

**Lafferriere, Jorge Nicolás**

*Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012*

Prudentia Iuris N° 74, 2012

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:

Lafferriere, J. N. (2012). Cuatro cuestiones sobre la regulación de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012 [en línea], *Prudentia Iuris*, 74. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/cuatro-cuestiones-regulacion-tecnicas-fecundacion.pdf> [Fecha de consulta:.....]

## CUATRO CUESTIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL 2012

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE\*

**Resumen:** El presente artículo analiza el tema de las técnicas de fecundación artificial en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial presentado en el Congreso Argentino en el año 2012. Considera que el proyecto sólo regula algunos efectos filiatorios y soslaya importantes cuestiones que son decisivas a la luz de la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales. En concreto, se analizan críticamente cuatro presupuestos o cuestiones previas que condicionan la regulación jurídica del tema, a saber: a) La autorización o no de las técnicas de fecundación artificial; b) La cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana; c) La autorización de la dación de gametos con fines reproductivos; d) La voluntad procreacional y la determinación de la filiación.

**Palabras clave:** Código Civil - Procreación artificial – Filiación - Persona humana.

**Abstract:** This article analyses the issue of the reproductive techniques in the proposed new Civil and Commercial Code that has been presented in the Congress of Argentina during 2012. We consider that the project only regulates the filiation effects and ignores important issues that are decisive in the light of the dignity of the human person and his fundamental rights. Specifically, we critically analyze four previous issues that affect the legal regulation of the subject, namely: a) The authorization of artificial fertilization techniques; b) The question of the beginning of the existence of the human person; c) The authorization of gamete donation for reproductive purposes; d) The procreational will and the determination of parentage.

**Key words:** Civil Code - Reproductive techniques - Filiation - Human person.

\* Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Director de la Revista *Prudentia Iuris*. Profesor Titular de Principios de Derecho Privado (UCA). Docente de Elementos de Derecho Civil (UBA). Director de Investigación Jurídica Aplicada (Derecho - UCA). Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

## 1. Introducción

La cuestión de las técnicas de fecundación artificial, que desde hace más de veinte años espera una respuesta legislativa, es, ciertamente, uno de los temas bioéticos más controversiales que enfrenta el Congreso Nacional. En este marco, el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial elevado al Senado de la Nación el 8 de junio de 2012 aborda algunas de las consecuencias jurídicas de esta problemática sin tratar el fondo del asunto.

A nuestro entender, cuatro presupuestos o cuestiones previas condicionan la forma en que se regula jurídicamente el tema de las técnicas de fecundación artificial:

- a) La autorización o no de las técnicas de fecundación artificial.
- b) La cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana.
- c) La autorización de la dación de gametos con fines reproductivos.
- d) La voluntad procreacional y la determinación de la filiación.

En el presente artículo nos proponemos considerar estos presupuestos que condicionan el debate jurídico sobre las técnicas y la forma en que el proyecto se posiciona en esta materia. Ello nos permitirá advertir algunas objeciones de fondo que nos merece el proyecto, como así también podremos aportar algunas reflexiones jurídicas sobre la consideración jurídica de estas técnicas.

## 2. En torno a la autorización o no de las técnicas de fecundación artificial

El proyecto de Código Civil da por sentada la realización en nuestro país de las técnicas de fecundación artificial y, en principio, se limita a regular sus efectos filiatorios, remitiendo en algunos casos a una ley especial. No contiene ninguna norma que autorice las técnicas. Tampoco contiene una norma que las prohíba. Creemos que es un error, tanto en la técnica legislativa como en los contenidos de fondo.

### 2.1. Aspectos de técnica legislativa

Según nuestro relevamiento, el proyecto se refiere explícitamente a las técnicas de fecundación artificial en 25 artículos, a saber:

- Artículo 19 (Sobre el comienzo de la existencia de la persona);
- Artículo 21 (Sobre persona por nacer);
- Artículo 529 (Parentesco. Concepto y terminología);
- Artículo 558 (Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos); 559 (Filiación. Certificado de nacimiento);
- Artículo 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida);

## CUATRO CUESTIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS...

- Artículo 561 (Voluntad procreacional); • Artículo 562 (Gestación por sustitución);
- Artículo 563 (Filiación post-mortem);
- Artículo 564 (Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida);
- Artículo 566 (Presunción de filiación);
- Artículo 567 (Situación especial en la separación de hecho);
- Artículo 569 (Formas de determinación);
- Artículo 570 (Principio general);
- Artículo 575 (Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida);
- Artículo 577 (Inadmisibilidad de la demanda);
- Artículo 582 (Reglas generales);
- Artículo 588 (Impugnación de la maternidad);
- Artículo 589 (Impugnación de la filiación presumida por la ley);
- Artículo 591 (Acción de negación de filiación presumida por la ley);
- Artículo 592 (Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley);
- Artículo 593 (Impugnación del reconocimiento);
- Artículo 2279 (Personas que pueden suceder);
- Artículo 2430 (Caso de adopción en derecho internacional privado);
- Artículo 2631 (Jurisdicción en derecho internacional privado);
- Artículo 2634 (Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero).

Nuestro país carece de una ley sobre fecundación artificial. Se trata de un tema que ciertamente excede al Código Civil. Entre otros, cuando se debate esta cuestión los países consideran los temas vinculados con la autorización de las técnicas, su carácter de último recurso, sus beneficiarios, qué técnicas se incluyen, el número de óvulos a fecundar, la posibilidad o no de la dación de gametos, la prohibición o no de la crioconservación, la situación de los embriones crioconservados al momento de la sanción, las normas administrativas sobre la autoridad de aplicación, las sanciones, las nuevas figuras penales, etc.

El proyecto se limita a considerar algunos efectos filiatorios y soslaya todas las otras problemáticas que son previas y que ciertamente generan profundas controversias. Aún desde la óptica de la técnica legislativa, es incorrecto que se aborden los efectos filiatorios y se delegue en una ley posterior –que no existe aún y que no se vislumbra que vaya a ser considerada en el corto plazo– toda una compleja temática que se vincula con derechos fundamentales de la persona humana.

### ***2.2. Aspectos de fondo sobre las técnicas de fecundación artificial en sí mismas***

Conviene comenzar recordando que las técnicas ordenadas a la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión natural entre varón y mujer no cons-

tituyen procedimientos médicos en sentido estricto, sino mecanismos biotecnocientíficos que merecen serias objeciones éticas y jurídicas de fondo.

Es importante aclarar que, en los hechos, hoy las técnicas ya no se limitan a situaciones de esterilidad o infertilidad y comprenden otras finalidades, que podríamos sistematizar de esta forma:

- a) Concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad.
- b) Evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo.
- c) Concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo.
- d) Concebir un hijo por pura “voluntad procreacional”, ya sea para que el hijo posea ciertas características deseadas o en atención a particulares razones de los progenitores.
- e) Concebir embriones a los fines de experimentación.

El proyecto de Código Civil 2012 regula sólo los efectos filiatorios de la fecundación artificial y lo hace de una manera contraria al derecho a la identidad de los niños, como luego veremos. Pero en lo que aquí queremos remarcar, se ignoran las objeciones de fondo éticas y jurídicas que merecen estas técnicas y que podemos resumir en cuatro puntos:

- a) Las técnicas introducen una lógica productiva en la transmisión de la vida humana. En efecto, disociando la sexualidad y la procreación, la generación de la nueva vida no es el resultado de la donación mutua de los esposos, sino de un acto técnico sometido a parámetros mensurables y a diversas formas de control. Tal lógica productiva queda evidenciada más claramente en los casos en que se admite la dación de gametos y también cuando se admite la fecundación extracorpórea.
- b) Las técnicas afectan el derecho a la vida de los niños concebidos por estas técnicas, por tres vías: a. por su eliminación deliberada; b. por las altas tasas de mortalidad que presentan las técnicas para lograr un nacimiento vivo; y c. por los riesgos intrínsecos de la crioconservación de embriones.
- c) Las técnicas afectan el derecho a la identidad de los niños, sobre todo por la aplicación de las técnicas heterólogas, como luego veremos.
- d) La técnica extracorpórea violenta el derecho a la igualdad, en la selección de los embriones que serán transferidos.

En particular, con relación a la manifestada violación del derecho a la vida, Selva Contardi ha analizado datos estadísticos oficiales correspondientes al año 2009 emanados de un informe del Ministerio de Sanidad de Italia<sup>1</sup> y constató que:

<sup>1</sup> Fuente: [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_publicazioni\\_1568\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1568_allegato.pdf).

## CUATRO CUESTIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS...

- 39.775 parejas comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI.
- Hubo 43.257 extracciones y se obtuvieron 285.042 óvulos, con un promedio de 6,6 óvulos por extracción.
- Se obtuvieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación.
- De estos, fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno.
- Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos. Solo el 3.5% de los óvulos extraídos y solo el 10% de los embriones iniciales terminaron implantándose.
- Los nacidos vivos fueron 8.043. Es decir, de los embriones totales (99.258) solo nacieron el 8.1%.
- Con respecto a la cantidad de óvulos extraídos (285.042), si solo 8043 resultaron en un nacimiento, quiere decir que la tasa de éxito por óvulo extraído es más baja aún:  $8043 / 285.042 = 0.028$ , aproximadamente un 3%.
- Sin considerar todavía que 7.337 embriones fueron crioconservados.

Por estas objeciones, entendemos que las técnicas no deben ser autorizadas por el legislador y tampoco deben ser incorporadas al Código Civil, pues ello supone legitimar estos atentados contra derechos humanos básicos. En nuestra ponencia ante la Comisión Bicameral del Congreso para la reforma del Código Civil dejamos sentada esta postura con toda claridad<sup>2</sup>.

### **3. La postura del proyecto en torno al comienzo de la existencia de la persona y la situación de los embriones no implantados**

El proyecto de Código Civil dispone en su Artículo 19 lo siguiente:

“Artículo 19.- Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

Nos hemos referido al tema en dos ocasiones junto con la Dra. Catalina E. Arias de Ronchietto<sup>3</sup>. Ahora queremos precisar algunos puntos particularmente graves en relación con el objeto de este artículo.

Como se puede apreciar la norma en análisis prevé un doble régimen para el inicio de la vida conforme la forma en que una persona haya sido gestada: si fue por

<sup>2</sup> Sobre nuestras propuestas para una regulación jurídica de las técnicas aplicadas a la procreación humana, ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida”, *El Derecho*, Tomo 219, Buenos Aires, 2006, pág. 858.

<sup>3</sup> ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. y LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La persona por nacer”, en LAFFERRIERE, Jorge Nicolás (Coordinador), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, El Derecho, 2012 y ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, “La identidad cuerpo-persona y el estatuto jurídico del embrión humano en el proyecto de Código Civil”, *El Derecho*, 30 de julio de 2012, nro. 13.047.

medio de la unión sexual de un varón y una mujer (procreación), la vida comienza desde la concepción; mientras que si fue mediante lo que el proyecto denomina “técnicas de reproducción humana asistida”, la misma tomaría como punto de partida la implantación del embrión en la mujer, es decir, un momento posterior al primero en el proceso de desarrollo de un ser humano.

En consecuencia, los embriones obtenidos mediante las técnicas referidas, al no ser considerados personas, quedarán arbitrariamente desamparados a pesar de la referencia que se hace en la última parte del Artículo 19 sobre la ley especial que se dictaría al efecto para su protección, máxime a la luz de los proyectos que sobre fecundación artificial se encuentran hoy en debate en el Congreso Nacional.

De este modo, la definición del inicio de la persona en el proyecto de Código Civil no está redactada pensando en el ser humano en sí, sino como mero recurso legitimador de prácticas que se consideran una realidad inevitable.

Creemos que así no se encara el tema con la objetividad que merece, objetividad que debiera permitir la posibilidad de considerar la realidad, en toda su complejidad, para poder tomar una decisión que sea lo más justa posible. Por el contrario, el proyecto acomoda la realidad de la persona humana a través del lenguaje, de modo que el estatus que se vaya a imponer al embrión no obstaculice determinadas prácticas biotecnocientíficas. Ello ha quedado muy claro en un artículo doctrinario que apoya al proyecto y que decididamente reconoce los intereses biotecnológicos que estuvieron detrás de la solución propuesta<sup>4</sup>.

Por nuestra parte, creemos que es un error acomodar la definición de persona a ciertos intereses previos. El Código Civil no crea la personalidad, sino que la reconoce allí donde existe como un dato proveniente de la realidad. En esa línea se ubican todos los tratados internacionales de derechos humanos que sostienen: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales” (Art. 17 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948); “Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica” (Art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1996); “Persona es todo ser humano” (Art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

Es muy grave, desde la perspectiva de fondo que anima al proyecto de Código Civil, que una noción tan central y fundamental como la de persona humana se acomode a intereses previos.

#### **4. La autorización de la dación de gametos en las técnicas de fecundación artificial**

Aun cuando se autorizaran las técnicas de fecundación artificial, la posibilidad de recurrir a la dación de gametos aumenta los problemas jurídicos y los daños por

<sup>4</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E., “El embrión no implantado. Proyecto de Código Unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”, *La Ley*, Año LXXVI, nro. 127, 10 de julio de 2012, pág. 1.

disociar los elementos que componen las relaciones de filiación, afectando el derecho a la identidad. El proyecto admite sin más la dación de gametos soslayando un importante número de problemas suscitados por esta posibilidad y que podemos presentar a continuación<sup>5</sup>:

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<sup>6</sup>.

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.

c) *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 biológicos.

El proyecto pretende imponer un anonimato casi total, con la única excepción del Artículo 564 que dispone: “Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: a. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local; B. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

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. Este anonimato parcial es inconsistente con las normas sobre derecho a la identidad que están establecidas en los tratados internacionales. Hay muchos aspectos aquí por considerar y este punto ha sido de muchas críticas durante las audiencias públicas convocadas por la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación que estudia el proyecto de Código Civil.

d) *Conflictos jurídicos con el dador de los gametos*: en otros países, el dador de los gametos suscribe un acuerdo previo con los beneficiarios, que en ocasiones ha

5 Para un análisis más de fondo nos remitimos al artículo LAFFERRIERE, J. N., “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico”, *Vida y Ética*, Revista del Instituto de Bioética de la UCA, Año 11, nro. 1, Buenos Aires, junio de 2010, págs. 133-152.

6 SGRECCIA, E., *Manuale di bioetica*, Milano, Vita e Pensiero, 4ª ed., 2007, pág. 656.

dado lugar a insólitos litigios. Por ejemplo, en un caso de Estados Unidos, una abogada soltera en 2004 solicita a un amigo que sea padre de un niño para ella a través de inseminación 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<sup>7</sup>. En Australia se discutió un caso similar<sup>8</sup>.

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 pretendido 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.

e) *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<sup>9</sup>. Al respecto, la Ley española N° 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).

El proyecto de Código Civil no contiene disposiciones sobre el punto, ni sobre impedimentos matrimoniales, ni en normas sobre parentesco.

Nuevamente aquí se advierten las complicaciones que generan las técnicas heterólogas y el pretendido anonimato que altera no solo 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.

f) *Dación de gametos y responsabilidad por transmisión de enfermedades*: otro problema surge por la responsabilidad en la transmisión de enfermedades heredita-

<sup>7</sup> MCDONALD, 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), págs. 340-355, 16p.

<sup>8</sup> MILLS, E.; MCCONVILL, J., “Family Law in Australia: Re Patrick and the Matter of Child A”, *International Journal of Human Rights*, vol. 8, n. 1 (spring 2004), págs. 17-44.

<sup>9</sup> Disponible en: <<http://www.hfea.gov.uk/donor-sibling-link.html>> [consulta: 9-5-2010].

rias. 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<sup>10</sup>.

El problema no es menor. En el proyecto, el Artículo 57 prohíbe “las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas”. De esta manera, surge como práctica posible la alteración de la constitución genética de la descendencia para prevenir enfermedades genéticas. No abundaremos aquí en todos los problemas derivados de esta redacción, que objetamos seriamente. Pero vale la mención como criterio que impondrá la problemática de la prevención de la transmisión de enfermedades si se admite la dación de gametos, con lo que la transmisión de la vida queda sometida a una suerte de “control de calidad”. Se evidencia cómo las técnicas configuran una manipulación indebida de los niños, quienes son sometidos a procesos técnicos que los *cosifican* y se rigen por una lógica de la “producción industrial”.

g) *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 de 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.<sup>11</sup>.

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<sup>12</sup>.

El proyecto de Código Civil no contiene ninguna norma sobre este punto particularmente grave.

<sup>10</sup> BOMPIANI, A., *Le tecniche di fecondazione assistita: una rassegna critica*, Milán, Vita e Pensiero, 2006, pág. 152.

<sup>11</sup> 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”, *Hastings Center Report* 40, n. 2 (2010), págs. 25-36 [en línea], disponible en: <http://www.thehastingscenter.org/Publications/HCR/Detail.aspx?id=4549>.

<sup>12</sup> Cf. “Regulating Preimplantation Genetic Diagnosis: the Pathologization Problem”, *Harvard Law Review* (Jun. 2005), vol. 118, issue 8, pág. 2782.

h) *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 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*<sup>13</sup>. *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.

En el proyecto de Código Civil se presupone la dación de gametos y el Artículo 17 establece: “Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico”. Cabría extender este texto a la dación de gametos, que entonces no podría ser remunerada. Sin embargo, la lógica de la “comodificación” se impone por la necesaria existencia 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 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 en el proceso de procreación artificial. En tal sentido, no solo 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<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> LEVINE, A. D., “Self-Regulation, Compensation, and the Ethical Recruitment of Oocyte Donors”, ob. cit.

<sup>14</sup> 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

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 solo 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 9º 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 claramente la vigencia de una mentalidad que *cosifica* al cuerpo humano y afecta seriamente la dignidad de la persona. Solo 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.

## 5. La voluntad procreacional y la determinación de la filiación

La cuestión de la dación de gametos con fines reproductivos se debe considerar junto con la cuestión de la determinación de la filiación del niño concebido con gametos dados por un tercero. Así, mientras que inicialmente se planteaba la problemática del varón y la mujer que, unidos en matrimonio, pretendían recurrir a la técnica para tener un hijo biológico propio, hoy ese escenario ha cambiado mucho y, como ya mencionamos, nos encontramos con pretensiones de utilizar las técnicas para un variado número de fines, lo que genera nuevos problemas en materia de filiación.

En efecto, bajo la impronta del “deseo reproductivo” y también por los perniciosos efectos de la Ley Nº 26.618<sup>15</sup>, en Argentina surgen nuevas pretensiones que se pueden enumerar:

- i) Un varón y una mujer. En este caso, la problemática vinculada con la identidad puede surgir por la dación de gametos masculinos o femeninos. También podría darse el caso que pretendieran alquilar un vientre.
- ii) Un varón solo, que pretende anotar el hijo como propio, sin madre, bajo la figura del alquiler de vientre.
- iii) Una mujer sola, que pretende anotar el hijo que da a luz como propio, sin padre, bajo la figura de dador anónimo de gametos. Este caso podría tener como variante que haya una dadora también anónima de gameto femenino.
- iv) Dos mujeres que pretenden anotar un hijo como propio, sin padre, bajo la figura de dador anónimo de gametos. Este caso podría tener como variantes:

---

prosperar, “Assessing the Viability of a Substantive Due Process Right to *In Vitro* Fertilization”, *Harvard Law Review* (2005), vol. 118, pág. 2811.

<sup>15</sup> Nos remitimos a nuestros artículos críticos de esta ley y a las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en octubre de 2011.

- que una de ellas sea la dadora del óvulo y la otra la gestante, o bien que una de ellas sea dadora del óvulo y la gestación se haga por alquiler de vientre.
- v) Dos varones que pretenden anotar un hijo como propio, sin madre, bajo la figura del alquiler de vientres.

Pues bien, el proyecto de Código Civil no solo admite la dación de gametos, sino que pretende legitimar todos los supuestos anteriores a través de la figura de la “voluntad procreacional”, incluyendo el alquiler de vientres, al que llama “gestación por sustitución”, y la filiación *post-mortem* (Art. 563). El único límite es el fijado en el Artículo 558, en el sentido de que “ninguna persona puede tener más de dos (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Además, el proyecto también abandona la terminología “maternidad-paternidad” en las técnicas de fecundación artificial y utiliza el genérico “filiación” y “progenitores” o “comitentes”.

Nos hemos referido a los problemas del proyecto en este punto en diversas oportunidades<sup>16</sup>. El recurso a la dación de gametos y su legitimación legal, agravada por el anonimato, supone una alteración de los principios fundamentales en que se basa el derecho para determinar las relaciones filiatorias. Aquí enfatizamos que el proyecto 2012 introduce una drástica distinción entre los niños concebidos por naturaleza y los niños concebidos por técnicas de fecundación artificial. Mientras que en el primer caso rige el principio de la verdad biológica, en el segundo caso rige la voluntad procreacional y es indiferente a los fines filiatorios quién aporta los gametos.

Como enseña Hernán Corral Talciani, el principio de la verdad biológica nace como un estándar normativo en beneficio del hijo que ha sido procreado, pero que va más allá, por cuanto se extiende al derecho del padre formal a destruir la filiación que no corresponde con la realidad biológica y al padre biológico para impugnar la paternidad formal. Este principio de la verdad biológica es valorado no solo como una expresión del principio de protección al hijo (*favor filii*), sino como una pauta normativa que interesa a toda la regulación de la filiación, con todos sus involucrados: padres e hijos<sup>17</sup>.

El proyecto claramente vulnera 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 parte 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 parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Este derecho humano presenta muy amplios alcances, según nos explica Úrsula Basset:

<sup>16</sup> LAFFERRIERE, J. N., “Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil”, *EIDial.com* - DC18C8, 6-7-2012. Ver también las publicaciones del Centro de Bioética, Persona y Familia sobre el tema y que hemos dirigido: [www.centrodebioetica.org](http://www.centrodebioetica.org).

<sup>17</sup> CORRAL TALCIANI, H., “La prioritaria verdad biológica”, en ARIAS DE RONCHIETTO, C.; BASSET, U. y LAFFERRIERE, J. N. (coordinadores), *La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy*, Buenos Aires, Educa, 2010, pág. 231.

## CUATRO CUESTIONES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS...

- a. Derecho a conocer a sus padres y en la medida de lo posible a ser cuidado por ellos (Art. 7º, CDN).
- b. Derecho al nombre (Art. 8º, CDN).
- c. Derecho a la nacionalidad (Art. 8º CDN).
- d. Derecho a no ser separado de sus padres sin conformidad de estos y sin revisión judicial (Artículo ¿??)
- e. Derecho a mantener relaciones personales con el padre del que está separado (Art. 9º, CDN), prohibiendo traslados ilícitos (Art. 11, CDN) y garantizando derecho a ubicar a los padres en caso de niños refugiados (Art. 22, CDN).
- f. Derecho a la reunión familiar (Art. 10, CDN).
- g. Respeto a las costumbres culturales y a la identidad cultural, idioma, valores y valores nacionales (Arts. 20, 29 c, CDN).
- h. Derecho a la identidad étnica, religiosa y lingüística (Art. 30, CDN).
- i. Derecho a la identidad familiar (Art. 16, CDN)<sup>18</sup>.

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Tucumán en 2011 y que constituyen el principal acontecimiento académico de esta rama del derecho, se aprobaron distintos despachos que contradicen las propuestas del proyecto<sup>19</sup>:

- “*De lege lata y de lege ferenda*: La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional” (unanimidad).
- Respecto a la fecundación heteróloga: “Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”.
- Respecto a la maternidad subrogada o alquiler de vientres: “Debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad”.
- Respecto a la “voluntad procreacional”: “La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia”.

En este sentido, establecer los vínculos filiatorios del niño configura una exigencia 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. De allí que sostengamos la necesidad de revisión de todas las normas sobre filiación del proyecto, en línea con lo afirmado sobre la inadmisibilidad de las técnicas de fecundación artificial<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> BASSET, U. C., “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, *La Ley*, 16 de noviembre de 2011, Año LXXV, nro. 219, pág. 1.

<sup>19</sup> Comisión nro. 6: Efectos de la Ley N° 26.618. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011, [http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES\\_COMISION\\_6.pdf](http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/conclusiones2011/CONCLUSIONES_COMISION_6.pdf).

<sup>20</sup> En la ponencia presentada ante la Comisión Bicameral el 30 de agosto de 2012 solicitamos la modificación del Art. 19 y la eliminación de las referencias a las técnicas en el proyecto, sin perjuicio de otros cambios referidos a la vida e identidad de la persona.

## **6. Conclusión**

Los desarrollos precedentes han pretendido demostrar la insuficiencia del proyecto de Código Civil 2012 en lo que concierne a la regulación de las técnicas de fecundación artificial. Surge claro que hay importantes cuestiones previas que deben ser debatidas y sobre las que es necesario tomar una postura antes de regular los efectos filiatorios de las técnicas.

El proyecto en este tema violenta el derecho a la vida, el derecho a la identidad y la igualdad de todas las personas ante la ley. Esperamos que se revea su redacción en este y otros puntos para que se sancione un Código Civil respetuoso de la persona humana, de su dignidad y derechos fundamentales, y de la familia como célula básica de la sociedad.