidad; por lo que no corresponde admitir la acción de reclamación del estado de hijo contra persona que entregó su material genético, quien tampoco debe tener acción para ser emplazado como padre. El hijo debería entonces acceder a conocer sus orígenes –si es que así lo desea-, sin que produzca efecto alguno sobre la filiación, ya que la revelación de la identidad del donante de semen no implica el reconocimiento de su paternidad porque el origen de filiación en estos casos no se sustenta en el nexo biológico. Entendemos necesario que se reconozca de manera expresa el derecho del hijo nacido mediante fecundación asistida a conocer la identidad de quien proporcionó el material genético cuando alcance los 18 años de edad, sin que ello provoque efecto alguno sobre la filiación atribuida por medio del consentimiento prestado oportunamente.

Si bien es cierto que en la actualidad existe un contrato privado realizado entre el donante de esperma y el Banco receptor que establece -entre otras cosas- el anonimato del donante, esto no puede excluir el derecho constitucional y absoluto del niño a conocer su identidad.

Por otra parte, a pesar de que en países como Inglaterra este cambio de posicionamiento acerca de la donación de gametos –del anonimato a la identificación- trajo aparejada una importante disminución en la cantidad de donantes y la “migración” de parejas a otros países con el fin de evadir las legislaciones propias; no podemos, por una mera cuestión práctica, incumplir con la obligación de resguardar la identidad del niño. Más allá de que como consecuencia de esta implementación se reduzca la cantidad de donantes, no podemos “negociar” el derecho a la identidad, el cual debe ser necesariamente protegido.

En consecuencia, surge la necesidad de sancionar un cuerpo normativo, que regule las diversas técnicas de reproducción humana asistida. Teniendo en cuenta los derechos constitucionales que nuestro régimen reconoce a las personas: el derecho a la vida desde la

concepción, el derecho a la integridad física, psíquica y moral de las personas, el derecho a la igualdad, la no discriminación por nacimiento, el interés superior del niño, el derecho a conocer la identidad genética, el derecho a la intimidad y el derecho de familia.

Además, debe tenerse en cuenta, al momento de la redacción de las normas: la incorporación del razonamiento de la bioética, que examina la conducta humana a la luz de los principios y valores morales, otorgando base racional y humana al tratamiento de los problemas que la vida y la ciencia plantean; la armonización de las posturas doctrinales nacionales y la experiencia del derecho comparado; la revalorización del niño y la familia, como institución y núcleo social, y el enaltecimiento del hombre, respetando su propia vida.

PAUTAS BÁSICAS PARA LA ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE LEY:

1. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida homólogas y heterólogas.

2. Las técnicas solamente deberán ser aplicadas por profesionales y en establecimientos sujetos al contralor del Ministerio de Salud de la Nación.

3. Toda mujer podrá ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida, siempre que haya prestado su consentimiento expreso a la utilización de aquellas, de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener veintiún años de edad y plena capacidad de obrar.

4. La mujer que se someta a las prácticas de reproducción asistida tendrá derecho a ser tratada como un agente autónomo. A su vez, aquellas mujeres cuya autonomía esté disminuida tendrán derecho a la protección.

Tendrán también derecho a ser informadas acerca de las técnicas posibles, los riesgos, las ventajas, porcentaje de pérdida de embriones, márgenes de posibilidad de embarazos, entre otros.

5. Si la mujer estuviere casada, se precisará además el consentimiento del marido por el cual se asuma la paternidad del posible hijo, fruto de la aplicación de las técnicas, deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser un acto formal, realizado por escrito, ante escribano público, con la presencia de la pareja y el profesional médico representante del centro asistencial.
- Deberá contener la expresión de voluntad de asumir la paternidad del posible ser que se cree como consecuencia de la aplicación de las técnicas, la renuncia a todo tipo de impugnación de la paternidad y adjuntar el consentimiento informado respecto a las prácticas a realizar con el contenido explicitado anteriormente.

El límite para la retractación en las técnicas de la reproducción asistida in Vitro es la unión de los Gametos.

6. La donación de gametos será gratuita, anónima y revocable.

7. Deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los Bancos de gametos hasta cumplidos los 18 años del menor concebido mediante técnicas de reproducción asistida.

Cumplidos los 18 años, los niños concebidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes.

8. Solo excepcionalmente en circunstancias extraordinarias que sufra un comprobado peligro para la vida del niño concebido, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante con anterioridad a los 18 años cumplidos, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar (por ejemplo, una problemática de salud por su ADN) y conseguir el fin legal propuesto. En este caso, el donante deberá ser notificado de la situación del niño y de que sus datos personales le serán revelados, solo bajo esas circunstancias, en forma discreta y preservando su privacidad.

9. La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación.

10. El donante deberá ser mayor de edad, gozar de buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que el donante no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

Vida humana

11. La vida humana comienza en el momento de la fecundación, ocurra ésta fuera o dentro del seno materno.

Gametos

12. Los gametos, una vez separados del cuerpo son cosas especiales, puesto que es generador de vida humana, por lo tanto están fuera del comercio. Su dación debe ser gratuita, pura y simple, sin perjuicio del reembolso de los gastos.

13. Para el caso de dación de gametos, el consentimiento para que éstos sean utilizados deberá ser dado por escritura pública, pudiendo ser revocado expresamente en la misma forma, antes que el material genético sea utilizados.

14. Permitir la crioconservación de los gametos en Bancos especiales, autorizados y reglamentados por el Ministerio de Salud, donde quedará asentada la identidad del dador, su historia clínica y el resultado de las pruebas médicas y bioquímicas que se hubieren realizado.

ANEXO

EXPEDIENTE NÚMERO 497/97

PROYECTO DE LEY

S-97-0497: STORANI

Al señor presidente de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación, don Carlos F. Ruckauf.

Presente.

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de solicitarle se tenga por reproducido el proyecto de ley del senador nacional (m.c.) Ricardo Lafferrière sobre "Reproducción humana asistida" (expediente S-628/95) del que por expediente S-662/95 soy confirmante.

Saludo al señor presidente con distinguida consideración.

Conrado H. Storani.

PROYECTO DE LEY

El Senado y Cámara de Diputados,...

Artículo 1 - Las técnicas de reproducción humana asistida tendrán aplicación en caso de esterilidad o infertilidad, previa evaluación de un equipo interdisciplinario del centro médico, que determinará el tratamiento respectivo.

Art. 2 - Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida los mayores de edad o menores emancipados plenamente capaces.

Art. 3 - Se requerirá el consentimiento informado personal y por escrito entre las personas a que se refiere el artículo anterior antes de iniciar cada tratamiento. Cuando se use material genético de terceros, dicho consentimiento deberá ser otorgado por instrumento público. Quedará atribuida la maternidad o paternidad que la ley civil establece a quien preste conformidad en la forma prescripta en este artículo. El consentimiento queda legalmente revocado con la muerte del que lo hubiera otorgado.

Art. 4 - Las técnicas de reproducción humana asistida sólo podrán llevarse a cabo en los centros especializados para ese fin. Los profesionales e instituciones deberán contar con autorización especial de la autoridad competente para aplicar métodos destinados a asistir la procreación así como para congelar gametos y óvulos fecundados.

Toda dación de gametos con destino a un banco deberá ajustarse a los requisitos y condiciones que imponga la unidad sanitaria de control. El responsable del centro médico debe llevar un registro en el que consten:

- a) Los procedimientos realizados y el éxito o fracaso de cada intervención;
- b) La identidad, antecedentes genéticos y médicos de quien entregó gametos, de los receptores y del nacido por la aplicación de técnicas de reproducción asistida. Dicho registro sólo podrá ser consultado por el nacido, su representante legal o quien el juez designe cuando a su juicio, existan causas que así lo justifiquen o a efectos de evitar la configuración de impedimentos matrimoniales. Esa información se transmitirá a un registro centralizado pudiendo utilizarse el previsto por la ley 23.511, según lo establezca la reglamentación que a tal efecto dicte el Poder Ejecutivo.

El profesional o auxiliar de la medicina que desempeñe su tarea en un organismo público, podrá rehusarse a participar en programas de reproducción humana asistida, alegando cuestiones de conciencia.

Art. 5 - La dación a que se refiere el artículo anterior será anónima y gratuita. Sólo podrá ser hecha por persona mayor de edad y plenamente capaz.

El consentimiento se formalizará por escrito y podrá revocarse hasta el momento de la utilización del material. No podrán usarse gametos de la misma persona en más de cuatro fertilizaciones exitosas.

Art. 6 - En caso que los gametos no fueran utilizados en oportunidad de la dación, podrán mantener congelados durante dos años a partir de la fecha de aquella. Cumplido ese plazo, pasarán a disposición del centro, salvo que quien los hubiera dado pidiera expresamente una prórroga por el mismo período. Será de aplicación, en lo que corresponda, lo dispuesto en el libro segundo, sección tercera, título 15 del Código Civil.

Art. 7 - Los óvulos fecundados que no hubieran sido implantados deberán congelarse por el plazo de tres años y sólo a solicitud de los mencionados en el artículo tercero podrán ser conservados en ese estado un año más. En caso de desacuerdo cualquiera de ellos podrá recurrir al juez, quien resolverá la cuestión por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Al vencimiento de los términos indicados los óvulos fecundados quedarán a disposición del centro pero sólo podrán ser implantados en una mujer.

Art. 8 - Sólo se permite la fertilización de óvulos humanos para los fines indicados en el artículo 1 de esta ley. En caso de mujer viuda, la implantación de óvulos fecundados extracorpóreamente con material genético del marido sólo se admitirá si se realiza dentro de los treinta días del fallecimiento de éste.

Art. 9 - La intervención en óvulos fecundados sólo podrá realizarse con finalidad terapéutica.

Art. 10.- No se admite la selección de sexo, salvo que tuviere como objetivo la prevención de enfermedades genéticas.

Art. 11.- EL contrato de maternidad subrogada es nulo. La mujer que dio a luz al niño no podrá obligar a terceros en razón del contrato de esta naturaleza. Si el óvulo fecundado se implantara en una mujer de quien no proviene el material genético, la maternidad quedará determinada según lo dispuesto por el artículo 242 del Código Civil.

Art. 12.- Sustitúyese el artículo 63 del Código Civil por el siguiente:

Art. 63: Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno y los embriones implantados en el caso de fecundación extracorpórea.

Art. 13.- Sustitúyese el artículo 70 del Código Civil por el siguiente:

Art. 70: Desde la concepción en el seno materno o desde la implantación del embrión en éste si hubiera sido fecundado en forma extracorpórea, comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre. EL óvulo fecundado goza de la protección jurídica que este código otorga a las personas por nacer.

Art. 14.- Modifícanse la incisos 1 y 3 del artículo 220 del Código Civil, que quedarán redactados de la siguiente manera:

Inciso 1: Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5 del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, cuando la esposa hubiere concebido; o los cónyuges se hayan sometido a técnica de fecundación extracorpórea, aunque el óvulo fecundado no estuviese todavía implantado en la mujer.

Inciso 3: En caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. La acción corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro o la común de ambos. No podrá demandarse la nulidad si la mujer hubiera sido sometida a una técnica de reproducción humana asistida con material genético de su marido y ambos cónyuges hubieran consentido expresamente el tratamiento.

Art. 15.- Agrégase al artículo 243 del Código Civil el siguiente párrafo:

...Tampoco se presumirá la paternidad del marido si, en caso de fecundación asistida, se utilizaran gametos de un tercero y aquél no hubiera prestado su consentimiento para ello o lo revocase antes de iniciar el tratamiento.

Art. 16.- Incorpórase el siguiente inciso al artículo 248 del Código Civil:

Inciso 4: Del consentimiento prestado por instrumento público para la aplicación de las técnicas de procreación asistida con material genético de tercero.

Art. 17.- Modifícase el artículo 250 del Código Civil, que quedará redactado de la siguiente forma:

Artículo 250: En el acto de reconocimiento, es prohibido declarar el nombre de la persona con quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido ya o lo haga en el mismo acto. Esta prohibición no tendrá lugar en el caso del artículo 248, inciso 4.

Art. 18.- Agrégase el siguiente párrafo al artículo 253 del Código Civil:

Estas últimas no podrán ser fundamento exclusivo para reclamar o impugnar la filiación cuando el nacimiento haya tenido lugar por el uso de técnicas de reproducción humana asistida y quienes se sometieran a ellas hubieran otorgado su consentimiento con las formalidades prescriptas en éste Código.

Art. 19.- Modifícase el artículo 254 del Código Civil, que queda redactado de la siguiente forma:

Artículo 254: Los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra los padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre. Los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales. No se admitirá la acción de reclamación de estado de hijo contra la persona que entregó su material genético para utilizarse en técnicas de procreación asistida, quien tampoco tendrá acción para ser emplazada como padre o madre de aquél.

Estas acciones podrán ser promovidas por el hijo en todo tiempo.

Sus herederos podrán continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la minoría de edad o siendo incapaz.

Si el hijo falleciere antes de transcurrir los dos años desde que alcanzase la mayor edad o la plena capacidad, o durante el segundo año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que faltare para completar dichos plazos.

Art. 20.- Agrégase el siguiente párrafo al artículo 262 del Código Civil:

...No podrá impugnarse la maternidad determinada por el parto alegando contrato alguno que obligase a entregar el hijo a terceras personas.

Art. 21.- Sustitúyese el primer párrafo del artículo 263 por el siguiente:

La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde antes del nacimiento de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.

Art. 22.- Agréguese al artículo 1.184 del Código Civil el siguiente inciso:

Inciso 12: El consentimiento prestado por el hombre o la mujer en su caso para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida.

Art. 23.- Sustitúyese el artículo 3.290 del Código Civil por el siguiente:

Artículo 3.290: La persona por nacer es capaz de suceder. No podrá suceder si al momento de

la muerte del autor de la sucesión no está concebida o implantado el óvulo fecundado en el seno materno. La persona por nacer que naciera muerta tampoco podrá suceder.

Art. 24.- Incorpórase el artículo 3.732 bis al Código Civil:

Artículo 3.732 bis: Será nula toda cláusula testamentaria que importe disponer gametos del testador así como la que determinase el destino de los óvulos fecundados.

Art. 25.- Derógase toda ley anterior en cuanto se oponga a la presente.

Art. 26.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Ricardo E. Lafferrière.- Conrado H. Storani.-

LOS FUNDAMENTOS DE ESTE PROYECTO DE LEY SE ENCUENTRAN PUBLICADOS EN EL D.A.E. N 32/97.

- A las comisiones de Asistencia Social y Salud Pública, Ciencia y Tecnología, Legislación General y Familia y Minoridad.

PROYECTO DE LEY

Nº de Expediente 3465-D-2008

Trámite Parlamentario 074 (26/06/2008)

Sumario: REGIMEN PARA LA REPRODUCCION HUMANA MEDICAMENTE ASISTIDA; BENEFICIARIOS; MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL: SUSTITUCION DE LOS ARTICULOS 63 (DEFINICION DE PERSONA POR NACER) Y 70 (COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS), MODIFICACION DE LOS INCISOS 1) (NULIDAD) Y 3) (IMPOTENCIA) DEL ARTICULO 220, INCORPORACION DEL INCISO 4) AL ARTICULO 248 (CONSENTIMIENTO PRESTADO POR INSTRUMENTO PUBLICO).

Firmantes: VILLAVERDE, JORGE ANTONIO.

Giro a Comisiones ACCION SOCIAL Y SALUD PUBLICA; LEGISLACION GENERAL; LEGISLACION PENAL

El Senado y Cámara de Diputados,...

CAPITULO I

Artículo 1º.- La presente ley regula la aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Médicamente Asistida, la actividad y responsabilidad de los establecimientos sanitarios y de los profesionales de la medicina intervinientes, los requisitos, derechos y obligaciones de los beneficiarios de estas técnicas y los derechos de los sujetos concebidos por la aplicación de las mismas.

Artículo 2º.- Estas técnicas podrán efectuarse en forma homóloga, teniendo sólo un fin terapéutico como consecuencia de patologías, donde otras terapias hayan demostrado su ineficacia y no como forma alternativa.

Artículo 3º.- La fecundación podrá ser de hasta tres óvulos, los que deberán implantarse en el seno materno en una sola oportunidad y únicamente cuando no impliquen riesgo grave para la salud de la mujer o de la persona por nacer.

CAPITULO II

Artículo 4º.- Será autoridad de aplicación el Ministerio de Salud, que cumplirá su cometido a través del organismo creado por el artículo 6º de la presente ley.

Artículo 5º.- El Ministerio de Salud determinará los requisitos que deberán acreditar los establecimientos sanitarios y los profesionales de la medicina, para la realización de las prácticas, así como también determinará y controlará la implementación de las mismas.

Artículo 6º.- Crease en el ámbito del Ministerio de Salud un organismo específico que cumplirá las funciones de:

a) Llevar un registro de los establecimientos sanitarios y profesionales de la medicina habilitados;

- b) Llevar un registro de procedimientos;
- c) Llevar un registro en el que constará la identidad de los pacientes, el número de fecundaciones efectuadas en cada intervención y el resultado de las mismas;
- d) Realizar el seguimiento de cada caso tratado con estas técnicas;
- e) Registrar la cantidad de embriones existentes y sus datos filiatorios;
- f) Ejercer toda otra función que la autoridad de aplicación determine;
- g) Verificar el estricto cumplimiento de esta ley.

Artículo 7°.- El organismo a que se refiere el artículo anterior así como los establecimientos sanitarios y los profesionales de la medicina, serán responsables de mantener el carácter reservado de la información incluida en cada historia clínica.

CAPITULO III

Artículo 8°.- La autoridad de aplicación determinará los requisitos que deberán reunir los profesionales de la medicina y establecimientos sanitarios habilitados para aplicar estas técnicas.

Artículo 9°.- Los profesionales de la medicina y establecimientos sanitarios habilitados deberán utilizar exclusivamente los métodos prescriptos y regulados por la autoridad de aplicación.

Artículo 10°.- El profesional de la salud que se desempeñe en una Institución autorizada para la realización de estas técnicas, invocando razones de conciencia, podrá rehusarse a participar en programas de Reproducción Humana Médicamente Asistida.

CAPITULO IV

Artículo 11°.- Serán beneficiarias las parejas compuestas por un hombre y una mujer mayores de edad, capaces, en buen estado de salud psicofísica y que se encuentren dentro de los límites biológicos de aptitud reproductiva, casadas o con una convivencia de hecho no menor de cinco años judicialmente corroborada.

Artículo 12°.- Será responsabilidad del establecimiento sanitario interviniente, dar a conocer a sus beneficiarios sus técnicas, sus riesgos y resultados, información que éstos reconocerán por escrito.

Artículo 13°.- Sólo serán realizadas estas técnicas, previa solicitud, con el reconocimiento mencionado en el artículo anterior y una vez que la pareja las acepte mediante instrumento público, expresado ante el funcionario con autoridad fedante.

Artículo 14°.- El convenio acordado entre el establecimiento sanitario interviniente y los beneficiarios deberá especificar: la técnica a utilizar, la historia clínica de los destinatarios con la patología que impide la procreación natural y el diagnóstico por el cual se aconseje su aplicación.

Artículo 15°.- Los beneficiarios gozan del derecho de revocar, en forma individual o conjunta, la autorización para la aplicación de las técnicas en cualquier momento antes de la transferencia de los gametos masculinos en el cuerpo de la mujer o de la fecundación del óvulo.

Artículo 16°.- El consentimiento a que se refiere el artículo 13° por parte de la pareja, implica el reconocimiento de la filiación del hijo así concebido.

CAPITULO V

Artículo 17°.- A los efectos de esta ley, se considera embrión al óvulo humano fecundado por espermatozoide humano, dentro o fuera del seno materno.

Artículo 18°.- El embrión tiene derecho a nacer, a que se respete su medio ambiente natural, a la vida, a la identidad genética, biológica y jurídica, a la igualdad, a la intimidad y a la familia.

CAPITULO VI

Artículo 19°.- Está prohibido emplear embriones humanos para otros fines que los previstos en esta ley.

Artículo 20°.- Están prohibidos los bancos de semen u óvulos, crioconservar embriones humanos, donarlos, enajenarlos, destruirlos, investigar científicamente sobre ellos o utilizarlos para terapia fetal.

Artículo 21°.- Está prohibida la implantación de embriones de la pareja beneficiaria en otra mujer, método conocido como maternidad subrogada o alquiler de vientres

Artículo 22°.- En el caso de mujer viuda no se admitirá la aplicación de estas técnicas.

CAPITULO VII

Artículo 23°.- Será responsabilidad de los profesionales de la medicina y/o establecimientos sanitarios, que tengan embriones crioconservados a la fecha de la entrada en vigor de la presente ley, dar a conocer dentro de los 30 días al organismo creado por el artículo 6° , todos los datos filiatorios de los mismos.

Artículo 24°.- Los embriones crioconservados existentes a la fecha de la entrada en vigor de la presente ley, deberán ser implantados en la mujer solicitante que tenga derecho sobre él o los óvulos fecundados, en un término máximo de tres meses.

Artículo 25°.- Transcurrido el plazo previsto en el artículo anterior, la Autoridad de Aplicación comunicará al Poder Judicial, los datos filiatorios de los embriones crioconservados que no hayan sido implantados.

Artículo 26°.- El Juzgado interviniente emplazará a la pareja responsable a los efectos de que en el término de treinta días notifiquen, si se llevará a cabo la implantación de los embriones, si existe algún impedimento médico avalado por el establecimiento sanitario interviniente o si solicitan un plazo mayor, el cual no excederá de un año.

Artículo 27°.- Si estuvieran las condiciones sanitarias convenientes para la implantación de los embriones y existiese negativa del hombre, el Juzgado dispondrá se lleve a cabo el implante en el cuerpo de la mujer solicitante, que tenga derecho sobre el o los óvulos fecundados, en virtud a la aceptación descripta en el artículo 16°.

Artículo 28°.- Si la negativa fuese de la mujer o ambos miembros de la pareja beneficiaria a realizar la implantación, o transcurridos los treinta días de plazo previsto en el artículo 26°, los embriones crioconservados serán destinados para su adopción plena.

Artículo 29°.- Para acceder a la adopción deberán cumplimentarse todos los requisitos que prevé la Ley de Adopción y una vez que exista el reconocimiento médico que designe el Juzgado, certificando que la mujer se encuentra dentro de las aptitudes psicofísicas convenientes para la implantación.

Artículo 30°.- En caso de violación al inciso c) del artículo 33°, serán aplicables los alcances de los artículos 26°, 27, 28° y 29°.

CAPITULO VIII

Artículo 31°.- Sin perjuicio de los ilícitos penales en los que puedan incurrir, los establecimientos sanitarios que violaren las disposiciones administrativas de esta ley, serán sancionados con la clausura e inhabilitación provisoria o definitiva.

Artículo 32°.- Será reprimido con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial por el doble de la condena:

- a) El que empleare las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, sin contar con la autorización correspondiente o que la misma hubiese revocado antes de la fecundación.
- b) El profesional de la medicina que incumpliera las obligaciones previstas en la presente ley.

Artículo 33°.- Será reprimido con prisión de uno a seis años e inhabilitación especial por el doble de la condena, el que:

- a) El que empleare gametos ajenos a la pareja beneficiaria.
- b) El que entregare por cualquier concepto, embriones de una pareja a tercera persona ajena a la misma.
- c) El que sometiere a conservación embriones humanos.

Artículo 34°.- Será reprimido con prisión de tres a diez años e inhabilitación especial por el doble de la condena:

- a) El que diere muerte o sometiere a practicas de manipulación genética a embriones humanos no implantados,
- b) El que realice fecundación y gestación 'inter especies', para la obtención de híbridos.
- c) El que realice prácticas de partenogénesis, ectogénesis, eugenesia o selección de atributos hereditarios, clonado o cualquier tipo de procedimiento dirigido a la obtención de seres humanos idénticos, fusión y fisión gemelar.
- d) El que altere el patrimonio genético de la especie, ya sea manipulando células germinales o modificando la composición genética de óvulos fecundados.

CAPITULO IX

Artículo 35°.- Sustitúyese el artículo 63° del Código Civil por el siguiente:

Son personas por nacer, las que no habiendo nacido están concebidas dentro o fuera del seno materno.

Artículo 36°.- Sustitúyese el artículo 70° del Código Civil por el siguiente:

Desde la concepción dentro o fuera del seno materno comienza la existencia de las personas. Antes de su nacimiento adquieren derechos, los que quedan irrevocables, si nacen con vida, aunque fuere por unos instantes después de separados de la madre.

Artículo 37°.- Modifíquense los incisos 1 y 3 del artículo 220° del Código Civil, que quedarán redactados de la siguiente manera:

Inc. 1) Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5 del artículo 166°. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después que el cónyuge o los cónyuges hubieran llegado a la edad legal si hubiesen sometido a técnicas de fecundación médicamente asistida.

Inc.3) En caso de impotencia de uno de los cónyuges o de ambos que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. La acción corresponde al cónyuge que alega la impotencia de otro o la común de ambos. No podrá demandarse la nulidad si la mujer hubiera sido sometida a una técnica de reproducción médicamente asistida con material genético de su marido y ambos cónyuges hubieran consentido expresamente el tratamiento.

Artículo 38°.- Incorporase el siguiente inciso al artículo 248° del Código Civil:

4) Del consentimiento prestado por instrumento público para la aplicación de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida.

Artículo 39°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

En los últimos años, hemos asistido al desarrollo de técnicas médicas y de laboratorio que permiten, frente a la infertilidad y esterilidad de la pareja o de algunos de sus miembros, la concepción de seres humanos dentro o fuera del seno materno. Esto nos ha planteado problemas éticos, jurídicos y médicos que han originado el análisis de tal problemática. Son numerosas las legislaciones extranjeras que se han expedido sobre el tema en cuestión, tratando de enmarcar y limitar el avance de la tecnociencia. También hemos observado cómo las primeras legislaciones de países desarrollados, que en principio establecieron pautas amplias para el ejercicio de estas técnicas, ya han sido modificadas, puesto que los nuevos descubrimientos científicos nos permitirán en un futuro no muy lejano, aplicar solamente las técnicas homólogas (con material genético de la pareja), que no atenten contra el derecho a la identidad de la persona por nacer, ni genere conflictos de filiación. Asimismo cabe destacar que recientemente se han dictado distintos fallos que avalan la jurisprudencia sobre el tema, lo cual fortalece la necesidad de legislar sobre el ejercicio y aplicación de estas técnicas. Debemos considerar que los valores universales, vida y dignidad humana, deben ser respetados y el derecho debe salir en su defensa. El avance de la ciencia no debe vulnerar estos valores, y si bien la ciencia avanza sin cesar, la ciencia jurídica le debe otorgar el marco legal para el justo desarrollo del fenómeno científico. Somos conscientes de que la investigación científica con fines terapéuticos y humanitarios debe promoverse, pero nunca a un costo tan alto como es el atentado a la vida humana. La vida humana comienza en el momento de la concepción, ya sea dentro o fuera del seno materno, y continúa con el ciclo vital del ser humano. Pensemos que desde el momento de la fusión del material genético materno y paterno, surge una realidad nueva, un ser humano potencialmente nacedero, pero lo más importante y decisivo es que esta vida nueva, y humana *actio vita*, es distinta de cualquier otra, tiene intrínsecamente su propia identidad diferente de la vida humana (seno materno que

lo sustenta) que porta esa realidad nueva con su propio código o programa genético. El ser humano cuenta con 46 cromosomas, que serán los mismos que poseerá hasta el final de sus días. Por lo tanto no creemos pertinente que se establezcan distintos estadios prenatales, lo que sólo originaría la posibilidad de manipular genéticamente seres humanos. El valor intrínseco de un embrión humano no puede depender de su utilidad para la vida de los demás, o de las funciones que pueda ejercer en el contexto de la vida social. Nos hallamos ante un valor absoluto, el de la vida, que no puede ser objeto de negociaciones o de consensos cívicos o ideológicos. Establecemos el razonamiento arguyendo la ineludible protección de la vida del embrión, en cuanto existe desde aquel momento un derecho a respetar la vida del embrión, de modo que éste ya es titular, per se, de ese derecho de nacer, y por consiguiente, merecedor de la tutela efectiva desde su nacimiento por parte de los poderes públicos. Sabemos que la actividad de los establecimientos sanitarios y de los profesionales del arte de curar, debe ser contenida por una ley que contemple todas las necesidades de las parejas estériles que se encuentran deseosas de tener un hijo y a la vez que posibilite a la ciencia seguir investigando dentro de un marco ético y humano, basado en el respeto a la vida y a su individualidad. Muchas investigaciones, en cambio, además de carecer de utilidad práctica, pueden llegar a dañar a la humanidad. Es en estos casos cuando la curiosidad científica parece desprovista de todo altruismo, cuando se justifica la real acusación al científico de querer usurpar por vanidad, un lugar no reservado a él, si no a un ser superior. También debe sancionarse criminalmente otras actividades que suponen una manipulación genética que, aunque no pongan en peligro la vida o la salud de toda la sociedad, sí ofenden la dignidad de la especie humana, sin otro beneficio que el de colmar la curiosidad científica.

Después de esta advertencia, examinemos la clonación, entendida como el método que, partiendo de la manipulación químico-celular, nos permite obtener individuos idénticos a partir de un sólo sujeto. El procedimiento consiste en aislar el núcleo de una célula somática e implantarlo en un óvulo de la misma especie animal desnucleado previamente. El óvulo, transformado así en cigoto, desarrolla a posteriori un ejemplar clónico, es decir, idéntico al que proporcionó la carga cromosómica completa. Estas son las primeras reproducciones asexuadas, puesto que prescinden de la unión del óvulo con el espermatozoide.

Esto no es nuevo. En el reino animal, especies inferiores como los protozoos se reproducen de manera clónica por autodivisión. En 1952, Briggs y King obtuvieron ejemplares de ranas idénticas por introducción de óvulos, de núcleos celulares procedentes del intestino de renacuajos embrionarios. Años más tarde, en 1975, Bromhall logró la multiplicación por clonación de conejos, también realizada en ratones.

Las próximas etapas pueden ser la partenogénesis, es decir, el desarrollo de un huevo no fertilizado.

Con relación a la ectogénesis, o sea, la gestación integral de un ser humano en laboratorio, ya se han realizado intentos en Estados Unidos. Se trata de una cámara llena con líquido amniótico sintético, conectada con un oxigenador para la sangre fetal, que ha mantenido vivos a fetos de ovejas durante dos días. Los científicos rusos han anunciado que habían logrado mantener vivos más de 250 embriones humanos. Se informó que un feto había vivido seis meses y llegó a un peso de 500 gramos antes de morir.

La Escuela de Medicina de la Universidad de Nueva York estudia, desde hace años, la posibilidad de construir en el laboratorio una placenta artificial que alimente y transmita oxígeno al feto. Otros científicos indican que las bombas corazón-pulmón, utilizadas para mantener la circulación extracorporal de la sangre durante una operación cardíaca, y el riñón artificial pueden ser la base, en un futuro, del mantenimiento de embarazos en laboratorio.

Por otro lado, la fusión gemelar es la técnica que consiste en poner en contacto dos embriones en un estadio precoz de evolución, ambos procedentes de la fusión de distintos pares de gametos y lograr que los dos cigotos se adhieran generando una formación artificial. Los

resultados en animales conocidos técnicamente con el nombre de 'quimeras', fueron perfectamente viables en ratones, conejos, ratas e incluso ovejas.

En la fisión gemelar se trocea un embrión en partes, de acuerdo con un proceso similar al que naturalmente da origen a gemelos. Hoy en día la microcirugía ayuda a abordar la división de un embrión que de lugar a la multiplicación de individuos exactamente iguales.

Por esto es necesario adelantarnos a los avances de la ciencia, quizás haciendo uso de nuestra imaginación y prohibir la clonación, creación de seres idénticos ; la partenogénesis, gestación de huevo no fecundado ; la ectogénesis, gestación integral de un ser humano en el laboratorio, desde su fecundación in vitro ; la fusión gemelar, fusión de dos embriones para formar un ser humano con cuatro derivaciones biológicas y la fisión gemelar, la división de un embrión que de lugar a la multiplicación de individuos iguales.

Los criterios enunciados los debemos ubicar entre los delitos contra la humanidad, porque la dignidad de la especie humana constituye una exigencia de carácter universal. Habrá investigaciones que deban ser autorizadas e incluso promovidas, porque la humanidad necesita de nuevas terapias para curar gran parte de sus males. Muchas otras sólo merecerán la crítica moral o la sanción reglamentaria, cuando no el repudio del derecho civil, pero sólo las que dañen a la naturaleza humana, lesionando la dignidad del hombre, son las que, debidamente identificadas, deberían engrosar el catálogo de delitos.

Sin embargo, mientras no exista una legislación que limite este tipo de experimentos, ni una institución encargada de vigilar la investigación científica en el área genética, no faltará quien, argumentando que actúa en beneficio de la humanidad y aprovechando la falta de control, pudiera llegar a materializar las más extrañas fantasías a través de estas técnicas.

Ante todo, la regulación de la materia en análisis, pretende proteger a los seres humanos por nacer, ya que son ellos los que al momento no tienen voz, y es nuestra voluntad expresarnos por aquellos que aún no pueden hacerlo.

Cabe hacer notar que presenté el presente proyecto en el H. Senado de la Nación, en mi carácter de Senador de la Nación como Expediente S- 272/97 O.D. 538/97 el cual fue aprobado y caducó en la H. Cámara de Diputados, luego fue reproducido como Expediente S-652/00.

Quienes debemos por mandato de nuestro pueblo legislar, nos hallamos insertos en el centro de la situación, apremiados por el tiempo y las circunstancias, sumado al agravante de la inmensa responsabilidad que significa crear un marco legal, que regule la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y sus efectos, sin olvidarnos que no legislar es la manera más amplia de normativizar, puesto que lo que no está prohibido está permitido.

Por todo lo expuesto, señor Presidente, solicito la aprobación del presente proyecto.

PROYECTO DE LEY

Nº de Expediente 5937-D-2008

Trámite Parlamentario 147 (21/10/2008)

Sumario: REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, REGIMEN DE ACCESIBILIDAD Y REGULACION: EQUIPO INTERDISCIPLINARIO, PAREJAS BENEFICIADAS, TECNICAS, CREACION DE UN REGISTRO NACIONAL DE DONANTES, CREACION DE UN REGISTRO NACIONAL DE CENTROS Y SERVICIOS DE REPRODUCCION ASISTIDA, SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO.

Firmantes: BONASSO, MIGUEL - GIL LOZANO, CLAUDIA FERNANDA.

Giro a Comisiones ACCION SOCIAL Y SALUD PUBLICA; FAMILIA, MUJER, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA; LEGISLACION GENERAL.

El Senado y Cámara de Diputados,...

ACCESIBILIDAD Y REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA

Objeto:

Artículo 1: La presente ley regula las técnicas de reproducción humana asistida, en todo el territorio de la República Argentina.

Definición:

Artículo 2: Las técnicas de reproducción humana asistida son realizadas con asistencia médica junto con un equipo transdisciplinario, para intentar la procreación de un hijo/a biológico/a.

Las técnicas de reproducción humana asistida de baja complejidad son aquellas cuya fecundación ocurre dentro del cuerpo de la mujer.

Las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad son aquellas cuya fecundación ocurre fuera del cuerpo de la mujer.

Beneficiarios/as:

Artículo 3: Podrán recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida, las parejas mayores de edad y capaces, quienes luego de recibir la información correspondiente decidan realizar el tratamiento.

Artículo 4: Estas técnicas deben estar indicadas por un grupo transdisciplinario conformado por médico/a ginecólogo/a, tocoginecólogo/a, andrólogo/a, hematólogo/a, genetista, psicólogo/a y aquellos profesionales que se consideren necesarios, que elaboren un diagnóstico y posterior tratamiento; brindando toda la información necesaria para la realización de las técnicas; en cuanto a las implicancias de las mismas, sus riesgos, resultados previsibles derivados de su empleo.

Del Consentimiento informado:

Artículo 5: Quienes necesiten el uso de las técnicas de reproducción humana asistida serán asesorados e informados sobre los distintos aspectos, implicancias, riesgos y resultados previsibles del empleo de las técnicas.

Artículo 6: Los/as profesionales y los equipos transdisciplinarios que realicen las técnicas son los responsables de brindar la información necesaria en forma oral y escrita, antes de comenzar con el tratamiento.

Artículo 7: Las personas que reciban las técnicas de reproducción humana asistida deberán manifestar su conformidad con la aplicación de ellas, firmando un formulario que contenga todas las circunstancias que definan su aplicación.

Del uso de gametas de terceros:

Artículo 8: En el caso que las Técnicas de Reproducción Asistida sean realizadas con gametos no pertenecientes a alguno de los miembros de la pareja, las mismas se realizarán con gametos donados. La donación se realizará formalmente, por escrito, con expreso consentimiento informado del donante y de los beneficiarios de las técnicas, con carácter secreto y a título gratuito. La misma revestirá carácter anónimo en cuanto a la identidad del dador. Las persona nacida de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, podrá solicitar judicialmente conocer la identidad del donante que aportó sus respectivas gametas. La persona nacida de gametas donadas será reconocida como hijo/a biológico/a de los beneficiarios de las técnicas y los donantes de gametos no tendrán en ningún caso derecho ni obligaciones sobre el niño/a nacido/a.

De la criopreservación:

Artículo 9: El número de ovocitos a transferir o inseminar quedará reservado al criterio y experiencia del servicio o centro médico, público o privado, del médico/a tratante perteneciente al equipo transdisciplinario, según el caso. Será objetivo principal que todos los preembriones viables obtenidos sean transferidos al útero; ante la eventual situación de preembriones viables excedentes será permitida su criopreservación en orden de evitar el embarazo múltiple y de mantener viables a los mismos. El procedimiento de criopreservación solo se llevará a cabo previo consentimiento informado de los beneficiarios de las técnicas.

Artículo 10: La criopreservación de preembriones viables humanos solo será realizada en los siguientes casos:

- a) cuando existan preembriones no transferidos en orden a evitar un embarazo múltiple;
- b) cuando surjan interurrencias transitorias que pongan en riesgo la viabilidad del preembrión;
- c) cuando exista riesgo de salud materna, tales como hiperestimulación ovárica y otras complicaciones médicas y/o quirúrgicas.

Artículo 11: Los preembriones criopreservados se mantendrán en tal condición por un plazo de cinco años. El poder de disposición de los preembriones criopreservados corresponde a los beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida para los que fueron fecundados; al cabo de este plazo, y no mediando decisión expresa ninguna por parte de los beneficiarios de las técnicas hasta ese momento, el servicio o centro público o privado a cargo donde se encuentran preservados, les intimará para que expresen su decisión.

Artículo 12: En el caso de gametas o tejidos gonadales que se encuentren criopreservados con la eventual finalidad de ser utilizados por quienes las han generado, los únicos propietarios y/o beneficiarios de los mismos son aquellas personas de las que dichas gametas han sido obtenidas. Las mismas podrán ser descartadas en el caso que su titular así lo solicite. En el

caso de fallecimiento del titular de dichas gametas, las mismas deberán ser descartadas a menos que exista expresa disposición acerca de su destino previa al fallecimiento por parte del titular y que la Comisión Nacional de Reproducción Humana lo autorice

Centros asistenciales públicos y privados de reproducción humana asistida:

Artículo 13: Las técnicas de reproducción humana asistida se realizarán en establecimientos públicos y privados creados y habilitados para tal fin.

Artículo 14: Se requerirá la habilitación por la autoridad de aplicación de la presente ley, quien calificará al equipo transdisciplinario, los establecimientos públicos y privados y controlará el equipamiento y todo lo necesario para asegurar los niveles de prestación.

Cobertura:

Artículo 15: Las técnicas de reproducción humana asistida serán cubiertas por hospitales públicos, obras sociales, obras sociales sindicales y medicinas prepagas. Se incluye en el PMO, su diagnóstico, tratamiento y cobertura de medicamentos de acuerdo a la prescripción del equipo tratante.

Autoridad de aplicación:

Artículo 16: El Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Nación es la Autoridad de Aplicación de la presente ley. A tal fin, creará la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida; dependiente del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Procreación Responsable, cuyas funciones serán:

- a) Es un órgano consultivo, honorario, de carácter permanente, destinado a asesorar y orientar sobre el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la formulación de políticas, programas y actividades sobre fertilidad humana, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos en esta materia, a aspectos vinculados con la ética y la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde se realizan las técnicas, verificando el adecuado cumplimiento y la aplicación de esta ley.
- b) Otorgar las habilitaciones y calificaciones de los centros de reproducción asistida.
- c) Elaborar criterios de funcionamiento y utilización de los establecimientos o servicios donde se lleva a cabo la reproducción humana asistida.
- d) Considerar y autorizar la realización de nuevos proyectos científicos, diagnósticos, terapéuticos en los términos de la presente ley.
- e) Instrumentar y crear el registro de gametas para la Reproducción Humana asistida.
- f) Crear un registro nacional de donantes, se inscribirán los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con la garantía de confidencialidad de los datos de aquellos. Se consignará los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización.
- g) Instrumentar y controlar los recaudos que deberán contener los protocolos, las historias clínicas y los formularios de consentimiento informado de los beneficiarios de las técnicas de reproducción humana asistida y de los donantes de gametas y/o preembriones.
- h) Formular, aplicar y vigilar el cumplimiento de las pautas de control de calidad y gestión de los establecimientos asistenciales como de las actividades que ellos desarrollan.
- i) Crear el registro nacional de centros y servicios de reproducción asistida, deberá hacer públicos con periodicidad anual los datos de actividad de los centros relativos al número de

técnicas y procedimientos de diferente tipo para los que se encuentran autorizados, las tasas de éxito en términos reproductivos obtenidas por cada centro con cada técnica, y cualquier dato que considere necesario para que los beneficiarios de las técnicas valoren la calidad de atención de cada centro.

j) El registro de actividad recogerá también el número de embriones criopreservados que se conserven en cada centro.

k) Difundir los avances y servicios que se elaboren por esta comisión.

l) Aplicar las sanciones que la presente ley autorice.

j) Estará integrada por:

a) 2 representantes del Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Nación;

b) 2 representantes de la Sociedad de Medicina Reproductiva;

c) 2 representantes de asociaciones de asistidos/as,

d) 1 representante del Cofesa (Consejo Federal de Salud);

e) 1 representante del Conicet;

f) 1 representante especializado en Bioética, con experiencia demostrable;

Sanciones:

Artículo 17: Los incumplimientos a la presente ley serán sancionados con las penas que a tal efecto establezca y aplique la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Artículo 18: Queda prohibido:

a) Fecundar embriones con fines distintos a la utilización de las técnicas de reproducción asistida.

b) Comerciar preembriones, o embriones.

c) La clonación de seres humanos.

d) La manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.

e) Creación de un individuo en el laboratorio.

Artículo 19: De forma.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

La posibilidad de tener hijos debe estar abierta a todas las personas sin que su condición social represente una barrera en el acceso a este derecho.

Son situaciones muy delicadas de afrontar aquellas que viven quienes tienen el deseo de ser padres y no lo consiguen por medios naturales; actualmente sabemos que hay múltiples factores que inciden en esta decisión y han cambiado culturalmente, ya que en la actualidad las mujeres deciden su maternidad mucho más tarde que antes y esto no tiene un buen correlato biológico, teniendo en cuenta que a partir de los 35 años de edad, la tasa de fertilidad femenina desciende.

Pero existen otras series de causalidades que impiden a una pareja lograr un embarazo entre las que se encuentran razones de salud psíquica y corporal y -cada vez más notoriamente- cuestiones económicas que colocan a personas socialmente desaventajadas en una situación de injusta desigualdad frente a otras que cuentan con recursos suficientes para afrontar un tratamiento de fertilidad eficaz.

El porcentaje de parejas de entre 20 y 40 años en Argentina que atraviesa esta problemática es de alrededor del 10 y 15 %, según manifiesta la Sociedad de Medicina Reproductiva y agrega que "muchas parejas logran el embarazo con técnicas de baja complejidad y alrededor del

30% tiene indicación de un tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad". Los costos de dichos tratamientos son elevados, produciendo así una desigualdad respecto al acceso al derecho a la salud generando a su vez desigualdad y discriminación.

Estos porcentajes nos dan un alerta respecto de las condiciones de la procreación humana. Es siempre importante poner el acento también en lograr un buen trabajo de educación, educación sexual y hacer hincapié en la prevención, tanto en las escuelas como en los centros de salud.

Este proyecto recepta la manda constitucional de igualdad ante la ley y no discriminación. Además, conforme al 75 inc. 22 por el que se confiere jerarquía constitucional a los tratados internacionales allí enumerados, respaldan la iniciativa los principios sostenidos en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (arts.6, 7 y 11); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts.22 y 25); en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12). Estos principios son parte de nuestra Constitución y no pueden ser desconocidos en los hechos y prácticas por las Constituciones de las Provincias ni por las Reglamentaciones del Poder Ejecutivo Nacional, Provincial o Municipal. El inciso 23 ordena "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, y pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (...)".

Por eso, consideramos que el acceso a estas técnicas reproductivas tiene que ser abierto a para todos/as. Este carácter igualitario y de accesibilidad es vinculante con la cobertura de salud que las obras sociales, obras sociales sindicales, pre-pagas, medicinas privadas, y la salud pública que deberán cubrir los tratamientos que sean necesarios e indicados por el equipo transdisciplinario tratante. Esto incluye en la cobertura todo lo necesario para arribar a un buen diagnóstico, la provisión de medicamentos, estudios y tratamientos para realizar un abordaje de salud integral. El éxito del tratamiento se eslabona luego con un debido cuidado en el parto, post-parto, y el nacimiento del bebé que se plasma en la inclusión del bebé y su madre en el Plan Materno Infantil.

Este campo de problemas abordado por profesionales médicos en su mayoría, necesita también compartir del aporte de otras ciencias como la psicología, ya que lo emocional es un soporte importante para lograr el éxito de los tratamientos.

La Organización Mundial de la Salud brinda una definición de salud como "estado de completo bienestar físico, psíquico y social y no meramente la ausencia de enfermedad" y la salud reproductiva como "el estado de completo bienestar físico, mental y social, en cuanto a la sexualidad y la reproducción, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades"; y a su vez define a la infertilidad como una enfermedad, por tal motivo, los sistemas de salud tanto el ámbito público como los servicios privados deben cubrir íntegramente los tratamientos para dicha situación.

La Argentina es pionera en muchas cosas, también en cuestiones ligadas a la investigación y el desarrollo de nuevas tecnologías. ¿Por qué no ser pioneros en la redacción de esta ley en Latinoamérica? En los países centrales la discusión transcurre hoy por otros caminos, pues en ellos se sancionaron iniciativas similares a las que proponemos hace ya casi 10 años. Son los casos de España, Inglaterra, Francia y Australia, entre otros. El Parlamento Británico aprobó recientemente la investigación usando embriones híbridos de ADN humano y animal, y los llamados "hermanos salvadores", cuestiones fundamentales para la investigación de las células madre.

En este momento las parejas que tienen derecho a acceder a estas técnicas para llevar adelante el deseo de tener un hijo/a, son quienes nos están mostrando el camino, junto con la justicia

que ha pronunciado varios fallos obligando a la medicina prepaga y a obras sociales a cubrir los tratamientos.

No perdamos de vista que estamos legislando a favor del acceso igualitario a la salud, nos interesa que estos tratamientos sean cubiertos; lo que no debemos es legislar sobre las indicaciones médicas que se realizan a cada pareja en particular porque cada caso es único.

Señor Presidente, por las razones expuestas solicitamos el pronto tratamiento de esta iniciativa de ley.

BIBLIOGRAFÍA

Altamirano, Carlos, "Términos críticos de la sociología de la cultura"

Aranda, María Constanza y Cáceres, María Isabel, "FIV y la función notarial", Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995. Pág.24

Bergoglio, María Teresa, Trasplante de Órganos entre personas, Hammurabi, Buenos Aires, 1983

Bustamante Cano, María Noelia, "El consentimiento y sus incidencias en las técnicas de reproducción humana asistida", Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín- Alemania, 1995. Pág. 68

Buteler Cáceres, "Manual de Derecho Civil", Parte General, Advocatus, Buenos Aires, Argentina, año 1998.

Borja Soriano, Manuel, "Teoría de las obligaciones", Editorial Porrúa, México, 1968, p.

Carranza, Jorge, "Los Transplantes de órganos", La Plata, Argentina, Año 1972, Pág. 51

Checa, Susana, "Salud y derechos sexuales y reproductivos"

De Patiño, Myriam, "Procreación asistida. Técnicas y problemas. Propuestas a tener en cuenta en futuras legislaciones", Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, 1995, Pág. 303 ss.

Díaz de Guijarro, "La voluntad y la responsabilidad procreacional como fundamento de la determinación jurídica de la filiación", J.A., Buenos Aires, tomo 1965-III, Pág. 21, sección doctrina.

Fernández Sessarego, Carlos Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, 1992, p.113

Fiorentino, María Silvina y Bazael, María Cecilia en los "Nuevos métodos de procreación", Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín-Alemania, 1995

Fonzolato, Eduardo I. "La Filiación adoptiva", Advocatus, Córdoba, 1998, p.17

Galliano de Díaz Cornejo, Sara Elisa y Servidio de Mastronardi, Ana María, "Reflexiones acerca de las modernas técnicas de Reproducción Asistida", Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, Trabajos y ponencias, 1995, Pág. 99 ss.

García Cima de Esteve, Elena. "La medicina moderna de la procreación humana asistida, el derecho de Familia y de sucesiones." Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino." Berlín Alemania, 1995 P. 143

Garriga Gorina, Margarita, "La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen", p. 179

Gil Domínguez, Andrés, "Derecho constitucional de Familia, Identidad, Infancia y Familia", Pág. 704 a 853

Giberti, Eva, "Fertilización asistida, hijos agámicos" en Revista Actualidad Psicología, 1999, p. 5

Giberti, Eva, "Comentarios acerca de la nueva ley" en Giberti, Eva y colaboradores, Adopción para padres, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1999, p.29, p.30

Giberti, Eva, "Cuando el hijo adoptivo construía su historia prenatal" en Giberti, Eva y colaboradores, Adopción para padres, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1999, p.113 y ss.

González del Solar, José H., "Derecho de la Minoridad. Protección jurídica de la niñez", Ed. Mediterránea, Córdoba, 2da. Edición, 2008. Pág. 103-104.

Guibourg y otros, "Lógica Proposición y Norma", Astrea. Buenos Aires, Ediciones Variadas. Pág. 82 ss.

Habermas, Jürgen, "Teoría de la acción comunicativa", Taurus, Madrid 1985. Paidós, Buenos Aires, 2002, p. p. 131 y 131.

Lévi Strauss, Claude, La identidad, Ediciones Petrel, España, 1981, p 7.

Lista, Carlos A. "Paradigmas sociológicos", Tomo I, Córdoba, Año 2000, Pág. 151 ss.

Matozzo de Romualdi, Liliana A. "Biotecnología y el derecho a la identidad" Publicado en El derecho, Nro. 8959, del 13 de marzo de 1996 en los Cuadernos de Bioética del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia, Vol. VII, nro. 25, 1ra., 1996.

Medina, Graciela. "Maternidad por sustitución". Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia Francesa y norteamericana, L.L., 1997-C-1433.

Meli, Ana Carolina, "La Fecundación asistida y las técnicas de fertilización", UBA, Buenos Aires, agosto del 2000, en www.aaba.org.ar

Méndez, Juan E., "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Mizrahi, Mauricio, L. "Características de la filiación y autonomía respecto de la procreación biológica", L.L., 2002-B-1198

Modelo Cruz, Rodolfo, "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli" Boletín Mexicano de derecho comparado, por nueva serie, año XL, núm. 120, septiembre-diciembre de 2007, pp. 825-852

Musto, Néstor, "Derechos reales", Santa Fe, 1981.

O'donnell, Daniel, "Protección internacional de los derechos humanos", 2da. ed., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, 752 pp.

Orlandi, Olga y Vertplaetse, Susana N. "Filiación y Consentimiento en las Nuevas Técnicas de Procreación Asistida." Ponencia del XXI Congreso Internacional del notariado Latino, Berlín - Alemania, 1995, P 207 ss.

Osés, Raymond, Funcionamiento del Banco de Semen CRYOBANK en la Argentina publicado en la Revista Reproducción (SAMeR) en marzo de 2004, www.cryobank.com.ar

Piccotto, María Esperanza, "Procreación Asistida-algunas consideraciones en el Derecho de Familia y Responsabilidad Médica", Ponencia del XXI Congreso Internacional del Notario Latino- Berlín -Alemania, Delegación Argentina, Trabajos y ponencias, 1995, Pág. 264 ss.

Radkievick, Rubén y Ferrer, Francisco A. M., "Anonimato de los dadores de gametos". Ponencia del XXI Congreso de Notariado latino, en Berlín Alemania, 1995, Pág.

Sambrizzi, Eduardo, "La Filiación en la procreación asistida", el Derecho, Buenos Aires, 2004.

Silva Ruiz, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in Vitro", Revista de Derecho Privado. Madrid, 04/1987, pág. 323 a 331

Soto Lamadrid, "Biogenética, filiación y delito, la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho" .Buenos Aires. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990.

Zannoni, E. "Ponencia presentada al congreso Hispano American de Derecho de Familia, España 1987.

Zannoni, E. A., "Derecho Civil. Derecho de Familia", 2 ed. Ed. Astrea, Tomo 2, Bs.As., año 1989

Zannoni, Eduardo. "Manual de derecho de Familia", ED. Astrea, Buenos Aires, Pág. 5 ss.

Paginas web:

- **Senado de la Nación:** <http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/>
- **Cámara de diputados de la Nación:** <http://www.diputados.gov.ar/>
- **Suprema Corte de Justicia de la Nación:** www.scba.gov.ar.
- **Diario Clarín :** <http://www.clarin.com/m>
- **Diario Perfil:** www.perfil.com
- http://www.grupogestar.com.ar/esp/reproduccion_asistida.htm
- **Diario La voz del interior :** <http://www.lavoz.com.ar/09/06/04/index.asp>
- **Clínica las Condes chile,**

-
- http://www.clc.cl/ver_pregunta.cgi?cod=970614309**
 - **<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2292>**
 - **<http://www.ivi.es/pacientes/semen.htm>**
 - **www.docshop.com/es/education/fertility/treatments/egg-sperm-donation/**
 - **http://www.fiszbajn.com/curri_es.htm**
 - **Centro Especializado en Reproducción, Buenos Aires, Argentina :**
<http://www.cermed.com/donacion.htm>
 - **<http://www.cryo-bank.com.ar>**
 - **Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva <http://www.samer.org.ar/>**
 - **<http://www.uba.ar/encrucijadas/nuevo/pdf/encrucijadas39n3.pdf>**
 - **<http://www.docshop.com/es/education/fertility/treatments/egg-sperm-donation/>**

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	2
OBJETIVOS	5
<u>CAPÍTULO I</u>	
1. PROCREACIÓN HUMANA	6
1.1. Fecundación y Reproducción	6
1.1.1. Mecanismos de unión de los Gametos.....	6
1.2. Procreación Humana Asistida	7
1.2.1. Técnicas de Procreación Asistida.....	8
a) Inseminación Artificial.....	8
b) Fecundación in Vitro.....	9
1.2.2. Marco Legal.....	11
1.2.2.1. Derecho comparado.....	11
1.2.2.2. Argentina.....	12
<u>CAPITULO II</u>	
1. DONACIÓN DE ESPERMA	14
1.1. Aspectos generales	
1.1.1. ¿Qué es la donación de semen?.....	14
1.1.2. Aspectos generales de la Donación de Óvulos.....	14
1.2. Bancos de semen en la Argentina	
1.2.1. Introducción.....	17
1.2.2. Lineamientos para inseminación terapéutica con semen de donante en la Argentina.....	19
2. GAMETOS HUMANOS	25
2.1. Posturas doctrinarias	25
2.2. Gametos: ¿tejidos humanos o no?	25
2.3. Naturaleza de los Gametos	26
2.4. Disposición de los gametos	27

2.4.1. Comercialización de los gametos	27
3. DACIÓN O DONACIÓN DE GAMETOS.....	29
4. PROYECTOS LEGISLATIVOS NACIONALES. Empleo de gametos para la concepción del embrión.....	30
4.1. Proyectos que apoyan la donación de gametos.....	30
4.2. Proyectos que prohíben la donación de gametos.....	32
5. CONDICIONES PARA LA DONACIÓN DE GAMETOS.....	33
5.1. Gratuidad.....	34
5.2. Anonimato del donante.....	35
5.3. Revocable.....	36
5.4. Voluntario.....	37
6. REGISTRO DE DONANTES.....	38
 <u>CAPÍTULO III</u>	
1. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO vs. ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS.....	39
1.1. Derechos consagrados por la incorporación de los tratados sobre derechos humanos, complementarios de los demás derechos constitucionales.....	39
2. DERECHO A LA IDENTIDAD. ASPECTOS GENERALES.....	41
2.1. La identidad como concepto polifacético desarrollado por las ramas del conocimiento.....	41
2.2. La identidad como particularidad humana.....	42
2.3. La identidad como derecho.....	43
3. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO VS. ANONIMATO DEL DONANTE DE GAMETOS.....	45
3.1. El derecho al anonimato del donante de gametos.....	45
3.2. El derecho a la identidad del niño desde la concepción.....	48
4. OTROS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN RESPECTO A LA DONACIÓN DE ESPERMA.....	53
5. FILIACIÓN EN LA PROCREACIÓN ASISTIDA Y DERECHO A	

LA IDENTIDAD	56
5.1. Filiación por naturaleza	57
5.2. Filiación por adopción	61
5.3. Filiación por procreación humana	64
5.3.1. Procreación asistida y los derechos sexuales y reproductivos.....	64
5.3.2. Procreación asistida con semen de donantes anónimos.....	64
5.3.2.1. Derecho comparado	65
5.3.2.1.1. Países europeos.....	65
5.3.2.1.2. Países Latinoamericanos.....	69
6. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA HETERÓLOGA Y EL DERECHO NACIONAL	69
7. DERECHO DE FAMILIA	73
7.1. Derecho a la identidad del niño y derecho procrear	74
7.2. Teoría de la voluntad procreacional vs. La identidad biológica	75
7.3. Consentimiento en las nuevas técnicas de procreación asistida	77
CONCLUSIÓN PERSONAL	82
PAUTAS BÁSICAS PARA LA ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE LEY	87
ANEXO	89
BIBLIOGRAFÍA.	107