

La falta de legislación sobre reproducción humana asistida en Argentina

Guillermo R. Mandarano

**Médico (UBA)
Especialista en Medicina General y Medicina Legal. Médico Generalista OSPeCon
Instructor de Residentes de Medicina General. Región Sanitaria VII
Ayudante de cátedra de Medicina Familiar,
Sede OSpeCon (UBA)**

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 los países en los cuales comenzaron a aplicarse tales técnicas surgieron numerosos problemas ético-legales, que han hecho necesario modificar las legislaciones existentes, o incluso la creación de nuevas leyes, que rigen diversos aspectos de la filiación, la herencia, la paternidad, el derecho de familia e incluso, el derecho a la vida.

La protección de los derechos humanos es la línea básica del razonamiento moral y jurídico. Junto con las valiosas orientaciones que proporcionan estas pautas, hay que tomar en consideración que los médicos y los poderes públicos tienen la obligación de atender la salud, y ello incluye la tecnología disponible. Por lo tanto, ante la falta de legislación al respecto se encuentran implícitas posibilidades de abuso y desigualdad jurídica.

En la República Argentina no existe legislación nacional al respecto, lo que trae aparejado la aparición de diversos problemas bioéticos y legales, el objetivo de este trabajo es reflexionar sobre las normas que regulan las técnicas utilizadas en la reproducción asistida, y la problemática emergente ante ausencia normativa en este tema.

2. El abordaje del tema en Argentina

En nuestro país, aproximadamente un 15% de las parejas en edad madura que intentan concebir tiene problemas de fertilidad. Generalmente estas parejas afrontan la frustración y desesperanza de querer dar vida y no poder, además de 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 y la infertilidad como condiciones o patologías que afectan y restringen 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 \$2.500 y \$6.000 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.

3. Derecho de familia y derecho individual

Los derechos humanos tienen aplicación en las relaciones privadas, de tal manera que 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, entran en juego en la reproducción humana asistida, la que repercute en el 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.

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 a la fecha, 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 y nuevos interrogantes:

La dignidad humana ¿Queda afectada por las nuevas formas reproductivas?, ¿Por la experimentación con embriones?

El derecho a la vida tradicionalmente interpretado de forma que su primera colisión tenía lugar con el derecho al aborto, ¿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, i.e. alquiler de úteros, inseminación de mujeres solas, donaciones de óvulos?, ¿Y la paternidad?

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?

A continuación, se resumen las posturas respecto a estos temas de los principales actores sociales involucrados en la problemática

4. La comunidad médica argentina

Dentro del universo de la comunidad médica argentina, este trabajo se circunscribe a presentar las posturas y declaraciones de dos entidades preponderantes en la agenda que se discute: la Asociación Médica Argentina (AMA) y la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR).

La 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”.

Principales componentes del Proyecto de Ley (SAMeR):

- 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 definen su aplicación.
- Especifica que “la donación de gametos 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 o 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 y un representante de la comunidad, especializado en bioética con conocimiento sobre la materia.

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.

SAMeR, por su parte, 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. Nombró 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 SAMeR envió en el año 2008 un proyecto de ley a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, que consta de 36 artículos dispuestos en 11 capítulos. Este es un proyecto interesante e integrador de esta problemática, ya que no solo incluye definiciones y accesibilidad y 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, tales como son el rol del donante, la investigación en gametos y preembriones, y la criopreservación, entre otros.

5. La Iglesia Católica

La Iglesia rechaza estas técnicas de fecundación, por considerarlas contrarias a la moral, en las que interviene la masturbación y la fecundación artificial. El papa Pío XII fue uno de los primeros en condenarlas por inmorales.

La Congregación para la Doctrina de la Fe en un documento publicado 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”.

Precisa 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”.

Advierte 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 constituir 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 *Evangélium 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”.

La doctrina católica puede suscitar desacuerdo en un amplio sector de la sociedad, pero también es cierto que facilita una prospección crítica necesaria sobre los avances científicos.

En razón de lo antes expuesto, se desprende que la Iglesia no sólo ha ido estrechando el camino a efectos de permitir el desarrollo de las técnicas, sino que las prohíbe explícitamente al ser contrarios a la moral y dignidad humana. Así, las recientes investigaciones de clonación generaron un gran revuelo en la actividad religiosa, dejando claramente sentada su posición respecto a que la protección al ser humano viviente debe darse no sólo desde el momento mismo de la concepción, sino que debe mostrarse especial interés en las formas como es que se realiza la misma.

6. Dilemas de paternidad, maternidad y filiación

El avance de la tecnología y la revolución que provoca trasciende hasta las relaciones sexuales y reproductoras de las personas. Poco tiempo atrás la pareja solamente podía tener hijos a través de las relaciones sexuales. Pero actualmente la inseminación genética, con fines procreativos, permite la procreación asistida, o sea, la inseminación o fecundación *in vitro* con esperma del mismo marido o de un donante, en una mujer virgen y soltera con esperma de donante; la fecundación en mujer casada o soltera que presta su vientre para procrear con material reproductivo de un matrimonio o pareja; la inseminación de la viuda con esperma de su marido difunto. Todo esto, era impensable no hace mucho tiempo atrás.

La repercusión de estos nuevos sistemas de procreación es revolucionaria en el derecho de familia, y en la mayor parte de los países no encuentran regulación legal por atraso de su orden jurídico o rechazo de este tipo de procreación.

Son muchos los cambios que producen en la medida en que la reproducción humana asistida es aceptada: la procreación pierde su dimensión sentimental, sexual e íntima porque la procreación asistida se hace con cierta publicidad e intervención de varias personas que constituyen un equipo especializado; afecta el derecho a la intimidad; los progenitores sufren en su personalidad porque es todo un equipo el que dirige y vigila la procreación; el marido y la mujer que recibe el esperma del donante, y éste, sufren en su dignidad; existe riesgo sobre la vida del concebido o de los embriones que se pierden en el proceso; aparecen nuevos conceptos de paternidad y maternidad; se crean nuevas presunciones o ficciones legales como la de que el marido que consiente la inseminación artificial con esperma de donante es el padre, al prohibírsele impugnar la filiación matrimonial del bebé; se daña el derecho a la identidad en los casos de donación de esperma, maternidad subrogada, aplicación en mujeres solas; la asistencia *post 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 esta situación 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)

La 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 nacido por este método. La paternidad debe ser atribuida 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 CC.)

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, biológicamente el marido no es el padre del hijo que ha nacido dentro del matrimonio, por lo que de intentar una acción de impugnación de paternidad la misma prosperaría.

Por ello 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 de un nuevo ser en su cuerpo.

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

En el segundo caso se le extraería un óvulo que sería fertilizado *in vitro* con el esperma 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 que: “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.

7. Algunos elementos sobre la situación de la legislación nacional sobre fertilización asistida.

Nuestro sistema legal carece de un cuerpo normativo sobre la procreación 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, carente de impugnaciones, a los diferentes casos.

Solucionó el 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 1° expresa: “El Estado otorga especial protección al proceso de reproducción humana”.

Este párrafo no señala ninguna prohibición a la procreación 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 18 centros acreditados para el desarrollo de técnicas de reproducción asistida, ubicados principalmente en las ciudades 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. Sin embargo, a diferencia de estos, en nuestro país la tecnología reproductiva, no se encuentra regulada en norma alguna. 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.

Los proyectos de una ley llegan al Congreso todos los años 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 llegar a un consenso. Acudieron filósofos, sacerdotes y rabinos, médicos de diversas especialidades y jueces, aunque dos años después se disolvió por falta de acuerdo.

7.1 La Ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires

En diciembre del año 2010 se sancionó una ley sobre Fertilización Asistida en la Provincia de Buenos Aires. La misma 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 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 (IOMA) 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 3°. 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 posi-

bles 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 y además 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.

8. 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 lo antes expuesto, es indiscutible legislar 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.

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.

Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se dan a las técnicas de reproducción 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 AMA, 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, al citar como destinatarios sólo a parejas heterosexuales. En cambio, la SAMeR dirige a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina un proyecto de ley 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.

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 definiciones que den un marco legal a estos tipos de procedimientos desde una perspectiva de bioética y derechos humanos en todas sus manifestaciones.

Bibliografía

- Asociación Médica Argentina. "Código de Ética para el Equipo de Salud. 2001
- Asociación Médica Argentina. <http://www.ama-med.org.ar>
- Estrella Gutiérrez Messina: Técnicas de procreación asistida, 1999. Argentina.
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l14-2006.html Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Ley14/2006). España. 2006
- <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2292/5.pdf> Ley sobre Protección de Embriones. Alemania. 1990
- <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-14208.html> Ley de Fertilización Asistida de la Provincia de Buenos Aires N° 14208
- Red Latinoamericana de Reproducción Asistida.
- Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. www.samer.org.ar
- XIII Congreso de Medicina Reproductiva – Buenos Aires 27 de marzo de 2009