

Ponencia

Reforma del Código Civil.

LIBRO SEGUNDO

Temas: Derecho de familia. Reproducción Humana Asistida-

Autora: Dra Ethel Elsa Iris Martinazzo.-

I .- REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

El proyecto define el concepto del derecho sobre el cuerpo humano y sus partes, y sobre la inviolabilidad de la persona humana, con extraordinaria precisión, veamos dice así:

1.- ARTÍCULO 17. dice: **Derechos sobre el cuerpo humano.** *“Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales”.*

ARTÍCULO 51. dice: **Inviolabilidad de la persona humana.** *“La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.*

Sin embargo luego de conceptos tan precisos y ajustados a derechos, incurre en gravísimas contradicciones, regulando y reglamentando todos los procedimientos de reproducción humana asistida, sin efectuar distinciones entre ellos, ni establecer limitación alguna. (arts.19; 558; 560; 561; 562; 563; 564; 565, 575;).

Se analiza cada uno de ellos:

2.- ARTÍCULO 19.- dice: **Comienzo de la existencia.** *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”.*

Discriminación Legal: Evidentemente la normativa efectúa una franca discriminación entre los niños gestados biológicamente, de aquellos concebidos mediante las TRHA.

Es clara la protección que se acuerda a los niños concebidos naturalmente, en tanto se desprotege a los concebidos mediante TRHA. Los primeros adquieren el “status de persona humana” desde la concepción, en tanto los segundos, recién en el momento de la implantación en el útero materno. Quien conoce de técnicas de reproducción humana asistida, sabe que desde el momento de la fecundación in vitro, hasta el momento de la implantación en las paredes uterinas, transcurren aproximadamente 14 días, período en el que estos embriones humanos no son considerados personas y están expuestos a la experimentación humana, al descarte y a una muerte inminente.-

a) **CRITERIO Médico:** Desde el punto de vista médico la existencia de la persona humana se inicia con la fecundación, momento preciso en que el espermatozoide traspasa la membrana del óvulo y lo fecunda, aportando su carga genética de 23

pares de cromosomas maternos y 23 pares de cromosomas paternos, que al fusionarse dan lugar a una nuevo ser humano, único e irreplicable, con un genoma propio y diferente del de sus progenitores. Este hecho es así para la ciencia, tanto dentro o fuera del cuerpo materno, y así, ha sido reconocido en el orden médico internacional.-

Criterio sustentado por La Academia Nac. de Medicina Bs. Aires, -la institución de mayor prestigio médico de nuestro país- que dice: “**La formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico es así, dentro o fuera del organismo materno**”.

b) ASPECTOS JURIDICOS CONSTITUCIONALES: Sentado este criterio médico, cabe analizar la normativa en su aspecto jurídico, advirtiéndose que la discriminación contenida en la norma es contraria a principios constitucionales, y a los tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional con jerarquía constitucional por imperio del art 75 inc 22, como:

Art 16 C.N.: “todas las personas son iguales ante la ley”.;

Declaración Universal de Der. Humanos.1948: Art. 1.: Todos los seres humanos son iguales en derechos. Art 2.: Toda persona tiene derechos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, origen, nacimiento ... Art. 3: Todo individuo tiene derecho a la vida y seguridad de su persona.;

Convención Americana de Derechos Humanos: Art.1.1: prohíbe discriminación por “motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, ... nacimiento ..”; Art. 2.: ...persona es todo ser humano. Art: 4.1: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. (desde la concepción), Art. 24.: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, a igual protección de la ley.”.

Convención de Derechos Del niño Ley N° 23.849: Art. 1° para la reserva Argentina: “niño” es todo ser humano desde la “concepción” hasta los 18 años de edad. Art 2: Los Estados respetarán los derechos del niños sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, origen, étnico, nacimiento u otra condición del niño o de sus padres. Art. 6: 1. todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. Art. 6.2.: Se debe garantizar la supervivencia y desarrollo del niño. Art 7 .1.: El niño tendrá derecho al nombre, conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Art 8 .1.: Respetar, el derecho del niño a su identidad. Art. 37. Todo niño no será sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

3. **Discriminación de los embriones crioconservados:** Las TRHA, imponen fecundar varios ovocitos, (cinco o más) de los cuales solo se transferirán al útero materno dos o tres, a efectos de evitar que el procedimiento se frustre, dado que en la mayoría de los casos, el porcentaje de los fracasos es sumamente elevado. Los embriones sobrantes “llamados residuales”, permanecerán crioconservados en nitrógeno líquido a más de 160 ° bajo cero, -en algunos casos hasta 196° bajo cero- para luego ser sometidos a la experimentación humana y a su posterior eliminación, lo que implica un destino cierto y preciso de muerte segura.

Evidentemente esta discriminación legal reconoce el derecho a la vida y al desarrollo de los niños concebidos biológicamente, en detrimento de los concebidos por medios de las TRHA, lo que resulta totalmente inadmisibile.-

4.- ARTÍCULO 558. dice: **Fuentes de la filiación.** *“La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción....Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.*

ARTÍCULO 560. dice: **Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.** *“El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones...”*

“El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.

En el último apartado infine del artículo precedente, se permite la revocación del consentimiento, contemplándose dos supuestos diferentes: 1) “mientras no se haya producido la concepción”: lo que es correcto y no merece objeción; 2) “mientras no se haya producido la implantación en el útero materno”, lo que es éticamente incorrecto, por cuanto al hablar de implantación, se supone que ya existe previamente “un embrión humano” concebido, el que aún no ha sido implantado; y si el acto de revocación se produce en este preciso momento del proceso de fecundación asistida, este microscópico ser humano, estará destinado a la crioconservación, al congelamiento, a un destino incierto y a una muerte segura. Aclaremos que en todo proceso de TRHA, se distinguen tres etapas: 1: la fecundación; 2) la transferencia y 3) la implantación; y en la primera de ellas ya se gesta un nuevo embrión humano.-

Se advierte que el proyecto de código recepciona todas las forma científicas existentes de reproducción humana asistida, sin efectuar diferenciación alguna entre las consideradas éticamente lícitas, de aquellas otras severamente cuestionadas desde lo ético, filosófico, biológico, científico y jurídico.-

5.- OBJECIONES a las TRHA: No todas las TRHA, son moral y éticamente aceptables, en razón de ello se formulan estas precisiones;

Toda enfermedad supone un "**tratamiento**" **curativo, pero en el caso concreto y puntual de la esterilidad/infertilidad** estos vocablos podrían significar no solo tratamientos hormonales, sino incluir tratamientos de baja, media y alta complejidad, que van desde los simples hormonales hasta las más complejas y variadas formas fecundación in Vitro, en todas sus modalidades, (Fiv- Fivet, Gift, Prost etc.) sin que con ellas la infertilidad se cure.-

A modo ilustrativo expongo unas breves consideraciones sobre las TRHA, que deberían ser meritadas cuando se legisla sobre esta materia, dado que los métodos a utilizar encierran implicancias éticas y jurídicas que afectan a terceros (el niño en gestación).-

1. La FIV es una técnica de reproducción asistida en la que los ovocitos se fecundan con los espermatozoides en el laboratorio. Previamente la mujer debe ser sometida a la

hiperestimulación ovárica con el fin de que sus folículos produzcan varios óvulos, a efectos de que todos ellos sean fecundados, para posibilitar que si la transferencia de varios de ellos fracasa, existan otros embriones de reserva que permitan iniciar un segundo tratamiento. Los embriones así obtenidos, se transfieren al útero de la madre con la intención de iniciar un embarazo.

La FIV-Fivet constituye un proceso complejo, caro, no exento de riesgo para la mujer, de eficacia limitada, no aceptable éticamente y que puede llegar a representar un negocio que permita la explotación de los sentimientos de la mujer deseosa de tener un hijo.

Puede ser **homóloga** (los gametos: óvulo y espermatozoide proceden de los esposos) o **heteróloga** (al menos un gameto procede de donante distinto a los esposos, desconocido, anónimo que negocia por la donación de su gameto en los llamados criobank, por cierta suma de dinero.)-

Valga como ejemplo, que la ley dictada en la provincia de Buenos Aires solo autoriza la FIV- Fivet, con el uso de gametos de la misma pareja (homóloga), cosa que ni siquiera ha sido tenida en cuenta en este proyecto.-

2. La rentabilidad de la FIV-Fivet es baja y conlleva un altísimo número **de embriones sacrificados**. Los resultados varían dependiendo del centro asistencial y de la edad de la mujer. El resultado de éxito es de 1 cada 4, descendiendo el porcentaje de éxitos a un 5% aproximadamente, cuando la mujer supera los 40 años de edad. Conforme datos estadísticos se logran de 4-8 nacimientos por cada 100 embriones creados.

Evidentemente **“el sacrificio de embriones es elevadísimo en relación al éxito obtenido”**, debiendo tenerse presente que cada embrión constituye una vida humana valiosa en sí misma, e idéntica al que hubo o hubiera nacido (pues son hermanos).-

Permitir que un embrión se desarrolle y nazca, y otro embrión igual e idéntico al primero, sea condenado **a vivir en un reservorio a 160ª bajo cero, con un futuro incierto, sometido en algunos casos a la experimentación y probablemente a una muerte cercana -pues los embriones residuales son eliminados masivamente luego de pasado cierto tiempo- constituye un verdadero acto de discriminación y de genocidio**.

3. La FIV-fivet no está exenta de riesgo para la mujer donante de óvulos. Cabe destacar el “síndrome de hiperestimulación ovárica”(SHO): crecimiento ovárico excesivo tras la administración de gonadotropina coriónica humana (hCG) para conseguir los óvulos necesarios para la FIV, y la extracción de los óvulos maduros se realiza por vía laparoscópica pudiendo resultar molesto y perjudicial para la mujer.

4. Por la donación de óvulos y espermatozoides en España se realiza una “compensación económica”: que oscila entre los 40 € a los 600€. Las parejas beneficiadas que se someten a la FIV pagan entre 5.000-8.000€ (por cada intento de fecundación).

En Argentina, existen varios centros de reproducción asistida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pero pocos bancos de semen. Los más importantes son:

Cryobank y CEUSA, y en Rosario: “Consultorios de Endocrinología y Reproducción”. Todos cuentan con criterios de rigor médico en la selección de donantes, como en la conservación del material biológico (espermatozoides). A través de un cuestionario, se excluyen como donantes a varones con antecedentes familiares de enfermedades hereditarias severas, las muestras son examinadas (más de una vez) para evitar la transmisión de enfermedades infecciosas. En los tres existe buena receptividad con las parejas de lesbianas, al igual que con las mujeres solas.

Los donantes de **óvulos y espermias son anónimos, como ocurre en todos los países del mundo**. Estos gametos son testeados en los criobank, en cuanto a su calidad, fertilidad, enfermedades de transmisión sexual y demás requisitos. Posteriormente las prácticas reiteradas demuestran que algunos de ellos arrojan resultados más exitosos que otros; esta circunstancia hace que se sugiera a la pareja, el uso del mismo gameto, (el más fértil y exitoso). De este modo varias parejas eligen el mismo e idéntico gameto, engendrándose niños que son hermanos, pero que sus padres legales lo desconocen (como ya ha ocurrido en diferentes países del mundo).

Hace muy poco tiempo se condenó en EEUU a un médico que resultó ser el padre de múltiples niños concebidos por FIV.

5. El negocio de la FIV: publicado en “Diario Médico” (21-6-2007) donde se transcriben las declaraciones de Robert Winston (profesor de Obstetricia y Ginecología y experto británico sobre fertilidad) quien condena a la industria de la FIV-fivet, atento que según su criterio, **la practica ha sido corrompida por el dinero y muchos médicos explotan a las mujeres desesperadas por obtener un embarazo**.

6. Con idéntico criterio la publicación “ABC” (7-1-2007), en EEUU (en el Abraham Center of Life, de San Antonio, Texas) afirma que se pueden conseguir **“embriones a la carta”** por 10.000 U\$. La pareja estéril acude al banco de embriones, pide el **“catálogo”** y elige el embrión deseado según las características de los donantes de óvulos y espermatozoides. También ofrecen madres de alquiler para el caso de que la futura madre no desee llevar adelante un embarazo. ¡Más facilidades, imposible!...como si el embrión (un ser humano con toda la dignidad de la persona) fuera una mercancía cualquiera, o un objeto de comercio.

7. La FIV no es éticamente aceptable. El Prof. R. Lucas realizó un juicio ético sobre la fecundación artificial articulado en tres puntos:

A. El respeto del embrión humano, desaparece en la FIV, porque el embrión es **“cosificado”**, sin tenerse en cuenta su dignidad de persona

B. La naturaleza de la sexualidad humana y del acto conyugal: La FIV es profundamente inmoral porque divide el acto sexual conyugal, la dimensión unitiva y la procreativa. La inmoralidad no se debe a una prescripción “religiosa”, sino al hecho objetivo de que dicha escisión contradice una antropología integral.

C. La unidad de la familia. En la FIV las relaciones paterno-filiales se trastocan. El caso extremo para un niño-probeta puede ser tener tres madres (biológica, portadora y legal) y dos padres (biológico y legal).

No se debe permitir que los seres humanos (y el embrión lo es) sean tratados como si fueran **“cosas”** que se pueden producir, manipular o comercializar. Las personas no deben ser producidas en los laboratorios, sino procreadas mediante la unión interpersonal de los esposos. El fin nunca puede justificar los medios.

Este tipo de prácticas hace retroceder a la Humanidad, pues nos conduce a la época de la esclavitud, en que los esclavos (personas humanas idénticas e iguales a los demás) eran vendidos como cosas u objetos de mercancía.-

8. Otros aspectos negativos de la FIV:

A. Con la FIV puede ocurrir que hermanos biológicos se conviertan posteriormente en progenitores de un mismo hijo, con el riesgo de las enfermedades hereditarias que ello conlleva.

B. Ser una “persona probeta” entraña riesgos psíquicos y de “incesto biológico” (relación carnal entre parientes).

C. La implantación de varios embriones (para “asegurar” el hijo) produce tasas altas de embarazos múltiples y partos prematuros, con repercusiones negativas sobre la descendencia

D. La FIV pone en riesgo la ecología humana y social puesto que hermanos biológicos pueden llegar a contraer matrimonio (en Australia 30 mujeres de una pequeña ciudad han tenido hijos del mismo padre biológico (semanario Alfa y Omega 20-11-2008).

E. El deseo de alguien por tener un hijo no puede prevalecer sobre el derecho fundamental a saber quién es su padre o madre biológicos, que se conculca con los nacimientos de FIV heteróloga.

F. No se debe aplicar a las células reproductoras humanas el mismo tratamiento jurídico y moral que damos a un órgano donado para un trasplante, porque los gametos por su características reproductivas dan lugar a una nueva vida, única y distinta de la de los progenitores.

9. El **“derecho” al hijo frente a los “derechos del hijo”**:

No existe el “derecho” a tener un hijo, por sobre los derechos que la ley reconoce a los propios hijos. El hijo, por el contrario, por su dignidad de persona desde el momento de la concepción, tiene el derecho a ser tratado con la máxima dignidad y no como si fuera “algo” o una “cosa” que se puede producirse “en serie”, manipular o comercializar. Las personas no deben ser producidas en los laboratorios, sino procreadas en el contexto de la unión interpersonal de los esposos. Conviene subrayar que el hijo es un don, no un derecho, ni un producto.

10.- La reproducción asistida conlleva abusos variados contra el nuevo ser humano gestado -aunque en tamaño microscópico-. Admite la selección de embriones y permite se desechen aquellos que no se ajusten a la voluntad de los padres: ej: si no desean una niña se eliminan los embriones con este determinado sexo. También permite que aquellos embriones que se consideran inviables sean eliminados, o bien, en el caso de embriones supernumerarios que han respondido exitosamente a la implantación, se

eliminen (aborten) dos o tres de ellos a efectos de impedir el nacimiento de múltiples niños. Evidentemente estas prácticas admiten cualquier tipo de abuso contra la vida naciente, lo que afecta la dignidad intrínseca de la persona humana en gestación.

11.- Hoy son múltiples los experimentos en humanos que se practican en los laboratorios, detrás de ello están verdaderos emporios multinacionales que sostienen y financian económicamente estos proyectos. Quizás el más conocido popularmente sea la clonación, sin embargo, desde la posibilidad de concebir un niño en una probeta, se ha desarrollado una verdadera ingeniería genética, que ha llegado a permitir la creación a partir de un solo óvulo -sin espermatozoide- de una mujer asexuada (sin sexo), lo que permitiría que a través de la “**partenogénesis**” fueran creadas múltiples mujeres para someterlas a determinados tipos de trabajo, a sabiendas que nunca podrían ser reproductoras de vida humana, ni desarrollar una vida normal. Serían simples “objetos o cosas humanas” creadas y destinadas al fin del creador.-

Algo similar ocurre con la “**ectogénesis**”, que persigue la creación de un útero artificial, que de resultar exitoso, haría innecesario que un bebe probeta requiera de la implantación en el vientre materno. Afortunadamente hasta el día de la fecha “la panza de mama”, cuna por excelencia de la vida humana, no ha podido ser sustituida.

12. **El encarnizamiento procreativo**: varios y renombrados científicos han analizado los efectos perniciosos de la FIV, no solo desde el procedimiento, sino sobre los efectos psíquicos, “stressantes” y manipuladores padecidos por los ansiosos progenitores.

El Dr. Luis M. Pastor García (Profesor Titular de Biología Celular. Facultad de Medicina de Murcia. Coordinador del Máster Universitario en Bioética de la Universidad de Murcia y vicepresidente de la Asociación Española de Bioética y Ética Médica.) ha sostenido:

“Tenemos el problema derivado de un uso espúreo del diagnóstico prenatal, donde la presencia de una enfermedad se puede convertir en una sentencia de muerte para el *nasciturus*. Otra cuestión que se ha debatido mucho es la posible patente de genes del cuerpo humano para poder utilizarlos después con intereses comerciales. Por último, está el uso del diagnóstico genético -dentro de la fecundación «*in vitro*» y transferencia de embriones (FIVET)- en los embriones para seleccionar y transferir los sanos, siendo considerados los enfermos como mera **chatarra biológica**.”

“Existe en la actualidad un debate ético sobre diversos aspectos ligados al funcionamiento de la técnica: efectividad, alto coste económico, incremento de embarazos ectópicos y múltiples, el número de embriones concebidos excede enormemente el de los que llegan a nacer: “Estamos ante una gran pérdida embrionaria: por cada 100 embriones creados, se logran en torno a 4 nacimientos, dando lugar **a un encarnizamiento procreativo**. Se ha pasado de la reproducción a la ‘tecnofecundación’...”

“La escasa efectividad supone en ocasiones someter a una pareja a una situación de stress importante. Estamos ante técnicas de muy bajos resultados y altos costes que se muestran irreconciliables con los **mínimos éticos exigidos a un adelanto científico que pretende ser terapéutico y resulta manipulador de las expectativas de las parejas estériles**. De hecho, esta situación ha sido calificada por algunos

autores como de **encarnizamiento procreativo**, ubicándola en el mismo nivel de negatividad ética que el encarnizamiento terapéutico.”

“En primer lugar, la pérdida voluntariamente querida de embriones humanos, que son sacrificados o sometidos a condiciones de alto riesgo para que alguno de ellos nazca. También la necesidad para optimizar la técnica, de investigar con ellos, como si se tratara de cobayas. Estos hechos están llevando a que el embrión humano en sus primeras fases de desarrollo este desprotegido en su derecho más básico, como es el de la vida y sea sometido a **diversas prácticas, que tienen en común, el considerar al embrión como una cosa. Se le congela, se le selecciona según su calidad biológica o genética, o se realiza con ellos experimentos.** Para ello solo cabe una solución: usar como material biológico los embriones huérfanos o donados.”

“En síntesis, estamos ante una tecnología -que en sus aplicaciones humanas- **es perversa, porque la devaluación del principio ético «no matarás al inocente» se hace realidad de forma cotidiana y se realiza sobre los más débiles de los seres humanos.** La ilicitud de la FIVET, es evidente, porque la concepción de un ser humano no emerge de una donación interpersonal de tipo amoroso-sexual, sino de un acto planificado, programado y actualizado por la pericia de unos técnicos fecundadores. Esto es similar a una producción tecnológica en donde el objeto es prefabricado. El resultado está bajo el dominio de la ciencia tanto en su versión básica, como aplicada, y el producto además tiene **un precio. Esto conlleva la cosificación del hijo y que éste acabe siendo una mercancía a la que se pone precio y de la cual, uno se siente propietario.** Como consecuencia de todo esto es entendible -pero no justificable éticamente- la idea de considerar al hijo como un derecho (derecho al hijo deseado), postura que se sitúa en la línea de la más rancia esclavitud, desdibujándose la idea de libertad por la que un ser humano sólo puede ser anhelado o querido pero nunca determinado a existir”.

“Además de esto, las últimas técnicas de FIVET, como la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) ha puesto de manifiesto hasta qué punto puede ser alterado el modo de ser concebido un ser humano ya que, si con la FIVET tradicional se «respetaba», al menos, el fenómeno mismo de la fecundación (la selección natural del espermatozoide por las barreras biológicas del ovocito, la propia penetración de éste y la subsiguiente singamia), la ICSI rompe drásticamente con todo esto (el espermatozoide es «elegido» por el operador, la ruptura de las barreras es artificial y el mecanismo de activación del ovocito que culminará con la singamia también es alterado). Esta técnica es, pues, mucho más invasiva y además de romper el conjunto amoroso-procreativo que significa la concepción de un nuevo ser, como lo hacen la mayoría de las TRHA, invade la única parte biológica que las demás aún respetaban: la fecundación. Se termina, pues, de mecanizar todo el proceso. Estamos ante un nuevo hecho reproductivo que podríamos llamar **tecno-fecundación.**”

“Como consecuencia de ello el embrión es radicalmente cosificado y convertido en un mero objeto de producción. Urge pues como mínimo, abolir determinadas leyes, o al menos limitar sus efectos y buscar alternativas terapéuticas válidas a la esterilidad, compatibles con la dignidad de la procreación humana. Todo un reto para los científicos que tienen con responsabilidad que encarar armónicamente en sus vidas la

ciencia y la ética. (Entrevista realizada el 29 de Mayo de 1998 por el director de la revista, *Dr. Pablo Arango Restrepo*).

Con criterio similar se expidió el director del Centro de Investigación y Estudios Bioéticos de la Universidad Internacional de Cataluña; Albert Balaguer quien subrayó “que la FIV plantea problemas éticos, como la acumulación de embriones congelados, la eugenesia embrionaria y la experimentación con embriones. Las técnicas que se idearon para crear vida se han vuelto como un bumerán contra el propio embrión humano. Para que nazcan cuatro niños, mueren más de 90.”

El profesor de ginecología Jacques Lansac, en un artículo publicado en *Le Monde* (19-I-94), reflexiona sobre el peligro que supone utilizar las técnicas de procreación artificial para responder a los deseos de los pacientes. Es lo que ocurre en los países anglosajones y en Italia. **¿Es ético proponer a una mujer modesta que venda sus ovocitos a una rica inglesa menopáusica? ¿Es ético que los médicos acepten participar en eso y sometan a un tratamiento gravoso, no desprovisto de riesgo, a una mujer que está bien de salud para satisfacer una demanda que no tiene nada que ver con la solidaridad entre sanos y enfermos? ¿No se corre el riesgo de crear un mercado de gametos con una explotación de los más pobres?...**

13.- Los costos de la FIV y las Políticas públicas:

Por aplicación del principio bioético de Justicia distributiva, corresponde se tengan en cuenta los elevadísimos costos de los procedimientos de FIV. En toda política pública y con mayor razón en cuanto este comprometida la salud pública, deben analizarse las prioridades emergentes que demanda el servicio de salud, siempre orientadas hacia “**el bien general**”, frente a los intereses de los particulares. El valor estimativo del procedimiento in Vitro asciende a \$30.000, tratamiento que generalmente fracasa y obliga a un segundo y tercer intento.

Estos procedimientos representan una verdadera inversión en un solo paciente, para satisfacer sus necesidades y ansias individuales.

Debe tenerse presente que la carencia de un hijo, no constituye un caso extremo, donde la integridad física o la vida se encuentren en juego, -como en los casos de trasplantes urgentes- cuyos valores oscilan en los \$100.000. La inversión en estos últimos está plenamente justificada por el riesgo del valor en juego -la vida- insustituible e irremplazable, y reconocida como bien supremo.-

Los recursos y las disponibilidades de los mismos deben fijarse en virtud del principio de justicia, atendiendo las prioridades básicas de una comunidad, como la desnutrición infantil, la asistencia de los ancianos carenciados etc.

6.- ARTÍCULO 561. dice: **Voluntad procreacional.** “*Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.*”

ARTÍCULO 575. dice: **Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida.** *“En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el **proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena**”.*

Conforme a las normativas que anteceden prevalece la voluntad procreacional de los comitentes (contratantes), por sobre el hecho médico biológico de la gestación de la vida humana. La voluntad de las partes, carece de entidad para desvirtuar un hecho natural y científico como es la concepción de una nueva vida humana. Los niños gestados con los procedimientos TRHA heterólogas, donde resulta imprescindible la donación de gametos de terceros, serán hijos biológicos de uno de los esposos y del donante del gameto, **este es un hecho científico indestructible por la sola voluntad de los contratantes, dado que los cromosomas son aportados por estos, y la carga genética propia del nuevo ser humano deriva de ellos.**-

El derecho no puede, ni debe amparar la falsedad del origen de una persona, ello lesiona gravemente **el derecho de identidad de los niños** (protegido por la Convención de los Der. del Niño), tampoco puede el derecho admitir **el fraude** a la realidad biológica.

Argentina ha vivido la triste historia de los niños con identidad “usurpada” durante el proceso militar, quienes luego de transcurridos más de treinta años continúan buscando sus orígenes biológicos y su verdadera identidad, incurriremos en un error similar al negar la identidad biológica?

Es un acto ilícito de extrema gravedad privar a un ser humano de su derecho a la identidad, de saber quién es y cuáles han sido sus orígenes, ello afecta directamente el desarrollo de su personalidad y le impide afianzarse como ser humano en sus proyectos de vida. Ninguna ley por más solidaridad que fuere, ni ningún derecho a la maternidad pueden avalar una identidad “falsa”.-

II .- Gestación por sustitución

ARTÍCULO 562: dice: **Gestación por sustitución.** *“El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.”*

“La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial”.

La gestación por sustitución o maternidad subrogada o de alquiler, es un procedimiento por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres. Generalmente está motivada en la infertilidad de la mujer, la enfermedad, o la edad, o bien en la imposibilidad biológica de la paternidad/maternidad existente en las parejas homosexuales.-

A) La técnica de la maternidad subrogada puede tener diversas modalidades:

1.- La pareja comitente, que contrata puede aportar todo el «material genético» — óvulo y espermatozoide— y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

2.- La madre sustituta aporta su óvulo, el que es fecundado por persona ajena a su pareja; y además alquila su vientre, en este caso será madre “biológica” del niño.

3.- La madre gestante aporta el «material genético», el cual podrá ser inseminado con el espermatozoide del sujeto o de uno de los miembros de la pareja que contrata o de un tercero.

4.- El material genético es aportado por individuos ajenos a la persona o pareja contratante y la madre portadora sólo cede su útero, en este caso el niño será hijos biológico de los aportantes de los gametos, pero no de la pareja contratante.

B) CONFLICTOS QUE PLANTEA: La maternidad subrogada o “madres de alquiler” plantea una gran diversidad de cuestiones tanto éticas, biológicas, genéticas, jurídicas e, incluso, religiosas, por lo que tiene muchos detractores —pe., gran parte de la doctrina civilista— y muchos defensores —pe., los especialistas en fertilidad agrupados en la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE).

Son muy variados los interrogantes que surgen de esta práctica, como: **¿es el derecho a la paternidad —biológica o no—, como expresión del libre desarrollo de la personalidad, un derecho fundamental? ¿se atentaría contra la dignidad de las personas concebidas como derecho fundamental? Afecta en particular, la dignidad de la madre gestante y la del hijo así nacido?; ¿puede ser objeto lícito de un contrato la gestación de un ser humano?; ¿qué sucedería en caso de incumplimiento del convenio de gestación por sustitución, bien por la mujer gestante, bien por la otra parte contratante? ¿el fin justifica cualquier medio?**

La norma proyectada habla de gestación por sustitución, disfrazando lo que mundialmente se conoce como **“alquiler de vientre”**. Pretende atribuirle un carácter altruista, gratuito y bondadoso, el que solo puede darse cuando se trata de familiares muy cercanos que están dispuestos a sobrellevar un embarazo para beneficiar a sus consanguíneos, pues en los casos restantes constatados en la práctica internacional, se ha demostrado la existencia de un negocio comercial.

El artículo 562, sostiene que al momento de homologar judicialmente el acuerdo de “gestación por sustitución”, se deberá acreditar que “la gestante no ha recibido retribución” (inciso f).

El proyecto no determina los medios de pruebas idóneos para acreditar la gratuidad de la madre sustituta, es más es casi imposible acreditar esta circunstancia, por las siguientes razones:

1. En el proyecto no se prohíbe que el “centro de salud” cobre por realizar estas prácticas, **y es de seguro que en el precio del tratamiento estará comprendido el valor económico correspondiente a la prestación de la madre sustituta**, que en la mayoría de los casos es aportada por el mismo centro.-

2. El centro de salud cobra, los donantes de gametos cobran, los médicos cobran sus honorarios profesionales y conforme a nuestro proyecto la madre sustituta sería la única persona con una generosidad altruista de sobrellevar un embarazo en forma totalmente gratuita. El costo de estos procedimientos es elevadísimo, no solo hay honorarios profesionales, sino estudios médicos para constatar la salud de la mujer gestante, controles periódicos, costos derivados de los procesos de selección de la gestante, y hasta la contratación de un seguro por si fracasa la gestación, a más de los altos costos de las TRHA.

3. Periodísticos nacionales, han informado que los costos en el exterior oscilaban entre u\$s 90.000 en Miami y u\$s 130.000 en California (La Nación, 20 de agosto de 2011).

4. En este contexto, la mujer gestante sería la única que realizaría un servicio verdaderamente altruista, sin percibir pago alguno y con ello se consumiría una nueva forma de explotación de su cuerpo.

5. LA MADRE sustituta en varias legislaciones internacionales, cobra elevadas sumas por este servicio, firma contratos donde se estipulan cláusulas leoninas y abusivas para ella, por cuanto la obligan a desarrollar una determinada vida, prohibiéndosele el uso de alcohol, cigarrillos, drogas, mantener relaciones sexuales durante los primeros meses; debe someterse a los exámenes médicos prenatales, a estudios para determinar la viabilidad del embrión y enfermedades genéticas y en estos casos, debe aceptar el aborto si fuere necesario. También debe aceptar el aborto en el caso de embarazos múltiples, pero resulta extremadamente gravoso que en el supuesto caso de padecer algún accidente que haga peligrar su vida, los médicos deberán tratar de mantenerla con vida hasta que el feto sea viable, siendo prioritario salvar la vida del bebé a expensas de la vida de la madre. Este procedimiento hace muy pocos días, se cobro la vida de una joven Hindú dejando tres hijos huérfanos.

Para conocer algunas de las cláusulas de estos contratos basta consultar la página web de una de las clínicas de la India que ofrecen estos servicios: (**http://www.pulse-hospital.com/images/pdf/Surrogacy_Agreement.pdf**) entidad donde nacen aproximadamente 25.000 niños por año por esta técnica biotecnocientífica.

***La** mujer gestante y su marido se comprometen a someterse a los exámenes físicos y psicológicos solicitados por el médico tratante, o por los comitentes (madre y padre genético); renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Estas pruebas podrán realizarse desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego del nacimiento del niño. Se incluye también las relativas a determinar la filiación genética (ADN). Se otorga el derecho a los padres genéticos de asistir a cada visita médica, y estar presente en el momento del alumbramiento.

***La** madre subrogante se compromete a no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo.

*Debe cumplir todas las indicaciones impuestas por el médico tratante realizando estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, y ecografías frecuentes, se incluyen procedimientos médicos invasivos destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto, pruebas genéticas. Las instrucciones médicas pueden incluir reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos.

*También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida absteniéndose de practicar deportes o actividades cuando lo recomiende el médico, realizar viajes al exterior sin previo aviso a los padres genéticos, **aplicar tinte de cabello, consumir productos que contengan cafeína, realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes, ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales, permanecer próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles, abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, etc.**

*La mujer gestante **deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos, en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de la implantación de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre amenazada.** La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella.

*En caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos -realizados durante un año- para poner fin al contrato. Llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres genéticos, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de todo contacto con los padres genético. El contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los padres genéticos en caso de muerte de la mujer subrogante.

***En caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos -y si los hubiere ya recibido, deberá reembolsarlos-; se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido los padres genéticos incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones.**

*La descripción del contenido de los contratos de “alquiler de vientre” denota la **situación de explotación y vigilancia** a la que se somete la mujer gestante, quien por una motivación económica acepta ser parte en un procedimiento en el cual se **restringe gravemente sus derechos personalísimos tales como su intimidad, libertad, afectividad.**

6. Todo esto constituye una forma de explotación de la mujer, que verá todo su embarazo monitoreado por un centro médico y por **uno o dos “comitentes” (así se llama a los que encargan la “sustitución”). Cabe preguntarse si ella podrá viajar,**

o emprender actividades riesgosas, o bien qué sucede si la mujer fuma o toma alcohol.

7. Llamativamente el proyecto elimina los actuales artículo 67, 68 y 78 del Código Civil de Vélez Sarsfield, los que regulan lo que se conoce como “postergación de controversias” y establecen que no se puedan generar litigios sobre el hecho del embarazo ni se puedan tomar medidas civiles sobre la mujer embarazada y su hijo. Bajo el anteproyecto, la mujer embarazada sometida a “gestación por sustitución” podría sufrir todo tipo de **hostigamientos para comprobar la buena marcha de ese proceso.**

8. Nótese que conforme a la redacción del inciso “f” se afirma el deber de acreditar al momento de la homologación judicial, **que la “mujer” “no ha recibido retribución”, pero nada dice si la paga se efectúa con posterioridad al parto, o en algún otro momento posterior a la homologación, por cuanto no lo prohíbe.-**

9. Tampoco aclara el proyecto, ¿A cuántos intentos o “ciclos” de fecundación in vitro y transferencia embrionaria se compromete la mujer? ¿Qué sucede si los embriones no se “implantan” en el primer intento o si pierde el embarazo?

10. En lo laboral, la mujer gestadora gozará de la licencia por maternidad, dado que tiene obligación de entregar el bebé recién nacido.

11. Conforme al régimen de adopción se prohíbe dar un bebé recién nacido, estableciendo un plazo mínimo de 45 días desde el nacimiento (cfr. artículo 607), mientras que en la gestación por sustitución la entrega debe ser inmediata. El niño ni siquiera podrá ser amamantado en sus primeros días.

12. Si la mujer gestante es casada, **¿necesita autorización de su cónyuge?**

13. **¿Quién ejerce la representación del niño por nacer durante el tiempo del embarazo (cfr. artículo 101 inciso a)? En caso de muerte del niño por nacer o lesiones, ¿quién está legitimado a demandar? ¿La gestante, los comitentes, el centro de salud?**

Entiendo que la **“gestación por sustitución”, es éticamente ilícita, constituye una grave ofensa a la dignidad del hijo, sometido a un inadmisibles contrato “cosificador” que se asemeja a la trata de personas, y también de la mujer, que negocia con su vientre y con su cuerpo, como si fuere una mercancía de comercio, una incubadora humana. También este tipo de contrato permite el aprovechamiento de las mujeres más pobres y necesitadas, en detrimentos de los más ricos.-**

Hay que partir de la idea esencial de que el Derecho está sujeto a ciertas limitaciones inherentes a la naturaleza de las cosas; restricciones algunas que derivan directamente del llamado Derecho natural y biológico, por ello se «excluye el arbitrio humano». No todo lo que desee el ser humano en forma particular debe ser satisfecho por el derecho, pues su finalidad es servir al desarrollo del bienestar humano, contemplando las necesidades vitales de toda la sociedad en detrimento del interés

particular. Las leyes son generales y los casos particulares constituyen las excepciones a la norma.

C) DERECHO COMPARADO: Estados Unidos: Se estima que en los Estados Unidos el pago a una madre de alquiler es de aprox. 40.000 **euros**, frente a los 10.000 de España o los 4.500 en la India. Tuvo repercusión pública el caso "Baby M", en el que la madre biológica de Melissa Stern ("Baby M"), nacida en 1986, rehusó ceder la custodia de Melissa a la pareja con la que había hecho un contrato. El tribunal de **Nueva Jersey** otorgó la custodia a los padres biológicos. Pero la idea ha ganado aceptación y en la actualidad en ocho estados de los Estados Unidos hay leyes que permiten los contratos de gestación.

En **España, Francia, Holanda, Italia**, existe el concepto legal de que la mujer que da a luz un niño es su madre legal, y los contratos de gestación están prohibidos. Otros países como Canadá prohíben la forma "comercial", pero admiten la "altruista", y otros permiten ambas: Bélgica, Georgia, Ucrania.

INDIA: La maternidad de alquiler es barata y las leyes son flexibles, contándose con el amparo de la Corte Suprema que en el caso Manji (criatura japonesa) sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en la India, convirtiéndose en una industria.

Ucrania: La maternidad subrogada, incluso la comercial, es plenamente legal en el nuevo Código de Familia de Ucrania (art. 123, punto 2) dispone que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, precisamente los cónyuges serán los padres del niño. El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas. El aspecto médico de esta cuestión viene regulado por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania N° 771, de 23.12.2008.

Después del nacimiento la pareja obtiene el certificado ucraniano de nacimiento, en el cual los dos constan como padre y madre. Carece de importancia que la relación genética sea "incompleta" (con el nacido) en los casos de donación de gametos.-

Rusia: La maternidad subrogada, incluso la comercial, es legal y es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que desean ser padres. La inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia (artículos 51 y 52) y la Ley de Actos del Estado Civil (artículo 16). La madre de alquiler tiene que dar su consentimiento para que sea registrado el nacido. El nombre de la madre de alquiler nunca consta en el certificado de nacimiento. No es obligatorio que el niño tenga el vínculo genético con por lo menos uno de sus padres comitentes.

La legislación liberal ha convertido a Rusia en un destino atractivo para los "turistas reproductivos" que viajan al extranjero en busca de las técnicas no disponibles en sus respectivos países. Dentro de los tres días siguientes al parto la pareja comitente obtiene el certificado ruso de nacimiento, en el cual los dos constan como padre y

madre. En caso de que han recurrido a una donación, no tiene importancia alguna la relación genética “incompleta” con el nacido.

Pero con la globalización no hace falta recurrir a Rusia, Ucrania o la India, basta buscar en Internet las mujeres que se ofrecen para gestar hijos a cambio de dinero.

Italia: el convenio de gestación por sustitución **es nulo de pleno derecho** en cualquiera de sus modalidades, penándose, a quien, de cualquier modo, realiza, organiza o publicita la maternidad subrogada. La nulidad de este contrato de maternidad subrogada implica que **la filiación se determinará por el parto, de modo que, a efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre.**

FRANCIA: se prohíbe la gestación por sustitución. El art. 16, 7.º del Code, en su redacción establecida por la Ley 1994-653, dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por aplicación del art. 16, 9.º del mismo Código, que tal nulidad es de orden público.

España: merece un análisis más profundo por cuanto la cuestión es más compleja. La ley española N° 35 que regula las TRHA, ha sufrido varias modificaciones posteriores y la gestación por sustitución contemplada en el art. 10 de la Ley 14/2006, ha sido prohibida, indicando que: «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». En definitiva, no se permite la maternidad subrogada de manera que la madre gestante será siempre la madre biológica —en base al antiguo axioma romano *mater semper certa est*— y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo, sin que pueda manifestar la identidad del otro progenitor. Dada su ilicitud, de realizarse el convenio en España, la mujer gestante no asumiría ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento, aunque se le hubieran entregado determinadas cantidades por razón de la gestación.

El contrato de gestación por sustitución sería nulo por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo «ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral» (art. 1275 CC). También por razón del objeto, pues la capacidad de gestar es indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo una “*res extra commercium*” (art. 1271 CC), o por contradecir las buenas costumbres, la moral y el orden público (art. 1255 CC). Además, porque las normas reguladoras de la filiación y del estado civil de las personas son imperativas y de orden público, por lo que son indisponibles. Finalmente, este tipo de convenio sería incompatible con la dignidad humana de la madre (art. 10.1 CE) —y con la del hijo, que se convertiría en objeto de un contrato—, vulnerándose sus fundamentales derechos constitucionales.

En razón de la prohibición legal de la gestación por sustitución, las parejas españolas recurren a otros países que las autorizan y luego pretenden inscribirlo en el Registro Civil español como hijos propios, debiendo en este supuesto el encargado del

registro examinar la legalidad conforme a la Ley española, del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción.

También la doctrina española comparte este criterio confirmando que el convenio de gestación por sustitución, por aplicación del art. 10 LTRHA, es nulo; dado que se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, recayendo sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, tan elevada, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico (arts. 1255, 1271 y 1275 CC).

Sin embargo y pese a la prohibición por LA LEY 15366/2009 y en defensa del principio del «interés superior del menor», se aconsejaría la inscripción de la filiación que consta en el Registro extranjero —aunque proceda de convenio de gestación por sustitución—, ya que, en caso contrario, los menores hijos de españoles podrían quedar privados de filiación inscrita en el Registro Civil patrio.

Para ello se hace necesario

1.- la certificación médica expedida, como mínimo, por dos especialistas independientes en la que se confirme la imposibilidad de gestación por la mujer que forme parte de la pareja solicitante o de las mujeres si es una pareja homosexual.

2.- deberá justificarse, la aportación de material genético de, al menos, uno de los componentes de la pareja, por certificación médica realizada por institución o especialista ajeno al centro donde se realizó la técnica. Con ello se cumpliría también la exigencia de que se verifique **«que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores» o de que no «se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores».**

3.- Asimismo el convenio de gestación por sustitución extranjero debe cumplir «la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el art. 7, núm. 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

III .- FILIACIÓN POST MORTEN

ARTÍCULO 563.- dice: **Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida.** *En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:*

a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que sus gametos o embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Las técnicas de fertilización **“post-mortem”** se utilizan para procrear un hijo después del fallecimiento del padre/madre del cual provienen los gametos o el embrión.

I- La norma proyectada en el art. 563 prevee que “en caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no habrá vínculo filial entre la persona nacida del uso de esta técnica y la persona fallecida, si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento”. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior en estos casos:

- a) la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en un testamento que sus gametos o embriones sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.
- b) la concepción o la implantación del embrión en la mujer, se produce dentro del año siguiente al deceso.

Esta técnica se practica con el **espermatozoide congelado** del marido o compañero prefallecido, cuyas células germinales han quedado reservadas en un banco de gametos, para este acto procreativo. También puede realizarse con el embrión concebido in vitro en vida de ambos progenitores, **para ser transferido post mortem al útero materno**. Es posible también, **extraer el esperma del cadáver del marido fallecido**, por biopsia cadavérica de **testículo**, ablación de testículo y por flushing vaginal.-

1.- Estamos frente a un caso de fecundación homóloga asistida (se usan los gametos de la pareja).

2.- Es esencial el consentimiento fehaciente e indubitable de ambos cónyuges, por escrito.

3.- **Ante la falta de consentimiento del progenitor se pueden dar dos situaciones diferentes:**

a) La mujer igualmente podría utilizar ese material genético y proseguir con la fecundación asistida; en este caso, **los gametos del hombre serían considerados como los de un donante** y no produciría los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial. Si no se tratara de un gameto sino de un **embrión**, podría requerir la transferencia uterina para su implantación, en cuyo caso tampoco existiría vínculo filiatorio con el fallecido.-

b) Si la mujer desiste de la práctica procreativa, **el embrión quedaría por años congelado a más de 160° bajo cero en nitrógeno líquido, pudiendo ser destinado a la experimentación humana y posteriormente a una muerte segura, pues sería eliminado transcurrido cierto tiempo.**

4.- **Habiendo consentimiento expreso**, la impugnación de la paternidad no podría ser planteada por terceros, pues nació con el consentimiento de ambos cónyuges y en el período legal-temporal.

5.- En el supuesto que falleciere la mujer y el hombre con el material genético de su esposa quisiera tener un hijo de ambos, podría utilizar ese material, pero sería necesario recurrir **al préstamo de un vientre** para concretar la transferencia e implantación del óvulo/embrión en el útero de otra mujer. Estaríamos ante una fecundación "post mortem" y "maternidad subrogada".

Derecho comparado: ESPAÑA: La norma proyectada es similar a la prevista en la ley española, pero esta última no autoriza el uso de la técnica en casos de embriones o cuando la fallecida fuese la mujer. Esta gran diferencia impide que existan **embriones residuales sin destino** (congelados en nitrógeno líquido) y que sea necesario el uso de **la maternidad subrogada** (prohibida en España).

GRAN BRETAÑA: autoriza la fecundación post mortem, pero con argumentos utilitaristas le priva de los efectos filiatorios, pues considera que atenta contra la seguridad jurídica de otros herederos y genera daños psicológicos en el niño.

FRANCIA, ITALIA, ALEMANIA y la mayoría de los países europeos la prohíben.

Fundamentos éticos y jurídicos que se cuestionan a la Fecundación "Post Mortem":

1.- El fin de la existencia de la persona humana: Muchas legislaciones entienden que con la muerte se extingue la persona humana y por lo tanto ya no se puede ser portador de derechos, ni padre.-

2.- El derecho al hijo y los derechos y el interés del hijo: En este caso, el interés superior del niño, colisiona con la libertad y autonomía de sus progenitores. El interés superior del niño impone que se desarrolle y nazca en **condiciones apropiadas y favorables para su formación y el equilibrio de su personalidad.**

3.- Un hijo es un ser humano, un fin y un valor en sí mismo, no puede ser instrumentalizado, y convertido en **objeto de un derecho** para satisfacer la necesidad afectiva de sus progenitores. Se crea intencionalmente un **huérfano** satisfaciendo el deseo egoísta de la mujer por revivir la imagen del marido fallecido, o bien del de cujus, que ha querido immortalizarse.

4. Privación del derecho a tener un padre: Con esta técnica se priva al hijo desde antes de su concepción de la posibilidad de tener un padre. Distinto es el caso de haberlo tenido y perdido por circunstancias imprevisibles, y otra muy distinta, es proyectar la concepción de un ser humano desprovisto anticipada e intencionalmente de un derecho fundamental.-

5.- Desviación de la finalidad terapéutica de las técnicas: todas las TRHA obedecen a **razones terapéuticas**, en este caso la finalidad ha sido desviada del objetivo propio del acto médico de asistencia a la procreación. La ausencia de la finalidad terapéutica descalifica la aplicación de la técnica, por lo que desde la perspectiva ética y bioética es valorada negativamente.

6.- El Estado tiene la responsabilidad de asegurar que el hijo nacido de las TRHA goce de las condiciones óptimas para la formación y desarrollo de su personalidad. Debe

garantizar el bienestar del niño, su derecho a conocer a sus padres y ser criado por ellos, asegurando la formación equilibrada de su personalidad, la consolidación de su identidad y su adecuada socialización, prohibiendo los procedimientos biomédicos que no se ajusten a su interés superior.

7.- Problemas sucesorios: genera inseguridad jurídica en los otros herederos.-

CONCLUSIÓN: El desarrollo biotecnológico no es un valor absoluto, está subordinado a los intereses esenciales de la persona humana; la ley debe determinar entre las diferentes técnicas biomédicas cuáles deben ser aceptadas y cuáles rechazadas, imponiendo los límites y regulando el control de las prácticas de la biomedicina, a fin de garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y a sus derechos esenciales.-

1.- En casos excepcionales solo debería permitirse las TRHA homóloga, con fecundación de solo tres embriones e implantación de los mismos.-

2.- Se debería prohibir la Gestación por sustitución y la filiación post mortem.-

Dra Ethel Martinazzo: Mat P.755

Posadas 655- Rcia- Chaco.-

Te 362-4420712- 362- 4310377- Mail: martinazzoethel@yahoo.com.ar

Referencias: Bibliografía y WEBS RECOMENDADAS titulado "Embriones y Dignidad humana"-Síndrome de hiperestimulación ovárica en una mujer de 19 años. E. Amestoy y col. Medicina Clínica 135:720,2010-Fecundación artificial. En: "Bioética para todos" p.47.R.Lucas.Ed.Palabra,2003

Reproducción asistida. En: "Cuestiones básicas de bioética" p.167.A.Pardo.Ed.Rialp,2010

Técnicas de reproducción asistida. En: "Bioética personalista":ciencia y controversias p.201.G.M.Tomás y E. Postigo. Ed. Internacionales Universitarias, 2007

El supuesto "derecho al hijo", los hijos de laboratorio y los huérfanos biológicos. M. Martínez-López. Semanario Alfa y Omega 20-11-2008.-

Las técnicas de reproducción asistida. En:"En defensa de la familia" p.178.B.Blanco. Ed. Espasa, 2010. Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica. E. Collazo. Cuadernos de bioética 21(72):231,2010-

Boletín Informativo nº 391 CI 5.4--7.) Justo Aznar. Director del Instituto de Ciencias de la Vida- Universidad Católica de Valencia www.aebioetica.org : sociedad española de bioética. www.bioeticaweb.com ; www.observatoriobioetica.com : instituto ciencias de la vida (ucv). www.bioeticahoy.com.es

Arribere, R. (2006). Inseminaciones Post Mortem. **Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Foro de Bioética.** Puerto, J.J. (2000). La consideración de los nuevos derechos humanos en la legislación sobre reproducción asistida. Acta bioethica. Zamudio, T. (2006). Bioética y Derecho. Paternidad Post-Mortem. Colección: Derecho, **Economía** y Sociedad.

Bosser, Gustavo (1989) "Fecundación humana asistida" En : El Derecho civil de nuestros tiempos, Lima, Publicación de la Universidad de Lima, JOSEFINA SAPENA: FECUNDACIÓN POST-MORTEM:Publicado en: Derecho de Familia. Revista de Jurisprudencia Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Directora: Cecilia P. Grossman. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina

García Aguilera, José Antonio, "Problemas jurídicos de la inseminación artificial", Revista de Derecho Judicial, México, 1972, p. 194. VERDERA IZQUIERDO, B: «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida», Actualidad Civil, núm. 10, mayo, 2007, pág. 1117. En la misma línea, LLEDÓ YAGÜE, F. (Fecundación artificial y Derecho, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 148), **quien escribe que el «objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entiendo que... afronta a la dignidad ser tratado cual si fuera un objeto, o mercadería, algo de interés patrimonial, y no como alguien que constituye una finalidad per se... queda fuera de la autonomía de la voluntad de las partes negociar con una materia cuya indisponibilidad es absoluta»; CÁRCABA FERNÁNDEZ, M.ª (Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana, Bosch, Barcelona, 1995); etc. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», Diario La Ley, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010, págs. 3-4), **quien apoyándose en la jurisprudencia francesa concluye que el «derecho al respeto de la vida privada y familiar conduce a no admitir la incitación al abandono de un niño por su madre mediante una contraprestación económica y el uso del cuerpo de otro para satisfacer el deseo personal de tener un hijo»****

