



**REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
EN ARGENTINA: EVOLUCIÓN DESDE EL PUNTO
DE VISTA JURÍDICO**

Autor: Vera Cristina Analia

Carrera: Abogacía

Año: 2.016

Resumen

En un mundo donde las relaciones humanas y jurídicas están enmarcadas por los Derechos Humanos, el reconocimiento del derecho a procrear determina el deber del Estado de garantizar el acceso igualitario a los medios científicos que permitan hacer realidad el ansiado hijo. La sanción de la Ley 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida significa el cumplimiento de obligaciones constitucionales y convencionales respecto al pleno ejercicio de derechos reproductivos. Esta ley junto a otras leyes especiales que favorecen el desarrollo del plan de vida de las personas, sin discriminaciones basadas en estado civil u orientación sexual, originaban supuestos fácticos sin regulación expresa. Era necesaria e imprescindible la actualización de aquel Código Civil vigente que no contemplaba situaciones inexistentes al momento de su sanción pero presentes en la sociedad argentina actual. El embrión in vitro es un producto de las T.R.H.A. que se encontraba fuera de toda normativa y que merece una regulación que lo incluya y proteja. La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se asienta en la consideración excluyente de la persona humana y el irrestricto respecto por su dignidad, concordando con la Constitución Argentina y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. No se ha conseguido la solución a todos los vacíos legislativos que ante un nacido mediante T.R.H.A. se evidencian, pero mucho se avanzó en este ámbito en el que deben estar comprometidos el legislador, el jurista, el científico, y la comunidad toda. Ante el análisis surgirán contradicciones, fundamentaciones que no lograron consenso, posiciones encontradas e incluso la posibilidad de inconstitucionalidad en algunas normas, pero el camino es promisorio, se ha iniciado finalmente y numerosos son los logros obtenidos en estos últimos años.

Abstract

In a world where human and legal relationships are guided by the Human Rights, the acknowledgement of the right to procreate determines that is the States duty to ensure equal access to the scientific methods that allow to do reality the desired child. The sanction of the Law 26.862 Human Reproduction Medically Assisted means the fulfillment of constitutional obligations and conventions related to the plain exercise of reproductive rights. This law, alongside other special statutes that favor the development of a life plan of people without discrimination based on civil status or sexual orientation, cause factual

assumptions without express regulation. It was essential and necessary to update the Civil Code that did not take into account this situations, inexistent at the moment of their sanction but present in the modern argentine society. The in-vitro embryo is a product of the T.R.H.A. which was outside of all normative, it deserves a correct regulation, that includes it and protects it. The sanction of the Civil and Commercial Code of the Nation is based in the exclusive consideration of the human being and the unrestricted respect for its dignity, according with the argentine constitution and the International Treaties of the Human Rights. The solution has not been reached to atone to all the legislatives gaps that affect a newborn aided by the T. R. H. A., but much progress has been done in this scope where the legislator, the jurist, the scientist and the whole community must commit. Given the above analysis, contradictions may arise, fundaments that have not reached agreement , found positions and even the possibility of unconstitutionality in certain rules, but the road is promising , he had finally begun and numerous are the achievements obtained in this last few years

Palabras clave: derechos humanos, ética, igualdad, inclusión e identidad en Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

ÍNDICE

Introducción	8
I. Problema de investigación	10
II. Justificación y relevancia de la temática elegida	10
III. Objetivos	11
III.a. Objetivo general	11
III.b. Objetivos específicos	11
IV. Preguntas de investigación	12
V. Hipótesis de trabajo	13
CAPÍTULO 1 – El inicio de la vida humana. Técnicas de reproducción humana médicamente asistida	15
Introducción	15
1. El proceso biológico de la fecundación humana	16
2. Etapas del desarrollo del embrión	18
3. Teorías sobre el inicio de la vida humana	19
4. Medicina de la reproducción. Esterilidad e infertilidad	20
5. Técnicas de reproducción asistida	21
6. Técnicas de baja complejidad	23
6.1. Coitos programados	23
6.2. Estimulación ovárica	23
6.3. Inseminación artificial	23
7. Técnicas de alta complejidad	24

7.1. Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (F.I.V. – E.T.)	24
7.2. Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (I.C.S.I.)	25
7.3. Transferencia intratubárica de gametos (G.I.F.T.)	25
8. Donación de gametos	25
9. Crioconservación	26
10. Diagnóstico genético preimplantatorio (D.G.P.)	27
Conclusiones parciales	28
CAPÍTULO 2 - Derechos personalísimos y derechos reproductivos	30
Introducción	30
1. Derechos personalísimos	30
2. Los derechos reproductivos son derechos humanos	33
3. Derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación	36
4. Enfoque bioético	37
5. Posición de la Iglesia Católica	41
Conclusiones parciales	44
CAPÍTULO 3 - Ley Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida	46
Introducción	46
1. El camino hacia la igualdad y la inclusión	47
2. Ley 14.208 de la provincia de Buenos Aires: el antecedente legislativo más importante	53
3. Ley Nacional 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida	54

3.1 Análisis del articulado de la Ley 26.862	56
3.2 Aspectos principales del Decreto Reglamentario	59
4. Cobertura de T.R.H.A.: distintas interpretaciones en la jurisprudencia argentina	60
Conclusiones parciales	66
CAPÍTULO 4 - Regulación sobre el inicio de la persona. Consentimiento y voluntad procreacional. El dilema sobre maternidad subrogada.	68
Introducción	68
1. Comienzo de la existencia de la persona humana	68
2. Consentimiento informado para T.R.H.A.	75
3. Voluntad procreacional	77
4. Gestación por sustitución	79
Conclusiones parciales	86
CAPÍTULO 5 - Fecundación post mortem. Nacidos mediante T.R.H.A.: derecho a la identidad, al vínculo filial y a ser sucesor.	88
Introducción	88
1. Fecundación post mortem	88
2. Derecho a la identidad de nacidos por el uso de técnicas de reproducción asistida	90
3. Regulación de la filiación en supuestos de T.R.H.A.	93
4. Derechos sucesorios de los nacidos mediante reproducción asistida	98
Conclusiones parciales	101
Conclusiones finales	102

VI. Listado de bibliografía	107
VI.a. Doctrina	107
VI.b. Legislación	113
VI.c. Jurisprudencia	114

Introducción

En el presente trabajo se analiza cómo en el ordenamiento jurídico argentino se recepta y regula la Reproducción Humana Asistida y los efectos jurídicos que a partir de su aplicación se generan.

El primer capítulo comienza describiendo el proceso biológico de la fecundación humana, las etapas del desarrollo fetal y las distintas teorías sobre el comienzo de la existencia de las personas.

Para lograr una necesaria aproximación al tema investigado, se pretende conocer cuáles son las causas de infertilidad, los estudios que las detectan, los tratamientos y técnicas que se usan actualmente. Se explica en qué consiste la criopreservación, y además se analiza el controvertido diagnóstico genético prenatal (D.G.P).

A través de los años el hombre fue adquiriendo conocimientos a un ritmo cada vez más vertiginoso, y si bien estos saberes significan beneficios para sí y para el mundo que lo rodea, también provocan una gran diversidad de problemas éticos, religiosos y jurídicos. Es aquí donde la bioética toma un papel preponderante buscando marcar límites que armonicen el avance científico con la dignidad del ser humano. En el segundo capítulo se revisan distintas consideraciones acerca de los aspectos éticos de la procreación asistida. También se expone la posición de la Iglesia Católica, y distintas posturas respecto a los límites que tiene o debería tener la ciencia. Abordando el estudio de la Constitución Nacional, se contempla cómo desde la reforma constitucional de 1.994, cuando se otorga jerarquía constitucional a algunos Tratados Internacionales, se potencia la protección de los Derechos Humanos, especialmente los derechos reproductivos, el derecho a la vida y a la libertad procreacional y científica, temas que provocan no pocas dificultades cuando colisionan entre sí. Se hace un repaso de artículos de estos instrumentos internacionales que hacen referencia al tema investigado.

Luego se revisa el proceso que se fue dando hasta llegar al reconocimiento de la infertilidad como una enfermedad y su inclusión entre las prestaciones a cargo de las obras sociales. Anteriormente la accesibilidad a estas técnicas era muy baja, y esta desigualdad se ve en parte superada por la Ley Nacional 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida, que será objeto de estudio en esta investigación, y que ampara a las personas que

ven en la medicina reproductiva su única posibilidad para concretar el deseo de ser padres. Se evidencia también como la jurisprudencia fue haciéndose eco de esta nueva realidad.

Las conquistas en la búsqueda del remedio para la infertilidad repercuten en el derecho. La procreación artificial es origen de innumerables cuestiones jurídicas, por ello en el tercer capítulo el análisis continúa en el marco del Código Civil Argentino. Vélez adaptaba el Derecho Civil argentino al estado de la ciencia biológica en 1.800, época donde era inimaginable que los seres humanos sean concebidos de manera extracorpórea.

La ciencia como actividad humana debe ser regulada jurídicamente, debido a que su avance sostenido y agigantado hace necesaria una continua adaptación de las normas. El derecho no puede ni debe ser ajeno a estas situaciones y en el corto plazo debe ir dando el encuadre jurídico suficiente para lograr que los avances de la ciencia no colisionen con los derechos personalísimos del ser humano. La aplicación de estas técnicas expone dificultades para abordar áreas que no tienen regulación expresa.

Se exponen los cambios que se encuentran en el Código Civil y Comercial de la Nación brindando protección jurídica a la persona desde la concepción sin distinciones entre la concepción natural y artificial. Los cambios que presenta el nuevo Código traen luz sobre algunas situaciones que vienen aparejadas a la concepción artificial y que desde hace varios años son problemáticas, muy difundidas y polémicas en la sociedad argentina. Se hace un análisis comparativo entre algunos artículos del Código Civil anterior y del actual Código vigente.

Luego de décadas de interpretaciones por analogía, el protagonismo que tiene actualmente la procreación asistida hace necesario que se determinen posiciones y conceptos inequívocos en cuanto a naturaleza jurídica del embrión, reconocimiento de sus derechos fundamentales, filiación, derecho a conocer su identidad biológica, derechos sucesorios, fecundación post mortem, etc.

La importancia de analizar el marco jurídico de la reproducción asistida radica en las consecuencias sociales que se producen. El paso gigantesco dado con la Ley 26.862 debe afianzarse con la sanción de leyes especiales que regulen toda la gama de interrogantes que surgen del uso de estas prácticas.

I. Problema de investigación

¿Cómo fue abordando el Derecho Argentino la Reproducción Humana Asistida y los efectos jurídicos que se producen por el nacimiento de personas mediante el uso de las técnicas de procreación asistida?

La intencionalidad de la presente investigación es exponer diversos supuestos jurídicos que se presentan en un tema tan controvertido como es la reproducción humana médicamente asistida.

Los avances científicos dieron respuestas a sinnúmero de personas infértiles, pero también abrieron profundos debates morales, éticos, religiosos y jurídicos. El desarrollo científico avanza a una velocidad muy diferente a la del Derecho y son muchas las situaciones donde hay ausencia de normas. Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación algunas cuestiones relacionadas con esta temática cuentan con un marco jurídico, mientras que otras siguen sin un tratamiento normativo específico.

Entre los temas abordados están: derechos reproductivos, concepción, comienzo de la existencia de la persona humana, métodos de reproducción humana asistida, manejo de embriones criopreservados, status jurídico del embrión no implantado, voluntad procreacional, derecho a la identidad de personas nacidas por técnicas de reproducción asistida, eliminación de la gestación por sustitución, fecundación asistida post mortem, determinación y acciones de filiación de los hijos nacidos mediante el uso de estas técnicas, derechos sucesorios, etc.

II. Justificación y relevancia de la temática elegida

El desconocimiento es materia fértil para que los derechos sean vulnerados, ello hace necesario conocer y abordar este tema porque una comprensión clara del mismo permitirá a los ciudadanos conocer cómo sus derechos son actualmente protegidos. Es una problemática que no sólo interesa a hombres de ciencia o a juristas sino que está difundida

en toda la sociedad argentina generando polémica, opiniones encontradas, debates y desencuentros. Es por ello que el legislador tiene la obligación de brindar respuestas.

La reproducción humana asistida y los supuestos jurídicos que son consecuencia de ella cuentan con insuficiente legislación. Sería utópico pretender la adecuación concomitante del Derecho al incesante y vertiginoso desarrollo de la ciencia, pero sí es posible anhelar una adaptación del ordenamiento jurídico a la realidad del uso de estas técnicas. Y para ello es indispensable conocer, indagar, transmitir información, abrir espacios de discusión.

La sanción de la Ley Nacional 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida cubre un importante aspecto que es el acceso de todas las personas a estas técnicas permitiéndoles así concretar el deseo de formar una familia. Pero esta alternativa reproductiva tiene implicancias jurídicas que no pueden dejar de considerarse y por ello sería esperable que esta ley abra el camino para la sanción de futuras leyes al respecto.

El tema ha sido elegido considerando que ante trascendentes bienes en juego e ilimitada casuística como consecuencia del avance de la ciencia, todo aporte y análisis es valioso a la hora de equilibrar derecho, ciencia y ética para conseguir que las bondades del avance científico no se vean empañadas por la falta de límites y sean compatibles con la dignidad de la persona humana.

III. Objetivos:

III.a. Objetivo general

Describir la recepción en el Derecho Argentino de la Reproducción Humana Asistida y de los efectos jurídicos que acontecen por el nacimiento de personas mediante el uso de estas técnicas.

III.b. Objetivos específicos

Caracterizar el proceso biológico de reproducción humana y comentar las teorías sobre el inicio de la vida.

Desarrollar los conceptos de esterilidad e infertilidad, las técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.) que actualmente se usan en Argentina y explicar en qué consisten donación de gametos, criopreservación y diagnóstico genético preimplantatorio.

Abordar el estudio de los derechos reproductivos dentro del marco de los Derechos Humanos y analizar la incorporación de derechos personalísimos en el Derecho Privado argentino.

Describir la procreación humana asistida desde un enfoque bioético y religioso.

Examinar la Ley Nacional 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida y su Decreto Reglamentario, reseñando antecedentes, alcances, articulado y fallos relacionados.

Examinar la evolución de la ley civil argentina respecto al comienzo de la existencia de las personas.

Explicar en qué consisten voluntad procreacional y consentimiento informado referidos a reproducción asistida.

Evaluar la eliminación de la gestación por sustitución del articulado del Código Civil y Comercial de la Nación.

Indagar la posibilidad de fecundación asistida post mortem.

Revisar el derecho a la identidad de personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida.

Caracterizar la regulación de la filiación de hijos nacidos por reproducción humana asistida en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Describir cómo se regulan los derechos sucesorios habiéndose recurrido a fertilización asistida.

IV. Preguntas de investigación

¿Cuál es el proceso biológico y fisiológico de la reproducción humana y cuáles son las teorías sobre el comienzo de la vida humana?

¿Qué se entiende por esterilidad e infertilidad, cuáles son las técnicas de reproducción asistida que se practican en Argentina, en qué consisten donación de gametos, criopreservación y diagnóstico preimplantatorio?

¿Los derechos reproductivos son parte integral de los Derechos Humanos universalmente reconocidos?, ¿están regulados en la ley civil argentina?

¿Cuáles son los planteos éticos y religiosos a los que se enfrenta el avance científico en el área de la reproducción humana?

¿Cuáles son los antecedentes y cuáles son los alcances de la Ley Nacional 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida y su Decreto Reglamentario?

¿Cuando comienza la existencia de la persona según el ordenamiento jurídico argentino?

¿Qué importancia tiene la voluntad procreacional y el consentimiento informado en la Ley 26.862 y cómo está regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación?

¿Cuál es la realidad actual respecto a la maternidad por sustitución?

¿En qué circunstancias podría permitirse en Argentina la fecundación asistida post mortem?

¿Está garantizado el derecho a la identidad de niños nacidos mediante reproducción asistida?

¿Cómo se determina la filiación de personas nacidas por técnicas de reproducción asistida?

¿Las personas nacidas después de la muerte del causante por técnicas de reproducción asistida tienen derechos sucesorios?

V. Hipótesis de trabajo

La evolución de la tecnología y las ciencias médicas hizo posible la reproducción humana asistida y a partir de ella se generaron supuestos que no tenían regulación específica en el marco del ordenamiento jurídico argentino. Ésta inocultable

realidad obliga a renovados y contrastantes enfoques desde la bioética, la religión y el derecho.

A nivel nacional se regula la reproducción humana asistida en la Ley N° 26.862, y desde la reforma constitucional de 1.994 cuando se otorga jerarquía constitucional a Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, se avanza en el reconocimiento de derechos reproductivos y en la protección del embrión como persona. Un importantísimo paso se concreta en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que introduce regulaciones a distintos supuestos jurídicos que se derivan de la reproducción humana asistida, superándose en parte el desarrollo asincrónico entre Derecho y Ciencia.

CAPÍTULO 1: El inicio de la vida humana. Técnicas de reproducción humana médicamente asistida

Introducción

El presente capítulo inicia con la descripción del proceso biológico natural de la fecundación humana y las etapas por las que posteriormente a ella, y durante aproximadamente 10 semanas, transita el embrión en su proceso de formación y desarrollo hasta llegar a lo que se considera un feto.

Luego se hace un somero análisis de las principales teorías respecto del momento en que se puede fijar el comienzo de la vida humana. Ésta, como bien jurídico, tiene distintos grados de amparo en el Derecho Constitucional, en los Tratados Internacionales y en la ley civil y penal y en ese sentido radica la importancia de precisar desde qué instante se puede afirmar su existencia.

Para comprender cuál es el objeto de estudio de la medicina reproductiva, se marca la diferencia entre los términos esterilidad e infertilidad y se ponen de manifiesto los importantes porcentajes de incidencia en la población. También se describen cuáles son las distintas técnicas de reproducción humana asistida que actualmente se usan en Argentina, agrupadas según el grado de complejidad que presentan en dos grandes grupos: técnicas de baja y de alta complejidad, enumeración y diferenciación importante al momento de su regulación en la Ley 26.862 y el correspondiente Decreto Reglamentario.

Finalmente se aborda el tema de los procedimientos que forman parte de estas técnicas, tales como donación de gametos, crioconservación y diagnóstico preimplantatorio, todos ellos muy controvertidos y a partir de los cuales se originan las más variadas posiciones en todos los ámbitos debido sobre todo a la vulnerabilidad del embrión sometido a tales procedimientos.

Se muestra cómo en el Código Civil y Comercial ya hay un avance en la regulación al respecto, respondiendo a la necesidad de legislar sobre embriones preimplantados, no reflejándose aún dicho avance en materia penal.

1. El proceso biológico de la fecundación humana

Indubitablemente la ciencia ha establecido que la corporeidad del embrión surge a partir de la fusión entre los gametos femenino y masculino, "el primer evento constatable e indispensable biológicamente para que se forme un ser humano es, como para miles de otros seres, la fusión de dos células altamente especializadas y programadas de un modo finalista: el óvulo y el espermatozoide" (Di Pietro, 2.005, p. 157). Esto significa que ha ocurrido la fecundación.

Cada especie biológica posee un número específico y constante de cromosomas, y en el hombre son 46. Los gametos femeninos y masculinos (óvulo y espermatozoide) maduros devienen de las células germinales primordiales que maduran y se diferencian sufriendo un proceso llamado gametogénesis que acontece durante la vida intraembrionaria pero varía entre el hombre y la mujer. La maduración produce en la dotación cromosómica completa una división nuclear llamada meiosis, que en el hombre comienza con la pubertad y continúa durante toda su vida, en cambio en la mujer inicia y finaliza en la vida fetal. Los gametos maduros poseen la mitad de la dotación cromosómica completa, (23 cromosomas), conformados por ácido desoxirribonucleico (ADN), y son llamadas células haploides (Pontificia Academia Pro Vita, 2.006).

El espermatozoide es una célula altamente especializada que presenta dos segmentos: la cabeza, que consta de una membrana plasmática, un núcleo que contiene el material genético y en cuya parte anterior presenta una vesícula llamada acrosoma rica en enzimas, y además la cola, constituida por estructuras que le permiten movimiento (Pontificia Academia Pro Vita, 2.006).

En el proceso natural de fecundación, durante el coito el hombre deposita su semen en el aparato genital femenino. Una vez que se produce la emisión seminal, es decir la eliminación del semen por el hombre mediante eyaculación, los espermatozoides deben recorrer la distancia que los separa de la trompa femenina (trompa de Falopio), donde alcanzan el óvulo. Durante el trayecto por las vías genitales masculinas y luego por las vías genitales femeninas (vagina, útero y oviducto o trompas) el espermatozoide va sufriendo un proceso de maduración que lo capacita para la posterior fecundación. Si no se produce la fecundación, el espermatozoide sobrevive pocos días en las vías genitales de la mujer (Pontificia Academia Pro Vita, 2.006).

El ovocito maduro es una célula de gran tamaño, 1,5 milímetros, en comparación con el espermatozoide cuya longitud total es de 5 micras. El ovocito contiene además del material indispensable para el inicio y crecimiento del embrión (aminoácidos, proteínas, ribosomas, ácido ribonucleico de transporte, factores morfogenéticos), un núcleo que completará su maduración meiótica cuando el espermatozoide lo penetre. El ovocito está revestido por una membrana llamada zona pelúcida, esencial para la unión con el gameto masculino y para las primeras etapas del embrión preimplantado. Además, al ser expulsado del ovario y capturado en las trompas, donde posiblemente se producirá el encuentro con el espermatozoide, está rodeado de una capa celular llamada corona radiada (Pontificia Academia Pro Vita, 2.006).

Una vez producido el encuentro celular se inicia una reacción que permite al espermatozoide penetrar al óvulo, atravesando la corona radiada gracias a las enzimas que libera el acrosoma, y llegar a la zona pelúcida del ovocito, que también atravesará, para finalmente llegar a la membrana vitelina. De 10 espermatozoides que generalmente alcanzan la corona radiada solo 1 fertilizará penetrando la cabeza y la cola, ya que se producen mecanismos de bloqueo para evitar que el óvulo sea penetrado por más espermatozoides (Bonilla-Musoles, Raga, Bonilla, Simón y de los Santos, 2.008).

Una vez que ha penetrado el espermatozoide se restaura la meiosis en el ovocito, éste se hidrata, forma una nueva membrana nuclear y se forma el pronúcleo femenino que se une al masculino. El pronúcleo masculino se forma cuando el espermatozoide penetra, pierde su núcleo, rehidrata sus cromosomas y adquiere una nueva membrana nuclear. Los pronúcleos tienden a unirse y dirigirse al centro del citoplasma. Son células haploides que deben replicar su dotación cromosómica para que sea posible la primera división celular.

Aproximadamente entre 12 a 15 horas luego de la fecundación, los 2 pronúcleos se encuentran, las membranas nucleares se destruyen y se produce la duplicación de cromosomas, siendo éste el momento culminante de la concepción, es decir la fusión de las células germinales o singamia. La fertilización se produce luego de 3 horas de producido el contacto entre los gametos (Bonilla-Musoles et al., 2.008).

2. Etapas del desarrollo del embrión

Una vez que se produce la fecundación se forma una célula llamada cigoto, que tiene el número normal de cromosomas de la especie humana (46), a partir de la cual se desarrollará primero el embrión y luego el feto. Luego de la constitución del cigoto y aproximadamente durante 3 o 4 días se producen sucesivas divisiones celulares sin que el huevo aumente su tamaño, y a medida de que se mueve para alcanzar la cavidad uterina. Esto se llama fase de preimplantación, donde el huevo es transportado desde las trompas de Falopio u oviductos hasta el útero (Pontificia Academia Pro Vita, 2.006).

El resultado de las divisiones es lo que se conoce como mórula. En este estadio el embrión se compone de entre 8 a 16 células ligeramente unidas entre sí. Posteriormente se produce una compactación que hace que las células se estrechen y se forma así una esfera compacta. Las células externas de la esfera formarán el trofoblasto que luego constituirá los tejidos de la parte embrionaria de la placenta y las células internas darán origen a los tejidos embrionarios. El cigoto alcanza la cavidad uterina ya como mórula, y luego, al 3° o 4° día se transforma en blastocito o blástula, que será transportado por las contracciones uterinas al sitio de implantación, que generalmente es la superficie de la porción media de la cara posterior del útero. En el 7° u 8° día inicia el proceso y luego de 14 días de la fecundación, el blastocito está completamente implantado en la mucosa uterina llamada endometrio (Bonilla-Musoles et al., 2.008).

Luego de la implantación se produce paulatinamente la organogénesis o formación de los órganos humanos. Esta fase se extiende por aproximadamente 2 meses y medio, por ello hasta la semana N° 11 se habla de embrión, y ya completada la organogénesis, se empieza a hablar de feto (Bonilla-Musoles, Raga, Bonilla, Machado y Font-Sastre, 2.008)

Luego de la anidación, entre los días 16 y 18 comienza una etapa llamada de gastrulación donde se diferencian las 3 capas germinales primitivas (ectodermo, mesodermo y endodermo). De estas capas derivarán los órganos y tejidos. Al terminar la semana 8° hay tal grado de diferenciación que casi todos los órganos se han originado. Al finalizar la semana 10 el embrión es considerado un feto, de aquí en adelante empieza la etapa fetal, que se extenderá hasta el término de la gestación (Bonilla-Musoles et al. 2.008).

3. Teorías sobre el inicio de la vida humana

Referirse al embrión como ser humano o como individuo humano depende de observaciones que corresponden a las disciplinas biológicas, en cambio referirse a él como persona humana dependerá de concepciones filosóficas que influyen sobre la discusión ética y biojurídica (Palazzini, 2.000).

La investigación de la vida física, la explicación de cómo un ser humano se desarrolla y cuándo comienza su existencia son aportes provistos por las ciencias biológicas. En base a esa información recibida se concluye desde cuándo nos encontramos ante un individuo humano real (Palazzini, 2.000). Dentro del desarrollo de la vida embrionaria hay distintos límites, y en base a ellos se formulan distintas teorías:

Teoría de la fecundación: desde un análisis científico objetivo se establece que el comienzo de la vida humana está dado por el momento en que el espermatozoide penetra al óvulo. Desde la fecundación se activa un proceso humano, individual, coordinado, continuo, gradual e irreversible (Di Pietro, 2.005).

Teoría de la singamia: o de la formación del genotipo, postula que la vida inicia al completarse la fusión entre los pronúcleos del óvulo y espermatozoide. Estas 2 células haploides se unen para conformar una célula diploide con los genes heredados de los 2 progenitores, aproximadamente a las 24 horas de que el espermatozoide penetrara al óvulo. Este momento marcaría el inicio de la potencialidad de desarrollo de un embrión viable (Gorini, 2.003).

Teoría de la anidación: considera que el inicio de la vida humana está determinado por la implantación del cigoto en la pared uterina. Para los que adhieren a esta teoría éste es el primer momento en que un previo y mero conjunto de células se relaciona con la madre constituyéndose en un ser humano relacionado, y utilizan el término pre-embrión para referirse al cigoto en los 14 días que transcurren desde la concepción hasta la completa anidación. Si ésta no ocurriera, dicen, el cigoto no prosperaría en su evolución y sería eliminado (Gorini, 2.003).

Teoría de la formación de los rudimentos del Sistema Nervioso Central: la vida comienza con la aparición del surco neural aproximadamente entre los 20 y 40 días posteriores a la fecundación. Si no acontece la aparición del surco neural el embrión no es

viable pues no se desarrollará el sistema nervioso, y aún cuando excepcionalmente llegara al parto, sería un niño anencefálico (Gorini, 2.003).

4. Medicina de la reproducción. Esterilidad e infertilidad

La medicina de la reproducción es el estudio de la pareja en su conjunto desde un enfoque amplio, dinámico y multidisciplinario. Su misión es diagnosticar y tratar los factores de esterilidad o infertilidad que pudieran estar presentes para acortar el tiempo en que esa pareja pueda conseguir un embarazo exitoso. Para ello usará distintas prácticas terapéuticas, acordes a la pareja singularmente considerada (Sociedad Española de Fertilidad, 2009).

Fertilidad es la capacidad que presentan los seres humanos para reproducirse. Entre todas las especies animales, es la especie humana la que mayor cantidad de abortos y fallas en la fecundación presenta. Así, en una pareja joven y sana, en edad reproductiva, la tasa de concepción es de un 25% en cada ciclo. Actualmente se considera que un 15% de las parejas tienen problemas de fertilidad, y un 40 - 50% lo tendrá en algún momento de su vida. Una pareja tiene problemas para concebir si luego de un año de mantener relaciones sexuales sin usar métodos de protección anticonceptiva no logra un embarazo (Domingo, Ruiz, Remohí y Pellicer, 2.008).

Se habla de infertilidad o esterilidad cuando no se tiene la capacidad para reproducirse, pero no son sinónimos. Esterilidad es la incapacidad para conseguir un embarazo luego de un tiempo considerable de relaciones sexuales sin protección anticonceptiva. Será esterilidad primaria si la pareja nunca ha conseguido un embarazo, y secundaria si alguna vez lo logró pero luego han transcurrido 1 o 2 años de intentos y no lo han logrado. En cambio, infertilidad se da cuando las parejas sí conciben pero el embarazo no llega a término, ya sea por abortos repetidos o porque no se llega al término del embarazo con fetos viables. También puede distinguirse infertilidad primaria o secundaria, según si la situación se presenta sin embarazos previos o luego de un embarazo (Domingo et al., 2.008; Moya, 2.014).

El estudio de la pareja infértil debe iniciarse si no se consigue embarazo luego de 1 año de coitos sin protección anticonceptiva, plazo que puede acortarse en función de causas específicas tales como edad de la mujer o causas claras de infertilidad. El centro médico a

que la pareja concurra tendrá protocolos de actuación propios que adaptará a las características de la pareja en cuestión, eligiendo cuáles serán las pruebas de diagnóstico necesarias en cada caso (Sociedad Española de Fertilidad, 2009).

En aproximadamente el 40% de los casos la pérdida de capacidad reproductiva se debe a causas masculinas, otro 40% se debe a causas en la mujer, un 10% se debe a causas mixtas en las que estaría afectada la fertilidad de ambos miembros de la pareja, y en un 10% restante no suelen encontrarse causas que justifiquen la incapacidad, lo que se conoce como esterilidad idiopática o desconocida. Generalmente la mayoría de las parejas que llegan a consulta sí pueden tener hijos pero la probabilidad mensual está reducida, esto las coloca dentro de una población subfétil (Domingo et al., 2008).

5. Técnicas de reproducción asistida

Cuando se usa la frase “Técnicas de reproducción asistida” se hace referencia a un espectro muy amplio, que incluye distintos procedimientos médicos usados para conseguir la fusión del óvulo y espermatozoide y lograr un embarazo viable. Las principales técnicas son: inseminación artificial conyugal y con semen de donante, fecundación in vitro (FIV), inyección intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), transferencia intratubaria de gametos (GIFT), donación de gametos.

Cuando en una persona o una pareja hay deseos de tener un hijo y naturalmente no se puede conseguir, se afronta una de las situaciones emocionales más difíciles por las que pasa un ser humano. Hay complejas relaciones entre el aspecto psicológico y los problemas de fertilidad. El diagnóstico y el tratamiento generan una crisis con emociones tales como frustración, depresión, angustia, impotencia. El estrés de esta etapa puede provocar cambios metabólicos en los sistemas fisiológicos, influyendo negativamente en la fertilidad. Por ello los centros médicos especializados en el tema poseen equipos multidisciplinarios y hacen hincapié en la eficacia de la psicoterapia individual, de pareja o de grupo (Sociedad Española de Fertilidad, 2009).

La medicina moderna cuenta con variados medios para el tratamiento de la infertilidad/esterilidad. Las opciones terapéuticas a aplicar dependen del diagnóstico y buscan recuperar una fertilidad normal. Para tratar la alteración de los mecanismos que

permiten la concepción o de las estructuras donde se producen o donde luego se desarrolla el embarazo hay terapéuticas hormonales, farmacológicas, técnicas y quirúrgicas que buscan modificar las causas de esterilidad. Cuando no están indicados o no fueron exitosos los tratamientos médicos o quirúrgicos se recurre a técnicas de reproducción asistida. Según qué células se usen habrá técnicas de reproducción asistida homólogas (de la pareja) o heterólogas (de donantes). Y según dónde se produzca la fusión de los gametos la técnica será intracorpórea si es en el interior del organismo de una mujer o extracorpórea si es fuera de él (Di Pietro, 2005).

El 25 de junio de 1.984 fue publicado el Informe del Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología. El gobierno británico encargó al Comité, a cargo de la investigadora Mary Warnock, un informe que revelara, luego de haber transcurrido 6 años desde el nacimiento del primer niño mediante fertilización asistida, las repercusiones sociales, jurídicas y éticas del avance y uso de estas técnicas. El informe, conocido mundialmente como Informe Warnock, primero en su tipo, ha sido referencia para la regulación legislativa en muchos países del mundo, y precursor en la evolución de los conceptos allí vertidos. Una de sus premisas fue el reconocimiento de que la infertilidad es una enfermedad y que debe ser tratada mediante fertilización asistida (Barceló y Mollar, 2.009).

El informe hace un abordaje histórico de la infertilidad desde lo social y lo religioso, pone énfasis en el valor social de tener descendencia y en la mirada de desaprobación hacia quienes no la tienen. Esta valoración sobre la persona estéril justifica el uso de la reproducción asistida. Aunque recomienda que lo ideal es el nacimiento de hijos dentro de una familia conformada por padre y madre no desestima su práctica en todas las personas que lo necesiten independientemente de su orientación sexual y de su situación de pareja (Radakoff de Doldan, Arozamena, Martinez Perea y Solsona, 2.009).

También hace referencia a donación de gametos en fertilización heteróloga, aprueba la maternidad subrogada pero sólo si entre los participantes hay vínculos familiares. Si bien se pronuncia a favor de la Teoría de la Fecundación aceptando ese instante como el inicio de la vida, el informe propone la Teoría de la Individuación, que establece que recién a los 14 días el embrión es individuo y por lo tanto merecedor de tutela legal. Para ello introduce el concepto de pre-embrión. Desde la fecundación y durante los 14 días posteriores el pre-embrión puede ser objeto de manipulación e investigación y puede ser destruido.

Legislaciones de varios países utilizarían el término jurídico pre-embrión para referirse al embrión dentro de ese plazo de 14 días en los que carece de protección. La justificación radica en el beneficio que de esa investigación obtendría el resto de la sociedad (Barceló y Mollar, 2.009)

6. Técnicas de baja complejidad

Se usan en los casos en que es posible conseguir la unión del óvulo y espermatozoide dentro del organismo de la mujer.

6.1. Coitos programados

Es una técnica de baja complejidad, usada en parejas que aún no tienen diagnóstico de infertilidad/esterilidad, o que no logran embarazos por causas desconocidas. Puede hacerse con o sin inducción de la ovulación, y el crecimiento folicular se controla mediante ecografías para sincronizar ovulación y coito. Cuando por las ecografías se detecta que los folículos están en condiciones de ser fertilizados se recomienda el coito a la pareja.

6.2. Estimulación ovárica

En mujeres con esterilidad por causa ovárica pueden usarse tratamientos de estimulación hormonal. Se emplean gonadotropinas que actúan sobre la gónada induciendo la ovulación y la maduración del folículo. Las hormonas usadas son: folículo estimulante humana recombinante, luteinizante humana recombinante, y gonadotropina coriónica humana recombinante. La estimulación ovárica puede usarse para técnicas de baja o de alta complejidad (Sociedad Española de Fertilidad, 2009).

6.3. Inseminación artificial

Es un procedimiento sencillo mediante el cual se transfiere semen en forma no natural a las vías genitales femeninas. Se requiere que al menos una trompa de Falopio sea permeable. El semen puede provenir de la propia pareja o de donante anónimo. Se extrae mediante masturbación o mediante técnicas quirúrgicas (aspiración testicular, aspiración del epidídimo) y puede usarse fresco o congelado, dependiendo de las circunstancias particulares. Para aumentar el potencial de fertilidad de los espermatozoides se los somete a

procedimientos de capacitación que los selecciona y elimina sustancias que no deben llegar al útero (Sociedad Española de Fertilidad, 2009).

El semen puede depositarse en diferentes niveles de las vías genitales de la mujer: vaginal, cervical, intrauterina o intraperitoneal. El depósito se hace a través de una cánula delgada. Debe coincidir con el momento de la ovulación que puede ser espontánea o haber sido estimulada hormonalmente para lograr mayor número de folículos que incrementen las probabilidades de éxito del procedimiento. El mayor porcentaje de éxitos se obtienen con la inseminación intrauterina (Di Pietro, 2005).

7. Técnicas de alta complejidad

Son aquellas técnicas en las que la fusión del óvulo y el espermatozoide se produce en el laboratorio y el embrión o embriones obtenidos son luego transferidos al útero.

7.1. Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (F.I.V. - E.T.)

Aunque es el primero en el tiempo sigue siendo el procedimiento más usado. Inicialmente estaba destinado a mujeres con esterilidad por causa tubaria (en las trompas de Falopio) pero luego se fue utilizando en todos los casos en que se dificulta la unión entre óvulo y espermatozoide. Básicamente consiste en recuperación de óvulos y espermatozoides, fertilización en laboratorio y transferencia del embrión o embriones al útero donde continuará un embarazo normal. Puede hacerse con células de la pareja o con donación de semen u ovodonación (Moya, 2.014).

Se comienza con la estimulación hormonal del ovario para que produzca un mayor número de óvulos. Se hace seguimiento ecográfico para determinar el espesor del endometrio y cuándo los folículos que contienen cada uno 1 óvulo en su interior tienen el grado de madurez necesario y el tamaño adecuado para ser recolectados mediante aspiración (Moya, 2.014).

Previamente a la aspiración se recoge la muestra de semen de la pareja o del donante o se descongela si fuese el caso, y se lo somete a un proceso de selección. Luego se coloca junto a los óvulos para fecundar. Si hubo fecundación los embriones se transfieren al útero aproximadamente a las 72 horas (Di Pietro, 2005).

7.2. Inyección intracitoplasmática de espermatozoides (I.C.S.I.)

Es una técnica de micromanipulación más reciente que consiste en inyectar un solo espermatozoide en el citoplasma del óvulo. El procedimiento es idéntico a F.I.V. salvo que en la etapa de fertilización no se colocan los óvulos en contacto con gran cantidad de espermatozoides para que ocurra aleatoriamente la fertilización por un espermatozoide sino que directamente se introduce uno de ellos en el interior de cada óvulo. Por eso es indicada sobre todo en casos de esterilidad masculina grave. La tasa de partos por transferencia de los embriones así logrados es de 30% (Di Pietro, 2005).

7.3. Transferencia intratubárica de gametos (G.I.F.T.)

El procedimiento se inicia del mismo modo que F.I.V. induciendo la ovulación, recuperando los óvulos, preparando el semen y luego los gametos son colocados mediante laparoscopia directamente en el interior de la trompa de Falopio para que se fertilicen naturalmente. Si ocurre la fertilización el óvulo fecundado se dirigirá al endometrio para implantarse, tal como ocurre en los ciclos naturales. Esta técnica suele ser la elección en aquellas personas que por creencias religiosas no aceptan la fecundación extracorpórea (Sociedad Española de Fertilidad, 2009).

8. Donación de gametos

Se pueden donar óvulos y espermatozoides. La donación de gametos masculinos es lo más usual, pudiéndose recurrir a bancos de esperma de donantes anónimos o a un donante conocido específicamente seleccionado. Los donantes son sometidos a rigurosos controles para descartar enfermedades genéticas, infecciosas y hereditarias y se clasifican según criterios de fenotipo, tales como raza, color de ojos, color de piel, grupo sanguíneo y otras características físicas que permitirán luego escoger al dador que en ello se asemeje a quien requerirá la donación. El semen es conservado congelado en nitrógeno líquido, en bancos, hasta su utilización (Di Pietro, 2005).

La donación de óvulos u ovodonación es una técnica compleja que requiere donantes seleccionadas, inducción de la ovulación, extracción de los óvulos y posterior conservación. Se utiliza en casos de mujeres de mayor edad, con menopausia prematura, sin ovarios, con ovarios disfuncionales, con óvulos anómalos. Los tratamientos de F.I.V. con

ovodonación tienen una tasa de éxito similar al logrado en mujeres jóvenes, y las etapas son las mismas, salvo que se usa un óvulo donado. Las donantes de óvulos son sometidas a exhaustivos exámenes médicos para descartar la presencia de enfermedades, trastornos genéticos e infecciones. Al momento de concretar la ovodonación normalmente se eligen óvulos de aquellas mujeres donantes cuyas características físicas y antecedentes étnicos coincidan con la receptora. La receptora recibe un tratamiento hormonal que prepara su endometrio para recibir al embrión que se implantará en él (Lafferriere, 2010; Sociedad Española de Fertilidad, 2009).

La donación de gametos tiene las siguientes variantes posibles: semen de dador/ óvulo de la esposa, semen del esposo/ óvulo de dadora, semen de dador/ óvulo de dadora. En todos los casos la gestante será la esposa o una integrante de la pareja si se tratara de pareja de mujeres, porque en Argentina no se permite la maternidad subrogada. A pesar de haber estado incluida como uno de los temas en el Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial, finalmente no se concretó su regulación en el Código.

9. Crioconservación

También llamada criopreservación, es un procedimiento de congelación de gametos o embriones en nitrógeno líquido, a muy bajas temperaturas, lo que mantiene la viabilidad y funcionalidad de los mismos, permitiendo su posterior utilización aún cuando transcurrieran años. Es una alternativa que permite a hombres y mujeres conservar sus gametos y también preservar embriones (Passo, 2010).

En general en las técnicas de reproducción asistida la hiperestimulación del ovario produce más óvulos de los que son necesarios en cada intento y una vez fecundados en el laboratorio los embriones que no son transferidos al útero pueden ser congelados para luego, en posteriores intentos, descongelarse y transferirse, lo que evita transitar nuevamente todas las etapas de la F.I.V. Además del uso en gestaciones posteriores, los embriones son fuente de tejidos celulares con determinada genética, y también pueden ser objeto de experimentación. Estas cuestiones generan un importante dilema ético que aún no encuentra una solución definitiva adecuada ni respuestas moralmente aceptables (Passo, 2010).

10. Diagnóstico genético preimplantatorio (D.G.P.)

La finalidad del diagnóstico preimplantatorio es la selección del embrión que será luego transferido a la mujer. En la actualidad hay diversas técnicas para diagnosticar la salud del embrión. Se estudian metabolismo, secreciones, morfología y genética. Las técnicas usadas pueden ser riesgosas para la integridad y la vida del embrión pero se evalúa la conveniencia de prevenir patologías, malformaciones, alteraciones genéticas, enfermedades incurables o degenerativas, evitando así tener que recurrir a un aborto cuando el diagnóstico se obtiene ya avanzada la gestación (Kuyumdjian de Williams, 2010; Di Pietro, 2005).

Las técnicas usadas están en constante evolución, y si bien el objetivo está ordenado hacia la prevención e incluso a la terapéutica temprana, defendiendo y promocionando la vida, hay opiniones diametralmente opuestas en cuanto a su uso. Las objeciones apuntan al peligro que significan para la vida del embrión, y a los motivos por los que puede ser requerido el diagnóstico. Aquellos no siempre responderán a la necesidad de diagnóstico clínico, también puede pretenderse la manipulación del embrión con fines no terapéuticos (Cozzoli, 2.000). En la mayoría de los centros especializados en medicina reproductiva, por la ausencia de regulación específica se realiza selección preimplantatoria sin ningún tipo de limitación.

Por el principio de legalidad, no hay delito ni pena sin una ley previa que así lo determine (*nullum crimen nulla poena sine proevia lege*). De este principio se deriva que todo aquello que no está prohibido está permitido. Así, lo que no esté predeterminado por la ley como una conducta prohibida susceptible de sanción, podrá ser realizado pues es una conducta lícita.

El Código Penal Argentino tipifica delitos para proteger la vida e integridad de la persona humana desde la gestación en el seno materno (aborto, homicidio, instigación y ayuda al suicidio, lesiones). El bien jurídico protegido en el aborto es la vida intrauterina del feto, pero la protección no alcanza al embrión antes de ser implantado en la mujer. La falta de legislación sobre embriones preimplantados hace posible cualquier tipo de manipulación y experimentación sobre los embriones y también la destrucción de los embriones sobrantes (Donna, 2.010).

Lo señalado pone de manifiesto la necesidad de una legislación especial que regule los supuestos relacionados con embriones preimplantatorios: creación de embriones con

finés reproductivos o con fines terapéuticos, comercialización de embriones, donación para investigación, descarte de embriones sobrantes, manipulación genética, etc.

El Código Civil y Comercial de la Nación presenta un paradigma nuevo en materia de derechos y bienes en su capítulo 4 (Derechos y Bienes). En el artículo 17 de dicho capítulo establece que el cuerpo humano y sus partes están fuera del comercio¹, y en base a un análisis doctrinario y jurisprudencial que se desarrollará en capítulos posteriores es válido afirmar que el embrión preimplantado es una parte separada del cuerpo humano. También se refiere a la necesaria aplicación de las leyes especiales que correspondieran en el caso concreto.

El artículo 57 del Código Civil y Comercial de la Nación establece límites a la manipulación del embrión,² aunque prohíbe exclusivamente las prácticas que puedan producir alteraciones genéticas en el embrión y que puedan transmitirse a la descendencia. No especifica taxativamente las prácticas por su nombre sino por su finalidad, permitiendo la aplicabilidad de nuevas técnicas que el avance científico vaya poniendo al alcance del hombre. Al referirse a esa finalidad en particular no prohíbe el uso de pruebas que se usan en el diagnóstico genético preimplantatorio con fines de selección.

Conclusiones parciales

Con el uso de técnicas de reproducción asistida, el proceso procreatorio, que estaba reservado exclusivamente a la sexualidad humana, ha dejado de ser un privilegio humano íntimo y privado, fruto de la unión sexual fáctica, y parte del proceso de procreación puede desarrollarse en forma independiente del cuerpo humano.

La búsqueda de soluciones para la incapacidad de procrear naturalmente ha sido incesante en las últimas décadas y consecuentemente lo han sido también las repercusiones sociales y los dilemas que generan, pero el avance y las respuestas a los problemas de fertilidad son muy valiosas y en franco desarrollo.

¹ Artículo 17 del Código Civil y Comercial de la Nación. Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tiene valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

² Artículo 57 del Código Civil y Comercial de la Nación: Prácticas prohibidas. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética en el embrión que se transmita a su descendencia.

Las técnicas de reproducción humana asistida tienen una indiscutible presencia en la realidad social mundial en general y la sociedad argentina no está ajena a ello por el alto porcentaje de personas que necesitan recurrir a ellas para solucionar problemas de esterilidad e infertilidad. Estas técnicas y el embrión humano fruto de ellas como elemento sensible y vulnerable digno de protección son nuevas realidades en las que el Derecho debe ejercer su función, regulando y a la vez poniendo límites en la aplicación de las nuevas tecnologías.

Los datos aportados por las ciencias biomédicas permiten un enfoque interdisciplinario necesario para que en base a ellos el Derecho pueda concretar una regulación jurídica acorde al momento histórico y a la sociedad a la que va dirigida. Aunque se difiere a leyes especiales, un importantísimo avance se ha logrado en la protección del embrión en los artículos 17 y 57 del Código Civil y Comercial de la Nación, impidiendo su comercialización y manipulación genética.

CAPÍTULO 2 – Derechos personalísimos y derechos reproductivos

Introducción

En este capítulo, el análisis pretende poner de manifiesto cómo el avance tecnológico en general, no solo en ciencias médicas, puso al hombre ante la necesidad de revalorizar sus derechos fundamentales, cómo fue entendido desde el derecho este reposicionamiento, cómo se los divide y cuáles son los caracteres de los derechos personalísimos.

Continuando con los derechos de la personalidad o personalísimos, se muestra cómo dentro del espacio de los derechos humanos se enmarcan los derechos reproductivos, cuál es el contenido de estos últimos, cómo son reconocidos en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional y quién es responsable de garantizar los derechos sexuales y reproductivos. Además se explica el alcance del derecho a la salud y su sustento en la Ley Suprema Argentina, y se describe cómo están regulados los derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación. En el siguiente punto se aborda el estudio de la bioética y su íntima y necesaria vinculación con las ciencias médicas y la investigación científica en general y las técnicas que se aplican en reproducción asistida en particular.

En el último punto se pone el foco en la posición de la Iglesia Católica ante el traslado de la fuente de procreación desde una institución fundamental de la Iglesia, como es el matrimonio ante Dios, hacia otras formas o tipos de orígenes. También se señala cuál es la manera en que desde la religión se reflexiona sobre el nuevo ser, entendido como una manifestación del amor de Dios, y digno del respeto que un hijo de Dios merece.

1. Derechos personalísimos

La aceleración en la técnica y las ciencias hizo que el hombre, que por su propia decisión en antaño se corría del centro del universo jurídico dominado por una regulación individualista que priorizaba los valores patrimoniales y dejaba en las sombras la ética dando preeminencia a lo económico, hoy en día, frente a una realidad masificadora, usa sus derechos como un escudo protector de su condición humana y libre, incluso frente al Estado, que no pocas veces protagoniza los atropellos. Es decir que el hombre ha rectificado aquella

posición materialista y utilitaria. El respeto por la persona es actualmente el valor fundamental. La transformación de las sociedades, de las ideas, de las ciencias, de la vida toda, agudiza la percepción para que el hombre se haga sabedor de su necesidad de respeto por sí mismo y de sus pares, en todas las etapas de la vida, aún desde la concepción del embrión (Cifuentes, 1.995).

La sociedad es una unidad, un todo diferente de la suma de sus miembros, pero su fortaleza está basada en el respeto y la individualización de cada componente, de cada personalidad. El ordenamiento jurídico es organización que satisface al hombre como eje del mismo. El derecho debe defender al hombre como centro del sistema jurídico, y a los bienes que le son inherentes como persona humana: la vida, la libertad, el cuerpo, el honor, la intimidad, la identidad, etc. Son derechos personalísimos o derechos de la personalidad. (Cifuentes, 1.995; Avalos Rodríguez, 2.010).

Los derechos personalísimos concilian intereses generales o comunes con los intereses particulares. El reconocimiento legal y expreso es el factor que puede coordinar intereses particulares con intereses comunitarios. Dentro del ámbito jurídico hay diversos grados, situaciones y jerarquías, según la posición que cada individuo ocupa o el rol que desempeña (padre-hijo, empleador-trabajador, mayor-menor, casado-soltero, etc.) y esa relativa desigualdad que se regula según circunstancias individuales no se debe extender al campo de los derechos personalísimos, pues frente a aquellas distintas esferas jurídicas hay un nivel donde se plasma la igualdad y ese nivel es el de los valores connaturales del hombre en cuanto ser humano. Es un nivel sin distinciones que hace a todos pares por el solo hecho de ser personas desde el comienzo hasta el fin de su existencia (Cifuentes, 1.995).

El derecho debe afrontar estos desafíos regulando las conductas humanas para que tiendan al bien común y respeten la justicia que merece la persona humana, y dictando una ley acorde a la ley natural. Ésta claramente debe expresarse en el principio que orienta al hombre ético: hacer el bien y evitar el mal. La interdisciplinariedad de la bioética también está presente en el abordaje jurídico de las técnicas de procreación artificial porque cuando se dictan normas sobre ella están implicados el Derecho de Familia (por ejemplo cuando se refiere a filiación), el Derecho Penal (para tipificar conductas que atenten contra bienes jurídicos protegidos), el Derecho Administrativo (cuando regula servicios médicos), el Derecho Constitucional (cuando aborda la jerarquía de los derechos fundamentales), etc. (Lafferriere, 2.010).

Cuando se dice que los intereses comunitarios no pueden subordinar intereses individuales no se habla de un posicionamiento absoluto sino de la búsqueda de un punto medio equidistante entre totalitarismo e individualismo, sin descuidar a la sociedad ni al individuo, porque el hombre no debe erigirse en un ser egocéntrico. Son los derechos personalísimos los que posibilitan ese punto de equilibrio. Conciliando los dos intereses se llega a una supremacía del interés general preservando al mismo tiempo la dignidad humana.

Cifuentes (1.995) propone una división tripartita de los derechos: integridad física, libertad e integridad espiritual. Dentro de los primeros incluye derechos relacionados con las facultades que tiene el hombre sobre su cuerpo, entonces comprende la vida, la salud, el destino del cadáver. La libertad está referida al movimiento, la expresión de ideas, la realización de actos jurídicos. La integridad espiritual abarca intimidad, honor, identidad, imagen. La integridad física es el derecho a vivir, esencialísimo, bien supremo del que dependen todos los demás derechos. Desde lo jurídico se protege el derecho a vivir desde la concepción y por ello se discute cuál es el momento preciso en que aquella ocurre. La evolución científica obliga a establecer un instante que marque el inicio de la tutela.

Los derechos personalísimos tienen caracteres propios que los individualizan de otros derechos subjetivos. Son innatos o connaturales porque aparecen automáticamente con el principio de la persona, y aquí nuevamente se refleja la importancia de que la norma objetiva marque cuál es el inicio de la protección, cuál es el momento en que la persona es, el momento en que comienza a ser. Vitalicios porque no pueden faltar en ningún instante de la vida, acompañan a la persona en todo su trayecto vital, hasta el fin de su vida. Necesarios porque no es posible su inexistencia si hay persona, nunca podrán faltar totalmente. Y se dice que el objeto es interior refiriéndose a que hay una íntima adhesión, una íntima inherencia a la persona, no es posible separarlos, el sujeto y el objeto del derecho confluyen en un mismo ente. Otro de sus caracteres es ser extrapatrimoniales, es decir no son susceptibles de apreciación pecuniaria. Son esenciales porque constituyen un mínimo básico para completar la persona. También son inherentes, intransmisibles, no pueden escindirse de su titular. Y son absolutos, oponibles erga omnes, es decir no solo frente al resto de los hombres, también frente al Estado (Avalos Rodríguez, 2.010).

2. Los derechos reproductivos son derechos humanos

En la República Argentina, la reforma constitucional de 1.994 dispone que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos expresamente enumerados en la norma constitucional tienen jerarquía constitucional, fundamentando este aspecto en una visión de un Derecho Constitucional con dimensión universalista y una más efectiva protección de los Derechos Humanos (Burgos, 2.001, Bidegain, 2.005).

En 1.789 el documento fundamental de la Revolución Francesa fue la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, redactado por Lafayette. En ella se consagraban las ideas de libertad, igualdad, soberanía popular, limitación al poder del Estado y derecho de controlar al gobierno. Cuando el título dice derechos del hombre y del ciudadano, por la idiosincrasia de la época esa fórmula, aunque genérica, dejaba en muchos casos fuera de consideración a la mujer. Recién en 1.948 cuando Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos, éstos fueron configurados con vocación universal, sin distinciones de ninguna índole³ (Bareiro, 2.003).

Luego siguieron pactos, convenciones y protocolos que afianzaron la tutela. En 1.979 la Convención para la Erradicación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), es considerado el primer instrumento internacional de Derechos Humanos con perspectiva de género, donde se equipara hombre y mujer. En el artículo 12 hace explícito el derecho a la salud y el derecho de las mujeres de acceder a todos los servicios de atención médica, incluidos los que atañen a planificación familiar que en esa época estaba referida principalmente al número y espaciamiento de los hijos, no a reproducción asistida (Villanueva Flores, 2.008).

En 1.984 Argentina ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos y reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre casos referidos a interpretar y aplicar la Convención.

Los Derechos Humanos son dinámicos, en constante expansión, cada uno de ellos fue ampliando su contenido y se sumaron nuevas generaciones por dos motivos: aumenta la demanda de protección y aumenta el conocimiento humano.

³ Art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Naciones Unidas convoca en El Cairo en 1.994 la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. En el Programa de Acción se establece que el derecho a la salud debía incluir el derecho a la salud reproductiva y sexual. En el capítulo VII dice: “la salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos” (Facio, 2003, p. 22). En otra parte del programa aclara que los derechos reproductivos no están explícitamente mencionados en la mayoría de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos pero abarcan derechos que sí están reconocidos y dispersos en todos aquellos.

Entonces, sin lugar a dudas, los derechos reproductivos abarcan otros derechos humanos fundamentales que ya estaban universalmente reconocidos. Ellos son: el derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la libertad, seguridad e integridad personales, derecho a decidir el número e intervalo de hijos, derecho a la intimidad, derecho a la igualdad y a la no discriminación, derecho al matrimonio y a fundar una familia, derecho al empleo y a la seguridad social, derecho a la educación, derecho a la información adecuada y oportuna, derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer, derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para ser objeto de experimentación (Facio, 2003).

El derecho a la vida es reconocido en todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como indispensable para gozar de los demás derechos, por lo tanto el Estado tiene la obligación de garantizar que las mujeres no mueran por causas evitables relacionadas al embarazo y el parto. El derecho a la salud incluye el derecho a la salud reproductiva y el Estado debe asegurar a la población el acceso a servicios médicos de calidad para cuidar la salud sexual y reproductiva. El derecho a la libertad, seguridad e integridad, el derecho a la igualdad y no discriminación y el derecho al empleo y seguridad social también están referidos a la protección contra la violencia relacionada con el sexo y el género. El derecho a decidir número e intervalo de hijos significa autonomía reproductiva, derecho a realizar tratamientos y planes de procreación con asistencia médica. En el marco del derecho al matrimonio y a fundar una familia, y el derecho a la intimidad, es tener derecho a decidir libremente sobre la función reproductiva. El derecho a la educación incluye la educación sexual, y también se relaciona con el derecho a información adecuada y oportuna sobre reproducción y sexualidad. El derecho a modificar costumbres discriminatorias contra la mujer y la niña no debe descuidar aquellas que afecten la salud

reproductiva. El derecho a disfrutar del progreso científico y a dar consentimiento para participar en experimentos también incluye el área de la procreación (Facio, 2003).

El derecho a la salud es un derecho humano que incluye salud reproductiva y sexual. El Estado, se dijo, tiene la obligación de garantizar el acceso a asistencia sanitaria y de respetar los derechos reproductivos. Para ello primero debe reconocer su existencia, luego protegerlos promulgando y aplicando leyes que garanticen el pleno ejercicio de ellos. Previo a la reforma constitucional de 1.994 el derecho a la salud estaba implícitamente incluido en el texto constitucional, en los derechos no enumerados del artículo 33. Luego de la reforma es incorporado en forma explícita en el articulado⁴ y afianzado por el reconocimiento de jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales⁵.

Los derechos sexuales y reproductivos tiene reconocimiento en el texto constitucional⁶ y en los siguientes Tratados: en la Convención sobre los Derechos del Niño⁷ respecto a la obligación de los Estados firmantes de proveer atención sanitaria prenatal y postparto y atención sanitaria preventiva para orientar y educar a los padres en planificación familiar; y en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer⁸ que establece que los Estados partes adoptarán medidas para garantizar acceso igualitario a servicio médico incluyendo los relativos a planificación familiar, información, educación y medios para ejercer el derecho a decidir libremente número de hijos.

La salud sexual y reproductiva tiene sustento en el texto constitucional que proclama tutela integral de la familia⁹. No es correcto decir que las personas son titulares de un derecho a tener un hijo, sino que son titulares del derecho a intentar tener un hijo valiéndose de la tecnología que la ciencia pone a su alcance. También es correcto ubicar a las técnicas de reproducción asistida en un contexto de salud sexual y reproductiva (Luna, 2.008).

En el año 2.000 en Naciones Unidas se aprueban los Objetivos de Desarrollo del Milenio (O.D.M.), como resultado de décadas de trabajo sobre la cooperación internacional

⁴ Artículos 41 y 42 de la Constitución Argentina.

⁵ Art. 75 inciso 22 de la Constitución Argentina.

⁶ Art. 75 inciso 23 de la Constitución Argentina.

⁷ Art. 24 incisos d y f de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸ Art. 16 inciso e, art. 12 inciso 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer.

⁹ Art. 14 bis de la Constitución Argentina.

para el desarrollo humano, entre ellas las Conferencias Internacionales sobre Población y Desarrollo (C.I.P.D.). Los objetivos de las C.I.P.D. están vinculados con los de O.D.M. en cuanto a garantizar derechos humanos a nivel universal, en un marco de respeto hacia las diversidades cultural, religiosa y étnica. Y en ese marco se incluyen los derechos sexuales y reproductivos y el acceso gratuito e igualitario a la salud sexual y reproductiva. Argentina participó y adapta los objetivos a las necesidades y realidad locales. El U.N.F.P.A. (Fondo de Población de las Naciones Unidas) es un organismo de cooperación internacional para el desarrollo. Desde el año 2.003 colabora en Argentina con el gobierno, O.N.G y ciudadanos comunes en temas relacionados con educación, salud e igualdad de género, promoviendo los derechos reproductivos para asegurar el acceso universal a la salud sexual y reproductiva. En 2.010 UNFPA Argentina celebró la 1° Reunión Técnica para definir las metas nacionales de Acceso a la Salud Sexual y Reproductiva¹⁰.

En resumen puede decirse que dentro de los derechos sexuales se incluyen derecho a información, educación, orientación sexual, salud sexual, no discriminación, integridad física. Dentro de los derechos reproductivos se reconocen los siguientes: información, educación, asesoría científica, protección y atención durante embarazo y parto, acceso a métodos anticonceptivos, planificación familiar, aborto, esterilización, atención médica de calidad, fecundidad (Bareiro, 2.003).

3. Derechos personalísimos en el Código Civil y Comercial de la Nación

Un avance relevante que se produjo en el Código Civil y Comercial de la Nación es la incorporación y regulación de los derechos personalísimos. En el anterior Código Civil no se consagra la doctrina de los derechos personalísimos, y tampoco en la ley¹¹ que introdujo reformas hace más de 40 años. A pesar de que Vélez Sarsfield al momento de redactar el Código Civil no los incluye, sí hace mención al respecto en la nota al artículo 2.313, cuando reconoce que hay derechos muy importantes que no son bienes y que se originan en la existencia misma del individuo titular de ellos, tales como la libertad, el honor, el cuerpo, etc. Estos son los derechos interiores al hombre que hoy se conocen como derechos personalísimos (Navarro Floria, 2.012). Luego se dictaron leyes complementarias del

¹⁰ Extraído de <http://www.unfpa.org.ar> Consultado en octubre de 2.015.

¹¹ Ley 17.711 del 22/04/1.968.

Código Civil en las que se consagraba la protección a algunos derechos personalísimos o a algún aspecto de ellos, pero la regulación en el orden jurídico privado estaba dispersa.

La incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación refleja el desarrollo que tienen los derechos humanos en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional Público. Están en la Parte General, Título I: Persona Humana, Capítulo 3: Derechos y actos personalísimos (Adorno, 2.012). El Código no define derechos personalísimos pero sí tiene una norma genérica respecto a su disposición¹² y establece que únicamente se admitirá el consentimiento para su disposición si éste no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres, que no se presumirá, que se interpretará restrictivamente. Además el titular podrá revocarlo.

En el primer artículo del capítulo¹³ se alude a la inviolabilidad de la persona humana y a su dignidad derivada de su naturaleza humana como el fundamento por el que se le deben reconocer los derechos personalísimos. En el artículo 52 se extiende la tutela a los derechos de la personalidad espiritual. No están taxativamente enumerados pero incluye cualquier otra forma en que se vea menoscabada la dignidad de la persona.

El derecho a la vida no está expresamente mencionado en el articulado. Cuando se establece que los derechos sobre el cuerpo humano¹⁴ están fuera del comercio, no hay referencia a si la expresión “partes del cuerpo humano” puede asimilarse a los gametos humanos. También en el Libro Segundo, Título V Filiación, cuando se hace referencia a utilización de gametos o embriones en las técnicas de reproducción asistida¹⁵, se omiten reglas respecto a la utilización de gametos o embriones propios o de terceros, dejando estos temas sujetos a lo que dispongan leyes especiales.

4. Enfoque bioético

Warren T. Reich define Bioética como “estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales” (Hooft, 1.999 p. 3). La

¹² Art. 55 Cód. Civil y Comercial de la Nación.

¹³ Art. 51 Cód. Civil y Comercial de la Nación.

¹⁴ Art. 17 Cód. Civil y Comercial de la Nación.

¹⁵ Art. 560 Cód. Civil y Comercial de la Nación.

Asociación Internacional de Bioética brinda la siguiente definición: “el estudio de los problemas éticos, sociales, legales, filosóficos y otros relacionados, que emergen en la atención de la salud y las ciencias biológicas” (Hooft, 1.999, p.21).

Bioética es un neologismo que proviene de 2 vocablos griegos, bios (vida) y ethike (ética, valores morales). La bioética ofrece un espacio para el diálogo interdisciplinario (filosofía, antropología, derecho, ética, biología, medicina, psicología) de los problemas que se suscitan en el mundo actual por el desarrollo y aplicación de nuevas tecnologías. Es una concreción del diálogo entre el humanismo y las ciencias. Cuando se habla de límites éticos debe entenderse que esas fronteras éticas a la ciencia no pueden ser coactivas. Es imprescindible reconocer y garantizar libertad de investigación, pero también es necesario exigir que los hombres de ciencia actúen con responsabilidad, prudencia e integridad. En 2.005 la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO incluye entre sus objetivos la importancia de reconocer la libertad de investigación y sus repercusiones. (Hooft, 1.999).

Entre los siglos XV y XVII nace la ciencia moderna y a partir de allí el desarrollo científico nunca se ha detenido, más aún, en las últimas décadas ha sido vertiginoso y ha impactado en la vida humana en todos los momentos del hombre, desde el inicio hasta el fin de su existencia y en todos sus aspectos: social, económico, cultural, educativo, político, religioso, moral, legislativo, etc. En el debate bioético se incorporan diversas perspectivas desde todos esos ámbitos y pretenden traducirse en una regulación que, como se dijo en el capítulo anterior, debe estar adecuada a la sociedad en particular a la que va dirigida y acorde al momento histórico en que se produce.

En 1.974 el Congreso Norteamericano crea la Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de la Investigación Biomédica y de Comportamiento cuya labor era identificar los principios éticos básicos que debían aplicarse en la investigación con seres humanos. La Comisión elaboró un reporte que sería conocido como Informe Belmont debido al nombre de su presidente. Los principios establecidos fueron: a) respeto por las personas, que luego sería traducido como principio de autonomía y entendido como la capacidad del individuo de deliberar y actuar libremente según sus criterios personales, con el conocimiento necesario para ello. Considera al hombre como un ser moral autónomo que como tal debe respetarse. b) principio de beneficencia, no en sentido de caridad sino como la idea de minimizar los riesgos y extremar los posibles beneficios, y comprende el principio de

no maleficencia, es decir no hacer daño. c) principio de justicia que propugna la imparcialidad al distribuir riesgos y beneficios, y se refiere a tratar de forma igualitaria, íntimamente vinculado a la distribución de recursos y acceso en condiciones de igualdad (Hofft, 1.999).

Elio Sgreccia en su Escuela fundó una perspectiva personalista de la bioética que postula un respeto hacia la persona en base a los siguientes principios: cuidado, tutela y promoción de la vida física, reconocimiento de la libertad y responsabilidad, principio terapéutico y principio de sociabilidad y subsidiariedad. El cuidado de la vida física debe acontecer desde el inicio hasta su fin, con una conducta libre y responsable que intervenga sobre el cuerpo sin prescindir de la noción de persona que le es inherente pretendiendo que el bien de una persona se multiplique y se consiga el bien común. El ideal buscado es determinar criterios de defensa que satisfagan al hombre independientemente de su credo, idiosincrasia, raza, cultura, y que esos criterios se vean plasmados en la legislación (Bochatey, 2.008).

Un tema sensible para la bioética y que es el objeto de este trabajo, son las tecnologías aplicadas a la procreación humana. Finalizado el siglo XX e iniciando el siglo XXI la ciencia fortalece su dominio sobre la vida humana cuando invade un terreno exclusivo del hombre y la mujer: la procreación, la generación de un nuevo ser. El 26 de julio de 1.978 nace en Inglaterra Louise Brown, conocida como “el primer bebé de probeta” y a partir de entonces las técnicas de reproducción humana asistida causan una especie de revolución en las ciencias de la vida. A este suceso histórico se le irían sumando a lo largo de los años otros descubrimientos no menos impactantes y que obligarían a una adecuación de las legislaciones en todos los países del mundo (Hooft, 1.999).

El avance trae consigo técnicas relacionadas tales como: criopreservación, donación de gametos, manipulación genética, entre otras. La procreación pierde su nota exclusivamente humana y se ve sometida a un proceso de transformación que la llevará por nuevos caminos. Los descubrimientos genéticos, útiles indiscutiblemente en la prevención y tratamiento de enfermedades conllevan el peligro de usos eugenésicos cuestionables desde la bioética (Bochatey, 2.008).

Los planteos éticos respecto al embrión preimplantado se relacionan con la naturaleza del mismo, con la cuestión ontológica. El respeto merecido tiene que ver con su

valor, no referido a precio o valor económico sino al valor como hombre, como ser de naturaleza racional, y es la dignidad el término que se usa para expresar su carácter valioso, su derecho a ser respetado incondicionalmente. Ante la duda de si estamos o no en presencia de una persona humana la respuesta es respetar al embrión no implantado como si lo fuera ya que toda actitud que amenazara sus derechos fundamentales debe considerarse inmoral. Junto al reconocimiento del embrión como ser humano desde su concepción, ya sea dentro o fuera del seno materno, está presente la certeza de su extrema vulnerabilidad y el necesario compromiso de garantizar conductas éticas del científico, del médico y del legislador (Palazzini, 2000).

Referirse al embrión como ser humano o como individuo humano depende de observaciones que corresponden a las disciplinas biológicas, en cambio referirse a él como persona dependerá de concepciones filosóficas que influyen sobre la discusión ética y biojurídica. En general se reconocen dos líneas opuestas: por un lado una tendencia unitaria y por otro una tendencia reduccionista o evolucionista o dualista. La tendencia unitaria encuentra identidad entre ser humano, vida humana y persona humana. La segunda tendencia separa el concepto de persona del concepto ser humano y vida humana postulando que se llega a ser persona al cumplirse ciertas condiciones externas. No se es persona constitutivamente. El ser biológica y genéticamente humano no es persona desde la fecundación sino que llegaría a serlo posteriormente. Los inicios no son simultáneos, primero se es ser humano o individuo humano y luego recién el embrión se convierte en persona (Palazzini, 2.000).

La ética personalista de Sgreccia pone en el centro a la persona como portadora en sí misma de todo el valor de la humanidad, en consecuencia es aceptable desde el punto de vista ético todo lo que está a favor de la persona, y a la inversa, aquello que ponga en riesgo su vida y su salud es éticamente inaceptable. El bien en la persona no está solo en las intenciones con que actúa sino también en las acciones concretas y esto requiere conciliar el deseo de tener un hijo sano con los medios usados para conseguirlo (Di Pietro, 2.005).

El término eugenesia tiene origen griego, significa buena raza o buena generación. Las técnicas de reproducción asistida pueden encerrar prácticas eugenésicas sobre los embriones. A través del diagnóstico preimplantatorio, al someter al embrión a un análisis genético, puede elegirse transferir al útero sólo aquel o aquellos embriones que respondan a determinadas características. Algunos supuestos de elección pueden ser no transferir

embriones de sexo masculino si la madre puede transmitir una enfermedad a sus descendientes varones, o el llamado “bebé remedio” que es cuando se transfiere aquel embrión histocompatible con un hermano enfermo para usar células madres del cordón umbilical, o no transferir embriones con defectos. Hasta aquí pueden ser cuestionables y a la vez justificados estos casos, pero podría usarse también la información genética para elegir características puramente eugenésicas como el sexo, color de ojos, color de cabellos. Éticamente es válido el deseo de tener un hijo sano pero es discutible si la justificación alcanza para una selección utilitarista sin restricciones. Al respecto, el sacerdote Ismael Quiles se preguntó: “¿todo aquello que es científicamente posible es al mismo tiempo moralmente aceptable y socialmente deseable?” (Kuyumdjian de Williams, 2010, p.125).

En 1.998, en Argentina, en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social se crea mediante el decreto 426/98 la Comisión Nacional de Ética Biomédica. Entre sus objetivos está asesorar sobre aspectos éticos que genera el avance científico con el fin de que el Estado garantice el derecho a la salud y el respeto a la dignidad de la persona humana en la práctica científica¹⁶.

5. Posición de la Iglesia Católica

Ante el avance de la tecnología en la procreación, en 1.987 Joseph Ratzinger, quien luego sería Benedicto XVI, con aprobación de Juan Pablo II, publicó un documento llamado Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y de la dignidad de la procreación. En él la postura de la Iglesia Católica es que no ve con agrado las técnicas que posibilitan la procreación fuera del contexto matrimonial y del acto conyugal. Luego Juan Pablo II en 1.994 en la Carta a las Familias dice que el origen del hombre se debe a la voluntad creadora de Dios, no a leyes biológicas, y las técnicas de reproducción asistida quitan la perfección que tiene la procreación cuando la sacan de su condición de fruto querido del acto conyugal. Juan Pablo II decía también que la bioética es “la reflexión ética sobre la vida” (Lafferriere, 2.010, p.163), y es que el poder del hombre sobre la vida a través de las ciencias médicas obliga a la reflexión sobre la ilicitud de la tecnología cuando afecta a la vida humana, a la dignidad de la persona y a sus derechos fundamentales.

¹⁶ Extraído de <http://www.infoleg.mecon.gov.ar> Consultado en octubre de 2.015.

El Magisterio de la Iglesia Católica se ocupó de la fecundación artificial a través de la Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe. La Instrucción *Donum Vitae* enseña respeto de la vida humana y dignidad de la procreación. La vida humana es una participación de la esencia misma de Dios, es inviolable, es el bien primario que permitirá que se realicen los otros bienes de la persona. Debe entenderse la vida como un don que Dios otorga a los hombres y por ello, por ser un don, es sagrada. Respetar la vida es respetar la corporeidad de la persona unida a su dignidad, la persona es tal porque tiene dignidad dada por el vínculo con Dios Creador. Eso hace que todos los hombres sean iguales, que la vida no sea un bien personal sino un bien social, digno de ser protegido por toda la sociedad (Di Pietro, 2.005).

Es imprescindible que los caminos de la investigación y aplicación de técnicas de procreación asistida se transiten dentro de un marco bioético. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el primer momento de su existencia, desde la concepción, pues allí inicia su vida un nuevo hijo de Dios. “La vida humana es siempre un bien porque es participación de la vida misma de Dios” (Passo, 2.010, p.17). A pesar de estas rotundas afirmaciones, se deja desde la Iglesia un espacio abierto a voces que pertenezcan a otras disciplinas para discutir sobre la naturaleza del embrión. Un ejemplo de ello es que para el Magisterio de la Iglesia dilucidar la naturaleza del *nasciturus* no es competencia de las ciencias experimentales sino de la filosofía pues el momento de la infusión del alma inmortal es una cuestión filosófica y determinar si en el embrión ya está presente el alma espiritual no es posible mediante técnicas experimentales. Lo que no puede eludirse es la intervención del Magisterio de la Iglesia en el plano ético.

No son admisibles discriminaciones en base a características circunstanciales, entonces en cualquier instante de la existencia, desde el inicio hasta el fin, el valor de la vida es el mismo. Desde que el espermatozoide penetra en el óvulo hay un nuevo Ser, una identidad biológica nueva. Porque tiene una genética exclusiva de la especie humana es una identidad biológica humana nueva con un fin propio. Filosóficamente se sostiene que hay allí un ser humano porque no hay opciones intermedias, se es o no se es ser humano. La visión ontológica lo considera en razón de su sustancia, esto es unidad de cuerpo y espíritu. Cada ser humano es una unidad amada por Dios, con valor en sí misma (Passo, 2.010).

La Iglesia Católica ve en la fecundación artificial heteróloga una ofensa a la unidad matrimonial, a la vocación común de los esposos de ser padres, y al derecho de los hijos a

ser concebidos en el acto conyugal y a nacer dentro del matrimonio. El acto conyugal es la única fuente digna para engendrar un nuevo ser humano.

La Iglesia cuestiona que el deseo de tener un hijo se transforme en el derecho a tenerlo, derecho a perseguir su consecución por todos los medios. El acto conyugal no debe ser sustituido, entonces solo ve moralmente lícita la utilización de medios técnicos si éstos facilitan o ayudan a que el acto conyugal alcance el objetivo procreacional (Di Pietro, 2.005).

En 1.987 la Congregación para la Doctrina de la Fe en la Instrucción *Dignitas Personae* enseña el respeto de la dignidad humana de todas las personas incluyendo al embrión y la dignidad de la procreación. Pide sabiduría y humanidad en la ciencia, recomienda prudencia y seriedad en la investigación y comunicación de los resultados, plantea orientar los procedimientos de diagnóstico en busca del bien integral del embrión, la necesidad de consentimiento informado de la pareja, la importancia de la proporcionalidad terapéutica (Serra, 2.008).

La investigación o diagnóstico sobre embriones debe considerarse moralmente como se haría si se tratara de cualquier persona pero teniendo presente su extrema vulnerabilidad y su imposibilidad para expresar su voluntad o para prestar consentimiento. La investigación con fines no terapéuticos no es aceptable porque ofende la dignidad del embrión al considerarlo un objeto instrumental. El deseo de una persona de tener un hijo es legítimo, irreprochable, y lo es la búsqueda de los medios para lograrlo, pero la persona no puede ser considerada un medio sino un fin en sí misma. El conocimiento científico y tecnológico puede crecer en la humanidad si crece en valores morales, si sirve a la persona, si tiene como horizonte el bien social (Passo, 2.010).

El Episcopado Argentino ante el dictado de la Ley de Reproducción Humana Asistida se pronunció diciendo que en ella no se reconoce el valor del matrimonio indisoluble como continente natural para el nacimiento de los hijos y se favorecen modelos débiles e inestables de familias.

Conclusiones parciales

Son derechos personalísimos o derechos de la personalidad aquellos intrínsecos a la persona por su condición de tal, aquellos que propugnan su defensa y que pretenden garantizarle el ejercicio eficaz de sus atributos esenciales, lo que le permitirá un pleno desarrollo físico, espiritual y social. La dignidad humana es reconocida como la fuente y la esencia de los derechos personalísimos y la razón de ser de los sistemas jurídicos.

La relación jurídica fundamental entre los hombres debe ser el respeto mutuo basado en la dignidad y en el valor como persona. La Constitución Nacional, en consonancia con la modernización ocurrida en la mayoría de los sistemas jurídicos, no podía estar ajena a los principios universales que priorizan a la persona y a sus derechos personalísimos.

La incorporación con jerarquía constitucional de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Argentina significó la alineación del sistema jurídico argentino al Derecho Internacional de Derechos Humanos. Así, en Argentina se tutela dentro de los derechos humanos el derecho a la salud y las técnicas de reproducción asistida están en el contexto de salud sexual y reproductiva. Es deber ineludible del Estado el reconocimiento, el respeto, la tutela y la promoción de los derechos fundamentales.

El derecho a la salud tiene un contenido muy amplio que comprende no solo el disfrute del mayor nivel de salud física y mental sino también el derecho a procrear, a formar una familia, y el acceso a servicios de salud de buena calidad sin distinciones de ninguna índole. Al ser un derecho dinámico como el resto de los derechos humanos, su evolución progresiva debe acompañarse con leyes que vayan regulando sus distintos aspectos y sus distintas formas de ejercicio.

La dignidad humana como matriz fundacional del orden jurídico está reconocida en casi todas las constituciones del mundo, pero no siempre en normas de derecho privado, por eso es tan importante que Argentina efectivizara su inclusión en el Código Civil y Comercial de la Nación.

La relación entre bioética, ciencia y derecho pone en el centro de la organización normativa a la persona humana como causa y fin. Para la ética, más allá de toda diversidad, más allá de toda convención, está un elemento invariable que es la dignidad humana. La ciencia no puede ni debe ser limitada arbitrariamente pero tampoco puede ejercer dominio

irrestricto, autónomo y omnipotente sobre la vida humana. No debe olvidarse que la dignidad, como el más valioso de los atributos humanos, significa que el hombre debe considerarse un fin en sí mismo, no un medio o un instrumento.

La Iglesia Católica hace un llamado a la conciencia, pide reflexionar sobre el verdadero significado del progreso científico para no dejar de ver al hombre, a la mujer y al embrión como frutos del amor de Dios, cada uno en su auténtico valor como individuo y como ser humano con dignidad, para respetar su vida, su cuerpo y su espiritualidad.

CAPÍTULO 3 - Ley Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida

Introducción

En el ámbito del derecho, en la medicina y en la idea del ciudadano común, el concepto de salud reproductiva fue evolucionando en las últimas 4 décadas. Desde una idea de planificación familiar se llegó a una concepción más amplia, no solo contemplando el aspecto biológico sino identificándolo con las nociones de equidad, valores, dignidad y realización personal, siendo parte fundamental del pleno desarrollo humano, alcanzando el espacio de los derechos humanos individuales y colectivos, como quedó demostrado en el capítulo II.

El reconocimiento de la reproducción en su concepción amplia, como un derecho personalísimo indiscutible, con raigambre constitucional y convencional, es altamente significativo porque la infertilidad entendida como una problemática médico-sanitaria que afecta la vida de quienes no pueden gestar un hijo, repercute socialmente alterando el completo bienestar físico, mental y social del individuo.

Promover la salud es objeto de interés público, y como se verá en el desarrollo del presente capítulo, es obligación indeclinable del Estado plantear políticas claras con enfoques multisectoriales y lograr el marco legislativo acorde a los compromisos contraídos en los foros internacionales.

Era ineludible una estructura política y legislativa que garantice el derecho a la salud reproductiva, además de programas de control de calidad y de información para que la población procure su propia salud reproductiva integral responsablemente.

Los adelantos científicos en medicina reproductiva no habían tenido repercusión normativa a nivel nacional. En ese sentido se revisará el valioso antecedente legislativo que es la Ley de Fertilidad Asistida de la provincia de Buenos Aires, de carácter limitado en cuanto a las prestaciones cuya cobertura reconoce. Aún así, a pesar de la ausencia de un régimen normativo propio, en Argentina las técnicas se aplicaban de manera corriente. La situación era la siguiente: si una persona contaba con recursos económicos para acceder a tratamientos de este tipo no tenía ningún impedimento para verse favorecida por los avances

científicos, pero si no tenía capacidad financiera para solventar el alto costo, o no lograba una respuesta favorable al momento de someter su caso al arbitrio judicial, no tenía acceso, y esto solo puede llamarse inequidad.

Sin lugar a dudas puede decirse que la sanción de la Ley 26.862 junto a su Decreto Reglamentario es uno de los mayores avances legislativos logrados por el Derecho Argentino en consonancia con el reclamo social en pos de armonizar las bondades que ofrece la ciencia médica y el bien común de la sociedad, poniendo al alcance de todos la posibilidad de someterse a procedimientos de reproducción asistida. Como se verá también en el desarrollo del presente capítulo al reseñar jurisprudencia, el objetivo de la ley dista de ser aplicado en la plenitud de su sentido pues actualmente y en gran número se recurre a la acción de amparo para conseguir cobertura que frecuentemente sigue siendo negada o recortada por obras sociales y empresas de medicina prepaga.

1. El camino hacia la igualdad y la inclusión

En todas las civilizaciones, desde el principio de los tiempos, el hombre se preocupó por la reproducción y la fertilidad. Básicamente, las técnicas de reproducción humana asistida (T.R.H.A.) están dirigidas a lograr la concepción de un ser humano por fuera del proceso natural. Inicialmente el objetivo era paliar la infertilidad de la pareja, pero con el transcurso del tiempo se recurrió a ellas como un medio alternativo de concepción y el uso dentro del marco de una pareja legalmente constituida dejó de ser un requisito ineludible. Entre las justificaciones de mayor peso para la aplicación de estas técnicas se sostiene el derecho al hijo, que ha sido muy debatido y cuestionado, lográndose consenso en reformular el planteo y hacer referencia a un derecho a procrear (Jallés, 2.013).

La aparición en la década del 70 de las técnicas de reproducción asistida hizo posible que muchas personas pudieran solucionar problemas de infertilidad y concretar el ansiado sueño de tener un hijo. En Argentina el primer nacimiento obtenido usando la técnica de fecundación in vitro fue en 1.986 y habiendo transcurrido más de 4 décadas el incremento en el número de personas que recurren a ellas es constante. Luego de la sanción en el año 2.010 de la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario salió a la luz que se sometía a estos tratamientos, además de parejas formalmente constituidas, una gran cantidad de

personas que no estaban casadas ni en pareja o conformaban parejas del mismo sexo (Kamelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2.011).

Hay que recordar que la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) considera a la infertilidad como una enfermedad y definió salud reproductiva como “el estado general de bienestar físico, mental y social, y no una mera ausencia de enfermedad o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos” (Luft, 2.013, p. 2), por lo tanto el derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente. En definitiva la infertilidad es un problema de salud y la salud reproductiva está directamente relacionada con las T.R.H.A.

El derecho a la salud, sobre el que ya se hizo referencia en el capítulo anterior, está reconocido entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁷, y en la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁸. El artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice que los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y formar una familia, y este derecho debe entenderse que conlleva la posibilidad de procrear. Entonces cuando no puedan engendrar naturalmente corresponde aplicar otro derecho humano con jerarquía constitucional: el acceso equitativo a los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

El derecho a formar una familia tiene raigambre constitucional y convencional: el artículo 14 bis de la Carta Magna Argentina habla de protección integral de la familia y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁹ se establece que toda persona tiene derecho a constituir una familia y a la protección para ello. También se hace referencia a ello en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰, otorgando a hombres y mujeres el derecho a formar familia sin restricciones raciales, religiosas o de nacionalidad. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce este mismo derecho en el artículo 23 inciso 2° y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 10° habla del deber de los Estados partes de proteger y asistir a la familia especialmente para su constitución, entendiendo a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad. La Convención Americana de Derechos Humanos propugna que la familia debe ser protegida por el Estado y por la sociedad y que hombres y mujeres

¹⁷ Artículo 12 inciso c del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁸ Artículo 5 inciso 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁹ Artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

²⁰ Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

tienen derecho a fundar una familia²¹. En el mismo sentido, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, impone a todo Estado Parte la obligación de asegurar la igualdad en el acceso a la atención médica incluyendo lo referido a planificación familiar²².

Hay una dupla formada por el derecho a la salud y el derecho a formar familia y además hay una relación innegable entre el derecho a constituir familia y el acceso a las técnicas de reproducción asistida, porque el derecho a procrear es un presupuesto del derecho a formar familia. Es muy importante lo manifestado en la Observación N° 19 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el punto 5 dice que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear. Esto lleva a aseverar que la falta de cobertura de las técnicas de reproducción asistida para que una persona pueda procrear atenta contra el derecho a formar una familia.

Por otro lado, la decisión de ser padre o madre está incluida dentro del derecho a la vida privada. Si no se garantiza la salud reproductiva hay un menoscabo del derecho a la autonomía y a la libertad reproductiva, contrario a la posición que fija el Pacto de San José de Costa Rica cuando establece que ninguna persona puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas, tanto en su vida privada como en la de su familia²³.

La infertilidad puede afectar profundamente a la persona que la padece, a la pareja y aún al resto de la familia porque produce trastornos adicionales que alteran la condición psicológica y por lo tanto está comprometido el derecho a la salud. La infertilidad es una enfermedad que puede tratarse con los procedimientos de reproducción asistida y si la realización de derechos humanos reconocidos tales como la dignidad de la persona humana, el derecho a formar familia y la equidad, están condicionados a que se provea un tratamiento médico como es la reproducción asistida, el Estado está obligado a garantizar el acceso a dichos tratamientos (Otiñano Lucero y Pandiella Molina 2.015).

No se discute actualmente si los tratamientos en cuestión son parte integrante del derecho a la salud. Si un ciudadano argentino está impedido de procrear por alguna circunstancia, su derecho a la salud, considerado un derecho fundamental por la Ley

²¹ Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

²² Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

²³ Artículo 11 inciso 2 del Pacto de San José de Costa Rica.

Suprema y por los Instrumentos Internacionales con jerarquía constitucional, está comprometido y son de aplicación obligatoria las leyes nacionales dictadas en consecuencia y las provincias deben ajustarse a ellas independientemente de disposiciones en contrario que hubiere en sus leyes o constituciones provinciales, según el artículo 31 de la Carta Magna Argentina (Otiñano Lucero et al. 2.015).

El Ministerio de Salud de la Nación, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud estableció a partir del año 2.002 el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.). Es un régimen mínimo obligatorio de prestaciones que los prestadores de servicios de salud deben garantizar sin carencias ni exámenes de admisión. Aún cuando se establecen los límites en la cobertura, estas limitaciones deben entenderse como un piso prestacional que no puede derivar en un obstáculo para la vigencia real y efectiva de los derechos y garantías constitucionales (Luft, 2.013).

Hasta llegar a la sanción de la Ley 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida hubo numerosos proyectos de leyes que no contaron con aprobación parlamentaria, que receptaban la infertilidad como enfermedad y que como tal debía ser incluida en el nomenclador del P.M.O. y su costo debía ser cubierto por las obras sociales y entidades de medicina prepaga. El Estado tiene el deber de implementar las medidas que garanticen el ejercicio del derecho a la salud reproductiva y a formar una familia, por lo tanto este deber no se agota en el hecho de abstenerse de dañar ese derecho sino que se deben tomar medidas prácticas que eliminen los posibles obstáculos para el goce de los derechos naturales preexistentes incluso a las legislaciones (Jalles, 2.013).

Del derecho al acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho de acceder a los mejores servicios de salud en reproducción humana asistida y en consecuencia la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan a cada persona. A partir de la Ley 26.862 las obras sociales provinciales deben articular mecanismos para efectivizar las prestaciones con el objetivo de cumplir los lineamientos básicos que establece la ley nacional aún cuando no haya una ley de adhesión provincial (Otiñano Lucero et al. 2.015).

Otro aspecto que no puede ser descuidado es el hecho de que las leyes vinculadas a los avances científicos deberían prever algún modo de actualización periódica debido a que

es imposible que el desarrollo de la ciencia vaya al mismo ritmo que las modificaciones legislativas.

Negar la cobertura a una persona que sufre algún tipo de infertilidad es atentar contra sus derechos, pero debido a otras variables que no pueden dejar de considerarse, tales como la edad, estado físico general, estado psicológico, etc., no puede exigirse que las prestadoras de servicios de salud garanticen el resultado positivo del uso de las técnicas, reconociendo que se contrae una obligación de medios, no de resultados, y por lo tanto no puede aceptarse la pretensión de que indefinidamente se intenten tratamientos hasta lograr un embarazo viable.

Se han dictado en Argentina en las últimas décadas varias leyes en materia de salud acordes a los nuevos estándares constitucionales y de derechos humanos. Luego de la reforma constitucional de 1.994 se redefinieron las delimitaciones de nuevos derechos posibilitando una renovada visión en cuestiones de salud que se vinculan con derechos sexuales y derechos reproductivos. Al integrarse instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el bloque de constitucionalidad federal el ejercicio de derechos relacionados a la sexualidad y a la libertad reproductiva comenzó a tener una nueva lectura en el idioma de los derechos humanos (Casas, 2.015).

El primer reconocimiento general de derechos sexuales y derechos reproductivos se hizo realidad en el año 2.002 con la Ley nacional 25.673 que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Esta ley entre sus objetivos propugna que la población alcance el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable para que sean posibles decisiones libres de coacción o discriminación y que se garantice el acceso a la información necesaria sobre esta temática.

Además hubo otras leyes que complementan el ejercicio de estos derechos: a nivel nacional la Ley 25.273 que crea un régimen especial de inasistencias justificadas por embarazo para alumnos de polimodal y de institutos terciarios no universitarios; Ley nacional 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; la Ley 26.130 de Anticoncepción quirúrgica; Ley 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra mujeres en los ámbitos en que desarrollan sus relaciones personales; Ley 25.929 de Parto y nacimiento humanizado; Ley 26.529 de Derechos del paciente; Ley 26.862 de Acceso integral a los procedimientos y técnicas

médico-asistenciales de reproducción médica asistida; Ley 26.743 de Identidad de género y Ley 26.618 de Matrimonio igualitario.

Estas leyes son muy importantes desde el punto de vista de que los derechos sexuales y reproductivos son multiformes, implicando otros derechos tales como derecho a la privacidad, igualdad y no discriminación, a la información, a la intimidad, a la autonomía, a no ser sometido a tratos crueles y degradantes. Estas leyes en Argentina marcaron una redefinición de temas relacionados con la salud.

Los cambios socio-culturales que vive la sociedad mundial en general y la sociedad argentina en particular están acompañados por un formidable marco ético-jurídico: el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las leyes que se mencionan son, sin lugar a dudas, expresiones concretas de los cambios a los que se hace referencia y que tienen como eje una sociedad más justa y una persona humana portadora de dignidad y libertad (Garay, 2.013).

La Ley Nacional de Fertilización Asistida es una ley que promueve una sociedad más justa en un marco conformado por la Bioética y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Básicamente la Ley 26.862 regula respecto a la cobertura y a los beneficiarios, de manera acorde con el reconocimiento del derecho humano a la fertilización asistida (Garay, 2.013).

Se pueden tomar como antecedentes legales en Argentina las siguientes leyes provinciales: Ley 11.028 de la provincia de Buenos Aires del año 1.991 Prácticas médicas de fecundación asistida; Ley 14.208 de la provincia de Buenos Aires del año 2.010 Reconocimiento de la esterilidad como enfermedad, reconocimiento de la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de reproducción asistida; Ley 3.225 de la provincia de Santa Cruz del año 2.011 Reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas de fertilización, incorporación dentro de las prestaciones de las obras sociales y de medicina prepaga.

2. Ley 14.208 de la provincia de Buenos Aires: el antecedente legislativo más importante

El 2 de diciembre de 2.010 en la Legislatura de La Plata se sancionó la Ley 14.208 de Fertilidad Asistida de la provincia de Buenos Aires y luego fue modificada el 16 de julio de 2.014 por la Ley 14.611 en consonancia con la Ley Nacional 26.862. La Ley 14.208 abrió el camino y estableció los lineamientos hacia el dictado de una ley nacional. En la ley bonaerense se reconoce la infertilidad como una enfermedad, y en consecuencia se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las técnicas de fertilización asistida. En la ley de 2.010 solo se cubrían fertilizaciones homólogas, especificándose en el Decreto Reglamentario 2980/10 que debía entenderse como la que utilizaba gametos propios de cada integrante de la pareja.

El artículo 2° original definía infertilidad como dificultad de la pareja para concebir naturalmente o llevar a término un embarazo tras un año de vida sexual activa. A esto, en la ley 14.611 se agrega que reproducción médicamente asistida son los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para conseguir el embarazo.

En el artículo 3° se enumeran los objetivos de la ley: garantizar tratamiento médico integral de la más alta calidad; regular, controlar y supervisar los centros médicos que brinden estos servicios y propiciar el desarrollo de estos centros en efectores públicos; elaborar estadísticas sobre la materia a través de la autoridad de aplicación; realizar campañas provinciales de información y prevención sobre la problemática; capacitar los recursos humanos en efectores públicos de salud.

Se reglamentó el artículo 4° de la ley original diciendo que accederán a la cobertura mujeres de entre 30 y 40 años de edad, priorizando a parejas que no tengan hijos producto de esa relación, y brindando un (1) tratamiento de alta complejidad por año hasta un máximo de dos (2). Las parejas debían tener dos años de residencia en la provincia y se daría preferencia a quienes carecieran de cobertura médica en el Sistema de Seguridad Social y de medicina prepaga. El artículo 4° reformado en el año 2.014 mantiene la preferencia a carentes de cobertura y establece que el Estado Provincial deber garantizar el servicio médico a través de sus efectores públicos a mayores de edad con residencia de dos años que hayan prestado explícitamente consentimiento informado revocable hasta la implantación del embrión en el útero. Además se incorpora el artículo 4° bis que incluye en la cobertura

servicios de preservación de gametos o tejidos reproductivos para quienes puedan por cuestiones médicas ver comprometida su capacidad reproductiva futura, aún siendo menores de edad.

En el artículo 5° se incorpora la cobertura dentro de las prestaciones del Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA). También la incorpora el artículo 6° en las prestaciones de obras sociales y empresas de medicina prepaga en el ámbito provincial.

El Poder Ejecutivo determinará la Autoridad de Aplicación según el artículo 7° y creará dentro de ese ámbito el Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida que a su vez designará un Comité Asesor de Bioética Transdisciplinario que será el órgano consultivo rector respecto a la asistencia integral de la infertilidad como enfermedad y de los aspectos bioéticos relacionados con dicha asistencia. La Autoridad de Aplicación fijará políticas concernientes al desarrollo, control y evaluación de prácticas de reproducción asistida definiendo qué prestaciones serán ofrecidas a las parejas, elaborando protocolos médicos que se implementarán en los efectores públicos de salud y redactando modelos de consentimiento informado que las parejas deberán firmar.

En el año 2.011 la provincia de Santa Cruz sancionó la Ley 3.225. Al igual que Buenos Aires disponía el reconocimiento legal de la infertilidad como enfermedad y determinaba la cobertura integral de su tratamiento en los hospitales públicos, obras sociales y prepagas en el interior de su jurisdicción. Estas dos normas eran las únicas sancionadas en esta materia hasta la sanción de la Ley Nacional.

3. Ley Nacional 26.862 de Reproducción Humana Médicamente Asistida

El 5 de junio de 2.013 fue votada en la Cámara de Diputados de la Nación el proyecto del Senado que se convirtió en la 1° ley de fertilización humana asistida de Latinoamérica. Fue promulgada el 25 de junio de 2.013 y publicada en el Boletín Oficial el 26 de junio del mismo año. Se sorteó un vacío normativo que existía desde 1.985 en que por primera vez se presentó en el Congreso Nacional una ley sobre reproducción asistida.

La intención del legislador es ampliar los derechos en el área de salud otorgando mayor inclusión social al establecer el libre acceso a las prestaciones de reproducción

asistida a todas las personas mayores de edad sin exigir requisitos que impliquen discriminaciones basadas en orientación sexual o estado civil de las personas. La ley abre un panorama de esperanza a aquellos ciudadanos que estaban limitados por los condicionantes económicos (Medina y González Magaña, 2.013).

El texto de la Ley 26.862 está ajustado a los principios que establece la Organización Mundial de la Salud en su definición de salud reproductiva y el reconocimiento de la infertilidad como enfermedad. La norma conjuga armónicamente derecho a la vida privada con autonomía reproductiva y acceso a los servicios de medicina reproductiva con el derecho al acceso a la tecnología médica para ejercer en plenitud el derecho a la salud. Hasta la sanción de la ley nacional el vacío normativo significaba un menoscabo a la autonomía y libertad reproductivas (Medina et al. 2.013).

En concordancia con la Carta Magna, especialmente luego de la reforma de 1.994, y con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, los textos de las Constituciones Provinciales reconocen el respeto a la dignidad humana, el derecho a la salud y el acceso igualitario al sistema sanitario. En materia de salud las provincias no delegan competencia en la Nación por lo tanto cada provincia es autónoma para sancionar sus propias leyes. Respecto a la Ley 26.862 es necesario que todas las provincias sancionen una adhesión o adecuación permitiendo de esa manera que sus ciudadanos puedan gozar efectivamente de los derechos que establece la ley nacional.

Si bien las personas no son titulares del derecho a tener un hijo, si titularizan el derecho a intentar concebir un hijo valiéndose de técnicas que el avance científico provee. Éstas concretaron la igualdad de seres humanos para ser padres o madres independientemente de su orientación sexual, más allá de su estado civil y de sus capacidades reproductivas naturales. Hay un variado universo de personas que pueden llegar a disfrutar del amor parental basado en la voluntad procreacional y es la Ley 26.862 la herramienta legislativa que lo permite porque comprende no solo a las parejas con deficiencias reproductivas que necesitan recurrir a fertilización asistida, sino que también incluye a personas que por distintas circunstancias particulares optan por recurrir a estos procedimientos para tener un hijo, acorde con los múltiples tipos familiares actuales (Krasnow, 2.013).

Los servicios que prestan la obras sociales, empresas de medicina prepaga e instituciones públicas, en tanto procuren la protección de derechos humanos como son los derechos reproductivos, generan responsabilidades que trascienden el aspecto económico y comercial, por ello negar cobertura para reproducción asistida es atentar contra aquellos derechos.

A partir del dictado de la Ley 26.862 los prestadores de servicios de salud deben cubrir las prestaciones médicas, tratamientos y medicamentos necesarios para cumplir lo establecido por esta ley aún cuando no existiera ley provincial de adhesión, porque la ley contempla los derechos que tiene todo ciudadano argentino a la paternidad o maternidad y a formar una familia (Otiñano Lucero, 2.015).

3.1 Análisis del articulado de la Ley 26.862

El artículo 1° establece el objeto de la ley: garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Usar el término “integral” quiere decir cobertura al 100%, y es muy importante porque se modifican de esta manera los criterios que llevaban a que en algunas sentencias se otorgaran porcentajes de cobertura inferiores o incluso cuando directamente no se otorgaba argumentando ausencia de una ley que estableciera un criterio a seguir (Rosales, 2.013).

En el marco del reconocimiento de derechos personalísimos y del reconocimiento internacional de derechos humanos se deja en claro que el acceso integral no es una prerrogativa estatal que pueda garantizarse o no, como ya quedó evidenciado al revisar los compromisos asumidos por cada Estado Parte en los Tratados de Derechos Humanos (Gil Domínguez, 2.013).

Al definir de esta manera el objeto, la ley determina su impronta claramente pues no solo se pretende paliar la infertilidad sino que se reconoce a cualquier persona, independientemente de acreditar algún tipo de impedimento para procrear, el derecho al acceso a las técnicas de reproducción asistida y se evita tener que recurrir a la justicia para obtener una respuesta favorable.

El artículo 2° define ampliamente lo que se entiende por reproducción médicamente asistida, incluyendo en la definición a procedimientos y técnicas realizados con asistencia

médica para conseguir un embarazo, comprendiendo las técnicas de baja y de alta complejidad y aquellos nuevos procedimientos y técnicas que se desarrollen a futuro, cuando la Autoridad de Aplicación lo autorice. Esto último hace más amplio aún el alcance de las prestaciones pues podría llegar a incluir procedimientos y técnicas no definidos por O.M.S. como de reproducción médicamente asistida. El artículo determina también que las técnicas pueden incluir o no la donación de gametos femeninos y masculinos y/o embriones. Al usar una definición tan amplia se deja de lado la verificación de infertilidad para ejercer el acceso a la cobertura (Gil Domínguez, 2.013).

En el artículo 3° se designa como Autoridad de Aplicación al Ministerio de Salud de la Nación. En función del artículo 4° se crea en el ámbito de la Autoridad de Aplicación un Registro Único con los establecimientos sanitarios habilitados para brindar estas prestaciones a la población, incluidos aquellos donde funcionen bancos de criopreservación de gametos y/o embriones. Y en razón del artículo 6° los únicos establecimientos en los que pueden realizarse este tipo de procedimientos es en aquellos a los que hace referencia el artículo 4°.

Se encuentra también en el artículo 6° la enumeración de las funciones de la Autoridad de Aplicación: arbitrar las medidas pertinentes para garantizar el acceso igualitario a todos los beneficiarios, publicar la información respecto a centros públicos y privados habilitados en todo el país, realizar campañas de información y propiciar la formación y capacitación de los recursos humanos para estos procedimientos.

Los beneficiarios indicados por el artículo 7 son personas mayores de edad que hubieran explicitado un consentimiento informado revocable hasta antes de la implantación del embrión en el útero. Esta revocabilidad puede ser ejercida por la mujer que llevará adelante el embarazo, por el hombre o por la otra mujer si se tratara de una pareja de mujeres.

Es en el artículo 8° donde la ley se ocupa específicamente de la cobertura enumerando los tipos de fertilización que se reconocen y quiénes son los obligados a prestarlas. La cobertura integral e interdisciplinaria incluye: abordaje, diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo y las técnicas y procedimientos definidos por la O.M.S. como de reproducción médicamente asistida: inducción de la ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación, técnicas de reproducción asistida,

inseminación intrauterina, intracervical e intravaginal, con gametos del cónyuge, de pareja conviviente o no, o de un donante. Es decir que incluye técnicas de baja y alta complejidad.

Resultan obligados a prestar cobertura de lo enumerado, independientemente de la figura jurídica que posean: el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660²⁴ y 23.661²⁵, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, entidades de medicina prepaga comprendidas en la ley 26.682²⁶, entidades prestadoras del personal de las universidades, y todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a su afiliados. Cuando se incluye al sector público de salud, al no aclarar el alcance del concepto con precisión, se entiende que son los hospitales públicos nacionales, provinciales y municipales y todos los ámbitos de salud pública (Rosales, 2.013).

El artículo en análisis incluye estos procedimientos en el P.M.O., además de otros de diagnóstico, medicación y terapias de apoyo según lo establezca la Autoridad de Aplicación, a quien le está prohibido, al momento de delimitar criterios para otorgar coberturas, introducir requisitos referidos al estado civil o la orientación sexual de los beneficiarios. Finalmente se determina que también serán objeto de cobertura obligatoria los servicios de criopreservación de gametos o tejidos reproductivos según la mayor tecnología disponible y habilitada para todas aquellas personas que por cuestiones médicas pudieran ver afectadas sus capacidades de reproducción en el futuro, aún cuando fuesen menores de edad.

Como la ley no especifica quienes deberían prestar consentimiento en el caso de menores de edad, se considera que los menores de 14 años serán representados por sus padres acorde lo establecido por el artículo 4° del Decreto Reglamentario 1.282/2013 de la Ley 25.673 de Salud Reproductiva y Procreación Responsable.

Es obligación del Ministerio de Salud de la Nación, según el artículo 9°, establecer una asignación presupuestaria anual para garantizar que se cumplan los fines y objetivos de esta ley declarada en el artículo 10° de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional. También se invita a las provincias y a C.A.B.A. a sancionar las normas correspondientes en el exclusivo ámbito de sus competencias.

²⁴ Artículo 1° de la Ley N° 23.660 de Obras Sociales.

²⁵ Artículo 5° de la Ley N° 23.661 de Creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud.

²⁶ Artículo 2° de la Ley N° 26.682 Marco Regulatorio de Medicina Prepaga.

3.2 Aspectos principales del Decreto Reglamentario

La Ley 26.862 está reglamentada por el Decreto 956/2.013 en el que se reafirma que la garantía de acceso debe cumplirse cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. La definición que hace de las técnicas de reproducción asistida comprende a todos los procedimientos necesarios para conseguir un embarazo y diferencia entre las de baja y alta complejidad según el lugar donde se produzca la unión entre óvulo y espermatozoide, que en las primeras acontece en el interior del sistema reproductor de la mujer y en las segundas sucede fuera del mismo. Entre las técnicas de alta complejidad incluye criopreservación y donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejido reproductivo.

Es ratificado el Ministerio de Salud como Autoridad de Aplicación y además la Superintendencia de Servicios de Salud en materia de su competencia. Está permitido que éstas introduzcan nuevos procedimientos con la condición que hubieran sido evaluados por la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad de los Servicios de Salud ajustándose a las previsiones del Programa Nacional de Garantía de Calidad de la Atención Médica y podrán coordinar junto a autoridades sanitarias de las provincias y de C.A.B.A. los requisitos que serán exigidos para la habilitación de los servicios de medicina reproductiva.

En cuanto al Registro Nacional, serán las autoridades provinciales y de C.A.B.A. las responsables de registrar los establecimientos que hubieran recibido habilitación por la autoridad jurisdiccional competente.

La reglamentación respecto al consentimiento indica que debe prestarlo la persona que requiera las prácticas médicas antes del inicio de cada una de ellas y tanto el consentimiento como la revocación deben documentarse en la historia clínica, aplicándose en esta cuestión lo normado por la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales. En el caso de técnicas de baja complejidad habrá posibilidad de revocación en cualquier momento del tratamiento hasta antes de la inseminación, y en técnicas de alta complejidad hasta antes de la implantación en el seno materno.

En cuanto a la cobertura se aclara que el sistema público de salud cubrirá a ciudadanos argentinos y extranjeros con residencia definitiva otorgada por autoridad competente que no tuvieran otra cobertura de salud, que solo podrán acceder a un máximo de

cuatro tratamientos anuales de baja complejidad y tres de alta complejidad, con al menos tres meses de intervalo entre cada tratamiento. Es requisito para acceder a técnicas de alta complejidad haber completado tres intentos con técnicas de baja complejidad, salvo que por razones médicas deban aplicarse directamente las primeras.

Se determina que las técnicas a las que refiere el artículo 8° de la Ley queden incorporadas al P.M.O. y que en referencia al artículo 10° no se considerará como situación de preexistencia la infertilidad o la imposibilidad de embarazarse. Si se hubiera recurrido a donación de gametos o embriones deben provenir exclusivamente de bancos inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud y si la donación y el tratamiento se realizan en distintos establecimientos el titular del derecho deberá presentar declaración jurada original del establecimiento que provee el material donado con el consentimiento del donante en cada procedimiento que se llevara a cabo, no pudiendo en ningún caso revestir la donación un carácter lucrativo o comercial.

Finalmente, se reglamenta que al igual que el Ministerio de Salud de la Nación, las autoridades sanitarias provinciales y de C.A.B.A. deberán cumplimentar las medidas para asegurar la vigencia y aplicación de la ley nacional en el ámbito de sus competencias y prever asignaciones presupuestarias para afrontarla.

4. Cobertura de T.R.H.A.: distintas interpretaciones en la jurisprudencia argentina

La cobertura de los gastos necesarios para llevar a cabo tratamientos de reproducción asistida es causa frecuente de reclamos judiciales debido a la reticencia de prestadores de servicios de salud a reconocer la prestación aduciendo la inexistencia de una norma que les imponga la inclusión de estos procedimientos entre sus prestaciones y el hecho de que tampoco están contempladas en el P.M.O.

Las personas que necesitan recurrir a estos tratamientos usualmente no pueden afrontar el altísimo costo de los mismos, lo que originó un camino de reclamos judiciales y presiones sociales en busca de un marco legal especial que regulara la problemática que se generaba por el uso de técnicas de reproducción asistida y sobre todo en lo relacionado a la cobertura de las mismas. Esta realidad llevó al dictado de la Ley 26.862 en el año 2.013 (Plovanich, 2.014).

Normalmente los requerimientos se plantean a través de la acción de amparo, aún cuando en muchos de los casos no se configuren los requisitos legales para su admisibilidad y se multipliquen los debates en torno a la procedencia o no de la acción de amparo que obligue a los prestadores de servicios de salud a cubrir su costo (Jalil, 2.011).

La jurisprudencia receptó el derecho a la salud como un derecho subjetivo y operativo, y admitió la viabilidad de las acciones de amparo aún a costa de que pudieran tornarse abusivas o lesivas en cuanto al alcance de su reconocimiento. Esta realidad produjo lo que algunos juristas llaman una “amparización en salud”, es decir una “creciente tendencia a procurar el reconocimiento de este derecho por vía judicial” (Soria Guidone y Carignani, 2.015, p. 1).

La acción de amparo, receptada en la Carta Magna,²⁷ ha sido reconocida entonces como una vía idónea para la tutela del derecho a la salud y a la integridad psicofísica. Luego de la reforma constitucional de 1.994 y en virtud de los Tratados de Derechos Humanos que integran el Bloque de Constitucionalidad Federal, se aplican operativamente las normas constitucionales, dejando de ser derechos declarativos o programáticos sujetos a normas que reglamenten su ejercicio (Soria Guidone et al., 2.015).

El derecho a la salud, por naturaleza relativo y sujeto a reglamentación de su ejercicio, fue adquiriendo carácter de absoluto y la situación se fue acercando a una realidad que podría ser inequitativa para la sociedad si no se fijan límites precisos que contribuyan a una equitativa cobertura sanitaria que marque cuándo el reclamo es legítimo y atendible y cuándo deviene en abusivo, habida cuenta de la creciente demanda y los escasos recursos con que la sociedad argentina cuenta en la última década. Definir límites coherentes y precisos redundará en un sistema de salud más eficiente que brinde cobertura a mayor número de personas. La salud no puede subordinarse a cuestiones estrictamente económicas pero tampoco puede menospreciarse ese aspecto ya que garantizar el derecho a la salud significa también garantizar la sustentabilidad del sistema de salud. El derecho a la salud debe ser eficiente y equitativamente satisfecho con observancia del principio de solidaridad para que no actúe en desmedro del resto de la comunidad.

²⁷ Artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional.

Si bien no pueden ser desconocidos por normas infraconstitucionales, los Derechos Humanos y las normas constitucionales contienen principios que deben analizarse en forma armónica con el Derecho Civil. En el caso de reproducción asistida están involucradas normas que integran el Bloque Constitucional Federal pero a la vez hay una ley especial que la regula y un decreto que la reglamenta, por lo tanto, al asegurar la vigencia de los Derechos Humanos en juego debe evaluarse la situación de manera prudente y razonable sin llegar a desconocer obligaciones impuestas por la ley. En los reclamos judiciales por la cobertura de los gastos que demandan los procedimientos de reproducción asistida se confrontan intereses económicos con derechos de jerarquía constitucional en el marco de relaciones contractuales como es el caso de las empresas de medicina prepaga y sus afiliados (Plovanich, 2.014).

En general, la circunstancia de la falta de inclusión de estas técnicas en el P.M.O. no basta para que los tribunales eximan a los servicios de salud de su obligación de prestar cobertura, una vez que los afiliados acreditan su condición de tal y su imposibilidad de procrear naturalmente, y los jueces fallan acogiendo favorablemente las pretensiones de los afiliados ya que en virtud de la supremacía constitucional²⁸ el derecho a la salud no puede recortarse invocando resoluciones sublegales tales como disposiciones internas de las obras sociales o de las entidades de medicina prepagas.

En los precedentes jurisprudenciales que admiten la pretensión se valora que la no contemplación de cobertura en el P.M.O. no es causa suficiente para eximir a los prestadores ya que se trata de un piso mínimo de prestaciones, no una enumeración taxativa. Los derechos que los amparistas consideran vulnerados son Derechos Humanos que trascienden el orden positivo vigente y por lo tanto éste último debe interpretarse conforme los principios constitucionales y convencionales de Derechos Humanos²⁹.

Se considera admisible la vía del amparo pues la dilación en el tiempo que significaría entablar una acción ordinaria produciría la vulneración del derecho a la salud. Se

²⁸ Artículo 31 de la Constitución Nacional.

²⁹ Cám. Fed. de Apel. de Mar del Plata, “C., B. C. y otra c/UP” (2.009).

considera al amparo, en el criterio del magistrado, no como una acción excepcional sino como una acción principal que cede solo ante la existencia de un medio más idóneo³⁰.

Numerosa jurisprudencia sostiene que la arbitrariedad e ilegalidad requerida para la admisibilidad de la acción de amparo se revelan en la negativa de los prestadores de servicios de salud a brindar el tratamiento, teniendo en cuenta los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los arts. 14 bis y 41 de la Constitución Nacional, y las recomendaciones contenidas en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1.994, celebrada en El Cairo. No puede desconocerse que el objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos, sino prestaciones según necesidades haciendo posible que los ciudadanos accedan a una igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema universal, solidario y equitativo, y el equilibrio no pelagra por otorgar la cobertura sino que se rompería al no hacerlo³¹.

En general puede decirse que la mayoría de los fallos dictados han hecho lugar a la pretensión de cobertura y en menor número se denegó la solicitud. Entre la diversidad de argumentos para rechazar la pretensión hay algunos aspectos comunes, tales como el hecho de que no están incluidas entre las prestaciones obligatorias. Otra cuestión señalada es que si bien el P.M.O. es un listado de cobertura mínimo exigible por los beneficiarios, disponer que los prestadores deben satisfacer exigencias sin límites sería imponer un principio contrario y significaría lesionar el acuerdo entre partes que oportunamente suscribieran los prestadores y sus beneficiarios. También hay fallos que contemplan que los costos excederían las previsiones económicas del sistema, en defensa de la razonabilidad de la distribución de recursos (Calá y Louge Emiliozzi, 2.013).

Algunos tribunales declaran improcedente la acción de amparo para obtener cobertura de tratamientos de reproducción asistida pues consideran que requiere para su procedencia, por su propia naturaleza jurídica, una conducta manifiestamente arbitraria o ilegal, y ésta no se ve acreditada por el solo hecho de la negativa de cobertura. Sostienen también falta de atribuciones del Poder Judicial en la materia³².

³⁰ Juzg. en lo Contencioso Administrativo y Tributario, “A., M. R. y otros c/Obra Social de la Ciudad de Bs. As.” (2.000).

³¹ Cám. Fed. de Apel. de Mar del Plata “A., L. y otro c/Obra Social de Empleados Cinematográficos Mar del Plata” (2.010).

³² Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Corrientes Sala IV “L., A. c/UPCN” (2.011).

Un ejemplo es el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Bahía Blanca³³, en que una afiliada solicitó a su prestadora médica la cobertura integral de un tratamiento de alta complejidad (I.C.S.I.) y ante la negativa de la empresa interpuso acción de amparo que fue rechazada por el juez en 1º instancia. Luego la Cámara confirmaría la sentencia de grado argumentando que la empresa acusada integra el Sistema Nacional del Seguro de Salud por lo tanto debe adecuar las prestaciones que brinda a las políticas nacionales de salud y a las normas dictadas al respecto y siendo que ni en las normas que regulan el Sistema de Salud y el Seguro de Salud ni en el P.M.O. se contempla la prestación requerida no puede desde la justicia ampliarse el alcance del P.M.O. porque se estarían invadiendo esferas propias de otros poderes, además de decidir respecto a la procedencia de estas prestaciones no incluidas en la cobertura pactada entre afiliada y prestadora al momento de perfeccionarse el contrato que las vincula y señalando también que debe evaluarse el riesgo de socavar la sustentabilidad económica del sistema de salud, concluyendo que la negativa de la empresa demandada a cubrir la prestación requerida por la actora no es manifiestamente ilegal o arbitraria y no justifica la acción intentada.

En algunos fallos dictados antes de la vigencia de la Ley 26.862 se considera no acreditada la verosimilitud del derecho requerida para interponer acción de amparo al no haber legislación que previera expresamente la cobertura integral de procedimientos de reproducción asistida y se invoca además que debido a la falta de regulación tampoco se cuenta con las previsiones financieras que requieren las políticas de salud³⁴.

Desde otra óptica, hay antecedentes jurisprudenciales de rechazo de amparos incoados contra empresas a las que los accionantes estaban voluntariamente afiliados, cuando la cobertura de determinado tratamiento estaba expresamente excluida de la póliza contratada por los amparistas. Ésta es la posición de la justicia en la causa V., C. M. y otro c/ O.S.I.M.³⁵.

Los antecedentes jurisprudenciales tampoco han tenido siempre el mismo alcance cuando se admitió la pretensión. Hay pronunciamientos que limitan el número de tratamientos o no reconocen la libertad del particular de elegir el establecimiento donde será atendido, como es el caso de la sentencia en la causa J., A. A. y M., C. L. c/Asociación

³³ Cám. Fed. de Apel. de Bahía Blanca, Sala II, "S., G. H. G. y C., G. L. c/Medifé" (2.010).

³⁴ Cám. Nac. de Apel. en lo Civ. y Com. Fed. Sala I, "F., M. N. y otro c/ Osपोce y otros" (2.009).

³⁵ Cám. Fed. de Apel. de Córdoba, Sala B "V., C. M. y otro c. O.S.I.M. y otra" (2.010).

Mutual Sancor³⁶. El matrimonio no podía procrear naturalmente y requiere a su obra social que cubra los tratamientos para someterse a fecundación asistida. Ante la negativa de la obra social la pareja interpone acción de amparo que es rechazada por el juez en 1º instancia. La pareja apeló la sentencia y finalmente la Cámara la revocó, haciendo lugar a la apelación ordenando a Sancor que cubra hasta un total de 4 tratamientos de fertilización asistida y destacando que el derecho a la salud es un derecho fundamental e indispensable para el pleno ejercicio de los demás derechos, que toda persona tiene derecho al disfrute del mayor nivel posible en salud, reconocido en numerosos instrumentos del Derecho Internacional y que el derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente. Subraya además que por razones de equidad, estos derechos no pueden estar reservados a personas que dispongan de los medios económicos para solventarlos, y menos aún si la obra social no sufrirá un desequilibrio económico por afrontar la cobertura.

Antes de la sanción de la ley 26.862 los justiciables recurrían a la Carta Magna y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional para expresar que los derechos que consideraban vulnerados encontraban protección en aquellos. Luego, con la Ley de Reproducción Asistida ya sancionada, queda zanjada la cuestión ya que la norma tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos de reproducción asistida, pero aún así, a pesar de la vigencia de la ley, sigue siendo muy frecuente la necesidad del particular de acudir a la justicia para obtener la cobertura.

La obligación de cubrir T.R.H.A. surge de la interpretación de la Constitución Nacional y normas internacionales, y el rechazo de la pretensión vulnera una pluralidad de derechos humanos que trascienden el orden positivo vigente. Es muy importante que se haga referencia a los demás derechos contemplados en el bloque de constitucionalidad que serían lesionados pues si solo se contemplara el derecho a la salud, la admisibilidad de la pretensión estaría circunscripta a casos de infertilidad acreditada del justiciable. Esta amplia interpretación justifica la admisión de reclamos de personas solas, parejas del mismo sexo, e incluso en casos donde se pretende el nacimiento de un futuro hermano histocompatible con un hijo ya nacido para lograr la cura de alguna enfermedad preexistente (Calá et al., 2.013).

La Ley 26.862 provee soluciones a los conflictos que habían originado, como se evidencia, dispares pronunciamientos jurisprudenciales. Al no referirse a la reproducción

³⁶ Cám. Fed. de Apelaciones de Córdoba, Sala A “J., A. A. y M., C. L. c/Asociación Mutual Sancor”.

asistida como un modo de paliar una enfermedad, permite el acceso a T.R.H.A. para todos los supuestos en que se desee alcanzar la paternidad/maternidad aún sin presentar ninguna patología en la capacidad reproductiva. En el Decreto Reglamentario también el derecho a la salud tiene un papel secundario pues expresamente se establece que no se considerará como situación de preexistencia la condición de de infertilidad o la imposibilidad de conseguir un embarazo, primando en la ley y en su reglamentación el derecho de toda persona a la posibilidad de tener un hijo, el derecho a formar familia, el derecho a la igualdad y al acceso a la mejor tecnología disponible.

Conclusiones parciales

Los cambios en el concepto de salud reproductiva, sumados al extraordinario avance científico-tecnológico en materia de reproducción humana tiene implicancias muy importantes en el campo de la salud pública, exigiendo modificaciones en las formas de prestar servicios en materia de salud, en busca de calidad, eficacia, eficiencia y equidad, poniendo énfasis en el respeto a los derechos humanos involucrados y a la libre determinación del individuo.

El Estado tiene la obligación, según se demostró a lo largo de los temas ya desarrollados en esta investigación, de satisfacer las obligaciones que le caben para garantizar los derechos humanos y entre ellos, el acceso al progreso científico para revertir problemas reproductivos.

Previamente a la sanción de la Ley 26.862, ante la ausencia normativa, era un magistrado el que de acuerdo a su criterio decidía conceder o denegar las peticiones de aquellas personas que solicitaban cobertura de tratamientos de reproducción asistida, siendo la acción de amparo la vía elegida para acudir a la justicia. En este marco, como se evidenció en el desarrollo del presente capítulo, las respuestas a los justiciables fueron dispares.

La sanción de la Ley Nacional, garantizando el acceso igualitario a la medicina reproductiva representa un largo camino de lucha llevada a cabo por los particulares y el cumplimiento de obligaciones constitucionales y convencionales relacionadas al desarrollo pleno del plan de vida de las personas. La importancia de la Ley de T.R.H.A. radica principalmente en la ampliación de derechos, derribando límites tales como edad,

orientación sexual, conformación de pareja y principalmente barreras socio-económicas, que anteriormente recortaban el derecho a ser padres.

El reconocimiento de la salud reproductiva se ha consolidado en Argentina como base fundamental del desarrollo individual y social, pero en la práctica, en la realidad cotidiana, a pesar de la vigencia de la Ley 26.862, no puede dejar de remarcarse que no hay una relación directa entre la consagración de derechos reproductivos y la real vigencia de los mismos por las dificultades prácticas para concretarlos debido a la desigualdad económica y social de la población, y sigue aumentando el número de casos de incumplimiento de parte de prestadores de servicios de salud. Las personas que venían desde hace años bregando por el encuadre legal de lo referido a reproducción asistida, aún ahora, en muchísimos casos, siguen teniendo que recurrir a la justicia para lograr la cobertura integral que la Ley 26.862 garantiza en su artículo 1°.

Básicamente puede decirse que la Ley de Reproducción Médicamente Asistida contempla inclusiva e igualitariamente el derecho de toda persona a la paternidad/maternidad y el derecho a formar una familia, y el servicio a cargo de los prestadores de salud, sean públicos o privados, en cuanto se ocupan de proteger derechos personalísimos, excede los compromisos contractuales o comerciales, pues éstos vínculos ceden ante aquellos derechos. Si bien aún falta para que se pueda decir que hay una regulación integral de las T.R.H.A., el tema de las coberturas era el más sensible porque se ocupaba de un hecho básico: el acceso como vía de reconocimiento y satisfacción de Derechos Humanos.

CAPÍTULO 4 - Regulación sobre el inicio de la persona. Consentimiento y voluntad procreacional. El dilema sobre maternidad subrogada.

Introducción

Sin lugar a dudas, el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, que regula el comienzo de la existencia de la persona humana ha sido uno de los más cuestionados y debatidos. Ello porque precisar ese momento determina la naturaleza jurídica del embrión no implantado y las consecuencias que esto conlleva. Previamente en este trabajo de investigación se hizo referencia a las distintas posturas biológicas, éticas, religiosas y jurídicas al respecto, y ha llegado el momento del análisis sobre la cuestión en el nuevo régimen civil, siendo ineludible acudir a las consideraciones del fallo de la Corte I.D.H. en el caso Artavia Murillo, en cuanto en él se establece el alcance del término “concepción”.

Luego se pretende abordar la caracterización del consentimiento informado como manifestación de la voluntad procreacional que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación es considerada fuente de filiación. Se revisarán requisitos y formas del consentimiento informado que tanto el Código como la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario exigen a quienes se someten a T.R.H.A.

A pesar de que la maternidad por sustitución ha sido excluida del Código Civil y Comercial de la Nación, la realidad muestra que en muchos casos a través de ella se consolida el derecho a procrear cuando no es posible una gestación por sí misma. Las sentencias favorables a ella marcan una postura de la justicia argentina que contradice lo legislado.

1. Comienzo de la existencia de la persona humana

En la doctrina y en el derecho comparado no existe unanimidad sobre el momento en que se adquiere la calidad de persona. Hay legislaciones que reconocen la personalidad desde el momento del nacimiento y hay otras que lo hacen desde la concepción. En el Derecho Civil argentino, en los artículos 63 y 70 del Código anterior y en el artículo 19 del actual, y en los Tratados de Derechos Humanos, especialmente el Pacto de San José de Costa

Rica, se establece que el comienzo jurídico de la persona es desde la concepción. A partir de allí el debate está centrado en dirimir si la concepción acontece en la fecundación o en la implantación. La pregunta sería: ¿sobre el comienzo de la existencia de la persona desde el punto de vista jurídico como debe entenderse el término concepción? (Cerutti y Plovovich, 2.014).

El comienzo de la vida y el comienzo de la persona son dos conceptos sustancialmente distintos. Sobre el inicio de la vida deberán hacerse valoraciones desde distintas perspectivas y desde distintas ciencias pero respecto al comienzo jurídico de la persona y cuáles son las consecuencias del reconocimiento de personalidad y los lazos jurídicos a partir de ella creados son cuestiones que debe establecer el Código Civil y Comercial de la Nación en consonancia con el Derecho Internacional que reconoce el estatuto personal del ser humano desde la concepción y garantiza la protección y el goce de los derechos fundamentales desde ese preciso momento.

Un Código Civil sistematiza las normas vinculadas a las relaciones de Derecho Privado por lo tanto su base debe ser el irrestricto respeto por la persona humana y su vida desde la concepción hasta la muerte. Las llamadas personas físicas o de existencia visible en el Código derogado son denominadas ahora personas humanas³⁷.

Jurisprudencialmente en Argentina quedó establecido el momento jurídico que marca el inicio de la existencia de la persona física en la sentencia³⁸ del año 1.999 de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil. El Dr. Rabinovich interpone recurso de amparo para dar tutela jurídica a embriones congelados no implantados y los magistrados resuelven que en el ordenamiento legal y constitucional argentino todo ser humano es persona desde su concepción, sea dentro o fuera del seno materno y consecuentemente a partir de allí es titular de derechos, primordialmente de los derechos humanos a la vida e integridad física y psíquica. Por lo tanto, jurisprudencialmente, desde la concepción de un embrión, entendida ésta como la unión de los gametos, hay persona física en términos jurídicos, ya sea que la concepción ocurra dentro o fuera del seno materno. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expresó en el mismo sentido en el fallo Portal de Belén³⁹, entendiendo la concepción como el momento de unión de los gametos femenino y masculino, a partir del

³⁷ Título I de la Parte general de Libro Primero del Código Civil y Comercial.

³⁸ Cám. Nac. de Apel. en lo Civil, Sala I. "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" (1.999).

³⁹ S. C. J. N. "Portal de Belén Asociación sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo" (2.002).

cual existe un ser humano en estado embrionario, pues cuenta, una vez reunidos los 23 cromosomas paternos con los 23 maternos, de la información genética necesaria y suficiente para determinar las cualidades innatas de un nuevo individuo.

En la misma línea de pensamiento, la jurisprudencia menciona que el hecho de que habiendo vacíos legales debido a que en general el avance de la ciencia no va acompañado de soluciones legislativas, la justicia debe resolverlos no pudiendo ignorar la realidad y señala también que no existiendo una ley especial sobre T.R.H.A. ni sobre el status jurídico del embrión ni sobre criopreservación, las soluciones deben alcanzarse a través de los principios generales del derecho, la Constitución y el orden jurídico positivo. El hecho de que la justicia tutelara los embriones que no se encontraban en el seno materno motivó la modificación del artículo 70 del Código Civil que desde 1.869 marcaba el comienzo de la existencia de la persona humana desde la concepción en el seno materno.

Gran parte de la doctrina, a pesar de la literalidad del artículo 70 lo consideraba derogado luego de la reforma de 1.994 pues al incorporarse con jerarquía constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, éstos consideran el inicio desde la concepción sin especificar si ésta ocurre dentro o fuera del seno materno.

La diferencia de aceleración entre progreso científico y Derecho seguirá generando vacíos pese a la innovación legislativa que significa la Ley 26.862 pues aún está sin reconocerse el status jurídico al embrión in vitro. En el caso Rabinovich se sentó un importante precedente ante el silencio respecto al destino de embriones criopreservados. En el año 1.993 el Dr. Rabinovich solicitó la intervención del Asesor de Menores considerando que las prácticas que producían y congelaban embriones escapaban al control del Ministerio Púpilar. El juez dictó sentencia haciendo lugar al reclamo pero la resolución fue apelada por un centro de fertilización asistida. La Cámara confirmó el fallo de 1° instancia limitando el alcance de la decisión a los óvulos ya fecundados y congelados, considerando que el embrión in vitro es una persona humana, haciendo referencia a la imperiosa necesidad de legislación que conforme a las normas constitucionales vigentes resuelva las diversas cuestiones jurídicas que se plantean por el uso de medicina reproductiva. En 1.990 a través de la Ley 23.849 Argentina aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño que según su artículo 2° considera niño a todo ser humano desde la concepción hasta los 18 años de edad.

La importancia de analizar el alcance del artículo 19 de Código Civil y Comercial de la Nación radica en que determina el comienzo de la existencia de la persona humana y consecuentemente la naturaleza jurídica del embrión in vitro. Esta norma, como se dijo anteriormente, ha sido una de las más debatidas y cuestionadas por las diversas teorías y distintos enfoques biológicos, médicos, éticos, religiosos, morales y filosóficos que existen respecto a cuando la persona humana comienza a existir, tema que ya se abordó en el Capítulo I, y sobre el que aún no hay consenso (Lamm, 2.015).

La relevancia jurídica se debe a los efectos o consecuencias que a partir de ese momento se producen. El derogado Código Civil establecía que la existencia de las personas físicas comienza desde la concepción en el seno materno⁴⁰ y además consideraba personas a las que no habiendo nacido aún estaban concebidas en el seno materno⁴¹. Esto llevó a que la doctrina mayoritaria considerara que los embriones in vitro, que obviamente no están en el seno materno, no eran personas. Por otro lado parte de la doctrina sostenía que en la época de Vélez no existía siquiera la idea de una concepción extracorpórea y por lo tanto la referencia al seno materno no debía interpretarse literalmente y en cambio si podía identificarse concepción con fecundación, la primera en el interior de la mujer y la segunda extracorpórea (Lamm, 2.015).

En el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2.012 al artículo 19 tuvo una redacción diferente a la que luego fue sancionada. Contemplaba dos situaciones diferentes de comienzo de la vida de la persona humana, diferenciándolos según si se trataba de reproducción natural o con técnicas de reproducción asistida, siendo en el primer caso la concepción en el seno materno y en el segundo la implantación del embrión en el útero, dejando abierta la posibilidad de una norma especial que regule la protección del embrión no implantado.

Jurídicamente quedaban excluidos del concepto de persona física los embriones no implantados, en contradicción con los compromisos asumidos internacionalmente por Argentina. Jurídicamente serían cosas, lo que no impide, como se verá más adelante al desarrollar lo referido a materia sucesoria, que puedan ser sucesores según el artículo 2.279. Finalmente el artículo 19 ha quedado reducido en el Código Civil y Comercial de la Nación

⁴⁰ Artículo 70 del Código Civil.

⁴¹ Artículo 63 del Código Civil.

a que con la concepción comienza de la existencia de la persona humana y en la disposición transitoria segunda se establece que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.

Esto significa que en casos de T.R.H.A. se distingue entre fertilización y concepción. Fertilización es la unión de los gametos masculino y femenino y concepción comprende la transferencia del embrión y posterior implantación en el útero en las 48 horas siguientes y la prueba de embarazo luego de 15 días. El acto de concebir se considera como el acto de lograr un embarazo. La justificación de esta diferenciación es que en los procesos naturales solo el 20% de los ovocitos que se fertilizan tiene la potencialidad de implantarse y continuar su desarrollo en el embarazo (Lamm, 2.015).

Hay un caso paradigmático pronunciado a favor de la admisión de las técnicas de reproducción humana asistida que ha sentado precedente y es citado frecuentemente en los fallos argentinos, si bien el análisis en aquél está centrado en fertilización in vitro. Se trata del caso *Artavia Murillo contra el Estado de Costa Rica*⁴².

En el año 1.995 Costa Rica reguló por decreto la fecundación in vitro (F.I.V.), restringiéndola solo a parejas que usaran material genético propio y prohibió la criopreservación de gametos y/o embriones. El 15 de marzo de 2.000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad del decreto vedando la práctica de la fecundación in vitro al considerar que la regulación de la F.I.V. produce como consecuencia una elevada pérdida de embriones lo que resulta incompatible con el derecho de éstos a la vida. En consecuencia el uso de F.I.V. quedó prohibido en el país. El caso fue elevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el 28 de noviembre de 2.012 condena al Estado de Costa Rica como responsable de afectar derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

La pregunta de trascendental importancia en el fallo es cuándo ocurre el comienzo de la vida humana y cuándo puede definirse al embrión como sujeto titular de protección jurídica siendo que en el contexto científico actual hay dos posturas preponderantes respecto al término concepción: la primera la entiende como el momento de fecundación o

⁴² Corte I.D.H. “*Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica*” (2.012).

fertilización del óvulo por el espermatozoide mientras que para la segunda es el momento de la implantación en el útero materno (Cerutti y Plovanich de Hermida, 2.014).

En el fallo analizado⁴³, la C.I.D.H. consideró que el embrión no implantado no puede ser considerado persona, porque la concepción no puede entenderse como un proceso excluyente del seno materno, concluyendo que el término concepción al que alude la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 4.1 para determinar el comienzo de la existencia de la persona humana se refiere al momento de la implantación en el útero ya que previo a ese instante no tiene ninguna probabilidad de supervivencia y por lo tanto no titulariza el derecho a la vida. Así, el término concepción que usa el artículo 4.1 debe entenderse como implantación. Para llegar a esta conclusión, para la Corte hay que diferenciar dos momentos esenciales y complementarios en el desarrollo del embrión: el primero es la fecundación y el segundo es la implantación, y recién luego de cumplirse el segundo se puede afirmar que existe concepción ya que si bien el óvulo fecundado tiene la información genética suficiente para el pleno desarrollo de un ser humano solo si se implanta el embrión ese desarrollo es posible y si eso no ocurre las posibilidades son nulas (Villaverde, 2.015).

La C.I.D.H. entendió que el Estado de Costa Rica al prohibir la F.I.V. afectaba el derecho a la vida privada, a la intimidad, libertad personal, integridad personal, autonomía reproductiva, acceso a servicios de salud reproductiva sin discriminación y a fundar una familia, violándose también el principio de igualdad y no discriminación por razones de situación económica y discapacidad reproductiva en este caso en particular. Ordenó al Estado Costarricense a levantar la prohibición de la práctica, lo obligó a indemnizar a las víctimas y le impuso el deber de regular los aspectos necesarios para la implementación de la F.I.V. y su cobertura dentro de los programas de atención a la salud.

Hay dos posturas respecto a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una que los considera vinculantes para el Derecho Interno, en función de la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y otra que sostiene que no es vinculante pero sí tiene carácter orientativo como fuente material del derecho. El artículo 1° del Código Civil y Comercial de la Nación establece que los casos que rige serán resueltos según las leyes aplicables en conformidad con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos

⁴³ Corte I.D.H. "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica" (2.012).

Humanos ratificados por Argentina y dotados de jerarquía constitucional y además el artículo 2° agrega que la interpretación de la ley también considerará las disposiciones que surgen de los Tratados de Derechos Humanos. Así se evidencia la trascendencia y relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Estado argentino (Villaverde, 2.015). Continuando con el análisis del capítulo 1 Libro Primero del Código Civil y Comercial sobre el comienzo de la existencia, en el siguiente artículo⁴⁴ se prevén los tiempos mínimo y máximo del embarazo y se fija en ese lapso la época de la concepción. Este es otro argumento que confirma la no personalidad del embrión in vitro porque solo hay embarazo cuando el embrión está implantado. A esto se suma el artículo 21 cuando dice que los derechos y obligaciones del concebido o implantado se adquieren irrevocablemente si nace con vida. Otro artículo⁴⁵ en el que se concreta la misma idea es el que regula el consentimiento libremente revocable mientras no haya implantación del embrión.

De estos artículos se desprende sin dudas que el embrión no implantado no es persona y coincide con lo dispuesto por la Ley 26.862 que permite criopreservación y donación de embriones y revocación de someterse a T.R.H.A. hasta el momento de la implantación, todos supuestos que no podrían permitirse si el embrión gozara de status jurídico de persona.

Los fundamentos del Anteproyecto de 2.012 aclaraban que no considerar persona al embrión no implantado no significaba dejarlo sin protección alguna, sino que esa tutela debía ser regulada por una ley especial, y esa protección, aunque diferida a norma especial, luego se concreta en el artículo 17 que lo considera parte separada del cuerpo y lo pone fuera del comercio, y en el artículo 57 donde se prohíbe sobre él prácticas que puedan producirle alteraciones genéticas, aunque no prohíbe la selección embrionaria que se hace en el diagnóstico genético preimplantatorio. Justamente uno de los aspectos más controvertidos del D.G.P. es el descarte de los embriones luego de la selección. En Argentina antes de la sanción de la Ley 26.862 el D.G.P. ya había sido autorizado por la justicia en diferentes oportunidades y actualmente se considera no incluido dentro de las prohibiciones del artículo 57 del Código Civil y Comercial ya que justamente el propósito del mismo es prevenir la transmisión de trastornos genéticos.

⁴⁴ Artículo 20 del Código Civil y Comercial.

⁴⁵ Artículo 561 del Código Civil.

2. Consentimiento informado para T.R.H.A.

La Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, regula respecto del consentimiento informado en sus artículos 5 a 11 inclusive. El consentimiento informado, según la definición que hace la Ley 26.529⁴⁶ (2.009), y a la que remite el artículo 7° de la Ley 26.862, es la declaración de voluntad que efectúa el paciente, o sus representantes legales si correspondiera, luego de haber recibido de parte del médico información clara, precisa y adecuada respecto a su estado de salud, procedimientos a llevarse a cabo, beneficios, posibles riesgos, molestias y efectos adversos.

El instituto se basa en la autonomía de la voluntad del paciente. Esta definición está en plena concordancia con lo que establece el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación respecto a consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, que incluye el consentimiento informado dentro de la categoría de derechos y actos personalísimos, estableciendo que ninguna persona puede ser sometida a prácticas médicas sin haber prestado consentimiento libre e informado, salvo que la ley así lo disponga (Bancoff, 2.015).

En 1° lugar se analizará el consentimiento informado exigible en lo referido al uso de técnicas de reproducción humana asistida y más adelante en el desarrollo de este trabajo de investigación se revisará su función en materia de filiación.

En el Capítulo 2 del Título V el Código Civil y Comercial de la Nación establece las reglas generales relativas a la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, depositando en el centro de salud donde se llevarán a cabo las prácticas médicas la obligación de recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someterán a los procedimientos, indicando además que dicho consentimiento deberá ser renovado cada vez que se utilicen gametos o embriones⁴⁷.

Aunque solo se hace explícita la responsabilidad del centro médico para recabarlo, es también responsable de las deficiencias que pudieran surgir en el proceso de su formación y del registro y resguardo una vez obtenido. En el siguiente artículo se consigna la

⁴⁶ Artículo 5 de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

⁴⁷ Artículo 560 Código Civil y Comercial de la Nación.

obligatoriedad de cumplimentar los requisitos para luego ser protocolizado por escribano público o certificado por autoridad sanitaria competente⁴⁸.

En cuanto a la naturaleza jurídica del consentimiento, si bien es un acto jurídico unilateral que consiste en exteriorizar la propia voluntad sobre determinada cuestión, en el ámbito de actos médicos se presta en el marco de un negocio jurídico bilateral que es el contrato entre quien se somete a los procedimientos de reproducción asistida y el centro de salud que llevará a cabo la prestación.

Al constituir un acto de disposición de derechos personalísimos será inadmisibile si es contrario a la ley, la moral y las buenas costumbres⁴⁹ y como es también un acto de disposición sobre el propio cuerpo no puede ser prestado por terceros y es libremente revocable⁵⁰.

La Ley de Derechos del Paciente en el artículo 10 establece la revocabilidad del consentimiento sin hacer referencia a límites temporales pero si nos abocamos específicamente al consentimiento al que se refiere la Ley 26.862, se ve que en su artículo 7° marca justo antes de la implantación del embrión en el útero como el momento preciso hasta el cuál puede revocarse. Y en la reglamentación de la misma ley se establecen dos momentos límites distintos hasta donde puede ocurrir la revocación, según si se trata de técnicas de baja o alta complejidad. En el primer caso el límite es antes del inicio de la inseminación y en el segundo caso coincide con lo que reza el artículo 7° de la Ley 26.862.

El consentimiento informado para prácticas médicas no podrá versar sobre actos contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres, ni podrá ser contrario al orden público o lesionar derechos de terceros o la dignidad de la persona humana⁵¹. En general, los requisitos exigidos son comunes a los que determinan la validez de todo acto jurídico, debiendo prestarse en forma previa, con libertad, discernimiento e intención⁵². Otros requisitos y condiciones que determinan la validez son los siguientes: la información que reciba el paciente debe ser clara, suficiente y adecuada a su capacidad de comprensión; debe ser específico; y además debe ser gratuito (Rodríguez Iturburu, 2.015).

⁴⁸ Artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁴⁹ Artículo 55 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁰ Artículo 56 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵¹ Artículo 279 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵² Artículo 260 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A pesar de que el centro médico asume una obligación de medios consistente en procrear un ser humano a través de las técnicas de reproducción asistida, el paciente puede retractarse o revocar el consentimiento en los momentos indicados ut supra, aún cuando el proceso reproductivo ya hubiera comenzado y existiera un embrión o embriones viables en desarrollo extrauterino (Basset, 2.015).

Cuando se utilicen gametos o embriones donados, el consentimiento debe contener la autorización de los donantes de gametos, masculinos o femeninos, o de embriones, en cumplimiento con el artículo 8° del Decreto Reglamentario 956/2.013.

En técnicas de reproducción asistida las condiciones del consentimiento y el nivel de información que debe recibir el paciente que se someterá a ellas debe ser especialmente riguroso por la particular naturaleza de este tipo de prácticas. Los médicos y responsables de centros sanitarios donde ellas se realizan deben informar previamente al procedimiento cuales son las consecuencias, posibles resultados, riesgos previsibles y también cuestiones de carácter biológico, ético, jurídico y económico relacionadas con la materia (Rodríguez Iturburu, 2.015).

El Código Civil y Comercial de la Nación no regula supuestos de impugnación del consentimiento, pero no debería descartarse la posibilidad de que el consentimiento estuviera viciado, ya sea por la presencia de algún vicio de la voluntad o por falta de capacidad. Al no existir regulación explícita se aplicarían los principios generales de nulidad de los actos jurídicos.

3. Voluntad procreacional

La filiación por voluntad procreacional es una figura que nace con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aunque previamente hubo antecedentes jurisprudenciales donde había sido admitida. Es incorporada en el artículo 562, entendida como la voluntad de las personas de tener un hijo independientemente de quien aporte el material genético (Muscolo, 2.015).

El artículo 558 se refiere a tres fuentes de filiación con igualdad de efectos: por naturaleza, por adopción y mediante técnicas de reproducción humana asistida, además de la

imposibilidad de que una persona tenga más de dos vínculos filiales independientemente de la naturaleza de la filiación.

El artículo 562 dice que los nacidos por Técnicas de Reproducción Humana Asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que prestaron su consentimiento informado independientemente de quien aportó los gametos. Con esto queda establecido sin lugar a dudas que el elemento relevante al momento de determinar filiación del nacido si se recurrió a T.R.H.A. es la voluntad de quien quiere que ese nacimiento se produzca, independientemente si el material genético corresponde a quien o quienes tienen la voluntad de ser padres o a un tercero ajeno a ellos.

Entonces, para crear el vínculo jurídico entre una persona y el nacido mediante uso de estas técnicas no es definitivo el vínculo genético sino la persona o personas que prestaron el consentimiento que es la manifestación o exteriorización de la voluntad procreacional. Se estima que la filiación se vincula con querer ser padre o madre, desear engendrar un hijo, amarlo y asumir las responsabilidades que su crianza y educación conllevan y esa voluntad desplaza a la verdad biológica y genética (Rodríguez Iturburu, 2.015).

En el uso de técnicas de reproducción humana asistida se resalta la importancia del elemento volitivo por sobre los elementos biológico y genético y consecuentemente hay tres criterios que dan lugar a tres verdades al momento de determinar filiación: la verdad genética, biológica y voluntaria. La primera tiene que ver con quien aporta el material genético, la segunda se basa en el vínculo entre el nacido, la mujer que lo gestó y el hombre que fecundó a la mujer a través del coito, mientras que en el tercer caso, en la verdad voluntaria o consentida, la filiación quedará determinada por el elemento volitivo.

La voluntad procreacional es un derecho y su ejercicio sin discriminaciones basadas en la orientación sexual de las personas puede generar diversos supuestos de hecho: maternidad, paternidad, maternidad y paternidad, copaternidad, comaternidad. Ejercitar el derecho debería encontrar su límite en el derecho del nacido a conocer su identidad genética aún cuando no se generen vínculos filiales y para ello la información sobre el tercero que aporta sus gametos sin voluntad de tener un hijo debe ser obtenida y resguardada para un posible requerimiento futuro del nacido (Rodríguez Iturburu, 2.015).

4. Gestación por sustitución

La mayoría de los Códigos Civiles mantienen la atribución de la maternidad vinculada al hecho del parto, basándose en el nexo biológico y en el principio del derecho romano conocido como principio pauliano “mater semper certo est” (la madre siempre es cierta), pero lo que parecía inmutable ha dejado de serlo con la irrupción de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Ahora la certeza de maternidad no es indubitable por la posible disociación entre la concepción por un lado y la gestación y parto por otro, generándose cuatro modalidades de maternidad. Maternidad plena: una mujer aporta su óvulo, gesta el embrión y da a luz, siendo la base del principio pauliano. Maternidad genética: es la de la mujer que aporta el material genético. Maternidad gestativa: en ella la mujer no aporta material genético, solo lleva adelante el embarazo, es decir solo porta al embrión en su vientre. Maternidad legal: aquí no hay vínculo genético ni gestacional, sino que se asumen derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, concretándose en la figura de la adopción o cuando se tiene voluntad procreacional y se recurre a una gestación por sustitución con un embrión donado con el que no hay vínculo genético. (Valdez Díaz, 2.015).

La maternidad subrogada, bajo el nombre de gestación por sustitución, estaba incluida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. En forma genérica hay maternidad subrogada cuando una persona conviene con una mujer que ésta última lleve adelante un embarazo y le entregue el niño nacido. Es el comúnmente llamado alquiler de vientre. Se produce una disociación entre la generación de un embrión y su gestación.

Hubo intensos debates respecto a que se admitiera en el Código Civil y Comercial definitivo. La mayoría de la doctrina y la sociedad en general consideran que este tipo de acuerdos atenta contra la dignidad de la persona humana, y más específicamente se considera que sería un acto jurídico nulo de nulidad absoluta por tener un objeto contrario a la moral y a las buenas costumbres⁵³.

La ciencia médica ha hecho posible una fragmentación entre lo estrictamente biológico, que es gestación y parto, y la maternidad. Esta disociación ha permitido en distintos países la aparición de contratos de maternidad subrogada con diversas variantes, y en Argentina a pesar de la ausencia legislativa y sin que exista prohibición expresa, la

⁵³ Artículo 953 del Código Civil y art. 279 del Código Civil y Comercial de la Nación.

práctica se lleva a cabo pudiendo presentar distintos supuestos: mujer gestante que recibe el embrión obtenido de gametos propios de la pareja comitente, o con intervención de donantes de gametos o incluso embrión donado y su función se limita a llevar adelante el embarazo; mujer gestante que además proporcionó sus óvulos para la previa fertilización ya sea con semen del hombre de la pareja heterosexual o de uno de los integrantes de pareja de hombres. La diferencia entre las distintas variantes radica en el vínculo de filiación entre la mujer gestante y el embrión, que solo existe si aquella donó sus propios gametos, y que será determinada según lo que la legislación establezca teniendo en cuenta que el elemento más relevante a tener en cuenta en niños nacidos mediante T.R.H.A. será la voluntad procreacional⁵⁴.

En la redacción definitiva del Código Civil y Comercial de la Nación la maternidad subrogada ha quedado excluida del articulado. Pero si se procede a un análisis de los artículos 2º, 7º y 8º de la Ley 26.862, éstos en forma combinada, más la obligación del Estado de garantizar el acceso en condiciones de igualdad para los beneficiarios, se ve que indefectiblemente la posibilidad de maternidad subrogada está incorporada, aunque sea en forma implícita (Gil Domínguez, 2.013).

Un ejemplo práctico que evidencia esta posibilidad sería el caso de una mujer que no posee su propio material reproductivo conservado ni capacidad para gestar o el de una mujer que conservó sus gametos o embriones y en el futuro pierde su capacidad para llevar adelante una gestación⁵⁵, siendo su única probabilidad para ser madre recurrir a una maternidad subrogada. Por otro lado, también deben considerarse los derechos reproductivos reconocidos a parejas de hombres u hombres solos, pues los beneficiarios del acceso a T.R.H.A. son personas mayores de edad⁵⁶ (sin especificar si son hombres o mujeres), que solo pueden ejercer sus derechos si una mujer lleva a cabo la gestación, incluya o no donación de gametos y/o embriones⁵⁷(Gil Domínguez, 2.015a).

En definitiva, todas estas posibilidades conducen a que en la realidad haya quienes recurran a una maternidad subrogada para cumplir el sueño de ser padres/madres, y que aún sin regulación normativa pueda ser convenida entre los particulares en forma privada, ya sea gratuita u onerosamente.

⁵⁴ Juzg. de Flia. N° 1 de Mendoza “A-. C. G. y otro s/medida autosatisfactiva (2.015).

⁵⁵ Artículo 8 de la Ley 26.862.

⁵⁶ Artículo 7 de la Ley 26.862.

⁵⁷ Artículo 2 de la Ley 26.862.

En el año 2.013 se produjo el primer precedente nacional en reconocer y permitir la gestación por sustitución⁵⁸. Los argumentos que la magistrada expresa para hacer lugar a la pretensión se refieren en primer lugar a la falta de regulación expresa lo que habilita a decir que no está permitida pero tampoco está prohibida legalmente. Otro punto determinante es la voluntad procreacional, y la satisfacción del mejor interés del niño ya que los Estados tienen la obligación de priorizar en todas las medidas que se tomen, el interés superior del niño⁵⁹.

Esta idea se enlaza en una postura que considera que el mejor interés del niño examinado a priori del parto pretende brindarle seguridad jurídica al niño y examinado a posteriori del nacimiento beneficia al niño permitiendo que quienes tuvieron la voluntad de ser padres efectivamente puedan serlo. Esta idea justifica la gestación por sustitución y su necesaria regulación (Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera, 2.013).

En opinión de Gil Domínguez (2.015) hay un derecho fundamental y un derecho humano a la gestación por sustitución con basamento en el derecho a la no discriminación, aunque también considera conveniente que los casos sean judicializados mientras la materia no se regule expresamente, como garantía de los derechos de los involucrados y para dotarlos de transparencia.

En el año 2.014 un tribunal de Rosario recibió de parte de un matrimonio heterosexual un pedido de autorización para el procedimiento de gestación por sustitución y la posterior inscripción del nacido como hijo de los comitentes. En la causa se detalla que la pareja no puede transitar un embarazo por histerectomía total de útero pero previamente habían conservado seis embriones con material genético del esposo y gametos femeninos de donante anónima. Contando con el ofrecimiento de una amiga de la pareja para ser gestante sustituta, inician el proceso judicial presentando certificación notarial del consentimiento de la gestante y su esposo. Luego de recibir toda la información adecuada, y tras evaluaciones de una Junta Transdisciplinaria compuesta por psiquiatras y psicólogos, ratifica el consentimiento y es sometida a controles médicos. Se acreditó además que no aportó gametos, que no fue anteriormente gestante sustituta, que no recibe ni recibirá retribución económica salvo pago de gastos médicos, de alimentación y productos para el cuidado de la piel. También se realizaron estudios socio-ambientales a las dos parejas. Luego de estos hechos la jueza interviniente autorizó el procedimiento y ordenó la inscripción del niño

⁵⁸ Juzg. Nac. de 1º Instancia en lo Civ. N° 86. “N.N. o D.G., M.B. M. s/inscripción de nacimiento” (2.013).

⁵⁹ Artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

nacido a nombre del padre genético y de la madre en ejercicio de voluntad procreacional, ordenando que se deje constancia en el legajo de las circunstancias del caso para garantizar el derecho a la identidad del niño (Lafferriere, 2.015).

La correspondencia genética como base de la filiación en el derecho argentino más la voluntad procreacional fueron causa suficiente para que en el año 2.015 un Juzgado de Mendoza⁶⁰ admita una acción declarativa de certeza deducida en forma conjunta por los padres biológicos y la mujer gestante determinándose la verdadera filiación del nacido, gestado mediante técnicas de reproducción asistida con material genético de la pareja aunque también el Juzgado declaró la nulidad de algunas cláusulas de un convenio respecto a la gestación por sustitución que habían suscripto los involucrados. La acción declarativa de certeza es una vía admisible en supuestos donde hay incertidumbre respecto a la norma aplicable al caso planteado, y aquí la pretensión consistía en que la justicia determine la filiación del niño fruto de técnicas de reproducción asistida y gestado mediante subrogancia de vientre. La sentencia impone a los padres que oportunamente el niño conozca su realidad gestacional, en resguardo de sus propios derechos.

En la sentencia no se hace lugar a la nulidad total del convenio que solicitaba la Asesora del Ministerio Fiscal porque se considera que no hay disposición del propio cuerpo sino que la gestante ofrece su capacidad gestacional durante un tiempo determinado (el del embarazo) a servicio del convenio suscripto, lo que no es contrario a la moral ni una actividad prohibida por la ley. Se consideran aceptables cláusulas respecto a gastos médicos, viáticos, ropa, medicamentos, alimentos, gastos en general ocasionados por la gestación y el parto, pero sí se declara la nulidad absoluta de algunas cláusulas, entre ellas una donde se considera afectada la libertad de las personas por establecer la obligación de no interrumpir el embarazo, otras por ser contrarias al orden público pues se ponían condiciones a temas como derechos sucesorios de la gestante y filiación del niño.

La sentencia del caso referido constituye un avance en la consolidación del ejercicio del derecho a la gestación por sustitución en base al marco legal aportado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales: derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la vida privada, a la autonomía reproductiva, a la maternidad, a formar una familia.

⁶⁰ Juzg. de Flia. N°1 de Mendoza “A.C.G. y otro s/medida autosatisfactiva” (2.015).

Más recientemente, en diciembre de 2.015, el Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, declara en sentencia firme la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en un caso de gestación por sustitución, considerando que configura para la pareja comitente una barrera infranqueable que impide el ejercicio de derechos constitucionales y convencionales.

Ante la justicia se habían presentado dos hermanas, M. R. y M. C., solicitando autorización judicial para inscribir a la hija que está gestando M. R. como hija de M. C. y su conviviente. Una de las hermanas, M.R., está casada, tiene tres hijos menores de edad y lleva adelante el embarazo de una niña hija biológica de su hermana y cuñado. La otra hermana, M. C., mantiene una unión convivencial con C.J.N.A. y presenta una enfermedad congénita que le impide gestar un bebé por ausencia de útero pero cuenta con ovarios funcionales por lo tanto el embrión que está gestando su hermana se obtuvo mediante T.R.H.A. con sus propios óvulos fecundados con espermatozoides de su conviviente.

Si bien el embarazo se concretó bajo la vigencia del Código Civil de Vélez, atendiendo al hecho de que el nacimiento se produciría en enero de 2.016, ya vigente el Código Civil y Comercial de la Nación, los intervinientes protocolizaron ante escribano público el consentimiento oportunamente recabado por el centro de salud que llevó adelante el procedimiento médico.

Luego de la audiencia fijada por el Ministerio Público, con la concurrencia de todas las personas intervinientes, incluso los hijos menores de edad, y considerando los resultados del informe socio-ambiental llevado a cabo por la trabajadora social y el informe psicológico sobre todos ellos elaborado por la perito psicóloga del equipo técnico, la asesora designada por el Ministerio Público se manifiesta a favor de resolver inmediatamente la cuestión, dictaminando que el interés superior de la niña por nacer representada se lograría si se valora la voluntad procreacional de los que aportaron el material genético, ya que sin esa decisión la niña no existiría, y que tal situación debe reflejarse en la inscripción ante el Registro Civil como los progenitores jurídicos.

El caso aborda la controvertida gestación por sustitución, que carece de regulación en Argentina, pero según parte de la doctrina, al no estar prohibida corresponde aplicar el principio de legalidad⁶¹ en virtud del cual todo aquello que no está prohibido está permitido,

⁶¹ Artículo 19 de la Constitución Nacional.

y siendo la voluntad procreacional un derecho personalísimo y un derecho humano, el Estado no debe obstaculizar su ejercicio. La ya citada combinación de los artículos 2, 7 y 8 de la Ley 26.862, pretende dar eficacia al derecho de ser madre de una mujer que no tiene la capacidad de concebir, y Argentina, como un Estado constitucional y convencional debe garantizar el acceso irrestricto a T.R.H.A. como un derecho fundamental.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 7° el derecho que éste tiene desde su nacimiento a tener un nombre, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. La inmediata inscripción conforme a la voluntad procreacional evita la indeterminación y falta de certidumbre respecto a la identidad del niño, y es determinante para el goce efectivo de sus derechos. Una inscripción que no se corresponda con la voluntad procreacional no satisface el interés superior del niño ya que no le permite encontrarse en el seno de la familia que lo deseó.

El Juzgado, al fallar en ese sentido, entiende que a todos los jueces corresponde ejercer control constitucional y de convencionalidad, aún de oficio, siendo Argentina parte de Tratados Internacionales cuyas disposiciones no pueden verse alteradas y disminuidas por aplicación de normas contrarias a su finalidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación considera a la Corte Interamericana como intérprete último del Pacto de San José de Costa Rica, por lo tanto los jueces, al administrar justicia, no deben únicamente considerar el Tratado en sí mismo sino también la interpretación que de él hace la Corte Interamericana, siendo sus decisiones de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino.

El control de convencionalidad importa la compatibilidad entre normas locales y supranacionales, no limitadas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino a todos los Tratados Internacionales ratificados por la República Argentina. La justicia nacional, con fallos de estas características, se proyecta hacia la admisión de la gestación por sustitución en el territorio argentino y se evidencia el retroceso que significó la eliminación de la misma en el Código Civil y Comercial de la Nación, pues se desconoce y se desatiende una realidad inocultable en la sociedad argentina.

En el fallo se tomó en consideración el derecho a la prevención y reparación de daños en referencia a afectaciones a la dignidad de la persona humana, consagrado en el artículo 52 del Código Civil y Comercial de la Nación dentro del Capítulo 3: Derechos y actos personalísimos, receptándose las nuevas concepciones sobre tutela preventiva. Luego,

en los supuestos de responsabilidad civil se establece el deber de prevención del daño y tal acción preventiva para la protección integral de la dignidad humana es apropiada para garantizar el acceso efectivo y rápido a la justicia para evitar menoscabo de derechos fundamentales cuyos titulares en el caso concreto son las hermanas y sus respectivas parejas. Ha quedado establecido en el expediente que entre las mismas no hay contraposición de intereses, sino por el contrario, un vínculo estrecho y una natural y espontánea aceptación de la situación familiar, quedando también claramente comprobado el deseo de la pareja comitente de ser los padres de la niña por nacer y la voluntad de la gestante y su familia de colaborar altruistamente para tal finalidad, considerando a la niña como una sobrina y prima de sus hijos.

Aplicar literalmente el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, sin consideración a la voluntad procreacional de la pareja comitente, manifestada fehacientemente a través del consentimiento informado⁶², y sin concordancia con los derechos humanos de raigambre constitucional, es discriminar especialmente a la mujer comitente, desconociéndose su vínculo biológico con la niña. El citado artículo no reconoce la maternidad de la comitente sino la de la mujer gestante, convirtiéndose en el medio para impedir el ejercicio de derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Esto torna al artículo 562 incompatible con el marco del sistema de protección de derechos humanos.

Cuando el Poder Legislativo de un Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos no garantiza el ejercicio de los derechos que la Convención reconoce, el Poder Judicial de dicho Estado debe abstenerse de aplicar normas contrarias a ella, no pudiendo invocar el Derecho Interno para el incumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho Internacional.

La sentencia de inconstitucionalidad pretende proteger el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia. Se llega a declaraciones de inconstitucionalidad en casos de estricta necesidad cuando se hace imposible interpretar el texto legal cuestionado de manera compatible con la Ley Suprema.

Por ello, una vez declarada la anticonstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562 , el tribunal resuelve emplazar a la niña por nacer como hija de la pareja

⁶² Artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

comitente, ordenar la inscripción como tal y la expedición del correspondiente certificado de nacimiento, ordenar también que a la mujer comitente se le conceda la pertinente licencia por maternidad para el cuidado de su hija, e impone a los progenitores la obligación de informarle a la niña su origen gestacional una vez que la niña adquiera la edad y madurez suficiente para entender.

Los jueces, ejerciendo su potestad de efectuar control de constitucionalidad y convencionalidad, aunque no exista petición expresa de parte en el caso concreto, declaran la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto éste no reconoce la maternidad de la mujer que mediante consentimiento informado expresara oportunamente su voluntad procreacional, sino la maternidad de la mujer gestante. La no declaración de inconstitucionalidad significaría que la niña por nacer habría de inscribirse como hija de esta última y no de la mujer comitente, siendo imposible en el caso concreto compatibilizar el artículo 562 con el ordenamiento jurídico según lo indicado por el artículo 1° del Código Civil y Comercial de la Nación, respecto a que los casos por él regidos deben resolverse según las leyes aplicables y en conformidad con la Ley Suprema y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por la República Argentina.

Conclusiones parciales

A partir de agosto de 2015 en el Código Civil y Comercial de la Nación el comienzo de la persona humana está fijado en el momento de la concepción sin aclaraciones del alcance del término. Precisar los alcances, como se ha desarrollado, motivó dispares conclusiones. En base al Derecho Civil, la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos hay consenso, aunque lejos de ser unánime, en que la concepción inicia desde la implantación en el seno materno, y que la esperada regulación sobre el status jurídico del embrión in vitro será determinado por legislación especial. En ese camino, en algunos artículos del nuevo Código se avanzó en su protección.

A la importancia que ya tenía el consentimiento informado sobre los actos médicos se le suma su regulación como determinante de la existencia de un nuevo ser humano y las consecuencias jurídicas que el derecho positivo crea a partir de allí, al ser requerido obligatoriamente a las personas que se someten a T.R.H.A. Es el consentimiento informado

el acto jurídico por el cual se manifiesta la voluntad procreacional. Específicamente tiene ahora una doble función en esta materia en particular, por un lado como requisito de acceso a T.R.H.A. y como en el próximo capítulo se analizará, como causa concurrente para determinar filiación.

La referida voluntad procreacional, de reciente consagración en el derecho positivo, exterioriza y plasma la voluntad de tener un hijo, de ser padre o madre. La intención de tener un hijo que se manifiesta a través del consentimiento adquiere un valor sobredimensionado de manera que se constituye en fuente de filiación, independientemente de quien haya aportado el material genético.

La controvertida figura de la gestación por sustitución no puede analizarse sin considerar que se practica en Argentina y en el resto del mundo y que la demanda es numerosa y variada. La maternidad subrogada es una solución para aquellas mujeres que no pueden llevar a cabo la gestación, para parejas de hombres u hombres solos o cualquier otro supuesto de una persona en ejercicio de sus derechos reproductivos y del acceso integral a las T.R.H.A.

Ante la falta de regulación expresa, y sobre todo la ausencia de prohibición explícita, los magistrados no pueden desconocer ante quienes recurren a ella pretendiendo autorización para practicarla o una respuesta favorable ante casos de filiación con gestante por sustitución, que el deber de la justicia es atender las necesidades de los justiciables y brindar respuestas jurídicas acordes a la realidad que se evidencia.

CAPÍTULO 5 - Fecundación post mortem. Nacidos mediante T.R.H.A.: derecho a la identidad, al vínculo filial y a ser sucesor.

Introducción

Llegado el último capítulo de este trabajo de investigación se hace el abordaje de un tema sensible y duramente cuestionado en el Proyecto de 2.012: la fecundación post mortem. A pesar de que la fundamentación sobre la conveniencia de incorporar su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación atendía a la realidad de parejas que iniciaban juntos un proyecto parental y debido a la muerte del hombre ese proyecto corría el riesgo de truncarse definitivamente. Es a estas personas a las que se les debía una respuesta legal concreta.

El siguiente supuesto revisado es el derecho a la identidad de los nacidos mediante reproducción asistida, que no tiene idéntica tutela que el de aquellos que nacen por procreación natural, en un indisimulable trato dispar según circunstancias de concepción.

Esta desigualdad sigue manteniéndose a medida que se avanza en la descripción de la normativa respecto a la filiación y a los derechos sucesorios. En todos los casos en que se hubiera recurrido a técnicas de reproducción asistida hay una regulación diferencial que deviene en menoscabo de los derechos que titularizan los nacidos en esas circunstancias.

1. Fecundación post mortem

Hay fecundación post mortem cuando una mujer fecunda sus óvulos con semen de un hombre fallecido. La utilización de gametos post mortem es un tema que ha provocado profundos debates y cuestionamientos éticos y jurídicos por considerarse que atiende exclusivamente al interés de una mujer de tener un hijo, imponiéndole de antemano al niño un padre fallecido, lo que no parece ser una opción que busque el mejor interés del niño (Sambrizzi, 2.012).

La fecundación post mortem supone que se conciba un hijo luego de la muerte de su progenitor, en función de la voluntad de éste exteriorizada en un documento legal, y la de la

supérstite expresada en el consentimiento requerido en el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Sambrizzi, 2.012).

En el artículo 563 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial se regulaba la filiación post mortem, estableciendo que en caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que dé a luz, no hay vínculo filial entre el nacido y la persona fallecida si la concepción o la implantación del embrión no se había producido antes del fallecimiento, salvo que el fallecido hubiera prestado consentimiento o que por testamento hubiera expresado que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos a la mujer luego de su muerte, o si la concepción o implantación se produjera dentro del año siguiente al deceso. Este artículo finalmente no fue incluido en el Código sancionado (Pérez Gallardo, 2.014).

A pesar del vacío legislativo, no son pocos los casos que sobre la materia han pedido respuestas a la justicia. Un claro ejemplo de la situación y de la postura jurisprudencial es el presentado ante un tribunal mendocino que acogió favorablemente la solicitud de la actora⁶³. Una mujer promovió amparo solicitando autorización judicial para retirar las muestras de semen criopreservado que con su pareja ya fallecida habían depositado en un banco de semen para ser usado posteriormente en un tratamiento de fertilización asistida. Su pareja, afectada de una enfermedad terminal, había depositado las muestras y suscripto un contrato para la criopreservación autorizando a la mujer a retirar las muestras e inseminarse con ellas para cumplir el ansiado proyecto de la pareja.

Si bien el banco de semen no se oponía al retiro, debido a la falta de legislación respecto a fecundación post mortem y para resguardarse ante posibles acciones en su contra, requería hacer la entrega mediante expedición y recepción de una orden judicial que indicara a quién debía entregarse y las condiciones de la entrega.

El fallo acogió las pretensiones de la actora, partiendo de la idea del principio consagrado en el artículo 19 de la Carta Magna según el cual lo que no está prohibido está permitido, y respecto a fecundación post mortem no existe prohibición expresa. También se basó en el derecho humano al acceso integral e igualitario a las técnicas de reproducción asistida reconocido por la Ley 26.862, y en los derechos reconocidos constitucional y

⁶³ Juzg. Nac. de 1° Instancia en lo Civ. N°3 “K. J. V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo”(2.014)

convencionalmente por la República Argentina. En la presentación ante la justicia se habían acreditado suficientemente tanto la voluntad procreacional del fallecido como su decisión de permitir el uso de sus gametos luego de su muerte por su conviviente.

El presente caso presenta similitudes con otros casos, entre ellos uno resuelto recientemente en Mendoza⁶⁴ donde se otorgó autorización para inseminación con gametos del esposo fallecido fundamentando la resolución en la inexistencia en el derecho objetivo de una prohibición expresa en ese sentido.

2. Derecho a la identidad de nacidos por el uso de técnicas de reproducción asistida

Los derechos de los niños son irrenunciables y de orden público⁶⁵ y ante un conflicto entre derechos de los niños y derechos que asistan a adultos, aunque legítimos ambos, prevalecen los primeros⁶⁶.

El derecho a la identidad es un derecho personalísimo de raigambre constitucional. La biotecnología dio origen a una nueva forma o causa de filiación fundada en la voluntad procreacional exteriorizada mediante consentimiento previo, informado y libre.

Con la incorporación de la regulación de una tercera fuente filial originada por el uso de técnicas de reproducción asistida, en el caso de técnicas heterólogas, es decir aquellas donde interviene un tercero donante de material genético que no posee voluntad procreacional, se encuentra en pugna el derecho a la identidad del nacido y el derecho del donante a permanecer en el anonimato. Debe sumarse el supuesto de los derechos de los que tienen voluntad procreacional y cuya filiación podría ser impugnada por el nacido (Muscolo, 2.015).

En el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación se dispone que los nacidos por reproducción asistida son hijos de quien dio a luz y de su propia pareja habiendo prestado ambos el consentimiento requerido con independencia de quien aportara los gametos, y se completa la regulación al negárseles a aquellos, según el artículo 577, la posibilidad de establecer vínculos de filiación con quien hubiese donado los gametos.

⁶⁴ Cám. de Apel. en lo Civ., Com., Minas, de Paz y Tributario N°3 de Mendoza “S.M.C. s/medida autosatisfactiva” (2.014).

⁶⁵ Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶⁶ Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A pesar de la inadmisibilidad del ejercicio de acciones de filiación referido⁶⁷, en el artículo 563 se reconoce el derecho a la información de los nacidos por procreación asistida con donación de gametos de un tercero, a través de la obligatoriedad de que en el legajo base para la inscripción del nacimiento de estas personas conste tal circunstancia y se dispone que aquellas personas puedan petitionar al centro de salud interviniente conocer la información relativa a los datos médicos del donante y aún su identidad por razones debidamente fundadas y evaluadas por la justicia mediante el procedimiento más breve posible que se prevea en la ley local⁶⁸.

El derecho a la identidad genética tiene entonces dos dimensiones: por un lado obtener información referida exclusivamente a datos médicos y por otro lado información sobre los datos personales del donante. La información estará contenida en un registro y a voluntad del legitimado puede ser develada. El nacido mediante estos procedimientos es el legitimado a solicitarla a través de un trámite judicial. En el primer caso el acceso a la información es a simple petición y en el segundo caso depende de las razones alegadas por el peticionante y la correspondiente resolución judicial (Gil Domínguez, 2.015b).

Esta forma de regulación lleva a un interrogante: ¿Cuál derecho debe prevalecer, el derecho a la identidad o el derecho a la intimidad del donante que pretende seguir en el anonimato? El derecho a la identidad está previsto en la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁹ y en la Ley 26.061 sancionada en el año 2.005⁷⁰.

En la jurisprudencia argentina hay escasos antecedentes sobre el derecho del nacido mediante reproducción asistida a conocer su origen biológico. En cambio hay numerosos precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a favor de hijos que impugnan filiación y emplazan al posible padre biológico. En ellos la C.S.J.N. reconoce que aún cuando el derecho a conocer la identidad biológica debe ser siempre respetado, esta misma verdad biológica no es un valor absoluto y debe ceder confrontada con el interés superior del niño (Muscolo, 2.015).

Considerando que junto a la incorporación de la tercera fuente filial se ha incluido también la prohibición a los nacidos por procreación asistida de que puedan impugnar su

⁶⁷ Artículo 577 del Código Civil y Comercial.

⁶⁸ Artículo 564 del Código Civil y Comercial.

⁶⁹ Artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁰ Artículo 11 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

filiación matrimonial o extramatrimonial en algunos supuestos, esta colisión de derechos solo podría ser resuelta por la justicia ante planteos de anticonstitucionalidad del artículo 577.

Frente al derecho a la identidad biológica se encuentra la voluntad procreacional según la cual son padres aquellos que tuvieron la intención o voluntad de serlo sin que sea óbice que el material genético fuera aportado por un tercero, además de la referida prohibición del artículo 577 que impide que los nacidos inicien acciones judiciales contra los donantes para obtener filiación con éstos. Aquí hay que hacer una distinción entre el derecho a conocer la identidad del donante y el derecho a reclamar su filiación, siendo lo primero lo permitido por los artículos 563 y 564 y siendo esto último lo que niega el artículo 577.

En casos de esta naturaleza será el juez a través de un profundo análisis y en base a su criterio quien determinará cuál derecho prima sobre el otro sin descuidar el principio de que siempre prevalecen los derechos e intereses del niño por sobre otros derechos igualmente legítimos.

Que la Ley 26.862 admita la donación de gametos y embriones es considerado por un sector de la doctrina como una lesión al derecho a la identidad del niño, y es que con la procreación heteróloga el anonimato del donante que solo en supuestos muy específicos será dejado de lado, es contrario al derecho del niño a conocer su identidad biológica. Otras críticas se basan en que no se establecen límites en cuanto al número de donaciones que haga una misma persona, ni a la fecundación de estos gametos, ni al número de embriones a transferir en cada caso, etc. (Sambrizzi, 2013).

El derecho a la identidad es un derecho humano y tratándose de menores de edad se encuentra expresamente receptado en la Convención sobre los Derechos del Niño⁷¹. La razón por la que la información identificatoria del inciso b del artículo 564 del Código Civil y Comercial respecto al contenido de la información exige intervención judicial y causas debidamente justificadas es para favorecer la existencia de donantes de material genético, entendiendo que sin restricciones en cuanto al acceso a la información sobre su identidad desalentaría las donaciones. Al momento en que la justicia evalúe las causas esgrimidas se tomarán en cuenta los derechos del nacido mediante Técnicas de Reproducción Humana

⁷¹ Artículos 7, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Asistida a conocer su origen genético y los intereses del donante analizados según el principio de proporcionalidad (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, y Lamm (2.012).

La solución intermedia entre el absoluto anonimato del donante y el acceso irrestricto a la información sobre él es la que ofrece el Código Civil y Comercial, procurando no desalentar la existencia de personas que mediante su donación posibilitan que otras personas puedan tener un hijo pero también salvaguardar el derecho del así nacido a conocer su verdad biológica.

3. Regulación de la filiación en supuestos de T.R.H.A.

Filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores. Repasando la evolución que se produjo respecto a la filiación se aprecia el cambio sucedido desde el Código Civil originario donde el interés jurídico protegido era la integridad de la familia matrimonial y el régimen filiatorio se sustentaba en presunciones iure et de iure que no siempre se ajustaban a la verdad biológica (Krasnow, 2.013).

En 1.985 la Ley 23.264 reforma el régimen de filiación y patria potestad consagrando presunciones iuris tantum con el fin de que el hijo consiga un emplazamiento correspondiente a su realidad genética, considerando dos fuentes de filiación⁷²: por naturaleza y por adopción, produciendo ambas los mismos efectos, pudiendo ser la primera matrimonial o extramatrimonial y todos los hijos, matrimoniales, extramatrimoniales y adoptados en forma plena son iguales ante la ley.

Con este marco se dejaba sin considerar los supuestos derivados de reproducción asistida y este vacío legal se hace más notorio luego de la sanción en el año 2.010 de la Ley 26.618 de Matrimonio Civil, incluyendo entre los supuestos regulados a parejas de igual sexo que por imperio de esta ley tiene los mismos efectos previstos para el matrimonio heterosexual y que además tendrán luego con la Ley 26.862 derecho a recurrir a reproducción asistida (Krasnow, 2.013). Esto conduce a la coexistencia de tres fuentes filiales en la realidad social argentina, realidad a la que atiende el Anteproyecto de 2.012 y el Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el año 2.015.

⁷² Artículo 240 del Código Civil.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de este último Código la jurisprudencia⁷³ permitió doble filiación tratándose de menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida en el seno de una pareja de mujeres convivientes y autorizó la inscripción del menor como hijo de la mujer conviviente con la progenitora, considerando que habían desarrollado conjuntamente el proyecto de maternidad. El fallo revoca la sentencia que había declarado la nulidad de la acción de filiación entablada por la conviviente de la progenitora y el nombramiento de un tutor ad litem para resguardar los intereses del menor considerando que éstos estaban en contraposición con los intereses de la progenitora y su pareja. Para fundamentar la revocación se alude al principio de igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales que permite la doble filiación para hijos de parejas del mismo sexo, no pudiéndose menoscabar estos derechos en base a la orientación sexual ni a la elección del proyecto de vida familiar, acorde a lo dispuesto por la Ley 26.618.

Las normas que regulan las fuentes, las reglas de determinación y el ejercicio de las acciones judiciales relativas al vínculo filial conforman el régimen de filiación. Los hechos o actos que originan el vínculo jurídico paterno/materno-filial son denominados fuentes de filiación, diferenciándose actualmente tres: la fuente natural, adopción y voluntad procreacional exteriorizada en el consentimiento dado por quienes se someten a Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Hay mecanismos legales o reglas que determinan la filiación, es decir el reconocimiento del vínculo entre un hijo y su padre o madre (Galli Fiant, 2.015).

El Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro Segundo dedicado a las Relaciones de Familia, específicamente en el Título V regula Filiación, reconociendo en el artículo 558 tres fuentes de filiación: por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida.

En el Código vigente el régimen plasmado responde a un modelo dualista que se basa en fundamentos diferenciados según la fuente a la que se refiere, a la verdad biológica en la filiación por naturaleza, y a la voluntad procreacional en la filiación por TRHA pero lamentablemente se arriba a un dispar reconocimiento de derechos de todos los hijos, al no lograrse un respeto uniforme independiente de las circunstancias de su concepción (Galli Fiant, 2.015).

⁷³ Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de La Plata “B. M. y otros s/filiación” (2.015).

La falta de coincidencia entre la voluntad y el elemento biológico es irrelevante en la filiación por naturaleza, en cambio en T.R.H.A. donde no siempre coincide la filiación biológica con la voluntaria, lo decisivo y trascendente es la voluntad. Es en función de esta diferente fuente que se regulan distintos regímenes de acciones, lo que devendría en anticonstitucional debido a la discriminación de las personas atendiendo a las circunstancias en que fue concebida.

En el artículo 558, además de enumerar las tres fuentes de filiación, se dispone que surten los mismos efectos en conformidad con las disposiciones del Código Civil y Comercial y que en el certificado de nacimiento expedido por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas no debe haber en la redacción alusiones respecto a la fuente ni de su condición de matrimonial o extramatrimonial.

Tratándose de procreación asistida, la filiación, como se dijo, se basa en la voluntad procreacional expresada por los que se someten a ellas a través del consentimiento informado, sean éstos una pareja heterosexual u homosexual. Si son casados será una filiación matrimonial y si no lo son será un supuesto de filiación extramatrimonial. Siempre que se hubiera recurrido T.R.H.A. para la determinación de los vínculos es irrelevante el aporte del material genético, y la cuestión está simplificada de la siguiente manera: si es una pareja casada la filiación por T.R.H.A. es matrimonial, y si no está casada es extramatrimonial.

En el artículo 566 se regula la presunción de filiación de los hijos del o la cónyuge nacidos luego de celebrado el matrimonio y hasta trescientos días posteriores a demanda de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de hecho o muerte. Ésta presunción no regirá habiéndose recurrido a reproducción asistida cuando él o la cónyuge no hubieran dado el consentimiento que se requiere según lo normado por el Código Civil y Comercial.

El siguiente artículo establece que ante la falta de presunción de filiación por separación de hecho, habiendo consentimiento de ambos cónyuges, el nacido será inscripto como hijo, haya nacido por naturaleza o mediante T.R.H.A., siendo en este último caso requisito obligatorio haber cumplido con el consentimiento requerido propio de estas técnicas e independientemente de quien aportara el material genético.

Sobre la prueba de la filiación matrimonial en supuestos de procreación asistida, el artículo 569 se pronuncia por el consentimiento previo informado y libre inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

El segundo capítulo del Título Filiación reúne las reglas generales relativas a la filiación por T.R.H.A., temas desarrollados previamente en este trabajo de investigación. En los artículos 560 y 561 se ocupa de la obligatoriedad del consentimiento, sus formalidades y requisitos. Luego, el artículo 562 regula la voluntad procreacional y en los artículos 563 y 564 el derecho a la información de los nacidos mediante estos procedimientos, el contenido de dicha información y el mecanismo para obtenerla.

La regla que sienta el artículo 577 es la inadmisibilidad de la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos por T.R.H.A., siempre que haya mediado consentimiento previo informado y libre, con independencia de quien hiciera el aporte de gametos. También es inadmisibile el reconocimiento y el ejercicio de acciones de filiación o reclamo de vínculo filial.

Además, en las reglas generales de acción de reclamación de filiación en el artículo 592 se reitera que las disposiciones que enuncia no se aplican en supuestos de T.R.H.A. cuando haya mediado el debido consentimiento independientemente de quien aportara los gametos. La misma exclusión se repite en el artículo 588 sobre acciones de impugnación de filiación.

Los artículos referidos son considerados una restricción del derecho a la identidad de los hijos nacidos mediante reproducción asistida, en manifiesta situación de desigualdad con el total reconocimiento que sí se destina a los niños concebidos naturalmente, incluso a aquellos que luego fueron adoptados en adopción simple o plena. Esto conduce irremediabilmente a considerar que las normas comentadas son inconstitucionales y el hecho de que el Código vigente plantee esta limitación de derechos basada en las circunstancias de concepción es inadmisibile.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, ante la filiación por reproducción asistida emerge la persistente negación de todas las acciones que permitirían al nacido vincularse con el progenitor biológico donante.

El artículo 558 mantiene la equiparación de efectos de las filiaciones matrimonial y extramatrimonial, marca el límite de no más de dos vínculos filiales por persona por lo que necesariamente elimina la posibilidad de vínculo con un tercero que hubiera participado en el proyecto parental, siendo el ejemplo más claro el de la procreación heteróloga, y además dispone explícitamente un trato diferente según como el niño hubiera sido concebido, y los efectos que producen las distintas fuentes de filiación se determinarán según las disposiciones del mismo Código que luego en los artículos siguientes explícitamente dispone la diversidad de trato.

El Código Civil y Comercial de la Nación es la concreción de un principio esencial: la constitucionalización del Derecho Civil y la igualdad de efectos de la filiación es fundamental en el Sistema Internacional de Derechos Humanos, esto a partir del artículo 16 de la Carta Magna por el cual todos los habitantes de la Nación Argentina son iguales ante la ley, sumado a los Tratados Internacionales ratificados por Argentina y que luego de la reforma constitucional de 1.994 integran el bloque de constitucionalidad federal gozando de jerarquía constitucional y que establecen firmemente la igualdad de todos los hombres (Basset, 2.014).

La igualdad no puede ser objeto de restricciones en virtud del nacimiento, de la concepción ni de ninguna otra condición. Estas disposiciones son absolutas como claramente lo indica la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 2° cuando prohíbe a los Estados Partes distinciones al momento del respeto y la aplicación de los derechos enunciados en la Convención y entre las posibles y prohibidas distinciones enumeradas incluye específicamente el nacimiento.

Es por todo lo expuesto que el condicionamiento que en el Código Civil y Comercial de la Nación se aplica al vínculo paterno filial dependiendo de las circunstancias de la concepción y la diversidad de trato que produce podría resultar en inconstitucionalidad de la regulación, sumado al incumplimiento de la obligación a la que se comprometió al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño según los artículos 7, 8 y 9, esto es restituir en forma inmediata cualquier elemento de la identidad del niño del que hubiera sido privado. Lamentablemente en el recientemente sancionado Código Civil y Comercial argentino estos elementos no son resguardados.

4. Derechos sucesorios de los nacidos mediante reproducción asistida

El Código de Vélez Sarsfield en el artículo 3.290 sobre la capacidad para suceder decía que era capaz el hijo concebido e incapaz el que no está concebido al tiempo de la muerte del causante. En el Código Civil y Comercial de la Nación se suprime el artículo 3.288 que enunciaba como regla general de capacidad para suceder el ser persona física o jurídica salvo disposición legal en contrario, y en el artículo 2.279 se menciona a las personas que pueden suceder, enumerándolas : personas humanas existentes al momento del fallecimiento del causante, las ya concebidas en ese momento y que luego nacen con vida, las persona jurídicas existentes al tiempo del deceso y fundaciones creadas por testamento e incorpora las personas que nazcan después de ocurrido el fallecimiento del causante mediante técnicas de reproducción asistida, habiéndose respetado los requisitos del artículo 561 respecto al consentimiento.

La inclusión de nacido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida luego del fallecimiento del causante es una trascendente novedad. El Anteproyecto de 2.012 preveía en el artículo 563 la filiación post mortem en casos de inseminación de la mujer con espermia criopreservado del esposo o conviviente, y la transferencia el embrión cuando el hombre fallece antes de que se transfiera el embrión ya concebido in vitro al momento del fallecimiento. Para que el nacido tuviera filiación paterna y vocación sucesoria respecto al fallecido la inseminación o la transferencia debían hacerse dentro del año del deceso y siempre que existiera el consentimiento del hombre para estos procedimientos. Este artículo luego fue eliminado y en su lugar se dispone que en el legajo para inscripción del nacimiento debe constar que la persona nació mediante el uso de estas técnicas, pero se mantuvo lo relacionado a la sucesión y el consentimiento como requisito que debía renovarse cada vez que se usen T.R.H.A. (Ferrer, 2.015a).

Al suprimirse el artículo 563 la mujer puede luego de fallecido el hombre igualmente petitionar la entrega del semen preservado sin límites temporales pues no hay plazos establecidos ni prohibición expresa en ese sentido. El nacido será extramatrimonial por no estar concebido al tiempo de la muerte del hombre según el artículo 2.279 inciso b y porque el fallecido obviamente no renovó el consentimiento requerido antes de usarse el semen.

Además este hijo no podrá iniciar acción por reclamación de filiación paterna porque según el artículo 577 no se admite ejercicio de acción de filiación o de reclamo de vínculo filial respecto de nacidos mediante uso de técnicas de reproducción asistida cuando haya mediado consentimiento con las formalidades requeridas⁷⁴ con independencia de quien aportara los gametos. Para lograr filiación paterna y los derechos sucesorios correspondientes el reclamante debería intentar que estas normas sean impugnadas por inconstitucionales (Ferrer, 2.015a).

Estos cambios en el articulado llevaron a que se suprima la filiación post mortem, y luego de fijado el comienzo de la existencia de la persona en el momento de la concepción⁷⁵, la situación es la siguiente: para que haya vínculo filial y derecho sucesorio del nacido por Técnicas de Reproducción Humana Asistida respecto del padre fallecido, éste y la mujer deben haber otorgado el consentimiento según el artículo 560, con la forma y requisitos de dicho consentimiento regulados por el artículo 561 y además debe haberse renovado cada vez que se proceda a la utilización de los gametos o embriones.

Parte de la doctrina considera que no puede dejar de diferenciarse si lo que está criopreservado son gametos o es un embrión, pues en el primer caso la prohibición de uso se justificaría pretendiendo evitar el nacimiento de un niño huérfano de antemano, en cambio en el segundo caso ya se está en presencia de un nuevo ser humano titular de derechos (Ferrer, 2015b).

En el caso de que ya exista un embrión congelado, éste puede ser transferido a la mujer luego de la muerte del progenitor masculino sin límites de tiempo. Aquí aparecen dos posturas basadas en si el embrión in vitro es considerado o no una persona. Los que niegan su personalidad consideran que no puede transferirse luego de fallecido el padre porque no se puede obtener su consentimiento. Quienes consideran que el embrión en esas condiciones ya es una persona dirán que no puede negársele el derecho a nacer ni privar a la madre de la posibilidad de ejercer su derecho a la maternidad, pues se estarían lesionando entre otros, dos importantísimos derechos humanos: el derecho a la vida y el derecho reproductivo. Si nace vivo debe reconocérsele filiación paterna y vocación hereditaria porque ya estaba concebido al tiempo de la muerte del causante, que aportó sus gametos y prestó el

⁷⁴ Artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁵ Artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.

consentimiento requerido. Esta última es la postura mayoritaria de la jurisprudencia argentina (Ferrer, 2.015b).

Lo concreto es que ni en el Código Civil y Comercial de la Nación ni en la Ley 26.862 se determinó específicamente cuándo se produce la concepción, en cambio la Corte Interamericana de Derechos Humanos sí lo hizo en el fallo *Artavia Murillo*, y como se explicó anteriormente, quienes se inclinan por la obligatoriedad de aceptar esa posición, luego de suprimida la 2° parte del artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, resultaría que para el régimen jurídico argentino el embrión no implantado no es persona.

Si se interpreta con exactitud el artículo 68 inciso 1° del Pacto de San José de Costa Rica, en él se establece que los Estados Partes están obligados a cumplir con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos en que sean parte, por lo tanto sus fallos no tendrán efectos generales y obligatorios para los Estados que no fueron parte en la causa judicial a pesar de haber ratificado la Convención. En base a este razonamiento el embrión no implantado sería un ser humano concebido, con derechos idénticos al embrión en el seno materno, con derecho a nacer, por lo que no puede negarse a la mujer la transferencia del embrión criopreservado y una vez nacido éste tendrá filiación paterna y derechos sucesorios respecto del hombre que aportó su material genético y dio su consentimiento a la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

Cuando el Anteproyecto incluía el artículo 563 se estaba alejando de las valoraciones compartidas por la mayoría de la sociedad argentina y de la doctrina predominante, pero en la realidad de los hechos hay casos de mujeres que solicitan y logran la autorización judicial para usar material genético criopreservado de su pareja fallecida y esto es posible porque no hay una norma que lo prohíba expresamente. Como se explicó, este niño no tendrá vínculo filial paterno ni derecho a suceder a su progenitor masculino. Para establecer la filiación, la madre en representación de su hijo menor de edad, o éste, ya alcanzada la mayoría de edad podrá reclamar la filiación pero se enfrentará a la prohibición de los artículos 577 y 582, y aún cuando prosperara esta acción filial solo posible por declaración de inconstitucionalidad de estas normas, el hijo declarado hijo biológico del causante no podrá heredarlo en los términos del artículo 2.279 ya que no existía ni estaba concebido al momento del fallecimiento del causante.

Si en cambio de tratara de transferencia de embrión in vitro, al no poder obtenerse la renovación del consentimiento del hombre para practicar la transferencia, la mujer no podría conseguir la autorización, pero si a pesar de ello lo lograra, el nacido tampoco tendría filiación paterna ni derecho a heredar, y las posibles acciones serían las ya explicadas en el caso de empleo de semen criopreservado.

Lo que debería considerarse en cualquiera de estas situaciones, es que la madre tiene derecho a ir en busca de su maternidad aún sin el consentimiento renovado porque el proyecto parental se llevó a cabo hasta estas instancias en vida de ambos, como un proyecto conjunto de procreación, lo que hace presumir que el hombre daría su consentimiento para que la mujer superviviente continuara el proceso en busca del hijo deseado, y si nace con vida, debería tener filiación paterna y derechos sucesorios por el consentimiento al uso de técnicas de reproducción asistida que determina la filiación extramatrimonial⁷⁶ independientemente del plazo transcurrido luego de la muerte del progenitor masculino (Ferrer, Córdoba y Natale, 2.012).

Conclusiones parciales

Finalmente la regulación de la filiación en casos de fecundación post mortem no fue incorporada en la redacción definitiva del Código Civil y Comercial de la Nación. La falta de regulación no es impedimento para que lleguen a instancias judiciales numerosos casos en los que se pretende autorización para fecundación post mortem como así también filiación de nacidos en esas circunstancias. La jurisprudencia argentina se ha mostrado en general proclive a otorgar sentencias favorables.

No debería prescindirse de valoraciones éticas respecto a fecundaciones post mortem sobre todo en cuanto al niño que nacerá sin padre, como tampoco una vez nacido deben obviarse los derechos del niño a la filiación respecto al progenitor fallecido. La sentencia a la que se arribe siempre deberá basarse en el interés superior del niño.

La reproducción asistida es una controvertida materia, siendo por un lado la forma de lograr la anhelada maternidad/paternidad y por otro un terreno donde derechos humanos suelen confrontarse. Ante el derecho a la identidad del nacido por estas técnicas se alza el

⁷⁶ Artículo 570 del Código Civil y Comercial de la Nación.

derecho al anonimato del donante y solo una valoración exacta de los presupuestos fácticos determinará los límites de uno y otro derecho, sobre todo por la forma en que se ha regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación y en la Ley 26.862, permitiéndose la donación heteróloga anónima y a la vez asegurando bajo ciertas condiciones el derecho a la información del nacido por T.R.H.A.

Respecto a los derechos de filiación y sucesorios, no tiene su regulación los fundamentos constitucionales y convencionales óptimos. Es evidente la desigualdad a la que se somete a los nacidos mediante reproducción asistida. Desigualdad basada en circunstancias de concepción que es inaceptable en el marco de los derechos humanos actualmente reconocidos.

Conclusiones finales

Con la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente asistida el Congreso Nacional inicia el camino de garantizar la igualdad de acceso a aquellas personas que requieran de estos tratamientos para concretar el deseo de ser padre o madre.

El desarrollo de técnicas de reproducción asistida no sólo provee soluciones a parejas estériles o infértiles, también proporciona un vasto conocimiento del proceso natural de fecundación, lo que al momento de elegir entre un tratamiento u otro de los que actualmente se practican, permite una elección acorde a la diversidad de factores que intervienen en el proceso de fecundación y acorde a las características propias de la pareja a tratar.

El uso de la tecnología en el proceso procreacional abre múltiples alternativas y combinaciones. Pueden ser padres parejas heterosexuales, personas solas y parejas homosexuales, puede haber concepción post mortem, donación de gametos, implantación en una mujer de embriones concebidos con ovocitos de otra mujer, inseminación con espermatozoides de la propia pareja o de donante anónimo, etc. En definitiva son muy variadas las posibles combinaciones que actualmente son reguladas por leyes especiales aunque aún hay supuestos que permanecen sin regulación expresa.

Lamentablemente a pesar de la Ley 26.862 en vigencia, son numerosos los casos de quienes deben recurrir a la justicia a través de una acción de amparo para conseguir la

prestación integral y sin restricciones basadas en estado civil u orientación sexual que la ley consagra. La jurisprudencia demuestra que la justicia ha remediado esta situación en la mayoría de los casos, dictando sentencias favorables a los justiciables y obligando a los prestadores de los servicios de salud a brindar la cobertura.

El avance científico que desde la última década del siglo pasado se produjo en el campo de la genética ocasionó un profundo cambio en las posiciones legales y éticas respecto al origen del ser humano. Las cuestiones relacionadas a la genética son algunos de los temas que mayor discusión generan en los ámbitos científicos, éticos, jurídicos, religiosos y políticos. Es preciso el consenso desde las más diversas áreas del conocimiento para afrontar el vertiginoso y espectacular desarrollo científico.

Las ciencias no pueden ni deben permanecer ajenas al fenómeno ético. Los derechos humanos, entendidos como atributos inherentes y necesarios de la persona humana, como emanaciones de su dignidad, tampoco pueden ser ajenos a la bioética y por ello son garantizados y protegidos por el Derecho Argentino y el Derecho Internacional.

Hay una estrecha y necesaria vinculación entre Derecho, Derechos Humanos y Bioética. El concepto de dignidad humana es fuente de los derechos humanos y de allí se llega a la consideración de la ciencia como instrumento al servicio de la persona humana con absoluto respeto de su dignidad y de sus derechos.

La evolución científica obliga a determinar el momento del comienzo de la vida para efectivizar la tutela jurídica. Los ordenamientos jurídicos vigentes deben asumir una profunda revisión, algo que en Argentina se vislumbra con el Código Civil y Comercial de la Nación de reciente sanción.

La vida humana como bien jurídicamente protegido es inviolable y así lo receipta el ordenamiento jurídico argentino. Las investigaciones y las prácticas médicas en general solo pueden realizarse dentro de ese marco. En esta época se empieza a manifestar una desviación pues las personas están considerando que el deseo de descendencia ya no sólo es un deseo sino un derecho que será ejercido y concretado sin importar los medios.

Los conflictos jurídicos son además conflictos religiosos, morales y éticos habida cuenta que en las investigaciones científicas y en la posterior aplicación de las mismas en seres humanos los límites susceptibles de vulnerar son justamente aquellos que hacen a la

dignidad de la persona como tal. Hablar de límites éticos en las ciencias no es pretender poner un freno a las investigaciones sino que el objetivo es impedir que dichas investigaciones sean en detrimento de la dignidad y de la naturaleza humana. Se hacen necesarias acciones en todos los niveles posibles, internacionales, regionales y nacionales para prevenir violaciones de los Derechos Humanos en el campo de la genética.

El Código Civil de Vélez Sarsfield, acorde a su época, donde era impensada la fecundación asistida, consideraba que el comienzo de la persona humana se producía en la concepción en el seno materno y a lo largo del articulado del Código Civil no aparecía la posibilidad de fecundación extracorpórea. Esta situación permaneció inalterada a pesar del transcurso de décadas y del desarrollo inusitado de la ciencia y la tecnología.

La reproducción humana asistida plantea interrogantes respecto al valor de la vida del embrión obtenido a partir de ella y su status jurídico. Si para responder aquellos interrogantes acudimos a la cúspide del sistema jurídico argentino, esto es Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales con rango constitucional, encontramos dentro de los derechos tutelados el derecho a la vida, a la salud, a la identidad, a la integridad de la familia, etc. Aunque no haya una norma expresa que se refiera al embrión, sí encontramos referencias genéricas. Además, dentro de los derechos civiles reconocidos por la Constitución Nacional, están los derechos personalísimos, también reconocidos por el derecho positivo, y entre ellos el más trascendental: el derecho a la vida. El embrión es considerado persona, independientemente de su fecundación dentro o fuera del seno materno y como tal es merecedor de tutela jurídica.

Negar los derechos personalísimos es negar la dignidad de la persona y en esta era tecnológica eso sería dejarlo indefenso. Es el derecho, la norma, lo que se erige como barrera que asegura la protección de la libertad individual. Se ha llegado a una época en la que se reconoce que la persona de cada hombre es un territorio inviolable y cualquier violación del mismo debe considerarse un delito.

Día a día y alcanzando niveles sin precedentes, el hombre tiene una conciencia intrínseca de la dignidad de la persona humana y proclama vehementemente y con absoluta convicción sus derechos y deberes. Y precisamente ante los logros tecnológicos es indispensable reforzar esta protección jurídica.

A diferencia de épocas pasadas donde solo los Estados eran sujetos de Derecho Internacional Público, hoy los hombres son considerados tales y reconocidos como sujetos activos para accionar en resguardo de sus derechos personalísimos. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen como objeto proteger los derechos fundamentales del hombre.

Aunque todas las ramas jurídicas contactan con el hombre y su personalidad, es el Derecho Civil, el que teniendo como objeto a la persona humana sin consideraciones según sus actividades específicas, la rama que debe hacer las previsiones necesarias. Los Tratados Internacionales no dejan de subrayar que son los derechos internos de los Estados los que deben reconocer y asegurar los derechos personalísimos y en el Código Civil y Comercial de la Nación han tenido recepción.

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se adoptaron importantes decisiones en el Derecho de Familia, destinadas a proveer de un marco regulatorio a situaciones sociales actuales que el legislador no podía soslayar. Se materializa una transformación del derecho en pos de adecuarse a las nuevas tecnologías en el campo de la medicina y específicamente en el campo de la reproducción asistida.

La regulación de supuestos relacionados con T.R.H.A. no satisfizo a parte importante de la doctrina y de la sociedad. Algunas exclusiones de la redacción definitiva del Código no se condicen con la realidad. Dejar sin regulación la fecundación post mortem y la gestación por sustitución atenta contra los derechos reproductivos de quienes necesitan recurrir a ellas y genera incertidumbre sobre todo por la respuesta positiva que la jurisprudencia imparte en casos de este tipo a ella. Es absurdo pretender negarles esos derechos a aquellos que no tienen la posibilidad económica de acceder a estos servicios en otros países donde sí son permitidos legalmente.

Hasta ahora, ante los vacíos legislativos, la jurisprudencia marca una tendencia mayoritaria a avalar aquello que no posee prohibición expresa, entendiendo que lo no prohibido está permitido y sobre todo fallando en absoluto respeto a los Derechos Humanos.

Quizás el mayor déficit en lo normado se advierte en lo relacionado a la filiación y derecho a la identidad de los nacidos por reproducción asistida, que son sometidos a una inexplicable desigualdad atendiendo a su especial modalidad de concepción. Por la reciente

sanción del Código Civil y Comercial de la Nación aún no se han multiplicado los casos que procuren resoluciones judiciales contrarias a lo que establecen los artículos referidos al derecho a la identidad y a la información sobre el donante de gametos, o a filiación, como ser la inadmisibilidad de acciones filiales, y otras como la presunción de filiación, acciones de reclamación de filiación, acciones de impugnación de filiación, todas ellas vedadas a los nacidos mediante procreación asistida. Lo esperable es que contra ellas se pretenda declaración de inconstitucionalidad.

Por otro lado, aquellos institutos de la práctica de T.R.H.A. que sí fueron incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación, como voluntad procreacional y consentimiento informado, cuentan con algunos aspectos no contemplados, como por ejemplo la posibilidad de impugnarlos.

La investigación realizada sobre esta materia, controvertida y sensible a la vez, tuvo el humilde propósito de reunir información sobre el estado actual de la cuestión, esperando que sea útil para quienes se interesen en la temática, ya sea con propósitos académicos, por simple interés, o porque son protagonistas de experiencias de deseos concretados o no de ser padre o madre.

VI. Listado de bibliografía

VI.a. Doctrina:

Adorno, R. (2.012). “La persona humana en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial”. L. L. AR/DOC/871/2.012.

Avalos Rodríguez, G. E. (2.010). “Derechos de la personalidad”. L. L. AR/DOC/3603/2.010.

Bancoff, P. (2.015) El consentimiento informado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su relación con la Ley 26.529. L. L. AR/DOC/646/2.015.

Barceló, A., Mollar, E. (2.009). Impacto social y legislativo del Informe Warnock: consecuencias de una visión utilitarista del embrión. [Versión electrónica]. *Revista Ética y vida*. 10 (1), 47-57.

Bareiro, L. (2.003). Los derechos reproductivos y los derechos humanos universales. En A. E. Badilla, V. Aguilar (Eds.). *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. (119-133). San José, Costa Rica: Instituto interamericano de Derechos Humanos.

Basset, U. C. (2.015). “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”. L. L. AR/DOC/2099/2.015.

Basset, U. C. (2.014). “La democratización de la filiación asistida”. L. L. AR/DOC/3.594/2.015.

Bidegain, C. M., Gallo, O., Palazzo, E. L., Punte, R. y Schinelli, G. (2.005). *Curso de Derecho Constitucional. Historia y teoría de la Constitución*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Bochatey, A. G. (2.008). Vida humana y sexualidad. Reflexionando desde Elio Sgreccia y Agustín de Hipona. En A. Bochatey (Ed). *Bioética y persona*. (pp. 33-53). Buenos Aires, Argentina: Editorial de la Universidad Católica Argentina.

Bonilla-Musoles, F., Raga, F., Bonilla F., Machado, L. y Font-Sastre, V. (2.008). Fisiología fetal. En F. Bonilla-Musoles y A. Pellicer (Eds.). *Obstetricia, reproducción y ginecología básicas*. (pp. 2-15). Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.

Bonilla-Musoles, F., Raga, F., Bonilla F., Simón, C. y de los Santos, M. J. (2.008). Fecundación y anidación. En F. Bonilla-Musoles y A. Pellicer (Eds.). *Obstetricia, reproducción y ginecología básicas*. (pp. 702-734). Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.

Burgos, B. (2.001). *Curso de derecho constitucional*. Salta: Virtudes.

Calá, M. F. y Louge Emiliozzi, E. (2.014). “un fallo sobre técnicas de reproducción asistida que armoniza un precedente del tribunal con las novedades en la materia”. L. L. AR/DOC/3411/2014

Carrasco de Paula, J., Colombo, R., Cozzoli, M., Eusebi, L., Laffitte, J., Leone, S., Lucas Lucas, R., Malina, L., Palazzini, L., Pessina, A., Serra, A., Sgreccia, E., (2000). *Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias.

Casas, L. J. (2.015). “Impacto de las leyes dictadas en la última década en la Argentina respecto a la salud sexual y la salud reproductiva”. L. L. AR/DOC/1614/2.015.

Cerutti, M. y Plovanich de Hermida, M. (2.014). Comienzo de la existencia de la persona. L. L. AR/DOC/786/2.014.

Cerutti, M. y Plovanich, M. (2.014). Persona humana: comienzo de la existencia. L. L. AR/DOC/874/2.014.

Cifuentes, S. (1.995). *Derechos personalísimos*. (2° Ed.) Buenos Aires: Astrea.

Di Pietro, M. L. (2.005). *Sexualidad y procreación humana*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina.

Domingo, J., Ruiz, A., Remohí, J. y Pellicer, A., (2.008). Esterilidad e infertilidad (I): Diagnóstico de esterilidad. En F. Bonilla-Musoles y A. Pellicer (Eds.). *Obstetricia, reproducción y ginecología básicas*. (pp. 876-885). Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.

Domingo, J., Ruiz, A., Remohí, J. y Pellicer, A., (2.008). Esterilidad e infertilidad (II): Tratamiento de la esterilidad. En F. Bonilla-Musoles y A. Pellicer (Eds.). *Obstetricia, reproducción y ginecología básicas*. (pp. 888-895). Madrid, España: Editorial Médica Panamericana.

- Donna, E. A. (2.010) *Derecho Penal. Parte General*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni.
- Facio, A. (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- Ferrer, F. M. A. (2.015a). “Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código”. L. L. AR/DOC/2.778/2.015.
- Ferrer, F. M. A. (2.015b). “Personas que pueden suceder al causante”. L. L. AR/DOC/685/2.015.
- Ferrer, F. M. A., Córdoba M. M. y Natale, R. M. (2.012). “Observaciones al Proyecto de Código Civil en materia sucesoria”. L. L. AR/DOC/4.864/2.012.
- Galli Fiant, M. M. (2.015). “Acciones de filiación en el Código Civil y Comercial”. L. L. AR/DOC/3.181/2.015
- Garay, O. E. (2.013) “Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida”. L. L. AR/DOC/2361/2013.
- Garay, O. E. (2.015) “El derecho a la fertilización asistida y la prestación médica no autorizada”. L. L. AR/DOC/3355/2015.
- Gil Domínguez, A. (2.013). “La Ley de Acceso integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales e Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”. L. L. AR/DOC/2629/2.013.
- Gil Domínguez, A. (2.015a). “La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano”. L. L. AR/DOC/4217/2.015.
- Gil Domínguez, A. (2.015b). “El derecho a la identidad genética y las T.R.H.A. en el Código Civil y Comercial”. L. L. AR/DOC/2.441/2.015.
- Gorini, J. L. (2.003). *La doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la ‘pildora del día después’*; L.L. Suplemento de Actualidad I, 07/04/2.003.
- Hooft, P. F. (1.999). *Bioética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Depalma.

Jalil, J. E. (2.011). “La acción de amparo contra las obras sociales para cubrir tratamientos de fertilización in vitro”. L. L. AR/DOC/2791/2011

Jallés, J. M. (2013). “Amparo por fertilización in vitro en Salta”. L. L. AR/DOC/4075/2013.

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. (2.013). Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. L. L. AR/DOC/2573/2.013

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. (2.012). “La filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”. L. L. AR/DOC/5149/2.012

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lamm, E. (2.011). “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de regulación”. L. L. AR/DOC/2487/2011.

Krasnow, A. N. (2.013). “Técnicas de reproducción humana asistida. La ley 26.862 y el Proyecto de Código”. L. L. AR/DOC/3322/2013.

Kuyumdjian de Williams, P. (2.010). Bebés a la carta. Frente a una nueva eugenesia. [Versión electrónica]. *Revista Vida y Ética*. 11 (1), 121-132.

Lafferriere, J. N. (2.008). El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética. En A. Bochatey (Ed). *Bioética y persona*. (pp. 157-182). Buenos Aires, Argentina: Editorial de la Universidad Católica Argentina.

Lafferriere, J. N. (2.010). Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico. [Versión electrónica]. *Revista Ética y vida*. 11 (1), 133-152.

Lafferriere, J. N. (2.015). “Maternidad subrogada. Límites y dilemas de las tecnologías reproductivas” L. L. AR/DOC/4402/2015.

Lamm, E. (2.015). El status del embrión in vitro y su impacto en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. L. L. AR/DOC/1297/2.015.

Luft, M. E. “Tratamientos de fertilización asistida: una faceta del derecho a la salud sin una respuesta legislativa a nivel nacional”. L. L. AR/DOC/578/2013.

Luna, F. (2.008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>

Medina, G y González Magaña, I. (2.013). “La ley nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.0208 de la provincia de Buenos Aires”. L. L. AR/DOC/2303/2013

Moya, G. (2.014). Problemática ético morales vinculadas a las técnicas de fertilización asistida. [Versión electrónica]. *Revista Ética y vida*. 15 (1), 139-151.

Muscolo, I. (2.015). “Técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial. ¿Voluntad procreacional versus derecho a conocer la identidad biológica? L. L. AR/DOC/2720/2.015.

Navarro Floria, J. G. (2.012). “Los derechos personalísimos”. *Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina*. Recuperado el 24/08/2.015 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalisimos-navarro-floria.pdf>

Otiñano Lucero, W. R. y Pandiella Molina, J. C. (2.015). “Fertilización asistida y su falta de cobertura por los prestadores de salud”. L. L. AR/DOC/2051/2015.

Passo, E. (2.010) *El embrión humano: un fin en sí mismo*. Buenos Aires: Dunken.

Pérez Gallardo, L. B. (2.014). “La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación post mortem? L. L. AR/DOC/1.293/2.014.

Plovanich, M. C. (2.014). “La incidencia de las normas de derechos humanos en la interpretación de cuestiones de salud reproductiva”. L. L. AR/DOC/1526/2014.

Pontificia Academia pro Vita (2.006). *El embrión humano en la fase de la preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas*. Presentado en Congreso Científico de la XII Asamblea de la Pontificia Academia pro Vita. Ciudad del Vaticano: Librería Editrice Vaticana.

Radakoff de Doldan, D., Arozamena, C., Martínez Perea, M., Solsona, M. N. (2.009). Técnicas de tratamiento de la esterilidad; aspectos tecnológicos y peticos abordados en el Informe Warnock. [Versión electrónica]. *Revista Ética y vida*. 10 (1), 75-97.

Rodríguez Iturburu, M. (2.015). La determinación filial en las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. La voluntad procreacional y el consentimiento informado. L. L. AR/DOC/1325/2015.

Rosales, P. O. (2.013). “Breve reseña de la reciente Ley Nacional 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida” L. L. AR/DOC/2636/2013.

Sambrizzi, E. (2.013). “La ley de Procreación Asistida recientemente sancionada”. L. L. AR/DOC/2.597/2.013.

Sambrizzi, E. A. (2.012). La fecundación posmortem. *Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina*. 324-332. Recuperado el 02/05/2.015 de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/fecundacion-posmortem-sambrizzi.pdf>

Serra, S. J. (2.008). El embrión humano: ¿hijo o instrumento tecnológico? En A. Bochaty (Ed). *Bioética y persona*. (pp. 373-383). Buenos Aires, Argentina: Editorial de la Universidad Católica Argentina.

Sociedad Española de Fertilidad. (2.009). *Importancia de los aspectos emocionales en los tratamientos de reproducción asistida*. (2º Ed.) Madrid: Imago Concept & Imago Development.

Soria Guidone, E. y Carignani, A. “El derecho a la salud: ¿hacia un derecho absoluto?”. L. L. AR/DOC/879/2015.

Valdez Días, C. (2.015). “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”. L. L. Ar/DOC/1413/2015.

Villanueva Flores, R. (2008). *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>

Villaverde, M. S. (2015). La concepción y el comienzo de la existencia de la persona humana. Relevancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del Código Civil y Comercial de la Nación. L. L. AR/DOC/1119/2.015

VI.b. Legislación:

Código Civil de la República Argentina.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Constitución Nacional Argentina.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Decreto 956/2013 Ley N° 26.862. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida. Reglamentación.

Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida.

Ley 14.208 de Fertilización Asistida de la provincia de Buenos Aires.

Ley 14.611 de Modificación de la Ley 14.208 de la provincia de Buenos Aires.

Ley 23.264 de Filiación y Patria Potestad.

Ley 23.660 de Obras Sociales.

Ley 23.661 de Creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud.

Ley 26.682 Marco Regulatorio de Medicina Prepaga.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

VI.c. Jurisprudencia:

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes Sala IV “L., A. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación” (2011). L. L. AR/JUR/14397/2011.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de La Plata. “B. M. y otros s/filiación” (2.015). L. L. AR/JUR/24.598/2.015.

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza N° 3. “S., M.C. s/medida autosatisfactiva”. Sentencia del 07/08/2.014. R.C.J. 6303/14.

Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II. “S., G. H. G. y C., G. L. c/Medifé”. (2.010). L. L. AR/JUR/15975/2010.

Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala A “J., A. A. y M., C. L. c/Asociación Mutual Sancor”. (2.010). L. L. AR/JUR/83579/2010.

Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, Sala B, "V., C. M. y otro c. O.S.I.M. y otra". (2.010). L. L. AR/JUR/47321/2010.

Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata “A., L. y otro c/Obra Social de Empleados Cinematográficos Mar del Plata” (2.010). L. L. AR/JUR/16251/2010

Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “C., B. C. y otra c/Unión Personal de la Nación” (2.009). L. L. AR/JUR/61279/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, “F., M. N. y otro c/ Ospoce y otros” (2.009). L. L. AR/JUR/7539/2009.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I. "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias". Sentencia del 03/12/1999. *Infojus*. Recuperado el 04/05/2.015 de <http://www.infojus.gob.ar>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Artavia Murillo y otros c/Costa Rica”. (2.012). L. L. AR/JUR/68.284/2.012.

Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, “H. M. y otro/a sobre medidas precautorias”. Sentencia firme del 30/12/2.015, recuperado el 20/03/2.016 de <http://abogadosdefamilia.com.ar/category/actualidad-en-jurisprudencia/>

Juzgado de Familia N°1 de Mendoza “A. C. G. y otro s/medida autosatisfactiva” (2.015). L. L. AR/JUR/28597/2015.

Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “A., M. R. y otros c/Obra Social de la Ciudad de Bs. As.” (2.007). L. L. AR/JUR/7499/2007.

Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N°86. “N.N. o D.G.M.B. M, s/inscripción de nacimiento”. (2.013). L. L. AR/JUR/23081/2.013.

Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N°8. “C., G. S. s/información sumaria” (2.015). L. L. AR/JUR/26.922/2.015.

Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N° 3. “K. J. V. c/Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/ amparo” (2.014). L. L. AR/JUR/53.958.2.014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. “Portal de Belén Asociación sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”. Sentencia del 05/03/2.002. *Infojus*. Recuperado el 03/05/2.015 de <http://www.infojus.gob.ar>

