



REVISTA
SEMESTRAL DE
DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION

Año V – Número 11
MAYO DE 2014
ISSN: 2618-4133

DOCTRINA JURÍDICA

© Derechos Reservados

Perspectivas Jurídicas

Reg. Dirección Nacional de
Derecho de Autor

Buenos Aires, Argentina

ISSN: 2618-4133

SUMARIO

SECCION DOCTRINA

- BANCHIO, Pablo R.: "La protección jurídica del embrión humano. Conflictos dilemáticos entre la "ciencia" y el Derecho" 3

SECCION JURISPRUDENCIA

- EXCMA. CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA, 27 de marzo de 2013: "G.,G.G. y otro c/ A.M.F.F.A. s/Amparo" 31



DOCTRINA JURÍDICA

Año V – Número 11

Mayo de 2014

ISSN 2618-4133

Director/Editor responsable:

Pablo R. Banchio

Secretario de Redacción:

Marta S. Marín

Redacción:

Zapata 517 5° "C" (C1426ABF)

Ciudad de Buenos Aires

Argentina

Tel: (+54-11) 4774-5586

pbanchio@hotmail.com

SECCION DOCTRINA

CONTENIDO

La protección jurídica del embrión humano. Conflictos dilemáticos entre la “ciencia” y el Derecho	4
A. INTRODUCCIÓN	4
B. DIVERSOS CONCEPTOS	5
I. TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HUMANA	5
PREEMBRIÓN:.....	5
EMBRIÓN:	6
REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	6
CLASIFICACION DE LAS DIVERSAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA	7
FIVET (Fecundation "In Vitro" Embryo Transfer):.....	7
GIFT (Gametes Intra Fallopian Transfer):	9
CRIOCONSERVACIÓN O CONGELAMIENTO	10
INSEMINACION ARTIFICIAL CON DONANTE (IAD)	11
DONACIÓN DE ÓVULOS:	11
DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIÓN (DGP):	12
HIJOS POST MORTEM	12
MADRES SUSTITUTAS O SUBROGANTES:	13
EMBRIONES SOBRANTES:.....	13
EXPERIMENTACIÓN CON FETOS O EMBRIONES FECUNDADOS “IN VITRO”:	14
CLONACION	14
CELULAS MADRES:	15
MANIPULACIÓN GENÉTICA.....	15
II. POSTURAS CIENTÍFICAS.....	16
III. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL EMBRIÓN	17
IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	18
C. FUENTES JURÍDICAS	20
I. NORMATIVA JURÍDICA	20

CODIGO CIVIL ARGENTINO:.....	20
DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO:.....	21
TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.....	23
LEY DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES:	24
LEY DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN	24
II. DERECHO COMPARADO	24
FRANCIA.....	24
ESPAÑA:	25
GRAN BRETAÑA	25
ESTADOS UNIDOS:	26
ITALIA	27
ALEMANIA	27
MEXICO	27
AUSTRALIA	28
ARGENTINA	28
D. CONCLUSIÓN	29
E. BIBLIOGRAFÍA.....	31

PABLO R. BANCHIO

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN HUMANO. CONFLICTOS DILEMÁTICOS ENTRE LA “CIENCIA” Y EL DERECHO

A. INTRODUCCIÓN

En éste trabajo se intentará desarrollar una visión sobre la protección jurídica del embrión humano situación, en especial, a la luz de los últimos avances científicos acaecidos durante la segunda mitad del siglo pasado y del actual. Esto trae consigo un complejo de cuestiones a resolver, sobre todo con relación a las normas vigentes sobre el embrión concebido en el seno materno ya que las pocas que rigen resultan insuficientes para los problemas jurídicos emergentes derivados de la concepción extracorpórea.

El vacío legal en nuestro país en algunos de esos aspectos, hoy por hoy, permite un abanico de situaciones que escapan a la aplicación justa y equitativa de una norma positiva tutelar que vele en primer lugar por los derechos de la persona por nacer.

Una de ellas es, por ejemplo, la historia de Magalí Feigin quien nació en el año 2007, pero su fecundación ocurrió en 1997. Esta nena que en la actualidad tiene 6 años, tiene un hermano mellizo 10 años mayor que ella. Su historia es un hito en el desarrollo de la medicina reproductiva en la Argentina. Es el primer caso de un embarazo que resultó exitoso a partir de la congelación de embriones (muchos los llaman eufemísticamente pre-embiones) durante más de 10 años. Los padres de Magalí habían tenido problemas para conseguir un embarazo natural y recurrieron a las técnicas de reproducción asistida. Usaron la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI). La técnica, utilizada en 1996, resultó en 8 embriones, cuatro fueron transferidos y uno se implantó en el útero en aquel momento. Los otros 4, fueron congelados lentamente hasta llegar a estar a una temperatura de 196 grados bajo cero. La primera transferencia condujo al nacimiento de Alan, el primer hijo de la pareja¹.

Previo a toda exposición sobre el tema en cuestión, se realizará una breve revisión sobre conceptos médicos de las diversas técnicas que se practican en nuestro país y en el resto del mundo.

Asimismo, tendremos en cuenta las distintas posturas dilemáticas vinculadas con la biotecnología y relacionadas con la "ciencia" y las distintas fuentes del derecho. Nos referiremos a la legislación nacional y al derecho comparado, entre otras.

B. DIVERSOS CONCEPTOS

I. TÉCNICAS DE FECUNDACIÓN HUMANA

"La fecundación o procreación humana es un acto personal de la pareja y da como resultado el origen de un individuo. Este hecho involucra a la responsabilidad de los cónyuges, a la estructura misma de la vida conyugal, así como al destino del ser humano que es la llamada a la existencia". (Sgreccia, 1996: 395)

PREEMBRIÓN. UN NEOLOGISMO:

La biotecnología ha creado el neologismo "preembrión" para indicar nebulosamente el período de la vida prenatal humana comprendido entre el momento de la fecundación y la apariencia de la línea primitiva, sea que es el óvulo fecundado antes de la transferencia en el útero materno, donde, el así llamado preembrión se implantará o no, y en caso afirmativo, comenzará el embarazo², debido a que en ese momento, para quienes parten de esta postura que veremos *infra*, se puede evidenciar una entidad espacialmente definida que puede desarrollarse directamente en un feto y luego en un recién nacido.

"La fecundación se produce en el decimocuarto día del ciclo menstrual" (Demarest y Sciarra, 1972: 57). "la implantación tiene lugar aproximadamente el vigésimo día del ciclo en que se produce la fecundación(53)

Por lo expuesto la vida humana individual comenzaría en el momento de la implantación. La nidación del huevo fecundado tiene lugar entre el 6º y 7º día, para completarse al 9º

¹ <http://www.clarin.com/diario/2007/03/20/sociedades-02801.htm>-Nació una nena a partir de un embrión congelado hace más de una década.

² http://www.concebir.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=58:embriones&catid=39:legales&Itemid=62

día; en el 14º día está ya constituida la pared endometrial por encima del embrión implantado. (Sgreccia, 1996: 345)

De modo que, según estas teorías, la vida humana individual comenzaría desde el 6º día después de la concepción (345), lo que permite adoptar posturas crio conservacionistas de la vida humana bajo ese concepto artificialmente ideado y teóricamente nominado con el neologismo indicado.

EMBRIÓN:

A esta nueva criatura de raza humana que va a nacer se le ha dado el nombre genético de "*nasciturus*", que significa "el que va a nacer". Nos referimos al engendrado no nacido. (Loyarte, 1995: 190)

"Biológicamente desde que se encuentran el óvulo y el espermatozoide, y se fusionan sus núcleos, éstos dos gametos de los padres forman una nueva entidad biológica, comienza a existir una nueva entidad que se diferencia del cuerpo materno". (206)

"En las primeras etapas de su evolución, el germen implantado en el útero se denomina embrión, período durante el cual están en formación los sistemas orgánicos básicos y la nueva vida es aún muy frágil. Cualquier cosa que perjudique al bebé durante esta fase de su desarrollo, puede derivar en anormalidades físicas [...]. Si ésta fuera muy grave el embrión podría morir y ser expelido del útero". (Demarest y Sciarra, 1972:58).

El embrión llega al estado de feto, al alcanzar la decimocuarta semana de embarazo. (61)

Desde la fecundación, este individuo de la especie humana tiene un potencial que lo llevará a expresarlo en sus diversas etapas biológicas y psicológicas hasta su muerte.

Existen embriones que son los resultantes de lo que se llama, el quimerismo; es decir, una mezcla o mutación entre embriones humano y animales. Además, se hallan los embriones animales que resultan de la fertilización de esperma del macho con el óvulo de la hembra. Los embriones resultantes son utilizados para realizar "investigaciones científicas" que tendrán, o no, repercusión en la medicina humana³.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA:

"Se entiende que la reproducción humana es asistida cuando no es resultado exclusivo de la unión intersexual sino de la aplicación de determinadas técnicas médico-científicas que la hacen posible. Este concepto es general y abarca distintos métodos, entre los que se encuentran aquellos por los que se llega a la concepción sin cópula u otros que, si bien no la descartan, requieren la intervención médica para obtener el embarazo". Suele utilizarse la expresión "artificial" para aludir a este modo de reproducción, refiriéndose a los hechos por el hombre en oposición al natural. "Pero como no se trata de reemplazar químicamente el material genético de la pareja sino de que los profesionales de la medicina colaboren para lograr la fecundación, es preferible calificarla como 'asistida'". (Pietra, 2007: 294)

Las técnicas de reproducción asistida se crearon para lograr la concepción y el embarazo

³ PARISE, Agustín. El *status* legal de los embriones humanos en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América.

en personas cuyo aparato reproductor sufre de deficiencias. Por lo cual, se trata de cualquier técnica destinada a producir el embarazo.

Si bien no pertenece al área jurídica, es importante tener en cuenta algunos términos médicos, para entender de qué se trata la fecundación humana asistida.

CLASIFICACION DE LAS DIVERSAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA:

1. Inseminación artificial homóloga, con el semen del marido.
2. Inseminación artificial heteróloga, con el semen del donante.
3. FIVET: Fecundación "in vitro" y transferencia del embrión.
4. Fecundación en el útero de la donante, con el huevo de la misma donante y sucesiva transferencia del embrión en otro útero después de cinco días (Madre subrogante).
5. GIFT: Aspiración de óvulo, obtención de semen y transferencia en la trompa de Falopio.
6. Inseminación intrauterina con semen seleccionado.
7. Inseminación intraperitoneal con semen seleccionado.
8. Transferencia intrauterina de los gametos.
9. Utilización del útero de donante (alquilado) aprovechando óvulos de la misma, el semen de la pareja estéril; también puede ser utilizados los gametos extraños a la donante, o con embriones frescos o congelados (madre subrogante). (García, 1995: 24-25)

FIVET (FECUNDATION "IN VITRO" EMBRYO TRANSFER):

Es la técnica de reproducción artificial por la cual se ponen en contacto los espermatozoides con los óvulos. Se llama "*in vitro*" porque tal fecundación no sucede en el cuerpo de la mujer sino en la probeta.

"La fertilización "in vitro" es la fertilización extracorpórea en el laboratorio, en lugar de la fertilización "*in vivo*" en la trompa de Falopio. Puede realizarse después de la recuperación de un folículo dominante de un ciclo natural, aunque se logran tasas de concepción mucho mejores luego de la hiperestimulación ovárica controlada (HOC) mediante la recuperación de múltiples ovocitos maduros. La colocación de los ovocitos cerca de un número alto de espermatozoides en el laboratorio aumenta las probabilidades de fertilización. Si se transfiere más de un embrión dentro del útero, la probabilidad de implantación y de embarazo aumentan". (Copeland, 2002: 448)

"Luego de la hiperestimulación ovárica controlada, la mujer se somete a la aspiración de los folículos, con una aguja bajo guía ecográfica, bajo los efectos de la sedación. La paciente regresa a la casa ese mismo día. El día de la recuperación de los ovocitos, el hombre aporta una muestra de semen de la cual se separan o lavan los espermatozoides para la inseminación de los ovocitos. El número de espermatozoides que se utilizan por cada ovo cito depende de la calidad de la muestra de semen". (448-449)

"Se colocan los espermatozoides y los óvulos en una incubadora, bajo condiciones

controladas, para que se produzca la fertilización. Se guardan los óvulos inseminados en la incubadora y se examinan después de 16 a 18 horas, para evaluar la presencia de dos pronúcleos que confirman la fertilización. Luego los cigotos se regresan a la incubadora para permitir que se produzca la división. Luego de 48 a 72 horas de la recuperación, la paciente regresa para la transferencia de embriones". (449)

"Los embriones que van a transferirse se colocan en un catéter que luego se introduce en la cavidad endometrial a través de la vagina y del cérvix (cuello uterino). La transferencia de embriones toma algunos minutos hasta que se completa y no requiere anestesia". (449)

La inseminación artificial homóloga está "indicada" en determinadas formas de esterilidad femenina y de esterilidad masculina y de la pareja.

"Formas de esterilidad de origen femenino

-Inexistencia de ovarios.

- No funcionamiento de los ovarios.

- Inexistencia o no funcionamiento de las trompas de Falopio.

Formas de esterilidad de origen masculino:

- Impotencia

- Oligospermia (importantes alteraciones del semen).

- Trastornos testiculares o anomalías.

Formas de esterilidad de origen mixto:

- Fabricación de anticuerpos en la mujer respecto a los espermatozoides.

- Incompatibilidad inmunológica entre semen y moco cervical". (García, 1995: 25-26)

Se distinguen entre la fecundación artificial homóloga y la fecundación artificial heteróloga. La primera de ellas designa las técnicas dirigidas a lograr la concepción humana a partir de dos gametos de dos personas unidas en matrimonio. "Puede ser actuada con dos métodos diversos: 'La fecundación *in vitro*" homóloga con *embryo-transfer* (FIVET homóloga), en la cual el encuentro de los gametos se efectúa *"in vitro"* (fecundación extracorpórea), y la inseminación artificial homóloga (AIH), al transferir a las vías genitales de una mujer casada el semen previamente tomado del marido (fecundación intracorpórea)". (Sgreccia, 1996: 397)

"La fecundación artificial heteróloga se refiere a las técnicas encaminadas a lograr una concepción a partir de los gametos provenientes de al menos un donante diverso de los dos esposos unidos en matrimonio". (397)

Cuando no se da el proceso de ovulación, se recurre a la donación de óvulo ajeno, Cuando se da aspermia o oligospermia en el varón se recurre a semen de donante. Cuando la patología se da en el útero de la mujer, se recurre a la madre subrogante, en este último caso la mujer puede ser apta para la fecundación, pero no para llevar a término la

gestación.

"Puede realizarse de forma intracorpórea (inseminación artificial heteróloga, la IAHE, con esperma recogido anteriormente de un donante diferente del marido) o de forma extracorpórea (fecundación "in vitro" heteróloga con *embryo-transfer*, la FIVET heteróloga)". (397)

GIFT (GAMETES INTRA FALLOPIAN TRANSFER):

"Es la colocación de los gametos, espermatozoides y óvulos, en forma directa dentro de la trompa de Falopio, donde se realiza la fertilización. La hiperestimulación ovárica controlada y la recuperación de embriones producen ovocitos múltiples". Esta técnica asegura que se encuentren un número grande de gametos en la trompa de Falopio y, por lo tanto, aumenta la probabilidad de la concepción, "a diferencia de la inseminación intrauterina, en la cual se depositan los espermatozoides en la cavidad endometrial y ellos deben hallar el camino hacia las trompas de Falopio". (Copeland, 2002: 449)

"Debido a que la fertilización se produce en la trompa de Falopio, que es el sitio natural donde el espermatozoide penetra al ovocito, no se necesita un laboratorio capaz de establecer las condiciones controladas que se requiere para la fertilización, la división y el desarrollo posterior del embrión durante 48 a 72 horas previas a la transferencia uterina". (450)

La recuperación de óvulos y la canalización se realiza por vía transvaginal con guía ecográfica mediante la aspiración folicular y sedación intravenosa; por vía transabdominal con gura laparoscópica y anestesia general; o durante la laparotomía con anestesia regional o general. La GIFT puede llevarse a cabo durante la laparoscopia o la laparotomía. Luego de la aspiración folicular, los óvulos que se recuperaron junto con la muestra de espermatozoides lavados se colocan en un catéter que se introduce por medio de una cánula dentro de la trompa de Falopio por vía laparoscópica o a través de una minilaparoscopía para GIFT. Luego de esta técnica no es necesario que la paciente regrese para la transferencia de embriones. Si se recupera gran cantidad de ovocitos, los remanentes se someterán a la fertilización "in vitro" y luego a la criopreservación, para la transferencia de embriones un tiempo posterior.(450)

La principal desventaja de esta técnica es que requiere un segundo procedimiento, laparoscopia o laparotomía, para canalizar la trompa de Falopio. Ambos medios son más invasivos, que la transferencia de embriones e implican un riesgo y un costo mayor. (450)

"La transferencia intratubaria de cigotos (ZIFT) y la transferencia tubaria de embriones (TTE) son variantes de la GIFT en las cuales las transferencias dentro de las trompas de Falopio se producen luego de la recuperación de los ovocitos y de la fertilización "in vitro". Con la ZIFT, el cigoto, que es un huevo fertilizado, se transfiere dentro de las trompas de Falopio en el paso previo a la división. La ZIFT se realiza 17 a 18 horas después de la inseminación de los ovocitos en el estadio de pronúcleo. Con la TTE, se transfiere un embrión en el estadio de dos a ocho células 45 a 50 horas después de la recuperación". (451)

"Está indicada en algunas formas de esterilidad femenina [...] o masculina [...]. que no se pueden atacar con la inseminación artificial, a condición de que la mujer cuente por lo menos con una trompa viable". (Sgreccia, 1996: 413)

"La ejecución de la GIFT se lleva a cabo en tres fases:

1. Inducción de la ovulación y obtención de los óvulos mediante laparoscopia o aspirándolos con una aguja bajo guíaecografía.
2. Obtención y preparación de la esperma.
3. Transferencia de los gametos mediante un pequeño catéter al interior de una trampa, donde los óvulos y los espermatozoides son separados por una burbuja de aire". (413)

Con la fecundación "in vitro", "se constituyen más embriones de los que pueden ser necesarios para transferirlos al útero, derivándose de ellos un sobrante de embriones congelados que pueden ser suprimidos o destinarse a la "experimentación", ésta es solicitada y reivindicada como una necesidad para el progreso de la ciencia y para los experimentos sobre el estudio del ADN, avalando tal necesidad con la esperanza de llegar a corregir patrimonios genéticos alterados, y por esto, a la terapia de aberraciones cromosómicas y de enfermedades genéticas".(416)

CRIOCOONSERVACIÓN O CONGELAMIENTO:

Es la utilización de frío intenso para congelar gametos o seres vivos en estado germinal durante largos períodos.

"A pesar de la capacidad técnica para congelar gametos masculinos en forma exitosa, los ovocitos individuales se desempeñan mal tras la criopreservación. En todo el mundo sólo se lograron unos pocos embarazos a partir de la criopreservación y el descongelamiento posterior de ovocitos humanos. En cambio, los preembriones humanos fertilizados responden bastante bien al congelamiento y descongelamiento, y al parecer retienen dos tercios de su capacidad para implantarse. Sin embargo, debido a que un embrión congelado y descongelado tiene una viabilidad global menor, existe un entusiasmo creciente acerca de la transferencia de embrión fresco. A pesar de ello, la transferencia fresca agresiva de embriones humanos producirá un porcentaje mayor de embarazos múltiples, que desvía costos considerables hacia los especialistas perinatales". (Copeland, 2002 :468)

Esta técnica ha permitido el desarrollo de la inseminación artificial con semen del donante. Se comprobó que los espermatozoides resisten bien las bajas temperaturas y mediante determinados cuidados se logra que soporten el choque térmico al ser congelados y posteriormente descongelados para la utilización, sin demasiados perjuicios. (Loyarte, 1995: 117)

Luego de un proceso especial por el cual debe pasar dicho material reproductor, finalmente es almacenado en bombas llenas de nitrógeno líquido, pudiendo conservarse así veinte años o más.

"Si bien los espermatozoides así conservados resisten al frío, sufren algunos daños, por lo que al momento de realizar la inseminación se hace una prueba para conocer el verdadero estado de los mismos. El descongelamiento se realiza simplemente dejándolos fuera de la bomba a temperatura ambiente por unos breves momentos". (Loyarte, 1995: 118)

INSEMINACION ARTIFICIAL CON DONANTE (IAD):

"La inseminación terapéutica o artificial con un donante fue la forma de tratamiento más frecuente para los factores masculinos de la esterilidad severos. La utilización de esperma crioconservado de donante todavía se indica en las parejas con azoospermia u oligospermia severa, para hombres con malformaciones genéticas o hereditarias que impliquen un alto riesgo para la descendencia, y para mujeres solteras o lesbianas que desean un embarazo. Asimismo, los espermatozoides crioconservados permiten su almacenamiento y concentración para utilizarlos en las técnicas de reproducción asistida, para guardarlos en los casos en que la pareja masculina, que se vaya a ausentar, y para preservar los espermatozoides en los casos en los cuales deba someterse a tratamientos médicos como quimioterapia o radiación, que pueden deteriorar su fertilidad o volverlo estéril". (Copeland, 2002 :453)

"Los requisitos para la selección donantes y para la evaluación son estrictos y costosos. Se evalúan sus antecedentes personales (médicos, familiares y sociales / sexuales), se realiza un examen físico y pruebas de laboratorio". Si todo da negativo, como resultado y el análisis del semen es normal, pueden recolectarse los especímenes de semen. Éstos últimos deben congelarse en cuarentena durante un mínimo de 6 meses hasta que las pacientes puedan utilizarlos. Cuando finaliza la cuarentena se vuelve a evaluar la muestra del donante para asegurar que su estado de salud no haya variado. Si las pruebas son negativas, se permite el uso del material reproductor. Si existe un cambio en el estado de salud del donante, se descartan todos los especímenes congelados. (453)

Todos los bancos de esperma utilizan donantes durante un tiempo limitado. Debido a que el retiro del donante depende del número de embarazos que produjo, los bancos deben establecer los mecanismos por medio de los cuales las clínicas, las instituciones y los consultorios particulares preverán la información de retorno con respecto a los embarazos que lograron los diferentes donantes".(453)

"La donación de esperma siempre ha sido anónima, sin embargo, otras no lo son. Los donantes no anónimos se evalúan y manejan con los mismos protocolos que se utilizan para los donantes anónimos. Se lleva a cabo una evaluación psicológica y depuración de donantes y de parejas receptoras según sea necesario, lo que puede considerarse obligatorio en los casos de las donaciones no anónimas. Ambos integrantes de la pareja que utilizan el esperma de un donante deben firmar un consentimiento para el uso de esperma donado. El donante de esperma también debe firmar un consentimiento en el cual autoriza que sus muestras se utilicen para uso clínico. Su anonimato debe quedar explicitado en forma clara en el consentimiento que firma en donante y en el que firma la pareja receptora". (453-454)

DONACIÓN DE ÓVULOS:

Es un procedimiento de las técnicas de reproducción asistida en el cual los ovocitos provienen de una tercera persona (donante de ovocitos) y se utilizan para generar un embarazo en otra persona (paciente estéril o transportadora subrogante). (Copeland, 2002 : 454)

Al igual que los donantes de espermatozoides, las donantes de ovocitos deben evaluarse en forma rigurosa. Por lo cual, para la donante implicaría el sufrimiento de todas las molestias y complicaciones propias de una fecundación "in vitro". Deberá padecer los tratamientos y exámenes necesarios hasta llegar a la punción de los folículos. Todas estas

consecuencias, retraen a la existencia de mujeres dispuestas a donar.

"Además, un profesional de la salud mental debe evaluar a las parejas en forma individual y en conjunto, para tener la seguridad de que están preparadas para soportar los temas psicológicos relacionados con la aceptación del material genético de una tercera persona, y en la crianza de la descendencia resultante". (Copeland, 2002: 456)

DIAGNÓSTICO GENÉTICO PREIMPLANTACIÓN (DGP):

"Consiste en la utilización de técnicas de biología molecular en el momento de la reproducción asistida, para diagnosticar algunas enfermedades genéticas en el embrión, antes de transferirlo dentro del útero. Puede realizarse temprano en el estadio de cigoto; más tarde, en el estadio de blastocito, 5 o 6 días después de la fertilización o en algún momento en el estadio de embrión de cuatro a ocho células". (Copeland, 2002: 462)

El proceso de obtención de una o más células para el diagnóstico genético preimplantación, es simple pero muy invasivo. "Unos de los métodos es aquél en el cual se coloca el embrión en su lugar mediante una pipeta de micro succión, tras lo cual se realiza un pequeño orificio en el embrión con una solución acida. Luego se atraviesa con una segunda pipeta a través de la abertura y se retira con suavidad del embrión hacia afuera. Se coloca el embrión de nuevo en el cultivo y se analizan los blastómeros". (463)

HIJOS POST MORTEM:

Este tipo de caso se da cuando al recurrir al banco de embriones, éstos son implantados después de la muerte del padre donante (en el caso de la fecundación homóloga) o después de que los que encargaron la fecundación, desaparecen. En otros términos, cuando el padre donante muere antes de ser implantados en el útero materno, o cuando la viuda desea un hijo del semen del marido fallecido, después de que el esperma fue obtenido durante la enfermedad mortal. (Sgreccia, 1996: 434)

El doctor Guillermo Borda, realizó objeciones al viejo proyecto de Código Civil en tanto dispone que tienen derecho a suceder al causante las personas que nazcan dentro de los 480 días de la muerte de aquél, a consecuencia de una procreación medicamente asistida con gametos crio conservados del causante o de la crioconservación de un embrión formado con gametos de aquél, "sean de prácticas lícitas o no". En la Exposición de Motivos se aclaraba que ello no significa sustentar la licitud del procedimiento sino atender a la realidad de un hecho sucedido. Pero lo cierto es que al conferirle derechos sucesorios al nuevo ser, se estimula la práctica de un procedimiento que, por hipótesis, es lícito. Y se alienta la posibilidad de dar vida a un ser destinado inexorablemente a no tener padre en la vida real, aunque lo tenga genéticamente". (Borda - Arias de Ronchietto-, 2001:57).

La ley 26.862 de Fertilización Asistida sancionada por el Congreso Nacional el 5 de junio próximo pasado, zanja la última cuestión relativa a la licitud en tanto regula legalmente el procedimiento con los alcances previstos en el propio texto y su reglamentación el 23 de julio último.

MADRES SUSTITUTAS O SUBROGANTES:

La subrogancia en la gestación significa la práctica de utilizar otra mujer como "transportadora gestacional". Luego del parto ésta entrega el bebé a la pareja receptora. Este procedimiento posibilita la maternidad genética en mujeres que tienen ovarios intactos y no pueden o no deben llevar un embarazo a término. (Copeland, 2002: 467)

"Son aquellas mujeres que, mediante una retribución y por la mediación de una agencia, han llevado a término por cuenta de terceros la gestación de embriones fecundados "in vitro" con óvulo y esperma de otras personas comitentes". En este caso, la pareja se mantiene ajena a esta madre, que llega a estar íntimamente ligada al hijo por vínculos de comunicación biológica durante la gestación. Se origina la manipulación de la corporeidad de un hijo que recibe el patrimonio genético de dos personas, mientras recibe la sangre, el alimento y la comunicación vital intrauterina de otra persona, la madre subrogante. (Sgreccia, 1996: 435)

Se puede distinguir entre:

1. Simple préstamo del útero: la "madre sustitutiva"; recibe en el seno sólo el embrión mientras que los gametos proceden del matrimonio que "encarga" el hijo o de otros "donantes".
2. Préstamo del útero y del óvulo: "la madre sustitutiva" puede ser inseminada artificialmente con el esperma de un donante anónimo o del marido de la pareja que "encarga" el hijo". (Monge, 1998: 98)

Un hijo puede llegar a tener tres "madres":

- Genética (donante de óvulo).
- Gestante (la de la sangre, la nutrición y la comunicación vital intrauterina).
- Madre legal.

Pese a lo contenido en el aparentemente frustrado último Proyecto de unificación Civil y Comercial, Borda afirma que "deberá prohibirse los acuerdos de "maternidad" por subrogación, declararlos nulos de nulidad absoluta y tipificarlos como delito penal, incluyendo, la figura de intermediario; conservar el criterio de que la maternidad queda siempre determinada por el parto, (artículo 242, Código Civil)". (Borda – Arias de Ronchietto, 2001: 57)

EMBRIONES SOBRANTES:

Con el objetivo de aumentar las posibilidades de éxito en las técnicas artificiales se estimula el ciclo de la mujer mediante la administración de hormonas, para lograr la producción de varios óvulos, a diferencia de los procesos naturales donde, el organismo produce más de un óvulo por ciclo. La cantidad de óvulos que se obtiene es variable.

Extraídos los gametos femeninos, se intenta la fecundación en placa de laboratorio de todos los óvulos, lográndose un éxito del 75%. De los preembriones obtenidos habrá una parte que demuestre menos vitalidad o un desarrollo más deficiente, esos preembriones no habrán de ser implantados. No raras veces se utilizan para experimentación o se dejan

morir.

Lo que significa que la producción supernumeraria de ovocitos y embriones, por la técnica, FIVET, conlleva diversas opciones:

- I. "Congelar los concebidos que no pueden implantarse;
- II. Descartarlos;
- III. Destinarlos, como cosas a experimentaciones variadas;
- IV. Darlos en adopción o dación prenatal": (Borda - Arias de Ronchietto, 2001:59)
- V. Fabricación de cosméticos.

EXPERIMENTACIÓN CON FETOS O EMBRIONES FECUNDADOS "IN VITRO":

Estos experimentos se practican con "embriones sobrantes y en fetos obtenidos por aborto espontáneo o provocado (homicidio), algunas legislaciones prevén la posibilidad de construir embriones con fines experimentales. Se pone como límite –por ahora- el lograr dos semanas de desarrollo, momento en el cual –según la teoría ya expuesta- comienza a formarse la línea embrional primitiva, y el embrión habría terminado la fase de implantación". (Sgreccia, 1996: 437)⁴.

Para realizar los experimentos se fundan en dos razones:

- La negación del carácter humano del embrión en esta fase, se afirma que el embrión por lo menos hasta la formación del sistema nervioso debe ser considerado como una personalidad humana "potencial". Vale aclarar que el embrión es un ser humano individualizado, no potencial sino real. Lo que es potencial es el desarrollo, que continuara incluso después de su nacimiento.
- "Terapéutico": se trata de experimentos necesarios el avance de la ciencia y la curación de las enfermedades, además las experimentaciones en animales no siempre se pueden asimilar, especialmente en lo referente a los códigos genéticos. (Sgreccia, 1996: 438)

CLONACION

Consiste en la reproducción de dos o más individuos genéticamente idénticos. Se pueden obtener de dos modos diferentes:

- Fisión gemelar: "es el proceso por el que un solo óvulo fecundado (el embrión en estado de célula) sale al paso de una división y luego a la generación de dos embriones idénticos que darán origen a dos individuos idénticos también".

De los embriones, obtenidos por esta técnica, uno podría ser congelado para ser utilizado, en caso de muerte del gemelo o como reserva de tejidos y de órganos en caso de necesidad en un futuro. Con lo cual al ser absolutamente idénticos no habría rechazo de los órganos. (Sgreccia, 1996:439)

⁴ Lo señalado entre guiones es nuestro y no se encuentran en el texto citado.

- Transferencia de núcleo: al óvulo fecundado se priva de su núcleo, antes de formarse el cigoto, sustituyendo el núcleo, en el que no se ha dado la recombinación de los cromosomas de origen materno o paterno, con el núcleo obtenido de una célula somática del adulto de la misma especie.(439)

CELULAS MADRES:

El embrión comienza su existencia luego de que el espermatozoide fecunda el óvulo, El primer estado embrionario es el de cigoto y luego evoluciona durante un período aproximado de 8 semanas hasta alcanzar el estado fetal, este período se llama blastocisto. Dentro de los blastocistos se encuentran las células madre. Estas células son de enorme interés para la ciencia, debido a que pueden generar una gran variedad de células dentro del organismo humano. Este tipo de células madre son las llamadas células madre embrionarias.

Para realizar experimentos se utilizan embriones que luego son destruidos. Con las técnicas actuales, para disponer de células de origen embrionario, es necesario crear los embriones adecuados y proceder a su destrucción para extraer las células correspondientes. Al quitar una célula a un embrión de pocos días disminuye las posibilidades de que se pueda implantar con normalidad en el útero de su madre, o que su desarrollo se realice con normalidad o que existan problemas de salud en los niños nacidos tras este procedimiento.

MANIPULACIÓN GENÉTICA:

Nos referimos a las células humanas sometidas a experimentación en laboratorio, distinguiendo entre células somáticas y germinales. (Martínez, 1994: 211)

Las primeras son las células del organismo humano, cualquiera que sea su función, pero que no intervienen en la reproducción, ni, por lo tanto, en la transmisión hereditaria. Por otro lado, se llama germinales, a las células reproductivas tanto masculinas, espermatozoides, como a las femeninas, óvulos. Ambas son responsables de los procesos de reproducción y de la transferencia del patrimonio genético de los progenitores. (211)

"Toda manipulación que recaiga sobre células germinales destinadas a la reproducción afectará a la descendencia del aportante del gameto manipulado, interfiriendo de manera irreversible en el curso natural de la transmisión del patrimonio genético; a partir de ese momento esa mutación artificial, y sus imprevisibles consecuencias, habrá quedado definitivamente integrada al recurso genético de la humanidad". (211)

Por lo cual, la alteración de la genética de células germinales destinadas a generar un nuevo ser humano debe ser penalmente prohibida, por el alto riesgo que implica. (211). Podría argumentar en contra de la prohibición que, los aportantes de los gametos son los que pueden decidir respecto del futuro ser, y que tal opción legitimaría la mutación, antes de fusionarse, debido a que las células que se manipulan pertenecen al patrimonio del donante, por lo que podría hacer con ellas lo que quiera. Puede hacer con ellas lo que desee, pero lo que no se debe permitir es que se las utilice para engendrar un nuevo ser. (212).

La producción de individuos con cuatro progenitores consiste en poner en contacto dos embriones animales en estadio de evolución, procedentes de la fusión de distintos pares

de gametos, y lograr que los dos cigotos se adhieran generando una formación artificial.

Aun cuando cada uno de ellos hubiera originado un animal completo, la formación se organiza en un solo embrión, en el cual las culas de diferente dotación genética coexisten sin fusionarse. (214)

Muchas enfermedades hereditarias son trasmítidas mediante genes recesivos, es imposible, en los primeros estadios de evolución del cigoto, saber si el gen anómalo se ha de expresar o no. Por lo tanto, la pareja para lograr un hijo sano debería aceptar que todos los preembriones fueran convertidos en quimeras y que algunos de ellos resultaran destruidos en el intento, con el agravante de que en los estadios primeros de evolución es imposible saber el sexo del embrión (216).

Por otro lado, con respecto a la elección del sexo, "permitir que el patrimonio genético de la sustancia que dará origen a un ser humano sea manipulado con la exclusiva intención de provocar arbitrariamente un cambio de sexo, no solo es inadmisible desde el punto de vista ético, sino que comporta una verdadera lesión al patrimonio genético de la humanidad, en tanto y en cuanto se lo modifica sin razones valederas, aceptando altísimos riesgos de provocar una mutación de consecuencias impredecibles, en base a una práctica discriminatoria que, además no tiene razón de ser en la sociedad. (218)

La magnitud de los avances demuestra la posibilidad de llevar a cabo programas de eugenésia activa, en los cuales mediante manipulación genética se defina el sexo, el color de ojos o la contextura física de los individuos por nacer.

II. POSTURAS CIENTÍFICAS

Existen diferentes teorías respecto a cuando comienza a ser persona un embrión:

Jorge Joaquín Llambías expresa que, "la sola circunstancia de que la concepción se haya producido fuera del seno materno no constituye obstáculo para considerar que ese embrión también es persona". (Llambías, 2001: 225)

Guillermo A. Borda entiende que, "está científicamente comprobado que desde que el espermatozoide fecunda el ovulo, nace un individuo único, irrepetible, diferente de cualquier otro individuo; en ese embrión está todo el hombre". (Borda, 2001: 1)

La personalidad de los embriones no está clara en la actualidad. Aunque representen seres humanos potenciales, los embriones criopreservados tienen una baja probabilidad de implantación por embrión. (Copeland, 2002:467)

El actual titular del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, Lino Barañao, quien es uno de los máximos responsables de la ciencia oficial argentina, expresó a los medios gráficos su opinión acerca de que, "el embrión no es aún un ser humano. Es sólo un conjunto de células con instrucciones para llegar a ser un ser humano⁵.

María Luciana Pietra, abogada, considera que, "se es persona desde el momento de la fusión nuclear, en que se unen los gametos y forman el cigoto, es decir, desde la concepción, por lo que a partir de allí ésta merece una debida protección legislativa, siendo indistinto si la fecundación se produjo dentro o fuera del seno materno, ya que en

⁵ <http://www.clarin.com/diario/2009/03/11/sociedadls-01874724.htm>- Para el ministro de Ciencia, "un embrión no es un ser humano".

este último caso sólo se necesita un ambiente propicio para continuar con su desarrollo" (Pietra, 2007: 296).

III. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL EMBRIÓN

Por otro lado, las consecuencias hay que considerarlas en relación con el hijo, que tendrá que saber y aceptar esta situación anómala; ese hijo que, desde el punto de vista psicológico, deberá llevar a cabo una difícil "identificación" con el padre. (Sgreccia, 1996: 411)

El que va a nacer tiene una identidad biológica que no coincide con la social. Dando por sentado el hecho de que cada uno de nosotros tiene derecho a saber de quién es hijo, cuando se le notifique su origen al sujeto nacido de FIVET heteróloga, este hecho determinará una dificultad de relación con los progenitores, uno de los cuales será putativo, manteniéndose desconocido el donante. (433)

En la mayoría de los países que han legislado, se pide que, aun respetando el anonimato de los donantes, se establezcan registros centralizados por los que se pueda saber al respecto cuando el hijo lo necesite.

En el derecho de algunos Estados se han introducido formulaciones jurídicas apropiadas para la atribución de la paternidad, el secreto del donante y la normativa comercial sobre el semen. Todo ciudadano tiene derecho a saber quiénes son sus padres. Además, por el camino de la donación del semen y del "banco de semen" se insinúa la tendencia eugenésica, para la adquisición de "semen seleccionado" (411).

En otros países se pide que se legalice la experimentación sobre embriones, aunque ello tenga como consecuencia suprimir y destruir a los embriones mismos. Esto equivale a rebajar la experimentación con embriones al nivel de experimentación en animales, con lo cual se llega a la negación pura y simple del carácter humano del embrión mismo. (416)

El no legislar sobre algunas conductas que se consideran disvaliosas, acarrea el riesgo de que ellas sean reputadas lícitas por no estar expresamente prohibidas.

La eliminación o supresión de embriones, representa para la moral la supresión de un ser humano. Algunos para justificar esta decisión expresan como excusa el hecho de que incluso en la fecundación natural sobreviven muchos mini-abortos, a continuación de la fecundación y antes o inmediatamente después de la implantación, debido a anomalías o incompatibilidades.

Uno de los posibles sucesos a producirse con el banco de embriones sería que con material donado por un solo hombre se pueden fecundar muchos óvulos, siendo luego implantados los embriones obtenidos, en diferentes mujeres, dado que la paternidad del donante debe mantenerse desconocida. De manera que se podría dar entre la población un cierto número de consanguíneos ignorantes de que lo fueran entre sí; dándose casos de matrimonios entre consanguíneos, lo cual tiene tanto relevancia jurídica como sanitaria, porque dichos matrimonios, como es sabido aumentan el riesgo de enfermedades genéticas.

IV. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1780: El biólogo Spallanzani, introdujo esperma en la vagina de una perra, y unos meses más tarde nacían cachorros.

1791: El médico inglés, Hunter, inseminó a una mujer con el semen de su marido y consiguió un embarazo.

1804: Este año se dio la primera inseminación artificial en Francia.

1884: El ginecólogo Pancoast, realizó la primera inseminación Artificial por Donación, eligiendo como donante "al mejor estudiante de la clase".

1927: Se registraban en el mundo 88 casos de inseminación artificial.

1935: Se comenzó a experimentar con éxito por primera vez, con la inseminación artificial por donación con semen congelado en Estados Unidos.

1941: Y en ésta fecha constan 9.560 casos de la inseminación artificial.

1944: Los primeros intentos vinculados a la fecundación "in vitro" de óvulos pertenecientes a la especie humana datan de este año. Los ginecólogos John Rock y Miriam Menkin lograron fecundar exitosamente ovocitos humanos en el laboratorio, los que habían recuperado por medio de laparotomía. Los fertilizaron en el laboratorio, pero nunca los transfirieron al útero.

1953: Los investigadores antes mencionados lograron el desarrollo de un preembrión obtenido por el mismo método, el que progresó hasta alcanzar el estadio de mórula (segundo estadio de evolución, considerándose a partir de que la división del preembrión alcanza las diecisésis células) en la especie humana esta etapa se alcanza a los tres o cuatro días después de la fecundación.

1956: W. Whitten, demostró que es posible lograr el desarrollo "in vitro" de embriones de dos células hasta que alcancen dicho estadio.

1957: A. McLaren y J. Biggers, lograron implantar en el útero de una madre adoptiva blastocistos (estadio subsiguiente al de mórula, constituido por una capa externa de células en cuyo interior contiene otro conglomerado celular, que aparece en la especie humana hacia el séptimo día después de la fecundación) de ratón obtenidos según el método de Whitten, logrando el nacimiento de ratones adultos, sin anomalías.

1959: M. Chang, completa el logro antes mencionado, demostrando que ha logrado fertilizar "in vitro" exitosamente óvulos de conejo.

1960 y 1961: El biólogo D. Petrucci, logró desarrollar embriones "in vitro" manteniendo uno de ellos con vida durante sesenta días.

1963: El biólogo R. Edwards, inició sus experiencias con óvulos humanos. Años después colabora con P. Steptoe, quienes publican su hallazgo, que los espermatozoides penetran los óvulos incluso "in vitro".

1973: Aparecieron los primeros bancos de semen en París.

1976: Logran la implantación de un preembrión obtenido en probeta, pero la experiencia fracasa.

1978: El 25 de julio de este año, se consigue el primer nacimiento exitoso, de la niña Louise Brown, por el médico Patrick Steptoe y el biólogo Robert Edwards.

1981: Nació en Estados Unidos, Elizabeth Carr, la primera niña que se concibió "in vitro". 1983: Se dio el primer caso de donación de ovocitos.

1984: Se produjo el primer embarazo humano por medio de la GIFT.

1994: Nacieron, 6.114 bebés, en Estados Unidos, mediante la FIVET.

2007: En Argentina, nació una nena a partir de un embrión congelado durante más de una década.

2008: Didier Rodríguez, el primer bebé nacido en la Argentina fruto de un embarazo logrado por medio de la vitrificación de óvulos, una técnica que permite criopreservar óvulos de modo eficiente. La vitrificación es una técnica (congelamiento ultrarrápido) que evita que se generen cristales en los óvulos congelados. Al ser descongelados, un óvulo al que se le habían creado cristales tenía menos chance de quedar en buenas condiciones⁶.

2009: Javier, un niño español, es quien permitió la recuperación de su hermano, Andrés. Fue elegido entre varios embriones para nacer con el objetivo de usar la sangre de su cordón umbilical en el tratamiento de Andrés, su hermano de 7 años. El trasplante de médula ósea le permitiría luchar y recuperarse de la anemia severa que sufría. La enfermedad, afectaba directamente los glóbulos rojos, y lo tenía condenado a recibir transfusiones de sangre constantes. Pero gracias a Javier, quién fue diseñado sin la condición hereditaria de Andrés, el chico pudo recibir un trasplante y se recuperó en menos de un mes⁷.

2010: Premian al científico británico, Robert Edwards, con el premio Nobel de Medicina. Fue quien junto a Patrick Steptoe, desarrollaron la técnica de fecundación "in vitro", por la cual los óvulos son fertilizados fuera del cuerpo y son implantados posteriormente en el útero. Ambos hicieron posible el nacimiento de Louise Brown en 1978, mediante dicho procedimiento⁸.

⁶ <http://www.clarin.com/diario/2008112104/um/m-01815963.htm>- Presentan al primer bebé fruto de un embarazo por vitrificación de óvulos en el país.

⁷ <http://www.minutouno.com.ar/minutouno/nota/103883-Milagro-de-la-ciencia-un-bebe-dedisenosalva-la-vida-de-su-hermano/>

⁸ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1311207- Premian al padre de la fecundación "in vitro" con el Nobel de Medicina

C. FUENTES JURÍDICAS

I. NORMATIVA JURÍDICA

CÓDIGO CIVIL
ARGENTINO:

Vélez Sarsfield refleja el pensamiento de la época, en el Código Civil Argentino. Así, en el Art. 30 dice: "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones".

También en el Art. 51, expresa que: "todos los entes que representasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible".

Por el Art. 63, manifiesta que: "son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno", habla de la persona por nacer.

Luego habla de la existencia de las personas antes del nacimiento, por lo cual es importante resaltar el Art. 70, donde enuncia que: "desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre"

"Los adelantos científicos que han logrado que la concepción pueda producirse fuera del seno materno mediante los procedimientos denominados de fecundación asistida corpórea o extracorpórea es una novedad que no aparece contemplada, estrictamente, en el art. 70 del Código Civil". Aunque la interpretación del mismo debe ser complementada con el art. 4º, inc. 1º del Pacto de San José de Costa Rica, el cual tiene jerarquía constitucional, en cuanto establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, a partir del momento de la concepción. (Llambías, 2001: 224-225)

"Vélez Sarsfield adapta el derecho a la realidad biológica. Desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que éste hecho sólo cambia, aunque sustancialmente, el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser". (222)

Manifiesta en el Art. 72 que: "tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer o por nacer antes de tiempo".

Asimismo, el Art. 74 declara que: "Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido". "Esto significa que el hecho del nacimiento sin vida actúa como una condición resolutoria de la personalidad del *"nasciturus"*". (Llambías, 2001: 226)

Como se puede observar "ut-supra" para Dalmacio Vélez Sarsfield esas eran cuestiones completamente impensadas, las técnicas de reproducción asistida, con sus efectos y consecuencias. Aunque en la actualidad no puede negarse ni ignorarse su existencia, lo

que queda demostrado por los avances científicos que se pueden ver día a día en la bibliografía actual.

DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO:

"En el capítulo "Declaraciones, Derechos y Garantías", establece los principios básicos relativos al reconocimiento y la protección de los derechos del hombre: Derecho a la vida, a la integridad, a la salud, a la identidad, a la información, entre otros, tanto de forma explícita como implícita". (Loyarte, 1995 : 230).

"En nuestra Constitución, el "*nasciturus*" no cuenta con una norma expresa que garantice sus derechos como tal. Éstos están reconocidos en la parte dogmática en los artículos que contienen las declaraciones sobre los derechos del hombre, algunos de los cuales están declarados en forma específica y otros de manera genérica". (230)

Germán Bidart Campos dice que, "el derecho a la vida es el que encabeza a todos los otros, pensamos que para ser sujeto titular de derecho hay que estar vivo, porque solamente el ser humano que vive aquí y ahora tiene derechos". (Bidart Campos, 1998: 104, Tomo II)

Se dice que "antes que la vida, está la dignidad, porque la vida del ser humano que es persona debe ser vivida con dignidad". (104, Tomo II)

"Anteponer el derecho a la vida a los demás derechos tiene un sentido cronológico y ontológico. Pero como es verdad que la vida humana merece dignidad porque la dignidad es intrínseca a la persona, no hay inconveniente en empalmar una afirmación y la otra para desembocar en la afirmación de que la dignidad inherente a todo ser humano en cuanto es persona confiere la base de todos los demás derechos". (104, Tomo II)

"La dignidad no se halla mencionada, ni como derecho ni como principio, en nuestra Constitución, pero cuenta con base normativa en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional". Dentro de la Constitución está incluida en el art. 33. (105, Tomo II)

Expresa el art. 33 de la Constitución Nacional: "las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

"El derecho a la vida, como propio del ser humano, es un derecho de la persona humana. Tan simple aseveración plantea el arduo problema de fijar con la mayor precisión posible desde qué momento existe la persona humana". (Bidart Campos, 1998: 105, Tomo II)

"Los avances científicos y tecnológicos, la bioética, las prácticas de fecundación extracorpórea, etc., que tantas innovaciones y sorpresas nos vienen deparando, inducen a algunos a diferir el instante en que, ya producida la concepción, se tiene por cierto que hay un "individuo" de la especie humana y, por ende, una "persona humana" que coincide íntegramente con ese "individuo". (105, Tomo II)

"Cuando se sabe que para que haya una "persona" humana debe haber, simultáneamente, un "individuo" humano, es posible consentir que la persona comienza con la "individualización" del ser humano, lo cual plantea un problema que desde nuestro punto de vista resolvemos así: si la individualización es posterior a la llamada "concepción" (o

fecundación) y, por ende, el comienzo de la persona humana también lo es (porque coincide con la individualización), no obstante, la vida humana en gestación y desarrollo es siempre y objetivamente, un bien jurídico aún antes de que exista la persona: entonces, tendríamos dos etapas igualmente importantes en perspectiva constitucional:

- a) El período de vida humana desde la concepción hasta la individualización del nuevo ser humano como persona;
- b) El siguiente período de vida humana de ese ser que ya es la "persona" concebida". (105, Tomo II)

A cada período le correspondería:

a') la protección constitucional del proceso completo de la vida en gestación, pese a que todavía no fuera posible hablar de "derecho" a la vida porque faltaría el sujeto (persona) en quien titularizarlo;

b') el "derecho a la vida cuando ya hay persona humana que, en cuanto sujeto, está en condición ontológica de titularizarlo". (105, Tomo II/)

No obstante, la diferencia durante cada una de las etapas propuesta, tanto la vida humana en gestación como el derecho a la vida, tornan inconstitucionales a las normas permisivas del descarte y la destrucción de embriones. (105, Tomo II)

"Nuestra opinión acerca de la inconstitucionalidad de normas que autoricen las prácticas antedichas no significa que las respectivas conductas inconstitucionales deban estar incriminadas y sancionadas penalmente, porque hacerlo es privativo de la política criminal del congreso y no viene exigido por la constitución. Una cosa, es considerar inconstitucional una norma "permisiva" que autoriza a cumplir una conducta contraria a la constitución y otra diferente es que esa conducta deba necesariamente ser tipificada y penada como delictuosa. Lo último no lo compartimos". (106, Tomo II)

"A partir del momento en que se da por cierta la existencia de la persona por nacer, el derecho a la vida comprende el derecho "a nacer". En el período en que todavía no se reconozca la "personalización" del ser concebido y aún no individuado, no correspondería hablar del "derecho" a nacer porque no habría sujeto titular a quien imputar tal derecho, pero hay vida humana que, en cuanto bien jurídico constitucionalmente protegido, debe preservarse contra todo lo que impida o interrumpa su desarrollo evolutivo natural. En correspondencia con ese bien, hay una obligación constitucional de respeto y tutela". (106, Tomo II)

Asimismo, el art. 75, inc. 23, trata sobre los derechos civiles y sociales dentro de los cuales se encuentra, el régimen de seguridad social para el niño desamparado, desde el embarazo hasta el término del período de enseñanza elemental. (488, Tomo I). "Ésta norma se refiere a un régimen de seguridad social, por lo que no puede interpretarse ni como imponiendo el deber de incriminar el aborto mediante ley, ni como deparando una tutela genética al "derecho a la vida" durante el embarazo de la madre. Es cierto que para proteger "al niño" hay que presuponer que se ha comenzado a gestar la vida humana del ser que será un niño, pero insistimos en que esa protección del inc. 23 se emplaza en el ámbito de la seguridad social, y no en el del derecho penal". (106, Tomo II)

TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL:

Dentro de los diferentes derechos que derivan del "derecho a la libertad", la libertad de procreación o el derecho de procrear libremente, fue reconocido de manera expresa en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ésta fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, suscrita por la República Argentina el 17 de julio de 1980, incorporándola finalmente a nuestro derecho positivo con la ley 23.179, en mayo de 1985. (Loyarte, 1995: 234)

En el derecho a la maternidad, se garantiza la facultad de decidir sin interferencia el número de hijos, lo que no aclara es el método por el cual las mujeres y hombres tomen tal decisión, como así tampoco como los espaciaran. (235-236)

La Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por la Argentina por la ley 23.054 (marzo de 1984). Dentro de su articulado expresa el derecho a la vida y a la integridad personal. Cuando esta convención fue ratificada por la República, ya existía el debate sobre la reproducción artificial, y no obstante mantuvo intactos los artículos referidos a los derechos anteriormente mencionados. Luego con la reforma de la Constitución Nacional de 1994, la misma cobró rango constitucional, con lo cual la Argentina mantiene en su derecho positivo la misma posición original, procurando garantizar el "derecho humano a la vida" desde su origen (236)

Por lo tanto, el derecho a la vida de toda persona desde la concepción y el derecho de aquella a la integridad psicofísica y moral tiene reconocimiento explícito en la Constitución como ley suprema de la Nación.

El pacto de San José de Costa Rica protege el derecho a la vida "en general, a partir del momento de la concepción. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente" (art. 4.1) Asimismo el art. 5.1 establece que "toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral" (Bidart Campos, 1998: 105-107, Tomo II)

Por otro lado, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, firmada en 1989 y ratificada por la República Argentina por la ley 23.849. En la misma se establecieron cuatro reservas, entre las que está la que se enuncia a continuación. (Loyarte, 1995: 237)

La Convención define el término máximo de la extensión del significado de niño, art. 1: "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, pero no se logra acuerdo definitivo con respecto al momento del inicio de la consideración del niño como sujeto de derecho. Pero en una de las reservas que realizó la Argentina en la ley por la cual ratificó la misma expresa que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años.

Además, el texto de dicha Convención expresa en su artículo 6, lo siguiente:

- "1. Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

LEY DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES:

La ley provincial 11.028 de 1990, expresa en su texto que las prácticas médicas de fecundación asistida sobre seres humanos, siempre y cuando haya manejo extracorpóreo de gametos y/o de embriones, quedan encuadradas bajo esta normativa.

Además, establece que, las mismas deben ser llevadas a cabo en establecimientos oficiales y/o privados que dispongan de una infraestructura adecuada, como así también personal capacitado. Todo esto previa autorización sanitaria competente.

Asimismo, los establecimientos habilitados deberán llevar un registro de toda la actividad que desarrollan. Por su lado, los pacientes deberán prestar conformidad por escrito mediante formulario preimpreso donde se explican el método a utilizarse con sus efectos y consecuencias.

Del mismo modo, la creación del Comité de Ética Provincial, integrado por investigadores y expertos en la materia, cuya función será la de asesorar a la autoridad de aplicación en todas las cuestiones concerniente a esta temática.

LEY DE LA PROVINCIA DE NEUQUÉN:

La ley provincial 2.258 de 1998, establece en su texto, la creación de la "Comisión Provincial Permanente de Fecundación Asistida e Investigación Genética", constituida por diversas instituciones y organismos.

La función de dicha Comisión es la de asesorar para la reglamentación de la práctica de la fecundación asistida e investigación en la Provincia con respecto a las aéreas de biología, ética, jurídica, sociocultural y económica.

Por otro lado, define lo que se entiende por "fecundación asistida". Asimismo, enuncia en su texto que, queda prohibido en los establecimientos asistenciales y de investigación genética, la formación de bancos de embriones, admitiéndose la crioconservación de embriones humanos sólo excepcionalmente. Como así también quedan prohibidas las prácticas de clonación, creación de híbridos, comercio de gametos y embriones crio conservados en humanos.

II. DERECHO COMPARADO

"No existen dos lugares con leyes idénticas. Estas diferencias generan un fenómeno que los especialistas denominan "turismo de procreación": como algunos procedimientos están permitidos en algunos lugares y en otros no, los interesados en someterse a métodos de reproducción asistida viajan por el mundo detrás de ese hijo que tanto desean". Doctor Jean Cohen⁹.

FRANCIA

Para tratar de reducir los posibles futuros casamientos entre consanguíneos, se restringió a 5 (cinco), el límite máximo de fertilizaciones que pueden realizarse con gametos del

⁹ Doctor Jean Cohen, director del *Center de Stérilité* del Hospital de Sevres, de París.
http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=131856

mismo donante. Además, también está permitida la espermodonación.

Con el objetivo de salvaguardar el derecho de identidad del futuro hijo, a quién consideran que no puede negársele la posibilidad de conocer a sus ascendientes genéticos, establecen un anonimato flexible que permite que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo pueda conocer la identidad de los donantes¹⁰. Se mantienen en reserva los datos de identificación del tercero donante, cuando se realiza por medio de inseminación o fecundación "in vitro" heteróloga. El hijo sólo podrá acceder a información general de los donantes que no comprenda la identidad.

ESPAÑA:

La ley 35 del año 1988 sobre Reproducción humana asistida, trata entre otros, el tema de la crioconservación y otras técnicas, en un capítulo especial. En éste establece que "los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los bancos autorizados por un máximo de cinco años", aclarando a continuación que "pasados dos años de crioconservación de gametos o preembriones que no procedan de donantes, quedarán a disposición de los bancos correspondientes".

Asimismo, en su redacción original, la ley exigía a los matrimonios o parejas con gametos o preembriones conservados para su propia reproducción, que expresaran por escrito su voluntad de cómo deberían ser utilizados en el caso de fallecimiento de uno de sus miembros, de divorcio, de contracción de enfermedades determinadas o si deseaban donarlos (art. 10, ap.8)¹¹.

Lo mismo que sucede en Francia, a los efectos de reducir la posibilidad de casamientos entre consanguíneos, en España se limitó el número a 6 (seis), de fertilizaciones que pueden ser efectuadas con gametos del mismo donante.

Por otro lado, también está permitida la espermodonación, asimismo, como la ovodonación.

La ley española sólo admite develar los datos de identidad del donante con carácter restringido, cuando proceda de acuerdo a las leyes penales o cuando el hijo se encuentre atravesando una situación de peligro para su vida (art. 5.5, Ley 14/2006)¹².

GRAN BRETAÑA:

Por medio de la *Human Fertilisation and Embriology Act*, del año 1990, exige en su art. 3º que, "ningún permiso podrá autorizar a almacenar o utilizar un embrión después de que haya aparecido la vena primigenia", y agrega que "se considerará que la vena primigenia ha hecho su aparición al final del período de catorce días que comienza el día en que los gametos se mezclan, sin que se compute a éstos efectos el tiempo durante el cual pueda permanecer el embrión almacenado". También dispone como condición en el art. 14 que "no se almacenen gametos o embriones más allá de un período reglamentario, y si siguen almacenados al final de dicho período, se permita que mueran", fijando el plazo legal de

¹⁰ WEBB, María Soledad. (2007). Fertilización asistida con células reproductivas de donante. Una posibilidad de ser padres que brinda la ciencia y la legislación no puede negar.

¹¹ HIDALGO, Soraya Nadia. (1993). Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso?

¹² KRASNOW, Adriana. (2007). El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida.

almacenamiento en cinco años¹³.

En el año 1978, luego del nacimiento del primer bebé de probeta, se realizó el informe Warneck, donde se nombró una comisión de 15 miembros, integrada por médicos, juristas, y personas con experiencia en política familiar y protección de la infancia, procurando que diversos puntos de vista, laicos y religiosos estuvieran presentes. El informe quedó concluido en junio de 1984, haciendo hincapié en las dificultades de su realización, dada la diversidad de pareceres y sentimientos al respecto. Se trataba con todo esto de obtener un "firme y general punto de vista", calculando las ventajas e inconvenientes de las medidas que pudieran adoptarse, partiendo de la base de que ciertos principios y ciertos límites son necesarios. El informe, que cuenta con 13 capítulos, incluye finalmente una lista de 64 recomendaciones.

Admite las nuevas tecnologías reproductivas, si garantizan el derecho del hijo de contar con un emplazamiento completo (materno y paterno). Admite la inseminación o fecundación "in vitro" heteróloga, si se le reconoce al hijo su derecho de acceder al conocimiento de su origen biológico. En este sector, se permite el acceso a los datos de identidad del tercero donante, con la aclaración que este conocimiento no impacta en el emplazamiento filial. El tercero donante como no tiene voluntad procreacional resulta ajeno al vínculo filial¹⁴.

Al igual que en otros países está permitido tanto la espermodonación, como la ovodonación.

ESTADOS UNIDOS:

Con respecto al tema de la congelación de embriones o crioconservación, existen en determinados estados, leyes específicas que la prohíben, afirmándose que ello constituye un experimento ilegal. El estado de Luisiana en el año 1986, tenía una legislación al respecto bajo el título Embriones Humanos, la cual prohibía la destrucción de un embrión "in vitro" criado y declaraba que las disputas entre las partes debían ser resueltas en el "mejor interés" de lembrión.

Dicho país no contiene legislación que regule las actividades realizadas con las células madre embrionarias. En el año 2001 el expresidente George W. Bush emitió un comunicado en el cuál expresaba que se suprimían los subsidios del gobierno federal para la investigación relacionada con dichas células.

Ante este silencio del nivel federal los distintos estados de los EE.UU. se han visto en la necesidad de legislar al respecto. Advertimos que comenzando la década del 80 al menos 35 estados han emitido cuerpos legales y se han ido acomodando en diferentes posturas, algunos a favor de la investigación con células madre embrionarias y otros en contra. Por ejemplo, en 2004, el estado de California aprobó un determinado presupuesto durante 10 años para realizar investigaciones con células madre embrionarias. Por su parte, los estados de Connecticut, Illinois, Maryland y Nueva Jersey, entre otros, apoyan fuertemente este tipo de investigaciones. En el otro lado del espectro se colocan estados como Indiana, Dakota del Sur y Luisiana; quienes se oponen a la investigación con células madre embrionarias.

¹³ HIDALGO, Soraya Nadia. (1993). Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso?

¹⁴ KRASNOW, Adriana. (2007). El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida.

El estado de Luisiana ha declarado radicalmente, mediante ley del año 1986, que los embriones humanos son personas jurídicas.

Con el objeto de salvaguardar el derecho de identidad del futuro hijo, a quién consideran que no puede negársele la posibilidad de conocer a sus ascendientes genéticos, establecen un anonimato flexible que permite que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo puede conocer la identidad de los donantes.

Ya en el año 1983 se contaba con organizaciones destinadas a buscar mujeres para ser inseminadas artificialmente por la demanda de parejas estériles, mediante una remuneración, quienes son llamadas, madres subrogantes, en los estados de California, Maryland, Arizona, entre otros.

ITALIA:

En el medio gráfico "La Nación", se expresa que, en diciembre de 2003, el Senado italiano aprobó la ley sobre la fecundación artificial, que prohíbe las donaciones de semen de personas ajenas a la pareja, lo que excluye de la posibilidad de recurrir a esta técnica a parejas estériles, solteros y homosexuales.

También veta la ley la investigación sobre los embriones, al tiempo que establece la posibilidad de crear "in vitro" solamente tres, que deberán ser todos implantados, ya que se impide su supresión o congelación¹⁵.

ALEMANIA:

Mediante la ley penal 745 del año 1990, se protege al embrión humano desde el momento mismo de su concepción. Por lo que no se admite la constitución de "bancos de embriones", siendo obligatoria la transferencia al útero materno -de la madre biológica- de todos los embriones obtenidos por fecundación "in vitro", que en ningún caso podrán ser más de tres (art.1.1.3)¹⁶.

Este país, permite la donación de semen, pero con autorización previa, que estudia cada caso en particular. Aunque con la finalidad de asegurar el nexo biológico de la madre con su hijo, prohíben la donación de óvulos.

Admite la utilización de las técnicas enumeradas en este trabajo si garantizan el derecho del niño, nacido por estos medios, de contar con un emplazamiento completo, tanto materno como paterno. También se le reconoce al niño el derecho de acceder a los datos de su origen biológico.

MEXICO:

En México, se reguló el tema. En Jalisco, sólo se admite la inseminación artificial homóloga. En el Estado de Coahuila se regula la inseminación homóloga y heteróloga, limitando esta última para los cónyuges o convivientes afectados por una esterilidad o infertilidad médica diagnosticada. Por último, el Distrito Federal modificó su Código en el año 2000 e incluyó los métodos de procreación humana asistida, destacando la importancia de

¹⁵ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=553738- Italia aprobó una ley restrictiva sobre la fecundación artificial.

¹⁶ HIDALGO, Soraya Nadia. (1993). Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso?

la voluntad en la utilización de las técnicas.

AUSTRALIA:

Fue el primer país en aprobar legalmente la congelación de embriones como parte del proceso de fertilización "in vitro". La razón más importante fue la de evitar embarazos múltiples, pero no se admitió que los embriones humanos congelados fuesen destinados a la experimentación o a la maternidad por sustitución. El dictamen médico que sirvió de fundamento a esta legislación añadía otras recomendaciones, entre las que se encontraba, que la conservación de estos embriones no debía durar más de diez años, o hasta que se usaran o terminara la relación de la pareja, sugiriendo el establecimiento de una adecuada legislación que estableciese el status de los hijos nacidos por éstas técnicas.

ARGENTINA:

Luego de que en la República Argentina las técnicas de reproducción asistida se han venido desarrollando en los últimos años a pasos acelerados, al amparo de la falta de una normativa que las reglamente especialmente. En el país existen cerca de 40 centros privados de fertilización asistida¹⁷.

Así lo demuestran los nacimientos de multillizos, gracias a la ayuda de la ciencia; entre los casos más resonantes se encuentran el alumbramiento de los quintillizos Riganti, los quintillizos Ruffini y los sextillizos López, ocurridos entre mayo de 1992 y 1993.

El 25 de junio de 2013 fue promulgada de hecho, la ley sancionada el 5 de junio de 2013, bajo el nº de Ley 26.862 llamada de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médica asistida", finalmente reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional el 22 de julio de este año, través del decreto 956/13. Esta nueva ley es de orden público según la propia disposición del artículo 10 de la misma¹⁸.

En su artículo 2º define como reproducción médica asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, comprendiendo tanto las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones y permitiendo incluir a futuro nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación que está prevista en el artículo 3º y es el Ministerio de Salud de la Nación que mantendrá un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médica asistida incluyendo aquellos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones (art. 4º).

Entre los requisitos para acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médica asistida, solo se exige la mayoría de edad que y según lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, el consentimiento informado, que es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer (art. 7º).

El artículo 8º incorpora como prestaciones obligatorias en el Programa Médico Obligatorio

¹⁷ <http://www.clarin.com/sociedad/Scioli-propone-Provincia-tratamientos-fertilidad0294570722.html> - Scioli propone que la Provincia pague los tratamientos de fertilidad.

¹⁸ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=833166 - La fertilización asistida está regulada por ley.

(PMO) la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médica asistida, los cuales incluyen muchas de las ya vistas anteriormente en el trabajo: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, sin introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en el artículo referido, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por el Ministerio de Salud para aquellas personas, incluso menores de edad que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

D. CONCLUSIÓN

La carencia de salud por diversos motivos, que impide que, tanto hombres como mujeres puedan procrear de forma natural, los lleva a recurrir no solo a la adopción, sino incluso a los tratamientos de fertilización humana asistida, desarrollados en este trabajo.

Como se puede observar a lo largo de toda la exposición es un tema muy complejo y delicado con lo cual no debe ser tratado ni tomado a la ligera. Por lo que prohibir todos estos métodos y tratamientos no serviría de nada, debido a que se seguiría utilizando pro dichas parejas (como viene sucediendo hasta hoy día) y además la ciencia seguiría avanzando en su investigación en forma clandestina. Lo que si hubiese que hacer es regular todas las cuestiones que se van planteando a medida que se ahonda en el tema, para tratar de evitar circunstancias que todo esto acarrea, como ser, limitar el número de embriones sobrantes, que trae aparejado, la destrucción, descarte y manipulación no solo de éstos sino también de los gametos. Asimismo, debería prohibirse la clonación humana artificial, la crusa entre células humanas y animales, entre otras cuestiones.

Como primera medida se debería indicar a partir de cuándo se entiende que se es persona, tal y como lo hizo en su momento el jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, en el Código Civil Argentino, para evitar así todo tipo de conflictos que se puedan suscitar.

Si bien la ley 26.862 contempla normativamente cómo y cuáles son los métodos de reproducción humana asistida existente y va incorporando los que se vayan desarrollando con el correr del tiempo no trata integralmente los oídos puntos analizados en este trabajo.

Otro punto para tratar, en este sentido, sería la crioconservación, el tiempo que los centros médicos o instituciones especializadas pueden mantener almacenados tanto los gametos como los preembriones humanos.

Con respecto a los donantes de células reproductoras femeninas como masculinas, se debería limitar el número de donaciones que estos puedan realizar para evitar futuros problemas de consanguinidad entre los nacidos por estos métodos. Como también se

tendría que controlar la cantidad de óvulos que se obtienen por hiperestimulación ovárica, y restringir el número de óvulos que se fecundan para impedir embriones "supernumerarios" o embarazos múltiples.

Dentro del mismo consentimiento médico que dan aquellos pacientes que se someten a los métodos de reproducción asistida, previstos por la ley 26.862 sería interesante que expresaran su voluntad en caso de fallecimiento, acerca de cuál será el destino de los embrones aún no implantados, como es el caso de la implantación *post-mortem* del marido. En su caso si da el consentimiento de implantarlos o donarlos.

Debería prohibirse el contrato entre la madre sustituta que se presta llevar adelante un embarazo a cambio de una retribución realizada por una pareja, a quienes aquella debe entregarle al bebé al finalizar el mismo, caso que parecería haber sido contemplado en el frustrado Proyecto de Unificación Civil y Comercial.

Además, correspondería sancionar a quienes comercialicen con las células femeninas y masculinas y con los embrones fecundados y a quienes destruyan, descarten y/o manipulen genéticamente a los mismos, de manera desmedida. Incluso la utilización para la fabricación de cosméticos.

La manipulación genética incluye la alteración de células germinantes que afectaría a la persona producto de este tratamiento, así como también la elección del sexo, el color de ojos, de cabello, la contextura física, entre otras cuestiones.

Otros de los puntos que debería incluirse dentro de la regulación, ya que no es un punto tratado por la ley 26.862, es la creación de una base de datos o registro, controlado por autoridad competente -pese a la afectación de la confianza pública imperante-, donde queden asentados todos los datos de los donantes, como de quien recibe la donación, y de las células humanas donadas sean femeninas como masculinas (Cantidad, calidad, entre otros supuestos). Este registro va a permitir no solo el control sobre los pacientes sometidos a estas nuevas técnicas sino también de los institutos médicos que realicen los mismos y/o, en su caso, de las investigaciones científicas que se lleven a cabo.

Asimismo, como sucede en la adopción, quienes se someten a este tipo de técnica, debería cumplir determinados requisitos, como ser la edad, las cualidades morales y materiales, antecedentes médicos, entre otros. Por otro lado, de la misma forma que se le informa al adoptado, su identidad, origen, y todo lo que tenga que ver con su familia biológica, considero que a las personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida se le debe comunicar acerca de su origen y que tengan la posibilidad de conocer quiénes fueron sus donantes y que no quede en el anonimato pues esto hace al derecho a la identidad de las personas.

Otro de los fines de la base de datos seña, evitar los matrimonios con una persona consanguínea en un futuro, debido a que puede implantar a diversas parejas las células provenientes a una misma persona. De la misma forma debería agregarse a los requisitos prenupciales, cuando se hace referencia a los exámenes médicos, con los cuales deben cumplir los futuros cónyuges para estar en condiciones de contraer nupcias, un examen de ADN. Debido a que a más de 30 años de nacida el primer bebé-probeta, la misma si quisiera contraer matrimonio cabría la posibilidad de que su futuro cónyuge, sea consanguíneo, si fueron fruto de la donación anónima de células reproductoras de la misma persona.

Los niños concebidos por estos métodos de reproducción humana asistida, debería tener una protección especial, debido a que existen riesgos de manipulación o destrucción de embriones, así como de que sean utilizados para la experimentación e investigación, conflictos relacionados a la filiación e identidad, si bien la cobertura médica asistencial de las obras sociales parece haber sido solucionado por la nueva ley y su reglamentación.

Hay parejas que son capaces de hacer cualquier cosa por tener un hijo, sin pensar en las consecuencias que pueden causarles a esa persona que están creando como si fuera un rompecabezas, ya sea eligiendo los rasgos físicos, congelando los, preembriones para luego descongelarlo años después, incluso como sucede en el caso comentado en la introducción que dos gemelos nacieron con 10 años de diferencia, o aquellos hijos de donantes, pero fecundado en el vientre de la mujer de la pareja. Creo que para regular sobre este tema se debería tener en cuenta como principio fundamental del superior interés del niño, un principio constitucional contemplado en la Convención de los Derechos del Niño, incorporada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, directamente operativo y base de una futura y anunciada legislación sobre Protección integral de niñas, niños y adolescentes.

E. BIBLIOGRAFÍA

TEXTO:

- BECHER, Dora y MAMMINI, Susana. (1995). *Buscando, 200 respuestas sobre reproducción asistida*. Argentina. Editorial Tiempo.
- BIDART CAMPOS, Germán. (1998). *Manual de la constitución reformada (1º reimpresión)*. Tomo I y II. Buenos Aires. Editorial EDIAR.
- BORDA, Guillermo A. (2001). *La persona humana*. Buenos Aires, Editorial La Ley.
- COPELAND, Larry J. (2002). *Ginecología*. (2º edición). Buenos Aires. Editorial Médica Panamericana S.A.
- DEMAREST, Robert J. y SCIARRA, John J., (1972). *Concepción, nacimiento y anticoncepción. (Una presentación visual)*. (2º edición). Buenos Aires. Editorial Paidos.
- GARCÍA, Juan José (1995). *La reproducción artificial - aspectos técnicos y éticos*. San Juan. Breviarios de la Universidad Católica de Cuyo.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. (2001). *Tratado de Derecho Civil. "Parte General"*. (19º Edición); Tomo I. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.
- LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E. (1995). *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- MANDELBAUM, Jacqueline y PLACHOT, Michelle. (1993). *La generación probeta*. España. Ediciones Urano.
- MARTINEZ, Stella Maris. (1994). *Manipulación genética y derecho penal*. Buenos Aires. Editorial Universidad.

- MONGE, Fernando. (1988). Persona humana y procreación artificial. España. Editorial Libros MC.
- PIETRA, María Luciana. (2007). Derechos del niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida. Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Volumen 36. Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.
- RIVERA, Julio César. (1997). Instituciones de Derecho Civil. Tomo I "Parte General". Buenos Aires. Editorial Abeledo Perrot.
- SGRECCIA, Elio. (1996). Manual de bioética. México. Editorial Diana.
- VÉLEZ SARFIELD, Dalmacio. Código Civil de la República Argentina. Notas.

PÁGINAS DE INTERNET:

- <http://www.clarin.com/diario/2008/12104/urnlm-01815963.htm>- Presentan al primer bebé fruto de un embarazo por vitrificación de óvulos en el país.
 - http://www.minutouno.com.ar/minutouno/nota/1_03883-Milagro-de-la-ciencia-unbebé- de-disenosalva-la-vida-de-su-hermano/- Milagro de la ciencia: un 'bebé de diseño' salva la vida de su hermano.
 - http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=833166- La fertilización asistida será regulada por ley.
 - http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=553738- Italia aprobó una ley restrictiva sobre la fecundación artificial.
 - http://www.clarin.com/sociedad/Scioli-propone-Provincia-tratamientos-fertilidad_O_294570722.html- Scioli propone que la Provincia pague los tratamientos de fertilidad.
- ~ http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1311207- Premian al padre de la fecundación in vitro con el Nobel de Medicina

DOCTRINA:

- HIDALGO, Soraya Nadia. (1993). Congelamiento y destrucción de embriones, ¿avance o retroceso? LA LEY 1993-D, 1193.
- KRASNOW, Adriana. (2007). El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida. LA LEY 2007-F, 1224.
- PARISE, Agustín. (2007). El status legal de los embriones humanos en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América. LA LEY 2007-F, 1088.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. (1986). La aplicación de la inseminación artificial y otras técnicas genéticas en los seres humanos. (Introducción, panorama general y referencia específica a los derechos argentino y español). LA LEY 1986-D, 1013.

<http://www.laleyonline.com.ar/maf/app/document?srguid=ia744c7180000012a09ae77e5195b59ec&>

src=search&context=9&crumbaction=append&ststate=&bchistory=&td=&docguid=i789
12BFFOD2F11 07 A3000001 0201
FOE9&rs=&epos=2&page=0&linktype=ref&bctocguid=&spos=&snippets=true&vr

- WEBB, María Soledad. (2007). Fertilización asistida con células reproductivas de donante. Una posibilidad de ser padres que brinda la ciencia y la legislación no puede negar. LA LEY Sup. Act. 05/06/2007, 06/06/2007, 1.

http://www.laleyonline.com.ar/maf/appldocument?rs=&vr=&src=search&docguid=i5353CA5E40E448A6913F108982A515FA&spos=&epos=2&td=&bctocguid=&bchistory=&ststate=&linktype=ref&pa_Qe=O&snippets=true&srguid=ia744c7180000012a09b6fce9887ba909&crumbaction=append&context=47

LEGISLACION NACIONAL:

- Ley 26.862 – Congreso Nacional de la República Argentina - Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicaamente asistida.

LEGISLACIÓN PROVINCIAL:

- LEY 11.028 - Provincia de Buenos Aires – Prácticas médicas de fecundación asistida comprobada en seres humanos.

- LEY 2.258 - Provincia de Neuquén – Comisión Provincial Permanente de Fecundación Asistida e Investigación Genética.

SECCION JURISPRUDENCIA

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL INTRAUTERINA CON SEMEN DE DONANTE. ÚNICO MÉTODO POSIBLE Y RECOMENDABLE HASTA LA FECHA PARA QUE LA PAREJA LOGRE SU EMBARAZO. ESTERILIDAD PROVOCADA POR UNA ENFERMEDAD. G. G. G. Y OTRO C/ A. M. F. F. A. S/ AMPARO"

En la ciudad de Mar del Plata, a los 27 días del mes de marzo de dos mil trece, avocados los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata al análisis de estos autos caratulados: "G.,G.G. y otro c/ A.M.F.F.A. s/AMPARO". Expediente N° 13.754 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad (Expediente N° 51.679). El orden de votación es el siguiente: Dr. Jorge Ferro, Dr. Alejandro Tazza, Dr. Luis P. Slavin. Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art 109 del R.J.N.-

El Dr. Ferro dijo:

Llega la causa a esta Alzada, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora, a fs. 65/7 contra la sentencia de primera instancia de fs. 60/2 vta., por medio de la cual el Sr. Juez a quo rechazó la acción de amparo incoada por el Sr. G.G.G. y la Sra. B.C.L. contra la Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (en adelante, A.M.F.F.A.)), con costas en el orden causado.// Que los agravios de la recurrente, se dirigen a cuestionar el decisorio de grado pues a su criterio el a quo efectuó una errónea interpretación de los hechos y del derecho al poner de relieve la inexistencia de disposiciones legales que regulen las prácticas cuya cobertura pretenden los accionantes.// Asimismo, critica que el a quo haya considerado que las mencionadas prácticas carecen de regulación específica en nuestro país y concluya que el vacío legislativo trae aparejado que no existe norma que imponga a los agentes del seguro de salud la obligación de cubrir las prestaciones asistenciales vinculadas a la tecnología de fertilización.-

Al respecto, el apelante razona que dicha aseveración es errónea y arbitraria en relación al criterio sostenido por de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derecho a la salud.- Añade que aún cuando la prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio o hipotéticamente en la legislación vigente los derechos que los actores estiman vulnerados son derechos humanos y trascienden el orden positivo vigente. Sumado a ello, expresa que en orden a garantizar la tutela de los derechos constitucionales la interpretación del ordenamiento positivo debe informarse y conformarse con los principios jurídicos que emanen de la Constitución Nacional.-

Señala que si bien el juzgador reconoció que la imposibilidad de procrear puede afectar la salud de quienes lo padecen, manifestó: "...no debe perderse de vista que en el presente se pretende la manipulación de gametos de un tercero donante, con todos los inconvenientes jurídicos que ello puede conllevar, ya que tampoco dicho supuesto se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico argentino e incluso es objeto de diversos reparos en la doctrina y jurisprudencia".-

Al respecto, el recurrente estima que la donación de esperma es una cuestión que tiene que ver con la bioética, con la filosofía y con las creencias religiosas pero no genera los inconvenientes jurídicos que refiere el juez a quo.-

Por el contrario, a criterio del apelante, está claro que el tratamiento mencionado es el único — por el momento— que puede realizar el Sr. G. para tener hijos con su pareja.-

Por ello, solicita se revoque la decisión de grado y se haga lugar a la acción de amparo incoada por los actores.-

Concedido el recurso de apelación y corrido el respectivo traslado de ley, habiendo decaído el derecho que dejó de usar la AMFFA demandada para formular su réplica, fueron elevadas estas actuaciones a este Tribunal, quedando a fs. 71, en condiciones de dictar sentencia. Providencia que se encuentra firme y consentida.-

Analizadas las constancias reunidas en el legajo y las críticas traídas a consideración por la actora, adelanto mi opinión en sentido de revocar la decisión apelada por los motivos que paso a exponer.-

Del libelo inicial se aprecia que la pareja accionante solicita la cobertura total del tratamiento de inseminación artificial intrauterina con semen de donante.-

Ello, como consecuencia de la imposibilidad de engendrar un/a hijo/a que les acarrea la esterilidad que provoca la enfermedad "azoospermia" que le fue diagnosticada al Sr. G., lo cual, les impone — por ahora— como única forma posible para lograr un embarazo un tratamiento de inseminación intrauterina (MU) con semen de donante (v. fs. certificados médicos de fs. 4 y 17).-

Luego de realizar las gestiones pertinentes ante la AMFFA, sin obtener éxito de su pretensión, la pareja actora promovió la presente acción de amparo, a fin que se arbitren los medios necesarios que den solución a los conflictos asistenciales que padecen, con fundamento en normas constitucionales.-

De las constancias de autos surge acreditada la patología del actor (v. fs. 6/7 y 10, que no ha logrado ser desvirtuada por prueba en contrario) y no existe controversia en torno la respectiva afiliación del y la actor/a a la AMFFA; tampoco respecto de la solicitud de cobertura realizada por ante la demandada para el tratamiento que en esta instancia se replantea.-

En efecto, la discusión ha quedado trabada en la posibilidad o no de que la demandada esté obligada a la cobertura del tratamiento de inseminación artificial intrauterina y si la negativa que dio resulta arbitraria.-

Adentrándose al *thema decidendum*, cabe recordar lo sostenido en reiterados precedentes en cuanto a que el derecho a la inviolabilidad de la vida es de carácter absoluto, en el sentido de que vale para todos los hombres, desde siempre y para siempre.-

El derecho a la vida -no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica- asume un papel central en la sistematización de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhieren las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas.[1]

En relación, dable es transcribir lo sostenido por el profesor Alberto Charzman Birenbaum[2] quien aborda la comprensión del derecho a la salud desde una visión holística, integradora, como derecho personalísimo y de incidencia colectiva, a la luz de su jerarquía constitucional, criterio del que participo: "*El estudio del derecho a la salud no tiene sentido, emancipándolo de la vida. La salud representa un delicado equilibrio que garantiza la continuidad de la vida. El derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida*". Con esta tendencia, indicó: "...cabe referirse a la salud no solamente en relación a las condiciones corporales y fisiológicas de la persona, sino señalando su inserción en el medio social, tal como aparece definida en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud: "La salud no es algo puramente negativo, como si la salud, en general, consistiere en la simple exclusión de la enfermedad corporal y de las tareas físicas, como si la salud mental, en particular, no significara otra cosa que la ausencia de toda alienación o anomalía. La salud comprende positivamente el bienestar espiritual y social de la humanidad y, por este título, es una de las condiciones de la paz mundial y de la seguridad común". Por lo tanto, se trata de un estado de completo bienestar físico, mental y social y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades.-

Y específicamente, es pertinente adunar que en el marco de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en el año 1994, en El Cairo, a la cual Argentina asistió como Estado Participante, fue aprobado un Programa de Acción sobre la base de los siguientes principios: "*Principio 1: Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos.*

Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (...) Toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal (...) Principio 8: Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. Los programas de atención reproductiva de la salud reproductiva deberían proporcionar los más amplios servicios posibles sin ningún tipo de coacción. Todas las parejas y todas las personas tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo. Principio 9: La familia es la unidad básica de la sociedad y como tal es preciso fortalecerla. Tiene derecho a recibir protección y apoyo amplios... ", entre otros. (El subrayado es propio).-

A la misma conferencia internacional asistió en calidad de organismo especializado la OMS, y a partir de ello ha conceptualizado a la salud reproductiva como "*un estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.*"

Con este encuadre, debo significar, tal como expresé in re: "L. H. A. y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo" [3], que tanto las prepagas como las obras sociales están obligadas a atender todos los embarazos, partos y tratamientos de los recién nacidos, más allá de cómo hayan sido concebidos, puesto que, en caso contrario, sería una forma de discriminación hacia ellos y respecto de la población de menos recursos que ve frustrado su anhelo de descendencia y vulnerado su derecho consagrado en el art 14 bis de la Carta Magna en torno a la protección de la familia, sin discriminaciones de ninguna naturaleza.-

Lo cual hago extensivo a la mutual demandada pues el decreto de necesidad y urgencia 1991/2011, dictado el 29/11/2011, incorporó al art. 1 de la nueva ley 26.682 de medicina prepaga (sancionada el 4/5/2011 y promulgada el 16/5/2011, publicada en el B.O. del 17/5/2011) a las mutuales, entre otras —que hasta entonces se hallaban expresamente excluidas— quedando por tal comprendida dentro de todas sus previsiones, entre ellas la de su art. 7, del Capítulo III "De las prestaciones", que establece: "...deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médica asistencial, el programa médico obligatorio vigente según resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para personas con discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias." [4].-

El decreto de necesidad y urgencia 1991/2011 sienta la intención final del Poder Ejecutivo de contemplar la integración y articulación de todos los subsectores involucrados en el sistema de salud, pues legitimar la existencia de entidades (cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones) que no se encuentran obligadas al cumplimiento de las disposiciones de la ley 26.682, origina distorsiones en la actividad de la salud y en consecuencia un perjuicio para los usuarios, tal como reconoció el Poder Ejecutivo en los considerandos del decreto referido.-

De allí, que no quedan dudas acerca de la naturaleza jurídica de la AMFFA y las normas que le son aplicables.-

Por otra parte, alegaciones referentes a que el tratamiento de inseminación artificial no está contemplado en la ecuación económica financiera del contrato, enmascaran prioridad a un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos humanos sagrados como lo son: el derecho a la vida; a la salud (en particular, a la salud reproductiva y el derecho a procrear); derecho adquirido a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegidos, a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos: art. 25, inc. 1 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador", art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.-

Y en desmedro de los arts. 14 bis; 41 de la Constitución Nacional y la ley 25.673, por medio de la cual se creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable cuyo objetivo es "... alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual, y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia (...) garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable". (El destacado me corresponde).-

En este marco legal nacional y teniendo en consideración las recomendaciones contenidas en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994 —El Cairo—, y de forma compatible con los derechos humanos internacionales universalmente reconocidos, se desvanece el basamento de sentencia de grado por el cual el juzgador afirma que la demandada no se ha conducido en forma arbitraria e ilegal al negar la cobertura solicitada.- Por ello, resulta ajustado a derecho revocar la sentencia de grado en este aspecto.-

En otro orden de ideas, cabe aclarar que el objetivo de la política de salud no es ofrecer iguales prestaciones para todos sino prestaciones según necesidades que representen una igual posibilidad de gozar de buena salud dentro de un sistema universal y solidario [5]. En consecuencia, el equilibrio, no se rompe por otorgar cobertura a un tratamiento de fertilidad de baja complejidad mediante inseminación intrauterina (MU) único método —por el momento— posible y recomendado para que la pareja de autos pueda lograr un embarazo, sino por no otorgarla.-

Más aún, cuando asiste también a los actores el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y su aplicación. En tal sentido, la Sra. Juez Patricia G. López Vergara, sostuvo: *"También es dable resguardar judicialmente este derecho. Numerosas parejas han hecho realidad el postergado sueño de ser padres gracias a los avances científicos en materia genética, por eso también existe un derecho de aquellas personas aquejadas de la imposibilidad física de procrear de acudir a estos logros científicos en pos de su derecho al disfrute más alto posible de su salud integral"*[6], criterio que comarto y corresponde aplicar al sublite.-

La inseminación artificial (con semen de la pareja o de donante) es una técnica de baja complejidad que consiste en observar cuidadosamente el ciclo menstrual de la mujer, depositando el semen en su vagina en el momento que el óvulo es liberado. Dependiendo del sitio donde se deposite el semen la inseminación artificial puede ser intravaginal, intracervical, intraperitoneal, intratubaria o intrauterina. Siendo esta última variante la prescripta para la Sra. B. Carolina L.-

En ese caso debo señalar que tanto las parejas fértiles como las infértilles tienen derecho a concebir niños y agregarlos a su familia, frente a esta circunstancia la disponibilidad de medios tecnológicos resulta —en el sublite—, imprescindible para posibilitar la procreación.-

Es en este contexto y teniendo en cuenta que la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad resulta evidente, para los casos en que la aplicación de las técnicas de fecundación artificial sean requeridas debido a infertilidad, que las obras sociales deban cubrir dentro de las prestaciones médicas obligatorias el tratamiento de la enfermedad; el procedimiento terapéutico de reproducción humana asistida, embarazo, trabajo de parto, parto y posparto e inclusive cuidados neonatales del recién nacido por ajustarse a las previsiones legales arriba citadas.-

Para el eventual supuesto que se entendiera que el art. 2 inc. f) de la ley 25.673 no protege la situación de las personas que estamos analizando debo significar lo expuesto por Carlos Niño en cuanto refirió que: *"el derecho positivo debe proteger tales derechos subjetivos; un sistema coercitivo que no lo hiciera, no sería digno de ser llamado "derecho"*.-

Esta determinación sobre el derecho subjetivo, tuvo su coronación en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1791, como culminación de la Revolución Francesa, en la cual se establece que el fin último de los Estados es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, tales como el derecho a la libertad, a la vida, a la salud, a la salud reproductiva y procreación, entre otros. Y sobreabundando en materia de derecho, debo significar que esos derechos son derechos morales que la gente los tiene, independientemente de lo que disponga el sistema jurídico por cuanto los órganos estatales tienen el deber de reconocerlos dictando normas que los reconozcan y no que los restrinjan, como en el caso de autos, habida cuenta que el objeto que todas las leyes poseen *"es incrementar la felicidad general de la comunidad y sus componentes y por lo tanto, deben excluir cualquier cosa que tienda a destruir esa felicidad; en otras palabras, excluir lo que sea pernicioso"*[7].[8].-

Si creo preciso destacar, que desde la Recomendación 1046 de la Comunidad Europea de 1986 la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolla de manera continua y por ende, la protección debida al embrión se basa en el respeto a la dignidad humana y en el respeto de los derechos e intereses del hijo que se pueden resumir en el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica y existencial, en el derecho a la familia y en el derecho a la propia identidad genética, la cual trataré luego.-

De ahí que el respeto a aquella dignidad, impide tratarlo como un simple objeto de investigación y debe condenarse su utilización con fines industriales y/o comerciales.-

Plasmadas estas consideraciones, vislumbro que una de las fases del tratamiento inseminación artificial indicado para los actores está constituido por la donación de semen; a ese fin debo destacar que en materia de genética y técnicas de fecundación artificial los avances científicos se producen a pasos titánicos, determinando la desactualización y asincronía de nuestro Código Civil con respecto a la realidad que se impone, y frente a ello, el juez no puede permanecer ajeno.- Prioritariamente, quiero significar que esa donación de semen, debe estar apoyada tanto en el consentimiento libre del donante, como de la pareja receptora con los aditamentos de que todo ello debe ser confidencial y gratuito.-

Lo singular de este caso, por así decir, es que este tratamiento consiste en realizar la inseminación artificial con semen de un donante, el que será depositado (en este caso) intrauterinamente. Cabe destacar, que el semen procede de un donante voluntario respecto de quien no se puede conocer su identidad, aspecto que trataré más adelante.-

En el caso particular, se trata entonces de una inseminación artificial heteróloga que se caracteriza por la preservación del anonimato del dador del material genético, como forma de fomentar la donación.-

Tal como afirma la más reciente doctrina [9] en el orden comparado, se proyecta una tendencia basada en que tanto la donación de gametos como su recepción, integrarían el ámbito de la intimidad y, en consecuencia, debería —preservarse toda intrusión que vulnere el derecho de secreto o reserva de los sujetos involucrados.-

Pero frente a ese anonimato se encuentra el derecho del hijo concebido con el empleo de esas técnicas a conocer su realidad genética y su eventual ejercicio.-

Partiendo, entonces, de la premisa que las prácticas de procreación humana asistida deben respetar los derechos personalísimos del embrión y teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación asimismo ha puesto en consideración el sentido, alcance y primacía[10] del derecho a la identidad biológica (en aspectos tan sensibles como la "identidad filiatoria" y su relación con los elementos biológico y existencial del niño[11]), sostengo la imperiosa necesidad de preservar los derechos inalienables del futuro/a hijo/a nacido/a a partir de esta técnica, por ello propongo tomar estrictas medidas consistentes en el resguardo de los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el proceso; consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado de todas ellas.-

En el derecho comparado, existen soluciones dispares en materia de inseminación o fecundación in vitro heteróloga. Algunos prohibicionistas (el sistema jurídico de Italia y del Estado de Jalisco, en México) y otros recepcionistas "de esta técnica, pero regulando de forma diferente la posibilidad del hijo de acceder al conocimiento de su verdad de origen.-

Así en Suecia [12], Noruega, Alemania, Suiza o Portugal se reconoce el derecho del hijo nacido por inseminación artificial a conocer la identidad del tercero dador al alcanzar la mayoría de edad, pero este conocimiento no impacta en el emplazamiento filial; Suecia es el único país con legislación sobre la procreación humana asistida, que niega el derecho al anonimato del donante de semen en favor de lo que considera un bien para el hijo.-

Por su parte, España[13] e Inglaterra[14], aun reconociendo el derecho al anonimato del donante, contemplan el acceso, por parte del hijo que nazca procedente de semen de donante, a cierta información general, llamada identidad genética, acerca de éste, al alcanzar la edad de 18 años; además, la legislación española acepta que excepcionalmente se revele la identidad biológica del donante "si existe peligro para la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales vigentes, aclarando que dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes (art. 5.5 del Capítulo II "Participantes en las técnicas de reproducción asistida", de la ley 14/2006)".-

Francia y Grecia, reconocen el derecho al anonimato del donante, aunque contemplan el acceso por parte del hijo a cierta información general acerca de éste al alcanzar la edad de 18 años.-

Dable es destacar, lo referido por el Dr. Abel Fleitas Ortiz de Rosas[15], en cuanto a la decisión del gobierno británico de permitir a los hijos de donantes de esperma y óvulos y embriones, conocer la identidad de los dadores del material genético, al tiempo que los dadores del material genético no tendrán ningún tipo de responsabilidad legal, ni financiera sobre el niño, ni serán forzados a encontrarse con su hijo biológico si no lo desean.-

En Argentina, la tecnología reproductiva como sus efectos en relación con los derechos personalísimos no se encuentran contemplados, ni regulados en norma alguna; sin embargo ha sido tratada por la Corte Suprema.-

Ante la diversidad de fallos de dicho Alto Tribunal, no se podido seguir una pacífica doctrina judicial sobre este tema, motivo por el cual, creo, debo aplicar lo que dimana de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto protege su derecho a conocer su realidad biológica pero también le asiste el de preservar su intimidad de injerencias arbitrarias, razón por la cual no se le puede dar un alcance absoluto pues hay que preservar el interés superior del niño, motivo por el cual, al tratarse de un derecho personalísimo, solo a él le cabe inquirir sobre su identidad y su conjunto de elementos que lo integran, diferente, creo, es el caso de la identidad genética.-

Por último y en lo que concierne a la consideraciones del Sr. Juez de grado relativas al ejercicio de potestades discrecionales e invasión de poderes, procede aclarar que "*es deber del Poder Judicial ser garante de las normas, constitucionales o infraconstitucionales atento su rol dentro del Estado de Derecho en el que se debe evitar el menoscabo de principios, garantías y derechos constitucionales de las personas en las causas que se presenten para decisión, en virtud del art. 31 de la Carta Magna toda vez que la supremacía constitucional no tolera recorte alguno, menos aun cuando a través de interpretaciones cerradas y confinadas respecto de resoluciones sublegales en la materia, se produce la alteración de derechos federales.*"

Ello de manera alguna implica la rotura del principio republicano de división de poderes; por el contrario, constituye un ámbito normal dentro de la competencia de todo juez frente a un proceso de amparo en el cual la pretensión esgrimida tiene como antecedente una negativa u omisión de una autoridad... "[16].-

Para finalizar, en atención al tradicional enfoque asistencialista que asumió la demandada, advierto sin hesitación alguna que existen normas generales (enunciadas *ut supra*) que dan los lineamientos a los cuales corresponde ceñirse, y me estoy refiriendo en particular al derecho a la vida y a la salud consagrados en la ley fundamental y en el derecho internacional con jerarquía constitucional, única premisa a la que está obligado el Juez puesto que la discrecionalidad del magistrado sólo debe ser otorgada por las reglas del sistema, que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, tales como: la adopción de medidas que integren los aspectos sanitarios con los sociales en pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos.-

Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar al recurso de apelación incoado por los actores a fs. 65/7 y revocar la sentencia de grado de fecha 30 de noviembre de 2011. En consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo con los alcances enunciados *ut supra* y condenar a la demandada Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (AMFFA) a brindar a sus afiliados la cobertura total e integral del tratamiento de un tratamiento de inseminación intrauterina (MU) con semen de donante, bajo la atención médica del Dr. M. L., en la cantidad de oportunidades que fundamente y prescriba el galeno, quien deberá garantizar la previa aceptación libre y consciente de la aplicación de la técnica prescripta, que deberá ser anterior y debidamente informada a la parte actora de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y agregar en concordancia con la solución adoptada por este Tribunal in re: "B., C. y otra c/ UP s/ Amparo" (expediente N° 12.021, registrado al T° CVII F° 15485 de la Secretaría Civil de esta Alzada), tratándose de una inseminación artificial con semen de donante: a) Deberá obtenerse el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado, de todas las partes involucradas en el suceso, debiendo resguardarse los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso en forma confidencial impidiéndose, por ende, la publicidad de los mismos, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametos de terceros y sus eventuales consecuencias, y asimismo deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que el dador ha sido advertido que el semen será utilizado para fines de procreación, que ha sido informado pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de

aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc.-

Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo aquí dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad, b) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a estos temas (inseminación artificial y donación de gametos), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente, c) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 14 de la ley 16.986).- Tal es mi voto.- Fdo.: Jorge Ferro, Juez de Cámara.-

El Dr. Tazza dijo:

I.- Resumidos los agravios y las circunstancias de la causa por el voto del Dr Ferro -a cuyo relato me remito por razones de celeridad y economía procesal-, me dedicaré a continuación a efectuar el análisis de las cuestiones propuestas por la parte accionante a revisión de esta Alzada.-

Previo a resolver la cuestión tráida a debate, resulta oportuno precisar algunas cuestiones atinentes a la vía intentada por los amparistas para la dilucidación de la temática planteada.-

En primer lugar, es dable recordar que en materia de amparos el actual texto del art. 43 de nuestra Constitución Nacional, reza: *"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución..."*.-

En efecto, la acción de amparo constituye un remedio de excepción cuya utilización está reservada a los supuestos en que la carencia de otras vías legales más aptas para resolverlos pudiera afectar derechos constitucionales. Así, pues su apertura requiere de circunstancias de muy definida singularidad, caracterizada por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado, sólo puede ser reparado acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo.-

En tal orden de ideas, este Tribunal ha significado en numerosos precedentes, que la acción de amparo elaborada e instituida para hacer efectivas las garantías constitucionales "...es un proceso excepcional, utilizable en casos extremos, cuando se pongan en peligro las salvaguardas de derechos fundamentales y cuando la carencia de otras vías legales no permita alcanzar los resultados queridos... o cuando no exista medio judicial idóneo"[17], o sea, exige como presupuesto de admisibilidad, la prueba por parte del pretendiente que el daño concreto y grave ocasionado puede eventualmente ser reparado sólo acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo, que no existan remedios apropiados para obtener la protección del derecho que dice conculado o cuando t se acredite que acudiendo a ellos, peligre la salvaguarda de los mismos, amén de la presencia de arbitrariedad, irrazonabilidad e ilegalidad manifiesta.- Específicamente, en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física, no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir, pues los propios valores en juego y la normalmente presente urgencia del caso, se contraponen al ejercicio de soluciones de esa índole.-

Y en ese contexto es que frente al contundente rechazo de la obra social a la cobertura pretendida y teniendo en cuenta que la cuestión sometida a debate no permite que se extienda en el tiempo una larga discusión en el marco de un proceso ordinario, porque conforme la naturaleza de los derechos comprometidos se podría perjudicar y/o frustrar la posibilidad de procreación de los amparistas, entiendo que no existe duda alguna respecto de la idoneidad de esta vía para la dilucidación de los derechos constitucionales que los actores estiman vulnerados por la obra social demandada.-

Sentado que el amparo resulta ser la vía idónea para debatir el objeto de este pleito, y analizado el escrito de apelación interpuesto por los amparistas a fs. 65/7, encuentro que las cuestiones que el recurrente propone a revisión de esta Alzada poseen íntima relación entre sí, por lo que considero conveniente su tratamiento de manera conjunta.-

Del análisis de las constancias de autos, se observa que los amparista solicitan la cobertura total del tratamiento de fertilización asistida con la técnica inseminación intrauterina con semen de

donante o banco. El reclamo tiene como objeto superar el cuadro de Azoospermia que padece el Sr. G.-

Tratándose el presente de un amparo en materia de salud, conviene recordar de manera preliminar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "*el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su carácter trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental*" (doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros).-

El derecho a la vida -no sólo a la vida sino también a una buena calidad de vida y por consiguiente a una adecuada atención médica- asume un papel central en la sistemática de los derechos humanos, ya que tiene por contenido un bien humano más básico que todo el resto, pues resulta ser la condición necesaria, primera y más fundamental para la realización de los otros bienes; por otra parte, tiene como objeto a la misma existencia sustancial del hombre, que es el sustrato en el que inhieren las restantes perfecciones humanas existencialmente no autónomas.[18]

En tal orden de ideas, Alberto Charzman Birenbaum[19] sostuvo que: "*El estudio del derecho a la salud no tiene sentido, emancipándolo de la vida. La salud representa un delicado equilibrio que garantiza la continuidad de la vida. El derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida*".-

Asimismo, debemos recordar que el derecho a la salud incluye la salud reproductiva y la atención sanitaria pertinente. La Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud reproductiva como "el estado general de bienestar físico, mental y social, y no una mera ausencia de enfermedad o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos (Naciones Unidas, documento A/CONF: 171/13: informe de la CIPD).-

Por ello, se debe tener en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, además de su derecho a procrear.-

Si bien la Organización Mundial de la Salud considera a la infertilidad como una enfermedad, en el derecho argentino no sólo no está definido qué se entiende por trastorno de fertilidad, sino que además falta determinar previamente cuáles serían los tratamientos médicos indicados a los supuestos clínicos que la norma individualice. Ante tal silencio legal, y pese a existir varios proyectos en el Poder Legislativo, aún no se ha regulado los alcances, límites y efectos jurídicos" 'de la "fertilización asistida", por lo que resulta preciso determinar el alcance de la obligación del agente de salud accionándola a la cobertura de estas técnicas, conforme los alcances del derecho constitucional a la salud, habida cuenta que el acceso a las técnicas de fertilización asistida se alza como una de las múltiples aristas que conforman el derecho a la salud y, más puntualmente, el derecho a la salud sexual y a la procreación responsable.-

En efecto, el hecho que la prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio, no resulta de por sí causa suficiente para eximir a la demandada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud, habida cuenta que los derechos que los amparistas estiman vulnerados son "*derechos humanos que trascienden el orden positivo vigente*".-

Es más, si bien la ley 25.673 que crea el "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable" no incluye expresamente el tratamiento de la infertilidad dentro de los aspectos inherentes a esta rama del derecho a la salud, sí lo hacen algunas legislaciones locales, tales como ley 418 de "Salud reproductiva y procreación responsable" de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo art. 4º, inc. i) dispone entre sus objetivos específicos el de "orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad". Así también, la ley 509 de Tierra del Fuego, cuyo art. 6º, inc. e) establece que "se garantiza la implementación" de acciones, destinadas a "orientar las demandas referidas a infertilidad y esterilidad". La ley 6433 de la provincia de Mendoza reza en su art. art. 2º inc. f) que entre "los objetivos específicos del Programa Provincial de Salud Reproductiva" se encuentra el de "efectuar la detección precoz y el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual y de las patologías del aparato reproductor", y en su art. 4º inc. g) que el Programa brindará dentro de sus servicios "información y asesoramiento sobre infertilidad". En fin, la ley 1363 de La Pampa determina en el 3º que: "El programa operará en forma simultánea en centros asistenciales de mayor complejidad, a través de los servicios de tocoginecología y obstetricia y en las unidades del primer nivel de atención de salud, a través de los cuales se brindarán los siguientes servicios:

(...) e) facilitar la información y la accesibilidad a los recursos necesarios para el tratamiento de la infertilidad...".-

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta innegable que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta surge de la interpretación que hace el agente de salud demandado de la normativa vigente, habida cuenta que -como lo indiqué *ut supra*- "*los derechos humanos trascienden el orden positivo vigente*" y que, en orden de garantizar la tutela de los derechos constitucionales mencionados, la interpretación del ordenamiento positivo debe informarse y conformarse con los principios jurídicos que emana de la Constitución Nacional. En este caso en particular se encuentran en juego intereses vitales y superiores a tutelar, como lo son las prerrogativas constitucionales que hacen al derecho a la vida, a la salud en su sentido más amplio, a procrear, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional y Tratados internacionales). Además, no sólo es el derecho a la salud el vulnerado, sino también el derecho a la planificación familiar, expresamente consagrado con la sanción de la ley 23.179, que aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (aprobada por la Asamblea de la ONU el 18/12/79), cuyo art. 12 se refiere al derecho a la planificación de la familia.-

Por otro lado, luego de haber realizado un pormenorizado análisis de las constancias de la causa me encuentro en condiciones de afirmar, que los accionantes han logrado demostrar en el expediente que la dificultad para concebir se genera en el cuadro de Azoospermia que padece el Sr. G.-

Asimismo, en torno a la conveniencia, corrección y efectos del método de inseminación requerido por los accionantes, es dable recordar que las técnicas de reproducción asistida han dado lugar a numerosos cuestionamientos basados en razones de tipo ético, moral, religioso, científico y jurídico, habida cuenta que la misma disocia la sexualidad de la reproducción.-

Si bien el tema es complejo y notoriamente preocupante, entiendo procedente la realización de la técnica prescripta cuando existen en juego intereses vitales a tutelar. No escapa a este criterio las críticas que se han ensayado en torno a tales prácticas que son vistas como una forma de instrumentalización de la persona humana apoyadas en una especie de filosofía utilitarista. Tales críticas radican en la concepción de la vida humana libre de cualquier interferencia que implique tratar al ser humano como un medio para la realización de otro fin. A mi modo de ver, y compartiendo desde un principio aquellos postulados elementales que propician al ser humano desde su concepción como una forma de vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo, entiendo que en el caso existen aristas especiales que aconsejan la autorización de esta práctica y el deber de cobertura por parte del demandado.-

Y en este caso en particular, el complicado cuadro de salud que presenta el beneficiario de esta acción de amparo, sumado a las recomendaciones realizadas por los médicos que lo atienden, me convencen de que en el caso de autos se ha demostrado acabadamente la necesidad de la prestación requerida. Además, la demandada sólo opuso argumentos negativos que no desplazan la probidad del tratamiento y que, si bien ponen en duda su viabilidad, no implican la conveniencia cierta de que exista otro medio de asistencia, porque el accionado no propuso un consultor o perito técnico con el objeto de corroborar el padecimiento del amparista, ni tampoco ha sugerido u ofrecido la cobertura de otras terapéuticas- que sean adecuadas y eficaces a las necesidades de los amparistas.-

Sin embargo, para el caso de que fracase el primer intento, la prestación otorgada se limitará hasta dos (2) futuros tratamientos más de idénticas características y con igual cobertura. Ello obedece a las circunstancias fácticas de la presente causa y tiene por finalidad preservar la salud psicofísica de los amparistas, pues es conocido que la infertilidad es una condición médica que tiene muchas repercusiones para las parejas, y que trae aparejado - en la mayoría de los casos- sufrimientos y trastornos psicofísicos.-

Entonces, siendo que la imposibilidad de concebir puede traer graves consecuencias las que, a su vez, pueden impactar de modo negativo en la salud física y psíquica de las personas, y teniendo en cuenta las conclusiones médicas sentadas en la causa, el delicado estado de salud, y los índices estadísticos en cuanto a las probabilidades de éxito del tratamiento, entiendo conveniente otorgar -por ahora- la cobertura de hasta tres tratamientos. Mi fundamento no implica una limitación del derecho a la salud de los amparistas sino que se visualiza más en la preservación de la salud psicológica de los amparistas.-

Desde luego, ello no resulta óbice para que ante el fracaso de los tratamientos aquí otorgados, los amparistas soliciten una nueva cobertura, siempre que se le realicen nuevos estudios para comprobar su buen estado físico y mental, que se acompañen nuevos certificados médicos actualizados que demuestren la persistencia de las circunstancias que en este expediente se han tenido en miras a los efectos de otorgar la cobertura peticionada, y que incluyan las causales de los resultados negativos de los tratamientos aquí otorgados.-

Además, otorgar a la amparista la provisión de la práctica hasta lograr el efectivo embarazo, "...podría colocarnos frente a la presencia de un imperativo obligacional de imposible cumplimiento.", toda vez que", .el derecho no podrá garantizarle a la actora su anhelo de ser madre, pues ello es tarea reservada a la ciencia médica y a los designios misteriosos que encierra la existencia humana (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín in re "Q.,M.T. c. I.O.M.A.", ya citada, del voto del Dr. Echarri). En cambio, lo que la jurisdicción no puede es desentenderse de sus dolencias y/o negarle el acceso a los*procedimientos o tratamientos que la medicina de nuestros días cuenta para vencer, o al menos intentarlo -si bien no curar- el problema de la infertilidad. En tal devenir, es misión de este votante propiciar el dictado de una solución prudente que, sin dejar de afianzar la justicia del caso, descance en parámetros de factibilidad, resulte armónica con la realidad revelada en el expediente, y tome como pauta directriz la noción de razonabilidad, en tanto patrón de conducta que debe presidir en la actuación de todos los órganos del Estado. ("R., N. B. c. I.O.M.A. s, AMPARO", Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de Mar del Plata, 3/11/2009).-

Que, sentado como queda el derecho de los actores a obtener la prestación que intenta remediar el mal que los aqueja, corresponde analizar lo esgrimido en torno al ejercicio de potestades discrecionales e invasión de poderes del Estado.-

En primer término, procede aclarar que en este caso no se está reglamentando el derecho a la salud - materia propia del Poder Legislativo-, sino interpretando el plexo normativo aplicable para dar solución a un conflicto concreto, función propia, normal y cotidiana del Poder Judicial.-

Es más, debe interpretarse que el art. 31 de la Carta Magna establece que "es deber del Poder Judicial ser garante de las normas, constitucionales o infraconstitucionales atento su rol dentro del Estado de Derecho en el que se debe evitar el menoscabo de principios, garantías y derechos constitucionales de las personas en las causas que se presenten para decisión". Ello de ninguna manera implica la rotura del principio republicano de división de poderes; por el contrario, constituye un ámbito normal dentro de la competencia de todo juez frente a un proceso de amparo en el cual la pretensión esgrimida tiene como antecedente una negativa u omisión de una autoridad... [20].-

La supremacía constitucional no tolera recorte alguno, menos aun cuando a través de interpretaciones cerradas y confinadas respecto de resoluciones sublegales en la materia, se produce la alteración de derechos federales.-

Para finalizar, advierto sin hesitación alguna que existen normas generales que dan los lineamientos a los cuales corresponde ceñirse, y me estoy refiriendo en particular al derecho a la vida y a la salud consagrados en la ley fundamental y en el derecho internacional con jerarquía constitucional, única premisa a la que está obligado el Juez, puesto que la discrecionalidad del magistrado sólo debe ser otorgada por las reglas del sistema, que no pueden ignorar los objetivos sociales colectivos, tales como la adopción de medidas que integren los aspectos sanitarios con los sociales en pleno ejercicio de los derechos constitucionalmente reconocidos.-

VI.- Por otra parte, de entenderse que el tratamiento implica *costos excesivos* para el accionado y que genera que el uso de los fondos por un solo beneficiario derivara en el impedimento de los otros a gozar de las prestaciones que le son debidas por ley, se estaría priorizando a un mero interés comercial o mercantilista por sobre derechos humanos sagrados como lo son: el derecho a la vida; a la salud (en particular, a la salud reproductiva y el derecho a procrear); derecho adquirido a una mejor calidad de vida; derecho a la integridad física; a la autodeterminación y el derecho a la igualdad, constitucionalmente protegidos a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos: art. 25, inc. 1 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", art. 12 del Pacto

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.-

Si el acceso a las técnicas de fertilización constituye un aspecto del derecho a la salud, este derecho no se puede encontrar reservado a las personas que poseen los medios económicos para solventar los tratamientos más sofisticados y eficaces contra la esterilidad, y resulte vedado para quienes carecen de recursos suficientes.-

Es más, no se encuentra acreditado que si la demandada afrontara el gasto correspondiente a las prestaciones demandadas, se produciría con ello un grave entorpecimiento en los servicios de salud que deben brindarse al resto de los afiliados. En concreto, no se probó ni justificó con guarismos, demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier otro elemento probatorio la posibilidad de un desequilibrio económico, ni se acreditó la imposibilidad financiera para hacer frente a la prestación reclamada por la actora.-

Por otro lado, no tomar en cuenta la carencia económica de los amparistas, implicaría concentrar la ayuda que brinda el agente de salud en el sector de beneficiarios con capacidad económica bastante para soportar el porcentaje del costo sanitario no alcanzado por la cobertura, pero no llegaría a los sectores cuya posibilidad de acceder a dicha asistencia depende completamente del financiamiento de la obra social. En efecto, aquellos beneficiarios que, por su carencia o severa limitación de recursos propios, se ven impedidos de afrontar el tramo no cubierto de sus gastos sanitarios no demandarán el medicamento o prestación médica de que se trate y, por ende, la obra social tampoco tendrá necesidad de aportar el porcentaje que le corresponde. De este modo, el agente de salud concentrará financiamiento en los beneficiarios con cierta capacidad económica propia y abandonará a los que carecen de ella (cfr. voto en disidencia de la Dra. Carmen M. Argibay en autos: "Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo", CSJN; del 16/05/2006, T. 329, P. 1638).-

En definitiva, si bien la obra social debe aplicar sus recursos con algún efecto distributivo, "*le corresponde financiar un porcentaje tal que permita el acceso efectivo de todos los afiliados a las mismas prestaciones incluidas en la cobertura, y en caso de que, por razones presupuestarias, esa cobertura no pueda "ser igual para todos, es decir el mismo porcentaje del costo final, entonces deberá ser diferencial hasta alcanzar las posibilidades económicas del afiliado, y si finalmente, estas son nulas, entonces deberá financiar el cien por ciento del medicamento, pese a que otros afiliados tengan sólo una cobertura parcial*" (del voto de la Dra. Carmen M. Argibay, ya citado).-

Ante tal interrogante, entiendo que la respuesta debe buscarse teniendo en consideración que en todo estado de emergencia debe garantizarse el acceso a la salud de todos los individuos, prestando especial protección a la salud de los grupos más vulnerables. Dicho de otra manera, en situaciones como la atravesada por nuestro país en estos últimos años -en los que la profunda crisis económica financiera, sumada a la paralización de la producción, el desempleo y la marcada desigualdad social produjeron un descenso importante del nivel de salud de los argentinos-, los agentes de salud deben adoptar las medidas que sean necesarias para incrementar la protección del derecho a la salud de sus beneficiarios.-

Así las cosas, sostengo que la situación particular en la que se encuentran los beneficiarios debe ser valorada -como criterio de distinción- por la obra social a la hora de ejercer su facultad distributiva asistencial, pues ello facilita el acceso de los grupos más vulnerables a la atención de su salud, a la vez que contribuye a reducir los efectos nocivos de otros problemas coyunturales (falta de trabajo, mala alimentación, escasa educación, vivienda precaria o no digna, ingresos escasos, para mencionar algunos) íntimamente relacionados con la salud.-

VII. Sin embargo, no podemos desconocer que el tratamiento prescripto por los médicos tratantes se gestaría a partir de una "donación de semen", por lo que la cuestión amerita su tratamiento por parte del este Tribunal ya que el tema aquí expuesto resulta ser una problemática que puede ser calificada de orden público con proyecciones de afectación a intereses generales por estar comprometido derechos de personas nacidas de gametas donadas. Como bien se ha sostengo las técnicas de procreación asistida y la decisión a adoptarse en torno a ello "desbordan el ámbito de la conducta privada para comprometer el orden público". (Ver Arias de Ronchietto, Catalina E., "Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?", cit por Eduardo Zambrizzi, "La cultura de la muerte" en LL 4-7-2008).-

La utilización de estas terapias de reproducción provoca una fractura en la unidad natural del proceso de la paternidad, habida cuenta que en este supuesto ya no queda la procreación

determinada por los componentes fecundantes de la pareja que iniciaron el presente amparo, sino que se requiere el espermatozoide de un donante para que se produzca el acto procreacional.- En realidad, no resulta conveniente hablar de donación puesto que no se trata de un acto contractual regulado por la ley, siendo lo aconsejable referirse al dador cuando indicamos a la persona que proporciona a otra el material genético necesario para lograr una fecundación exitosa.-

El manipuleo de elementos genéticos, suscita cuestiones éticas, filosóficas y teológicas que condicionan la reflexión en torno a la toma de decisiones en el avance de la investigación científica, en la aplicación de las técnicas apropiadas a los fines propuestos, y en la adopción de reglas o normas jurídicas que son hoy día indispensables habida cuenta de la trascendencia social de estas preocupaciones humanas exteriores a las solas conciencias individuales y que involucran a terceros extraños sin cuya participación y servicios no pueden lograrse los resultados deseados. (Bustamante Alsina, Jorge, "Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial", LL 1997- D-1212).-

No existe un criterio unificado y pacífico en la doctrina y en la legislación nacional e internacional respecto de estas técnicas. En líneas generales, puede decirse que existen en Europa dos grupos de legislaciones sobre procreación asistida con gametas donadas: 1) El primer grupo se compone de leyes que, prohíben o al menos desalientan el uso de gametos de terceros, ya que esta práctica genera una fragmentación de la paternidad y/o maternidad entre diversos individuos y da lugar a lo que algunos psicólogos denominan un "vacío de ascendencia" en el niño, dado que los que proporcionan las gametas son normalmente anónimos. En este grupo de legislaciones se destacan sobre todo la ley alemana de protección del embrión de 1990 (*Embryonenschutzgesetz*) y las leyes adoptadas en Austria (1992), Suiza (1998) e Italia (2004). Esta última ley italiana nº 40 del año 2004 en su Capítulo II (Acceso a las técnicas), Art. 4. 3 establece que "...é vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo....". Es decir, prohíbe el recurso a técnicas de procreación asistida de tipo heterólogo, es decir, con gametos de terceros ajenos a la pareja.-

En ese mismo orden de ideas, en nuestro país se han presentado varios proyectos de ley donde no se admite las nuevas tecnologías reproductivas. Entre otros, encontramos al Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados por Graciela Camaño (Expediente nº 3978-D-2006) que prohíbe la donación de gametos y la subrogación de vientres; el Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados por Graciela Beatriz Gutiérrez - Juan Héctor Silvestre Begnis - Amanda Genem - González Nancy Susana - Eva García de Moreno (Expediente nº 4931-D-2008) que prohíbe la crio preservación de embriones, su adopción, destrucción, comercialización y utilizarlos para la investigación; y el Proyecto de ley presentado en la Cámara de Diputados, (Expediente nº 3465-D-2008) que prohíbe los bancos de semen u óvulos, crio conservar embriones humanos, donarlos y enajenarlos.-

2) El segundo grupo se integra con leyes que buscan satisfacer a toda costa el deseo de obtener un hijo a través de las técnicas de procreación asistida con donación de gametas, defendiendo a ultranza el libre ejercicio de los derechos amparados por la Constitución Nacional, como el derecho a procrear, pero también intentan encontrar un equilibrio entre éstas y la exigencia legal de proteger la vida humana embrionaria y de tutelar los intereses del niño que resulte del procedimiento. En este grupo se destacan, entre otras, la ley española 14/06 sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (que derogó la Ley 35/88).-

Tras esta breve exposición de las diversas corrientes, que responden a ideologías, advierto que en nuestro país hay un vacío legal sobre el tema, por lo que se han planteado innumerables interrogantes que presentan especial interés por la entidad de los intereses que se encuentran en juego y la ausencia en muchos países -como el nuestro- de normativa específica que regle tales técnicas de procreación. Entre estos interrogantes, encontramos que: a) Esta práctica permite disociar el padre biológico con el padre legal, lo cual conlleva varios problemas, como los derivados del emplazamiento filial del niño.-

El avance de la ciencia nos ha enfrentado con nuevos dilemas nunca imaginados por el legislador en oportunidad del dictado del código mencionado, porque actualmente estas nuevas técnicas de reproducción asistida con donantes disocian "*la sexualidad de la reproducción, la concepción de la filiación, padres biológicos y padres legales, y mixtura la identidad biológica*" ("L, M. L. C. c. IOMAs/ Amparo" Juzgado de Primera Instancia Contencioso Administrativo nº 1 de La Plata).-

Relacionado con esto último, se abren otros debates, como la contraposición de dos derechos fundamentales e inherentes a toda persona como son el "*derecho a la identidad*" o a conocer el origen y el "*derecho a la intimidad del donante*"(art. 19 CN), las eventuales acciones filiatorias del donante hacia el menor y viceversa, las acciones sucesorias entre ambos, etc.-

Según se prime el derecho a la identidad de la persona o bien el derecho a la intimidad del donante, con todas las consecuencias que ello acarrea, los autores han elaborado diferentes posturas, que aparejan diversas consecuencias jurídicas:

Anonimato total de quien proporciona el gameto: esta corriente sostiene que debe mantenerse el anonimato del dador, a efectos de dar seguridad acerca de que el mismo no tendrá que enfrentar futuras acciones filiatorias, alimentarias o sucesorias. Para los sostenedores de esta teoría, prima el derecho a la intimidad del donante y por ende no se le permite al niño (ni siquiera al x alcanzar la mayoría de edad) tomar conocimiento de los datos personales a él referidos, "*esta corriente predomina en la doctrina francesa y algunos proyectos* de 'Q nuestro país (Laferriere- Storani)*". (María Franca Alessio - María Luciana Pietra, O "Procreación Humana asistida y derecho a la identidad").-

Sustentan su postura en que el donante anónimo no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la fecundación porque en ningún momento manifiesta su voluntad procreacional.-

Otros postulan que la donación será anónima, pero que el nacido puede conocer los datos biogenéticos del donante (anonimato relativo). Sostienen que sobre el anonimato prevalece el derecho del hijo a conocer su procedencia biológica, y que sólo tendrán acceso a esos datos, sin que tal conocimiento genere responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole. Concuerda con esta alternativa la ley española 14/06 sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (que derogó la Ley 35/88), que, en el art. 5.5 establece que "*la donación será anónima*", pero reconoce a "*los íftyos nacidos tienen el derecho por sí o por sus representantes a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad*". Sin embargo, muchos autores rechazan esta alternativa, pues consideran que con el sólo conocimiento de los datos genéticos del dador no queda resguardado adecuadamente el derecho del hijo de conocer su propio origen (Quesada González, María Corona, "El derecho ¿constitucional? a conocer el propio origen biológico").-

Hay una tercera postura, muy ligada a la anterior, que defiende no solo el conocimiento de los datos biogenéticos sino también el derecho a conocer la 23 identidad personal del donante, pero sin ninguna otra consecuencia jurídica ni derecho alguno. Expresan que otorgarle a una persona el derecho a conocer su origen no implica facultarla a reclamar judicialmente por filiación, y que la determinación de esa relación genética y el conocimiento de la identidad del donante no implica relación jurídica alguna. El donante de gameto debe quedar desvinculado jurídicamente del que nazca de él, no sólo en el sentido de que no se le puede hacer reclamación alguna de maternidad o paternidad o de sus consecuencias jurídicas sino también de cualquier otra reclamación o indemnización o responsabilidad alguna. Concuerda con esta alternativa la *Ley sobre Inseminación Artificial de Suecia del año 1984*, que reconoce el derecho del niño nacido por inseminación a conocer la identidad del donante al alcanzar la mayoría de edad. La ley española 14/06 si bien, en principio, admite que los hijos nacidos tienen el derecho por sí o por sus representantes a obtener información general de los donantes "*que no incluya su identidad*", admite excepcionalmente, que "...en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes" y que "*la revelación de la identidad en los supuestos en que procede conforme al art. 5.5 no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*".-

En tanto, en Argentina existe un vacío legal sobre el tema, habida cuenta que "...los avances científicos, por su parte, cursan generalmente por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Este asíntronomo entre la Ciencia y el derecho origina un vacío jurídico respecto de los problemas concretos, que deben solucionarse, si no es a costa de dejar a los individuos y a la sociedad misma en situaciones determinadas de indefensión..." (M., V. A. El, G.s/ amparo, Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 17-12- 08).-

Ante esta situación, se han presentado algunos proyectos de ley que aún se encuentran en debate en nuestro país. Entre ellos, encontramos el proyecto presentado en la Cámara de Diputados por Lía Bianco, Miguel Ángel Iturrieta y Timoteo Llera (Expediente n° 2977-D-2008), que propone que *"toda mujer puede ser inseminada con semen de un donante anónimo... El donante anónimo en ningún caso podrá reclamar derechos vinculados a la filiación sobre la persona nacida de /as gametas por él donadas. Las personas nacidas de /os gametos donados por terceros, una vez llegados a la mayoría de edad, podrán solicitar conocer la identidad del donante que aportó sus gametas".* En el mismo sentido, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva presentó un proyecto de ley de regulación de reproducción asistida ante la Cámara de Diputados, que incluye un capítulo sobre el uso de la gametas donadas (óvulos y espermatozoides): *"la persona nacida de gametas donadas por terceros, una vez llegada a la mayoría de edad, podrá solicitar judicialmente conocer la identidad del donante que aportó sus respectivas gametas. La persona nacida de gametas donadas será reconocida • como hijo biológico de los beneficiarios de las técnicas y los donantes de gametas no tendrá en ningún caso derecho ni obligaciones sobre el niño nacido".* Ese mismo derecho del niño a conocer la identidad de sus padres biológicos, se encuentra reglado expresamente en la ley 26.061 ("Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes"), que establece en su artículo que los niños *"...tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres..."*. Asimismo, la Corte Europea de Derechos Humanos en la causa: "M.A.J. c. Suiza", del 13/07/2006, y resolvió que: *"...el derecho a conocer su ascendencia queda incluido en el Q concepto marco de "vida privada", comprensivo de aspectos importantes de la O identidad personal dentro de la cual la identidad de los progenitores forma parte (/) 3 (caso Odiere c. Francia) ...".* En este precedente, la Corte consideró que la negativa del gobierno de autorizar la realización de la prueba biológica afecta al demandante en su vida privada, por tratarse de un interés vital.-

Asimismo, el Proyecto presentado por Adriana Raquel Bortolozzi de Bogado en la Cámara de Senadores (Expediente n° 0113-S-2008), propone permitir la utilización de células germinales - óvulo o espermatozoide- provenientes de una tercera persona donante, pero *"...para la práctica de tal reproducción, los interesados deberán instar la jurisdicción de los juzgados con competencia en asuntos de familia".*-

De todo lo expuesto se deduce que la laguna normativa respecto al tema planteado debe ser cubierto urgentemente con una ley de procreación humana asistida, que tenga en cuenta la supremacía de ciertos valores, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida, a procrear, el derecho del niño a crecer en un ambiente familiar, y que se respete su identidad. Ello, atento a que el niño concebido mediante estas técnicas es más propenso a que se vulneren sus derechos, por lo cual necesita una protección especial. Asimismo, se debe considerar la situación de desamparo en la que se encuentra hoy el dador, y por otro lado, los padres que tuvieron intenciones de tener un hijo, los cuales se verían desplazados por quienes nunca lo hicieron, por el sólo hecho de que estos últimos hayan aportado el material genético. Entiendo, entonces, que es necesario plantear una reforma legislativa a fin de contemplar estas cuestiones, y respetar verdaderamente el interés superior del niño consagrado en la Convención sobre Derechos del Niño y en las nuevas leyes de infancia, por lo que propongo ordenar al a quo que libre un oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (donación de gametas), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación para su eventual tratamiento por parte del órgano deliberativo.- Finalmente, advierto que, si bien esta técnica no se encuentra reglada en ninguna disposición normativa, ello no resulta un obstáculo para acceder a lo peticionado en autos, toda vez que, esta práctica no se halla prohibida por ley, y que existe una prescripción médica que recomienda recurrir a la donación de semen como consecuencia del cuadro de azoospermia que padece el Sr. G.-

Sin embargo, previo al inicio de tal tratamiento, el centro médico especializado deberá resguardar los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametas de terceros y sus eventuales consecuencias, y asimismo deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que el dador ha sido advertido que el semen será utilizado para fines de procreación, que ha sido

informada pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc. Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo aquí dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad.-

En cuanto las costas, considero que deben tenerse en cuenta varias circunstancias, a saber: el Agente del Seguro de Salud accionado cumplió, en su momento, la normativa impuesta por el Estado Nacional, ya que en el PMO no está incluida la prestación solicitada; debido a lo anterior, los accionados pudieron creerse con derecho a negar dicha prestación; la cuestión sometida a pleito fue excepcional porque no hace mucho tiempo que se abrieron los debates científicos en el mundo del derecho acerca de la obligatoriedad de cobertura de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad.-

Por lo expuesto, advierto que este caso concreto, existen razones para que la condena en costas, se aparte del principio general en la materia y se impongan en el orden causado.-

Por todo lo expuesto, de conformidad con las disposiciones legales nacionales e internacionales citadas, propongo al Acuerdo:

Revocar el decisorio fs. 60/2, y en consecuencia: Hacer lugar a la acción de amparo incoada por el Sr. G.G.G. y la Sra. B.C.L. contra la Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (A.M.F.F.A.), ordenando a la accionada que provea lo conducente para cubrir total e integralmente el tratamiento de fertilización asistida con la técnica inseminación intrauterina con semen de donante o banco. Para el caso de que fracase el mismo, se otorga hasta dos futuros tratamientos más de idénticas características y con igual cobertura;

Tratándose de una fecundación con gametos de un tercer dador deberá: a) obtenerse el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado, de todas las partes involucradas en el suceso, en los términos expresados en el punto VII del presente voto, b) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a estos tema (donación de gametas), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente; 3) Imponer las costas de ambas instancias el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCCN, art. 17 ley 16.986).-Tal es mi voto.-Fdo.: ALEJANDRO OSVALDO TAZZA, Juez de Cámara

El Dr. Slavin dijo: Por sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Tazza.- Tal es mi voto.- Fdo.:

LUIS PABLO SLAVIN, CONJUEZ DE CAMARA

Mar del Plata, 27 de marzo de 2013.-

VISTOS: Estos autos caratulados: "GAIDO, Gustavo G. y otro e/A.M.F.F.A. s/ AMPARO". Expediente N° 13.754 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 4, Secretaría N° 3 de esta ciudad (Expediente N° 51.679) y lo que surge del Acuerdo que antecede

SE RESUELVE: (Por unanimidad)

Hacer lugar al recurso de apelación incoado por los actores a fs. 65/7 y revocar el decisorio fs. 60/2, en consecuencia: Hacer lugar a la acción de amparo incoada por el Sr. G.G.G. y la Sra. B.C.L. contra la Asociación Mutual Farmacéutica Florentino Ameghino (A.M.F.F.A.), ordenando a la accionada que provea lo conducente para cubrir total e integralmente el tratamiento de fertilización asistida con la técnica inseminación intrauterina con semen de donante o banco, bajo la atención médica del Dr. Marcelo Lauria.-

Tratándose de una inseminación artificial con semen de donante: a) Deberá obtenerse el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente y por separado, de todas las partes involucradas en el suceso, debiendo resguardarse los datos biogenéticos e identificatorios de todas las partes involucradas en el suceso en forma confidencial impidiéndose, por ende, la publicidad de los mismos, hasta tanto se reglamenten por el Poder Legislativo las modalidades de los tratamientos que utilizan gametos de terceros y sus eventuales consecuencias, y asimismo deberá obtener el consentimiento libre, expreso e informado otorgado personalmente, y por separado, de todas ellas. En él se manifestará que el dador ha sido advertido que el semen será utilizado para fines de procreación, que ha sido informado pormenorizadamente de los objetivos que se persiguen y de sus implicaciones, que puede surgir el derecho a la identidad biológica en los términos del art. 11 de la ley 26.061, que hasta tanto se regulen estas prácticas, será de

aplicación las normas previstas por el Código Civil en lo relativo a filiación, derechos sucesorios, obligaciones alimentarias, impedimentos matrimoniales, etc. Del mismo modo, se le debe hacer saber a los amparistas lo aquí dispuesto antes de iniciar este tratamiento, y las posibilidades de éxito y de fracaso y de los aspectos psicológicos involucrados, así como las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la aplicación de estas técnicas y las referentes a formas alternativas de paternidad. b) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación y al Ministerio de Salud, haciendo saber el vacío legislativo en torno a estos temas (inseminación artificial y donación de gametos), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente.-(Por mayoría del Dr. Tazza y del Dr. Slavin) Para el caso de que fracase el primer tratamiento, se otorga hasta dos futuros tratamientos más de idénticas características y con igual cobertura.-Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, 2da. parte CPCCN, art. 17 ley 16.986).-REGISTRESE. NOTIFÍQUESE. DEVUELVA//-

Fdo.: Jorge Ferro (en disidencia parcial), Juez de Cámara – Alejandro Osvaldo Tazza, Juez de Cámara, – Luis Pablo Slavin, Conjuez de Cámara

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo del tercer integrante de este Tribunal a los fines del art. 109 del R.J.N.//-

Fdo.: Dra. ANALÍA DEFUCHI, SECRETARIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE MAR DEL PLATA

[1] CFAMDP, "López Andrea I. c/ Osecac s/ amparo" reg.5646, de fecha 14/7/00.

[2] Chartzman Birenbaum, Alberto (30-08-2007). "Una visión holística del derecho a la salud y la política de gestión". Hologramática - Facultad de Ciencias Sociales UNLZ. Año VI, número 7, VS, pp69-85.

[3] CFAMDP, expte. nro. 11.578. Tº XCVIII Fº 14563.

[4] Ver en sentido similar, CFA de Rosario "Sala "B", "R., A. d MEDYCIN s/Amparo. Sumarísimo", del 27 de diciembre de 2011.

[5] Chartzman Birenbaum, Alberto. Op. cit.

[6] Del voto de la Sra. Juez Patricia G. López Vergara, en autos: "A.M.R. y otros e/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires", 20/11/2007. Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario nro. 6, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

[7] Bentham: An introduction to the Principles of Morals and Legislation.

[8] Ver en idéntico sentido, lo sostenido en sentencia registrada al Tº XCVIII Fº 14563.

[9] Antonio Andrade, "El Derecho a conocer la verdad biológica en conflicto con otros derechos fundamentales", DJ 17/06/2009.

[10] CSJN, fallo del 1 de noviembre de 1999.

[11] CS, Fallo S.1801. XXXVIII - "S., C. s/adopción", 2 de agosto de 2005.

[12] Ley sobre la inseminación artificial (1985) -Niega el derecho al anonimato del donante de semen a favor de lo que considera un bien para el hijo- y Ley sobre la fecundación in vitro (1988).

[13] Ley 35/88 sobre técnicas de reproducción asistida (22/11/1988).

[14] Ley sobre fertilización humana y embriología (1991).

[15] "Derecho a la identidad", LL 2005-F-963, en comentario a la publicación del diario La Nación (Buenos Aires), jueves 22 de enero de 2004.

[16] Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, del voto del Dr. Schreginger in re: "S.A.F. y A.H.A" del 15/12/2008.

[17] CFAMDP, "Hogar San Agustín s/ amparo", reg. XXXVIII - F. 7684 [18]CFAMDP, "López Andrea I. c/ Osecac s/ amparo" reg.5646, de fecha 14/7/00

[19] Chartzman Birenbaum, Alberto (30-08-2007). "Una visión holística del derecho a la salud y la política de gestión". Hologramática - Facultad de Ciencias Sociales UNLZ. Año VI, número 7, VS, PP69-85

[20] Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, del voto del Dr. Schreginger in re: "S.A.F. y A.H.A." del 15/12/2008.