

Con el impulso de la ciencia, sin fundamentalismos*

Aída Kemelmajer de Carlucci**, Eleonora Lamm*** y Marisa Herrera****

Las cuestiones bioéticas son parte de la realidad de toda sociedad; consecuentemente, el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación no pudo silenciar cuestiones bioéticas directamente relacionadas con el efectivo ejercicio de derechos personalísimos. Claro está, un Código Civil no puede ni debe regular todos y los muy diversos aspectos que involucran las cuestiones éticas, ni siquiera todas las relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). No obstante, debe decidir si mantiene o no un artículo que define desde cuándo comienza la existencia de la persona humana, tal como sucede en el Código Civil argentino actualmente vigente, y dar solución a diversas cuestiones vinculadas al derecho de la filiación. Este trabajo se limita al tratamiento de dos de los temas que han sido objeto de amplios debates: 1) el comienzo de la persona humana y 2) el derecho a la identidad de los nacidos por TRHA con material genético proveniente de un tercero.

Palabras clave: derechos humanos - reproducción asistida - embrión - filiación - Código Civil

* Síntesis del título de los dos artículos que se retoman y profundizan en el presente trabajo: Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. y Lamm E. Nuevo Código Civil, sin fundamentalismos, Diario *Clarín*, 27/12/2012; y, de las mismas autoras, Con el impulso de la ciencia, Diario *La Nación*, 27/09/2012. Disponibles en: <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>; http://www.clarin.com/opinion/Nuevo-Codigo-Civil-fundamentalismos_0_836316427.html

** Ex ministra de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Profesora de cursos de post grado en numerosas universidades argentinas y extranjeras. Doctora *honoris causa* de la Universidad de Paris-Est Créteil.

*** Becaria post doctoral del CONICET. Tutora del Máster de Bioética y Derecho y miembro del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona (UB). Consultora de la Universidad Abierta de Cataluña.

**** Investigadora Adjunta del CONICET. Profesora regular adjunta, UBA. Profesora Titular, Universidad de Palermo.

Bioethical issues are part of the reality of any society. Consequently the project for the amendment and unification of the Civil and Commercial Codes could not silence bioethical issues directly related to the effective exercise of personal rights. It is necessary to note that a Civil Code can not and should not regulate all the different aspects that involve ethical issues, not even all those related to assisted reproduction techniques. However, it should decide whether or not it maintains an article that defines when the existence of the human person begins, such as in the Argentine Civil Code currently in force, and resolve various issues related to the filiation. This work is limited to the treatment of two of the issues that have been widely discussed: 1) the beginning of the human person and 2) the right to identity of the children that are born by TRHA with genetic material from a third party.

Key words: human rights - assisted reproductive techniques - embryo - filiation - Civil Code

Límites de estas reflexiones

Como es sabido, la bioética es una disciplina relativamente nueva. Puede decirse que nace en la década del 70, en el mundo anglosajón, reducida al ámbito biomédico, y fue con esta apariencia que acabó finalmente difundida por el mundo.¹ Como las capacidades técnicas de la medicina se han expandido de modo sorprendente, la bioética se fue extendiendo a otros campos y hoy enfrenta preguntas fundamentales y esenciales acerca de las bases éticas y sociales de la vida familiar.² Puede afirmarse, sin exageraciones, que las cuestiones bioéticas se han convertido en parte de la realidad de toda sociedad.

Por eso, un proyecto que pretende sustituir el Código Civil vigente, como es el Código Civil y Comercial de la Nación, actualmente bajo tratamiento en el Congreso argentino, no pudo silenciar cuestiones bioéticas directa-

mente relacionadas con el efectivo ejercicio de derechos personalísimos.

La profesora Florencia Luna nos ha invitado a formular algunas reflexiones en torno a esas normas proyectadas, que han sido objeto de severas críticas desde todos los sectores, más y menos progresistas.

Desde la perspectiva de la política legislativa, la primera pregunta podría ser: ¿Es lo proyectado el “triumfo” del *lobby* médico o del desarrollo científico?

Algunos han dicho que ha triunfado el primero. Esas personas, ¿se han preguntado si la carencia de regulación no significa mantener y consolidar la situación que describen? ¿No es mejor reconocer a toda persona el derecho a ser beneficiada por el desarrollo científico y, además, en su protección, tener normas claras y precisas? ¿A qué se teme, al “*lobby*” o a las familias que se puedan construir en torno al uso de estas técnicas?

Frente a estos cuestionamientos, aceptamos agradecidas la oportunidad de profundizar el estudio reflexivo comenzado hace tiempo,³ y continuado a través del diálogo crítico expresado en diversas notas periodísticas, especialmente, porque ahora contamos con un nuevo elemento, cual es el resonado caso *Artavia Murrillo y otros contra Costa Rica*, decidido el 28/11/2012 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de ahora en adelante CIDH).

Es necesario advertir, desde el inicio, que un Código Civil no puede ni debe regular todos y los muy diversos aspectos que involucran las cuestiones éticas, ni siquiera todas las relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). No obstante, al parecer debe: (a) regular lo vinculado con el derecho filial; determinar quiénes son padres y quiénes hijos cuando estos niños nacen del uso de dicha práctica; (b) decidir si mantiene o no un artículo que defina desde cuándo comienza la existencia de la persona humana, tal como sucede en el código civil argentino que entró en vigencia en 1871.

Aunque la materia parezca escasa, los conflictos jurídicos de competencia civil involucrados son múltiples. En este trabajo nos enfocaremos sólo en los que han sido objeto de mayores debates: 1) el comienzo de la persona humana y 2) el derecho a la identidad de los nacidos por TRHA con material genético proveniente de un tercero.

El punto de partida, como ya lo hemos expresado en otras oportunidades, es que los embriones humanos no implantados, y en general las TRHA, presentan conflictos complejos, de muy

difícil regulación legal. No es de extrañar, entonces, que ninguna solución legal contente a todos, especialmente, a quienes sostienen posiciones extremas.

En nuestra opinión, el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial (PRCCC) brinda respuestas equilibradas y justas, fundadas en los valores jurídicos de pluralidad, libertad, igualdad, responsabilidad y solidaridad, en completa consonancia con la jurisprudencia de la CIDH, conforme lo demostraremos a continuación.

1. Dos cuestiones claves y conflictivas reguladas en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial: el comienzo de la persona humana y el ámbito de la regulación jurídica de los embriones in vitro

1.1. La existencia de la persona humana

El proyecto inaugura el Capítulo I del Título I dedicado a la “Persona Humana” con una norma que fija el comienzo de la existencia de la persona humana. El art. 19 expresa:

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

A los fines de *la ley civil*, la norma diferencia dos supuestos:

- a) persona que tiene origen en la relación biológica, o acto sexual;
- b) embriones que aún no están incorporados al cuerpo de la mujer.

Dado que a los embriones no implantados no les reconoce personalidad, ni tampoco los señala como una mera cosa, el proyecto establece que la regulación no corresponde al Código Civil sino a una ley especial, que deberá establecer reglas para su protección.

Respecto del comienzo de la personalidad, el art. 19 proyectado distingue dos situaciones:

- a) si hay acto sexual, la personalidad comienza con la *concepción en el seno materno*. O sea, no se modifica la solución del código vigente. Se mantiene la regla como la previó Vélez Sarsfield, siguiendo a Freitas y al Código prusiano. Se reconoce que se trata de una cuestión sensible, y por eso no se quiso introducir modificaciones, ni siquiera de tipo gramatical, aunque se señala expresamente su imperfección en los fundamentos que acompañan el proyecto. De este modo, a los efectos del Código Civil y Comercial, el concebido es considerado una persona humana, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición (nacimiento con vida) que hasta ahora.
- b) si se trata de TRHA, la persona comienza con la implantación del embrión en la mujer. El proyecto incorpora una norma expresa sobre esta situación, necesaria por

cierto en 2013, ya que en 1871 el presupuesto necesario del nacimiento de un niño era la existencia previa de un acto sexual de la madre con un tercero. El embarazo de una mujer era imposible de ser pensado de otro modo.

¿Qué hay de similar y de diferente en ambos supuestos?

Según el art. 19, sea una filiación por naturaleza, o derivada de las TRHA, la persona comienza en el mismo momento: cuando empieza el embarazo, y esto se produce en el momento de la concepción, entendida como *anidación*; es decir, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero, como explicamos más adelante.

La solución, entonces, es igual en ambos casos; los efectos de la personalidad comienzan cuando se produce el embarazo.

Las razones jurídicas responden a las de la biología. En efecto, está científicamente comprobado que, conforme el estado de la ciencia hoy, el desarrollo de un embrión *fuera* del cuerpo de una persona con órganos femeninos es imposible. Es verdad que desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de dos gametos, pero esa información genética del cigoto resultante no alcanza para constituir una persona; es la unidad mujer-embrión la que posibilita el desarrollo. El proyecto revaloriza un hecho científico que es el que, en definitiva, permite que una persona pueda efectivamente nacer (el implante) y lo suma a otro hecho científicamente comprobable al

que ya aludía Vélez (el nacimiento con vida).

El art. 19 conserva el término *concepción* y, de este modo, respeta la terminología utilizada por los tratados internacionales, en particular, el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica. Ahora bien, es necesario señalar que la palabra *concepción* no es sinónimo de fecundación sino de anidación. Nos explicamos.

La expresión “concebir un niño” es de uso común. Se la utiliza y entiende comúnmente para referirse a un *embarazo*. Cuando se habla de los tratamientos de fecundación in vitro (FIV), el término “concepción” se reserva para la circunstancia en la que un embrión llega al útero y la mujer queda embarazada, diferente –incluso– del procedimiento de implantación. Es decir, como se destaca en una sentencia australiana⁴ del 2012 en la que se apela al lenguaje ordinario o cotidiano, el término “concepción” significa más de lo que puede lograrse en un tubo de ensayo, se refiere al inicio de un embarazo en el cuerpo de una mujer. El precedente destaca que esta conceptualización es compatible con la de las ediciones actuales de los diccionarios Oxford de inglés, el Macquarie y el de la Real Academia Española. Todos definen “concebir” como, entre otras cosas, “quedar embarazada”. La publicación anterior del diccionario Oxford de Inglés también define “concebido”, el adjetivo, como “traído a la existencia embrionaria en el útero”. Aunque la interpretación no concluye en las palabras de la norma, no puede negarse que es el

primer elemento al que el juez recurre en un sistema de derecho escrito.

También, desde el punto de vista médico, cabe distinguir entre “fertilización” y “concepción”. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos llegan a la “concepción” porque, finalmente, la persona no queda embarazada. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la mujer; adviértase que la prueba de embarazo que arroja resultado positivo se obtiene recién después de dos semanas de aquél momento, aproximadamente. El acto de concebir equivale al acto de lograr un embarazo. Por lo tanto, la concepción no puede configurarse antes de la transferencia del embrión.

El paralelismo con la filiación por naturaleza es visible: la prueba de embarazo también es positiva de diez a catorce días posteriores a la fecundación, dado el gran número de ovocitos fertilizados que se pierden durante el ciclo menstrual normal. Aproximadamente, un 20 % de los cigotos tienen la potencialidad de implantarse en el útero e iniciar un embarazo clínicamente evidente. Esto significa que el 80% de los cigotos no llegan a implantarse o que recién implantados (los que logran llegar a blastocito) se pierden espontáneamente, la mayoría de las veces, debido a errores cromosómicos y estructurales del propio embrión. Así, sólo 20 de cada 100 embriones

generados espontáneamente tienen la posibilidad de nacer. El resto se pierde rápidamente antes de implantarse en el útero, o a los pocos días de la implantación.⁵

En pocas palabras, hay dos etapas fundamentales en el proceso biológico después de la relación sexual: a) la fertilización, que tiene lugar después de que los espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer se han unido y b) la implantación, que se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del vientre materno. Se trata de un proceso por el cual el óvulo fertilizado se adhiere físicamente a la pared del útero. El proceso no se inicia hasta, como muy pronto, unos cuatro días después del comienzo de la fertilización. Recién en ese momento se puede hablar de embarazo; consecuentemente, recién allí se produce la concepción.

Todo lo expresado hasta aquí ha sido claramente explicitado por la CIDH en la esperada sentencia del 28/11/2012 recaída en el caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*⁶. La importancia de esta decisión es enorme pues la jurisprudencia de este tribunal es de aplicación obligatoria para los veinticinco países de América⁷ que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y que se han sometido a la jurisdicción de este tribunal. Tal sometimiento implica la responsabilidad internacional del Estado que no cumple con lo dispuesto en la Convención conforme la interpretación que la Corte Internacional realiza de su articulado.

¿Qué dice la CIDH sobre los embriones no implantados? Exactamente lo mismo que expresa el art. 19 del proyecto: la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

El caso gira en torno a la interpretación del art. 4.1 del Pacto de San José relativo al derecho a la vida, que se encuentra “*protegido, en general, a partir del momento de la concepción*”, en consonancia con el art. 1.2 que dispone que “*persona es todo ser humano*”.

La sentencia, insistimos, afirma que el embrión no implantado no es una persona humana. Para arribar a esta conclusión, lleva adelante un exhaustivo análisis sobre el sentido y extensión de las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”, desde cuatro diferentes tipos de métodos de interpretación: (a) el ya mencionado sentido corriente de los términos; (b) sistemático e histórico; (c) evolutivo, y (d) según el objeto y fin del tratado. Sintéticamente, la sentencia explica:

(a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

La prueba obrante en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión en torno a qué debe entenderse por “concepción”. En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Consecuentemente, reconoce que la definición de “concepción” que los redactores de la

Convención Americana tuvieron en miras allá por el año 1969 ha cambiado sustancialmente pues antes de la FIV, científicamente, no se preveía una fertilización fuera del cuerpo de la mujer. Además, en el contexto científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término “concepción”: una corriente entiende por “concepción” el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; la otra, entiende por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. ¿Cuál debería primar ante la realidad de la FIV? La CIDH considera que la segunda acepción. Para arribar a esta elocuente conclusión, resalta que la prueba científica concuerda en la pertinencia de diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción. Conforme esa prueba constata que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado. Concluye, entonces, que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene

ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “gonadotropina coriónica”, sólo detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.

En definitiva, de manera precisa, la Corte afirma que el término “concepción” al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que ocurre la implantación.

(b) Interpretación sistemática e histórica

La Corte analiza cuidadosamente cuatro sistemas de Derechos Humanos: (i) el interamericano (Convención Americana y Declaración Americana); (ii) el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y Convención sobre los Derechos del Niño); (iii) el europeo y (iv) el africano. Tras un detenido estudio, concluye que ningún artículo de todos estos tratados permite deducir que el embrión no implantado es persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios ni de una interpretación

sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

(c) Interpretación evolutiva

La CIDH afirma que las tendencias de regulación en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de manera igual a una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida. En este sentido, recuerda que en otras oportunidades ha señalado que “*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*” (párrafo 245), destacándose que en el conflicto en análisis “*la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención*” (párrafo 246). Este párrafo es muy significativo pues reitera la necesidad de interpretar la Convención Americana de modo dinámico y evolutivo, en total consonancia con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando aborda conflictos relativos al respeto al derecho a la vida íntima y familiar previsto en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁸

La CIDH reconoce que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la región y que, ante la ausencia normativa, los Estados permiten que la FIV se practique

dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la mayoría de los Estados Parte, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. La Corte considera que estas prácticas en los Estados se relacionan con la manera en la que éstos interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV, estén prohibidas. Dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental –y no absoluta– de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

(d) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado

La sentencia concluye que el objeto y fin de la expresión “en general” contenida en el artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso, señala que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

Este importante precedente pone de resalto un hecho incontestable: “*antes de la implantación exitosa y sana en el útero materno, no hay ninguna posibilidad de que se genere un nuevo ser*” (párrafo 165); las concepciones que confieren “*ciertos atributos metafísicos a los embriones (...) no pueden justificar que se otorgue prevalencia a*

cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (párrafo 185).

En suma, tanto para la Corte Interamericana como para el Código Civil proyectado, el embrión *in vitro* no es persona y por ello es posible la práctica de la FIV.⁹

En definitiva, conforme lo reseñado, el art. 19 proyectado (que distingue el comienzo de la existencia de la persona humana según la persona haya sido gestada por métodos naturales o asistidos) pasa sin dificultad alguna el test de convencionalidad.

1.2. Ámbito de la regulación del embrión no implantado

Se ha criticado al proyecto por no regular *in extenso* la situación del embrión no implantado remitiendo la cuestión a la ley especial.

El derecho comparado no muestra ejemplos de un código civil que regule la situación de los embriones no implantados. La función de un código civil es establecer desde cuándo comienza jurídicamente la persona, el régimen de la filiación y las consecuencias o efectos de la personalidad y de los lazos jurídicos creados (derecho sucesorio, derecho de alimentos, etc.).

La regulación, siempre compleja y evolutiva de las prácticas de las TRHA y dentro de su problemática, la de la protección de los embriones no implantados, corresponde a la *ley espe-*

cial. Metodológicamente, esa protección le corresponde a la ley especial, a la que el proyecto se remite en varias oportunidades, por tratarse de una cuestión que depende de la constante evolución científica y, por eso, debe ser revisada en forma periódica como acontece con otras experiencias legislativas, como la ley francesa.

Por eso, y tal como se explicita en los fundamentos del proyecto de reforma,¹⁰ negar carácter de persona a los embriones no implantados en la mujer no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo. Precisamente, como no son considerados jurídicamente “cosas” no se encuentran regulados en el texto civil proyectado (que, precisamente, se ocupa de las personas –sujeto– y de los objetos –bienes, cosas, etc.).

De cualquier modo, es necesario señalar que el código (si el proyecto se sanciona) constituye el piso mínimo, el marco legal básico a ser tenido en cuenta para la elaboración de la futura ley especial. En este sentido, dado que el proyecto permite la llamada fertilización *heteróloga*,¹¹ la ley especial no sólo debería prever qué tipo de protección se le brinda a los embriones no implantados sino también la cuestión relativa a la información que debe ser preservada sobre los donantes, etc.

2. El derecho a la identidad genética en el proyecto de reforma

Otro de los debates más acalorados que ha generado la regulación proyectada de las TRHA gira en torno al

derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos mediante esta técnica médica.

¿Viola la regulación proyectada el derecho humano a la identidad de los niños nacidos por TRHA con material de donante anónimo?

La respuesta a este interrogante exige conocer el texto propuesto. El art. 564 referido al “Derecho a la información en las técnicas de reproducción” expresa:

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

En nuestra opinión, este texto da respuesta negativa al interrogante. Para comprender las razones de esta aseveración se debe diferenciar tres vertientes que la identidad presenta: 1) identidad *genética*, 2) identidad *biológica*, e 3) identidad *volitiva*. Ellas se pueden distinguir fácilmente a través del siguiente ejemplo: una mujer está casada con un hombre que carece de material genético apto para procrear y,

por eso, ese matrimonio recurre a un donante de semen. Los tres tipos de identidades mencionadas se visualizan del siguiente modo: (a) la identidad *voluntaria* vincula al niño con el marido de la madre; él es quien quiere ser padre, es decir, asumir todos los derechos y deberes respecto del niño que va a nacer; (b) la identidad *biológica* relaciona al niño con la madre, que proporcionó el óvulo, lo gestó durante nueve meses y lo dio a luz; hay entre ellos, todo un *bios*, una vida; (c) la identidad *genética* es lo único que une a este niño con el tercero, el donante.

En este contexto ¿quiénes son *jurídicamente* los padres del niño? La respuesta debe ser: los integrantes del matrimonio; con el donante jamás habrá vínculo *filial* porque él no ha tenido voluntad de ser padre sino de donar semen.¹²

Si la regla es que la relación filial queda determinada con quienes han prestado la voluntad procreacional,¹³ si no se generan vínculos jurídicos de filiación entre el donante y la persona nacida, ¿qué derecho tiene el nacido por las técnicas de producción humana asistida?

La respuesta es: tiene derecho a *conocer su origen genético*. ¿En qué consiste este derecho a conocer?

De conformidad con el artículo proyectado, el derecho a conocer los orígenes importa, en primer lugar, el derecho a saber que nació con material genético de un tercero, ajeno a sus padres. ¿Qué pasa si los adultos le silencian que nació mediante estas técnicas? La negación de la realidad biológica y genética se da también en

otras áreas. Por ejemplo, hasta no hace mucho tiempo, los padres ocultaban a sus hijos adoptivos esa realidad; en este campo, afortunadamente, la situación ha cambiado, no sólo por el alto valor pedagógico de la ley que impone expresamente la transmisión de esa información sino porque desde diferentes ámbitos se ha señalado la importancia de que los padres adoptantes hagan conocer la realidad biológica a sus hijos. En cambio, aún hoy, es frecuente que la madre no revele al hijo extramatrimonial quién es su padre si la madre está casada con quien no es el padre biológico. Pues bien, hay que extender ese derecho en todo tipo de filiación sobre la base de la importancia de construir la identidad también teniendo en consideración la verdad genética. Es decir, la persona tiene el derecho (no la obligación) de conocer su origen genético. En este sentido, hay que cientificar a los padres, de la misma manera que ha ocurrido en el ámbito de la adopción y en el de la filiación por naturaleza en los supuestos de niños que nacen con un solo vínculo filial.

En segundo lugar, aparece el derecho a obtener información *no identificatoria* del donante, es decir, datos relativos a la salud. De conformidad con la norma proyectada, la habilitación para conocer estos datos por parte de la persona nacida es directa, simple, y opera ante el centro de salud que intervino en la técnica médica.

En tercer lugar, el derecho a obtener información *identificatoria*, o sea, datos relativos al donante, que siempre

estarán disponibles si hay razones, o argumentos a ser valorados por el juez, desde que, precisamente, para que este niño haya podido nacer, al donante se le prometió confidencialidad. La solución adoptada en el proyecto es equilibrada y responde al principio de *proporcionalidad*, vigente toda vez que diversos derechos fundamentales están en conflicto. En efecto, normalmente, para que una persona done material genético y gracias a ese aporte un niño llegue a nacer, a ese donante se le promete confidencialidad. Esta confidencialidad favorece el ejercicio del derecho de los padres a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a tener vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad que protege el art. 19 de la Constitución Nacional.

¿Cómo se resguardará esta información para que el derecho a conocer se ejerza eficazmente? Nuevamente, es menester dictar la ley especial; ése es el ámbito propicio para regular el procedimiento pertinente cuyo incumplimiento podría dar lugar a sanciones administrativas o de otra índole.

Cabe destacar que hay una verdadera *transparencia y veracidad intrafamiliar*, porque al presentarse el consentimiento médico protocolizado, en el legajo base (que sirve para la confección del acta y consecuente certificado de nacimiento) constan los datos de que el niño ha nacido mediante el uso de TRHA con material de un tercero. En suma, no hay secreto en cuanto a la forma de reproducción y la norma consagra un anonimato relativo.

Es cierto que algunos países han levantado el anonimato,¹⁴ pero se trata de regulaciones con años de desarrollo de las TRHA con material de terceros, que pudieron construir una “cultura de la donación” y una vez aceptado socialmente este fenómeno, pudieron migrar de un sistema a otro. Así, el Reino Unido adoptó en 1990 un anonimato relativo, que recién levantó en el año 2005, es decir, tras 15 años de análisis, estudios y “cultura de la donación”. Argentina está empezando a recorrer este camino.

El principio de igualdad no se ataca por regular de diferente manera el derecho a conocer en las TRHA y en la adopción. En el proyecto de reforma ellas constituyen dos fuentes diversas de la filiación; precisamente, fundado en estas diferencias, se regula de manera distinta lo relativo al derecho a conocer. Una vez más, nos explicamos.

En la adopción hay “*bio*”, biografía que forma parte de la historia del niño y su adopción. En las técnicas de reproducción humana asistida, en cambio, hay genética, no biografía. En consecuencia, no existe “*asimetría histórica*” sobre el derecho a la verdad. Genera indebida confusión abordar el tema del derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos con material de un tercero a través de la reproducción humana asistida comparándolo con los hechos traumáticos vividos en la historia argentina con los niños de padres desaparecidos. Una cosa es el derecho a la identidad biológica y a conocer la filiación por naturaleza de cada niño apropiado,

que nosotras también celebramos; los niños recuperados y sus familias buscan el “*bio*”, la historia, la biografía, todo lo cual fue perdido por efecto de un *hecho ilícito*. Nada parecido sucede con el derecho conocer el origen genético de los niños nacidos de técnicas *lícitas* de reproducción humana asistida con material de donante, asegurado, en el proyecto, mediante un procedimiento judicial breve.

3. Breves palabras finales

¿Cuánto tiene de “progresismo” el nuevo Código Civil y cuánto de “fundamentalismo” las críticas que se le esgrimen?

La respuesta depende de qué se entiende por progreso. Si esa expresión significa no silenciar realidades sociales y brindar soluciones concretas a los diferentes conflictos que se presentan, el proyecto da pasos gigantes. No se trata de “pragmatismo” sino de dar respuesta a problemas concretos, sin fundamentalismos y de manera equilibrada, atendiendo a todos los intereses en juego, bajo el principio de proporcionalidad. Esta es la llave maestra para comprender la reforma.

También depende de qué se entiende por fundamentalismo. Si se apela al uso corriente, se lo asocia con posturas cerradas, extremas, que se imponen por sobre las leyes de las sociedades democráticas. También se lo identifica, en un sentido amplio, con ciertas corrientes contrarias al avance o progreso —en este caso, científico—, con

un dejo de “fanatismo”, que no permite ver el contexto más amplio y complejo sobre el cual se edifican las normas –en este caso, una obra tan difícil y versátil como es un Código Civil, que despierta una gran cantidad de intereses, razón por la cual el legislador debe tener una mirada equilibrada y conciliadora.

En este contexto, el proyecto de reforma se alinea a la idea de progreso y se distancia, visceralmente, de posturas fundamentalistas que no construyen sino que sólo denuncian.

Es en este marco donde mejor resuenan las recordadas palabras de Abra-

ham Lincoln cuando aseveró que “*Los dogmas de un pasado tranquilo son inadecuados para el tormentoso presente. La ocasión está llena de dificultades y hemos de estar a la altura de la ocasión. Como nuestro caso es nuevo, hemos de pensar de nuevo y actuar de nuevo. Hemos de liberarnos a nosotros mismos.*”¹⁵ Si bien este personaje de la historia universal se refería a la esclavitud, hoy sus palabras adquieren actualidad para enfrentar otras situaciones difíciles, y para contradecir fundamentamente a muchas personas que aún le temen a la libertad, con responsabilidad y solidaridad. ■

Notas y referencias bibliográficas

¹ Garrafa V. y Osorio de Azambuja L. Epistemología de la bioética: enfoque latinoamericano, *Revista Colombiana de Bioética* 2009; 4(1): 73-92.

² Schneider C.E. Bioethics and the family: the cautionary view from family law, *Utah Law Review* 1992: 819.

³ Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. y Lamm E. Los criterios de la determinación de la filiación en crisis. En Maricruz Gómez de la Torre (directora) y Cristian Lepin (coordinador), *Reproducción humana asistida*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, 2013 (en prensa); Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. y Lamm E. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo, Columna de actualidad en la revista *on line* de *Microjuris*, cita MJN-68565; Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. y Lamm E. El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH, *Revista La Ley*, 28/12/2012, 1 y ss; Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. y Lamm E. Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico, *Revista La Ley*, 09/10/2012, 1 y ss.; Lamm E. y Herrera M. ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución, *Revista Microjuris*, 19/09/2012. Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971; Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. y Lamm E. Por qué sí a la regulación de la gestación por sustitución, a pesar de todo, *Revista La Ley*, 10/09/2012, 1 y ss; Kemelmajer de Carlucci A., Herrera M. y Lamm E. El embrión no implantado. Proyecto de código unificado. Coincidencia de la solución con los países de tradición común, *Revista La Ley*, 10/07/2012, 1 y ss.; Lamm E. y Herrera M. Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de reforma del Código Civil: Técnicas de reproducción humana asistida, 12/04/2012, Cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.

⁴ LWV & another v LMH [2012] QChC 26. La decisión trata de una solicitud a favor de un matrimonio heterosexual incapaz de gestar en un caso de gestación por sustitución. El niño fue gestado de manera altruista por su tía, hermana de uno de los comitentes. Sucede que uno de los requisitos a cumplir para la aprobación del acuerdo de gestación por sustitución y que consecuentemente se confiera la orden parental, es el previsto en el s 22 (2), apartado ss (2) (e) (iv) de la *Surrogacy Act 2010* (Qld), a saber, que el acuerdo de gestación por sustitución se haya hecho “antes de que el niño sea concebido”. En el caso, el embrión había sido creado años antes del acuerdo de gestación por sustitución, luego fue congelado y más tarde, meses después del acuerdo, implantado en el útero de la mujer. Por lo que la pregunta era: ¿la concepción se produjo cuando se creó el embrión (unión ovulo y esperma) o cuando se implantó? La respuesta fue esta última.

⁵ Zegers-Hochschild F. Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica. En María Casado y Luna Florencia (coords.) *Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica*, Civitas- Thomson, 2012, 181 y ss.

⁶ En fecha 3/2/1995, el entonces presidente de Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación *in vitro* restringiendo su acceso sólo a parejas casadas legalmente, con material genético propio y prohibiendo la crioconservación de gametos y/o embriones (los embriones fecundados *in vitro* tenían que ser implantados seguidamente en el útero materno, sin poder ser utilizados en un segundo tratamiento; en la práctica se implantaban hasta seis embriones en cada tratamiento para acrecentar las posibilidades de un embarazo). El 15/3/2000, la Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad del referido decreto por considerar que la regulación de la fecundación *in vitro* traía como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta sentencia, se prohibió su práctica en el país. En enero de 2001 un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de fecundación *in vitro*. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia y presentó el informe 85/10 del caso Gretel Artavia Murillo y Otros c. Costa Rica el 14/07/2010. Sostuvo que la prohibición efectuada por el Estado de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida privada familiar (art. 11 de la Convención Americana) y al derecho a conformar una familia (art. 17), amén de la consecuente violación al derecho de igualdad (art. 24).

⁷ http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-2_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm Compulsada el 14/03/2013.

⁸ Kemelmajer de Carlucci A. La familia en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el último trienio (2007-2009). En Kemelmajer de Carlucci A. *El nuevo Derecho de Familia*, Pontificia Universidad Javeriana - Ibañez, Bogotá, 2010, 33 y ss.

⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos por amplia mayoría –5 votos contra 1–, condena a Costa Rica al encontrar conculcados los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y dispone varias medidas, como ser: 1) ordena levantar la prohibición, para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos vulnerados en el caso, para lo cual establece que Costa Rica debe adoptar “con la mayor celeridad posible” las medidas apropiadas para que “quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV”; 2) impone al Estado demandado el deber de regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en su decisión; 3) obliga a la Caja

Costarricense de Seguro Social a incluir la cobertura de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación; 4) la obligación del Estado de brindar atención psicológica a las víctimas de manera gratuita e inmediata por un lapso de 4 años; 5) la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas, estableciendo el monto de US\$ 5.000 en concepto de daño material y de US\$ 20.000 en concepto de indemnización por daño inmaterial para cada una de ellas; y 6) varias medidas también dirigidas al Estado de índole “pedagógicas” como ser: publicar la sentencia, implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial; amén del deber de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas a los fines de dar cabal cumplimiento a la sentencia. Esto último está comenzando a cumplirse, de conformidad con el Documento 14193-12, 1549-2013 tomado por la Corte Plena, en sesión N° 8-13 celebrada el 25 de febrero del año 2013. Disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/index.php/noticias/42-fecundacion-in-vitro-vs-costa-rica>.

¹⁰ Estos dicen: “el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia.”

¹¹ Arts. 561, 564, 577, 582, 589, 591, 592, 593.

¹² En el derecho comparado, los países que han legislado específicamente sobre el tema, como regla, han descartado la paternidad del donante. Esta solución prevalece aún en los países que han prohibido la reproducción humana asistida heteróloga. Por ejemplo, la ley italiana, ley 40/2004, prevé una multa de entre 300.000 y 600.000 euros para quien practica esta técnica en contra de la prohibición legal, mas establece que el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica parental con el nacido y no se puede hacer valer en su contra ningún deber ni ser titular de derechos. Por su parte, la ley portuguesa que regula la donación de espermatozoides, óvulos y embriones como lícita siempre que no sea posible utilizar los propios gametos o con ellos crear embriones (art. 10.1; 19.1), establece que los progenitores legales serán los receptores de la donación y no los donantes (art. 10. 2). Cabe destacar, por su particularidad, la situación en el Reino Unido: el donante es padre legal – aparezca o no en el certificado de nacimiento – excepto que: a) haya donado su espermatozoides a una clínica con licencia; b) haya donado su espermatozoides a una pareja casada; c) haya donado su espermatozoides, después de abril de 2009, a una pareja de mujeres registrada (asociación civil –*civil partners*–). En todos los demás supuestos (incluyendo donación privada a una mujer sola o a una pareja no casada o a una pareja de mujeres antes de abril de 2009) no hay protección a favor del donante y puede ser considerado padre legal. Es decir, el Reino Unido exige que se cumplan determinados requisitos a los efectos de asegurar la inexistencia de vínculos jurídicos. El principal es que la donación se realice a través de una clínica, no de manera privada. Por eso, las donaciones privadas, son las que han dado lugar a reclamos. Véase por ejemplo los recientes casos *Re*

G (A Minor); Re Z (A Minor) [2013] EWHC 134 (Fam), resueltos por la High Court, que reconocen derechos a dos donantes (que forman una unión civil homosexual), que habían donado esperma cada uno a una pareja de lesbianas de forma privada sin intervención médica. Disponible en: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed111500>

¹³ El proyecto expresa de manera precisa en el art. 561 que “[l]os hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.”

¹⁴ Suecia, Ley N° 1140 del 20 de diciembre de 1984; Suiza, Ley federal sobre procreación medicamente asistida, de enero de 2001; Reino Unido, Human Fertilization and Embryology Authority 2008 y Regulations 2004 N° 1511; Australia, Países Bajos, Nueva Zelanda, Finlandia, Noruega, entre otros.

¹⁵ Estudio preliminar de Javier Alcoriza y Antonio Lastra, en Abraham Lincoln et al., *El discurso de Gettysburg y otros escritos sobre la Unión*, Madrid: ed. Tecnos, 2005, XVI, nota 7.