

Reproducción humana asistida: una perspectiva biojurídica*

**Por Silvia V. Guahnon,
María P. Iovanna
y Marcela P. Somer**

1. Introducción

Puede decirse que tres poderosas fuerzas convergen para producir la tercera revolución en los últimos treinta años: la revolución digital, la revolución informática y la revolución genética¹, las cuales han transformado profundamente el modo en que vivimos.

Es así que los vertiginosos avances producidos en el área digital e informática, han permitido un crecimiento geométrico de la genética, dando al hombre un deliberado control sobre las formas de vida, y originando en consecuencia problemas y dilemas de diversa índole, que transitan entre dos polos: “el de la manipulación y el de la humanización”².

A consecuencia de ello, se han generado y continúan planteándose cada día, innumerables interrogantes que requieren ser analizados de manera global, con la finalidad de hallar interdisciplinariamente respuestas adecuadas.

Se sigue de lo expuesto que, como operadores del derecho, nos encontramos con una multiplicidad de situaciones que no tienen aún regulación legal pero que involucran a toda la sociedad, y cuando los interesados acuden a la jurisdicción, los jueces no pueden dejar de resolverlas amparándose en el vacío normativo. Así las cosas, entendemos que quien lleva a la justicia un conflicto en el que se encuentran involucrados no sólo aspectos jurídicos sino también éticos, sociales y culturales, procura obtener una solución responsable e integral, y en este sentido, coincidimos con quienes sostienen que la bioética contribuirá a lograr una decisión consensuada y justa³, evitando interpretaciones individuales o ambiguas que puedan ir en desmedro del bienestar social y de los propios científicos integrantes de la misma sociedad⁴.

En este orden de ideas, excedería el marco de este trabajo el tratamiento de las tantísimas cuestiones derivadas del extraordinario desarrollo operado en el campo de las ciencias biológicas, por lo cual lo circunscribiremos a las vinculadas con la utilización de las técnicas de reproducción asistida en sus diversas formas, en especial en lo que respecta a la filiación de los nacidos a través de las mismas.

* [Bibliografía recomendada.](#)

¹ Yeatts, Guillermo, *La revolución del conocimiento*, diario “La Nación”, 8/5/05, sección 7, p. 5.

² Hooft, Pedro F., *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, Bs. As., Depalma, 1999, p. 77.

³ Valente, Luis A., *Bioética y derecho civil*, LLAct, 5/1/04, p. 2.

⁴ Manzini Rueda, Roberto - Misseroni Raddatz, Adelio, *Estudio de la legislación en salud con componentes bioéticos en América latina y el Caribe*, JA, 2001-IV-27.

2. Bioética y bioderecho

Previo a adentrarnos en el tema central mencionado precedentemente, nos referiremos a las nociones de bioética y bioderecho.

Etimológicamente, la palabra bioética proviene de dos raíces griegas: “*bios*” (vida) y “*ethike*” (ética, valores morales), es decir “ética de la vida”⁵.

Se utilizó por primera vez a principio de los años 70 del siglo XX, por el médico oncólogo⁶ Potter, quien la definió como la “ciencia ética que estudia el valor de la vida humana y sus implicancias para el comportamiento responsable de los hombres”⁷, designando con ello un nuevo campo interdisciplinario que contribuiría al acercamiento entre dos culturas: ciencia y humanidades⁸.

El segundo empleo del vocablo pertenece a la institución “The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethic for the Study of Human Reproduction and Bioethics”, fundado por André Hellegers con el patrocinio de la familia Kennedy en 1972; transformándose en 1979 en el “Kennedy Institute of Ethics”⁹.

El concepto se difundió posteriormente a otras regiones, comenzando por los países con mayor desarrollo tecnocientífico y haciéndose luego parte de la vida cotidiana aún en los denominados países “en desarrollo”¹⁰.

Asimismo, y en este orden de ideas, se ha conceptualizado a la bioética como “la reflexión filosófica sobre los problemas éticos que se plantean en el contexto de la medicina y las ciencias biológicas”¹¹ y como “el estudio interdisciplinario de los problemas creados por el progreso biológico y médico, tanto a nivel microsocia como a nivel macrosocia, y su repercusión en la sociedad y en su sistema de valores, tanto en el momento presente como en el futuro”¹².

De lo expuesto se infiere la vinculación de la bioética con la ética propiamente dicha, en cuanto a que importa una reflexión crítica sobre los principios y reglas de la conducta, de quienes están implicados en las ciencias biológicas, interesándose en las estructuras sociales y legales a instaurar en el seno de una comunidad y en los valores que una sociedad debe imponerse a sí misma¹³.

De ello se colige que las ciencias y las tecnologías, especialmente las referidas a la “vida y a la salud” de las personas, requieren un encuadramiento que respete la

⁵ Andruet (h), Armando S., *Bioética. Comprensión de la nominación y exposición de sus supuestos. La perspectiva católica*, ED, 167-873.

⁶ Cortina, Adela, *Tareas de una bioética latina*, JA, 2004-IV-9.

⁷ Potter, Van R., *Bioethics. Bridge to the future*, New Jersey, Prentice Hall, 1971.

⁸ Hooft, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, p. 3.

⁹ Mainetti, José A, *Bioética: De nominis quaestio*, JA, 1998-IV-688.

¹⁰ Hooft, Pedro F., *¿Bioética y derecho o bioética y bioderecho? Bioderecho: una crítica al neologismo*, JA, 2003-III-17.

¹¹ Luna, Florencia - Salles, Arleen, *Decisiones de vida y muerte*, Bs. As., Sudamericana, 1995, p. 13.

¹² Abel, Francesc, *La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*, Madrid, UPCM, 1989, p. 14.

¹³ Valente, *Bioética y derecho civil*, LLAct, 5/1/04, p. 1.

condición de la persona humana para lo cual no puede desentenderse del respeto de determinados parámetros éticos inmanentes a esa condición¹⁴.

En este sentido, se ha afirmado que la bioética “intenta relacionar nuestra naturaleza biológica y el conocimiento realista del mundo biológico con la formulación de políticas encaminadas a promover el bien social”¹⁵ armonizando el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías, con los derechos humanos en relación con valores y principios éticos –esencialmente el de la dignidad– proclamados en declaraciones y convenciones internacionales¹⁶.

Ello conlleva a una ardua labor, sobre todo ante el pluralismo ético presente en el mundo globalizado, lo cual dificulta la tarea de unificación de criterios sobre lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo adecuado e inadecuado, o lo correcto e incorrecto en el momento de definir, aprobar, recomendar o permitir conductas relacionadas con el bienestar de las personas, ya sea en forma individual o colectiva¹⁷, máxime teniendo en cuenta que no existe una “filosofía moral única y aceptada”¹⁸.

En este contexto, un sector de la doctrina ha comenzado a referirse al “bioderecho”, conceptualizándolo como aquél que “pretende ser una respuesta jurídica a todo este nuevo universo, que incluye la valoración exigida por la ética social”¹⁹.

Es decir que representaría la relación entre biología y derecho, mediante normas y regulaciones referidas a aquella, en defensa de la dignidad del ser humano, importando la proyección de la bioética en el mundo jurídico a través de convenios, normativas y decisiones judiciales que van determinando los límites a los que deben sujetarse las ciencias y tecnologías referidas a la vida y a la salud.

En la literatura europea, encontramos la denominación “derecho de la bioética” o “principios jurídicos de la bioética”²⁰.

En nuestro país, Ciufo Caldani ha sido uno de los grandes impulsores del término “bioderecho”, definiéndolo como una “rama jurídica transversal” que no significa negación pero sí complemento de otras ramas del derecho²¹. Sin perjuicio de observar el aumento de la difusión y utilización de la referida expresión, otro sector de la doctrina considera que resulta más adecuado referirse a relaciones o vínculos entre bioética y derecho, que al bioderecho, en el entendimiento de que su desarrollo puede tornarlo autosuficiente y autónomo –con prescindencia de una necesaria perspectiva interdisciplinaria– marcando una fuerte pertenencia al ámbito de lo jurí-

¹⁴ Peyrano, Guillermo F., *Bioética, dignidad y derecho*, JA, 2003-III-4.

¹⁵ Peyrano, *Bioética, dignidad y derecho*, JA, 2003-III-6.

¹⁶ “Declaración Bioética de Gijón 2000”, producida en el Congreso Mundial de Bioética celebrado en Gijón, España, del 20 al 24 de junio de 2000.

¹⁷ Clotet, Joaquim, *Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, en Bergel, Salvador D. - Cantú, José M. (coords.), “Bioética y genética”, Bs. As., Ciudad Argentina, 2000, p. 96.

¹⁸ Hare, Richard M., *In vitro fertilization and the Warnock report*, en “Essays on bioethics”, Oxford University Press, 1993, p. 98.

¹⁹ Valente, *Bioética y derecho civil, LLA*, 5/1/04, p. 2.

²⁰ Nijs, Herman, *Bioetiek*, citado por Hooft, “Bioética y derechos humanos. Temas y casos”, p. 133.

²¹ Ciufo Caldani, Miguel Á., *La elaboración de las normas del bioderecho*, JA, 1998-IV-704.

dico con ciertos peligros de una excesiva formalización²² y de transformar a la bioética en una rama del derecho.

A la luz de lo hasta aquí expuesto, consideramos que más allá de la cuestión terminológica, la complementación entre la bioética y el derecho resulta imprescindible, sobre todo para que las cuestiones sean tratadas igualmente, evitando una excesiva discrecionalidad y asegurando la equidad en la protección de nuestros derechos fundamentales.

Es así que debieran crearse respuestas jurídicas vinculadas a la bioética en diversos ámbitos del derecho, para lo cual se requiere la consideración de conceptos básicos como ser el respeto a la dignidad del ser humano en su dimensión individual y colectiva; la equidad en la asistencia sanitaria; el respeto a las generaciones futuras y el debate público, propio de una sociedad democrática²³.

Asimismo, habrá de tenerse en cuenta que cuando se encuentran comprometidos en la actividad biomédica derechos esenciales del hombre, los jueces no podrán prescindir de la aplicación de los principios fundamentales de la bioética, que son: el de autonomía –que encuentra su traducción jurídica en el llamado “consentimiento informado”–; el de beneficencia y no maleficencia –que la encuentra en el genérico deber de no dañar complementado por la búsqueda del bien–, y el de justicia que procura dar a cada uno lo que es suyo²⁴.

Aproximándonos al tema que nos ocupa, cabe señalar que son numerosos los que podríamos denominar del “bioderecho”, como ser el comienzo de la existencia de la persona, la clonación de seres humanos, la posibilidad de modificación genética de nuestra especie, la producción y el uso de medicamentos, el aborto, el Sida, la inseminación artificial, la fecundación extracorpórea, los contratos de cesión de vientres y de espermias, la responsabilidad derivada de los daños surgidos a consecuencia del uso de las técnicas de reproducción asistida, entre otros.

En este contexto, dedicaremos el presente trabajo a la problemática que generan algunas cuestiones que serían propias del derecho de familia, como son las referidas a la maternidad, paternidad y filiación de los nacidos por intermedio de los referidos métodos de procreación artificial.

Para ello ahondaremos en algunas consideraciones médico-legales respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, en el entendimiento de que la impen­sable proliferación de situaciones que se van suscitando exigen respuestas jurídicas que se aborden desde diferentes perspectivas, que pretendan tener un alcance universal y que procuren la tutela real y efectiva de los derechos y libertades fundamentales en el campo de las llamadas “ciencias de la vida”.

²² Hooft, *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*, p. 41.

²³ Clotet, *Posición ética ante el progreso de la genética en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, p. 99 a 101.

²⁴ Bertoldi de Fourcade, María V., *Traducción jurídica del principio de autonomía*, LLAct, n° 37, 23/2/99, p. 1.

3. Algunas consideraciones médico-legales acerca de la procreación asistida. El avance científico

El avance científico a partir de la década de los 80 en materia de fertilización no se ha detenido. Asistimos a un verdadero desarrollo de las técnicas relacionadas con la procreación, dado que los científicos han encontrado, una veta de gran importancia, cual es la de facilitar la concepción en parejas que tienen dificultades o impedimentos absolutos para lograrla. Ello parece una solución para aquellos hombres y mujeres que tienen el anhelo de procrear. Sin embargo, el panorama actual, tiene proyecciones impensables que incluye el nacimiento de hijos por fecundación *in vitro* o en vientres cedidos, maridos casi infértiles que pueden fecundar, parejas del mismo sexo que recurren a bancos de semen o a donantes.

La ingeniería embrional y la genética sorprenden diariamente al mundo con sus realizaciones. ¿Son siempre avances o se trata de retrocesos?, porque la civilización avanza y progresa a costa de muchas pérdidas.

Es cierto que la ciencia avanza sin descanso y nos provee de un sinnúmero de recursos para salvar obstáculos, sin embargo crecen los debates y las controversias sobre el tema en cuestión. A los problemas no sólo religiosos, sino también ético-jurídicos que ello conlleva (la licitud de determinadas técnicas, entre las que se encuentran la clonación u otras manipulaciones de embriones, la maternidad por sustitución o la inseminación artificial *post mortem*, parejas del mismo sexo que recurren a banco de semen o donantes); existen otros de efectos jurídicos (determinación de la filiación, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, de la autoría en la investigación criminal) y además hay que sumarles los posibles daños resarcibles desencadenados como consecuencia de la aplicación de los modernos avances en genética humana, tanto con fines terapéuticos como de investigación u otros²⁵.

Ante ello, el derecho no tiene la velocidad deseada de adaptarse al paso de marcha de los problemas y retos de la sociedad actual²⁶, por eso es el momento que cumpla su rol y brinde un marco normativo a situaciones que por sí sola no pueden controlarse²⁷.

La maternidad está transitando un nuevo camino que provoca sentimientos contradictorios. Dicho camino, antes era llano y se bifurcaba en dos: una pareja fértil, podía concebir a sus hijos o adoptar. Ahora, el terreno está lleno de cánulas, microscopios y las posibilidades actuales para alcanzar la maternidad parecen inagotables²⁸.

Explicaremos en esta sección el proceso de fertilización natural y las diversas técnicas existentes de reproducción asistida.

²⁵ Llamas Pombo, Eugenio, *Responsabilidad civil por manipulación genérica*, "Revista del Notariado", n° 854, p. 187.

²⁶ Morello, Augusto M., *El derecho fundamental a nacer. Su contenido*, ED, 194-249.

²⁷ Recalde, Jorge - García Berro, Santiago, *El principio de la vida humana. Aspectos médicos legales*, ED, 185-1492.

²⁸ Ludueña, María E., *Madres de otra manera*, revista "La Nación", 17/7/05, p. 30.

4. Proceso de fertilización natural

La división entre sexualidad y concepción ha devenido como consecuencia del desarrollo de las técnicas biogenéticas en la procreación humana asistida, las cuales brindan una solución a la infertilidad y no revisten el carácter de métodos alternativos de procreación²⁹.

El proceso de fertilización natural es aquel que tiene comienzo con lo que denominamos “concepción”, entendiéndolo como tal a la unión del espermatozoide con el óvulo. El éxito de dicha unión dependerá en gran medida de ciertas condiciones que lo favorezcan.

Como indicáramos, la comunidad científica ofrece soluciones a aquellas parejas que por distintos motivos se ven imposibilitados de concebir naturalmente.

Existen distintas causales de esterilidad, masculina, femenina o conjunta. Desde la acepción fisiológica, la esterilidad es la enfermedad caracterizada por falta de la aptitud de fecundar en el macho y de concebir en la hembra³⁰.

La esterilidad femenina puede provenir de: a) lesiones o daños de las trompas de Falopio con obstrucción de las mismas; b) tumores de útero; c) lesiones del cuello uterino; d) endometriosis; e) trastornos hormonales, y f) anomalías del aparato reproductor.

La esterilidad de origen masculina, tiene su origen en: a) impotencia; b) alteraciones del líquido seminal; c) trastornos hormonales; d) malformaciones o atrofiaciones de los testículos y alteración de los conductos testiculares; e) tumores en los testículos; f) eliminación quirúrgica del pene o testículos, y g) infecciones prostáticas.

Por otra parte, la principal causal de origen mixto resulta ser el rechazo de las células germinales de un miembro de la pareja por el otro³¹.

5. Antecedentes y evolución de las técnicas de reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida incluyen una serie de intervenciones tendientes a aproximar de manera artificial las gametas femeninas y masculinas con el objeto de favorecer un embarazo.

Dichas técnicas o métodos pueden agruparse de acuerdo a niveles de baja y de alta complejidad. Entre las primeras (técnicas primarias) encontramos a la estimu-

²⁹ Alterini, Atilio A., *Cuerpo humano, persona y familia*, en “Derecho de familia. Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 301 y ss.; Medina, Graciela, *De la naturaleza jurídica y los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta*, en “Derecho de familia. Libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa”, p. 327 y ss.; Campagnoli, Carlo - Peris, Clementina, *Las técnicas de reproducción artificial, aspectos médicos*, en Polaino Lorente, Aquilino, “Manual de bioética general”, Madrid, Rialp, 1984, p. 204 a 216; Loyarte, Dolores - Rotonda, Adriana, *Procreación humana artificial. Un desafío bioético*, Bs. As., Depalma, 1995, p. 132 a 135, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “Biode-recho”, Bs. As, Abeledo-Perrot, 1998, p. 65 y siguientes.

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española.

³¹ Vidal, Marciano, *Estudios de bioética racional*, Madrid, Tecnos, p. 95 a 97, citado por Recalde - García Berro, *El principio de la vida humana. Aspectos médicos legales*, ED, 185-1493.

lación ovárica, la inseminación artificial y entre las segundas (técnicas secundarias) tenemos la fecundación *in vitro*, transferencia embrionaria y la maternidad subrogada. Ante la mayor dificultad en la técnica médica que se utiliza, en forma coincidente, es mayor la complejidad tanto en cuanto al tratamiento desde el aspecto jurídico como a los problemas que acarrea su regulación legal³².

La técnica más antigua que se conoce es la inseminación artificial, habiéndose hallado publicaciones que datan del siglo XVII. Sin embargo, la primera inseminación artificial fue realizada en la Escuela de Medicina Jefferson de Filadelfia. En dicha oportunidad, una mujer que se encontraba anestesiada recibió esperma de un donante, de lo cual ella jamás se enteró, circunstancia que si era conocida por su marido³³.

La inseminación artificial consiste en el depósito de espermatozoides de manera no natural en el tracto reproductivo de la mujer. Si se utiliza semen del marido, se denomina IAC (inseminación artificial con semen del cónyuge) o inseminación artificial homóloga. Puede utilizarse semen de un donante, lo que se denomina IAD o inseminación heteróloga.

La fertilización *in vitro* –concepción fuera del útero– sin embargo es muy posterior, las primeras experimentaciones comenzaron en el siglo pasado. La fecundación extrauterina y transferencia embrionaria FIV-ET, tuvo su primer éxito en Inglaterra en el año 1978, con el nacimiento de Louis Brown, conocida como la primer bebé de probeta.

Con esta técnica la fertilización del óvulo por el espermatozoide se produce en medio artificial (laboratorio), pero los espermatozoides penetran en el óvulo naturalmente y una vez formados los embriones son transferidos al útero, lográndose, con la implantación el embarazo.

Este proceso que se desarrolla en etapas, abre la posibilidad a que se diferencien los roles genéticos, biológicos y de crianza. Un óvulo podrá ser donado por una mujer, para que sea fecundado *in vitro* por el semen de un donante anónimo, el embrión formado, podrá ser transferido a otra mujer que llevará a cabo el embarazo para ser entregado posteriormente a un mujer diferente de las otras dos, la que criará al niño pues es quien tiene la intención de ser madre, fragmentándose de este modo la noción de “madre siempre cierta es”³⁴.

En 1984, en Australia, tuvo lugar el nacimiento de Zoe Leyland, quien fue el primer bebé nacido a partir de un embrión congelado. Asimismo, a partir de dicho año se lograron embarazos por medio de transferencias de gametas dentro de la trompa de Falopio, GIFT, donde se produce naturalmente la fertilización.

³² Messina de Estrella Gutiérrez, *Bioderecho*, p. 66.

³³ Wagmaister, Adriana M., *Implicancia ético-jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida*, en Mackinson, Gladys (dir.) - Farinati, Alicia (coord.), “Salud, derecho y equidad”, Bs. As., Ad-Hoc, 1981.

³⁴ Wagmaister, *Implicancia ético-jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida*, p. 202.

En 1986 se logró colocar en el mismo lugar un embrión ya fertilizado *in vitro*, ZIFT, también denominado TET y PROST, según el momento evolutivo en que se transfieren los embriones.

Los primeros casos de FIV-ET fueron realizados en ciclos espontáneos transfiriéndose cantidad de embriones que provocaron embarazos múltiples. La preestimulación ovárica se encuentra controlada actualmente y los embriones que se obtengan pueden criopreservarse para su posterior transferencia en el supuesto de que no prosperase el primer intento de embarazo.

El procedimiento de ovulodonación surgió como consecuencia de la técnica de fertilización *in vitro*, éste permite la utilización de ovocitos que hasta entonces se descartaban. Las mujeres que como consecuencia de la estimulación hormonal producen ovocitos en exceso pueden donarlos a otras mujeres que no logran el embarazo debido a su imposibilidad de producir ovocitos. Estos ovocitos donados son inseminados con el espermatozoide del marido de la receptora a cuyo útero se los transfiere una vez fertilizados *in vitro*.

La criopreservación trajo consigo la posibilidad de testear el semen donado a los bancos y de esa manera poder evitar la transmisión de enfermedades por material genético infectado. También permite la conservación del semen del hombre sometido a tratamientos médicos que pueden provocar esterilidad.

En la actualidad se ha logrado la criopreservación de óvulos de los que pueden obtenerse embarazos exitosos.

En 1992 se logró el primer embarazo mediante la inyección intraplasmática de espermatozoides –ICSI– técnica utilizada a fin de superar los casos de infertilidad masculina.

Sabido es que el tema de las técnicas de fecundación asistida aparece como especialmente delicado en razón de que su finalidad no es precisamente extender la vida o mejorarla, sino crearla.

6. Técnicas de fertilización asistida

Como ya indicáramos, en la actualidad las técnicas de reproducción asistida se pueden clasificar en dos niveles de complejidad: simples o de complejidad primaria y de complejidad secundaria.

a) Tratamientos simples

1) *Estimulación ovárica*. En esta técnica la mujer es estimulada hormonalmente para que produzca mayor cantidad de óvulos maduros (poliovulación) y así se intenta aumentar la posibilidad de obtener el embarazo, si eso no ocurre de manera natural puede asociarlo a otros métodos como la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*³⁵.

³⁵ Vega Gutiérrez, María L - Vega Gutiérrez, Javier - Martínez Baza, Pelegrin, *Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos*, Valladolid, Secretariado de Pu-

2) *Inseminación artificial*. En este tratamiento se colocan los espermatozoides que pueden ser procesados, en forma previa, en el interior del útero o frente al cuello del mismo.

Las primeras técnicas sobre reproducción asistida se remontan hacia el año 1979. Fue Hunter quien realizó en Inglaterra la primera inseminación artificial, obteniendo la gestación en una mujer con semen de su marido³⁶. Esta técnica se multiplicó a principios de este siglo en Estados Unidos de América, Inglaterra, Suecia y Rusia.

A su vez, la inseminación artificial (IA) se puede presentar en tres métodos: a) “intra vaginal”: en esta técnica se coloca el semen en la parte superior de la vagina, mediante una jeringa o se introduce en un capuchón de plástico que se coloca sobre el cerviz, debiéndose mantener seis horas antes de su retiro; b) “intra cervical” se introduce en el cuello del útero el material biológico masculino, y c) “intrauterina” se lo inyecta directamente en el útero³⁷.

Estos métodos son utilizados cuando los espermatozoides no llegan de manera natural al útero. Suele combinarse este tratamiento con la estimulación ovárica.

3) *Inseminación artificial homóloga*. Hay que distinguir entre la inseminación artificial homóloga (IAH), que fue la primera en practicarse entre cónyuges y la inseminación artificial con semen de un extraño a la cual la doctrina jurídica denomina “heteróloga” (IAD)³⁸.

La técnica de inseminación artificial homóloga puede darse en dos supuestos: a) inseminación practicada en vida, se realiza con componentes genéticos del marido y de la mujer, gestación y parto de la esposa, durante el matrimonio, en el cual se da la coincidencia biológica (nexo biológico de la generación) y la institucional de la filiación matrimonial, y b) *post-mortem*, que se da en el supuesto en el cual la mujer viuda recurre a la inseminación con semen del cónyuge fallecido, quien hubiera con anterioridad consentido dicho procedimiento para después de su muerte.

En aquellas legislaciones que regulan esta técnica (IAH) se tiene en cuenta en primer lugar el derecho del hijo nacido por técnicas de procreación artificial, a nacer en una familia estable, situación que no se daría en el supuesto de la pre-muerte del padre. Por ello, algunas legislaciones no permiten la utilización de técnicas de pro-

blicaciones Universidad de Valladolid, 1993, p. 51 y 62, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, “Bioderecho”, p. 66.

³⁶ Vidal Martínez, Jaime, *La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos*, LL, 1986-D-1013; Vega Gutiérrez - Vega Gutiérrez - Martínez Baza, *Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos*, p. 23, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, “Bioderecho”, p. 66.

³⁷ Vega Gutiérrez - Vega Gutiérrez - Martínez Baza, *Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación y aspectos bioéticos*, p. 23, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, “Bioderecho”, p. 67.

³⁸ Banchio, Enrique C., *Daño genético y responsabilidad civil*, en “Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina”, t. III, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1990, p. 167 y 168; Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, p. 135 y ss.; Zannoni, Eduardo, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, Bs. As., Astrea, 1978, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, *Bioderecho*, p. 67.

ducción asistida a mujeres solas³⁹ (conf. ley sueca de inseminación artificial) o en parejas de homosexuales.

La técnica IAH *post-mortem* es aceptada por la ley española siempre que la misma se realice dentro de los seis meses posteriores al fallecimiento del marido o compañero, siendo necesario el consentimiento previo de éste por escritura pública o testamento para reconocer la filiación legal al niño que nazca (art. 9º, inc. 2º, ley española sobre técnicas de reproducción asistida); la filiación incluye los derechos sucesorios⁴⁰. Sin embargo, la ley alemana en forma expresa y la sueca en forma implícita prohíben esta técnica, dado que consideran que el niño que hubiera sido concebido por IAH deben contar necesariamente con la presencia de ambos progenitores.

La legislación argentina nada dispone al respecto y en caso que el nacimiento se produjera después de los trescientos días del fallecimiento del cónyuge, no opera la presunción de paternidad matrimonial prevista en el art. 243 del Cód. Civil, por lo cual el hijo que hubiera sido concebido con semen del marido pre-muerto, debiera accionar contra los herederos demostrando dicha inseminación para así lograr el reconocimiento de filiación⁴¹ y de esa manera no se vería afectado su *status* jurídico como hijo así concebido (art. 240, Cód. Civil). Sin embargo, se ven afectados sus derechos hereditarios por no haber sido concebido al tiempo de la muerte “del autor de la sucesión”, conforme lo dispone el art. 3292 del nuestro ordenamiento civil.

4) *Inseminación artificial heteróloga*. Es aquella que se realiza con semen de un donante extraño a la pareja, es ampliamente difundida en aquellos países donde no existen barreras legales. Este método se puede plantear frente a dos supuestos: a) inseminación practicada en vida, y b) después del fallecimiento del tercero donante de semen.

Este tipo de fertilización debe concordarse con el anonimato que se pretende establecer al dador en apoyo de la paz familiar, con el respeto del derecho del nuevo ser a comprender su origen biológico y en consecuencia la causa de determinadas afecciones genéticas.

La ley española establece un sistema de anonimato relativo, debiendo sin embargo guardarse los datos del donante en estricto secreto y en clave en un banco y en un Registro Nacional de Donantes. Se permite a los hijos nacidos por esta técnica el derecho a obtener la información general de los donantes, correspondiendo igual derecho a la receptora de gametos. La identidad puede, en circunstancias extraordinarias y existiendo peligro para la vida del hijo, ser develada (art. 5º, inc. 5º, párrs. 1º a 3º, ley española sobre técnicas de reproducción asistida).

³⁹ Ley sueca de inseminación artificial de 1984 que establece que la inseminación de realizarse únicamente si la mujer se encuentra casada o convive con un hombre en una relación similar al matrimonio, requiriéndose el consentimiento por escrito del marido o del hombre con quien convive. En cambio la legislación española, autoriza a que toda mujer (sola o no) sea receptora o usuaria de las técnicas (art. 6º, inc. 1º, ley 35 de 1988).

⁴⁰ Carcabá Fernández, María, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 86 y 94, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, *Bioderecho*, p. 69.

⁴¹ Méndez Costa, María J. - D'Antonio, Daniel H., *Derecho de familia*, t. III, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, “Bioderecho”, p. 68.

Por otra parte, el derecho del hijo nacido por medio de esta técnica, a conocer la identidad del donante, se encuentra contemplada en la ley sueca para una vez que dicho niño alcance la mayoría de edad.

b) Técnicas de complejidad secundaria

1) *Fecundación “in vitro”*. Esta técnica que se produjo por primera vez en Inglaterra, en 1978, con el nacimiento de Louis Brown, es indicada generalmente cuando: existe esterilidad femenina por problemas en las trompas de Falopio, por esterilidad masculina secundaria, por escasez de espermatozoides, siempre que tengan un nivel aceptable de movilidad y esterilidad sin diagnóstico.

La técnica consiste en realizar previamente una estimulación ovárica, luego los óvulos son aspirados y colocados junto con los espermatozoides obtenido en la mayoría de los casos mediante masturbación en un medio extracorpóreo (frasco especial o incubadora). Si la fecundación se produce, entonces los embriones se retirarán para luego ser implantados en el útero, a través de un catéter que recorrerá el cuello uterino. El traspaso se realiza de 48 a 72 horas después.

Generalmente, los médicos recomiendan la transferencia de tres o cuatro embriones para que implante alguno. La implantación de todos los embriones obtenidos puede provocar los llamados “embarazos múltiples”, los cuales pueden acarrear consecuencias obstétricas.

La crioconservación de los embriones obtenidos por la técnica de fecundación *in vitro* (FIV) ha aparejado grandes críticas y cuestionamientos médicos, legales, éticos, sociales y religiosos. La crítica ética hace hincapié en la suspensión de la vida del embrión que se encuentra crioconservada durante un lapso de tiempo y por supuesto el destino final que se le dará si es implantado con la futura posibilidad de destrucción o descarte. Otro tema en discusión tiene que ver con la propia manipulación del embrión y si ello afecta su dignidad.

También se debaten los probables daños psicológicos que podría ocasionar en el ser que hubiera nacido luego de un crioconservación, durante su estadio embrionario.

Existen otras prácticas posibles que se unen con la FIV y son: a) donación de gametos; b) congelamiento de embriones; c) donaciones de embriones, y d) cesión de úteros (maternidad sustituta).

Para algunos especialistas médicos esta técnica es de alta complejidad y sobre todo debe utilizarse como último recurso, que sólo debe indicarse ante un factor tubario o luego de un fracaso de un GIFT, o cuando existe desarmonía entre trompa y ovario, o en el caso de existir un factor inmunológico contrario al desarrollo del embrión⁴².

⁴² Dr. Nicholson, conferencia brindada el 17/11/95 en Mar del Plata, en el marco de las Primeras Jornadas Argentina y Latinoamericanas de Bioética, citado por Messina de Estrella Gutiérrez, “Bioderecho”, p. 72.

2) *Transferencia intratubaria de gametos (GIFT)*. Esta técnica fue creada por el doctor argentino Ricardo Asch en Estados Unidos de América y se utiliza cuando no funciona la inseminación artificial, pero las trompas permiten la concepción.

La técnica consiste, si al menos hay una trompa de Falopio sana, en colocar en la misma los óvulos (extraídos previamente con una aguja mediante laparoscopia) y espermatozoides y de esa manera la concepción se produce en el cuerpo de la mujer y no en un medio extraño.

3) *Transferencias intratubarias de ovocitos fertilizados o de embriones (PROST, TET, ZIFT)*. Constituyen variantes de la FIV, pues luego de efectivizada una fecundación *in vitro*, se coloca en la trompa el embrión resultante.

Según el estado del desarrollo del embrión, varían las denominaciones. En el ZIFT la transferencia se efectúa luego de 36 horas de la fertilización, en el TET (transferencia del embrión a las trompas) a los dos días.

En el PROST (transferencia de pronúcleos a las trompas) se transfiere un embrión de sólo 24 horas, cuando los núcleos del óvulo y del espermatozoide todavía no se han unido. Para algunos especialistas los ovocitos pronucleados no son embriones.

Estas técnicas sólo se utilizan cuando fracasan la aplicación de las otras y/o cuando el semen es de baja calidad.

4) *Otras técnicas de micromanipulación*. a) PZD. En el laboratorio se le realiza un corte a la zona pelúcida que cubre el óvulo para facilitar el ingreso de los espermatozoides. b) SUZI. Se inyectan espermatozoides bajo la zona pelúcida del óvulo. Esta técnica y la PZD se dejaron de utilizar con la aparición de la ICSI. c) ICSI (técnica intracitoplasmática). El primer caso de nacimiento por esta técnica se registró en Bologna, Italia y el segundo en Argentina en diciembre de 1997. Es un método variante de la FIV. Consiste en la inyección de un solo espermatozoide en el interior del óvulo descongelado tras haberse conservado en frío. Se recomienda cuando la cantidad o calidad de los espermatozoides es baja o con previos resultados negativos de la FIV. Constituye una técnica esperanzadora el congelamiento de los óvulos sobre todos para aquellas mujeres que deben someterse a tratamientos con drogas oncológicas y extirpación de ovarios. d) *Assisted hatching*. Se realiza una abertura pequeña en la zona pelúcida del embrión para ayudarlos a desprenderse de ella e implantarse en la pared del útero.

Todas las técnicas de fertilización asistida comportan riesgos y complicaciones de diversa índole, razón por la cual es importante contar siempre con el consentimiento informado libre, explícito y por escrito de las parejas que vayan a someterse a técnicas de procreación artificial. Éstas deberán aplicarse bajo responsabilidad médica tanto del profesional como del establecimiento en donde se realicen y deben abarcar toda la información concerniente al procedimiento, las oportunas investigaciones para reducir el riesgo de transmitir infecciones y sobre cualquier daño previsible en la madre y/o el niño al nacer.

5) *Maternidad subrogada o cesión de útero*. Esta práctica que se ha dado en llamar “maternidad subrogada”, traducción de la expresión “*surrogate motherhood*”, comprende los supuestos: maternidad sustituta, gestación por cuenta de otro o por

encargo, alquiler de útero, alquiler de vientre, madre de alquiler, madre suplente, portadora o biológica y maternidad de sustitución.

Explicitadas las técnicas de reproducción humana asistida, analizaremos a continuación la incidencia de la biogenética y los problemas que se suscitan en torno a la filiación, a la disposición de los embriones tanto en la fecundación corporal como en la extracorporal, así como la necesidad de que exista en nuestro país una regulación jurídica para que las cuestiones conflictivas que se planteen no queden sólo reservadas a la interpretación judicial.

Para ello tenemos que distinguir previamente la fecundación corporal de la extracorporal y dentro de la primera la inseminación homóloga de la heteróloga.

7. Fecundación corporal

La fecundación corporal, la que se realiza en el cuerpo de la mujer que desea procrear, puede ser homóloga o heteróloga.

Como dijéramos, la inseminación homóloga es la inseminación artificial con semen del marido y en líneas generales se practica en los casos de impotencia del hombre o vaginismo de la mujer, es decir ambos cónyuges pueden ser fértiles pero la fecundación no es posible a través del acto sexual.

En este supuesto de inseminación homóloga, el marido puede iniciar una acción de impugnación de paternidad y aducir como fundamento de su pretensión que no mantuvo relaciones sexuales con su mujer en el período de concepción. Aquí fácilmente, podrá repelerse la acción, si la mujer acredita la realización de la inseminación artificial o, en caso de imposibilidad de producir ésta, la prueba biológica de ADN que establezca el vínculo del niño con su progenitor.

Pero los mayores problemas se suscitan con la inseminación heteróloga, es decir la que se practica con semen de un tercero: un dador o donante, y que se utiliza generalmente en los casos en que el marido es estéril, cuando éste es portador de alguna anomalía respecto de sus cromosomas y también en casos de incompatibilidad del factor RH⁴³.

Si la inseminación artificial heteróloga se realiza sin consentimiento del marido, ninguna duda cabe respecto de la posibilidad que tiene éste de plantear la acción de impugnación de paternidad.

Más difícil de resolver es el problema que se plantearía en el supuesto de que el marido haya prestado el consentimiento para realizar la inseminación heteróloga y pretenda impugnar su paternidad. Ello, pues están en juego varios factores que se deberán analizar a la luz de las normas nacionales y supranacionales, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es así que una interpretación a favor de la irrealidad del vínculo entre el impugnante y el niño, le daría legitimación al primero –a pesar de haber prestado su con-

⁴³ Bossert, Gustavo A. - Zannoni, Eduardo A., *Manual de derecho de familia*, 6ª ed., Bs. As., Astrea, 2005, p. 470.

sentimiento con el tipo de inseminación— para la acción de impugnación de paternidad, de lo que se trataría según esta posición, es de que exista concordancia entre el vínculo biológico y el jurídico.

Pero es difícil no considerar en tal supuesto, la conducta asumida por el marido que concertó con su esposa la realización del tratamiento para procrear un hijo y luego, ejercer una conducta contraria a sus propios actos, al pretender impugnar su paternidad violando la buena fe que debe primar en todo acto entre personas. De allí que otra interpretación vedaría la posibilidad para el marido de ejercer esta acción fundada en la estabilidad que debe regir las relaciones de familia, en analogía con lo dispuesto por el art. 259 del Cód. Civil cuando establece un plazo de caducidad de un año para que el marido ejerza la acción de impugnación de paternidad.

Esta postura es la seguida por la mayor parte de las legislaciones de otros países. Para citar algunas, la ley helénica de fecundación asistida (ley 3089/2002) expresamente establece que la impugnación de paternidad no corresponde si el marido consintió la fecundación asistida de su cónyuge⁴⁴. En igual sentido, la ley española de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida, contiene una norma especial que impide a los cónyuges impugnar la filiación si consintieron la contribución del donante⁴⁵.

En nuestro país el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998 contiene una disposición expresa: “*No es admisible la impugnación de la paternidad si el marido consintió la fecundación artificial de la cónyuge o la implantación de un óvulo fecundado con gametos provenientes de un tercero, sea tal consentimiento lícito o ilícito*”. Como observamos esta solución es aplicable tanto en el supuesto de que el óvulo fecundado le pertenezca a la esposa, como si fuera de otra persona.

Tampoco hay uniformidad doctrinaria en cuanto a la posibilidad que tiene el hijo en el supuesto de inseminación artificial heteróloga, de impugnar la paternidad del marido de su madre, para conocer su realidad biológica y abrir la puerta de una acción de filiación y de este modo ser emplazado como hijo del dador o donante del semen.

En efecto, para algunos, el hijo no podría impugnar la paternidad de quien consintió la fecundación de su esposa con gametos de un tercero, pues así evitaría la posibilidad de colocar al hijo en una situación de enfrentamiento con el marido de su madre, ello unido a la dificultad subsiguiente para identificar al donante en una posterior acción de reclamación de estado⁴⁶.

Otra posición sostiene que en todo momento, por aplicación analógica del art. 259 del Cód. Civil, tendría el hijo la posibilidad de impugnar la paternidad del marido de su madre en este supuesto de inseminación heteróloga y aunque el consenti-

⁴⁴ Carnaval de Fainguersh, Alicia, *La ley helénica de fecundación asistida*, en “Derecho de Familia”, n° 30, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As., Lexis Nexis, p. 203 y siguientes.

⁴⁵ Cánovas, Diego, *La fecundación artificial humana según la ley del 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida*, en “Derecho de Familia”, n° 6, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991, p. 28.

⁴⁶ Sambriizzi, Eduardo A., *La fertilización asistida y las prácticas eugenésicas en el Proyecto del Código Civil de 1998*, ED, 189-660/661.

miento del marido le vede la posibilidad de accionar a él, al conocer el hijo el origen de su gestación puede simultánea o posteriormente a la acción de impugnación de paternidad, reclamar judicialmente su filiación con el dador del semen.

Como advertimos, todos estos planteos requieren una ley específica que contemple la variedad de supuestos en la materia. Sin perjuicio de ello, compartimos lo sostenido por Zannoni⁴⁷ cuando dice que no siempre y prioritariamente deben concordar ambos aspectos (emplazamiento familiar y realidad biológica) puesto que el presupuesto biológico no constituye un valor absoluto cuando en el caso concreto se lo pone en relación con el auténtico interés superior del menor, de acuerdo con las circunstancias.

A modo de reflexión, como se estableciera en la Exposición de Motivos de la ley de reproducción artificial española, *“pueden la maternidad y la paternidad biológicas, serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo”*⁴⁸.

8. Fecundación extracorporal. Conclusión

Esta fecundación, que como su nombre lo indica se produce fuera del cuerpo de la mujer, ya hemos dicho que ha implicado un avance extraordinario en la solución de los problemas de infertilidad. Pero como todo avance científico surgió la necesidad de impedir que se violen límites éticos, a modo de ejemplo con la manipulación de embriones, las terapias genéticas, etcétera.

Por otra parte, comenzaron a suscitarse diversos interrogantes en lo que hace a la adjudicación de la maternidad y paternidad cuando la fecundación es extracorporal. Así, como cuando una madre biológica tiene dificultad o imposibilidad de llevar a buen término un embarazo y debe recurrir a otra mujer a la que se le transfiere en su útero el embrión propio.

En este orden de ideas, aparecen las nociones de “madre biológica”, la que aporte el óvulo fecundado y “madre portadora”, la que alumbró al niño, con el consiguiente interrogante sobre a cual de ellas se le adjudica la maternidad. Esto se ve agravado si la “madre portadora” no lo realiza por razones altruistas, sino que lo asume por un precio, lo que se denomina “alquiler de vientre” y los problemas que acarrea la validez de tales contratos.

Todos estos interrogantes deberían ser considerados en una ley de fertilización asistida, sin perjuicio que ante el vacío legal en nuestro sistema, en el cual según dispone el art. 242 del Cód. Civil *“la maternidad quedará establecida aún sin reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”*, si se planteara una acción de impugnación de la maternidad promovida por la madre biológica (a la que pertenecía el óvulo fecundado), contra la madre portadora, ésta sería re-

⁴⁷ Zannoni, Eduardo A., *Adopción plena y derecho a la identidad personal (La verdad biológica: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?)*, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), “El derecho de familia y los nuevos paradigmas”, t. 1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.

⁴⁸ Cánovas, *La fecundación artificial humana según la ley del 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida*, p. 29.

chazada, pues en nuestro derecho la madre es aquella que alumbró al hijo “*partus sequitur ventrem*”.

Esta es la solución que contempla expresamente el Proyecto de Reformas al Código Civil de 1998 que dispone que “*la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita*”.

En igual sentido la ley de reproducción asistida española, claramente determina la filiación de los hijos nacidos en la gestación por sustitución ya que dispone que la maternidad “será determinada por el parto”. También la ley helénica establece que cuando la madre está casada, la madre será aquella que de a luz al niño.

En cuanto a la determinación de la paternidad en caso de que la mujer portadora sea casada, en nuestro derecho regiría la presunción de paternidad del marido de ésta, quién posteriormente podría impugnar la paternidad en los términos del art. 259 del Cód. Civil.

Otro de los problemas que plantea la maternidad por sustitución es el de la validez de los contratos en los que se conviene la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Por estos contratos se “alquilan los vientres” de las madres portadoras gratuitamente o estableciéndose un precio y, hasta en algunos países, con la intervención de intermediarios.

En líneas generales la mayoría de las legislaciones en esta materia proscriben los contratos onerosos (así, España, Grecia, Francia, entre otros)⁴⁹. En nuestro país los proyectos de ley de fecundación asistida los prohíben. Así el Proyecto de Ley de reproducción humana asistida de los senadores Laferriere y Storani, establece que “*El contrato de maternidad subrogada es nulo. La mujer que dio a luz al niño no podrá obligar a terceros en razón del contrato de esta naturaleza*”. También el Proyecto de ley de la diputada Florentina Gómez Miranda –técnicas interdisciplinarias de reproducción humana asistida– dispone que “*Será nulo de nulidad absoluta el contrato con o sin precio por el que se convenga la gestación de un hijo a cargo de una mujer que renuncia a su filiación materna a favor del o los contratantes o de un tercero*”.

Estos acuerdos provocan una situación de incertidumbre acerca de la filiación, pues respecto de la determinación de la maternidad quiebran el principio tradicional de que “el parto sigue al vientre” y crean un conflicto de intereses entre la maternidad legal (la determinada legalmente por la prueba del parto) y la maternidad biológica (que es la derivada del aporte genético del óvulo fecundado), con los consiguientes problemas en el campo de la patria potestad.

Así, en un fallo polémico, un Tribunal de Casación de Francia en 2002 rechazó el pedido de privación de la autoridad parental de la madre portadora con filiación acreditada, quién al nacimiento de dos hijos gemelos por fecundación *in vitro* se desentendió de los mismos y los entregó al momento del alumbramiento a los padres genitores. Éstos, que los criaron y educaron se encontraron sin ningún derecho respecto de los niños pues la filiación de los mismos fue establecida en relación al

⁴⁹ Arias de Ronchietto, Catalina E., *Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial*, en Borda, Guillermo A. (dir.), “La persona humana”, Bs. As., La Ley, 2001, p. 57.

padre y madre portadora. En definitiva, este Tribunal con su decisión, creó una situación que evidentemente acarreó graves prejuicios a los niños privándolos de todo lazo jurídico con sus progenitores biológicos⁵⁰. ¿Compatibiliza esta decisión con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño? Entendemos que no.

Sin perjuicio de que en nuestro país no existe una legislación específica de fertilización asistida, si se demandara por un contrato de “alquiler de vientre” la demanda no podría prosperar, pues como sostiene Zannoni⁵¹, no es posible negociar sobre el estado de familia de las personas.

Por otra parte, la donación de óvulos para la concepción por cuenta de otros, como la venta de semen para inseminación heteróloga han merecido la general repulsa. El art. 953 del Cód. Civil fulmina de nulidad el acto jurídico cuyo objeto sea ilícito, contrario a las buenas costumbres, o recayera sobre cosas que no estuvieran en el comercio⁵².

La ley española considera que es nulo de pleno derecho aquel contrato que se celebra para la gestación por un precio o gratuito, a cargo de una mujer que renuncia a la maternidad a favor del contratante o de un tercero (art. 10, inc. 1º, ley española sobre técnicas de reproducción asistida). Ahora bien, si en contravención a la ley se celebrara un contrato para gestar un hijo por encargo, la filiación de los hijos así nacidos por “gestación de sustitución” será determinada por el parto (art. 10, inc. 2º de la ley indicada).

Otro de los debates que origina el tema de la reproducción humana asistida es la problemática de la congelación de embriones y la necesidad de un control por parte de la autoridad pública por las implicancias que el avance de la ciencia puede tener en la generación de la vida humana. Interrogantes acerca de la necesidad de protección jurídica del embrión humano y la posibilidad de manipulación de los gametos y de los embriones.

Como hemos explicitado, han sido decisivas en la materia, las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante tiempos considerables el semen y óvulo para su posterior utilización en un proceso de fertilización.

A esto se suma el problema de los embriones sobrantes, pues en las técnicas de fertilización extracorporal se extraen varios óvulos, pero una vez que se transfieren los embriones necesarios al útero de la mujer, quedan embriones sobrantes los que son conservados en laboratorios a muy baja temperatura. Así es como se originan los bancos de semen y de óvulos.

Estas técnicas suscitan una serie de interrogantes: ¿Pueden utilizarse esos embriones sólo para la investigación científica? ¿Pueden ser cedidos a otras parejas? ¿Qué ocurre con la inseminación post-mortem? ¿Se deben controlar los centros

⁵⁰ Corte de Casación, Sala I, 2003, fallo 525-F-D, citado en “Derecho de Familia”, n° 28, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Bs. As., Lexis Nexis, p. 186 y 187.

⁵¹ Bossert - Zannoni, *Manual de derecho de familia*, p. 476.

⁵² II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (1992) firmaron esta recomendación los profesores doctores Bueres, Kemelmajer de Carlucci, Parellada, Leiva, Boulín, Gesualdi, Tanzi, Alterini, López Cabana y Messina de Estrella Gutiérrez.

de fecundación asistida? ¿Los donantes deben ser anónimos? ¿Se debe resguardar la identidad de las personas involucradas?

En este orden de ideas se han sustentado diversas posiciones en cuanto al alcance de la investigación científica respecto de embriones congelados, desde la que le niega a ésta toda gravitación por considerar que se trata de “personas” hasta la que considera que es de gran utilidad para determinar posibles afecciones genéticas, en fin, para lograr beneficios a la humanidad⁵³.

En nuestro país, un fallo polémico, nuevamente introdujo el debate en la problemática de la congelación de embriones. Así, a raíz de una acción de amparo iniciada por un particular en protección del embrión congelado al que consideró persona, con lo que ello implica en cuanto a sus derechos, la Cámara Civil decidió que “producida la fecundación *in vitro* y concebido el ser humano, cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”, ello agrega, no implica el desconocimiento del derecho de sus padres a procrear y ejercer la patria potestad sobre el mismo ni de los médicos a desempeñar su profesión, ni de los miembros de la comunidad a beneficiarse con los frutos de la investigación científica, pero ninguno de estos derechos relativos puede ejercerse por sobre el derecho a la vida y a la integridad.

Agrega que en nuestro ordenamiento legal y constitucional la existencia de las personas comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida, el que tiene carácter fundamental pues constituye el presupuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos.

En consecuencia, ordena al secretario de salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos prenucleados existentes a la fecha del pronunciamiento y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas, procediendo a la individualización de esos embriones, de los dadores de los gametos y de las asociaciones y profesionales. Asimismo, ordena prohibir toda acción sobre dichos embriones que impliquen su destrucción y experimentación y establece que toda disposición material o jurídica de esos embriones u ovocitos se concrete con la intervención del juez de la causa, quien deberá resolver con participación del Ministerio Público. Por último, encomienda al Ministerio de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación en la materia⁵⁴.

A raíz de este fallo y ante el incumplimiento por parte de los institutos de fecundación asistida de informar la cantidad de embriones congelados y la identidad de los dadores, amparándose en el secreto profesional y el derecho a la intimidad, en etapa de ejecución se designó un tutor especial de los embriones en estado de criopreservación y se les impuso una multa a estos institutos de fertilización, lo que ori-

⁵³ Loyarte, Dolores - Rotonda, Adriana, *El desafío bioético de la fecundación asistida. Necesidad de protección jurídica del embrión humano*, ED, 163-996; Portela, Jorge G., *Algunas apostillas en torno a la protección jurídica de los ovocitos prenucleados y otros dilemas bioéticos*, ED, 187-1475; Oppenheim, Ricardo, *¿De qué hablamos cuando nos referimos al derecho a la identidad en los casos de fecundación humana asistida?*, ED, 163-989.

⁵⁴ CNCiv, Sala I, 12/3/99, “Rabinovich, Ricardo s/amparo”.

ginó nuevas polémicas entre el Poder Judicial, los centros de fecundación, las parejas que desean procrear y toda la comunidad científica⁵⁵.

Entendemos que estos fallos y las implicancias que tienen en la sociedad, con debates no resueltos y polémicas entre todos los involucrados, no hacen más que evidenciar la imperiosa necesidad del dictado de una ley de reproducción humana asistida, donde se asienten los principios rectores para que cada uno ajuste su conducta a dichos lineamientos por ser normas de carácter general y obligatorio.

Para ello se requiere un debate serio y conciente de toda la sociedad sobre estos tópicos tan trascendentes, coincidiendo plenamente con Levy en que *“dicha normativa deberá tener como pilares básicos principios tales como el respeto a la vida y a la dignidad humana... debida protección de los usuarios de estas técnicas mediante un eficiente contralor de los centros médicos y fundamentalmente clara conciencia de que no todo lo científicamente posible es éticamente aceptable”*⁵⁶.

© Editorial Astrea, 2006. Todos los derechos reservados.



⁵⁵ Ver diario “La Nación”, 24/7/05.

⁵⁶ Levy, Lea, *Fertilización asistida*, nota a 1ªInstCiv, 28/4/95, “Derecho de Familia”, n° 10, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, p. 175 y siguientes.