



Facultad de Derecho

Carrera: Abogacía

Trabajo final

FECUNDACIÓN ASISTIDA POST MORTEM

ALUMNA: JOSEFINA HAYDÉE ROJAS

TUTORA: DRA. JOSEFINA RITA SICA

AÑO: 2007

INDICE GENERAL

INTRODUCCION.....	4
CAPITULO I:	
1. BIOÉTICA	10
2. PRINCIPIOS BIOÉTICOS	16
CAPITULO II:	
1. FECUNDACIÓN ASISTIDA: CONCEPTO	18
2. ANTECEDENTES	24
CAPITULO III:	
1. APORTES JURÍDICOS	28
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN	32
3. TEORIAS SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA.	36
CAPITULO IV	
1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	40
2. DIAGNOSTICO PRENATAL	44
CAPITULO V:	
1. ESTERILIDAD	51
2. MATERNIDAD SUBROGADA	57
CAPITULO VI	
1. FECUNDACIÓN ASISTIDA POST MORTEM	65
2. TRATADOS INTERNACIONALES	73
CAPITULO VII:	
1. DERECHO COMPARADO.....	76

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

(i) GRAN BRETAÑA	78
(ii) ALEMANIA	79
(iii) ESPAÑA	82
(iv) FRANCIA	91
(v) ITALIA	91
(vi) PAISES BAJOS	92
(vii) ESTADOS UNIDOS	92
2. PROYECTOS DE FECUNDACIÓN ASISTIDA	98
3. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS ...	100
CAPITULO VIII:	
1. DERECHO A LA VIDA	103
2. FILIACIÓN	109
3. CONCLUSIÓN	111
BIBLIOGRAFIA.....	121

INTRODUCCIÓN

La constante evolución en los avances científicos y tecnológicos, han permitido al hombre adquirir conocimientos insospechados no sólo sobre sí mismo, sino también sobre el mundo que lo rodea.

En esta evolución, la bioética adquiere características relevantes ya que de alguna manera señala los límites al poder de la ciencia y a dar respuestas que compatibilicen a ésta con la dignidad de la persona humana.

Un ejemplo de estos avances es “El Proyecto Genoma Humano”, a través del cual se abren las puertas al conocimiento de las características más ínfimas que conforman a una persona determinada, incluyéndose además, información acerca de las predisposiciones de su grupo familiar; posibles enfermedades, males congénitos y todos aquellos datos que de la información genética se puedan derivar.

Los beneficios pueden ser muchos, la vida humana podría prolongarse y muchas de las enfermedades detectadas podrían prevenirse y evitarse. Sin embargo, el estudio del genoma humano trae aparejado una gran diversidad de problemas éticos, científicos, religiosos y jurídicos que de alguna manera parecen empañar en algún punto, las bondades antes señaladas.

En el campo de la biogenética, los avances científicos presentan cuestiones nuevas que han dejado en manos del hombre la posibilidad de generar, modificar o prolongar artificialmente su vida, a través de la ingeniería genética, la fecundación artificial, las terapias génicas, la experimentación humana, etc.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Las conquistas en el campo de la ingeniería genética se han comparado a la invención del fuego, de la escritura; o como señala el Dr. Gustavo Bossert en relación a estas técnicas: “...son junto a la fisión del átomo y la salida al espacio, los logros científicos de este siglo que, seguramente, más hondamente van a incidir en el futuro del hombre; cada uno de ellos ofrece posibilidades notables de contribuir al bienestar, pero también a la desviación y a la catástrofe, si no prevalece la prudencia en la aplicación y perfeccionamiento de esas conquistas”¹.

En los últimos años la búsqueda de un remedio para la infertilidad ha sido constante, como así también las repercusiones en el campo de la moral, la ética y el derecho. Como lo explica Federico Hooft: “...Esa irrupción de la revolución biológica y la incorporación creciente de tecnología de avanzada en el campo de la medicina humana, nos permite ver que esta nueva realidad requiere, hoy más que nunca, de una profunda reflexión ética, que logre integrar todo dentro de una dimensión verdaderamente humana”².

A partir de la fecundación artificial, la fecundación *in vitro*, la congelación de los óvulos fecundados, de los espermatozoides, etc., se generan innumerables problemas jurídicos como ser los relativos a la filiación, la determinación de la paternidad respecto de los niños concebidos a través de fecundaciones artificiales; el derecho de las personas de sexo femenino a ser fecundadas con espermatozoides congelados del marido fallecido, o la preservación o destrucción de embriones congelados, generados por personas fallecidas en un accidente, también planteado en la realidad y casos como el manejo genético, que el Derecho deberá resolver.

¹ BOSSERT, Gustavo “Fecundación Asistida”, Rev. J. A., 16- 11- 88.

² HOOFT, Pedro Federico, “Bioética y Derecho, Rev. Jurídica “El Derecho”, Bs. As., 20- 06- 89, Pág. 2; Quien cita a su vez al bioeticista holandés Paul Schotsmans.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Desde el primer nacimiento mediante fertilización *in vitro*, ocurrido en 1978, en que nace en Inglaterra Louise Brown, el “primer bebé de probeta”, casi un millón de niños nacieron como resultado del uso de estas técnicas, que en algunos países europeos involucra alrededor del cinco por ciento de los nacimientos.

Sin embargo, el éxito de estas técnicas todavía es bajo y su accesibilidad depende de las políticas en materia de salud e investigación; o como lo ha señalado Gonzalez García: “La industria de la salud no puede por sí sola ponerse límites. Tampoco los médicos que, entre otras cosas, han sido entrenados y educados para hacer todo lo disponible a los pacientes. Pero cuando la frontera tecnológica avanza en un salto descomunal, exige de toda la sociedad para imponer los nuevos tratados de límites. No pueden solo los médicos, escudados en la falsa neutralidad de la ciencia, determinar cuestiones tan delicadas como la vida y la muerte. Mucho menos cuando para algunos sectores cualquier intento bioético de poner límites morales y racionales supone una amenaza para sus ingresos económicos”³.

Según un informe de la Organización Mundial de la Salud (año 2002)⁴, alrededor de ochenta millones de personas son estériles y la mayor incidencia se registra en los países pobres donde es más difícil el acceso a servicios de atención y a las técnicas de reproducción asistida.

En estos países la esterilidad es provocada en gran parte por infecciones del tracto genital posteriores a abortos mal realizados,

³ GONZALEZ GARCIA, Ginés, Diario CLARÍN, Bs. As., 22- 11- 94, Pág. 17.

⁴ Proyectos de Ley sobre Técnicas de Fecundación Asistida, 02- 09- 2002. www.eticacyt.gov.ar/proyectos; 04- 11- 04.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

infecciones, enfermedades sexualmente transmitidas y tuberculosis pelviana.

En lo que se refiere a reproducción humana asistida hay dos grandes líneas de pensamiento moral enfrentadas entre sí: quienes se oponen rotundamente a la fecundación artificial por considerarla una intervención maligna del hombre, deshumanizante; y quienes entienden que el progreso de la ciencia es útil, defienden la premisa de no limitar la ciencia.

Este trabajo final, tratará el tema de la *Fecundación Asistida Post Mortem*, y como consecuencia de ello, es necesario que el legislador pueda dar una pronta solución a este problema, mediante el dictado de una ley que regule todos estos aspectos y posibilite a la viuda que se encuentra en esta situación de incertidumbre, de poder realizar sus deseos de ser madre, para lo cual y según propongo, deberá cumplir con determinados requisitos que son indispensables al momento de la realización de esta técnica; como por ejemplo, que se realice en un lapso no mayor a los seis meses, al igual que en la legislación española, a partir del deceso del esposo, y siempre que exista consentimiento por escrito del marido que ha fallecido.

Dado la complejidad del tema, comenzaré por mencionar los aspectos más sobresalientes de la bioética, para luego ingresar a la fecundación asistida, las distintas técnicas que se emplean, los aportes jurídicos, la naturaleza jurídica del embrión, el consentimiento informado; el diagnóstico prenatal, que es una de las nuevas formas de la medicina y que no puedo dejar de nombrarla porque desde su aparición ha adquirido particulares y profundas manifestaciones, ya que viene a ser como una forma de medicina preventiva que se ha propuesto evitar las enfermedades y anticiparse a su aparición.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Otro punto no menos importante es el relacionado con la esterilidad, sus causas, que, finalmente hace que las mujeres tengan que recurrir a técnicas de reproducción asistida. El interés médico por la investigación de las causas, la prevención y los paliativos de la esterilidad han dado lugar a los nuevos estudios tendientes a perfeccionar las modernas técnicas de procreación medicamente asistida.

El derecho no puede ser ajeno a estos cambios y debe acompañar este proceso dando el encuadre ético y jurídico adecuado que permita armonizar estos nuevos conocimientos con el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la intimidad, a la información. Es función del derecho garantizar la unidad del sistema social y contribuir a la creación y estabilización del ordenamiento general de una sociedad futura, definiendo el concepto de persona humana al delimitar el desarrollo de la ciencia, que al ser una conducta humana, es jurídicamente regulable. No debe olvidarse que el objetivo siempre es el bienestar del hombre y la humanidad. No debe descuidarse la noción de los límites humanos, éstos deben ser precisados y ser ubicados en obediencia a la ley⁵.

Ahora bien, estos cambios reclaman una continua adaptación de principios a los cuales el hombre debe enfrentar y hacer una elección: qué es lo bueno y qué es lo malo; lo cual a su vez implica juicios morales que resultan ineludibles.

⁵ Zamudio, Teodora. Los conceptos de persona y propiedad, la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas. Cuadernos de Bioética. N° 0. Ad-Hoc. 1996. Págs. 87-98.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Se debe tener en claro que el tema de la reproducción humana artificial no sólo es abordado por científicos o políticos, sino por toda la humanidad.

En este trabajo de fecundación asistida *post mortem*, también trataré de puntualizar los aspectos más importantes relacionados con la maternidad subrogada, tratados internacionales, el derecho comparado y las leyes existentes en cada caso, los proyectos de fecundación asistida presentados en el Congreso de la Nación, el comienzo de la existencia de las personas, el derecho a la vida; y la conclusión a la que he llegado; pero sobre todo es importante señalar que los avances científicos están instalados en nuestra sociedad y que el legislador debe dar respuestas a estas situaciones, para que en un futuro cercano las personas tengan la protección del Derecho y podamos vivir en una sociedad libre y organizada. El estado no debe interferir en la elección y adopción de planes de vida e ideales de excelencia humana, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de esos ideales⁶.

Cuando se requiere la actuación del derecho no sólo se tiene en cuenta su poder de coacción, sino principalmente que opera también como un “disuasivo”, ya que no se presenta la necesidad de recurrir a la fuerza cuando los derechos y deberes de cada uno son comprendidos y respetados⁷.

⁶ Nino, Carlos S.: *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de Fundamentación*. Ed. Astrea. 2º ed. ampliada y revisada. Bs. As. 1989.

⁷ Hoof, Pedro F. E.D. Tomo 124. Pág. 685.

CAPITULO I

1. BIOÉTICA

El creador del término, Van Rensselaer Potter, la definió como un “puente entre el mundo de los ‘hechos’ científicos y el de los ‘valores’ humanos. Las ciencias biomédicas han progresado espectacularmente en el último medio siglo, pero la reflexión sobre los valores en juego en todas esas nuevas situaciones no se ha desarrollado al mismo ritmo⁸. No es exagerado decir que la Bioética constituye el nuevo rostro de la ética científica. La ciencia es hoy, a la vez, la gran amenaza y la gran esperanza de la vida humana⁹.

El avance de la tecnología ha acelerado el proceso de despersonalización del protagonista de la medicina y la biología. En lo que se refiere a técnicas de procreación asistida, los avances se traducen en la posibilidad de satisfacer los deseos de maternidad de aquellas personas que no pueden obtenerlo en forma natural. Pero a la vez, generan el temor de desarrollar una sociedad friamente estructurada, dominada por la tecnología, prescindiendo del derecho a la vida y a la dignidad del ser humano.

Es así, como a fines de la década del 70’, ingresa al panorama de la ciencia, la bioética (del griego bios: vida; y ethiké: moral), es la disciplina que habla de valores morales y se define como “el estudio sistemático de la condición humana en el área de las ciencias de la vida y el cuidado de la salud, en cuanto a que dicha conducta es examinada

⁸ Gracia, Diego. La Bioética: un intento de ayudar a la reflexión. 28/07/2006. <http://websalud.com/articulo.htm>. 19/09/2006.

⁹ Luksic Dubravcic, Antonio. Bioética. 05/08/2006.

www.portalesmedicos.com/publicaciones/articulos/90/1bioetica.htm 19/09/2006.

a la luz de los valores y los principios humanos”¹⁰. “Cuando hablamos de Bioética, nos referimos a todo lo relacionado con la vida y la salud humana y el modo en que debemos enfrentar temas que no existían en otras épocas”¹¹.

En este contexto, un sector de la doctrina ha comenzado a referirse al “Bioderecho”, conceptualizándolo como aquel que “pretende ser una respuesta jurídica a todo este nuevo universo, que incluye la valoración hecha por la ética social. En nuestro país, Ciuro 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 derecho”¹².

La medicina ha tenido y tiene una marcada relación con la bioética y para poder comprenderla es necesario realizar un abreviado resumen de la evolución del pensamiento médico a través de los tiempos, pensamiento que estuvo regido por reglas éticas. En esta compleja tarea se hace difícil plantear en pocos renglones los paradigmas morales de la historia de Occidente.

Pero quien resume la evolución del pensamiento humano en estos temas es el español Diego Gracia, quien sostiene que “Desde hace dos mil quinientos años, el pensamiento pitagórico en Occidente y las enseñanzas taoístas en Oriente, sentaron las bases de la filosofía médica acentuando los principios de la armonía y el equilibrio: la ética médica utilizaba para discernir lo bueno de lo malo un criterio naturalista.

¹⁰ CORDOBA, Jorge E.; SÁNCHEZ TORRES, Julio C., Fecundación Humana Asistida: Aspectos Jurídicos Emergentes, Ed. Alveroni, Febrero 2000.

¹¹ Entrevista a Amnon Carmi. Diario Clarín. 28/05/06. Supl. Zona.

¹² Ciuro Caldani, Miguel, A. La elaboración de las normas del Bioderecho. J.A. 1998-IV-704.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Desde los escritos que la tradición atribuyó al médico griego Hipócrates de Cos, la ética médica identificaba lo bueno con el “orden natural”. Similar esquema de pensamiento han sostenido los teólogos cristianos de la Edad Media, para los cuales el orden natural era formalmente bueno por ser obra de Dios.

Este esquema de pensamiento se trasladaba a todas las órbitas: orden sobre cosas materiales, sobre los hombres, la sociedad y la historia misma. A lo largo de todos esos siglos no existió verdadera ética médica, si por ella se entiende la moral autónoma de los médicos. Existió otra cosa, que el autor denomina ética de la medicina¹³.

La bioética nace cuando la biología comienza a enfrentarse con temas éticos. Esta disciplina se sostiene sobre la base de la humanización de las ciencias; humanismo, es la búsqueda de la condición esencial del hombre, es decir, ubica al hombre en el centro de la realidad¹⁴.

Como lo explica Mainetti, aparece en nuestro panorama la introducción del sujeto moral en medicina, esto es, la promoción del agente racional y libre en la relación médico-paciente, a partir del principio de autonomía y junto a él, los de beneficencia y justicia como términos del juicio médico en medicina.

La bioética se propone hallar una base racional y humana a la conducta de los hombres en el tratamiento de problemas que plantean la vida y la ciencia. Es necesario que los avances científicos-técnicos de la biología, se orienten hacia una promoción de la calidad de vida individual y social, personal y ambiental. En palabras de Mainetti: “La bioética es el

¹³ GRACIA, Diego: Fundamentos de Bioética. Ed. Eudema. Madrid. 1989. Pags. 15 a 19.

¹⁴ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana. Procreación Artificial. Ed. Depalma. 1995. 2º ed. Págs. 12-13.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

sistema de ética científica (“científica”, por su fundamentación y por su aplicación), más logrado hasta el momento como expresión de la moral civil en los países avanzados”¹⁵.

Las técnicas de fertilización generan grandes problemas a la ética desde sus inicios, ya desde un punto de vista técnico, como en las implicaciones morales de ella. La transmisión de vida humana trae consigo aparejada un conjunto de dimensiones que afectan a lo más profundo de la persona.

Problemas como las manipulaciones posibles en el embrión mediante el procedimiento de la ingeniería genética, que podría predeterminar los caracteres físicos de la persona por nacer, tentaría a muchos científicos a prácticas eugenéticas, tendientes a lograr seres perfectos, previamente programados, lo que derivaría en la creación de una sociedad dominada por la tecnocracia biológica.

Si bien la mayoría de los doctrinarios consienten a las parejas estériles, admitiendo que la ciencia les da una salida a un problema para procrear, existe otra mayoría que manifiesta su preocupación por la posibilidad de abusos y de desviación que comportan estos métodos. Es aquí que se presenta la necesidad de abordar una legislación que establezca los límites éticos que estas prácticas deberían respetar. Pero no se trata de impedir los avances tecnológicos, sino de resguardar a través de un marco legal apropiado que los mismos sirvan al hombre, y no al contrario, que se transformen en un arma en contra de la especie humana¹⁶. O como lo expresan Loyarte y Rotonda “el punto de conexión

¹⁵ MAINETTI, José A.; Bioética Fundamental. La Crisis Bioética; Ed. Quirón, La Plata, 1990, Pág. 9.

¹⁶ Van Der Poel, Paula; El Desarrollo Biotecnológico en materia de genética humana. 1º Ed. Bs. As. Ed. Estadra. 1995, págs. 51 – 54.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

de la Bioética y el Derecho está dado por la necesidad de sincronizar el ser, con el deber ser y y el poder hacer”¹⁷.

Con referencia a la bioética, son varios los documentos existentes en Europa que se relacionan con este tema; como por ejemplo, el Convenio Relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina (aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19/11/91). En el preámbulo, menciona el desarrollo de la medicina y la biología y que sólo debe emplearse para el beneficio de las generaciones presentes y futuras, no emprender caminos que contraríen sus propios objetivos legítimos.

Proclama el respeto debido al hombre como individuo y como miembro de la especie humana. Concluye que el progreso, el beneficio del hombre y la protección pueden unirse si se logra una conciencia pública a través de un instrumento internacional diseñado por el Consejo de Europa en coherencia con su vocación. Se hace hincapié en la necesidad de una cooperación internacional para extender los beneficios de los avances a la humanidad en su conjunto. Los artículos más importantes relacionados con el tema tratado son:

Art. 11.- Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético.

Art. 12.- Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.

¹⁷ Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana. Ob. Cit. Pág. 35.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Art. 13.- Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

Art. 14.- No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo.

Art. 18, 1.- Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada al embrión.

Art. 18, 2.- Se prohíbe la creación de embriones humanos con fines de experimentación.

El Protocolo Adicional del año 1998 dice en su art. 1: Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto.

A los efectos de este artículo, la expresión ser humano “genéticamente idéntico” a otro ser humano significa compartir con otro la misma carga nuclear genética.

La Resolución del Parlamento Europeo, del 7 de septiembre de 2000, solicitando la prohibición de la clonación terapéutica de embriones humanos al considerarla contraria a la dignidad humana.

El Parlamento Europeo considera que la clonación terapéutica que implique la creación de embriones humanos con fines de investigación plantea un problema profundo y franquea una frontera sin retorno en el campo de la investigación.

Existen otros métodos para curar enfermedades graves distintos a la clonación de embriones humanos y solicitan que la UE promueva en la ONU una prohibición universal y específica de la clonación de seres humanos en todas las etapas de su desarrollo.

La bioética, nominada según un neologismo creada por Potter¹⁸ en 1971, como disciplina apareció en un momento en que los progresos en el campo de la medicina eran de tal envergadura que parecían remover y dejar fuera de lugar los puntos de referencia morales vigentes. Así entonces, encontró su campo de análisis en el estudio sistemático de la conducta humana en el área de la ciencia y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales¹⁹.

2. PRINCIPIOS BIOÉTICOS

En 1974, por decisión del Congreso Norteamericano fue creada la National Comisión for the Protection Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, a fin de llevar a cabo una completa investigación y estudio tendiente a identificar los principios éticos que deberían dirigir la investigación con seres humanos en las ciencias del comportamiento y en la biomedicina.

¹⁸ Potter, Van R.: Bioethics; Bridge to the future. New Jersey, prentice may Ed., 1971.

¹⁹ Sica, Josefina R y Falcón, Patricia D.: Trascendencia de la bioética en el campo de la negativa al tratamiento transfusional. 1º Jornada Nacional en Bioética y Derecho; Facultad de Biología y Ciencias Sociales de la Universidad de Bs. As., 22 y 23 de agosto de 2000.

Luego de cuatro años de deliberaciones la Comisión volcó su trabajo interdisciplinario en un informe final que lleva el nombre de su presidente y es conocido como Belmont Report. El mismo consagra el denominado “modelo de los principios”, que poco tiempo después sería sistematizado en el libro ya clásico de Beauchamp-Childress²⁰ (1989).

Los tres principios establecidos por el informe Belmont fueron los de respeto por las personas (luego traducido como de autonomía), beneficencia y justicia. El primero fue definido como: “el respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primero, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos; y segunda, que las personas cuya autonomía esté disminuida deben ser objeto de protección”. Por ente autónomo entendía el informe al individuo “capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación”. También se sostuvo que “respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones”, a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otras.

Respecto del principio de la autonomía en el campo de la Bioética, Nino en su obra²¹, expresa: “Otra implicación del principio de la dignidad de la persona es la de precisar el alcance de los otros principios liberales que se han considerado; no se usa a una persona como mero medio de beneficio de otros, ni se interfiere ilegítimamente con sus planes de vida como una restricción, carga u obligación que se le impone tiene como base su consentimiento. Como diría Kant, tratamos a

²⁰ Beauchamp, T. Y Childress, J.: Principles of Biomedical Ethics. New York. Oxford University Press, 1989.

²¹ Nino, Carlos S.: Introducción al Análisis del Derecho. Ed. Ariel. Derecho. Barcelona 1997.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

las personas como fines en sí mismas cuando la tratamos de acuerdo a sus propios fines.

El principio de beneficencia, *bonum facere*, hacer el bien. El informe rechaza la idea clásica de la beneficencia como caridad y formula dos reglas complementarias de los actos de beneficencia:

1. No hacer daño.
2. Extremar los posibles beneficios y minimizar los posibles riesgos, sin distinguir aquí entre la no maleficiencia (el *primum non nocere*) y la beneficencia propiamente dicha.

El principio de justicia significa: “imparcialidad en la distribución” de los riesgos y de los beneficios.

CAPITULO II

1 FECUNDACIÓN ASISTIDA: CONCEPTO

La fecundación o concepción sucede cuando se produce la fusión por penetración del gameto masculino en el óvulo, sea dentro del seno materno o fuera de él, originando el huevo o cigoto, primera célula del organismo vivo.

El producto de la concepción es el cigoto; esta primera célula, hasta que empieza la vida fetal a los noventa días, se denomina embrión.

Es decir, las técnicas de fecundación o reproducción humana asistida, son las que procuran, con fines procreativos, la unión de los

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

gametos masculinos y femeninos por un medio distinto al de la relación sexual natural. Ciertamente, no cualquier pareja está dispuesta a utilizar estas técnicas, sino sólo aquellas que realmente desean expresar su maternidad-paternidad a través de ese ser; y ese deseo no puede ser suplido por la adopción de un niño ya nacido y en cuyo nacimiento la pareja no ha tenido una participación directa.

La fecundación asistida se la puede clasificar como de baja, mediana y alta complejidad. “La de baja complejidad corresponde a la inseminación artificial; la de mediana complejidad a la G.I.F.T., que se trata de una inseminación artificial en la trompa, por medios más complejos, y la de alta complejidad está dada por la fertilización in vitro (FIV), que requiere de un laboratorio altamente especializado”²².

Por inseminación artificial se entiende la intervención médica mediante la cual se introduce el semen en el organismo femenino, no a través del acto sexual normal, sino de manera artificial, a fin de producir la fecundación.

El éxito de la inseminación artificial puede verificarse durante los primeros tres ciclos de intentos; sin embargo, “médicamente no se aconseja seguir intentando con este método más allá de seis veces”²³. También es de esta opinión el Dr. Antonio Mackenna quien señala que “el 94% de los embarazos se producen en los primeros cuatro ciclos de tratamiento y no debería realizarse más de seis ciclos de

²² Roberto Nicholson, Aspectos éticos de la Fertilización Asistida, en revista “Ginecología y Reproducción”, 1992, vol. 3, nº 3, pág. 113.

²³ Jacqueline Mandelbaun y Michelle Planchot, La Generación Probeta. Guía de la Procreación Médicamente Asistida, Ed. Urano, Barcelona, 1993, pág. 175.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

inseminaciones, sin hacer reevaluaciones del caso y, si corresponde, proponer el uso de técnicas de fertilización asistida más complejas”²⁴.

La inseminación puede ser homóloga, que se practica con semen del marido, y se realiza en los casos en que, a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual normal. Esto puede deberse a la impotencia del hombre u otras anomalías como trastornos endocrinos o del metabolismo, etc.

En la fecundación homóloga, la fecundación se efectúa con el aporte de gametos pertenecientes a la propia pareja; puede darse en vida o post mortem. Estamos en presencia de dos situaciones que se estructuran en diversos fundamentos ético-legales ya que la fertilización realizada después de la muerte del compañero puede traer consecuencias en las que se cuestiona la afección al derecho a la identidad del menor en cuanto el derecho a la identidad del hijo exige una verdadera filiación²⁵.

Asimismo, la inseminación puede ser heteróloga, cuando se realiza con semen de dador o donante. Generalmente se practica cuando el marido es estéril. “En 1978 en Estados Unidos nacieron aproximadamente diez mil niños por este procedimiento”²⁶.

La fecundación extracorpórea o *in vitro* es el conjunto de intervenciones médicas que van desde la extracción del óvulo y el espermatozoide, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero para su

²⁴ Antonio Mackenna, Análisis Crítico de la Inseminación Intrauterina, en “Revista Latinoamericana de Esterilidad y Fertilidad”, 1994, vol. 8, n° 2, págs. 82 y ss.

²⁵ La ley española la recepta dentro de los seis meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero y con el consentimiento previo del mismo. La ley alemana la prohíbe expresamente.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

ulterior desarrollo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula germinal fuera del seno materno. Es un proceso médico científico de varias etapas, tendiente a subsanar problemas de esterilidad de la mujer, y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido por tanto, el embrión fuera del claustro materno, es luego transplantado a éste para que el embarazo siga su curso natural.

Actualmente se conocen cuatro métodos de reproducción asistida: FIV-ET (fertilización *in vitro* y transferencia de embriones); GIFT (transferencia tubaria de gametas); PROST (transferencia tubaria de embriones); ICSI (inyección de espermatozoides dentro del ovocito).

Estos métodos se aplican cuando existe una dificultad en el encuentro o interacción entre las células germinales (ovocitos en la mujer; espermatozoides en el hombre). Las técnicas de FIV-ET y PROST se realizan *in vitro* (fuera del cuerpo de la mujer), luego de la obtención de los ovocitos (de los ovarios) de la esposa y de una preparación especial de los espermatozoides del marido. Si hay fertilización y de ella se desarrollan naturalmente embriones, éstos se reponen en el útero o en las trompas de Falopio de la madre.

ICSI, se utiliza esta técnica cuando el semen tiene características pobres que hacen pensar que no fertilizará *in vitro*. Actualmente se pueden transferir los embriones al quinto o sexto día de la fertilización (denominado blastocitos), con menor tasa de embarazos múltiples y

²⁶ Sociedad Americana de Fertilidad, encuesta realizada por la Univ. De Wisconsin, de Jaime Vidal Martinez “La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos”, LL, 1986 - D - 1013.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

resultados alentadores²⁷. Una variante de esta técnica es la denominada transferencia intratubaria de gametos (GIFT), que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos y espermatozoides para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción.

La fecundación extracorporal ha sido posible, científicamente, mediante la manipulación de los gametos (espermatozoides y óvulos). “El primer caso de un nacimiento producto de una fecundación extracorpórea se registró en Inglaterra en julio del año 1978, cuando nace Louise Brown, concebida por fecundación *in vitro* y transferencia del embrión al útero, técnica que fuera practicada por Roberts Edwards y Patrick Steptoe, brindando así una solución para el caso de esterilidad tubárica definitiva”²⁸. Para posibilitar esta manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización.

La conservación se hace en el laboratorio, manteniendo los gametos en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas, lo que permite su reutilización en el momento necesario. Este es el origen de los bancos de semen y de los bancos de óvulos que disponen de material para la fertilización.

Además de la manipulación de los gametos, las técnicas de reproducción humana artificial exigen la manipulación de los embriones que se han obtenido en virtud de la fertilización *in vitro*. Puede ocurrir que la mujer haya quedado embarazada y que los embriones sobrantes

²⁷ Maternidad Sarda. Amenaza de parto pre-término. Actualización en la Revista de la Maternidad Sarda. Bs. As. Argentina. 17 de mayo de 1998. Págs. 4 a 6.

²⁸ Consecuencias morales del “bebé de probeta”, sección Ciencia, revista “Visión”. 25 de agosto de 1978, pág. 57.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

y congelados sean cedidos a otra pareja que no puede obtener embriones propios.

En 1984, se registró el primer nacimiento de un bebé proveniente de un embrión que había permanecido congelado durante dos meses. Es el caso de Zoe Leyland.

En Argentina, el inconveniente que se plantea es que aún no se ha legislado sobre la materia. No existe una norma que regule en forma directa las diferentes situaciones que en un futuro cercano pudieran presentarse, negándose de esta forma, la debida protección y amparo del futuro ser, de las personas que deben recurrir a este tipo de técnicas para concebir el hijo deseado.

La doctora Esther Polak explicó que: “...en la Argentina no existe una ley, sino lineamientos de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad. Los pacientes firman un consentimiento informado antes de someterse al tratamiento.

Entre otras cosas, se aconseja criopreservar los embriones durante dos a cinco años, no transferir más de tres embriones; también es posible donar embriones...”²⁹.

Otras cuestiones que surgen al respecto y que interesan a la sociedad son a saber: por cuánto tiempo se debe dejar ese material congelado?; y qué hacer con el material congelado que no fue utilizado?.

Son preguntas de difícil respuestas si la examinamos desde el ámbito de los principios constitucionales, ya que no se pueden dar soluciones rápidas, por el simple hecho de que se relacionan con la

²⁹ <http://bioética.bioética.org>

visión que tenemos del mundo, del conocimiento, de los conceptos y preconcepciones del sujeto.

Las técnicas antes referidas son utilizadas para tratar de sanar el problema de la infertilidad.

2 ANTECEDENTES

Desde la antigüedad la concepción y el nacimiento enfrentaron a los juristas a la necesidad de dar respuestas a diversos interrogantes.

Así, en la antigua Roma se discutía la naturaleza de la persona por nacer, como también se teorizaba acerca de la propiedad del hijo de la esclava; ya que algunos consideraban que por ser la madre una cosa, su hijo seguía la suerte de lo principal. Cicerón se oponía a tal solución por considerarlo como un ser humano único e irrepetible.

Las nociones sobre el concepto de persona humana han ido evolucionando y los avances biogenéticos vuelven a poner en discusión todo lo referido a la persona y los conceptos que siempre fueron aceptados como verdades, son hoy sujetos a revisión.

Uno de los primeros antecedentes se remonta al año 1776, cuando un cirujano inglés, John Hunter, procedió a practicar la inseminación artificial de una mujer, con buenos resultados; pero la ola de protestas que se desató fue suficiente para no repetir la experiencia y no volver a tratar el tema hasta mediados del siglo XX.

En el año 1978, culminaron con éxito las experiencias de los médicos ingleses Patrick Steptoe, ginecólogo, que perfeccionó un nuevo

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

método para estudiar las trompas y Robert Edwards, biólogo especializado en genética y embriología.

Realizaron una fecundación extracorpórea *in vitro*, y a continuación implantaron el embrión en la cavidad uterina. Luego se produce el nacimiento de Luisa Brown, el “primer bebé de probeta”, de allí en más el avance en el campo de la ciencia ha sido constante y determinó la existencia de bancos de semen y de óvulos y la posibilidad de congelarlos.

Estas situaciones plantean varios interrogantes como ser: propiedad de los gametos, identificación de los dadores, paternidad de quien aportó el esperma, naturaleza de los gametos, etc.

Desde el año 1984, la difícil problemática jurídica se ha ido agudizando por un nuevo avance científico consistente en la posibilidad de congelar embriones humanos, su empleo para experimentación y la posibilidad de su destrucción.

La propia naturaleza de las investigaciones y aplicaciones de la genética y la fecundación asistida, colocan al hombre en una situación delicada, la cual solo puede evitarse mediante reglamentaciones adecuadas que determinen con precisión los límites.

Países como Suecia o Alemania disponen de leyes en materia de fecundación asistida desde mediados del siglo XX, a los que se han ido uniendo países como Portugal, Francia, Suiza, España e Italia. España fue el primer país del mundo que elaboró una ley (1988), que se ocupa en forma integral de la práctica, usos y aplicaciones de la fecundación asistida y por tanto de la genética.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

El derecho como fenómeno ordenador se encarga de regular conductas, vivencias y relaciones humanas a fin de lograr la sana convivencia. Pero el Derecho es variable y dinámico y debe adecuarse a los cambios (sociales, políticos, económicos y científicos), que influyen sobre la vida del hombre.

Muchas veces el Derecho espera demasiado para regular un hecho o una situación. Su carácter previsional así lo exige a efectos de medir *a priori* las consecuencias sociales que genere.

Así, mientras el Derecho es paciente, las ciencias son audaces y hay quienes sostienen que el Derecho cumple un rol conservador dentro de la sociedad.

Para poder comprender los conflictos que plantea la aplicación de técnicas biomédicas sobre el inicio de la vida humana trataré de definir algunos conceptos científicos que puedan aclarar el tema. Comenzaré por mencionar que por genética se entiende a la ciencia encargada de estudiar la herencia biológica, es decir, la transmisibilidad de los caracteres morfológicos y fisiológicos de generación en generación.

La ingeniería genética es aquella ciencia que se dirige al estudio, trabajo y modificación del material genético (ADN), en los organismos vivos, o como bien lo define Alejandra Folgarait, experta en el tema: “es la especialidad científica que manipula el material genético”³⁰. Tiene por finalidad mejorar las condiciones de vida y las funciones biogenéticas del hombre.

³⁰ Alejandra Folgarait. Manipulaciones Genéticas. Tesis Grupo Editorial Norma. Bs. As., 1992. Glosario, pág. 136.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Tanto el Derecho como la genética, estudian al hombre; el primero, su vida de relación; el segundo, sus mecanismos de vida. Es aquí donde se puede ver un claro nexo entre el Derecho y la Genética.

La genética ha marcado una influencia tal que el Derecho ha visto caer muchos de sus dogmas y postulados como consecuencia del avance de esta ciencia biológica.

Nuestro derecho positivo aun no cuenta con una normativa sobre el particular, ya que al momento de discutirse la ley 23264 (sancionada el 25/09/1985, promulgada el 16/10/1985), se pensó en la posibilidad de legislar sobre el tema, pero en aquella oportunidad se consideró que cualquier normativa que se dictara quedaría rápidamente superada por las realidades científicas.

El vacío legislativo argentino obliga a recurrir a los principios generales del derecho y en algunos casos a hacer referencia a la legislación comparada para dar respuestas al tema.

Las nuevas posibilidades que el desarrollo científico-tecnológico abre, constituyen un llamado a la libertad y responsabilidades solidarias del hombre, con miras a lo “porvenir”. Frente al vasto aspecto que ofrece la tecnociencia actual, le toca al hombre (y de manera particular al hombre de Derecho) efectuar una elección ética, discernir acerca de los caminos que conducen a una mayor humanización, o asumir por el contrario los latentes peligros de una progresiva cosificación de la existencia. “El Derecho que en última instancia se identificará con las posibilidades concretas de realizar la justicia”³¹; “habrá de contribuir a la creación y

³¹ Miguel A. Ciuro Caldani, *Meditaciones Trialistas sobre Legitimidad*, en *La Justicia en la Filosofía Jurídica y Social Argentina*, pág. 55, “Fundación para las Investigaciones Jurídicas”, Rosario, 1983.

promoción de aquellas condiciones que permiten el proceso de personalización”³².

CAPITULO III

1. APORTES JURÍDICOS

La compleja tarea del jurista es tratar de lograr la transposición del lenguaje corriente al lenguaje jurídico que se realiza mediante normas, expresiones de carácter formal que representan conductas de hombres que conviven e interactúan. Según Loyarte y Rotonda “...todos los problemas interhumanos pueden ser transpuestos en problemas jurídicos...”³³.

La transformación semántica de la realidad cotidiana en una realidad jurídica, se produce acompasadamente. Como expresa el art. 16 de nuestro Código Civil, la carencia de normas expresas para resolver una conducta específica, nos conduce al auxilio de normas análogas y de los principios generales del derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Los doctrinarios sostienen que la falta de texto legal expreso presenta una laguna del derecho. Sin embargo otros como Carlos Cossio, postula que el ordenamiento jurídico delega a la decisión del juez la tarea de resolver el caso puntual, de donde la sentencia se transforma en una norma de carácter individual.

³² Werner Goldschmidt, La Ciencia de la Justicia (Dikelogía), págs. 189 y ss., Ed. Depalma, 2º ed., 1986.

³³ D. Loyarte y A. Rotonda. Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético. Ed. Depalma. Bs. A., 1995.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Así, se considera que el ordenamiento jurídico de un Estado, es pleno, porque se reafirma el precepto que dice: “...todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido...”, consagrado en la Constitución en su art. 19. Es así que, el jurista no necesita contemplar en forma puntillosa los casos que se presentan en la vida cotidiana de la sociedad.

De manera que, “la norma fundamental nos da el marco de posibilidades dentro del cual se abre el abanico normativo de un Estado, dando pie al proceso de producción jurídica”³⁴. Por ello, Bidart Campos dice que “en la afirmación de la supremacía y en el rechazo de las violaciones a la Constitución palpita la noción de que, cuando la Constitución es vulnerada, lo que en rigor y en verdad está ocurriendo es una modificación indebida de ella. Si los actos inconstitucionales valieran, se frustraría el sentido de la Constitución suprema y rígida”³⁵.

Sin embargo, no legislar sobre ciertas conductas caracterizadas como disvaliosas tales como el aborto, la eutanasia, la procreación asistida, etc.; reclaman en forma imperativa un encuadre legislativo que garantice el respeto a los derechos fundamentales del ser humano.

En lo que respecta a la fecundación humana artificial y los debates que se plantean, han llevado a que los legisladores de distintas naciones adoptaran una postura sobre el mismo, sancionando una normativa específica sobre dichas cuestiones como Suecia, Noruega Austria, España, Gran Bretaña y algunos estados de Estados Unidos.

³⁴ Loyarte – Rotonda..., ob. cit., pag. 150.

³⁵ Germán Bidart Campos. La interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional. Ed. Ediar, Bs. As., 1987, pag. 46.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Otros países y ante la ausencia de regulación legal, han dictado reglamentaciones de cumplimiento vinculante para los profesionales que desarrollan estas técnicas.

En nuestro país no hay nada legislado, sin embargo se han elaborado diferentes proyectos legislativos al respecto. En la mayoría de esos proyectos consideran a las técnicas de procreación humana asistida como un método subsidiario de la procreación natural, practicados únicamente en casos de infertilidad en la pareja que hayan sido comprobados.

La complejidad de problemas que presentan la utilización de estas técnicas determinan que la prudencia sea la regla a que deban atenerse tanto los doctrinarios que investigan sobre estos temas, como así también el legislador que deba sancionar las normas reguladoras.

Desde el punto de vista ético, es necesario efectuar allí un esbozo sobre el desarrollo de las técnicas biomédicas en la procreación humana asistida, cuyo desarrollo ha hecho posible la división entre sexualidad y concepción³⁶.

Para solucionar estas cuestiones hay que tener presente los principios básicos que puedan orientar tales respuestas en nuestro ordenamiento jurídico, como ser, que la persona humana comienza su existencia como tal desde el momento mismo de la concepción (arts. 63, 70, 264 y concordantes del C. C.; art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

³⁶ Alterini, Atilio A. “Cuerpo Humano, Persona y Familia”. En Derecho de Familia Homenaje a la Profesora Dra. Ma. Josefa Mendez Costa. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 1990. Pag. 301.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

El embrión humano tiene condición jurídica de persona, desde el momento de la fecundación del óvulo, en el seno materno o en una probeta, y por lo tanto, merece ser respetado y protegido.

Además, es fundamental priorizar el interés del hijo que se pretende crear, su interés físico, moral y jurídico por encima de la aspiración del individuo a tener descendencia. Debido a que la concepción natural de un hijo por una pareja, es el modo normal de procreación humana, la utilización de estas técnicas de fecundación humana artificial se deben realizar con carácter excepcional, y no sólo como una variante alternativa de procreación. Una vez comprobada la infertilidad de alguno de los integrantes de la pareja, patologías o disfunciones que impidan lograr la procreación de forma natural, entonces deben adoptarse como recurso terapéutico.

Si bien existe una influencia de la realidad jurídica con la realidad social, es la ley la que debe guiarnos cumpliendo una función orientadora y establecer los parámetros y las limitaciones a las manipulaciones de gametos y embriones a través de organismos de control que aseguren la dignidad y respeto a la persona humana, garantizando el derecho a la vida y a la libertad.

Los hijos, la descendencia, el retoño de la vida, constituyen siempre una esperanza humana, la fructificación de un proyecto vital conjunto, la perpetuación de lo propio, y su falta trunca una ilusión fundamental³⁷.

³⁷ Vidal, Marciano. Bioética, estudios de bioética racional. Ed. Tecnos. 1994. Madrid. Pág. 98.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN

Determinar la naturaleza jurídica del embrión en los supuestos de fecundación fuera del útero materno es fundamental para dar respuestas a cuestiones que plantea en la realidad la fecundación in vitro. Hay que tener en cuenta que los avances científicos y técnicos se anticiparon al derecho, generándose en consecuencia un vacío legislativo. Por lo tanto, es necesario sancionar leyes que regulen las nuevas técnicas de reproducción asistida.

En nuestro ordenamiento jurídico, en los arts. 63, 70 y concordantes del Código Civil, establece que la persona existe desde el momento de su concepción en el seno materno. Es decir, el Código, siguiendo a Freitas, considera al concebido, como sujeto actual de derecho (persona por nacer), estableciendo que su existencia comienza desde la concepción en el seno materno, reconociéndole así el status jurídico de persona, no obstante no haber nacido³⁸.

Pero como “concepción” no es un término científico y además se convierte, frente a la ingeniería genética en un término ambiguo, poco preciso para puntualizar el comienzo de la persona humana, se han elaborado distintas teorías que intentan contestar desde cuando se considera persona humana. Determinarlo es de suma importancia porque de ello va a depender aceptar como lícito o no las manipulaciones de los embriones desde la perspectiva del que lo fundamenta³⁹.

³⁸ BANCHIO, Enrique C.: “Status Jurídico del “nasciturus” en la procreación asistida”. LL T 1991 – B, sección doctrina.

³⁹ Yarke, María del Carmen. Relaciones jurídicas que determina la manipulación genética. J.A. 1989-11-881.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

De acuerdo a una interpretación literal de dicho plexo normativo se considera excluido de protección jurídica el embrión concebido fuera del seno materno. Sin embargo, esta interpretación conduce a un resultado disvalioso que no coincide con el pensamiento filosófico del codificador, ya que la intención de Velez, es proteger la vida humana desde el momento de su concepción. En este sentido Rabinovich afirma que “la interpretación de un precepto debe hacerse dentro del contexto histórico-social, no en abstracto. Pretender que la no mención en el código de la fecundación extrauterina (completamente desconocida entonces) importa negar personalidad al concebido que no está en el seno materno, equivaldría a sostener que, hasta la reforma de 1994, los presidentes de la Nación no eran jefes de la fuerza aérea”⁴⁰.

Para superar este obstáculo hermenéutico se aplica por analogía las disposiciones previstas en el art. 16, para el supuesto en que la concepción se logre por dichas técnicas fuera del seno materno. Con la misma finalidad interpretativa también puede invocarse el art. 51, en cuanto define la persona de existencia visible, como todos aquellos entes que presentaren signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, lo que involucra también a los concebidos in vitro, teniendo en cuenta la sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento de la concepción.

Por lo tanto, al embrión concebido in vitro y no implantado aun, cabe considerarlo como persona por nacer, desde el momento en que el óvulo quedó fecundado en la probeta. Esta postura, corresponde a autores como Banchio, Zannoni, Cafferata, Medina, Alterini, Rivera y Mendez Costa. Sin embargo, autores como Martínez, Cifuentes entre otros, sostienen que no es aplicable el art. 70 del Código Civil, al

⁴⁰ Rabinovich-Berkman, Ricardo D. Derecho Civil. Parte General. 6º edición. Bs. As. Ed. Astrea. Ciudad de Bs. As. 2000. Pág. 221.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

embrión humano concebido en probeta ya que no sería persona según la opinión de estos autores. En apoyo a esta interpretación amplia de las normas del Código Civil, también podemos mencionar el art. 264 reformado por ley 23.262 de 1985, que atribuye a los padres la patria potestad sobre los hijos menores desde que éstos fuesen concebidos, sin efectuar distinción entre la concepción natural y la artificial.

También, numerosos proyectos de ley califican al embrión como persona humana desde su concepción, ya sea que se produzca dentro o fuera del seno materno, ellos son: Ruckauf-Iribarne (arts. 8, 10 y sgtes.); Camaño- Corchuelo Blasco (art. 18); Orquín y otros (art. 21); Romero (art. 17); etc. Existen proyectos que proponen modificar los arts. 63 y 70 del Código Civil, en el sentido de que la existencia comienza desde su concepción dentro o fuera del seno materno.

Para sustentar estos criterios interpretativos se recurre a tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados a la Constitución luego de la reforma del año 1994 en el art. 75, inc. 22. Entre ellos, La Convención Americana de Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en el año 1969 e incorporada a nuestro derecho interno mediante ley 23.054 (B. O. 27/03/84), en cuyo art. 4 inc. 1 dispone: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En su art. 5 inc.1 agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Y en el art. 11 inc. 1 declara que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Expresa que el derecho a la vida es inherente a toda persona humana, precepto que ya había sido consagrado con anterioridad por la

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948, art. 1); por la Declaración Universal de Derechos Humanos (N. U., Nueva York, 1948, art. 3) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966, art. 6).

El Pacto de San José de Costa Rica aclara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida desde el momento de la concepción; lo hace en sentido amplio, reconociendo la condición jurídica de persona humana tanto al concebido naturalmente en el seno materno, como al concebido artificialmente en forma extracorpórea. Y todas las garantías mencionadas en los artículos nombrados más arriba, correspondientes a este Pacto, se extienden al embrión humano, por su condición de persona, en cualquiera de las fases de evolución, aun en la etapa preimplantatoria en el supuesto del embrión concebido in vitro, es decir, en el lapso que vive en la probeta.

Con respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño, sancionada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en Nueva York, el 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro derecho interno por ley 23.849/90 (B. O. 22/10/90), declara en su art. 1: “Se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad”, y en relación a este precepto nuestro país hizo una reserva contenida en el art. 2 de la ley 23.849: “El art. 1 debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”; con lo que se ratifica que la persona humana existe desde la fecundación del óvulo femenino, dentro o fuera del seno materno.

Teniendo en cuenta estos parámetros es fundamental que para el dictado de una legislación futura sobre técnicas de fecundación, se tenga en cuenta los derechos personalísimos del embrión, sea que se

encuentre en una probeta o ya implantado en el útero, derechos que derivan de reglas constitucionales como ser: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y genética, al reconocimiento de la dignidad humana y el derecho a la protección jurídica cuando estos derechos son atacados, desde el momento de la concepción in vivo o in vitro.

También tiene derecho a la igualdad (art. 16, C.N.), a no ser discriminado, a la identidad personal, etc.; y tiene derecho a la intimidad (art. 1071 bis del C.C.), en cuanto no deben publicitarse datos sobre su concepción. Como consecuencia de su condición de persona humana, al embrión no se le puede seleccionar ni se lo puede dejar morir, no puede ser destruido, no puede ser objeto de un derecho de propiedad, porque no es una cosa, por lo tanto no puede ser objeto de ningún contrato.

Distinta es la situación en España, ya que para los españoles el nasciturus no es aún persona, el derecho a la vida humana del engendrado es un bien jurídico constitucional, no siendo un derecho fundamental todavía⁴¹. Hay un deber de respeto a la vida, pero no es aún titular del derecho a la vida ya que no es sujeto de derecho.

3. TEORIAS SOBRE EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

Teoría de la fecundación: también conocida como la teoría de la penetración del óvulo por el espermatozoide. Quienes propugnan por esta corriente afirman que “ya estamos frente a una persona ‘en acto’, toda vez que durante el desarrollo sólo completa sus potencialidades presentes desde el inicio”⁴². El argumento principal de esta postura radica en afirmar y sostener que el ovocito fecundado, conducirá a un

⁴¹ Rabinovich-Berkman. Bioética y Derecho. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2000. Pág. 219.

⁴² Correa, Nelly, Y. La Dignidad Humana vs El Avance Científico, en “La Ley”. Actualidad. 04/10/2001.

ser humano. Consecuentemente, es factible inferir que la fecundación no da lugar a un ser humano, con un ‘genoma’ independiente y único. Sino que ello surge a partir de la singamia, es decir a partir de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino; quienes propugnan por esta teoría, arguyen que con la fecundación hay una persona ‘en acto’, ergo que tiene la potencialidad de convertirse en tal.

La fecundación se inicia cuando no más de cien espermatozoides completamente diferenciados establecen contacto con las células foliculares que envuelven el ovocito⁴³.

En el individuo de la especie humana, su vida comienza desde que se unen los gametos femenino y masculino (óvulo y espermatozoide), y desde entonces tiene la especificidad determinada. Esto significa que tiene impuesto el sello de humano desde que dos células reproductoras específicamente humanas se fusionan y comienzan su desarrollo vital, para convertirse en el futuro en un hombre⁴⁴.

Teoría de la singamia: igualmente conocida como la teoría de la unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide. Luego de que el espermatozoide ha penetrado el óvulo, aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, se produce la fusión de los pronúcleos de las células femenina y masculina, mayormente conocido como singamia.

Al fusionarse los pronúcleos se transmiten las informaciones genéticas de los gametos creándose una nueva célula (cigoto) con nueva y única identidad genética. Para esta teoría, el instante de

⁴³ Hib; José. Embriología médica. Chile. 1999. Ed. McGraw-Hill. Pág. 6.

⁴⁴ Lacadena, J. R. “Manipulación genética” en Fundamentos de la bioética y manipulación genética, Javier Gafo. Ed. Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 1988. Pág. 143.

formación del cigoto marca el inicio de la vida del ser humano⁴⁵. La singamia, es decir: ..el momento en que se configura el intercambio de información cromosómica que determina la aparición de un nuevo código, característico de la especie humana y diferente de cualquier otro individuo de la misma especie⁴⁶, es el momento en que esta postura considera que se produce la concepción.

Teoría de la implantación: o teoría de la anidación o nidación, de acuerdo a la cual recién cuando concluye la implantación o anidación del embrión (debería decirse pre-embrión de acuerdo con la corriente adoptada por el autor de este ensayo, pues no es sino hasta el día veintiuno que el pre-embrión pasa a ser embrión),,, en la pared del útero, comienza la existencia individualizada de la persona. Tal circunstancia ocurre a los catorce días⁴⁷ desde que se produjo la concepción. Para esta corriente la vida humana recién comienza con la fijación del embrión en el útero materno, lo que ocurre aproximadamente entre el día séptimo a catorce de evolución⁴⁸.

Conforme lo expuesto, se distingue el concepto de individuo de la especie humana y el concepto de ser humano. Los científicos enrolados en este criterio, sostienen que la individualización de un nuevo ser requiere de la presencia de dos elementos: la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser uno solo). Estos dos elementos no están definidos en la etapa de pre-embrión. La propiedad de la unidad indica que de un solo individuo no pueden producirse dos o más (gemelos) y la unicidad, que de dos no puede formarse uno (posibilidad de quimeras).

⁴⁵ Gorini, Jorge, L. La Doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre “la píldora del día después”. La Ley. Suplemento de Actualidad. 04/08/2003. Pág. 2.

⁴⁶ Rabinovich-Berkman, Ricardo, D. Derecho Civil. Parte General. Bs. As. Ed. Astrea. 2000. Pág. 227.

⁴⁷ Ferrer; Francisco, M. El Embrión Humano y la Nueva Constitución. J.A. 1995-II-857.

⁴⁸ Gorini; Jorge, L. Ob. Cit. Pág. 3.

Teoría de la formación del sistema nervioso central: también conocida como la teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural, es decir que recién al decimoquinto día de la evolución embrionaria aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién comienza la vida con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural; recién entonces (según lo que establece esta teoría) estaríamos frente a un ser viviente, que tiene una pauta selectiva específicamente humana⁴⁹.

El juez de primera instancia en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires, doctor Miguel Ricardo Güiraldes, en autos “Rabinovich, Ricardo David s/medidas precautorias (R., R. D.)” ha designado un “tutor especial” para todos los embriones congelados y ovocitos pronucleados existentes en su jurisdicción (que constituyen, si no la absoluta totalidad de los que se hallan en el país, por lo menos su enorme mayoría).

En la actualidad no se implantan más de cuatro embriones, los restantes se descartan o se congelan. Algunos prefieren congelar en los primeros estadios, antes de la conjugación de los cromosomas, o singamia, pues consideran que así no se trata de personas⁵⁰. El doctor Pasqualini, en cambio considera que es preferible esperar unos días, porque entonces existe mayor certeza sobre la viabilidad de los embriones que se preservan, y no se confieren a los padres falsas expectativas⁵¹.

Este fallo marcó un hito en la defensa del concebido. Aunque su efecto jurisprudencial fue escaso, tuvo notable repercusión doctrinaria al

⁴⁹ Soto Lamadrid; M. Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho. Bs. As. 1990. Ed. Astrea. Pág. 545.

⁵⁰ Declaraciones de Santiago Brugo Olmedo, en el programa “Esa bendita costilla”. Canal 7 emisión 29/07/2005.

⁵¹ Declaraciones del doctor Sergio Pasqualini en el programa “Sentir y pensar”. Canal Plus satelital, emisión 04/08/2005.

establecer “que en nuestro ordenamiento legal constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica”⁵². Tres años después la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo, refiriéndose a la “píldora del día después”, reiteró los criterios del precedente.

CAPITULO IV

1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Durante los años 1950 comenzó a desarrollarse en la sociedad norteamericana un gran interés respecto del suministro de información referida a la salud. Sin embargo, fue en el campo jurídico (más precisamente en las decisiones de los tribunales, mucho antes de la existencia de normas al respecto) donde se ha ido desarrollando gradual y progresivamente lo que hoy se conoce como la doctrina del consentimiento informado.

Ya en 1878, una corte de New York sostuvo que la falta de revelación de los peligros inherentes a una intervención médica, implicaba una negligencia culpable.

En 1903, en el caso “Pratt”, el tribunal resolvió que “bajo un gobierno libre, el primer derecho es el derecho a la inviolabilidad de la persona, el derecho a sí mismo. Pocos años después, la Corte de Apelaciones del Estado de New York, en la voz del prestigioso juez

⁵² L. L. 08/07/1996.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Benjamín Cardozo in re “Schloendorff v. Society of New York Hospital”, sostuvo (en 1914) que “cada ser adulto y con mente clara tiene el derecho a determinar que es lo que hará con su cuerpo”; y “un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión de cuyas consecuencias es responsable”⁵³.

Sin embargo, con la jurisprudencia de los años 1950 es cuando comienza a perfilarse propiamente la doctrina del consentimiento informado. Recientemente “comenzó a afianzarse una jurisprudencia que a los supuestos tradicionales de conductas de profesionales médicos generadoras de responsabilidad, ha sumado ahora lo que deriva directamente en la falta de información previa y adecuada”⁵⁴.

Los derechos de las personas como el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, su dignidad y demás valores que se consagran en la Constitución Nacional, merecen toda la protección por parte del Estado, sin importar cual sea la relación humana que se presente. La relación entre médico y paciente no es ajena a esta realidad y se debe realizar una evaluación axiológica donde quede reflejada la ponderación y vivencia de valores.

El médico debe orientar su actividad a cumplir con la prestación debida, curación o mejoría; y no debe limitarse únicamente a ello, sino que debe garantizar confidencialidad en la información que le otorgue al paciente y de su diagnóstico, lealtad, indemnidad, etc. Esto permite reforzar la confianza que debe existir en toda relación interpersonal, además, permite reivindicar al paciente como persona. Éste, merece conocer el tratamiento al cual será sometido, qué repercusiones tendrá

⁵³ Elena L. Highton, Sandra M. Wierzba, La relación médico-paciente. El consentimiento informado, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1991.

⁵⁴ Aída Kemelmajer de Carlucci, Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica, en revista “Jurisprudencia Argentina”, 1994 – II – 815.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

en sus distintos niveles de interacción social, cuáles serán los padecimientos, expectativas de éxito, etc. Es necesario realizar una evaluación sobre los riesgos y beneficios; es aquí donde aparece el deber de información del médico, para poder lograr de parte del paciente el consentimiento informado sobre la técnica por la cual va a ser tratado.

Es imprescindible informar al paciente o a la pareja, en el caso de realizarse un tratamiento de fecundación asistida, cuáles son los conocimientos especiales que deben tener; exigiendo un consentimiento con mayores garantías en este campo ya que los efectos del consentimiento no sólo afectan a quienes lo prestan, sino y fundamentalmente a la persona por nacer.

Como señala Susana E. Sommer: “Las afirmaciones médicas y científicas funcionan socialmente como verdades irrefutables. Están sólidamente arraigadas y no se las cuestiona. Los médicos en tanto individuos no son responsables, pero la cultura médica tiene un poderoso sistema de socialización, y el precio para participar e integrarse a ella es la conformidad...Visto de esta manera, el control de la información disponible para el paciente es no solo un derecho o una aspiración, sino parte intrínseca de la profesionalización”⁵⁵.

Y esto es exactamente lo que ocurre en el art. 2 incisos 2 y 3 de la ley española sobre fertilización asistida que dice: inc. 2 “Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se

⁵⁵ Susana E. Sommer. De la Cigüeña a la Probeta. Los Peligros de la Aventura Científica. Ed. Planeta. Bs. As., 1994, pag. 49.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

relacionan con las técnicas, y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen”.

Inc. 3 “La aceptación de la realización de las técnicas se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresarán todas las circunstancias que definan la aplicación de aquella”. Es importante destacar que, en el caso de fecundación asistida post mortem, debe existir el consentimiento por escrito del que fuera el marido, de lo contrario esta técnica no podría realizarse.

El consentimiento informado implica una participación activa en la toma de decisiones de la persona, puesto que de lo contrario existirán peligros de una creciente formalización, carentes de una verdadera sustancia ética, por lo que para la efectividad del derecho a la autonomía personal se exige que en cada caso se coloque a la persona en situación real de prestar o negar su consentimiento informado y libre⁵⁶.

La revelación de la información, la evaluación y la comprensión de esa información, con relación a la experiencia vital de la persona y su sistema de valores, constituyen el núcleo central de la doctrina del consentimiento informado, a la que se agrega la libertad del sujeto que decide y la competencia para consentir⁵⁷.

⁵⁶ En nuestra legislación este principio se encuentra resguardado constitucionalmente por los arts. 19, 33 y 75 inc. 22 de la C. N. La ley 17132 sobre el ejercicio de la medicina no se refiere al consentimiento informado expresamente, sino sólo al consentimiento sin calificaciones.

⁵⁷ Hooft, Pedro F.: *Bioética y Derechos Humanos*. Ed. Depalma. Bs. As. 1999.

2. DIAGNOSTICO PRENATAL

El Diagnóstico Genético Preimplantatorio (PGD o DPI) consiste en técnicas que permiten el análisis genético del embrión antes de que éste sea transferido al útero materno para prevenir la implantación de embriones que tienen alguna anomalía cromosómica.

Se realiza una selección de aquellos embriones que están sanos, ya que mediante el PGD se logran detectar embriones no viables. Es un tratamiento que se realiza en tres etapas, desde la fecundación “in vitro” hasta el análisis de una de las células de cada uno de los embriones que se obtengan.

La **primera etapa** consiste en una biopsia del corpúsculo polar del ovocito (antes de ser fertilizado). Una vez que se realiza la aspiración de ovocitos por un procedimiento de ICSI, se extraen los cuerpos polares de los ovocitos y se realiza la evaluación genética de los mismos.

El estudio de las células que no intervienen en la formación del embrión pero que se generan durante el proceso de formación de los óvulos nos permite conocer el estatus genético del óvulo, evitando técnicas invasivas para el mismo o para el embrión, dado que las mismas poseen información complementaria a la del óvulo que va a ser fecundado. Los resultados generalmente se obtienen durante el transcurso de menos de veinticuatro horas y determinan cuáles son los ovocitos que no portan enfermedades genéticas y que por lo tanto, se fertilizarán.

La **segunda etapa** consiste en una biopsia de blastómera, es decir, analizar una célula de cada embrión. Luego de la fecundación, el cigoto humano se divide aproximadamente cada veinticuatro horas y

cuando los embriones alcanzan un desarrollo de alrededor de tres días, contando con cerca de ocho células, llamadas blastómeras, se extrae una de ellas de cada embrión y se realiza el diagnóstico genético. Finalmente se transfieren al útero los embriones cuyo resultado indica que no portan enfermedades genéticas. Generalmente el diagnóstico de anomalías cromosómicas en blastómeras es a través de la técnica de FISH (hibridización fluorescente in situ).

El fundamento de esta técnica es la complementariedad de las bases de ADN (el ADN transporta la información genética usando diferentes combinaciones de cuatro elementos mínimos, llamados nucleóticos que, como las huellas digitales el ADN nos identifica y nos hace únicos; entonces se eligen cuáles son los cromosomas a estudiar, los cuales se evalúan en base a antecedentes o factores de riesgo y se utilizan fragmentos de ADN marcados con una sustancia fluorescente para detectarlos).

Algún tiempo atrás el laboratorio de genética preimplantacional de la clínica Halitus ha incorporado una técnica llamada CGH (hibridización genómica comparada). Se trata de comparar el ADN genómico total de una célula a evaluar, con el contenido de ADN de un control normal, permitiendo la detección de desbalances cromosómicos. Con el CGH no se necesita definir qué cromosomas se quieren evaluar, porque se evalúa la totalidad del ADN de la célula; mientras que con el FISH la evaluación es parcial dado que se eligen ciertos cromosomas específicos a estudiar de acuerdo a los antecedentes familiares o el diagnóstico realizado a la pareja.

La tercera y **última etapa** consiste en realizar una biopsia de blastocisto. Siendo esta técnica bastante similar a la biopsia de blastómera; pero en este caso se realiza extrayendo una pequeña

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

porción de trofoblasto del embrión, que alcanzó el quinto día de desarrollo, llamado blastocisto.

Este diagnóstico se aconseja especialmente en casos como edad avanzada, antecedentes de infertilidad sin causa aparente, hijo previo con enfermedad genética, antecedentes de algún familiar afectado por una enfermedad genética, cariotipo patológico de alguno de los padres, antecedentes de pérdidas fetales o abortos espontáneos sin causa aparente y fallas recurrentes de implantación en procedimientos de fertilización asistida.

Tras la fertilización “in vitro” (FIV) o inyección espermática intracitoplasmática (ICSI), se realiza la biopsia de una o dos blastómeras en el embrión en etapa de aproximadamente ocho células, que se analizan por medio de la reacción en cadena de polimerasa (PCR) o la hibridación fluorescente in situ (FISH). Los embriones no afectados se seleccionan para transferencia al útero, con lo que se evita la interrupción del embarazo tras el diagnóstico prenatal. La legislación, la reglamentación y los servicios de DGP varían en los distintos países europeos.

Hasta no hace mucho tiempo, las parejas que tenían un hijo afectado por alguna enfermedad hereditaria tenían las siguientes alternativas: abstenerse de tener hijos y en este caso optar por una adopción; aceptar el riesgo; optar por la inseminación por donante o por la FIV con donante de ovocitos o someterse a un diagnóstico prenatal con o sin aborto selectivo.

El diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) constituye una alternativa al diagnóstico prenatal ya que se realiza entre la fertilización y la implantación; desde luego que para acceder a esta fase temprana es

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

necesario aplicar las técnicas de FIV o ICSI. Los estudios de laboratorios deben realizarse sobre una cantidad mínima de material biológico, por lo que se realiza una biopsia de una o dos células (blastómeras), de las ocho células que normalmente se han desarrollado en el tercer día de cultivo.

La técnica de hibridación fluorescente in situ (FISH), se aplica para determinar el sexo y detectar las alteraciones cromosómicas.

Pocos centros de fertilidad en todo el mundo han podido desarrollar un laboratorio con la capacitación científica y técnica necesarias para ofrecer a sus pacientes la técnica del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP), conocido también como PGD por sus siglas en inglés. Es un diagnóstico temprano que permite a las parejas que se someterán a un tratamiento de fecundación asistida, la posibilidad de detectar riesgos de tener hijos con enfermedades genéticas antes de que se produzca el embarazo.

Esta tecnología se aplica en muy pocos centros ya que demanda una excelencia en cuanto a capacitación en genética y una gran preparación en micromanipulación embrionaria. En nuestro país este diagnóstico se realiza en la clínica Halitus, donde existe un departamento de Diagnóstico Genético de Preimplantación, donde se realiza la técnica de DGP. Por supuesto que esto marca una diferencia sustancial comparativamente con otros institutos de fertilidad donde aun no han desarrollado esta técnica.

El diagnóstico se realiza antes de transferir los embriones al útero y previo a la implantación en el endometrio, permitiendo de esta manera que aquellas parejas con alto riesgo de transmitir anomalías

cromosómicas o enfermedades génicas puedan detectar antes de ser implantado el embrión en el útero.

Al decir del Dr. Sergio Pasqualini “...Vislumbro un futuro en el cual gracias a este tipo de estudio se transferirá un solo embrión que no sea portador de anomalías genéticas, desechando además la posibilidad de un embarazo múltiple, y aumentando asimismo la probabilidad de éxito en la implantación y el logro del embarazo...”⁵⁸. Sin embargo, la implicancia más alarmante de este modo de selección genética es que sólo los ricos pueden permitírselo. La brecha entre ricos y pobres, que ya es un desafío para nuestras ideas de justicia social, se volverá un abismo que la simple igualdad de oportunidades no podrá achicar. Ese no es un futuro que cualquiera de nosotros aprobaría⁵⁹.

Los resultados que se logran con este diagnóstico son concluyentes y precisos, se pueden comparar con los obtenidos mediante la realización de estudios genéticos del embarazo para confirmar la normalidad de ese embrión, ya sea mediante estudios ecográficos u hormonales (no invasivos), o por métodos invasivos, como la punción de las vellosidades coriales alrededor de las once semanas o por estudios del líquido amniótico (amniocentesis) alrededor de las quince semanas.

Según la Dra. Claudia Perandones del Departamento de Diagnóstico Genético de Preimplantación de Halitus Instituto Médico, “... la diferencia es que el PGD no implica un riesgo para el embarazo, dado que aún éste no se ha producido, pues el diagnóstico se realiza antes de transferir los embriones al útero, durante un procedimiento de fertilización asistida por ICSI...”.

⁵⁸ www.zonasalud.com.ar

⁵⁹ Singer, Peter. Selección genética para todos o para ninguno. Diario Clarín. 24/09/2006. Supl. Zona.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Aunque sólo alrededor de un tres por ciento de los bebés nacen con un defecto congénito y las causas de las anomalías congénitas no siempre se conocen, las posibilidades de que suceda si hay antecedentes en la familia son mayores.

El Diagnóstico Genético Preimplantatorio aparece hoy como una opción indispensable para aquellas parejas que se someterán a un tratamiento de fertilización asistida y que quieren tener la tranquilidad de que este tipo de estudio podrá reducir los riesgos de tener hijos con enfermedades congénitas.

En muchos países faltan leyes que regulen estos procedimientos (Argentina es uno de ellos), sin embargo en Francia, recientemente se autorizó la aplicación de este método. Donde sí se utiliza es en países como Bélgica, Inglaterra, Italia, Estados Unidos o España.

En nuestro país, a pesar de la inexistencia de una ley que regule estas técnicas, el procedimiento se lleva a cabo. Así lo afirmó el Dr. Roberto Coco, director médico de Fecunditas, quien sostuvo que “...El DPI se aplica cuando existe riesgo genético aumentado (antecedentes familiares); la mujer supera los 35 años (con la edad disminuye la fertilidad y aumentan las posibilidades de formación de ovocitos anormales); la pareja ya tiene algún hijo con enfermedad genética; los varones poseen semen de mala calidad o la pareja perdió varios embarazos.

El diagnóstico prenatal convencional se realiza desde el año 1972 y algunas obras sociales contemplan su práctica. Sin embargo a diferencia de otros países la interrupción de un embarazo afectado genéticamente es ilegal, por lo tanto, una pareja que elige el diagnóstico

preimplantacional en lugar del prenatal convencional, ya que no podría interrumpir un embarazo establecido, el gasto que debe afrontar, seguramente es mucho menor si se compara con el que afrontaría con el mantenimiento de un niño afectado”⁶⁰.

El Dr. Raúl Margara, del Hammersmith Hospital, de Londres, donde hace diez años se realizó el primer DPI en el mundo, agregó que “...si bien potencialmente este procedimiento puede servir para diagnosticar enfermedades, actualmente sólo sirve para ocho o diez de ellas, como la enfermedad fibroquística del páncreas, algunas hemofilias y problemas neurológicos...”.

O como lo afirma el Dr. Carlos Simón, director científico del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI): “...El día en el que se sepa que tal enfermedad se debe a una mutación concreta, también se podrá prevenir mediante el diagnóstico genético preimplantatorio...”.

Elegir a nuestros hijos plantea problemas éticos más profundos. Esto no es nuevo. En los países desarrollados, las pruebas de rutina que se les practican a las mujeres embarazadas de más edad, combinadas con la disponibilidad del aborto, redujeron significativamente la incidencia de patologías como el síndrome de Down.

En algunas regiones de la India y de China donde las parejas están ansiosas por tener un hijo, el aborto selectivo ha sido la máxima expresión de sexismo y se lo ha practicado a tal extremo que está alcanzando la mayoría de edad una generación en la que los hombres enfrentan una escasez de parejas femeninas⁶¹.

⁶⁰ Coco, Roberto. Algunas consideraciones sobre los aspectos éticos del diagnóstico preimplantacional. Disponible en Cuadernos de Bioética. Sección Doctrina: <http://www.bioetica.org/cuadernos/doctrina14.htm>.

⁶¹ Singer, Peter. Ob. Cit. Diario Clarín.

CAPITULO V

1. ESTERILIDAD

En los aspectos de nuestra cultura vinculados a la formación de la familia y en general a la generación biológica de la descendencia, interactúan diversos factores como por ejemplo la creciente inserción de la mujer en los ámbitos de la vida pública.

La salida del hogar hacia el mundo del trabajo y del poder, lleva a la celebración del matrimonio o a la decisión de la vida en pareja, cada vez mas tardíamente y consecuentemente se retrasa la voluntad procreativa; hasta ver con mayor claridad el proyecto social de realización personal.

Tradicionalmente, suele distinguirse entre la “esterilidad” y la “infertilidad” humana. En términos generales, esterilidad es en el varón, la incapacidad para fecundar, y en la mujer la incapacidad para concebir; llamándose infertilidad a la incapacidad de desarrollar en el seno materno un feto viable⁶².

También se ha dicho que “esterilidad” significa que nunca se puede concebir, en tanto que la “infertilidad” significa la incapacidad de concebir⁶³, pero este término es ciertamente elástico, ya que una pareja puede parecer no fértil durante un año o más y luego concebir⁶⁴. Se ha dicho también que la infertilidad es incapacidad para llevar a término un

⁶² NICHOLSON, Roberto: “Esterilidad en la mujer”, en Soluciones médicas y psicológicas de los problemas del matrimonio. Ed. Paidós. Bs. As. 1971. Pág. 195.

⁶³ WENT, Jones: Tratado de Ginecología de Novak. Ed. Interamericana – McGraw Hill. Undécima edición. 1994. Pág. 154.

⁶⁴ WOOD, Carl y WESTMORE, Ann: Fecundación “in vitro”. Fontanella. Barcelona. 1983. Pág. 23.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

embarazo normal. Puede producirse por fallas en la fecundación, implantación o desarrollo del producto dentro del útero⁶⁵.

En los últimos años, los avances de reproducción humana han brindado una mayor esperanza a las parejas de matrimonio que han visto disminuida sus posibilidades de concebir naturalmente. La tendencia de la maternidad en el mundo industrial y occidental es posponer la edad de la maternidad aumentando la demanda de estas técnicas.

Fue en países donde las tasas de natalidad resultan más bajas, donde más tempranamente se desarrollaron los estudios y prácticas más avanzadas sobre fecundación asistida, extendiéndose luego por toda Europa, Estados Unidos, Australia y Canadá. En la actualidad dichas técnicas están difundidas en prácticamente todos los estados occidentales.

En nuestro país el C.E.G.Y.R. (Centro de Estudios Ginecológicos y de Reproducción), en agosto de 1985, comunicó a la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad, el primer embarazo mediante F.I.V.⁶⁶. Una de las causas que hacen que la mujer recurra a estas técnicas es la esterilidad. La angustia que genera la vivencia de esterilidad es mejor comprendida y conocida por quienes la han atravesado y por quienes trabajamos en lo psíquico y emocional junto a estas parejas⁶⁷.

⁶⁵ PEREZ-PEÑA, E: Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción. 2º Ed. México. Ed. Salvat. 1995. Pág. 54.

⁶⁶ Claudio Chillik, Santiago B. Olmedo y otros, Resultados del Programa de Fertilización in vitro del C.E.G.Y.R., en rev. “Ginecología y Reproducción”, año1, vol. 1, nº 3, 1988.

⁶⁷ Wainfeld, Estela. Fertilidad-Aspectos psicológicos en la mujer y en el hombre.
<http://www.latinaobgyn.net/español/articles/marzo001/wainfeld.htm>.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Se entiende por esterilidad a la incapacidad temporal o definitiva de la pareja para concebir después de un año de relaciones sexuales sin control anticonceptivo voluntario; o bien, que “se denomina infertilidad a la incapacidad para concebir, si bien ésta puede ser una situación no definitiva”, en tanto que “la esterilidad, en cambio, es la incapacidad definitiva o irreversible para concebir, aunque en algunos casos esta imposibilidad natural puede corregirse por procedimientos médico-quirúrgicos”, acotándose que “cuando tales tratamientos de la esterilidad resultan ineficaces, puede recurrirse a la inseminación artificial o a la fecundación in vitro”.

La esterilidad puede ser primaria, en este caso tras un año de relaciones sin tomar medidas de protección, la pareja no ha conseguido un embarazo. Pero también la esterilidad puede ser secundaria, cuando la pareja, tras la consecución del primer hijo, no logra una nueva gestación tras dos o más años de intentarlo.

Uno de los motivos que impulsaron a la medicina a profundizar el estudio de las técnicas de fecundación humana fue sin lugar a dudas el de la esterilidad en la pareja. Los factores que la producen son múltiples entre los que se encuentran disturbios hormonales, alteraciones de la continuidad de las trompas de Falopio, anulación o disminución de la actividad espermática en el hombre, entre otros factores. Todos ellos plantearon la necesidad de recurrir a la fertilización asistida como un remedio o recurso subsidiario que permitiera a la pareja estéril la posibilidad de engendrar y dar a luz un hijo.

En Argentina, el quince por ciento de las parejas en edad de reproducirse tiene problemas de fertilidad y los avances de la medicina ofrecen varias oportunidades para hacer realidad el sueño de un hijo biológico. Sin embargo, la pareja que recurre a estas técnicas encuentra

varios obstáculos, algunos de ellos insalvables ya que la mayoría de las obras sociales y medicina pre-pagas no cubren ni los medicamentos, como tampoco el tratamiento que a veces y debido a su costo resultan imposibles.

Según datos aportados por la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad, en el país se realizan casi cuatro mil ciclos de fertilización por año que son costeados en forma particular. Tal es así, que un afiliado llevó la denegatoria de cobertura del método de fertilización asistida a la justicia y el 14 de octubre de 2004, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo nº 1 de La Plata, resolvió la acción de amparo presentada contra el Instituto de Obra Médico Asistencial; intimándolo a reintegrar los gastos de medicación no reconocida o reconocida parcialmente, prácticas, honorarios y gastos de internación que habían sido abonados por los cónyuges con el objetivo de llevar adelante una fertilización in vitro (FIV), que se encontraba en su tercera etapa, y cubrir de manera integral un nuevo tratamiento de fecundación in vitro, a llevarse a cabo por profesionales que eligieran los accionantes, en el momento que consideren oportuno.

Los puntos más importantes de este fallo que se destacan son: **‘La salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges y el derecho a procrear, por lo tanto forma parte del derecho a la salud’.**

‘Esto se encuentra contemplado tanto en pactos internacionales como en la Constitución Nacional y la Constitución Provincial ya que ambas establecen de manera expresa el derecho a la salud reproductiva y al derecho a la procreación’.

‘Tanto la provincia de Buenos Aires como la provincia de Santa Fe cuentan con Programas de Salud Reproductivas y de Procreación Responsable en donde se contempla el tema’.

‘Los derechos vinculados con la salud reproductiva tienen un fuerte contenido social porque de ellos se deriva la constitución de una familia nuclear típica en nuestra estructura social (cónyuges y descendientes) y figura la expectativa natural de toda pareja que se une mediante el afecto y la convivencia. Por todo esto, la imposibilidad de procrear afecta en forma real y efectiva en la calidad de vida, y por lo tanto el Estado debe extremar los medios para garantizar el acceso a los métodos conceptivos’.

Los procedimientos que se han desarrollado a lo largo del tiempo se los denomina técnicas de fecundación artificial, ya que permiten la procreación humana sin que intervenga la relación sexual, por oposición a la fecundación natural, que requiere la unión sexual de los progenitores.

Los médicos especialistas en estas técnicas, acostumbran a clasificar estas terapéuticas de acuerdo al grado de complejidad. Así, la fertilización asistida de baja complejidad corresponde a la inseminación artificial, puesto que consiste en procedimientos ambulatorios sin anestesia general y sin mayor aparatología. En la técnica de mediana complejidad está la técnica GIFT (gamete intrafallopian transfer), que en realidad se trata de una inseminación artificial donde se recurre a medios más complicados. Y por último, tenemos la fertilización *in vitro* (FIV), implica un procedimiento de alta complejidad ya que necesita de un laboratorio altamente especializado.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

La diferencia entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, es que el primero consiste en la introducción del gameto masculino mediante un cateter en el aparato genital femenino. Se produce así la fecundación y el cigoto se forma en el ambiente natural. En el segundo procedimiento, la formación del cigoto se produce en una probeta, fuera del seno materno. De esta manera, la imposibilidad de que el semen fertilice al óvulo naturalmente en las trompas de Falopio se soluciona a través de la extracción, por medio quirúrgico, de óvulos de la mujer, los que junto con el semen, serán fecundados en condiciones de laboratorio. Ambos gametos son colocados en un tubo de vidrio especial y se los mezcla.

Una vez que se obtenga la combinación, el óvulo fecundado (cigoto), es trasladado nuevamente a la mujer, y se procede a su implantación en el útero. Esta técnica recibe el nombre de FIVET, fecundación *in vitro* con transferencia de embrión. Sin embargo para que se pueda llevar a cabo son condiciones esenciales para su aplicación, la presencia de un útero receptivo para el embrión, buena respuesta de la paciente a la estimulación ovárica, ausencia de infecciones genitales y buena capacidad fertilizante del semen, además del fracaso de otras terapéuticas previas.

El primer caso de un nacimiento por fecundación extracorpórea se realizó en Inglaterra, el 25 de julio de 1978. La práctica fue realizada por el biólogo Robert Edwards y el ginecólogo Patrick Steptoe, quienes brindaron una solución para el supuesto de esterilidad tubárica definitiva.

2. MATERNIDAD SUBROGADA

En el ámbito del derecho de familia y como consecuencia de la aplicación de estas técnicas de reproducción, ha aparecido una nueva figura contractual con gran difusión sobre todo en Estados Unidos; es la de la madre sustituta o subrogada, es decir, aquella mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena.

Sin embargo, este contrato puede tener dos variantes: una es aquella en donde la madre subrogada solo presta el servicio de incubación o parto, que comúnmente conocemos como madre portadora o gestadora. En este caso, una vez obtenido el embrión de una pareja, mediante fecundación in vitro, es implantado en el útero de otra mujer, la madre contratada, quien se obliga a llevar adelante el embarazo, dar a luz al hijo y entregarlo a la pareja que la contrató.

La otra variante, ocurre cuando una mujer se hace inseminar con semen de un hombre cuya mujer es estéril y se compromete a entregar el hijo luego del nacimiento. Esta mujer, además de portadora es la madre genética del chico. El hijo que nace de una madre contratada, se inscribe en el Registro Civil a nombre de ella, si además es soltera, lo reconoce el padre que aportó el semen. Posteriormente, la esposa de este último, adopta al niño con el previo consentimiento de sus progenitores. En caso de que la mujer que dio a luz fuese casada, ella y su marido deben dar el consentimiento para que el menor sea adoptado por la pareja.

Pero sucede una situación aún más complicada, cuando en ambos casos se recurre al semen de un tercero dador o al óvulo de una dadora, ya que en este caso desaparece el ligamen genético con los comitentes, quienes asumirían el carácter de progenitores sociales.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Con respecto a la validéz de estos contratos existen tres posturas: la primera, prevaleciente en europa continental y en nuestro país, es prohibir estos contratos y declararlos nulos de nulidad absoluta, ya sean gratuitos u onerosos; porque hacen de la mujer y del hijo un objeto. Para la mujer, constituye un préstamo de su cuerpo ya que pone a disposición de terceros su propio cuerpo. Este tipo de convenios se ha considerado semejante a la locación de obra ya que el objetivo es lograr un resultado, el hijo. Y para éste, el convenio implica un pacto por el cual su madre se compromete a abandonarlo apenas producido el nacimiento.

La segunda postura, permite este tipo de contratos cuando se celebran sin ánimo de ganancia y siempre que la madre tenga derecho a quedarse con el niño, después del nacimiento.

Y la tercera postura, tiene gran preponderancia en Estados Unidos, donde existen grandes empresas que se encargan de la intermediación entre parejas interesadas y madres subrogadas.

La historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecerá una remuneración⁶⁸.

Podemos encontrar precedentes jurisprudenciales de Estados Unidos, respecto al tema en cuestión, donde se ha determinado que el derecho a la intimidad, es el derecho del individuo, casado o soltero, de tomar decisiones que afectan fundamentalmente a la persona como la

⁶⁸ Vidal Martinez, Jaime: Las Nuevas Formas de Reproducción Humana. Madrid, Ed. Civitas, 1998, pág. 180.

decisión de engendrar o parir un niño, libre de toda intervención gubernamental injustificada.

En 1983 en la ciudad de Montpellier, Francia, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad⁶⁹.

En Italia sucedió un caso un tanto singular en el que una mujer dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundado en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja⁷⁰. Acerca de este tema, la doctrina italiana expresa que en virtud de los principios instituidos en su C.C., la maternidad exige el presupuesto del parto, y por ello, madre será quien ha llevado a cabo la gestación. Sin embargo, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica), en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica⁷¹.

En lo que respecta a la determinación de la maternidad, Vidal Martínez opina que si bien la legislación española resuelve a quien corresponde declarar madre (art. 10. 2 –Ley 35/1988), también sería factible prever que la maternidad de deseo puede ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño⁷².

⁶⁹ Guitrón Fuentecilla, J.: La Genética y el Derecho Familiar, Rev. Tapia, Año VII, nº 36, Octubre 1987, pág. 73.

⁷⁰ Martínez, J.; Pereda-Rodríguez, M: La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español. Madrid. Ed. Dyckinson, pág. 37.

⁷¹ García Rubio, Mari Paz: La Experiencia Jurídica Italiana en Materia de Fecundación Asistida – Consideraciones respecto del Derecho Civil Español. Rev. Tapia, año VII, nº 36, octubre de 1987, pág. 73.

⁷² Vidal Martínez, J. Ob. Cit. Pág. 163.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Similar opinión plantea la doctrina brasileña, refiriendo que “el interés del niño”, habrá de ser el que rija la decisión judicial, entendiendo por tal, el derecho a la vida y a la salud⁷³. Para Zannoni el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres⁷⁴.

En igual sentido se pronuncia el jurista español Vidal Martínez, para quien un contrato de tal naturaleza estaría signado por su contrariedad a la moral y al orden público, así como también, a la legislación que, en el C. C. de España (art. 1271), consagra que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo⁷⁵.

Por lo tanto, el Estado no le puede prohibir a una pareja que al tomar la decisión de tener un hijo, elijan el método que ellos quieran, entre los cuales podría estar la maternidad subrogada. Como ejemplos de este último punto voy a citar el caso “Stern” de la jurisprudencia norteamericana y el caso “Calvet” de la Corte Suprema de California. El primero, es el caso de Melissa Stern, conocido como Baby M., resuelto por el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, Estados Unidos, luego de tres años de pleito.

Para solucionar la infertilidad de su esposa, el señor Stern, requirió los servicios de una corporación de Nueva York, para buscar a la persona que realizaría los servicios de maternidad. Por esta búsqueda pagó determinada suma de dinero y una vez que encontraron a la mujer para llevar a cabo el servicio, que sería en este caso Mary Beth Whitthead, casada; se convino con ella que por otro determinado

⁷³ Ciocci Alvarez de Oliveira, Déborah; Borges, Jr., Edson: Reprodução Assistida: Até Onde Podemos Chegar?. Sao Paulo. 2000. Pag. 49.

⁷⁴ Zannoni, E.: Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Bs As, Ed. Astrea, 1978, pag. 111.

⁷⁵ Vidal Martínez, J. Ob. Cit. Pag. 191.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

monto se haría inseminar con semen del señor Stern, obligándose a gestar el embrión hasta el parto; y una vez que naciera la criatura se la entregaría al señor Stern, contra el pago de la suma convenida, para que fuera adoptada por su esposa, renunciando a todos los derechos de madre, lo mismo que su esposo renunciaba a los derechos paternos.

Luego de ocurrido el nacimiento, al día siguiente de haber entregado la criatura, la madre gestante pidió que se la devuelvan y que se la permitan tener por una semana debido a la crisis emocional que atravesaba. Los Stern accedieron y de ahí en más, ya no vieron a la niña y comenzó la contienda judicial con gran repercusión en los medios masivos de comunicación escritos, orales y televisivos.

El juez de primera instancia declaró la validéz del contrato, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad, condenando a la madre gestante a entregar a la niña a los Stern. Apelado el fallo, el tribunal declaró la invalidéz del contrato y su inexigibilidad, debido a que la maternidad no se puede renunciar por una suma de dinero, y además, porque el pago de esa suma implicaba la compra del hijo, violando las disposiciones de la ley de adopción.

En consecuencia declaró la madre subrogada es la madre legal de la criatura, reconoció asimismo la paternidad biológica del señor Stern, y considerando su excelente situación económica, le entregó la guarda de la menor, por convenir mejorar los intereses de ésta, estableciendo un derecho de visitas a favor de la madre.

En el caso Calvert, un embrión formado con el semen de Mark y el huevo de su esposa Crispina Calvert, es implantado en el útero de Anna Jonson y se conviene que una vez nacido el chico, sería entregado a los Calvert. Anna, por su parte, estuvo de acuerdo en renunciar a

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

todos sus derechos de madre, y a cobrar por sus servicios una determinada suma de dinero, en cuotas, la última de las cuales se abonaría seis semanas después del nacimiento del chico.

Lamentablemente las relaciones entre las partes se deterioraron y Anna exigió que se le abonara la totalidad de las cuotas antes del parto. Los Calvert promovieron una demanda solicitando que se los declare padres legales del niño que aún no había nacido. Anna presenta una contrademanda para que a su vez, se la reconozca como madre de la criatura. El chico nace en el año noventa y una vez probada la paternidad genética de los Calvert, se les entregó provisoriamente el niño, estableciéndose un régimen de visitas a favor de Anna.

En primera instancia, el juez resolvió que los Calvert eran los progenitores genéticos, biológicos y naturales y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible.

La Cámara de Apelaciones confirmó el fallo, como así también, la Suprema Corte del Estado de California que expresó: “...una mujer que suscribe un acuerdo de gestación sustitutiva, no está ejerciendo su propio derecho a tomar decisiones en materia de procreación, está conviniendo en proveer un servicio necesario y profundamente importante, sin ninguna expectativa de que vaya a criar al niño como propio...”.

En el derecho argentino, este contrato sería totalmente nulo por aplicación del art. 953 del C. C. Y de nulidad absoluta por estar de por medio el interés social y el orden público, sea oneroso o gratuito. Por lo que no se podría reclamar las sumas pagadas a cuenta del precio, ni a la madre subrogada ni a la agencia intermediadora, como tampoco exigir la entrega del hijo, aún ofreciendo pagar el saldo adeudado.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Por otra parte, la madre contratada tampoco podrá reclamar el pago del saldo del precio, si después de la entrega del hijo, ésta no le fue abonada. Las obligaciones supuestamente contraídas por las partes, carecen de total validéz por ser contrarias a la moral y a las buenas costumbres.

Sin embargo, la doctrina nacional en posición minoritaria hay quienes admiten la legitimidad de estas convenciones; pero les asignarían legalidad, si se diera el propósito altruista de superar problemas de fertilidad en una pareja, la esterilidad comprobada de ésta científicamente, la falta de lucro de los que intervienen en el contrato y la necesidad de recurrir a este proceso acreditada por la ciencia médica⁷⁶.

En todo caso, de presentarse este conflicto, se aplicaría la norma que establece que la maternidad se determina por el parto (art. 242 C C); ergo, será madre la gestante que dio a luz, haya o no aportado su óvulo.

Sin embargo, dado el caso de que la madre gestante no haya aportado el elemento genético, surgen tres opiniones: para la doctrina mayoritaria, el art. 242 del C C, establece una presunción iuris tantum, que permite impugnar, por no ser la madre del hijo que pasa por suyo, según el art. 261 del C C.

Es decir, si la madre sólo aportó la gestación y el parto, la mujer a la que le pertenecía el óvulo y toda otra persona que manifieste un interés legítimo (art. 262 C C), podrán accionar para que prevalezca el principio de la verdad biológica, según el cual el padre que aportó el

⁷⁶ Ferrer F. A.: Procreación Asistida. Santa Fe. Universidad Nacional del Litoral. 1995. Pág. 143.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

elemento genético, es la que formó el nuevo ser, y así de esta manera desplaza a la madre portadora.

Ahora bien, si la madre portadora fuere casada, y es vencida en la acción de impugnación de la maternidad, cae también la filiación matrimonial no sólo con respecto a la madre, sino también respecto al padre, ya que si no fue concebido el hijo por la esposa, no rige la presunción de paternidad del marido (art. 243 C C); según la opinión de Iñigo, Levy, y otros.

Otra postura sostiene los efectos plenos y definitivos de la maternidad por el parto, con lo cual ninguna persona ya sea la madre genética, la que alumbró o algún otro interesado, podrá impugnar la maternidad. Se considera una presunción absoluta que no admite prueba en contrario la regla establecida en el art. 242 del C C. Esta postura sostienen entre otros, Borda y Belluscio.

La última postura, considera que la maternidad determinada por el parto es inimpugnable por los padres genéticos, que pretenden demostrar que ellos son los padres biológicos, desconociendo la maternidad de la portadora, porque para ello deberían invocar el pacto por el cual la receptora aceptó la implantación del embrión y se obligó a la entrega del hijo.

Por esto, se estaría invocando un convenio de objeto inmoral y contrario a las buenas costumbres, lo que estaría totalmente prohibido por el art. 953 del C C. En cambio los que sí podrían impugnar la maternidad, son el esposo de la gestante que no dio su consentimiento y demás interesados que invoquen un interés legítimo; en opinión de Bossert y Zannoni.

Desde el punto de vista estrictamente ético⁷⁷ tanto en Europa como en América existe una fuerte oposición a estas técnicas o convenciones, como así también a las entidades que las promueven⁷⁸.

CAPITULO VI

1. FECUNDACION ASISTIDA POST MORTEM

Una de las cuestiones debatidas en nuestra sociedad es si las técnicas de procreación medicamente asistidas puedan practicarse en la mujer con semen congelado del marido que ha fallecido, quien lo entregó para su almacenamiento antes de su deceso.

En el supuesto, en que el hijo queda sin filiación paterna, entendemos que por el principio de la verdad biológica y del derecho a la identidad podría intentar la acción de reclamación *post mortem* de la filiación contra los sucesores del sujeto que antes de fallecer proveyó el semen para la fecundación, en razón del vínculo genético que lo une al mismo⁷⁹.

Con respecto a este tema Adriana Wagmaister indica que: “Nos encontramos hoy –como resultado de las nuevas técnicas para la procreación- ante nuevas formas de paternidad y maternidad que revelan la escisión de facetas otrora unidas”⁸⁰.

⁷⁷ Córdoba J.; Sánchez Torres J.: Fecundación Humana Asistida. Aspectos jurídicos emergentes. Ed. Alveron. Córdoba.. Pág. 45.

⁷⁸ Córdoba J.; Sánchez Torres J.; ob. Cit. Pág. 42.

⁷⁹ Mendez Costa, Ma. J., en Mendez Costa-D’Antonio: Derecho de Familia, cit., tomo 111, pág. 68. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001; Sambrizzi, Eduardo A.: Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano, Ed. Abeledo-Perrot. Bs. As., 2001, n° 49 – b. Messina de Estrella Gutierrez, G.: Bioderecho. Ed. Abeledo-Perrot. Bs. As., 1998, pág. 68.

⁸⁰ Wagmaister, Adriana M.: Maternidad Subrogada, en “Derecho de Familia”. Rev. Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. N° 3. 1990. Ed. Abeledo-Perrot. Pag. 19.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Se debe tomar cada caso en particular para poder apreciar la conflictividad de los derechos de los sujetos involucrados como lo ejemplifica la Dra. Mendez Costa: “El derecho de la persona concebida mediante técnicas de procreación artificial o gestada en madre portadora, al establecimiento de su filiación, enfrenta el derecho a la intimidad del dador del semen, de la dadora del óvulo, de los que recurrieron a los procedimientos de engendramiento natural e incluso de aquel sujeto si no es él quien persigue la titularidad de su verdadero estado de familia”⁸¹.

Se han elaborado diversas posiciones. Para los partidarios de una posición restrictiva, la fecundación artificial, sólo se admite en los casos de mujer casada, con el consentimiento de su marido. Para los que sostienen una postura más liberal, reconocen la posibilidad de acceder a estas técnicas incluso a una mujer soltera.

Por último, existe una postura intermedia que se inclina por permitir el acceso a estas técnicas a la pareja matrimonial y también a los integrantes de una pareja heterosexual concubinaria, pero no por una mujer sola. Este criterio, ha sido el adoptado por la ley sueca de 1984 y por la ley francesa de 1994.

En la actualidad, la falta de una regulación legal en este tema y la normativa del Código Civil, resultaría insuficiente para solucionar algún tipo de situación que se planteara referido al tema en cuestión.

Por ejemplo, el artículo 243 del Código dispone: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y

⁸¹ Mendez Costa, María J. y D’Antonio, Hugo D.: Derecho de Familia. T III. Pag. 172. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. Noviembre de 1991.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos...”. Es decir, que si el hijo nace dentro de los trescientos días de la muerte de aquél, se presume su paternidad, teniendo llamamiento hereditario debido a que se supone que estaba concebido al momento de fallecer su padre, conforme lo prescribe el art. 3290. Si naciere con posterioridad a los trescientos días de producido su fallecimiento, significa que fue concebido cuando ya no existía el matrimonio y ya no funcionaría la presunción de paternidad. Entonces será considerado hijo extramatrimonial de la madre, pudiendo reclamar su filiación, en virtud del vínculo genético que lo une. Sin embargo, no podrá gozar de los derechos sucesorios puesto que lo prohíben en forma expresa los arts. 3282 y 3290 del Código Civil.

Sin embargo, deben distinguirse los supuestos en que la mujer, después de fallecido su marido se hace inseminar con semen de aquél, previamente depositado en un banco y la que lo ha hecho extraer de su cadáver, del caso en que el proyecto procreativo ha sido llevado a cabo conjuntamente por ambos cónyuges, viviendo ambos, mediante la técnica de fecundación *in vitro*, y fallece el marido antes de la transferencia del embrión, transferencia ésta que, no obstante, se realiza a petición de la mujer, ya que en este caso el embrión gozaría de los derechos a la vida, a ser implantado en el útero de su madre, a nacer, a tener filiación paterna y heredar a su padre.

En este sentido se ha expresado la constitucionalista española Yolanda Gomez Sánchez: “La posibilidad de una mujer de ser fecundada

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

con los gametos de su marido ya muerto, pues en eso consiste la denominada fecundación *post mortem*, suscita una viva polémica⁸².

La Ley española de reproducción asistida autoriza a la esposa o compañera del varón a emplear sus gametos y además, permite que se establezca su paternidad sobre el recién nacido, siempre y cuando la persona fallecida haya consentido previamente que la fecundación se produzca en un lapso de seis meses desde el deceso de aquél (Ley 35/1988), art. 9 inc. 2 que dice: “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”.

No sucede lo mismo en la Ley catalana que amplía a nueve meses desde la muerte del esposo, (Ley Foral 6/2000). En la fecundación asistida *post mortem*, el causante al morir deja su semen para poder engendrar vida. Con posterioridad a la muerte del padre biológico se produce la concepción y la gestación de un hijo.

A favor de la aplicación de estas técnicas en la mujer viuda se argumenta desde el principio intangible de la libertad –de neta raigambre constitucional- y aplicando un criterio de igualdad a ultranza en los sujetos destinatarios de las técnicas, que pretende igualar situaciones, a nuestro entender, distintas –matrimonios, mujeres solas, etc.-⁸³.

En este tipo de fecundación, el hijo es un proyecto común de la pareja que no se realiza, debido a la muerte de uno de sus progenitores,

⁸² Gomez Sánchez, Yolanda : El Derecho a la Reproducción Humana. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Marcial Pons. Ed. Jurídicas S.A.: Madrid. 1994. Pag. 129.

⁸³ Gomez Sánchez, Yolanda, ob. Cit., pags. 68 a 75.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

circunstancia un tanto dolorosa para la mujer, ya que debe recurrir a una fecundación asistida para poder realizarse como madre. Sin embargo, para que la voluntad procreacional del progenitor de que su semen sea utilizado por su cónyuge con posterioridad a su muerte, debería ser expresada por escritura pública o testamento.

La ley española N° 35 del 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de Reproducción Asistida (TRA), en su art. 9 dice: “No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer a la fecha de la muerte del varón. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el marido podrá consentir por escritura pública o por testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial”.

En el mismo sentido la ley de filiación 7/1991, de la comunidad autónoma de Cataluña, expresa en sus fundamentos que “...Parece oportuno regular asimismo la filiación en los casos de fecundación *post mortem*, puesto que sin ignorar los delicados problemas de índole ética y jurídica que dicha inseminación plantea se pueden presentar y en la realidad se dan dichos nacimientos. Art. 9 en los casos de nacimiento a consecuencia de fecundación sistida *post mortem* con gametos propios de cada uno de ellos el nacido es considerado hijo del marido de la madre o de quien convivía con ella, siempre que concurren las siguientes condiciones:

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

- a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa de ambos para la fecundación asistida (post mortem) con gametos propios de cada uno de ellos.
- b) Que se limite a un solo caso comprendido en parto múltiple.
- c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de nueve meses después de la muerte del marido o de aquel con quien la madre convivía. Dicho plazo puede ser prorrogado por el juez, por causa justa, por un tiempo máximo de tres meses...”

La legislación española permite esta inseminación pero bajo ciertas circunstancias y requisitos como ser la manifestación de la voluntad del donante y que la misma se efectúe después de su muerte.

En Francia, por ejemplo no existe legislación sin embargo, es famoso el caso Parpalaix, donde el Tribunal de Gran Instancia de Créteil, resolvió luego de un largo y complicado proceso, que se practicara inseminación a Corinee Parpalaix con el semen de su marido muerto.

En general, la mayoría de las legislaciones no han regulado aún sobre este tema, ya que existen muchas dudas que deben ser resueltas antes de ser aceptada esta inseminación.

Las corrientes que se oponen, sostienen que la muerte pone fin a la persona y de llegar a practicarse esta inseminación una vez que el donador ha muerto, ese hijo no tiene padre, ya que no puede tener esa calidad quien ha dejado de existir.

Sin embargo, considero que se debe tener en cuenta el deseo de la viuda de ser madre y si su marido (la persona fallecida) ha expresado

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

esa voluntad en vida y por medios fehacientes, el legislador debería aceptarlo como un deseo de última voluntad.

Otro punto importante es el referido a la filiación en el caso de que la fecundación se llevara a cabo “post mortem”. Como la presunción del art. 77 del C.C. no se cumplirá, porque el niño no nacerá dentro de los 300 días desde la disolución de la sociedad conyugal por muerte, no sería correcto pensar que ese hijo fuera extramatrimonial. Por el contrario ese hijo sería del matrimonio siempre y cuando aquéllos observaran las condiciones previstas para los casos de fecundación asistida “post mortem”; condiciones y requisitos que mencionaré a lo largo de todo este trabajo.

El requisito más importante es el consentimiento del cónyuge, es decir, que haya permitido la utilización de esta técnica.

De esta manera se podrá evitar toda impugnación de paternidad que pudieran hacer los terceros interesados ya que no podrán accionar.

La posibilidad de que la mujer pudiese inseminarse artificialmente después de la muerte del marido, es uno de los aspectos que debería legislarse. Siempre que el marido lo hubiese decidido con anterioridad al fallecimiento y esta decisión haya sido plasmada por escrito y la fertilización se lleve a cabo en un período de tiempo determinado que a mi criterio podría ser en un lapso de seis meses luego de la muerte del esposo, al igual que en la ley española.

El antecedente jurisprudencial que tenemos es el de octubre del año 1999, en Buenos Aires, cuando un ciudadano español que se encontraba de luna de miel con su joven esposa fallece inesperadamente. La viuda, desesperada pidió y obtuvo una autorización

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

judicial para extraer semen de los testículos del cadáver, y un médico especialista en fecundación asistida accedió a llevar adelante la intervención mediante inyección intracitoplasmática. El hecho generó una encendida polémica que registraron los periódicos⁸⁴.

Anteriormente ocurrió un caso similar en Los Angeles, Estados Unidos. En el año 1995 y como consecuencia de una reacción alérgica, fallece el marido sin dejar autorización escrita para la utilización de su semen. Sin embargo la viuda logra que un especialista le extrajera espermatozoides del cadáver y que se congelaran haciéndose inseminar cinco años después, lo que fue posible porque sobre esta cuestión no existe marco legal alguno en California⁸⁵.

Otro episodio polémico, el caso Blood, se dio en Gran Bretaña, una joven pareja después de varios años de matrimonio deciden tener un hijo, pero al poco tiempo el marido es hospitalizado de urgencia con diagnóstico de meningitis que resultó fatal. Aun en estado de coma profundo, la esposa obtiene que un médico proceda a extraerle semen, que fue congelado. Luego de fallecer el marido, la mujer reclama el semen para realizarse una inseminación; pero el cuerpo médico se opone ya que la reglamentación británica exige el consentimiento escrito del marido fallecido.

Los jueces confirman el rechazo a la inseminación post mortem, pero la Corte de Apelación en febrero del año 1997 resuelve que la señora Blood podía llevarse el semen y efectuarse el tratamiento en otro país donde no estuviese prohibida la técnica (la viuda fue a Bélgica donde no hay regulación legal), con el fundamento de que la inseminación se trataba de un servicio y con arreglo del art. 60 del

⁸⁴ Diario “La Nación”, 10-11-99.

⁸⁵ Corriere della Sera, Milano, 16-07-98, y Diario “Clarín”, Bs. As., 26-03-99.

Tratado de la Comunidad Europea, correspondía que la viuda se beneficiase de la regla de la libre prestación de servicios en el ámbito comunitario.

La usuaria de la técnica fue tratada como consumidora, el esperma del marido fallecido, como una cosa que se debía exportar, un accesorio indispensable para la prestación del servicio. Con este criterio británico, la lógica del mercado viene a dominar la esfera esencialmente personal de la reproducción humana y del derecho de las personas, comprendiendo los derechos del hijo, lo que revela la diferencia de concepciones entre Gran Bretaña y el resto de Europa en materia de procreación y de dignidad del hombre.

2. TRATADOS INTERNACIONALES

En un sistema constitucional democrático como el nuestro, el individuo constituye la causa, fundamento y fin de toda la organización política, cuya creación y subsistencia, unido a procedimientos implementados a ese fin, responden al exclusivo propósito de concretar la libertad y dignidad del hombre.

Luego de la reforma del año 1994, las modificaciones han sido varias y en especial con relación a la incorporación del art. 75 inc. 22 del mismo plexo normativo.

La reforma receptó algunos principios jurisprudenciales y a partir de ellos estableció un orden de prelación donde algunos tratados tienen jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución y otros tienen su misma jerarquía aunque, con menor rigidez. En virtud de esta modificación, el orden de prelación de las leyes ya no es más el mismo

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

que estipulaba el art. 31, puesto que ahora la ley se subordina no sólo a la Constitución Nacional, sino también a los tratados y concordatos concluidos con la Santa Sede. De esta manera la Constitución, desde 1994, no ocupa con exclusión el vértice de la pirámide jurídica sino que éste es compartido; aunque la doctrina no es unánime al respecto.

En lo que respecta a la libertad procreacional, ésta ha sido reconocido en forma expresa en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer cuyo art. 16, ap.1, inc. “e” expresa que los Estados asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres “los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.

Asimismo el art. 12 menciona que los Estados adoptarán las medidas para eliminar la discriminación en el “acceso a los servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación familiar” y garantizarán “los servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario...”.

En el art. 24 ratifica la obligación y el compromiso de los Estados de adoptar las medidas necesarias para conseguir la plena realización de los derechos consagrados en la Convención. Esta norma complementa lo sostenido en otras que hacen al espíritu de la Convención en el sentido de que puede haber discriminación de la mujer por acción y por omisión.

Esta Convención expresa la forma en que dicha libertad será ejercida. Sin embargo, la norma no aclara cual puede ser el método por

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

el que las mujeres y hombres decidirán el número de hijos, ni tampoco indica el modo de cómo los espaciarán, ni tampoco el sistema por el cual impedirán nacimientos no deseados.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, reconoce a toda persona el derecho a la vida. Menciona, en su contexto histórico del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de todas las personas (art. 3), del derecho a la salud, la asistencia médica y la protección de la maternidad (art. 25).

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, determina que los Estados deben proteger al niño menor de 18 años. Establece en cuanto a derechos reproductivos que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para “asegurar atención sanitaria prenatal...” (art. 24, inc.d), para “desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación familiar” (art. 24, inc.f).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; establece la no discriminación por razón de sexo (art. 2), la garantía de igualdad de goce de hombres y mujeres de los derechos sociales y culturales (art. 3), la no restricción de derechos humanos fundamentales no expresamente incluidos en este tratado (art. 5), la protección a la maternidad (art.10), el derecho a la salud física y mental (art. 12).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece la garantía de igualdad entre hombres y mujeres (art. 3), el derecho a la libertad y seguridad personales (art. 9), el derecho a la privacidad (art. 17), la libertad de pensamiento y conciencia (art. 18), la libertad de opinión (art. 19), y la no discriminación en razón del sexo (arts. 24 y 26).

En cuanto al marco jurídico constitucional en lo que a derechos reproductivos se refiere, hay que tener en cuenta el art. 75, inc. 23, cuya primera parte dispone que el Congreso de la Nación tiene la obligación de legislar sobre “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de... las mujeres...”.

CAPITULO VII

1. DERECHO COMPARADO

Varios son los países que se han preocupado por establecer una regulación jurídica y evitar a futuro dificultades que puedan aparecer relacionados con este tema, máxime si tenemos en cuenta que día tras día la ciencia avanza a pasos agigantados. Sin embargo el Derecho Comparado nos muestra que la legislación es escasa al respecto. El procedimiento que se utiliza es el de crear comisiones multidisciplinarias de expertos (médicos, biólogos, abogados, religiosos, etc.), que pudiesen recomendar al poder legislativo.

En España se crea en 1986 una Comisión Parlamentaria y se hace público un informe (Informe Palacio) y en 1988, el Parlamento Español aprueba la Ley de Procreación Asistida.

España fue uno de los países europeos más innovadores en lo que respecta a legislación sobre reproducción humana asistida, ya que pueden recurrir a estas técnicas mujeres que padecen esterilidad irreversible, en donde el costo del tratamiento es cubierto por los fondos

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

de la seguridad social; o también mujeres solas no estériles, pero en este caso, ellas deben cubrir sus gastos.

Se permite, sólo con fines terapéuticos, elegir el sexo del embrión; los embriones sobrantes se congelan durante cinco años y luego la pareja decide si dona a otra persona o si los cede a la investigación.

La ley de Reproducción Asistida y el Real Decreto 413/1996, establecen los requisitos para la autorización al uso de técnicas de fecundación asistida *post mortem*.

Con posterioridad legislaron sobre estos temas: Gran Bretaña, Noruega y Alemania. Pero en todas se resalta una serie de valores éticos implicados en el desarrollo de estas técnicas.

Otros países, ante la ausencia de una regulación legal, dictaron reglamentos de cumplimiento vinculante para los profesionales que desarrollarán tales técnicas⁸⁶.

En México se ha definido que las usuarias de las técnicas sean parejas heterosexuales con una relación estable⁸⁷.

⁸⁶ El Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, elaboró recomendaciones destinadas a los países miembros de la Comunidad Europea, disponiendo los principios éticos y jurídicos que deberían consagrar las regulaciones normativas de los procedimientos de fecundación asistida. Su objetivo es realizar una convención europea sobre la biomedicina y la biotecnología, para poder contar con un instrumento legal común y armónico.

⁸⁷ Alvarado Duran, Alberto: Consideraciones Éticas y Legales sobre la Reproducción Asistida en México. Rev. Ginecología y Obstetricia, vol. 64, marzo de 1996, pág. 111.

(i) **GRAN BRETAÑA:**

Fue en este país donde por primera vez se dispuso la creación de un comité interdisciplinario, llamado Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology (1982/1984, a cargo de Mary Warnock), con la finalidad de estudiar las repercusiones éticas, sociales y jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción.

El documento elaborado consta de dos partes, en la segunda parte, si bien se acepta la investigación con embriones, se limita a cuestiones fundamentales, estableciendo un estricto control para la obtención de una licencia para manipular embriones humanos, señalando que constituye un delito criminal cualquier utilización de los mismos sin autorización.

Se admite asimismo, la creación en laboratorios de sustancia embrionaria humana con fines investigativos y se acepta la posibilidad de utilizar embriones con el objeto de probar en ellos el efecto de drogas o sustancias tóxicas, pero en casos especiales y bajo estricto control. Sin embargo, el mencionado informe no recomienda la transferencia al útero de la mujer de una sustancia embrionaria que ha sido manipulada.

Si bien el informe admite que bajo licencia se realicen fecundaciones Inter-especies en programas dirigidos a paliar la infertilidad, impone la destrucción de los mismos cuando alcancen un estado biocelular. De la misma manera, se prohíbe la implantación de un embrión humano en el útero de otra especie con propósitos gestacionales.

El informe además prevé como autoridad de contralor, un organismo ajeno al gobierno, a la autoridad de salud y de los institutos

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

de investigación, cuyas funciones sean regular y controlar estas prácticas, además de conceder licencias. Sugiere que los miembros que integren este organismo sean mayoritariamente ajenos al área médica.

Debido a innumerables críticas que se abordaron en relación con el informe, en 1989 se publicó un documento de otro comité presidido por John Polkinghorne, donde se consigna que todo feto vivo (no así el material placentario) merecen el respeto que se le debe a todo ser humano vivo y que los fetos muertos deben ser tratados como cadáveres; lo cual implica que el material de los fetos vivos no pueden ser usados ni para investigación ni para terapia y debe haber consentimiento informado de la madre para cualquier tipo de actividad sobre los fetos muertos.

(ii) ALEMANIA:

En abril del año 1986 el Ministerio de Justicia de la entonces República Federal Alemana presentó un anteproyecto de ley para la protección del embrión, con el objetivo de salvaguardar la vida humana en todos los estadios de su desarrollo así como la dignidad que le es propia.

En diciembre de 1990 luego de un largo debate, el Parlamento alemán aprobó la ley que abarca tanto las técnicas de fecundación asistida como la temática del manejo indiscriminado de embriones humanos. La ley aclara que el concepto de embrión es el óvulo fecundado y apto para desarrollarse desde el momento mismo de la fusión de los núcleos; y por células germinales tanto los gametos masculinos como los femeninos en el cual se ha introducido un

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

espermatozoide, hasta el momento en que se perfecciona la fusión de los pronucleos.

Esta ley restringe las posibilidades de investigación y reconoce como destino exclusivo de todo óvulo fecundado su desarrollo gestacional. El art. 1.1, inc. 2, contempla sanciones penales para quienes fecunden artificialmente un óvulo con un motivo diverso al de producir un embarazo en la portante.

En cuanto al número de óvulos fecundados a implantar por la mujer, se reprime penalmente la implantación de más de tres óvulos fecundados en la misma mujer y dentro del mismo ciclo (art. 1.1, inc. 4); como así también la fecundación de una cantidad de óvulos de la portante que exceda el número de pre-embiones que puedan ser impalantados en el mismo ciclo (art. 1.1, inc. 5).

Con la misma penalidad se reprime a quien extraiga un embrión del útero de una mujer antes de que se produzca su nidación, ya sea para implantarlo en otra mujer o para destinarlo a cualquier actividad que no contribuya a su conservación (art. 1.1, inc. 6). Esta ley también reprime bajo el título de “Utilización abusiva de embriones humanos” (art. 2), al que vende, traspasa, adquiere o utiliza para fines que no contribuyan a su conservación, a un pre-embrión, ya sea producto de un laboratorio o extraído del útero de una mujer.

Ley 745/90 del 13 de diciembre de 1990, denominada “Ley alemana de protección del embrión”, que sanciona con penas privativas de libertad las siguientes conductas:

- a) Utilización abusiva de las técnicas de reproducción (art.1), transferir a una mujer el óvulo de otra; fecundar

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo; retirar un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; practicar una fecundación artificial o transfiera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento; introducir artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo; etc.

- b) Utilización abusiva de embriones humanos (art.2). Queda comprendida la enajenación de un embrión humano concebido en forma extracorporal, antes del período de la anidación en el útero, su cesión, adquisición o utilización para un fin distinto al de su preservación. También comprende el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto al de provocar un embarazo.
- c) Interdicción de la selección de sexo (art.3), salvo que se realiza con la finalidad de proteger al niño con enfermedades hereditarias graves y ligadas al sexo.
- d) Fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación post mortem (art.4).
- e) Modificación artificial de células sexuales durante el curso de la gametogénesis (art.5).
- f) Clonación (art.6) y transferencia de embriones humanos obtenidos mediante esta técnica.
- g) Creación de quimeras e híbridos (art.7): realizar la fecundación de un óvulo humano con espermatozoide de un animal o fecundación de un óvulo animal con espermatozoide humano.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

un hombre; y transferir a una mujer o a un animal, un embrión formado como consecuencia de estas manipulaciones. También comprende la transferencia de un embrión humano a un animal.

- h) Incumplimiento de la habilitación para la realización de “...la fecundación artificial, la transferencia de un embrión a una mujer o la conservación de un embrión humano, o de un óvulo humano en el cual un espermatozoide humano se hubiera introducido o hubiera sido introducido artificialmente” (art.11); ya que solo un médico puede realizarlas (art.10). Esta ley en su art. 8 contiene la definición de embrión estableciendo que hay “embrión” desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares.

(iii) ESPAÑA:

Existen dos normas legales carentes de tipos penales, pero que cuentan con sanciones de índole administrativa. Una es la ley 35/1988, sobre “Técnicas de Reproducción Asistida” y la 42/1988 sobre “Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos”.

La primera de estas leyes en su art. 15 inc. 2, apartado “a” y “b”, e inc. 3, ap. “a”, divide a los pre-embriones en viables y no viables, autorizándose la investigación con fines no terapéuticos. Sin embargo, la ley no especifica cuáles son los embriones viables y cuáles no.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Desde el punto de vista médico, se consideran embriones viables a aquellos en los cuales más de la mitad de los blastómeros parecen morfológicamente normales. La fuente fundamental a efectos de determinar el alcance del mencionado término fue el Informe Palacios.

Los puntos más destacados de la ley son por ejemplo, la prohibición de fecundar óvulos humanos con un propósito, *ab initio*, distinto al de la reproducción humana asistida (Capítulo II, Principios Generales, art. 3).

Se prohíbe la investigación de pre-embryones *in vitro* viables, salvo cuando reúnan los requisitos de autorización exigidos por la ley.

Existe una autorización limitada para experimentación con pre-embryones no viables; si está autorizada para fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos ya sea de pre-embryones muertos o no viables; se prohíbe las distintas formas ilegítimas de manipulación genética, etc.

La otra ley circunscribe su ámbito de actuación a embriones, considerando aquéllos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa dependiente y vital con la mujer gestante. Esta norma se sanciona con la intención de viabilizar la donación de tejidos o partes embrionarias y fetales.

En España el proceso fue muy rápido; en 1986 se crea la Comisión Parlamentaria y se hace público un informe (informe Palacio), en 1988, el Parlamento español aprueba la Ley de Procreación Asistida.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida (**Ley nº 35, 22 de noviembre de 1988**). Los puntos más importantes de esta ley son:

- a) **Art. 1:** regula el ámbito de aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, quedando dentro de este marco regulatorio la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), estableciendo que estas técnicas resultan aplicables cuando hayan sido científica y clínicamente indicadas por equipos especializados y se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados.

La ley asigna a estas técnicas la finalidad fundamental de la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otros procedimientos se hayan descartados por inadecuados, y también son utilizadas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario. Se autoriza la investigación y experimentación con gametos y óvulos fecundados humanos en los términos señalados en los arts. 14,15, 16 y 17 de la presente ley.

- b) En los **arts. 2, 3 y 4** se formulan principios generales respecto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida estableciendo que solamente se realizarán cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.

Estas técnicas se realizarán en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y concientemente y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Señala la obligación de brindar información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, como así también sobre los resultados y riesgos. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionan con las técnicas y será de responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realicen.

La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su pedido. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán ser volcados en historias clínicas individuales y tratadas con las reservas del caso y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

Queda prohibida la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana. En cuanto al número de preembriones a transferirse al útero de la mujer receptora, será considerado científicamente como el más adecuado para asegurar el embarazo.

- c) El **art. 5** se refiere a los donantes y establece que la donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por la ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial y el contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro autorizado; siendo la donación anónima,

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

custodiándose los datos de identidad del donante en secreto.

Los hijos así nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad; igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos. Sin embargo, sólo en forma excepcional y bajo circunstancias extraordinarias que impliquen un peligro comprobado para la vida del hijo podrá revelarse la identidad del donante. Esta revelación tendrá carácter restringido y no implicará la publicidad de la identidad del donante.

Para ser donante se requiere tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar; cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudios psicofísico.

- d) El **art. 6** se refiere a las usuarias de las técnicas estableciendo que toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas regladas en la ley siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar.

La mujer que utilice estas técnicas debe ser informada de los posibles riesgos para la descendencia; si fuera casada, se solicitará el consentimiento del marido, a menos que estuviesen separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho por mutuo acuerdo y que conste fehacientemente. La elección del donante queda bajo la responsabilidad del equipo médico que aplica la técnica de reproducción asistida, garantizando la compatibilidad de donante y mujer receptora.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

- e) Los **arts. 7, 8 y 9** se refieren a la filiación y dicen lo siguiente: tanto el marido como tampoco la mujer podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de la utilización de estas técnicas cuando hayan prestado su consentimiento previa y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes. La revelación de la identidad del donante en los supuestos del art. 5, no implica la determinación legal de la filiación.

Tampoco podrá determinarse la misma ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. Sin embargo, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de estas técnicas podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas.

- f) El **art. 10** se refiere a la maternidad subrogada considerando nulo de pleno derecho dicho contrato. Establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.
- g) El **art. 11** menciona la crioconservación de gametos y autoriza que el semen pueda ser crioconservado en bancos de gametos autorizados durante un tiempo máximo de cinco años; no se autorizará la crioconservación de óvulos

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

con fines de reproducción asistida, en tanto no haya suficientes garantías sobre la viabilidad de los óvulos después de su descongelación.

Los preembriones sobrantes de una FIV serán crioconservados en los bancos autorizados por un tiempo de cinco años. Pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes.

- h) El **art. 12** establece que toda intervención sobre el preembrión vivo in vitro, con fines de diagnósticos no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no o la detección de enfermedades hereditarias a fin de tratarlas, si fuera ello posible o de desaconsejar su transferencia para procrear.

Toda intervención sobre el embrión en el útero o sobre el feto, en el útero o fuera de él, vivos, con fines de diagnósticos no es legítima sino tiene por objeto el bienestar del *naciturus* y el favorecimiento de su desarrollo o si está amparada legalmente.

- i) Los **arts. 18 y 19** se refieren a los centros sanitarios y equipos biomédicos.
- j) En el **art. 20** encontramos infracciones y sanciones graves y muy graves a saber: como infracciones graves: el incumplimiento de requisitos reglamentarios de funcionamiento de los centros sanitarios y equipos biomédicos; la vulneración de lo establecido en la ley general de sanidad, la presente ley y normas de desarrollo en el tratamiento de los usuarios de estas técnicas por los

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

equipos de trabajo; la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta ley, así como la falta de realización de la historia clínica.

Son consideradas infracciones muy graves: fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; obtener preembriones humanos por lavado uterino para cualquier fin; mantener in vitro a los óvulos fecundados y vivos más allá del día catorce siguiente al que fueron fecundados, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados; mantener vivos a los preembriones, con el objeto de obtener de ellos muestras utilizables; comerciar con preembriones o con sus células; utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes; mezclar semen en distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la FIVET, así como utilizar óvulos de distintas mujeres para realizar una FIVET o la TIG; transferir al útero gametos o preembriones sin las exigibles garantías biológicas o de viabilidad; develar la identidad de los donantes; etc.

Normativa posterior que cumplimenta, desarrolla o modifica la ley:

Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana. Cumplimentando disposición final 2º b) del Real Decreto 412/1996, Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones.

Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células tejidos u órganos.

Ley 15/1994, de 3 de junio por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir riesgos para la salud humana y para el medio ambiente.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre por la que se reforma el código penal y prevé el título “De los delitos relativos a la manipulación genética”.

En orden a las investigaciones y experimentaciones, la política legislativa entiende, que el derecho no debe constituirse en un obstáculo del progreso biotecnológico, sino, debe adecuarse a la evolución científica, porque el avance de las ciencias beneficia a la sociedad y contribuye al mejoramiento de la calidad de vida del individuo. En estas corrientes se pueden ubicar las leyes de España de 1988⁸⁸, y la del Reino Unido de 1990 (Human Fertilization and Embryology Act).

⁸⁸ Hooft, Pedro F.: Procreación Artificial y Manipulación Genética (Comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida), LL, 1991, A, 775.

(iv) **FRANCIA:**

En el año 1994, se han aprobado dos leyes que regulan la procreación asistida. Ambas leyes se ubican en una posición intermedia entre las legislaciones más permisivas como la española y la británica y las más restrictivas como la alemana y la austríaca.

(v) **ITALIA:**

En el mes de febrero del año 2004 fue aprobada una ley de fecundación asistida que tiene una profunda inspiración católica y es una de las menos permisiva de Europa.

La legislación prohíbe la fecundación heterogénea (por una persona exterior a la pareja), o de aquellas mujeres que vivan solas; como así también prohíbe la fecundación post mortem y en parejas homosexuales. La ley prevé de un máximo de tres embriones para cada mujer y los mismos deben ser implantados obligatoriamente. No autoriza a las mujeres a cambiar de opinión ni a renunciar a la implantación de uno de los embriones.

Sin embargo, un tribunal de Palermo, en un fallo del 8 de enero de 1999, dispuso la transferencia de embriones a la viuda que reclamaba el implante, reconociendo el derecho a la vida del nascitutus y la necesidad de proteger también la integridad psicofísica de la madre, en virtud del cual ordenó al centro médico proceder al implante; lo cual la doctrina jurídica italiana aprobó esta solución⁸⁹.

⁸⁹ Texto completo de la sentencia en la revista *Diritto di famiglia e delle persone*, Milano, 1999-231, y en el apéndice de la obra de CASSANO, Giuseppe: *Le nuove frontiere del diritto di famiglia*, cit., págs. 187 y sgtes., quien aprueba la solución, págs. 184/185.

Italia se convierte así en el único país que dispone de una ley en este ámbito, prohibiendo la fecundación heterogénea, a diferencia de España, Reino Unido, Alemania o Austria.

(vi) PAISES BAJOS:

En 1982 el Consejo Central de Salud Pública elaboró un informe acerca de los experimentos médicos en seres humanos en el que se recomendaba el establecimiento de comités regionales con potestad para supervisar los proyectos de investigación. En 1986 este consejo emitió un documento referido a la fertilización *in vitro* donde se reconocía la calidad de derecho fundamental de la procreación. Aconseja la prohibición de cultivar óvulos fecundados más allá de los catorce días de evolución y su destrucción salvo que fuesen congelados y que el donante de los mismos indicase que hacer con ellos.

En el mismo documento se menciona que será punible el comercio de material genético humano así como el desarrollo de un feto con el objetivo de disponer de órganos o tejidos para el beneficio de otra persona o para realizar investigaciones científicas.

(vii) ESTADOS UNIDOS:

En este país no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política; por lo que coexisten numerosos cuerpos normativos que van desde la permisividad de distintas técnicas de

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

fecundación hasta la prohibición y penalización de las mismas figuras en otros estados.

En el estado de Luisiana, en consideración del pre-embrión, extiende la protección deparada al óvulo fecundado al pre-embrión *in vitro*, al que le reconoce como persona jurídica hasta el momento en que sea implantado.

Muchos estados, como una reacción a la ampliación del derecho de la mujer a interrumpir su embarazo, aprobaron leyes prohibiendo la investigación de embriones abortados y sancionando a quienes realicen estas prácticas. A su vez tienen leyes que prohíben la investigación no terapéutica sobre fetos y embriones, extendiéndose en algunos casos a los pre-embiones.

La política propiciada por el presidente Bill Clinton, el 23 de enero de 1993, a poco de asumir su mandato, autorizó los experimentos embrionales y fetales que Reagan, había prohibido. Sostenía que: “...hay que liberar a la ciencia y a la medicina del control de la política...”.

Posteriormente autorizó el aborto en consultorios familiares y hospitales militares. El último capítulo de la campaña de Clinton contra los derechos del nasciturus ha sido el veto a la ley que prohibía el aborto mediante una técnica abominable, que consiste en retirar por los pies un feto de veinte semanas o más y todavía vivo; en punzarle la base del cráneo y subsunarle su tejido cerebral.

Sin embargo, al tomar estado público los experimentos realizados en Edimburgo por el equipo científico que dirige el Dr. Ian Wilmut sobre técnicas de clonación para reproducir ovinos (oveja Dolly), el presidente Clinton se escandalizó ante la posibilidad de extender al linaje humano

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

las técnicas de clonación y dijo:”...Cualquier descubrimiento que toque la creación humana, no es simplemente un asunto de investigación humana; también es un asunto de lo moral y espiritual...”. Prohibió asimismo la asignación de fondos federales a cualquier investigación que tenga por objeto lograr la duplicación humana. Lo cierto es que Estados Unidos es uno de los países en los que se realiza con mayor auge investigaciones de toda índole.

Respecto a las técnicas, la tendencia general en la Legislación Comparada es la siguiente: se admite el I.A.C. ; pero con respecto a I.A.C. post-mortem todavía existe un poco de reticencia en admitirla. La legislación española la admite en los primeros seis meses, siempre que el varón haya expresado su voluntad por escritura pública o testamento.

De acuerdo a un fallo emitido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁹⁰, en el que un paciente con diagnóstico de leucemia, debía realizarse un trasplante de médula, y como esta patología podía llegar a generar esterilidad, el enfermo decidió hacer un depósito de semen.

En los meses siguientes su mujer se sometió a las pruebas de inseminación, que continuaron realizándose pese al fallecimiento del marido. Sin embargo, este proceso preparatorio de inseminación fue abruptamente suspendido por decisión del centro de salud, que alegaba que no se cumplían los requisitos legales.

La ley de reproducción asistida española establece que “no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por aplicación de las técnicas reguladas por esta ley y el mario fallecido cuando el material reproductor

⁹⁰ Trib. Sup. De Justicia de Madrid, sala de lo contencioso. Recurso nº 624/98. Fecha de sentencia 16-VI-2003. Magistradi ponente Ilmo. Sr. José L. Quesada Varela.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

de éste no se encuentre en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”.

La norma además establece la posibilidad de que “el marido pueda consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”.

Los magistrados concluyeron que la voluntad del legislador es “una declaración de voluntad del legislador con una forma especial: la escrita”.

El Tribunal consideró que “la eventual ausencia de información al marido y a la esposa de tales exigencias legales (autorización por escrito) por parte del centro de salud puede determinar la oportuna responsabilidad, pero en modo alguno suple ni subsana el incumplimiento de normativas por parte del interesado”.

En consecuencia el Tribunal determinó que la falta de consentimiento expreso del marido impide que la mujer pueda llevar a cabo la fecundación.

En el caso de Uruguay, no existe una legislación que regule los centros que prestan servicios de reproducción asistida, como tampoco a las personas interesadas en recibirlo.

Desde el año 1987 se llevan a cabo tratamientos de fecundación. Sin embargo en el año 1996, se ha presentado un proyecto de ley que presenta varios puntos que aun no se han resuelto y al día de hoy continúa en el Parlamento.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

En otras naciones no es el parlamento sino las sociedades de fertilidad quienes dan las pautas de la regulación (Estados Unidos, Canadá, Australia); en otras es un consejo médico (Hungría), o las autoridades religiosas (Egipto).

Otros países expresamente no tienen legislación al respecto (Grecia, Finlandia, Bélgica, Corea); en este caso son las comisiones de ética de cada institución las que asumen las resoluciones.

Un aspecto considerado por la Convención Europea de los Derechos Humanos (1978) es que una mujer soltera o una lesbiana, tienen derecho a tener hijos sin necesidad de una pareja legal (caso amparado por la legislación española).

Noruega sancionó una ley sobre procreación artificial definiéndola como inseminación artificial y fertilización extracorpórea. A su vez define a la inseminación artificial “como la introducción de espermatozoides en la zona cervical de la mujer por método distinto de la unión sexual” y a la fertilización extracorpórea “como la fertilización de los óvulos fuera del cuerpo de la mujer”.

En un dictamen emitido por el Ministerio Público en Israel, en noviembre del año 2003, basado en resoluciones judiciales del derecho israelí que tiene sus raíces en el Common Law y en relación al derecho de extracción de semen de personas fallecidas y su utilización, el representante de dicho Ministerio destacó la importancia de que el tema en sí tenga la elasticidad que da la jurisprudencia y no el rigorismo que emergería del dictado de una ley expresa, que contemple las diferentes situaciones que puedan suscitarse.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

La postura del Ministerio Público se basa en dos premisas: el respeto por la voluntad del difunto y la consumación del deseo en la pareja que se presupone es la constitución de una familia y que fuera desbaratada por la muerte. De acuerdo a este dictamen, sólo la pareja del hombre que ha fallecido está legitimada legalmente para demandar al tribunal de familia la extracción de su esperma, para una posterior utilización a través de una fecundación asistida.

La voluntad del difunto debe ser acreditada judicialmente aún en los casos en que exista serias y coherentes pautas de expresión de voluntad, como ser una autorización dada en vida, para la utilización de su semen en caso de muerte o casos de hombres que en vida hubiesen iniciado el tratamiento de fecundación artificial; todos los medios de prueba que la ley autoriza, pueden utilizarse para la acreditación de cual fue la voluntad del fallecido. Sin embargo, se trata de una presunción *iuris tantum* ya que la voluntad presunta del difunto, es necesario acreditarla judicialmente.

El deseo de la pareja es interpretado a la luz de que la procreación es para la ley judía un mandamiento (*mitzva*), y que esa fue la razón de su unión.

Se deben analizar todos los elementos relacionados con las particularidades propias del difunto, sea que emanen de su conducta en vida o de los testimonios de su grupo familiar cercano.

En los casos planteados en los tribunales de familia de Israel en relación a soldados fallecidos, los dictámenes anteriores establecieron en forma unívoca que aunque se hubiera obtenido la extracción del semen del fallecido, no se autorizó su utilización para engendrar por la mera y única petición de los padres del difunto. El fundamento está dado

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

ya que el derecho a la descendencia lo es sólo para engendrar un hijo y no un nieto, de no mediar la expresa petición de la pareja, aunque se acredite que esa hubiera sido la voluntad del fallecido.

Establece que si bien el deseo a la descendencia por parte de los padres es un deseo humano y toda vez que los mismos carecen de toda posibilidad legal de intervenir en relación a la fecundidad o esterilidad de sus hijos en vida de los mismos, mucho menos podrían hacerlo después de su desceso.

De acuerdo al dictamen, las esposas cuyo marido hubiera fallecido recibirán del tribunal interviniente una autorización inmediata para lograr la obtención del semen y su conservación antes del entierro, a los efectos de impedir que los hechos anulen la posibilidad de lograr la fecundación artificial, pero la utilización del mismo dependerá de una expresa autorización del Juez de Familia interviniente, el que deberá analizar ante todo la real existencia de una pareja conviviente, dado que la premisa básica es que para engendrar una criatura deben concurrir la voluntad de ambos miembros de la pareja.

2. PROYECTOS SOBRE FECUNDACIÓN ASISTIDA

En nuestro país no existe una normativa especial sobre fecundación asistida, sin embargo hace más de diez años que se presentan proyectos de ley en el Congreso. En 1999 se presentó al Congreso un proyecto de Código de Comercio, destinado a sustituir al Código de Velez Sarfield, elaborado por una comisión designada por el Poder Ejecutivo. Se adoptó en relación a la utilización por la mujer del

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

semen congelado de su marido o compañero fallecido, una solución rechazada por la doctrina jurídica predominante en la Argentina⁹¹.

Los proyectos con orientación “permissiva” son los de legisladores como Storani y Lafferriere (1991), Gomez Miranda (1991), Natale y Antelo (1993), Juan P. Cafiero (1993), y Mendoza y Troyano (1993).

Los de orientación “restrictiva” son aquellos proyectos de legisladores como Brioso (1992), López de Zavallía (1992), Camaño y Corchuelo Blasco (1993) y Ruckauf e Iribarne (1993), que adoptan como criterio rector el respeto por la vida embrionaria y el interés del menor en contar con un padre y una madre. Una de las cuestiones principales que plantea la fecundación asistida es el respeto de la vida y los proyectos de orientación “permissiva” sólo reconocen al embrión humano como “persona” una vez implantado en el útero o desde que posee “capacidad necesaria para ser implantado”. No fijan ningún tipo de límites en cuanto al número de embriones que pueden transferirse en cada intento y admiten la posibilidad de congelar embriones sobrantes.

Los proyectos del segundo grupo adoptan una postura de protección del embrión humano. Excepto el proyecto de Lopez de Zavallía, los demás aceptan la fecundación *in vitro*, pero fijan límites al número de embriones que pueden obtenerse, los cuales deben ser transferidos de inmediato al útero materno.

Ese número varía de acuerdo a cada proyecto, por ejemplo, uno sólo, (Ruckauf e Iribarne; Camaño y Corchuelo Blasco), o tres (Britos).

⁹¹ III Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones, Moron, 1993, Comisión 3, Recomendación n° 3; Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs. As., 1994, Comisión n° 2, conclusión 8va.

Otra de las cuestiones que divide a los proyectos de ley y pone de manifiesto la diversa filosofía que los anima es el referente a la admisión o no del empleo de gametos de donantes anónimos. En este sentido los proyectos “permisivos”, lo aceptan.

No sucede lo mismo en el caso de los proyectos “restrictivos”, ya que sólo admiten el empleo de los gametos de la pareja, de modo de garantizar la identidad del niño.

3. COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

La mayoría de los proyectos sobre fecundación humana asistida coinciden en reconocer en forma explícita que la persona humana comienza desde la concepción tanto dentro como fuera del seno materno.

Además de establecer el *status jurídico* del embrión desde la concepción, establecen el momento en que se produce. Esta tendría lugar cuando el espermatozoide humano penetra al óvulo humano. El proyecto de Aldo Rico y Morello de 1996 en el art. 27 propone la modificación de los arts. 63 y 70 del Código Civil de la siguiente forma:

Art. 63: son personas por nacer las que no habiendo nacido se encuentran concebidas. Entiéndase embrión al óvulo humano fecundado por un esperma humano.

Art. 70: desde la concepción comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento ya tienen derechos. Los derechos que se les otorgan como si ya hubieran nacido y quedan

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

irrevocablemente adquiridos si los concebidos nacieran con vida, aunque fueran por instantes después de separados de su madre.

El proyecto presentado por el senador O. Britos y otros del año 1992, proponen en el art. 17 la siguiente redacción:

Art 63: Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas dentro o fuera del seno materno.

Art 70: Desde la concepción dentro o fuera del seno materno comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubieren nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si nacieran con vida aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre.

Establecen exactamente la misma redacción el proyecto del diputado Carlos Romero en el art. 20 y el proyecto de los diputados C. Ruckauf y A. Iribarne de 1993 (art. 9 y 12). Además estos últimos establecen en su art. 10 que "hay concepción de vida humana desde el momento en que el espermatozoide humano ingresa al óvulo humano.

En el momento de la concepción, adquiere vida el embrión humano con todos los derechos que asisten a la persona por nacer".

Con una redacción diferente pero otorgando el mismo *status* jurídico al embrión concebido fuera del seno materno; los diputados Graciela Camaño y José M. Corchuelo Blasco de 1993, establecen en el art. 18 que "...El embrión es persona y por lo tanto, sujeto de derecho

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

desde la concepción. Esta se produce en el momento en el que el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino humano”.

Sin embargo, existen otros proyectos también sobre fecundación asistida, que toman una postura completamente diferente sobre la materia en cuestión.

En el proyecto de los senadores Ricardo E. Lafferiere y Conrado Storani de 1991, en sus arts. 12 y 13 respectivamente, se reconoce la calidad de persona al embrión extracorpóreo a partir de su implantación en el útero, y no desde su concepción no importa donde ésta se lleve a cabo. Se pretende sustituir los arts. 63 y 70 por los siguientes:

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

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

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

También es necesario resaltar el proyecto sobre fecundación asistida de 1993 de los diputados Claudio R. Mendoza y Silvia E. Troyano, que en sus arts. 55 y 56 reconocen al embrión humano como persona desde que posee la capacidad necesaria para ser implantado. Los arts. más importantes referentes a este tema son los siguientes:

Art 55: Se considerará que existe vida humana a partir del momento en que se produce la fusión de los núcleos de los gametos de un hombre y una mujer, ya sea en forma extracorpórea o intracorpóreamente. En el supuesto de que la fusión se efectúe extracorpóreamente se requerirá, asimismo, que el embrión posea la capacidad necesaria para ser implantado en su hábitat de gestación natural humano.

Art. 56: En ambos casos se entenderá que existe embrión humano, es decir persona por nacer, y por ende éste será susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

CAPITULO VIII

1. DERECHO A LA VIDA

Nuestro derecho constitucional protege a la vida con preferencia a los demás derechos esenciales del ser humano, ya que los considera *conditio sine quanon*, para el ejercicio de los restantes derechos que la Constitución Nacional y los tratados internacionales aseguran.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

La libertad de vivir y su correlativo en el derecho a la vida reconocido a todos los hombres desde el momento mismo de su concepción hasta su muerte, estuvo presente en numerosos antecedentes constitucionales, algunos de los cuales son:

- a) *Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811*: que establecía que todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida.
- b) *Estatuto Provisional del 5 de mayo de 1815*: que reconocía el derecho a la vida entre los atributos fundamentales de todos los habitantes del país (art. 1).
- c) *Estatuto Provisional de 22 de noviembre de 1816*: disponía que la vida era uno de los derechos de todos los habitantes (art. 1); y agregaba que tiene un concepto tan uniforme entre todos que no necesita más explicación (art. 2).
- d) *Constitución 1819/1826*: imponía al Estado el deber de proteger a los hombres en el goce del derecho a la vida (art. 109, año 1919). Disposición similar fue reproducida en la constitución de 1826.

Si bien el derecho a la vida no está expresamente contemplado en el enunciado de la Constitución, teniendo en cuenta el carácter personalista de nuestra Ley Fundamental y a través de una interpretación finalista, dinámica e histórica de la misma, resulta claro que este atributo integra el concepto de hombre objeto de la regulación constitucional. Contrariamente a la legislación española para la cual el nasciturus no es aun persona, el derecho a la vida humana del

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

engendrado es un bien jurídico constitucional, no siendo un derecho fundamental todavía⁹².

El derecho a la vida es uno de los derechos implícitos(art.33 CN), reconocido en la Constitución, es el Bien Jurídico Supremo. A partir de la reforma de 1994 se le dio jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica (art.75 inc. 22 CN) en el cual se establece que “...toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general desde el momento de la concepción ...”

El mismo Código Civil expresa que “...todos los entes que presentaren signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible...”, en consecuencia a esto y también de fundamental importancia nos dice el art. 70 “...desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido...”

El art. 63 dice “...Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno...”.

Cuando se sancionó el Código Civil era inimaginable que se pudiera concebir un hijo fuera del seno materno. Estas normas protegen al nasciturus desde la concepción en el seno materno resultando insuficiente proteger al embrión en los casos de fecundación extracorporal.

⁹² Ravinovich-Berkman, Ricardo D.: Bioética y Derecho. Ed. Astrea. Ciudad de Bs.As. 2000, pág. 219.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Varios son los proyectos sobre fecundación asistida que, además de reconocer la protección jurídica del embrión extracorpóreo desde la concepción, establecen también derechos inherentes al embrión como persona por nacer. Los proyectos que regulan este tema son:

Art. 20: de Camaño y Corchuelo Blasco: “...el embrión tiene derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad, a que se respete su medio ambiente natural y a la vida...”

Art. 57: de López de Zavalía y otros, establece en forma muy genérica que: “...el embrión tiene derecho a la vida y a que se respeten sus límites éticos...”.

El proyecto de Ruckauf e Iribarne es el único que enumera los derechos de las personas por nacer de una manera extensiva.

En el capítulo II “De los derechos de las personas por nacer”; en el art. 14 expresa: “El embrión humano goza de los siguientes derechos esenciales, que por otro lado, también son comunes a todas las personas, a saber: a la vida; a nacer; a la salud; a la integridad física y psíquica; a una familia; a la identidad genética, biológica, social y jurídica; a disfrutar de su medio ambiente humano materno natural; a la igualdad; a la dignidad; a la intimidad”.

En el art. 15 dice: “La enumeración precedente no será entendida como negación de otros derechos y garantías no enumerados en otros cuerpos legales”.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

En el capítulo III “Del derecho de nacer del embrión concebido”; prescribe en el art. 16: “El embrión humano tiene el derecho irremisible de nacer. No puede concebirse un embrión para que no nazca, ni retardar su crecimiento, por no transferirlo inmediatamente a su madre biológica, después de concebido...”.

En el capítulo IV: “Del derecho a la igualdad del embrión concebido”; expresa en el art. 17: “El embrión humano goza del derecho a la igualdad. Se prohíbe cualquier tipo de discriminación que se practique sobre él en virtud de su patrimonio genético, la forma de su concepción, gestación o nacimiento”.

En el capítulo V: “Del derecho a recibir trato digno”; establece en el art. 18: “El embrión humano, merece un trato digno. Es un sujeto de derechos, no pasible de ser objeto de ninguna contratación. No está en el comercio. Queda prohibida su venta, donación o permuta...”.

El proyecto de los diputados Rico y Morello, se refieren en su art. 4 a los derechos de las personas desde su concepción. En este art. expresan que desde el momento de la concepción las personas gozan de los siguientes derechos esenciales que en orden al bien común el Estado debe tutelar: “a la vida humana como proceso de orden natural cuyo comienzo se produce con la unión del óvulo con el espermatozoide, cualquiera sea el medio donde el hecho se produzca...; a una gestación natural dentro del seno materno; a la salud considerando su integridad física, psíquica y espiritual; a nacer dentro de una familia, respetándose

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

su identidad genérica, biológica, social y jurídica; a la igualdad, lo que implica la no discriminación; a la dignidad, que implica el mayor respeto.

En el art. 5 prescribe: “El embrión humano es sujeto de derecho no pasible de ser objeto de contratación. Ni el embrión ni los gametos están en el comercio”.

El art. 6 dice: “La enumeración contenida en esta ley no será entendida como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que surgen de la naturaleza humana o se encuentran contemplados en otros cuerpos legales”.

La libertad de vivir y su expresión jurídica en el derecho, es un atributo inseparable de la persona humana. El derecho a la vida constituye un bien fundamental cuya valoración supera a los demás derechos y libertades ya que ninguno de ellos puede ser considerados de manera independiente de aquélla, es decir, la vida es el presupuesto que condiciona las restantes especies del género libertad, y más que un derecho podemos sostener que constituye una cualidad inseparable de la condición humana.

La ley ha reconocido un hecho biológico al disponer que la vida, y el consecuente derecho a vivir, comienza en el momento de la concepción. La tipificación de la persona humana, con todas sus características es impuesta por su material genético del cigoto. Subsiste, evolucionando de manera, a medida que adquiere las formas de embrión, feto, niño, adolescente y adulto. De modo que, a partir de la

fecundación del óvulo existe un ser humano que merece la protección de la ley y, especialmente, de su derecho a la vida⁹³. Además debemos tener en cuenta que el Código Civil se remonta al año 1869, y su autor jamás podría haber imaginado otro modo de concepción que la natural. Pero su voluntad de proteger al ser humano desde sus orígenes no puede ser negada y es coherente con la supresión del requisito de la viabilidad⁹⁴, sobre todo si tenemos en cuenta que dicho recaudo era exigido por importantes legislaciones vigentes y conocidas por Velez Sarsfield.

2. FILIACIÓN

Nuestro Código Civil expresa: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial” (art. 240). La procreación artificial puede ser homóloga, cuando el semen proviene del marido; o heteróloga, cuando proviene de un donante, es decir de una persona ajena a la pareja y por lo general anónimo. La inseminación y la fecundación in vitro homólogas, desde el punto de vista jurídico no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo nacido por este método. La paternidad debe ser atribuida al marido. Por lo tanto si se intentara una acción de impugnación de la paternidad, a la mujer le bastaría, aportar la prueba de la fecundación con el semen del marido, que éste ha dado su consentimiento.

⁹³ Badeni, Gregorio. El Derecho a la Vida. ED. 9/4/2002

⁹⁴ Banchio, Enrique C. “Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida”, en El Derecho y los Problemas contemporáneos. Libro del Vincuentenario. Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Córdoba. 1991. Pág. 418.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

En el caso de la fecundación post mortem con semen del marido fallecido, por supuesto que la maternidad quedará establecida conforme lo dispuesto por el art. 242 del Código Civil. Respecto a la determinación de la paternidad, la doctrina se divide: a) sólo resulta aplicable el art. 243 C.C. cuando el nacimiento se produce dentro de los trescientos días del fallecimiento⁹⁵, caso contrario el hijo quedará emplazado como hijo extramatrimonial y sólo podrá acreditar su nexo biológico con el causante mediante el empleo de una acción de reclamación de filiación extramatrimonial; b) se tiene en cuenta la existencia de nexo biológico y voluntad procreacional manifiesta en vida, independientemente de si el nacimiento se produce dentro o fuera de los trescientos días de la muerte⁹⁶.

Si bien el hijo estará privado desde la concepción de una figura paterna, su emplazamiento filial completo (materno y paterno), le permitirá desarrollar en plenitud las otras dimensiones de su identidad.

Necesario sería legislar sobre la posibilidad que la mujer pudiese inseminarse artificialmente después de la muerte del marido. Entiendo que sería justo, siempre y cuando el matrimonio o pareja estable lo hubiesen decidido con anterioridad al fallecimiento y la fertilización o inseminación se hubiere realizado dentro de un determinado período de tiempo, el cual, a mi entender y coincidiendo con la legislación española, no podría exceder de “seis meses desde el fallecimiento del marido, y siempre que lo haya consentido en escritura pública o testamentaria”, así lo expresa el art. 9.2 de la ley 35/1988: “El marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar

⁹⁵ Mendez Costa, Josefá y D’Antonio, Daniel. Derecho de Familia. T. III. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe. 2001. Pág. 67.

⁹⁶ Zannoni, Eduardo. Derecho de Familia. T. I. Ed. Astrea. Bs. As. 1989. Pág. 1067.

a su mujer, produciendo tal generación, los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”. Considero que la filiación del hijo que naciera sería matrimonial⁹⁷. Lo mismo ocurriría respecto de la pareja estable, con la salvedad que la filiación sería extramatrimonial⁹⁸.

3. CONCLUSION

Desde comienzos de la década de los ochenta los distintos poderes públicos empezaron a inquietarse por los problemas tanto del orden moral como jurídico planteados por las nuevas tecnologías en el ámbito del derecho de familia, sucesiones, derecho de las personas ya que sus principios estructurales se han visto conmovidos.

En algunos países se crearon comités éticos, se han realizado congresos, jornadas, debates, convenciones internacionales; algunos Estados sancionaron leyes tendientes a encuadrar legalmente la utilización de técnicas de fecundación humana artificial, lo que ha ocasionado la incorporación de nuevas normas en los códigos civiles.

Sin embargo, en otros países aún se carece de un marco regulatorio de estas técnicas, como es el caso de Argentina, Uruguay, etc., generando diversos debates entre profesionales médicos, abogados, especialistas en bioética y la sociedad en general.

El desarrollo de los métodos de fecundación artificial y en especial el de la fecundación *in vitro* ha significado un desafío para la comunidad

⁹⁷ Anselmi Cabral, Graciela. Métodos de Reproducción Asistida y su Incidencia Jurídica. [http. www.justiniano.com/revista_doctrina/repro_asistida.html](http://www.justiniano.com/revista_doctrina/repro_asistida.html). 26/10/2006.

⁹⁸ Enmienda 371 de la Ley de Técnicas de Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro en España (ley 35/1988).

científica mundial y una solución para muchas parejas con dificultades de procrear.

Si bien estas técnicas representan una solución para aquellas parejas que desean tener hijos; también es cierto que las mismas técnicas generan controversias al traspasar los límites de la ética.

Un aspecto pendiente de consideración en nuestro país es la crioconservación de óvulos, como se está llevando a cabo en España por el Instituto Valenciano de Infertilidad, quien admite y promueve la donación de óvulos, es decir, posee un banco de los mismos.

En este contexto es indispensable la existencia de un marco normativo adecuado para el buen desarrollo y funcionamiento de las técnicas aplicadas o a aplicarse para la consecución del bien de los beneficiarios primarios y últimos de estos tratamientos, es decir, las parejas tratadas y sus descendencias. El legislador debe asumir “la voz del sin voz” (el futuro niño), cuyo legítimo interés debe hacer prevalecer porque de tal modo se resguarda mas plenamente la dignidad humana⁹⁹.

Sin embargo, el análisis de los distintos sistemas normativos del Derecho comparado sirven como experiencia a la hora de definir el modelo que la sociedad argentina reclama. Como lo afirma Ramón Martín: “Es necesario que el legislador intervenga, ordenando conductas y definiendo límites que no pueden ser deducidos de meras formulaciones de la Bioética y que no pueden ser dejadas al arbitrio de investigadores o profesionales de la salud”¹⁰⁰.

⁹⁹ Hooft, Pedro F.: *Bioética y Derechos Humanos*. Ed. Depalma. Bs. As. 1999. Pág. 39

¹⁰⁰ Mateo, Ramón M.: *Bioética y Derecho*. Barcelona. Ed. Ariel. 1987.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

En ellos se pone de relevancia los distintos medios de seguridad y garantías, los sistemas sancionatorios y otros elementos que, en última instancia, estarán ligados estrechamente a los reclamos sociales y al campo ético relacionado con el científico (médico o jurídico).

Hay legislaciones denominadas “permissivas” como la de Gran Bretaña, Australia, Estados Unidos y España y reglamentaciones “restrictivas”, como las de Austria, Suecia, Italia y Alemania.

El hecho de observar las leyes de otros países nos puede servir de guía para una futura legislación interna; sin embargo debemos tener en cuenta nuestro modo de ser, componentes ideológicos, postulados éticos y jurídicos entre otros; ya que muchas veces la “importación” de normas puede implicar un desequilibrio por provenir de sociedades con distinta idiosincrasia.

Desde 1978 hasta nuestros días han sido numerosos los nacimientos por el método de la fecundación *in vitro* y traslado de embrión, asimismo las clínicas especializadas se han multiplicado en el mundo. Nuestro país no ha escapado a esta situación y las fecundaciones extracorpóreas son ya una realidad, como resultado de la necesidad de dar tratamiento a los problemas de la reproducción humana.

El desarrollo científico está avanzando rápidamente debido a los nuevos conocimientos proporcionados por las técnicas de reproducción y otras muchas innovaciones en el ámbito de la genética humana. Sin embargo el verdadero progreso vendrá dado en mi opinión únicamente por la orientación de todo el conocimiento científico a la causa del ser humano considerado en su condición integral, esto es, como persona titular de derechos inherentes, extensibles al ámbito familiar y a la

protección del medio ambiente para el beneficio de las actuales y futuras generaciones¹⁰¹.

Sin embargo, desde los orígenes de estos procedimientos han existido problemas serios en cuanto a la interpretación y aplicación de preceptos legales, a los cuales se han tenido que enfrentar médicos, abogados y por supuesto parejas que han encontrado en la fertilización asistida una respuesta a sus problemas de reproducción.

Las nuevas realidades surgidas del progreso de la medicina, de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley. Es por ello que tanto los abogados como los profesionales de la salud deben promover una transformación de los conceptos básicos del derecho que atañen principalmente al derecho de familia, al sucesorio, al de los contratos, al de los bienes y muy particularmente al de la salud.

Los grandes debates que surgen en el área de las técnicas de reproducción humana respecto a una cuestión de suma importancia como es el congelamiento del material genético, para un posterior implante divide a la sociedad en aquellos que están de acuerdo y los otros que se oponen. Es necesario superar los vacíos legales que adolece nuestro régimen y así evitar por un lado, las constantes discusiones sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana, y por el otro proteger a la mujer que opta por este tipo de procedimiento.

Los avances científicos permiten en la actualidad innumerables actos, conductas y maniobras que requieren claridad conceptual en las reglas jurídicas, ya que ante cualquier duda, silencio o ambigüedad se

¹⁰¹ Vidal Martínez, J. Derechos inherentes a la reproducción asistida. In: Ambito jurídico, Rio Grande. 21, 31/05/2005. [http: www.ambito-juridico.com.br](http://www.ambito-juridico.com.br). Acceso en 16/08/06.

originarían justificaciones o interpretaciones peligrosas relativas al respeto por los derechos fundamentales y esenciales de la persona humana¹⁰².

En este sentido, el Proyecto de Código Civil del año 1998 contiene una serie de disposiciones sobre la familia, las personas y las sucesiones que podrían llenar vacíos legales y otorgar protección al concebido en forma extracorpórea, al prever que la existencia de las personas comienza con la concepción sin importar si es dentro o fuera del seno materno.

Por todas las implicancias éticas, morales y jurídicas que trae aparejada este tipo de fecundación, es necesario una regulación normativa que contemple las distintas situaciones. La finalidad de la ley debe ser evitar la arbitrariedad en un campo tan delicado como es el de la fecundación asistida post mortem. Considero necesaria una respuesta legal afirmativa en este sentido, que establezca un marco legislativo donde se limite lo permitido y lo prohibido al respecto.

Para que un texto jurídico refleje la realidad cotidiana, previamente, el jurista debe tener por comprendida a ésta. Esto difícilmente pueda darse en el ámbito de la ingeniería genética y los avances tecnológicos, donde el ritmo arrollador de éstos ha dejado perplejo al jurista moderno, quien no puede vislumbrar con certeza todavía la realidad jurídicamente articulable¹⁰³.

¹⁰² Messina de Estrella Gutierrez, Graciela N. La responsabilidad civil en la era tecnológica. Abeledo-Perrot. 2ª ed. E.D. 1999. Tomo 183. Pág. 1407.

¹⁰³ Hooft, Pedro F. E.D. Tomo 124. Págs. 27-47.

“Proyecto de ley sobre Fecundación Asistida *Post Mortem*”

Texto del Proyecto:

CAPITULO I

Disposición general.

Art. 1º: Las técnicas de Fecundación asistida *post mortem* se rigen por las disposiciones de esta ley en todo el territorio de la República; siendo el Ministerio de Salud la autoridad de aplicación.

CAPITULO II

Se crea en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación el Organismo encargado de controlar las técnicas de fecundación asistida *post mortem*.

Art. 2º: Créase el Organismo de control de fecundación asistida *post mortem* en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, que en adelante se aludirá como el organismo o autoridad de contralor de aplicación nacional con las funciones que surgen de la presente ley y de sus normas complementarias.

La competencia del Organismo será en todo el territorio nacional.

CAPITULO III

De los médicos e investigadores:

Art. 3º: Las técnicas de fecundación asistida *post mortem* que sean autorizadas sólo podrán llevarse a cabo por profesionales médicos habilitados por el Organismo de contralor, quienes deberán acreditar ante ella idoneidad y experiencia en la especialidad. El organismo será responsable por los daños que puedan ocasionarse con motivo de la habilitación de personas que no cumplan tales requisitos. El profesional

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

podrá rehusarse a participar en programas de fecundación humana asistida, invocando razones de conciencia.

Art. 4º: El equipo médico designado estará a cargo de un jefe, quien en caso de ausencia o impedimento será reemplazado por otro profesional designado por el organismo. Este equipo será solidariamente responsable del cumplimiento de esta ley, junto con los directores del establecimiento.

CAPITULO IV

De los establecimientos:

Art. 5º: Las técnicas de fecundación asistida *post mortem* autorizadas a practicarse por la presente ley, sólo podrán efectuarse en establecimientos médicos registrados como tales ante el organismo de contralor quien exigirá para la inscripción la acreditación de que la institución cuenta con la suficiente infraestructura física, de instrumental, de personal calificado de acuerdo a la especialidad y que cuente con médicos matriculados de acuerdo al art. 3º que disponga la reglamentación.

Art. 6º: La inscripción de los establecimientos se realizará previa inspección efectuada por el organismo de contralor, que cumplan los requisitos previstos en el art. anterior. Las mismas deberán ser realizadas cada seis meses. Las inscripciones tendrán una duración como máximo de tres años, pudiendo renovarse la misma previa inspección que acredite el mantenimiento de las exigencias previstas en el art. 5º.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Art. 7º: Aquellos establecimientos inscriptos conforme las exigencias de los arts. 5 y 6 deberán llevar un registro en el que constará:

- a) Los procedimientos realizados y los resultados de cada intervención.
- b) Identidad de la mujer y en la medida de lo posible del nacido por este procedimiento.
- c) Nómina de los profesionales intervinientes.

CAPITULO V

De la información médica a los pacientes:

Art. 8º: Los pacientes deberán ser informados por el equipo de médicos sobre los riesgos, evolución, limitaciones de la fecundación, posibilidades de embarazo múltiple y toda otra información necesaria para la tranquilidad y el conocimiento del paciente. La información suministrada por el equipo de profesionales quedarán plasmados en un documento, firmados por el paciente.

CAPITULO VI

De los requisitos para la fecundación *post mortem*:

Art. 9º: Sólo podrán ser destinatarios de las técnicas de fecundación asistida *post mortem* mayores de edad.

Art. 10º: No será permitida en mujeres solteras.

Art. 11º: La viuda deberá cumplir con los requisitos siguientes:

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

- a) Tener como mínimo 3 años de matrimonio y que no exista descendencia por parte de ninguno de los integrantes del matrimonio.
- b) No exceder la edad de 45 años.
- c) Que el marido en vida haya prestado su conformidad para el uso de estas técnicas, en forma fehaciente.
- d) Que la fecundación *post mortem* se realice en un lapso no mayor a los seis meses a partir del fallecimiento del cónyuge.
- e) Que el marido se haya hecho la extracción de semen.
- f) Tanto esta extracción como el consentimiento del marido deben estar plasmados en un registro que llevará la autoridad de contralor.
- g) Queda totalmente prohibida la utilización de material genético ajena a la pareja solicitante.
- h) De lograr el embarazo y luego del nacimiento no podrá realizarse una nueva fecundación.

CAPITULO VII

De las sanciones penales:

Art. 12º: Será reprimido con prisión de uno a seis años el que usare técnicas de fecundación asistida *post mortem*, sin tener la autorización otorgada por autoridad competente e inhabilitación profesional por el término de cinco años.

Asimismo, el establecimiento habilitado que facilite sus instalaciones a profesionales médicos no registrados, serán clausurados en forma definitiva.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

Art. 13º: [De forma].

BIBLIOGRAFIA:

BAGLIARDI, Karina A.; ESTIVARIZ, Ma. Soledad. *Determinación Filial en las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida*. 1as. Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho. 22 y 23 de agosto de 2000. (16 Pant.). Disponible en URL: <http://www.aaba.org.ar>. 04/10/03.

BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. Ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 5º edición. 2001.

CIURO CALDANI, Miguel A., *Dikelogía Básica e Ingeniería Genética*, en “Boletín del Centro de Investigación de Filosofía Jurídica y Social”, nº 12, Rosario, 1989.

Constitución de la Nación Argentina. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1995. 21ª edición.

CORDOBA, Jorge E.; SÁNCHEZ TORRES, Julio C. *Fecundación Humana Artificial. Aspectos Jurídicos Emergentes*. Ed. Alveroni Ediciones. Febrero 2000.

HOOFT, Pedro, F. *Bioética y Derechos Humanos*. Ed. Depalma. Bs. As. 1999.

LOYARTE, Dolores; ROTONDA, Adriana E.. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*. 2da. Ed. Buenos Aires: Ed. Depalma; 1995.

Fecundación Asistida “*Post Mortem*”

MASSAGLIA de Bacigalupo, Ma. Valeria. *Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal*. Ed. Ad Hoc. 1º Ed., mayo 2001. Bs. As.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N. *Bioderecho*. Ed. Abeledo-Perrot. Noviembre 1998. Buenos Aires.

RAMOS, Rodolfo, *Fecundación Asistida y Derecho*. Ed. Juris, febrero de 1992, Argentina.

RIVERA, Julio C. *Instituciones de Derecho Civil: Parte General, Tomo I*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot; 1994.

SAMBRIZZI, Eduardo A., *La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano*. Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., junio de 2001.

SANTOS CIFUENTES, *Los Derechos Personalísimos*. 2º ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1995.

VEGA GUTIERREZ, Javier. *La Ley Española de Reproducción Asistida y el Contexto Europeo*. Simposium sobre el Embrión Humano: Cuestiones Éticas y Jurídicas. 7 de noviembre de 2000. Madrid. Pág. web:
http://www.bioeticaweb.com/comentarios_juridicos/la_ley_espanola_de_reproduccion_as.htm. 04/10/03.