

Especialización en Medicina Legal

Trabajo Final de Especialización

Autor: Guillermo Mandarano

LA PROBLEMÁTICA DE LA FALTA DE LEGISLACIÓN SOBRE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

2011

Citar como: Mandarano, G. (2011). La problemática de la falta de legislación sobre Reproducción Humana Asistida en la República Argentina. [Trabajo Final de Especialización, Universidad ISALUD]. RID ISALUD.

INDICE

1.- Introducción	3
2.- Planteamiento del problema. Desarrollo	5
2.1.- Definición de Reproducción Asistida y Clasificación de técnicas	5
2.2.- Realidad social.	9
2.3.- Derecho de familia y derecho individual.	10
2.4.- La comunidad médica argentina	11
2.5.- La Iglesia Católica	15
2.6.- Dilemas de paternidad, maternidad y filiación	17
2.7.- Situación Nacional de legislación sobre fertilización asistida	22
2.8.- Situación Internacional de legislación sobre fertilización asistida	26
3.- Conclusiones	32
4.- Bibliografía	36

1.- Introducción

Los avances científicos y tecnológicos que posibilitan la fecundación fuera del seno materno han generado una problemática ética, moral y legal trascendente.

La bioética es una rama humanística de la filosofía que analiza cuestiones médicas y biológicas, y su relación con las costumbres y el interés social; de ella surgen los principios básicos de *autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia*.

Por todo, no pueden estar ausentes de la bioética los aspectos relacionados con la reproducción asistida.

En 1790 se realizó la primera inseminación artificial por el Dr. John Hunter y en 1909 la primera inseminación con semen de donante ocurrida en el Jefferson Medical College en Philadelphia, EEUU en 1884.

En 1953 Estados Unidos de América informa el primer nacimiento de un niño por inseminación con semen congelado por Sherman y Bunge.

En el año 1964, se celebró en La Haya el IX Congreso Internacional de Derecho Penal, donde se planteó la discusión que las leyes reconocieran la posibilidad de la inseminación artificial con consentimiento de los esposos.

En 1978 se produce en Inglaterra el nacimiento del primer "bebé probeta", hecho que marcó un momento trascendental para la ciencia.

Buston realizó en 1984 la primera transferencia de un embrión al útero de otra mujer que no era la madre genética en los Estados Unidos de América.

Por todo esto, en los países en los cuales comenzaron a aplicarse técnicas de Reproducción Humana Asistida se fueron generando numerosas dificultades ético-legales; de hecho, algunos de ellos debieron modificar las legislaciones existentes, incluso hasta debieron crear nuevas leyes, encuadrando nuevos puntos respecto a dilemas de filiación, herencia, paternidad, y del derecho de familia.

En la República Argentina no existe legislación nacional al respecto, lo que trae aparejado la aparición de diversos problemas bioéticos y legales.

Teniendo en cuenta que la protección de los derechos humanos es la línea básica del razonamiento moral y jurídico, y la salud es un derecho humano, los médicos y los poderes públicos tienen la obligación de atender la salud, incluida aquí la tecnología disponible.

Ante la falta de legislación sobre Fertilización asistida surgen un complejo número de posibilidades de abuso y desigualdad jurídica.

El objetivo de este trabajo es reflexionar desde un punto de vista bioético sobre las normas que regulan las técnicas utilizadas en la reproducción asistida, y la problemática emergente ante la falta de legislación al respecto.

Objetivos

- Clasificar los distintos métodos de reproducción humana asistida.
- Revisar la situación Nacional e Internacional actual de legislación sobre fertilización asistida.
- Analizar la problemática de la falta de legislación sobre Reproducción Humana Asistida en la República Argentina.
- Investigar dilemas de filiación, paternidad y maternidad resultantes de técnicas de fecundación asistida.

En el presente trabajo se planteará el tema desde el campo de la bioética y del derecho; se describirá enmarcado desde el plano teórico conceptual en cuanto a su definición, situación actual y principales características y controversias.

Inicialmente se definirá el concepto y se clasificarán los distintos métodos de Reproducción asistida. Para luego desarrollar la situación actual en nuestro país sobre legislación al respecto, y se expondrán realidades y situaciones en otros países del mundo que cuentan con marcos legales desarrollados.

Además se expondrán posturas de la comunidad médica argentina y de la Iglesia Católica.

Ante la falta de regulación legal, se plantearán dilemas bioéticos, del derecho, sociales, religiosos y humanos.

2.- Planteamiento del tema. Desarrollo

2.1.- Definición de Reproducción Asistida y Clasificación de técnicas.

Se definirá por Reproducción Humana Asistida, la realizada con asistencia médica, independientemente del acto coital, para intentar procrear un hijo biológico.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) considera a la infertilidad como una enfermedad:

Infertilidad es la incapacidad para concebir un embarazo después de 12 meses de relaciones sexuales (coito) sin protección o método anticonceptivo, la infertilidad se divide en dos principales grupos:

La infertilidad primaria: Es cuando una pareja nunca ha podido lograr un embarazo.

La infertilidad secundaria: Describe a las parejas que han logrado cuando menos un embarazo previo, pero después no han podido lograr otro.

La Reproducción Humana Asistida comprende técnicas de baja complejidad en las que la fecundación ocurre dentro del seno materno y las de alta complejidad cuando la fecundación ocurre fuera del mismo.

Clasificación de los métodos de reproducción humana asistida.

Como se ha mencionado anteriormente, las técnicas utilizadas en el tratamiento de la esterilidad tienen dos grandes clasificaciones; la primera, los denominados tratamientos simples o de baja complejidad, y la segunda, los llamados tratamientos de alta complejidad.

Dentro de los primeros, se encuentran los siguientes métodos:

1.1) Estimulación ovárica:

Es la técnica más sencilla y consiste en estimular hormonalmente a la mujer para que produzca mayor cantidad de óvulos maduros (poliovulación) y de esa manera aumentar las posibilidades de lograr el embarazo, sea en forma natural o ante el fracaso de ésta asociarla a métodos como la inseminación artificial o la fecundación in vitro.

1.2) *Inseminación artificial (IA)*:

Consiste en la colocación de espermatozoides (que pueden ser previamente procesados) frente al cuello del útero o en su interior. En este procedimiento a su vez se pueden diferenciar tres métodos:

a) "intravaginal" es cuando se coloca el semen en la parte superior de la vagina mediante una jeringuilla o al introducirlo en un capuchón de plástico que se coloca sobre el cervix, manteniéndose seis horas antes de ser retirado.

b) "intracervical", es si el material biológico masculino se introduce en el cuello del útero.

c) "intrauterina", es cuando las gametas masculinas se inyectan directamente dentro del útero.

Las estadísticas demuestran que la posibilidad de embarazo es de un 11 a un 15 % por cada tentativa.

1.2.1) *Inseminación artificial homóloga (IAH)*:

Es conocida también como inseminación artificial entre cónyuges, para diferenciarla de la inseminación artificial heteróloga (IAD), en donde el semen es el de un donante desconocido.

La inseminación homóloga podría darse en dos supuestos:

a) inseminación practicada en vida o

b) post-mortem (después de la muerte de la pareja)

Esta segunda posibilidad surgió con el dominio de la técnica de congelación del semen humano sin pérdida de su valor fecundante.

1.2.2) *Inseminación artificial heteróloga (IAD)*:

La IAD o inseminación artificial con semen de un donante extraño a la pareja, está difundida entre países donde no existen barreras legales.

Puede plantearse en dos supuestos: inseminación practicada en vida o después del fallecimiento del donante de semen.

Ésta es una de las técnicas que más consecuencias jurídicas ha planteado, debido a que se practica con semen que no procede del varón que oficialmente asume la paternidad del hijo.

Referente a las técnicas de alta complejidad se encuentran:

2.1) *Fecundación in vitro (FIV)*:

Este tipo de tratamiento comienza con una estimulación ovárica; luego los óvulos son aspirados y colocados junto a los espermatozoides en un medio extracorpóreo – incubadora o frasco especial-.

Si se produce la fecundación, los embriones serán retirados para implantarse en el útero, mediante un fino tubo que recorre el cuello del mismo. El traspaso se realiza de 48 a 72 horas después.

Normalmente se indica FIV en los siguientes casos:

- Esterilidad femenina por problemas en las trompas de Falopio;
- Esterilidad masculina secundaria por escasez de espermatozoides, siempre que tengan un nivel aceptable de motilidad;
- Esterilidades sin diagnóstico (en casos en los cuales no es posible detectar la causa del impedimento para concebir, pero de hecho existe);

La experiencia médica indica que la posibilidad de lograr un embarazo es baja si se transfiere un solo embrión, por lo que se recomienda la transferencia de tres o cuatro.

Otras prácticas posibles de ser unidas a una FIV son:

- donación de gametos,
- congelamiento de embriones;
- donación de embriones;
- cesión de útero (maternidad subrogada).

La FIV también admite las variantes homóloga y heteróloga, según se precise o no de un tercer donante de semen.

Los posibles momentos de fracaso de una FIV son:

- en la inducción de la ovulación;
- en la sala de operaciones;
- en la captación de los óvulos;
- en el laboratorio;
- en la fertilización de los óvulos;
- luego de la transferencia embrionaria.

A partir de aquí el porcentaje de fracaso por falta de implantación natural y de aborto precoz asciende al 50%.

2.2) *Transferencia Intratubaria de Gametos (TIG):*

Esta técnica puede ser utilizada si al menos hay una trompa de Falopio sana; consiste en colocar los óvulos (previamente extraídos con una aguja mediante laparoscopia) y los espermatozoides, en dicha trompa, para que la concepción se produzca en el cuerpo de la mujer y no en un medio extraño.

El porcentaje de éxito de esta técnica es de aproximadamente un 20 a 25 % y se utiliza cuando no funciona la inseminación artificial pero las trompas permiten la concepción.

2.3) *PROST, TET, ZIFT*

También conocidas como “transferencias intratubarias de ovocitos fertilizados o de embriones”, en donde luego de efectuada una fecundación in vitro, se coloca en la trompa el embrión resultante.

En la técnica denominada ZIFT, la transferencia se efectúa luego de 36 horas de la fertilización, en la llamada TET (transferencia de embrión a las trompas) a los dos días. En la técnica de Transferencia de Pronúcleos a las Trompas (PROST), se transfiere un embrión de sólo 24 horas, cuando los núcleos del óvulo y del espermatozoide todavía no se han unido.

Algunos especialistas en el tema sostienen que los ovocitos pronucleados (óvulos que alojan el espermatozoide pero conservan sus núcleos) no son embriones.

Suelen emplearse éstas técnicas cuando ha fracasado la aplicación de otra y/o cuando el semen es de baja calidad.

2.4) *Otras técnicas de micromanipulación*

PZD: en el laboratorio se realiza un corte a la membrana pelúcida del óvulo para facilitar el ingreso de los espermatozoides.

SUZI: se inyectan espermatozoides bajo la zona pelúcida del óvulo. Esta técnica y la anterior dejaron de utilizarse con la aparición del ICSI.

ICSI: (inyección espermática intracitoplasmática): consiste en la inyección de un solo espermatozoide en el interior del óvulo descongelado tras haberse conservado en frío. Se suele recomendar cuando la cantidad o la calidad de los espermatozoides es baja, o con previos resultados negativos de la FIV.

ASSISTED HATCHING: se realiza una pequeña abertura en la zona pelúcida del embrión para ayudarlo a desprenderse de ella e implantarse en la pared del útero.

2.5) *Maternidad subrogada o cesión de útero*

La gestación en madre sustituta comprende las siguientes variantes:

- Subrogación de vientre: se realiza la implantación en el vientre de otra mujer, el óvulo de la esposa fecundado por el esperma de su cónyuge.
- Aportación de vientre y óvulo: es la gestación en el vientre de una mujer de un óvulo de ella misma, fecundado con el semen del marido, quien con su esposa serán el matrimonio adquirente.
- Aportación de óvulo de una tercera: el óvulo proviene de una mujer ajena al matrimonio adquirente y la gestación se lleva a cabo en el vientre de otra mujer.

2.2.- Realidad social

La realidad en nuestro país es que un 15% de las parejas argentinas en edad madura tiene problemas de fertilidad. Pensemos en la desilusión y el desánimo por el que atraviesan estas personas por el hecho de querer dar vida y no poder, pero además por la falta de respaldo del sistema de salud y de las normas que lo regulan.

En la república Argentina se realizan unos 4.000 a 5.000 ciclos de fertilización in vitro por año y existen 27 centros certificados para unir los óvulos y los espermatozoides en el laboratorio. Pero entonces, ¿qué resguardos legales tienen los centros y los médicos para hacer los tratamientos?

La realidad es que no se reconoce a la esterilidad e infertilidad como una condición o patología que afecta y restringe el pleno goce de la salud de los habitantes del país (excepto en la nueva legislación de la Provincia de Buenos Aires que será comentada más adelante).

Tampoco se muestran declaraciones de interés el estudio, el tratamiento y las investigaciones relacionadas con la esterilidad y las terapias destinadas a resolver a las mismas, o asistir en la fertilización de los pacientes.

El costo de un tratamiento de fertilización asistida oscila entre 5.000 y 15.000 pesos. El 90% de las entidades de medicina prepaga no reconoce los tratamientos ni los gastos del embarazo y parto si resulta de una fertilización. El 90% de esos núcleos privados tampoco reintegra los gastos originados por medicamentos.

El debate abierto genera posiciones encontradas y la sensación de que es necesario poder contemplar juntos, todos los aspectos sobre el tema y lograr entre las diversas áreas, darle un marco legal que evite negligencias, permita a muchas familias cumplir con su deseo de dar vida, amor y atención, sin descuidar los derechos de ninguno de sus integrantes, incluyendo la vida del niño que este por venir.

Según los especialistas, la Ley no debe ser restrictiva, sino acompañar el desarrollo de esta técnica y abrir diversas oportunidades.

La Ley es necesaria para que el tema sea afianzado como una problemática social y brinde la posibilidad de acceder al tratamiento, sin convertirse en la exclusividad de sólo unos pocos.

Es necesario que la Ley de Reproducción asistida, sea analizada y contemplada en su totalidad, partiendo del análisis de los derechos individuales y de Familia, otorgando al sector médico y legal, un marco jurídico que avale su tarea, la controle, defienda y garantice igualdad social en un entorno en donde la naturaleza sembró posibilidades desiguales.

2.3.- Derecho de familia y derecho individual

Cuando hablamos de reproducción humana asistida entran en juego el derecho a la vida, a la dignidad, a la integridad física, el derecho a la salud, a la intimidad, a la personalidad, a la reproducción humana y a la identidad. Todo esto afecta también al matrimonio, la filiación, la investigación de la paternidad, en el derecho sucesorio, en la libre contratación y en general en los principios e instituciones del derecho de familia.

Es claro que la reproducción humana normalmente es producto del amor y las relaciones sexuales entre una pareja. Con amor o sin amor el hombre y la mujer en forma natural son los autores de la reproducción humana. Pero también puede que no sea producto de un acto sexual, sino de procedimientos técnicos dirigido por personal calificado.

Esta reproducción asistida repercute en el derecho y en la realidad biológica, y si ésta es perjudicada repercutirá en la vida de las personas.

En nuestro país, si bien aún no hay una ley nacional de reproducción asistida, existe un derecho natural a procrear que es intocable y bajo el cual se amparan las familias. El debate se acentúa, cuando desde la legislatura se plantea la naturaleza jurídica del embrión y esto deviene en diversos puntos de vista que son difíciles de conciliar. El derecho a cumplir un deseo, el derecho a ser atendido, la obligación de las empresas de salud a contener y sustentar los tratamientos, frente a la donación de gametos y los derechos del nuevo ser. Estos son los puntos sobre los cuales hasta el momento, parece no poder encontrarse solución.

Para todos los especialistas (sean médicos, biólogos, juristas, sociólogos, filósofos, educadores, etc.), las posibilidades que presentan las nuevas tecnologías reproductivas llevan consigo dilemas difíciles de resolver:

La dignidad humana ¿puede afectarse por las nuevas formas reproductivas?, ¿y por la experimentación con embriones?

El derecho a la vida ¿queda implicado en los problemas de las transferencias de embriones, las "reducciones embrionarias" o los embriones "sobrantes"?, ¿qué opinar sobre el diagnóstico preconcepcional y preimplantatorio?, ¿y sobre el diagnóstico prenatal y el consejo genético?

El derecho a crear una familia, ¿se altera por las nuevas posibilidades que surgen: alquiler de úteros, inseminación de mujeres solas, donaciones de óvulos?

Los derechos de la mujer, ¿no sufrirán retrocesos al perder el control de su propio cuerpo como resultado de la absoluta medicalización de las decisiones?, ¿se

crean nuevas necesidades y nuevas desilusiones?, ¿la información es suficiente?, ¿el consentimiento es verdaderamente informado?

Desde el punto de vista de los **seres no autónomos**, ¿qué decir en cuanto a los derechos del hijo?

El derecho a la asistencia y al cuidado de la madre, ¿puede extenderse a los nuevos procedimientos?, ¿sin limitación alguna?

La igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias, ¿podrá garantizarse teniendo en cuenta que el presupuesto sanitario es necesariamente limitado y los gastos de salud siempre crecientes?

2.4.- La comunidad médica argentina

Dentro del universo de la comunidad médica argentina, me limitaré a describir posturas y declaraciones de dos entidades principales: la Asociación Médica Argentina (AMA) y la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR).

La Asociación Médica Argentina (AMA) se expide sobre el tema en su "Código de Ética para el Equipo de Salud" (2001), en los Capítulos 25 y 26 "DE LA FERTILIZACIÓN ASISTIDA" (Arts. 437 a 445) y "DE LA CRIOPRESERVACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN EN EMBRIONES" (Arts. 446 a 461), respectivamente.

En el primer capítulo citado define esterilidad y fertilización asistida, reconoce diferentes técnicas de fertilización. Define a los "destinatarios" de estos tratamientos con un carácter más bien restrictivo: "Son destinatarios de estos tratamientos las parejas heterosexuales, mayores de edad y capaces de decisiones autónomas, demostradas estériles luego de estudios completos" (Art. 440). Es decir, reconoce sólo a las parejas heterosexuales como destinatarios, y no admite la posibilidad en mujeres solteras, entre otras minorías.

Considera que la procreación debe ser respetada como Derecho Humano.

Refiriéndose a "pautas éticas de los tratamientos", define textualmente:

"Inc a) El número de óvulos a fecundar constituye una decisión de la pareja orientada por el médico.

Inc b) No es ético establecer un número arbitrario de óvulos a fertilizar, sino que ello surge de la consideración clínica de cada situación.

Inc c) La transferencia de embriones obtenidos debe realizarse en condiciones óptimas que el médico responsable establecerá de acuerdo a criterios estrictos.

Inc d) Cuando las condiciones necesarias no estén dadas, se considerará la criopreservación embrionaria".

A favor de la donación de gametas, la considera ética cuando existan patologías que así lo justifiquen. Respalda al anonimato para todas las formas de donación.

Finaliza el capítulo recalcando el cumplimiento del consentimiento informado.

En el capítulo 26 (de la criopreservación y experimentación en embriones), señala que "son éticamente inaceptables y están legalmente prohibidos en nuestro país los procedimientos de clonación", excepto con fines diagnósticos y terapéuticos.

"El médico que realice prácticas de fecundación asistida deberá otorgar a los embriones toda la protección y el respeto que como vida humana merecen".

"Configura gravísima falta ética la experimentación en embriones humanos así como su descarte y/o destrucción".

Considera una grave falta ética la manipulación genética de embriones, como la selección de sexo, la clonación destinada a la producción de individuos genéticamente idénticos, la fusión gemelar y la fecundación interespecífica.

No determina la nulidad de la maternidad subrogada, pero destaca que no puede ser retribuida económicamente por ningún concepto.

En cuanto a la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR), reconoce a la infertilidad como un problema epidemiológico, la reconoce como un motivo de consulta cada vez mayor y que se ha convertido en una verdadera enfermedad. Nombra a nuestro país como pionero en Latinoamérica en la introducción de estas técnicas. Lleva además, varios años intentando presentar distintos proyectos de ley que sirvan de marco regulatorio para garantizar el acceso igualitario de toda la población a las técnicas de Reproducción Asistida; y nuclea a todos los Centros Asistenciales de Reproducción Asistida, y los profesionales especialistas en el tema de la República Argentina.

La Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva envió recientemente un proyecto de ley a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación en el año 2008, que consta de 36 artículos dispuestos en 11 capítulos.

Considero que este es un proyecto muy interesante ya que no solo incluye definiciones y accesibilidad-cobertura, sino que también engloba dilemas bioéticos y legales no vistos en otros proyectos nacionales y en la nueva ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires, como son el rol del donante, investigación en gametos y preembriones, criopreservación, entre otros.

Comienza describiendo su objetivo: "regular la aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida en el territorio de la República Argentina". Aquí ya muestra un parámetro importantísimo que es la **regulación**, implica la necesidad de reglamentar esta situación; y especifica como ámbito de aplicación al nacional.

Continúa definiendo el concepto de "Reproducción Humana Asistida" y las diversas técnicas de baja y alta complejidad. Describiendo su finalidad: "Las técnicas de reproducción humana asistida tienen como principal finalidad la actuación médica para facilitar la procreación ante la esterilidad o infertilidad humana, como así también para la prevención y tratamiento de enfermedades, cuando sea posible recurrir a ellas con suficiente eficiencia diagnóstica y terapéutica y cuando las otras medidas terapéuticas de menor complejidad, no están indicadas o no han resultado eficaces" (Art. 3).

Dichas técnicas "serán de aplicación a través de servicios públicos o centros privados especializados, que cumplan los requisitos que esta ley fija para su habilitación y funcionamiento".

Determina como beneficiarios "a toda persona mayor de edad y capaz que luego de ser previa y debidamente informada sobre ellas las acepte libre y conscientemente como principal metodología terapéutica de la esterilidad o para la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario". Este punto también es de interés, ya que en él no se hacen distinciones de género, estado civil y condición sexual como en otros casos; podríamos decir que se califica "pluralista".

Es importante su aclaración en cuanto a maternidad subrogada: "El contrato de maternidad subrogado es nulo, salvo específica autorización de la autoridad de la aplicación de la ley" (Art. 6).

En cuanto al "Consentimiento Informado", regla básica de la bioética, explica que quienes recurran al uso de las técnicas de reproducción humana asistida deberán ser suficientemente informados y asesorados sobre los distintos aspectos e implicaciones de las mismas, así como sobre los riesgos y resultados previsibles derivados de su empleo. Incluyendo consideraciones biológicas y éticas relacionadas con la técnica a utilizar.

Admite la responsabilidad de los profesionales individualmente y de los equipos médicos interdisciplinarios de los establecimientos asistenciales que lleven a cabo estas técnicas, brindar dicha información en forma oral y por escrito y evacuar las consultas o dudas que la misma genere. Todo ello en forma previa a la iniciación del tratamiento de que se trate. Y culmina sobre este punto diciendo que los pacientes que requieran la aplicación de técnicas de Reproducción Humana Asistida, deberán manifestar la expresa conformidad con su aplicación, en un formulario que deberá contener todas las circunstancias que definan su aplicación.

Refiriéndose a la donación de gametos, especifica que "la donación se realizará formalmente, por escrito, con expreso consentimiento informado del donante y de los beneficiarios de las técnicas, con carácter de secreto y a título gratuito, la misma revestirá carácter anónimo en cuanto a la identidad del dador. La persona

nacida de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, podrá solicitar judicialmente conocer la identidad del donante que aportó sus respectivas gametas. La persona nacida de gametas donadas será reconocida como hijo biológico de los beneficiarios de las técnicas y los donantes de gametos no tendrán en ningún caso derecho ni obligaciones sobre el niño nacido”.

Aludiendo a la Criopreservación; aclara que el número de ovocitos a transferir o inseminar queda a criterio del profesional. También, que todos los preembriones viables obtenidos sean transferidos al útero, y que será permitida su crioconservación en orden de evitar el embarazo múltiple y de mantener viables a los mismos. Además de definir cuándo se criopreservará y cuánto tiempo se mantendrán en tal condición, pudiendo pedir una prórroga los beneficiarios.

Según este proyecto, la investigación sobre gametas y preembriones solo podrán realizarse con fines diagnósticos – terapéuticos que tiendan a su desarrollo y bienestar.

Establece también la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que será autoridad de aplicación de la ley y que debería estar integrada por dos representantes del Ministerio de Salud y Medio Ambiente de la Nación, dos representantes de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, dos representantes de Centros de Reproducción Asistida debidamente acreditados, dos representantes de la comunidad de personas que se hayan beneficiado o requieran de las técnicas de reproducción humana asistida, un representante del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas) y un representante de la comunidad, especializado en bioética con conocimiento sobre la materia.

Culmina fijando “infracciones”, que por la importancia descriptiva citaré textualmente:

“ARTÍCULO 32: Sin perjuicio de las infracciones que se cometan conforme las disposiciones de la ley 17.132 en su ámbito de su aplicación, la violación de la presente ley dará lugar a infracciones **graves, muy graves y gravísimas.**

ARTÍCULO 33: Se consideran infracciones **graves:**

- el incumplimiento de las disposiciones de la presente ley, su decreto reglamentario y de las resoluciones emanadas de la autoridad de aplicación en lo referido al funcionamiento de los establecimientos, centros o servicios de reproducción humana asistida y al tratamiento brindado por los equipos de personal interdisciplinario de profesionales a los beneficiarios de la misma,
- el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de esta ley.

ARTÍCULO 34: Se consideran infracciones **muy graves:**

- la formación de bancos de preembriones más allá de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley,
- comerciar los preembriones o sus células bajo cualquier forma, modalidad o causa que sea,
- la apropiación de gametos y/o preembriones con otros fines fuera de la finalidad para los que fueron obtenidos.

ARTÍCULO 35: Se consideran infracciones **gravísimas**:

- utilizar la clonación o cualquier otro tipo de procedimiento a fin de obtener seres humanos idénticos,
- todo tipo de manipulación genética que no tenga fines terapéuticos,
- el intercambio genético o la recombinación con otras especies para la obtención de híbridos,
- la transferencia de preembriones humanos al útero de otra especie y viceversa,
- la ectogénesis o creación de un individuo determinado en el laboratorio,
- la utilización de la ingeniería genética en casos en los cuales se ponga en riesgo la normal subsistencia de la especie humana.

ARTÍCULO 36: La comisión de las infracciones enunciadas en los artículos precedentes serán consideradas por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida quien determinará las penas que corresponderán a dichas infracciones de acuerdo a su gravedad.”

2.5.- La Iglesia Católica

La Iglesia Católica rechaza las técnicas de fertilización asistida, por estimarlas contrarias a la moral. El papa Pío XII fue uno de los primeros en condenarlas por inmorales.

La Congregación para la Doctrina de la Fe en documento del 22 de febrero de 1987, rechaza tales procedimientos artificiales:

“La biología y la medicina contribuyen con sus aplicaciones al bien integral de la vida humana, cuando desde el momento en que acuden junto a la persona enferma respetan su dignidad de criatura de Dios. Pero ningún biólogo o médico puede pretender razonablemente decidir el origen y el

destino de los hombres en nombre de su competencia científica. Esta norma se debe aplicar de manera particular al ámbito de la sexualidad y de la procreación, pues ahí el hombre y la mujer actualizan los valores fundamentales del amor y de la vida (...) Un aspecto preliminar a la valoración moral de tales técnicas es la consideración de las circunstancias y de las consecuencias que comportan en relación con el respeto debido al embrión humano. La consolidación de la práctica de la fecundación *in vitro* ha requerido formar y destruir innumerables embriones humanos (...) La conexión entre la fecundación *in vitro* y la eliminación voluntaria de embriones humanos se verifica demasiado frecuentemente. Ello es significativo: con estos procedimientos, de finalidades aparentemente opuestas, la vida y la muerte quedan sometidas a la decisión del hombre, que de este modo termina por constituirse en dador de la vida y de la muerte por encargo”.

Sobre la fecundación heteróloga expresa que:

(...) “lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye, además, una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad; opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa. Esta alteración de las relaciones personales en el seno de la familia tiene repercusiones en la sociedad civil: lo que amenace la unidad y la estabilidad de la familia constituye una fuente de discordias, de desórdenes e injusticias en toda la vida social”.

Especifica que en la fecundación artificial homóloga “intentando una procreación que no es fruto de la unión específicamente conyugal, realiza objetivamente una separación análoga entre los bienes y los significados del matrimonio”.

Sugiere que “estas técnicas permiten al hombre tener en sus manos el propio destino y lo expone a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la naturaleza”. Por tal razón, si tales técnicas pueden establecer un progreso al servicio del hombre, al mismo tiempo llevan graves riesgos.

En cuanto a “la fecundación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso de que el medio técnico no sustituya el acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad”.

En la carta encíclica *Evangelium Vitae* de Su Santidad Juan Pablo II, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana, se expresa:

“También las distintas técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida. Más allá del hecho de que son moralmente inaceptables desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas registran altos porcentajes de fracaso. Este afecta no tanto a la fecundación como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo. Además, se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y éstos así llamados "embriones supernumerarios" son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple "material biológico" del que se puede disponer libremente”.

Los principios católicos pueden generar contrariedades y conflictos en algunos sectores de la sociedad, pero también es real que genera una crítica sobre los adelantos científicos.

Según lo visto antes en las distintas difusiones y publicaciones de la Iglesia, podemos observar que esta institución no solo ha estrechado el camino del avance de estas técnicas, sino que también las prohíbe explícitamente al ser contrarios a la dignidad humana y la moral.

Según sus exposiciones, en particular con respecto a la clonación, ha mostrado que la protección al ser humano debe darse no sólo desde el momento mismo de la concepción, sino también de la manera en que se realiza la misma.

2.6.- Dilemas de paternidad, maternidad y filiación

Los avances tecnológicos y la revolución que ellos provocan, han trascendido hasta en la sexualidad y las funciones reproductoras de los seres humanos.

Hasta no hace mucho tiempo, una pareja sólo podía aspirar y llegar a ser padres por medio de las relaciones sexuales.

Pero en la actualidad, la fecundación asistida permite la inseminación de una mujer con espermatozoides del mismo marido o de un donante, o en una mujer soltera con

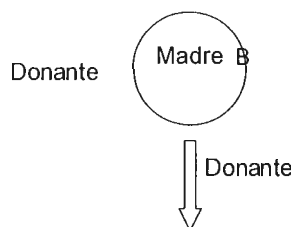
esperma de donante; también la fecundación en mujer casada o soltera que presta su vientre para procrear con material reproductivo y/o genético de un matrimonio o pareja; y hasta la inseminación de la viuda con esperma de su marido difunto. Todas estas situaciones eran impensadas unas décadas atrás.

Pensemos entonces las repercusiones en lo que respecta a derecho de familia de estos nuevos sistemas que generan la necesidad de innovar y hasta transformar lo conocida hasta ahora en tal rama del derecho; ya que algunos países no han establecido una regulación legal por atraso de su orden jurídico o rechazo de este tipo de técnicas, y otros se ven obligados a modificar leyes al respecto por el avance diligente de la ciencia.

Conforme la reproducción humana asistida es admitida se producen muchos cambios extraordinarios: la procreación pierde su dimensión sentimental, sexual e íntima, ya que se genera cierta publicidad y la intervención es realizada por varias personas; se ve afectado el derecho a la intimidad (que es un derecho personalísimo); sufren en su intimidad el marido y la mujer que recibe el esperma del donante, y este último; se daña el derecho a la identidad en los casos de donación de esperma, maternidad subrogada, aplicación en mujeres solas; la asistencia *pos mortem*.

Ante el abanico de posibilidades en técnicas de Reproducción Asistida, podemos encontrarnos frente a varios supuestos en cuanto a paternidad, maternidad y filiación; a saber:

- *Inseminación artificial homóloga (IAH)*: entre cónyuges (Padre A – Madre A). Incluido la conservación de semen del marido para ser utilizado después de su fallecimiento.
- *Inseminación artificial heteróloga (IAD)*, en donde el semen es el de un donante desconocido (Padre B). Ésta es una de las técnicas que más consecuencias jurídicas ha planteado, debido a que se practica con semen que no procede del varón que oficialmente asume la paternidad del hijo.
- *Fecundación in vitro*: De gametos de ambos conyuges (Padre A – Madre A), o de desconocidos, ya sea óvulos (Madre B) o espermatozoides (Padre B).
- *Transferencias intratubarias de ovocitos fertilizados o de embriones*: Dilema similar al anterior.
- *Maternidad subrogada o cesión de útero*: Mujer prestataria de útero (Madre C), que a su vez puede estar civilmente casada (Padre C); y recibir óvulos de Madre A o Madre B.



Actualmente en nuestro país, los centros que realizan técnicas de Fertilización Asistida utilizan para paliar esta situación los llamados **"Contratos de Adhesión"**, firmados por las partes intervinientes, en los que los denominados Padres B y C, y Madre B y C, renuncian a todo tipo de reclamo de paternidad, maternidad y filiación sobre el recién nacido.

Esto, igualmente puede acarrear problemas legales en el ámbito civil, ya que, al no existir legislación al respecto, cualquier Juez podría determinar la nulidad de dicho contrato. Por ejemplo, nuestro Código dispone que "la maternidad quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido" (Art. 242 Código Civil), de esta forma a la "Madre C" se le atribuye la maternidad.

Frente a esto surgen varios interrogantes:

¿Debe mantenerse el anonimato de quienes donan sus gametos?

¿Es legítima la remuneración económica para los donantes?

¿Se justifica éticamente la llamada maternidad substituta?

¿Debe ser legal el pago a las madres subrogadas?

¿Debería renunciar el donante de gametos a la patria potestad a favor de un tercero anónimo?

¿Debe ser aprobada la inseminación homóloga con semen del marido luego de su fallecimiento?

¿Deben tener acceso a la inseminación las mujeres solteras, viudas, divorciadas y las concubinas?

Nuestro Código Civil define que “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial...”. (Art. 240)

Las técnicas de inseminación artificial y fecundación *in vitro* homólogas, desde el punto de vista jurídico, no presentan inconvenientes respecto de la determinación de la filiación del hijo. La paternidad se le atribuye al marido.

Se trata de un hijo legítimo, ya que la técnica ha sido utilizada por dos personas capaces, con su consentimiento, y además coincide la paternidad biológica con la legal.

Por lo tanto, si se intentase una acción de impugnación de paternidad, a la mujer le bastaría aportar, la prueba de la fecundación con el semen del marido, que éste ha dado su consentimiento y que la concepción se realizó dentro de los plazos legales (Art. 77 C.C.).

Distinto es el caso de la fecundación asistida heteróloga, ya que se tiende a atribuir una paternidad distinta de la biológica, pues interviene un donante.

La maternidad, generalmente, no plantea problemas ya que es la misma persona la que aporta el óvulo y también del mismo cuerpo de donde nace el niño.

En la filiación matrimonial se presume la paternidad legal, por tratarse de un hijo nacido después de la celebración del matrimonio o dentro de los 300 posteriores a su disolución. El Art. 243 de la ley 23.264 establece: “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o la separación de hecho de los esposos...”; ello es así, pues se presume que el hijo dado a luz por una mujer casada tiene como padre a su esposo. Sin embargo como, esta presunción es *iuris tantum*, puede ser desvirtuada por cualquier medio de prueba (Art. 253 CC.). Lógicamente, en estos casos, el marido no es el padre biológico del hijo que ha nacido dentro del matrimonio, por lo que de intentar una acción de impugnación de paternidad la misma prosperaría.

Por todo esto, es necesario diferenciar si la fecundación asistida fue realizada *con* o *sin* el consentimiento del marido. Es importante para la determinación de la filiación y el ejercicio de las acciones correspondientes, la decisión de que el niño naciera, y esta decisión debe emanar del acuerdo consensuado de la pareja.

Si la fecundación fue ejecutada ***sin*** el consentimiento del marido tiene la posibilidad de impugnar con éxito su paternidad, ya que no sólo falta el presupuesto biológico, sino también el volitivo, es decir, la decisión del acto procreacional para que ese ser naciera.

Si la fecundación asistida fue realizada **con** el consentimiento del marido, como aquí se trata de un sistema de filiación diferente, ya que no tiene sustento en su origen biológico, la paternidad del nuevo ser se determina por este acto de voluntad.

En cuanto a la determinación de la filiación de la maternidad subrogada, su figura aparece cuando una mujer es infértil o produce óvulos pero no puede gestar; se recurre así al contrato de otra mujer que permita la gestación en su cuerpo.

En este supuesto, la pareja contrata a otra mujer para ser inseminada artificialmente con el espermatozoides del esposo de la mujer infértil, la que cedería al niño luego de nacido; es el caso de la "madre subrogada".

En el caso que la mujer pueda producir óvulos se le extraería uno que sería fertilizado in vitro con el espermatozoides del esposo y luego se lo implantaría a otra mujer, que se subrogaría en la gestación de la primera; sería la "madre subrogada en la gestación".

Pero entonces, ¿A quién le correspondería la maternidad?

La doctrina mayoritaria sostiene que la mujer que da a luz es la madre de la criatura. Opinión ésta coherente con el Art. 242 del CC. que establece: "La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que, quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido".

Esta norma se apoya en el vínculo biológico, ya que atribuye la maternidad al hecho del parto; por el principio "mater semper certa est".

Las nuevas técnicas de reproducción asistida permiten disociar a la madre genética con la madre gestacional, suscitando el problema de determinar a cuál de las dos mujeres se le debería atribuir la maternidad.

Sin embargo es necesario tener en consideración otros aspectos que son tan importantes como llevar en el vientre al neonato, como lo son: la voluntad y el afecto.

Cabe la pregunta: ¿quién o quiénes tuvieron el afecto y voluntad genuina que ese niño naciera?

-Teniendo un pensamiento amplio se podría considerar que madre legal es aquella que ha tenido la voluntad, convicción certera y que ha puesto todo su amor para que ese niño naciera. La mujer que prestó su cuerpo para que ese ser naciera no tuvo "affectio nasciturus", y en el supuesto que haya tenido un sentimiento, éste estaría dirigido hacia los que serían los padres.

En España, país que cuenta con legislación al respecto, este tema lo resuelve de la siguiente manera: la paternidad deriva de haberla aceptado previamente y por escrito al acceder a las técnicas.

La maternidad es determinada por el parto, hecho físico que determina la filiación, sea cual sea el origen del material genético.

Cualquiera puede ser donante; pero aunque se sepa quien es el donante del material genético no se puede hacer reclamación alguna.

El hijo puede investigar. La ley permite la información general sobre el donante pero no su identificación; esta fue una de las razones de impugnación de la ley; la solución adoptada estribó en no impedir la investigación pero no concederle efectos legales.

2.7.- Situación Nacional de legislación sobre fertilización asistida.

Nuestro sistema legal carece de un cuerpo regulatorio sobre la fertilización asistida. El Código Civil de 1904 obviamente no contempla las técnicas de la reproducción asistida, ni las rechaza, porque no existían, razón por lo cual resulta difícil dar una solución firme a los diferentes casos.

Se dio solución parcial al problema de la concepción y el nacimiento de acuerdo a los conocimientos científicos y prácticos de la época. Los artículos 5, 11, 18, 19, 22, 23, 200, 202, 211, 212, 213 del Código Civil y otros regulan estos conceptos.

El derecho a la reproducción humana aparece consagrado en el artículo 74 de la Constitución Nacional que en su párrafo 1º expresa: "El Estado otorga especial protección al proceso de reproducción humana".

Este párrafo no señala ninguna prohibición a la fertilización asistida. Por el contrario, sin distinciones acepta la procreación en forma general.

Para solucionar los casos en el estado actual de nuestra legislación o para promulgar una futura legislación sobre el derecho humano a la reproducción humana asistida debemos tener presente que los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos, por las justas exigencias del bien común, la ética y las buenas costumbres.

Debemos de tener en cuenta que como no existe regulación legal de la procreación asistida no se ha establecido el anonimato del donante, la prohibición del marido que prestó su consentimiento de impugnar la filiación matrimonial del hijo en la fecundación *in vitro* heteróloga y su responsabilidad, la prohibición de cualquier

vínculo de filiación entre el donante y el niño y la prohibición de cualquier acción de responsabilidad contra el donante.

La República Argentina cuenta con 27 Centros acreditados para el desarrollo de técnicas de Reproducción Asistida que se ubican básicamente en la ciudad de Buenos Aires, Rosario y Córdoba, que practican las mismas terapias de reproducción y obtienen los mismos resultados que en los países más desarrollados, como por ejemplo Gran Bretaña y España; pero a diferencia de estos, en nuestro país, la Tecnología Reproductiva, no se encuentra regulada por ninguna norma. Han existido numerosos proyectos de ley, los cuales han perdido estado parlamentario, debido a las diferencias culturales y religiosas, que no han permitido en la mayoría de los casos, un análisis ético y objetivo de la problemática.

Desde la Constitución Nacional (Art. 19) se promueve y garantiza el respeto por las acciones privadas que no perjudiquen a un tercero, lo que autoriza la realización de la ovodonación, ya que no la prohíbe, como elección particular.

La Ley Nacional de Salud Sexual (Ley 25.673), contempla los derechos reproductivos sólo a través de los cuidados y pautas sobre anticoncepción, pero no se expide en temas de reproducción asistida.

En el caso de la ovodonación, el tema es más complejo, ya que se debe puntualizar en el derecho de los pacientes de poder concretar su deseo de ser padres y con esto generar un pensamiento que radique en la salud Colectiva y el concepto de Solidaridad a través de la donación.

Al Congreso Nacional llegan asiduamente proyectos para ser debatidos desde 1985, cuando nacieron dos mellizos tucumanos por fertilización in vitro, los primeros concebidos con esta técnica en el país. En 1987 fue convocado un comité de especialistas de diversas ramas para arribar a un consenso. Acudieron filósofos, sacerdotes y rabinos, médicos de diversas especialidades y jueces, aunque dos años después se disolvió por falta de acuerdo.

Entre los proyectos de ley más destacados; en un primer grupo y con una orientación "permisiva" el de los legisladores Storani y Lafferriere (1991), Gómez Miranda (1991), Natale y Antelo (1993), Juan P. Cafiero (1993), y Mendoza y Troyano (1993); y en un segundo grupo con una orientación "restrictiva" se ubican los proyectos de los legisladores Brioso (1992), López de Zavalía (1992), Camaño y Corchuelo Blasco (1993) y Ruckauf e Iribarne (1993), que adoptan como criterio rector el respeto de la vida embrionaria y el interés del menor en contar con un padre y una madre legales que coincidan con sus padres biológicos.

En la actualidad, existe un proyecto de ley sobre Medicina Reproductiva en la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación, en espera de su análisis final por parte de la Comisión de Salud de dicho recinto. Este plan, fue presentado durante el año 2008 e involucra los aspectos sociales, biológicos y culturales sobre el tema, teniendo como uno de sus parámetros centrales, el hecho de que la infertilidad sea considerada una enfermedad y, a raíz de ello, contemplada en su totalidad por Obras Sociales y Pre-Pagas.

Durante el periodo 2009-2010 fueron presentados en el Honorable Senado de la Nación varios Proyectos de Ley, entre ellos:

- 750/09: BORTOLOZZI: PROYECTO DE LEY DE OTORGAMIENTO DE COBERTURA DEL PLAN MEDICO OBLIGATORIO A TRATAMIENTOS DE FERTILIZACION ASISTIDA Y SUS DERIVACIONES.
- 1506/09: NEGRE DE ALONSO: PROYECTO DE LEY MODIFICANDO LOS ARTS. 63 Y 70 DEL CODIGO CIVIL, ADECUANDO LA REDACCION A LAS PRACTICAS CONOCIDAS CON EL NOMBRE DE FERTILIZACION ASISTIDA.
- 2743/10: CORRADI DE BELTRAN: PROYECTO DE LEY MODIFICANDO LA LEY 25673 - SALUD SEXUAL Y PROCREACIÓN RESPONSABLE - RESPECTO DE GARANTIZAR EL ACCESO A LAS TECNICAS DE FERTILIZACION ASISTIDA Y LA GRATUIDAD DE LAS MISMAS.

El proyecto de Ley actual pretende promover la salud reproductiva, a través de una normativa que garantice los derechos de reproducción y las libertades y deseos individuales.

Además, se pretende garantizar el control periódico de los lugares destinados a los tratamientos, así como a los elementos técnicos que se necesitan para realizarlos. Asimismo, se planteó en el proyecto, que la donación no sea anónima y que se autorice un registro de donantes.

Recientemente se ha sancionado una ley de Reproducción Asistida en la Provincia de Buenos Aires que será comentada a continuación.

Apostillas sobre la Ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires

En el mes de Diciembre del año 2010 se sancionó una ley sobre Fertilización Asistida en la Provincia de Buenos Aires. Consta de 10 artículos incluidos los de forma.

Define la Infertilidad como "la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa"; y la reconoce como enfermedad.

Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga.

Obliga al Estado Provincial a garantizar el acceso a tratamientos a los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, "con dos (2) años de residencia en la misma" y preferentemente "a quienes carezcan de todo tipo de cobertura médico-asistencial integral".

Señala la incorporación de la enfermedad a las prestaciones del Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) y de las obras sociales y de medicina prepaga con actuación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Determina la creación de un Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida que cuente con un Comité Asesor de Bioética transdisciplinario, el cual se desarrollará como Autoridad de Aplicación.

Es de importancia destacar uno de sus artículos:

"ARTÍCULO 3º. Son objetivos de la presente, entre otros:

- a) Garantizar el mayor nivel de tratamiento médico asistencial integral dentro del ámbito de las parejas que padezcan esta patología, para la procreación de un hijo biológico.
- b) Regular, controlar y supervisar los centros médicos que realicen tanto los diagnósticos y tratamientos de la infertilidad y los procedimientos de la fertilidad asistida.
- c) Elaborar estadísticas para el conocimiento, estudio y seguimiento de esta problemática, a través de la Autoridad de Aplicación.
- d) Efectuar campañas de información y prevención en todo el ámbito del territorio provincial a fin de informar a la población de las posibles causas de esta enfermedad y los tratamientos existentes para lograr el embarazo y llevarlo a término.
- e) Propiciar el desarrollo de centros de referencia de procreación humana asistida integral en efectores públicos, cuyo número y ubicación definirá la Autoridad de Aplicación con miras a facilitar el acceso a la población de todo el territorio provincial.
- f) Capacitar, por intermedio de la Autoridad de Aplicación, a los Recursos Humanos para lograr su especialización, dentro y para los efectores públicos de salud."

Este Artículo merece especial análisis, ya que, es donde se definen aspectos importantes del marco legal. Garantiza tratamiento para las parejas infértiles, pero nunca define dilemas de filiación, maternidad y paternidad, que como veremos más adelante son muy relevantes. Merece una crítica especial, porque este es uno de los puntos transcendentales que debería regir toda ley al respecto y no ser obviado.

También define conceptos de campañas de información y prevención, el desarrollo de centros de referencia y la capacitación y especialización del equipo de salud; pero no describe la manera y la viabilidad para llevarlo a cabo dependiendo, entre otras cosas, del presupuesto en salud. Aquí cabe preguntarse: ¿Es vital para el sistema público de salud argentino destinar grandes sumas de dinero en aumentar la cobertura y accesibilidad a técnicas de fertilización asistida, teniendo Indicadores de Salud que requieren políticas urgentes (como el caso de la Mortalidad Infantil, entre otros)?

Esta ley es escueta. Considero además, que no hace referencia a puntos clave como son: el anonimato del donante y contratos de donación, consentimiento informado, vínculo de filiación entre el donante y el niño, acciones de responsabilidad contra el donante, impugnación de filiación en caso de Inseminación Artificial Heteróloga, gestación por sustitución, crioconservación de gametos y preembriones, diagnóstico preimplantacional, técnicas terapéuticas en el preembrión, utilización de gametos y preembriones con fines de investigación; entre otros.

2.8.- Situación Internacional de legislación sobre fertilización asistida.

En los distintos países europeos existen diferencias en los tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida; algunos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y reglamentos. Por último, existen países que tienen una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria, como es el caso de Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra, Alemania y Francia.

En **Francia**, se reglamenta mediante la Ley relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano, a la asistencia médica, a la procreación y al diagnóstico prenatal (1994).

El Código Civil francés, en el título VII, sección IV, en virtud de reformas de 1994, regula la reproducción asistida. En el artículo 311-19, para garantía del fruto de la reproducción y del donante dispone que "no podrá establecerse ningún vínculo de filiación entre el donante y el hijo nacido de la procreación", y que "no podrá ejercitarse ninguna acción de responsabilidad en contra del donante".

En el artículo 311-20 establece que: "Los cónyuges o concubinos que, para procrear, recurrieran a una asistencia médica que necesite la intervención de un

tercero donante, deberán previamente dar, en condiciones que garanticen el secreto, su consentimiento al Juez o al Notario, que les informará de las consecuencias de su acto con respecto a la filiación.

El consentimiento dado a una reproducción asistida prohíbe cualquier acción de impugnación de la filiación o de reclamación de estado a menos que se sostenga que el hijo no ha nacido de la reproducción asistida o que el consentimiento hubiera quedado privado de efecto.

El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoquen, por escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia.

El que, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconozca al hijo nacido compromete su responsabilidad hacia la madre y hacia el hijo.

Además, se declarará judicialmente la paternidad no matrimonial de quien, después de haber consentido la asistencia médica a la reproducción, no reconociera al hijo que ha nacido.”

Grecia lo hace mediante la Ley 1329 (15 de febrero de 1983) por la cual la paternidad se establece en caso de consentimiento del esposo de la inseminación artificial de la cónyuge.

En **Portugal**, mediante el Decreto Ley Nº 496/77 (25 de noviembre de 1977) dispone que “el marido que consiente la inseminación artificial no puede negar la paternidad”.

El Código Penal de dicho país define por su “Art.214: quienes practiquen Inseminación Artificial a una mujer sin su consentimiento, serán castigados con prisión de 1 a 5 años”. La acción penal sólo se inicia por denuncia personal.

Suecia cuenta con la siguiente legislación:

- Ley Nº 1139 sobre la inseminación artificial (20 de diciembre de 1984);
- Ley sobre la Fecundación In Vitro (1988).

Disponen que, la Inseminación Artificial realizada en la madre, lo es con consentimiento de su esposo o concubino bajo condiciones maritales, el concebido será reputado como su hijo.

- Ley sobre Inseminación Nº1140 (20 de diciembre de 1984):

Se define a la inseminación como la introducción del semen a la mujer por medios artificiales.

La inseminación sólo se realizará bajo la condición de que la mujer esté casada o en relación de concubinato, debiendo en este último caso obtener el consentimiento escrito del hombre.

La inseminación con espermatozoides de hombre diferente al esposo o concubino sólo se realizará en hospital estatal bajo la supervisión del especialista en ginecología y obstetricia.

Noruega:

- Ley sobre fertilización artificial (1987)
- Ley sobre las aplicaciones biotecnológicas en Medicina (1994).

España:

La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre el tema;

- Ley sobre la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (Ley 35/1988).

Con el descubrimiento de técnicas de fertilización asistida en la década del 70, España decide materializar una ley al respecto; es por ello que el 22 de noviembre de 1998 se promulga esta ley.

- Ley 45/2003:

Modificó la ley 35/1988. A partir de esta ley se autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban criopreservados con anterioridad a su entrada en vigor -noviembre de 2003-, aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada.

- Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Ley14/2006):

Esta ley deroga a las leyes 35/1988 y 45/2003. Consta de 28 artículos agrupados en 8 capítulos. Define técnicas de reproducción humana asistida, condiciones personales de la aplicación de las técnicas, requisitos de los centros y servicios de reproducción asistida, donantes y contratos de donación, usuarios de las técnicas. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. Determinación legal de la filiación. Premorencia del marido. Gestación por sustitución. Criopreservación de gametos y preembriones. Diagnóstico preimplantacional. Técnicas terapéuticas en el preembrión. Utilización de gametos y preembriones con fines de investigación. Conservación y utilización de los preembriones para investigación. Calificación, autorización y condiciones de funcionamiento de los centros de reproducción asistida. Crea una "Comisión

Nacional de Reproducción Humana Asistida”, un Registro nacional de donantes y un Registro nacional de actividad y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida. Define además infracciones y sanciones.

Alemania:

- Ley sobre protección del embrión humano (1990):

La presente ley que entró en vigor el 1º de enero de 1991, consta de 13 artículos, los cuales tienen el denominador común de “sanciones”; ya que, aunque cita varios puntos sobre el tema (técnicas de Reproducción asistida, uso de embriones, prohibición de la elección del sexo, transferencia de embriones interespecie, modificación artificial de células germinales, fecundación arbitraria y fecundación después de la muerte, clonación, formación de híbridos, reserva médica, libertad de intervención médica, multas administrativas), en todos comienza describiendo las sanciones ante la falta de cada uno de ellos. Pero en ningún punto aclara dilemas de paternidad, maternidad y filiación.

Inglaterra:

Es Gran Bretaña, el país en el que por primera vez se dispuso la creación de un comité interdisciplinario, denominado Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology (1982), a cargo de Mary Warnock, con el fin de estudiar las repercusiones éticas, sociales y jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción.

Más tarde se promulga la “Ley sobre fertilización humana y embriología” (1991).

Inglaterra es el único país europeo que tiene una ley específica sobre el tema de la maternidad de sustitución: Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación de 1985. En ella condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí (es decir, no prohíbe la maternidad de sustitución, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios). La ley de 1991 reconoce como madre legal a la mujer que alumbre al niño, siendo el padre del niño responsable legalmente de él, a no ser que aquel pueda probar que el niño nació sin su consentimiento.

Suiza: Este tema ha sido incorporado a la Constitución en Suiza, dada la importancia de la ingeniería genética:

“*Artículo 119.1.* El ser humano está protegido de los abusos de la medicina reproductiva y de la ingeniería genética. 2. La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético humano. En este ámbito prevé la tutela de la dignidad humana, de la responsabilidad y de la familia y se atiene en particular a los siguientes principios: Todos los tipos de clonación y las intervenciones en el patrimonio genético de células germinales y embriones humanos son inadmisibles. El patrimonio germinal y genético no humano no puede ser transferido al

patrimonio genético humano ni ser fundido con este último. Las técnicas de procreación asistida pueden ser aplicadas sólo cuando no existan otros modos para curar la infecundidad o para evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero no para predefinir determinados caracteres en el *nasciturus* o para fines científicos; la fecundación de ovocitos humanos fuera del cuerpo de la mujer está permitida sólo en las condiciones establecidas por la ley; fuera del cuerpo de la mujer pueden ser cultivados como embriones sólo tantos ovocitos humanos cuantos se puedan implantar inmediatamente. La donación de embriones y toda otra forma de maternidad de alquiler son inadmisibles. No puede comerciarse el patrimonio germinal humano ni los productos de los embriones. El patrimonio genético de una persona puede ser analizado, registrado o revelado sólo con su consentimiento en base a una prescripción legal. Toda persona tiene acceso a sus datos genéticos.

Artículo 120.1. El ser humano y su ambiente están protegidos de los abusos de la ingeniería genética. 2. La Confederación dicta prescripciones sobre la utilización del patrimonio germinal y genético de los animales, plantas y de otros organismos. En ese ámbito tiene en cuenta la dignidad de la criatura así como la seguridad del ser humano, de los animales y del ambiente y protege la variedad genética de las especies animales y vegetales.”

Es de destacar la situación en **México**:

En abril de 1997, legisladores del Estado de Tabasco procedieron reformando el Código Civil de su Estado. Su intención fue la de hacer de la legislación civil tabasqueña una de las más actuales y modernas del país. Este código legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación *In Vitro* y cualquier otro método de reproducción asistida, pero los limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí. Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También, reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal.

Costa Rica: En este país se dictó el Decreto Presidencial No. 24029-S sobre la Regulación de la Reproducción Asistida del 3 de febrero de 1995.

En este Decreto se hace una regulación parcial de la reproducción asistida:

a) Se autoriza la reproducción asistida homóloga entre cónyuges por un equipo profesional interdisciplinario, previos requisitos indispensables, entre ellos: que sea el último medio técnico terapéutico para concebir, y que informado el matrimonio sobre la adopción renuncie a ella.

b) También se permite la reproducción asistida heteróloga en el matrimonio cuando aun con las técnicas homólogas no se puede concebir, se identifique el tercero donante y se renuncie a las posibilidades a una adopción, entre otros requisitos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, por sentencia del 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos magistrados, declaró la inconstitucionalidad de dicho Decreto por razones de forma y de fondo. Entre otras razones expresa las siguientes:

- a. El Decreto No. 24029-S es declarado inconstitucional y, como consecuencia, nulo por defecto de forma, al violar la reserva de ley que exige este tipo de norma que regula la materia que contiene y no un reglamento ejecutivo.
- b. Desde la concepción existe la persona y un ser vivo con derecho a ser protegido.
- c. El artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respeto a la vida desde el momento de la concepción.
- d. El embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto y debe ser protegido con igualdad a otro ser humano y solamente las tesis contrarias permitirían que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e incluso desestimado.
- e. La aplicación de la técnica de la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria atenta contra la vida humana.
- f. En esta técnica se produce una elevada pérdida de embriones que son seres humanos.
- g. Admite que se pueden mejorar las técnicas y desaparecer las objeciones.
- h. Ni por norma legal es posible autorizar la aplicación de esta técnica, aunque en el voto disidente se dice que no necesita de regulación legal para aplicarse.

En **Estados Unidos** no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política. De modo que coexisten numerosos cuerpos normativos que van desde la gran permisividad de diversas técnicas de fecundación hasta la prohibición y penalización de las mismas figuras en otros estados.

En uno de los estados, en el 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.

3.- Conclusiones

La infertilidad es una realidad social en nuestro país, hay un 15% de parejas estériles, por lo tanto es un problema de salud. Tampoco podemos obviar que existen varios Centros "autorizados" para realizar procedimientos de fertilización asistida. Además, la falta de un marco legal genera desigualdad social. Por todo esto, es indiscutible a mí entender legislar al respecto.

La República Argentina muestra grandes déficits en políticas de salud pública, son muestra de ello los "Indicadores Básicos de Salud", por supuesto que estos deben ser prioridad por sobre las discusiones referentes a la fertilización asistida; pero también es importante que como Estado de Derecho, se legitimen cuestiones pendientes al respecto.

La problemática de una ley de reproducción asistida es muy compleja y la discusión no debería circunscribirse a los planos meramente económicos, de cobertura y accesibilidad al sistema de salud. Una ley debe garantizar los derechos reproductivos y las libertades individuales.

Una nueva ley no debe ser restrictiva, sino acompañar el desarrollo de esta técnica y abrir diversas oportunidades.

Es necesario que los proyectos de ley, sean analizados y contemplados en su totalidad, partiendo del análisis de los derechos individuales y de familia, otorgando al sector médico y legal, un marco jurídico que avale su tarea, la controle, defienda y garantice igualdad social en un entorno en donde la naturaleza sembró posibilidades desiguales.

Considero que una futura legislación nacional no debería dejar de lado temas como: el anonimato o no del donante, la prohibición del marido que prestó su consentimiento de impugnar la filiación matrimonial del hijo en la fecundación *in vitro* heteróloga y su responsabilidad, la prohibición o no de cualquier vínculo de filiación entre el donante y el niño y la prohibición o no de cualquier acción de responsabilidad contra el donante. Es decir, debería incluir el derecho a la privacidad; la libertad para procrear; la justicia social; la salud y el bienestar de las mujeres y los niños; igualdad entre los sexos; en las oportunidades de acceso a la paternidad; acceso equitativo a la salud; respeto por las decisiones morales y personales; observancia de las diversidades genéticas y biológicas.

Es una realidad que se judicializan casos al respecto, sobre todo por dilemas de filiación, paternidad y maternidad como fue expuesto, con todo el abanico de posibilidades que pueden suscitarse. Esta seguidilla de causas marca un camino, pero una catarata de fallos no es la solución, lo que necesitamos los argentinos es una ley.

La judicialización tradicional no basta para estas cuestiones y resulta insuficiente tratar de interpretar de forma extensiva leyes que fueron establecidas cuando todavía no se imaginaba estos avances técnicos.

Desde el punto de vista ético, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de Reproducción Humana Asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos, y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general; una ética, en definitiva, que responda al sentir de la mayoría y a los contenidos constitucionales, pueda ser asumida sin tensiones sociales y sea útil al legislador para adoptar posiciones o normativa.

En cuanto a la Asociación Médica Argentina, pese a ser una institución de gran reconocimiento nacional, solo se expide en el tema de la Reproducción Humana Asistida en su "Código de Ética para el Equipo de Salud", en el cual hace un gran aporte al tema desde la bioética; pero también muestra una tendencia "conservadora" y hasta discriminatoria, por ejemplo, al citar como destinatarios sólo a parejas heterosexuales.

En cambio, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva dirige a la Honorable cámara de Diputados de la Nación Argentina un proyecto de ley al que me atrevo de calificar como impecable y completo, digno de tener en cuenta para una futura sanción de ley.

Respondiendo, por otra parte, a las preguntas planteadas anteriormente; **La dignidad humana** desde el punto de vista de la filosofía jurídica, comprendida como las acciones de un individuo que repercuten en otros seres y en su propia vida; quedará indiscutiblemente afectada por las nuevas formas reproductivas y por la experimentación con embriones.

El derecho a la vida, desde el reconocimiento que comienza en el seno materno, también se ve afectado en los procedimientos de transferencias de embriones, "reducciones embrionarias" o "embriones sobrantes".

Los derechos de la mujer, sufren retrocesos al perder ella el control de su propio cuerpo como resultado de la absoluta medicalización y dependiendo de los tipos de técnicas en fertilización asistida utilizadas, exponiéndolas nuevas desilusiones con cada intento.

Esto viene ligado a que la información no siempre es suficiente y el consentimiento tampoco es verdaderamente informado.

Es discutible que los derechos del hijo, en casos de fecundación heteróloga, se vean afectados por el anonimato del donante.

La igualdad de acceso a las prestaciones sanitarias debe garantizarse, pero teniendo en cuenta que el presupuesto sanitario es necesariamente limitado y los gastos de salud son siempre crecientes, se producen situaciones de desigualdad.

Rescato como punto importante en la legislación de Costa Rica el apartado “que sea el último medio técnico terapéutico para concebir, y que informado el matrimonio sobre la adopción renuncie a ella”; pienso que con esta premisa tratan de alentar la procreación por medios naturales y la adopción, imperando el respeto por la dignidad humana y los derechos de la mujer que pueda llegar a someterse a pruebas repetidas y frustradas. Porque también es cierto y está demostrado que con el acceso a técnicas de fertilización asistida se desalienta la adopción.

Otro país que merece ser considerado por su legislación es España, que ha evidenciado su interés por el tema desde hace varias décadas promulgando su primera ley en el año 1988, modificada en el año 2003, y reconociendo la necesidad de actualizarse demostrándolo con su última ley de 2006 (derogando las anteriores); explicando razones tales como, el importante avance científico constatado en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios.

En cuanto a coincidencias y diferencias en el Derecho comparado, se podrían extraer algunos conceptos; a saber: la experimentación en embriones humanos no es de aceptación general, la procreación asistida generalmente se admite en el matrimonio y en algunos países en la pareja en unión de hecho estable; en la mujer sola existe fuerte discusión, pero es admitida excepcionalmente; la fecundación *pos mortem* en algunos países se admite, en otros no; se admite la donación y conservación de semen, pero en algunos países se permite conservarlo por un periodo de cinco o diez años; se limita el número de hijos del mismo donante; deben seleccionarse minuciosamente los donantes para evitar enfermedades o deficiencias hereditarias; se le concede el derecho al anonimato al donante, salvo casos excepcionales, aunque algunas legislaciones permiten investigar la identidad biológica; la congelación de óvulos es permitida en algunas legislaciones y en otros no; en algunas legislaciones se permite la donación de

embriones, en otros se prohíbe; se prohíbe generalmente la experimentación embrionaria no encaminada a obtener nacimientos; algunos países permiten la maternidad de sustitución, pero sin fines lucrativos, otros la prohíben; se prohíben las desviaciones en el uso de la técnica de la reproducción asistida como la clonación, y la creación de híbridos y quimeras; se prohíbe la selección de sexo en el embrión obtenido *in vitro* cuando no exista riesgo de transmitir una enfermedad hereditaria ligada al sexo; se prohíbe la transferencia de embriones humanos en útero de animales o viceversa. Las violaciones a las prohibiciones son castigadas con multas o prisión, más los daños y perjuicios que se pudieren haber causado.

Si bien es cierta la dificultad de establecer una regulación integral abarcando las innumerables posibilidades y casos es necesario determinar principios generales, pautas y prohibiciones. Ha llegado el momento de dar un marco legal a estos tipos de procedimientos de fecundación asistida, antes que sigan cometiéndose que hasta hoy la falta de legislación ha permitido.

4.- Bibliografía

1. *XIII Congreso de Medicina Reproductiva – Buenos Aires 27 de marzo de 2009*
2. Asociación Médica Argentina. <http://www.ama-med.org.ar>
3. CONCEBIR, Asociación civil de pacientes. URL: <http://www.concebir.org.ar>
4. Carrasco, A. Aspectos éticos-legales de las tecnologías de reproducción humana: la bioética y la fecundación asistida. 1997. Cuba. II Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica de la Familia y el Menor.
5. Casado, M. Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. 1997. Universitat de Barcelona. Servei de Publicacions. Papers 53, 1997 37-44.
6. Código Civil de Francia. www.legifrance.gouv.fr
7. "Código de Ética para el Equipo de Salud". Asociación Médica Argentina. (2001)
8. Echevarría, S; Marino, J. Proyecto de declaración sobre de la conveniencia de que se acuerde una convención internacional acerca los delitos de manipulación genética. 2000. Buenos Aires. 1º Jornadas argentinas de bioética y derecho.
9. Ley de Fertilización Asistida de la Provincia de Buenos Aires Nº 14208. URL: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14208.html>
10. Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Ley14/2006). España. 2006
URL: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html
11. Ley sobre Protección de Embriones. Alemania. 1990. URL:
<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2292/5.pdf>
12. Messina de Estrella Guitiérrez. Técnicas de procreación asistida, 1999. Argentina.
13. Muttarrasso, F. 2009. Buenos Aires. Antecedentes internacionales de legislación sobre fertilización asistida.
14. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. www.redlara.com
15. Sagrada congregación para la doctrina de la fe. Donum vitae. Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. 1987. Roma.
16. Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. URL: <http://www.samer.org.ar>