



UCA

Pontificia Universidad Católica Argentina
Santa María de los Buenos Aires

Biblioteca Digital



Lafferrière, Jorge Nicolás

Las técnicas de procreación artificial heterólogas : análisis bioético y jurídico

Vida y Ética. Año 11, N° 1, Junio 2010

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, "Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico", *Vida y Ética*, año 11, n° 1, Buenos Aires, (junio, 2010).

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/tecnicas-procreacion-artificial-heterologas.pdf>

Se recomienda ingresar la fecha de consulta entre corchetes, al final de la cita Ej: [Fecha de acceso octubre 9, 2001].

LAS TÉCNICAS DE PROCREACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGAS: ANÁLISIS BIOÉTICO Y JURÍDICO

Dr. Jorge Nicolás Lafferrière

- Doctor en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)
- Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la UCA
- Director del Centro de Bioética, Persona y Familia
- Profesor de Bioderecho en Maestría en Ética Biomédica (Instituto de Bioética, Facultad de Ciencias Médicas, UCA)
- Profesor de Derecho Civil de la UCA y de la Universidad de Buenos Aires (UBA)

Palabras clave

- Fecundación heteróloga
- Filiación
- Derecho a la identidad

Key words

- Heterologous fertilization
- Filiation
- Right to identity

RESUMEN

Las técnicas de procreación artificial, entendidas como el conjunto de procedimientos técnicos ordenados a la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual entre varón y mujer, suscitan variadas problemáticas ético-jurídicas. El presente trabajo analizará un aspecto especialmente grave de estas técnicas: la utilización de gametos de terceras personas extrañas al matrimonio; técnica que usualmente se denomina fecundación "heteróloga". En este marco se considerarán las modalidades de esta técnica, los principios ético-jurídicos implicados, las objeciones que merece y la respuesta que se plantea desde el Derecho argentino.

ABSTRACT

The techniques of artificial procreation -technical procedures which obtain human conception through a means other than the sexual union between male and female- arouse several ethic-legal issues. The present work analyzes an especially serious aspect of these techniques: the use of gametes from third parties outside the married couple, usually called "heterologous" fertilization. Within this framework, the article deals with the methods of this technique, the ethic-legal principles involved, all due objections, and the response given by Argentine law.

INTRODUCCIÓN

Las técnicas de procreación artificial, es decir, el conjunto de procedimientos técnicos ordenados a la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual entre varón y mujer, suscitan variadas problemáticas ético-jurídicas en razón de la instrumentalización y tecnificación del proceso de generación de una nueva vida humana.

En este sentido, nos hemos expresado en diversas oportunidades sobre la necesidad de la sanción de una ley específica que tutele la vida humana desde su primer momento de desarrollo y, consecuentemente, prohíba las técnicas de procreación artificial, estableciendo además normas penales, civiles y administrativas para tutelar los bienes jurídicos involucrados, fundamentalmente a partir de los dos grandes principios en juego: la

inviolabilidad de cada vida humana y el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida en la unión de varón y mujer. [1]

En este marco, y reafirmando que consideramos que las técnicas no pueden ser autorizadas, queremos analizar un aspecto particularmente grave de las técnicas de procreación artificial: la utilización de gametos de terceras personas extrañas al matrimonio que recurre a las técnicas. Usualmente, se denomina fecundación "heteróloga" a las técnicas que recurren a la dación [2] de gametos para obtener la fertilización. A continuación consideraremos las modalidades de esta técnica, los principios ético-jurídicos implicados, las objeciones que merece la técnica heteróloga y la respuesta desde el Derecho argentino.

MODALIDADES DE LA FECUNDACIÓN HETERÓLOGA

La fecundación heteróloga puede registrarse tanto en las técnicas intracorpóreas (sobre todo, inseminación artifi-

cial) como en las extracorpóreas (fundamentalmente fecundación *in vitro* e ICSI). La fecundación heteróloga presenta diversas variantes:

a) Dación de gametos masculinos: es la figura más usual, facilitada por la posibilidad de conservación de los espermatozoides. Se puede recurrir a un banco de semen o bien a dadores especialmente seleccionados.

b) Dación de gametos femeninos: también se la denomina "ovodonación" y presenta complicaciones mayores por la forma de extracción de los óvulos y las dificultades existentes para la conservación de los óvulos. Se inicia con Navot en 1986 y refiere Bompiani que la mayor dificultad técnica consiste en la preparación de las vías genitales femeninas a fin de generar las condiciones óptimas para la implantación. [3]

En cuanto a las estadísticas, en los Estados Unidos los informes no registran datos sobre el número de ciclos en los que se utiliza dación de esperma. En Gran Bretaña, en 2007 se hicieron 1779 ciclos

[1] Sobre nuestras propuestas para una regulación jurídica de las técnicas aplicadas a la procreación humana, ver LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, "Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida", *Revista El Derecho*, Buenos Aires (2006), t. 219, p. 858.

[2] Deliberadamente utilizamos el término "dación" de gametos y no "donación", pues en la mayoría de los casos la entrega de los gametos se hace contra una prestación dineraria, de tal manera que no resulta aplicable el término "donación" caracterizado por la gratuidad y la liberalidad de una parte hacia la otra.

[3] BOMPIANI, Adriano, *Le tecniche di fecondazione assistita: una rassegna critica*, Milán, Vita e Pensiero, 2006, p. 152.

de inseminación con espermatozoides donados, de los que nacieron 472 niños. [4] En Alemania, se afirma que 50.000 niños nacieron a través de inseminación de donante. [5] Las dificultades para llevar registro del número de ciclos con dadores de semen se vincula con la posibilidad de realizar estas técnicas por una mujer sola, de modo que a los fines estadísticos lo decisivo es la procedencia del óvulo.

Sobre la ovodonación, en los Estados Unidos en 2005 aproximadamente 16.000 ciclos de técnicas de procreación artificial utilizaron óvulos donados (un 12% del total de ciclos). Los informes constatan un aumento del recurso a la dación de ovocitos, del 8% en 1995 al 12% en 2005. [6] La utilización de la dación de óvulos es mayor en mujeres de mayor edad, por las dificultades que presentan sus óvulos para implantarse y resultar en un nacimiento vivo. [7]

Si bien en sentido estricto no configura un supuesto de fecundación heteróloga, debemos mencionar la existencia en algunos países de la maternidad subrogada o alquiler de vientres, es decir,

la posibilidad de que el embrión concebido extracorpóreamente sea gestado por una tercera mujer que se comprometa, luego del nacimiento, a entregarlo a la persona que solicitó el procedimiento de procreación artificial, que a su vez puede o no ser la dadora de los gametos. Por supuesto consideramos una grave injusticia esta maternidad subrogada, que transforma en objeto al cuerpo de la mujer y *cosifica* al niño, que termina siendo tratado como un bien de consumo sujeto a pactos económicos propios de la esclavitud. Sin embargo, mencionamos su existencia pues es una realidad que este "abuso biotecnológico" se realiza en algunos países y tiene incidencia en la temática de la fecundación heteróloga, en particular pues la maternidad generalmente queda determinada por el parto y por tanto, a los fines de establecer los vínculos filiatorios, se produce una alteración de las reglas usuales fijadas por las leyes civiles.

En síntesis, podemos esquematizar las posibles variantes de la fecundación heteróloga en un matrimonio de varón y mujer de la siguiente manera:

[4] HUMAN FERTILISATION AND EMBRIOLOGY AUTHORITY, *Latest UK Donor Insemination (DI) Figures - 2007* [en línea], disponible en: <<http://www.hfea.gov.uk/1270.html>> [consulta: 9-05-10].

[5] SCHREIBER, G., "Current Aspects of Donor Insemination", *Andrologia* 35, (2003), p. 177.

[6] LEVINE, AARON D., "Self-Regulation, Compensation, and the Ethical Recruitment of Oocyte Donors", *Hastings Center Report* 40, n. 2, (2010), pp. 25-36 [en línea], disponible en: <<http://www.thehastingscenter.org/Publications/HCR/Detail.aspx?id=4549>> [consulta: 9-05-10].

[7] U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, *Assisted Reproductive Technology. Success Rates 2006. National Summary and Fertility Clinic Reports* [en línea], disponible en: <<http://www.cdc.gov/ART/ART2006/508PDF/2006ART.pdf>> [consulta: 9-05-10].

Gametos masculinos	Gametos femeninos	Madre gestadora	Tipo de técnica
Semen de dador	Óvulo de la esposa	Esposa	Intra o extracorpórea
Semen del esposo	Óvulo de dadora	Esposa	Intra o extracorpórea
Semen de dador	Óvulo de dadora	Esposa	Intra o extracorpórea
Semen de dador	Óvulo de la esposa	Mujer subrogante	Extracorpórea
Semen del esposo	Óvulo de dadora	Mujer subrogante	Extracorpórea
Semen de dador	Óvulo de dadora	Mujer subrogante	Extracorpórea

El cuadro precedente permite advertir la variedad de situaciones posibles en orden a verificar la necesaria alteración de los presupuestos biológicos que se encuentran en la base de la paternidad, maternidad y filiación. En algunos casos, el hijo concebido no posee ningún vínculo genético-biológico con quienes contratan la técnica de procreación artificial, e incluso si se recurre a maternidad subrogada, ni siquiera el vínculo de maternidad por el parto. En este trabajo, procuramos analizar estas problemáticas para aportar al debate y a esclarecer un tema de grandes consecuencias sobre la dignidad de las personas involucradas y sobre la misma convivencia social.

PRINCIPIOS JURÍDICOS IMPLICADOS EN LA FECUNDACIÓN HETERÓLOGA

Sin perjuicio de las consideraciones biológicas sobre el hecho mismo de la

dación de gametos y sus consecuencias en el proceso de fecundación y desarrollo del embrión, la dación de gametos para fines reproductivos plantea nuevos y serios interrogantes bioético-jurídicos por la deliberada disociación entre biología y "voluntad *procreacional*".

Centralmente, la cuestión en juego es la manera en que se determinan la paternidad y la maternidad. En efecto, la pretensión de la fecundación heteróloga es que el niño nacido en el marco de la técnica de procreación artificial sea considerado "hijo" de las personas que solicitaron la realización de la técnica. Pero ello supone una alteración de los principios fundamentales en que se basa el derecho para determinar las relaciones filiatorias. [8]

En materia filiatoria, usualmente rige el principio biológico, de tal manera que la maternidad y la paternidad se deter-

[8] Entre los países que han prohibido la técnica heteróloga se destaca Italia (cf. artículo 4.3 Ley 40/2004). Para un análisis de la situación italiana ver "La Legge 40. Sei anni dopo", *I Quaderni di Scienza & Vita*, Roma, Associazione Scienza

minan, en última instancia, por el nexo biológico. En este sentido, está en juego un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas, ni siquiera se respeta la utilización de gametos de los esposos que recurren a las técnicas.

Asimismo, se encuentra en juego el derecho del niño a la identidad, que está incorporado de manera expresa en la Convención sobre los Derechos del Niño: "Artículo 8.1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 8.2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad".

En este sentido, establecer los vínculos filiatorios del niño configura una exi-

gencia de justicia, pues la identidad personal surge de un complejo entramado donde lo biológico es presupuesto que incide en los vínculos jurídicos. Por tanto, engendrar deliberadamente un niño con una paternidad o maternidad disociadas configura un avasallamiento de su identidad.

VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS TÉCNICAS HETERÓLOGAS

A la luz de los principios implicados en la consideración ético-jurídica de las técnicas heterólogas, y sin perjuicio de las consideraciones ético-jurídicas hacia la procreación artificial en general, podemos formular una valoración crítica en torno a los siguientes tópicos.

a) Ruptura de la unidad matrimonial: Sgreccia enfatiza que la primera objeción hacia la fecundación heteróloga es que el recurso a la dación de gametos afecta el principio de la unidad matrimonial y conyugal. Hay una doble infracción de la unidad del matrimonio: se infringe la unidad conyugal-generativa, y se infringe la unión en su dimensión unitiva y procreativa. [9]

& Vita, marzo 2010. También Austria prohíbe la dación de óvulos y espermatozoides en las técnicas extracorpóreas. Este punto ha sido motivo de un controvertido fallo por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos (1ra. Sección) el 1ro. de abril de 2010: "Case of S.H. and Others v. Austria" (Application nro. 57813/00).

[9] SGRECCIA, Elio, *Manuale di bioetica*, Milano, Vita e Pensiero, 4ta. ed., 2007, p. 656.

b) Disociación de los vínculos filiatorios: la más seria objeción hacia las técnicas heterólogas es la disociación de los vínculos filiatorios. El niño concebido por estas técnicas tendrá su origen biológico disociado de las personas que se presentan como sus padres. Esta disociación afecta el derecho a la identidad del niño y también contradice ese principio fundamental de la ley natural que señala el deber de respetar la originalidad propia de la transmisión de la vida humana.

Algunos pretenden justificar la fecundación heteróloga elaborando teorías sobre qué determina la "responsabilidad parental". [10] Para Bayne, existen cuatro posturas que justifican la responsabilidad parental: *gestacionalismo*, *intencionalismo*, *geneticismo* y *causalismo*. El *gestacionalismo* indica que la paternidad está basada en la gestación y en el nacimiento. Por su parte, el *intencionalismo* afirma que la responsabilidad parental surge de la "voluntad procreacional", o sea, de la intención de ser padre o madre. El *geneticismo* vincula la paternidad al origen genético de la descendencia. El *causalismo* indica que la paternidad o maternidad se adjudican a quien es la "causa" de la existencia de un niño. En todos estos casos, la paternidad y la maternidad se manipulan en función

de la decisión de las personas y ello podría ocasionar que alguien quisiera renunciar a su paternidad o maternidad sin necesidad de ningún justificativo, como quien se desentiende de sus responsabilidades.

Entendemos que la determinación de la filiación a través del nexo biológico no surge de una convención, sino que es el resultado de una sana concepción antropológica donde se reconoce a la persona en su dimensión de cuerpo y alma. Las relaciones de filiación, por tanto, no pueden quedar a merced de la voluntad de los particulares.

Para una valoración ético-jurídica de este caso, debe tenerse presente que para el Derecho Civil la filiación se sustenta en presupuestos biológicos de tal manera que la práctica de la fecundación heteróloga introduce gravísimos problemas jurídicos. En efecto, el hijo concebido por técnicas heterólogas puede iniciar acción de reclamación de la filiación contra el dador de los gametos (ya sea varón o mujer) y ello procederá en tanto se pueda establecer el vínculo biológico. A su vez, también el dador a futuro podría impugnar la paternidad o maternidad del hijo concebido por estas técnicas, acreditando que no existe el nexo biológico.

[10] WEINBERG, Rivka, "The Moral Complexity of Sperm Donation", *Bioethics*, vol. 22, n. 3, (2008), pp 166-178; BAYNE, Tim, "Gamete Donation and Parental Responsibility", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 20, n. 1, (2003), p. 77-87; FUSCALDO, Giuliana, "Genetic Ties: are they Morally Binding", *Bioethics*, vol. 20, n. 2, (2006), pp. 64-76.

c) Fecundación heteróloga y adopción: un argumento que se suele utilizar para procurar legitimar la fecundación heteróloga es el de la adopción. Se afirma que, así como en la adopción se acepta jurídicamente una disociación de la paternidad y la maternidad biológica, ello sería admisible en la fecundación heteróloga. El argumento resulta falaz, pues son distintos los presupuestos de una y otra situación. En la adopción, el problema de la disociación de la paternidad es "sobreviniente" al momento de la concepción, es decir, el niño fue concebido por los padres biológicos, pero alguna causa de fuerza mayor lo ha privado de tal tutela paterna y materna. Ante tal carencia, como dice la Convención sobre los Derechos del Niño, "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". Por eso, la adopción busca tutelar el interés superior del niño y, por tanto, el sistema jurídico promueve la facilitación de un nuevo ambiente familiar para el niño, a través de un padre y una madre adoptivos.

En cambio, en la fecundación heteróloga, la disociación entre paternidad y maternidad y filiación se produce deliberadamente antes de la concepción. Es una disociación prevenible, evitable y, por tanto, que no puede ser justificada jurídicamente. El varón y la mujer que recurren a la técnica no tienen ningún

título para exigir que se les provea un hijo y menos para determinar que tal hijo sea concebido con vínculos filiatorios disociados en lo biológico-genético.

d) Anonimato del dador: ante la disociación de la paternidad y la maternidad que significa la técnica heteróloga, algunas legislaciones pretenden solucionar el problema jurídico estableciendo el "anonimato" en la dación de gametos, de tal forma que se prohíbe toda acción de reclamación o impugnación de paternidad y el hijo no puede nunca conocer la identidad de su padre o madre biológico.

Así, en la Ley española 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida, se establece en el artículo 5 inciso 5:

"La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan. Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse

la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

En California se establece en el Código Civil: “El donante de semen entregado a un médico diplomado para su uso en inseminación artificial de una mujer distinta de la esposa del donante es tratado en la ley como si no fuera el padre natural del niño concebido de tal forma” (Cal. Civ. Code § 7005 [b]).

Es interesante advertir que en Europa el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron el 31 de marzo de 2004 la Directiva 23/2004 relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. Si bien no se interfiere en las normas de los Estados miembros sobre células germinales, se señala que “si se autoriza en un Estado miembro un uso específico de estas células, la presente Directiva exigirá la aplicación de todas las disposiciones necesarias para proteger la salud pública” (Considerando 12). En relación con la cuestión del anonimato, la Directiva exige que se garantice la “trazabilidad del donante al receptor” en lo referido a

las células germinales. Se trata de un concepto surgido de la veterinaria y la industria alimenticia, que ahora se está proyectando a la salud y que, en lo que concierne a la dación de gametos, presenta numerosos interrogantes. Las dudas que surgieron de esta directiva motivaron una nueva norma, la Directiva 17/2006 de la comisión de las Comunidades Europeas relativa a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos. Allí se establecen las pruebas biológicas a las que deberán someterse los donantes de células reproductoras.

En realidad, este anonimato soluciona sólo aparentemente el problema. Se trata de un ocultamiento de la verdad de insospechadas consecuencias para el niño, que vive en una falsedad en lo que concierne a los vínculos más constitutivos de su identidad personal. Por estas razones, sostenemos que tal anonimato claramente vulnera el derecho a la identidad del niño. Entendemos que en todos los casos se debería dar la posibilidad al niño de establecer los vínculos biológicos originarios.

Por otra parte, en un artículo publicado en *Bioethics* se estudia la evolución legislativa de los sistemas sobre anonimato y no-anonimato en relación con los dadores de gametos y se llama la atención sobre la necesidad de que junto con

el reconocimiento del derecho a conocer la identidad del dador de los gametos, se tenga derecho a conocer el origen de la propia concepción por medio de una técnica de procreación artificial heteróloga. [11] Este mismo artículo señala una tendencia legislativa a reconocer el derecho del niño a conocer su origen genético, por sobre la pretensión de anonimato.

e) Consentimiento informado y renuncia a la responsabilidad parental: algunos pretenden legitimar la fecundación heteróloga por medio del consentimiento informado. Se sostiene que las personas que recurren a la técnica deben ser debidamente informadas de las razones que justifican el recurso a la dación de gametos, las consecuencias para los hijos y para ellos mismos, riesgos, beneficios y toda otra información que refiera al tema. Si las personas brindan su consentimiento, entonces -se sostiene- legitiman la realización de las técnicas y no existiría ningún otro interés que pudiera objetarlas.

Al respecto, si bien es cierto que en la Argentina la doctrina en general sostiene que quien ha brindado su consentimiento para la realización de técnicas de procreación artificial con gametos de terceros no puede luego realizar acciones

de impugnación de la filiación, como que el dador de gametos no puede realizar acciones de reclamación de estado, también es cierto que las normas sobre filiación y que dan preeminencia al vínculo biológico son de orden público y son indisponibles, tanto para las personas en el ejercicio de la denominada "autonomía de la voluntad" como para los jueces en su función jurisdiccional. De otro modo estaríamos ante el insólito caso de un niño concebido con un régimen filiatorio "*ad-hoc*", a medida para su situación, apartándose de las normas generales del Código Civil. Un artículo publicado en la revista *Bioethics* en 2008 da cuenta de esta problemática en el caso específico de la donación de esperma. [12] Nuevamente aquí está en juego el derecho a la identidad y el respeto a la originalidad en la transmisión de la vida humana.

f) Acuerdos previos a la dación de gametos: sobre el valor de los acuerdos previos a la dación de gametos en aquellos países que los aceptan, un reciente caso en los Estados Unidos presenta otros aspectos paradójicos de la dación de esperma. Se trata de una abogada soltera, quien en 2004 solicita a un amigo homosexual de largos años que sea padre de un niño para ella a través de insemi-

[11] FRITH, Lucy, "Beneath the Rethoric: The Role of Rights in the Practice of Non-anonymous Gamete Donation", *Bioethics*, vol. 15, n. 5/6, (2001), pp. 473-484.

[12] WEINBERG, Rivka, "The Moral Complexity of Sperm Donation", op. cit.

nación artificial. El amigo, soltero, aceptó donar su esperma a la abogada, pero luego reclamó que acordó ello con la condición de que estaría involucrado en la vida del niño. La abogada cuestionó tal acuerdo. Tuvieron mellizos en mayo de 2005 y ella alegó que él no había atendido a entrevistas prenatales con ella ni le había dado asistencia emocional o financiera y por eso el día siguiente a dar a luz solicitó que se "revoque" la patria potestad. Por su parte, él sostuvo que ofreció ayuda financiera y que ella no le dio la posibilidad de visitas. [13] En Australia se discutió un caso similar. [14]

En este caso dramático, se advierte que la mujer soltera recurre a la inseminación artificial con esperma donado sin tener problemas de esterilidad o infertilidad. Además, el dador del esperma es un conocido que deliberadamente no quiere permanecer en el anonimato. Surge con evidencia un conflicto que se puede sintetizar en la pretensión de ambos progenitores de manipular la vida naciente. Además, se plantea claramente una dificultad para determinar quién es donante de esperma y qué condiciones tiene que reunir tal donante. El anonimato preten-

dido pierde aquí su valor y nos preguntamos cuál es la diferencia en este caso entre la inseminación artificial y una relación sexual consentida entre ambos a los fines filiatorios (a los fines reproductivos, el interés de la mujer fue "asegurarse" el embarazo). Todo habla de una programación de la transmisión de la vida humana, claramente abusiva, que manipula al niño y lo transforma en una cosa.

g) Vinculación entre hijos de un mismo donante: un problema adicional está dado por la posibilidad de que hijos del mismo dador se conozcan en el futuro y tengan hijos juntos, con las consiguientes probabilidades de transmisión de defectos genéticos. En Gran Bretaña, en 2010 se anunció el "Donor Sibling Link (DSL)", que permite a las personas concebidas por dadores de gametos y que sean mayores de 18 años, conocer a otras personas que son hijas del mismo dador. [15] Al respecto, la Ley española 14/2006 de reproducción médicamente asistida indica que "el número máximo autorizado de hijos nacidos en España que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante no deberá ser superior a seis" (artículo 5, inciso 7).

[13] MCDONALD, Elizabeth E., "Sperm Donor or Thwarted Father? How Written Agreement Statutes are Changing the Way Courts Resolve Legal Parentage Issues in Assisted Reproduction Cases", *Family Court Review*, vol. 47, Issue 2, (Apr. 2009), pp. 340-355.

[14] MILLS, Eithne; MCCONVILL, James, "Family Law in Australia: Re Patrick and the Matter of Child A", *International Journal of Human Rights*, vol. 8, n. 1, (spring 2004), pp. 17-44.

[15] Disponible en: <<http://www.hfea.gov.uk/donor-sibling-link.html>> [consulta: 9-05-10].

Nuevamente aquí se advierten las complicaciones que generan las técnicas heterólogas y el pretendido anonimato que altera no sólo la identidad del niño, sino las relaciones sociales que tal niño puede tener, sembrando una desconfianza en relaciones fundantes de la personalidad e identidad de una persona.

h) Dación de gametos y responsabilidad por transmisión de enfermedades: otro problema surge por la responsabilidad en la transmisión de enfermedades hereditarias. La dación de gametos se ha tornado un proceso complejo por los estudios que se deben realizar para prevenir la transmisión de defectos genéticos. En tal sentido, se verifica un intenso debate en torno a los alcances de la responsabilidad del donante, del eventual banco de gametos y de la institución y el profesional que realizan la técnica de procreación artificial en tal enfermedad. Por ello, han aumentado los estudios genéticos que se realizan a los gametos donados. [16]

El problema no es menor. En la Ley española 14/2006 se dispone:

"Los donantes deberán tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias

de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá sus características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia. Estas mismas condiciones serán aplicables a las muestras de donantes procedentes de otros países; en este caso, los responsables del centro remitidor correspondiente deberán acreditar el cumplimiento de todas aquellas condiciones y pruebas cuya determinación no se pueda practicar en las muestras enviadas a su recepción. En todo caso, los centros autorizados podrán rechazar la donación cuando las condiciones psicofísicas del donante no sean las adecuadas" (artículo 5, inciso 6).

La cuestión de la responsabilidad se vincula con las pretendidas acciones de *wrongful life* y podrían darse dramáticas situaciones en que la vida del niño concebido por técnicas heterólogas sea motivo de controversia judicial. Se introduce una suerte de "control de calidad" que evidencia cómo las técnicas configuran una manipulación indebida de los

[16] BOMPIANI, Adriano, *Le tecniche di fecondazione assistita: una rassegna critica*, op. cit., p. 152.

niños, quienes son sometidos a procesos técnicos que los *cosifican* y se rigen por una lógica de la "producción industrial".

Por otra parte, se ha señalado la responsabilidad del donante en caso que conociera una enfermedad transmisible que padece, o aun en caso que no la conociera, por el hecho de realizar una actividad riesgosa. [17]

i) **Selección del dador para fines eugenésicos:** en estrecha vinculación con el problema del "control de calidad" al que se ha aludido, un problema ético-jurídico particularmente grave se plantea en el caso que la selección del dador de los gametos esté animada por una finalidad eugenésica, es decir, que se pretendan elegir ciertas características de la descendencia eligiendo al dador.

De alguna manera, toda técnica heteróloga conlleva esta impronta eugenésica, pues siempre se utiliza algún criterio de selección de gametos, desde los más simples (edad) hasta más complejos (características genéticas). Incluso, algunos

criterios refieren a la profesión del dador, a su coeficiente intelectual, a su aspecto físico, a sus ascendientes, etc. [18]

Una versión agravada de tal selección para determinar las características del hijo está dada por la búsqueda de determinar las características del niño en función de los deseos de los padres. Dramático ha sido el caso de las dos mujeres sordas que conviven y quisieron tener una hija sorda a cuyo fin utilizaron esperma donado por un amigo especialmente elegido en razón de contar con cinco generaciones de sordos en su familia. [19]

j) **Comercialización de gametos:** por otra parte, los mecanismos de obtención de los gametos plantean no pocos problemas ético-jurídicos. En particular, crece en los Estados Unidos un "mercado" de gametos, que va acompañado de diversos dilemas éticos, como por ejemplo las consecuencias de poner un precio máximo para la dación de óvulos. En un artículo publicado en el *Hastings Center Report* en 2010 se estudia la problemática

[17] LOPEZ, Daniel Ricardo; MORTARA, Silvia L. y RICARDONE, María I. A. A., "Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades congénitas, genéticas hereditarias, derivadas de las técnicas de reproducción asistida heteróloga", *El Derecho*, t. 183, Buenos Aires, (1999), p. 1392.

[18] Ver la sistematización de criterios que realiza Aaron Levine a partir de anuncios publicados en periódicos universitarios en los Estados Unidos para la búsqueda de dadoras de óvulos: LEVINE, Aaron D., "Self-Regulation, Compensation, and the Ethical Recruitment of Oocyte Donors", op. cit.

[19] Cfr. HARVARD LAW REVIEW, "Regulating Preimplantation Genetic Diagnosis: the Pathologization Problem", *Harvard Law Review*, vol. 118, (Jun. 2005), issue 8, p. 2782.

ca y se señala la existencia de numerosas violaciones al tope de u\$s 5.000 establecido en los lineamientos de la *American Society for Reproductive Medicine*. [20] El estudio reporta la existencia de avisos en periódicos universitarios que llegaron a ofrecer u\$s 50.000 por óvulos dados con fines de fecundación heteróloga. También se señala que el precio variaba según el nivel intelectual de los estudiantes destinatarios de los avisos, e incluso en algunos casos se ponían condiciones vinculadas con la apariencia y la etnia de las potenciales dadoras.

Dos grandes problemas surgen ante esta realidad: la "*comodificación*" (*commodification*) de los gametos humanos y la explotación de la mujer.

Ante esta realidad, la Ley española (14/2006) de reproducción médicamente asistida, en el artículo 5, inc. 3, establece: "La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación y no podrá suponer incentivo económico para ésta".

Sin embargo, la lógica de la "*comodificación*" se impone por la necesaria exis-

tencia de un negocio detrás de las técnicas de procreación artificial, de tal forma que siempre existirán demandas especiales que los centros dedicados a las técnicas procurarán atender maximizando sus ganancias. Entonces, aunque por ley se pretenda excluir un incentivo económico para la mujer o el varón dador de los gametos, el centro de fertilidad podrá aumentar los costos de los tratamientos en función de la "calidad" de los gametos elegidos, máxime si está en juego su responsabilidad en la transmisión de enfermedades. El mercado naturalmente tiende a poner un "precio" a los gametos, que en definitiva son los "recursos" decisivos para la concepción del niño buscado.

Por otra parte, si se coloca un "precio máximo" a los óvulos, se produce una selección "inversa", de tal manera que el estímulo para la dación de óvulos se dirige hacia mujeres de mayor edad, quienes a su vez tendrán óvulos de "menor calidad" que los de las de menor edad. Estas últimas no resultarán incentivadas a dar sus óvulos por tal precio máximo y, por tanto, se complican las tasas de éxito de las mismas técnicas.

Otro aspecto no menor en la consideración de las técnicas es el riesgo de explotación de las personas involucradas

[20] LEVINE, Aaron D., "Self-Regulation, Compensation, and the Ethical Recruitment of Oocyte Donors", op. cit.

en el proceso de procreación artificial. En tal sentido, no sólo la mujer que dona sus óvulos puede ser explotada, sino también los mismos esposos que recurren a la técnica, especialmente si se abusa de su ansiedad por tener un hijo y se los lleva de manera inescrupulosa a proceder a tratamientos costosos y traumáticos. [21]

La dación de gametos conlleva un problema adicional por las posibilidades de "importación" y "exportación" que se pretendan realizar. Al respecto, constituye una consecuencia más de la tendencia a la *cosificación* del cuerpo y sólo claras medidas en contra de la posibilidad misma de la dación podrán impedir el surgimiento de una suerte de "comercio" internacional de gametos. Es significativo que la Directiva europea 23/2004 en el artículo 9 regule lo relativo a "importación y exportación de células y tejidos humanos". Ello sin perjuicio de aclarar que la Directiva señala que los Estados se esforzarán "por garantizar las donaciones voluntarias y no remuneradas de células y tejidos".

Toda esta manipulación y mercantilización de los gametos demuestra clara-

mente la vigencia de una mentalidad que *cosifica* al cuerpo humano, afectando seriamente la dignidad de la persona. Sólo la prohibición de las técnicas de procreación artificial, incluyendo la prohibición de las técnicas heterólogas, podrá evitar esta banalización del cuerpo, transformado en mercancía que se compra o se vende en función de una mentalidad eugenésica.

k) Dación de gametos y uniones del mismo sexo: una consideración especial merece el supuesto en que dos personas del mismo sexo persigan realizar un procedimiento de procreación artificial con la pretensión de "tener" un hijo. Al respecto, a los graves problemas propios de la procreación artificial, se suman las dificultades inherentes a la pretensión de criar y educar a un niño privándolo de la riqueza y la complementariedad del varón y la mujer. Como antecedente jurídico en la Argentina debemos recordar que un fallo judicial de noviembre de 2009 ordenó a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires cubrir un procedimiento de fecundación artificial para dos mujeres que convivían.

[21] En los Estados Unidos, se ha afirmado que las personas están dispuestas a pagar hasta u\$s 10.000 por cada ciclo de FIV que puede no producir resultado alguno, tomando hormonas que pueden generar riesgos futuros e invirtiendo significativas cantidades de tiempo, energía y dolor en una empresa que puede no prosperar (HARVARD LAW REVIEW, "Assessing the Viability of a Substantive Due Process Right to *In Vitro* Fertilization", *Harvard Law Review*, vol. 118, (2005), p. 2811).

l) Dación involuntaria: algunos cuestionan que la filiación se determine a través del vínculo biológico porque consideran que podría darse un caso de una paternidad involuntaria en caso de un robo de gametos. [22] Al respecto, tal circunstancia resultaría en una situación completamente extraordinaria, que debería ser ponderada por un juez en el caso concreto. Si el robo se hubiera realizado en un banco de gametos, entonces también habría que considerar la responsabilidad que cabe a la persona que libremente hizo el acto de dación de los gametos. Si el robo se realizara por medio de sedación y extracción quirúrgica de gametos a una persona inconsciente, habría que ver el caso concreto para determinar cómo proceder. Pero en ninguna circunstancia debemos olvidar que el hijo es una persona con derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de conocer sus relaciones de identidad fundantes.

m) Financiación por el sistema de salud: un aspecto colateral, pero igualmente importante, es el referido a la pretensión de obtener financiación de este tipo de técnicas por parte del sistema de salud, ya sea por medio de las instituciones estatales, como por las obras

sociales o empresas de medicina prepaga. Tuvimos ocasión de comentar un fallo sobre el particular [23] y excede el alcance de este trabajo este asunto y nos remitimos a lo expresado en el artículo mencionado. Puntualizamos aquí que esta pretensión no puede encuadrarse en el derecho a la salud, pues las técnicas de procreación artificial no son terapéuticas en el sentido estricto, pues no curan las causas de la infertilidad o la esterilidad. Por otra parte, en el específico caso de las técnicas heterólogas, se estarían utilizando fondos públicos para financiar formas de transmitir la vida que deliberadamente disocian la paternidad y la maternidad de los niños a ser concebidos.

LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO

En la Argentina no existe una ley específica sobre la fecundación heteróloga. Al respecto, para resolver la cuestión, y conforme a las reglas que surgen del artículo 16 del Código Civil, hay que tener presente que, en el específico tema de la dación de gametos para fines reproductivos, lo que está en juego es la relación paterno-materno-filial y, en este

[22] WEINBERG, Rivka, "The Moral Complexity of Sperm Donation", op. cit.

[23] LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, "Las técnicas de procreación artificial y su cobertura por el sistema de salud", *El Derecho*, t. 235, n. 12.372, (03/11/2009).

sentido, la cuestión se resuelve a partir de las normas de orden público del Código Civil sobre filiación.

a) La determinación de la filiación: en nuestro país, la filiación del hijo concebido por técnicas heterólogas dependerá de si se trata de un hijo matrimonial o extramatrimonial.

- **Hijo matrimonial:** si es hijo matrimonial, por aplicación del artículo 242 del Código Civil, la maternidad queda establecida por el nacimiento. En cuanto a la paternidad, se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio, y hasta los trescientos días posteriores a su disolución (art. 243).

- **Hijo extramatrimonial:** si es hijo extramatrimonial, la maternidad se determina por el parto (art. 242), mientras que la paternidad queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por sentencia en juicio de filiación (art. 247).

En virtud de estas normas, los padres que recurren a técnicas de procreación artificial heterólogas, aun cuando no se trate de sus gametos, pueden pretender

establecer la maternidad y paternidad si la madre es la que gesta y da a luz al niño y si el padre está casado con ella, o bien reconoce al niño. Sin embargo, como veremos, se trata de frágiles vínculos jurídicos que pueden sufrir impugnaciones.

b) La impugnación de la maternidad y la paternidad: el sistema del Código Civil da clara preeminencia al vínculo biológico y, por tanto, admite la impugnación de la maternidad o la paternidad.

En efecto, la maternidad puede ser impugnada en todo tiempo por el marido, sus herederos, el hijo o por todo tercero que invoque un interés legítimo (art. 262). A su vez, la paternidad puede ser impugnada por el marido o por el hijo (art. 258 y 259). Se discute doctrinariamente si es admisible la impugnación de la paternidad o de la maternidad por el esposo o la esposa que prestó consentimiento a tal procedimiento. Para Sambrizzi ello no sería admisible por la doctrina de los "propios actos". [24] Si bien ello es cierto, no menos cierto es que negar la posibilidad de impugnar la paternidad supone derogar, por simple acuerdo de particulares, las normas de orden público que regulan la filiación.

[24] SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, p. 98.

Sobre la posibilidad de que el dador de los gametos inicie acción de reclamación de paternidad, deberá tratarse de un supuesto de filiación extramatrimonial y deberá previamente impugnar la paternidad de conformidad con el artículo 263 que reconoce tal posibilidad a "los que tengan interés en hacerlo".

En síntesis, el hijo siempre podrá impugnar la paternidad o la maternidad fruto de técnicas heterólogas. A su vez, el hijo concebido por técnicas heterólogas puede iniciar acción de reclamación de la filiación contra el dador de los gametos (ya sea varón o mujer) y ello procederá en tanto se pueda establecer el vínculo biológico.

Finalmente, podría darse el caso de hermanos del hijo concebido por una técnica heteróloga que impugnen la maternidad o la paternidad a fin de evitar que tal hijo participe de derechos hereditarios y modifique su acervo.

c) Conclusiones en torno al sistema jurídico argentino: el sistema jurídico argentino es coherente en sostener el principio biológico para fundar la maternidad y la paternidad. De esta manera reafirma la primacía del derecho a la identidad del niño, consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño y que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

Quienes han sido suplantados en la fecundación por dación de gametos (ya sea el esposo, la esposa o ambos) no serán los "padres" de los hijos concebidos por las técnicas de procreación artificial, pues faltaría el nexo biológico. Es importante recordar que, aun cuando así lo pretendan los centros dedicados a estas técnicas, la dación de gametos o el alquiler de vientre realizados en nuestro país no generan vínculos jurídico-filiatorios, pues siempre serán procedentes las acciones ordenadas a determinar la real identidad biológica del concebido por las técnicas y a reestablecer sus justos vínculos de paternidad y maternidad. La realidad es que los vínculos biológicos que surgen de la pretendida "voluntad procreacional" son intrínsecamente frágiles y vulnerables, con las consiguientes inseguridades y daños para el niño y para quienes recurrieron a las técnicas.

Además debe tenerse en cuenta el artículo 953 del Código Civil, que expresamente establece: "El objeto de los actos jurídicos deben ser (...) hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto". La pretensión de concebir un hijo disociando la paternidad o la maternidad genéticas de la

"voluntad *procreacional*" resulta un hecho claramente contrario a las buenas costumbres. Está en juego la dignidad de la transmisión de la vida, que no puede quedar sometida a parámetros técnicos de control y manipulación, sino que se tiene que realizar en el marco humano pleno de la unión sexual entre varón y mujer. Por estos motivos, sostenemos que hoy en la Argentina, las técnicas de procreación artificial resultan actos contrarios a las buenas costumbres y, por tanto, nulos de nulidad absoluta por aplicación del artículo 953 citado. Ello incluye también a las técnicas heterólogas que estamos estudiando.

Ya nos hemos pronunciado en favor de una ley de prohibición de las técnicas. Pero si en el futuro en la Argentina se sancionase una ley de procreación artificial que aceptase las técnicas y estableciese el anonimato, desconociendo el vínculo biológico, tal ley no podría afectar a las personas concebidas con dación de gametos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha eventual ley. De lo contrario resultaría retroactiva y privaría a las personas de las acciones de filiación que hoy les concede el régimen filiatorio y que son concreción de la garantía constitucional que tutela la identidad (cfr. art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Resulta aplicable a la situación el artículo 3 del Código Civil, en tanto dispone: "La retroactividad establecida por la ley en nin-

gún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales".

CONCLUSIÓN

Por todas las razones expuestas, concluimos sosteniendo la necesidad de sancionar una ley específica sobre las técnicas de procreación artificial. En tal sentido, en lo referido al tema estudiado en este trabajo, entendemos que el legislador debe tutelar centralmente el bien superior del niño y, por tanto, no puede autorizar las técnicas de procreación artificial. Estas técnicas conllevan una transformación en la transmisión de la vida humana que no respeta la originalidad propia de la unión sexual entre los esposos y que la somete a criterios propios de la producción industrial. Tal prohibición, por supuesto, incluye la prohibición de las técnicas heterólogas y de toda forma de dación de gametos, como así también de los trasplantes de órganos reproductores humanos.

Una cita de la Dra. Catalina E. Arias de Ronchietto puede iluminar el cierre de este trabajo:

"La intermediación de las técnicas de fecundación asistida en la procreación humana es siempre invasora de una realidad que la excede, lo evidencian sus exigencias procedimentales disfrazadas de garantía, de mal menor. Todo en las

técnicas de fecundación extracorpórea delata su origen veterinario, ámbito al que, con ciertas reservas, debieran regresar. Pero la presión de ingentes intereses creados, las millonarias inversiones y el correlativo rédito pecuniario que rinden, rédito que incluye el eventual renombre internacional a conquistar en el contem-

poráneo tráfico de honores, son algunas de las razones de este *laissez faire, laissez passer*. El abuso medrador de la frustración mal encausada de quienes son los usuarios de las prácticas de reproducción humana extracorpórea se ha apropiado de un mercado de ambiciones y aflicciones". [25]

[25] ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E., "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes", *El Derecho*, t. 182, p. 1645.