

PAZ BOSSIO GRIGERA

LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN ARGENTINA.

Un análisis socio-sanitario jurídico desde una mirada bioética

Sommario: 1. Introducción. – 2. Estado de Situación socio-sanitaria. – 3. Estado de situación jurídica. – 4. Las Transformaciones Jurídicas en el nuevo Código Civil y Comercial. – 5. Derechos Reproductivos *erga omnes*. – 6. Derechos Filiatorios *stricto sensu*. – 7. Derecho de Identidad e Información. – 8. Algunas Cuestiones de resolución Judicial. Daños y perjuicios por mala selección genética, fecundación post mortem y estatuto jurídico del embrión no implantado. – 9. Conclusiones.

1. El objetivo de este artículo es reflexionar sobre el estado de situación de la reproducción humana asistida (TRHA) en Argentina desde el análisis socio-sanitario y jurídico desde una mirada bioética.

En Argentina los procesos normativos han estado abiertos por mucho tiempo, tomando nueva velocidad a partir fundamentalmente de la Ley 26.862/2013 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) el 1° de Agosto del 2015. Estos procesos normativos han dejado algunos temas pendientes de resolución y se ha marcado un copioso desarrollo judicial al respecto.

2. Con el nacimiento de Louis Brown en 1978, el primer «bebé de probeta» amplios e intensos se debates se abrieron a nivel mundial y desde entonces se estima que en el mundo ya han nacido más de 7.000.000 de personas a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

En América Latina, entre el año 1990 y el año 2012, se han iniciado 466.380 ciclos de fertilización, de los que resultaron 129,481 Embarazos Clínicos y 128.245 Nacidos Vivos¹.

Las técnicas más utilizadas han sido en 68,509 casos (53,4%) ICSI, en 22,429 casos (17,5%) FIVET y 22,626 casos (17,6%) Ovo Donación. Estas

1 Red Latinoamericano de Reproducción Asistida. Marzo 2017.

prácticas se han realizado 56.674 de los casos, el 44,2% en Brasil, 26.085 casos, el 20,3% en Argentina y el 17.238 de los casos, el 13,5% en México².

Los arts. 4° y 5° de la ley 26.862 establecen que el Ministerio de Salud de la Nación, deberá crear y llevar en forma actualizada, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, quedando incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

En Argentina, existen 129 Establecimientos de Salud con Fertilización Asistida³, concentrándose el 35% entre Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según el registro Federal de Establecimientos de Salud del Ministerio de Salud de la Nación.

A partir de la Ley 26862, el acceso de la gente a las técnicas ha ido creciendo un 20 % cada año. En el 2015 se registraron 17 mil casos en todo el país y se estimaba que en el 2016 aumentaría a 21 mil casos. Esto se traduce en un número aproximado de alrededor de 100.000 niños nacidos mediante este sistema y se proyecta llegar a unos 40 mil por año⁴.

Estas cifras no aproximan a la realidad socio sanitaria sobre la que se han construido relaciones jurídicas y veremos como el Derecho se ido edificando en Argentina sobre algunos de los debates dados por la Bioética.

Esto posiciona a la Argentina, en un escenario muy importante en cuanto al punto de vista del desarrollo de las ciencias de la reproducción, desde una perspectiva científica sanitaria y como este desarrollo de la ciencia ha llevado al desarrollo de procesos que éticos jurídicos que han acompañado la construcción marcos legislativos y normativos necesarios para su operatividad.

En términos sanitarios Argentina es puesta como modelo en Latinoamérica, por la accesibilidad a los tratamientos y la apertura a la multiplicidad de usuarios. Desde que se sancionó la Ley, muchos paradigmas han cambiado en el medio de discusiones y debates que de a poco se van encontrando.

Uruguay ha avanzado en la misma línea jurídica que Argentina y por Ley 19.167 de Reproducción humana asistida del 29/11/2013 y el Decreto 69/014 de Reglamentación de establecimientos de técnicas de reproducción asistida, se integra normativamente la accesibilidad a los tratamientos

2 Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Estado actual de la reproducción asistida en Latinoamérica y el mundo. 2013.

3 Datos del Observatorio de Derecho a la Salud. Universidad Nacional de Buenos. Marzo 2017

4 Argentina. Ministerio de Salud. Programa Reproducción Asistida. Marzo 2017.

La reflexión propuesta pretende mirar estas nuevas realidades científicas, sanitarias, sociales y jurídicas y aportar una mirada bioética.

En el año 2013, en términos de procesos legislativos, la intencionalidad política parecía estar dada en que se sancionara primero el CCyC, el que se venía trabajando en Comisiones de reformas desde hacía ya muchos años, y a posterior la Ley De TRHA, pero los tiempos de los legisladores se dieron a otra velocidad y se aprobó primero la Ley 26862, generando un fuerte precedente que se debería tener en cuenta y complementarse con el CCyC que aún se encontraba en debate.

3. La Ley 26862 de «Acceso Integral A Los Procedimientos Y Técnicas Médico-Asistenciales De Reproducción Medicamente Asistida» fue sancionada el 5/6/2013, y ha sido velozmente reglamentada por Decreto 956/ del 19/7/2013. Con anterioridad a la sanción de la ley, las TRHA no se encontraban prohibidas, no obstante, se desarrollaban sin un marco legal que las regulara. Las decisiones en torno a su uso y aplicación quedaban en manos de sus proveedores privados y el acceso implicaba un alto costo. Esto ha representado por muchos años una brecha en términos de equidad justicia socio sanitaria muy profunda, en virtud de que accedían solo aquellos que contaban con el dinero para poder solventarlo.

Los primeros tratamientos eran muy costosos y para acceder a ellos muchas personas de se han endeudado y mucho, pagando costos similares a departamentos. Hoy las técnicas se han optimizado en términos científicos y se han disminuido los costos, siendo igual altos dada la alta complejidad que conllevan. En Argentina existen tres centros públicos de referencias: Córdoba, Bahía Blanca y Tucumán.

En el campo jurídico argentino, recientemente ha entrado en vigencia un nuevo Código Civil y Comercial, incorporando después de más de 140 años, una nueva y renovada visión de los Derechos.

En este sentido la Bioética ingresa en el CCyC, en cuanto se incorporan y profundizan en los derechos personalísimos, derechos humanos, derechos filiatorios, derechos reproductivos con eje en los conceptos de dignidad, identidad, autonomía de la voluntad, entre otros.

Se podría señalar como recomendación judicial de abordaje de los tratamientos de alta complejidad, lo señalado en la Causa N° 11.682/08: «B.M.N. Y OTRO c/ Dirección de Ayuda Social para personal del Congreso de la Nación s/ Amparo», para obtener la cobertura total del tratamiento de fertilización asistida mediante la técnica ICSI, el Juz 3 Sec. 5 de Buenos Aires, el 19 de mayo de 2009. ya había señalado antes de la entrada en vigencias de las normas relativas a la Reproducción Asistida que *«en lo que*

respecta a la verosimilitud del derecho, la falta de una norma específica para cubrir la demanda en materia de fertilización asistida se explica porque los avances de la ciencia médica en ese campo, a menudo, desbordan la tarea del legislador; y porque la incorporación de técnicas de fertilización de alta complejidad requiere de previsiones presupuestarias para financiarlas y de consensos comunitarios para implementarlas teniendo en cuenta las opciones bioéticas involucradas».

Si se da una mirada amplia a TRHA, y desde el ámbito de las políticas sanitarias el cuerpo normativo comprende la Ley 26862, su Decreto Reglamentario 956/13, la Resolución N° 448/2016 «Guía para Estudios de Evaluación Económica de Tecnologías Sanitarias», la Resolución 1-E/2017 «Procedimientos Médicos/Etapas Incluidos En Tratamientos De Reproducción Humana Asistida De Alta Complejidad» (TRHA/AC) y en cuanto a los aspectos éticos jurídicos por Resolución N° 1002/2016 del 14/07/2016 se crea el Comité Nacional Asesor de Ética en Investigación, de carácter asesor y consultivo.

Desde el punto de vista de las ciencias de la reproducción las TRHA como proceso científico y tecnológico, es enmarcado en la Resolución N° 448/16, que define como Tecnologías sanitarias al «Conjunto de equipamientos, medicamentos, insumos y procedimientos utilizados en la prestación de servicios de salud, así como de las técnicas de infraestructura de esos servicios y de su organización», debiéndose entender que las TRHA de alta complejidad reguladas por la Resolución 1-E/2017.

La referida norma expresamente en el punto 19, refiere a los aspectos éticos y administrativos, señalando que: 19.1 Todas las evaluaciones económicas que involucren seres humanos deben presentar un anexo con la aprobación de un Comité de Ética en Investigación Institucional... 19.2 Cuando las informaciones sean obtenidas de fuentes internacionales, debe asegurarse que todos los datos utilizados fueron obtenidos de acuerdo con los principios éticos que guían la investigación.

En la misma línea de análisis, la Resolución 1-E/2017 en sus considerandos señala «Que, por su parte, en el artículo 2° del Anexo I al Decreto N° 956/13, reglamentario de la Ley N° 26.862 define, entre otras, a las técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, facultando a este Ministerio a resolver la inclusión de nuevos procedimientos y técnicas, siempre que los mismos hubieran demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia, es decir, a través de ensayos clínicos aleatorizados y controlados. (entendiéndose aquí la necesidad de participación del Comité Asesor de Ética de la Investigación)

Que en su carácter de Autoridad de Aplicación y de conformidad con su rol de rectoría en la materia, este Ministerio se encuentra facultado para fijar los criterios relativos a las técnicas y tratamientos referidos en el artículo 8° de la citada ley 26862.

Se advierte en la Resolución 1-E/2017, que establece los «Procedimientos Médicos/Etapas incluidos en Tratamientos de Reproducción Humana Asistida de Alta Complejidad (TRHA/AC) y propiciados por el Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida creado por Resolución Ministerial N° 2190/16 que los aspectos éticos no han sido consultados a la comunidad científica o al menos al Comité Asesor de Ética de la Investigación y solo ha sido consensuada con la Comunidad Científica especializada en la materia reproductiva, a saber: Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), Asociación Latinoamericana de Medicina Reproductiva (ALMER), International Federation Of Fertility Societies—Federación Internacional de Sociedades en Fertilidad— (IFFS) y Asociación Argentina de Centros de Reproducción Asistida (AACERA).

Atento la falta de información disponible, sobre cuales son los procedimientos de definición de TRHA de Alta Complejidad, se puede inferir de la lectura de la Resolución 1 E/2017, que los consensos comunitarios teniendo en cuentas las opciones bioéticas involucradas, no ha sido considerado en función de que al momento de la incorporación de técnicas de fertilización de alta complejidad, la Comunidad Científica vinculada a la Bioética no ha sido consultada o al menos eso surge de la propia norma.

En este sentido destacó la importancia de las políticas públicas en beneficio de la gente. «Si la paciente no tiene los recursos necesarios por más que tenga la indicación no lo puede hacer y a partir de esta ley las personas con recursos moderados han accedido a los tratamientos» pero no es solo una cuestión de tratamientos, debe ampliarse el abordaje interdisciplinario para el establecimiento de procedimientos normativos médicos asistenciales.

En cuanto a este breve análisis jurídicos que hace a la accesibilidad y tratamientos que por cierto es un gran avance en términos de equidad socio sanitaria, debe ampliarse el abordaje de las TRHA de alta complejidad teniendo en cuenta los aspectos bioéticos y éticos jurídicos incorporados al CCYC, puesto que se advierte una mirada netamente científica y económica en la construcción de la estructura normativa ministerial.

Sin dudas, la legislación vigente implica una ampliación de derechos contemplando de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional. Además, el derecho humano de acceso integral a los procedimientos y

técnicas de reproducción médicamente asistida se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana.

En nuestro país se practican habitualmente las TRHA y como ya hemos señalado, desde la entrada en vigencia de la Ley 26862 en el 2013, más de 100000 personas han nacido por estas técnicas, por ello la necesidad de dotar de seguridad jurídica a los vínculos filiales de estos niños torna auspiciosa la posición asumida por el CCyC, reconociendo los mismos derechos a todos los niños, cualquiera sea el origen de su filiación⁵.

El uso de las TRHA observa tantas especificidades que requieren de un régimen jurídico propio. ¿Cuáles son estas especificidades? En primer lugar, las TRHA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando éste último primacía.

Malaurie, señala Kemelmajer de Carlucci *et alt*, afirma que en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva («verdadero padre es el que ama»); la biológica («los lazos sagrados»); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual («para ser padre o madre es necesario quererlo»); la del tiempo («cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo»).

En el supuesto caso de una mujer casada con un señor cuyo material genético no es hábil para procrear; por lo tanto, deciden utilizar material genético de un tercero (donante anónimo). ¿Quién es el padre? El marido, quien tiene la llamada «voluntad procreacional», es decir, quien prestó el consentimiento libre, previo e informado, sin importar si aportó o no sus gametos. Los integrantes de este matrimonio serán los padres, son ellos quienes ejercen todos los derechos y deberes que se derivan de la filiación. Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo.

Con el donante sólo habrá un derecho a conocer los orígenes, pero nunca un vínculo de padre e hijo. Por otro lado, las TRHA permite conservar embriones y/o material genético de las parejas por tiempos prolongados, los que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad/maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin (divorcios, separaciones de hecho, planes distintos, etc.); por esta razón, el nuevo Código exige que el consentimiento sea renovado ante cada transferencia de embriones o material genético; es claro que estos cambios en las decisiones no pueden darse en la filiación por naturaleza⁶.

5 MINYERSKY NELLY (2014) *op. cit.*

6 HERRERA MARISA (2014) *Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, www.infojus.gov.ar. Id SAIJ: DACF140723

4. Los aspectos esenciales que se generan en términos de persona y familia en relación a las TRHA han sido mayoritariamente abordadas en el CCyC, aunque algunas situaciones han quedado sin legislar y se han ido resolviendo por vía judicial.

Como se ha señalado la Ley 26862 en cuanto a la accesibilidad a los tratamientos y su construcción normativa ha sido desarrollada desde el Ministerio de Salud de la Nación, para el resto de los aspectos vayamos a su análisis.

Los Derechos Reproductivos *erga omnes*. Todas las personas tienen el derecho a reproducirse y éste forma parte de su derecho a tomar decisiones vitales y a organizarse familiarmente. Por su parte, los poderes públicos desempeñan un papel pasivo que consiste en abstenerse de imponer límites o interferir o controlar este tipo de decisiones, salvo situaciones extremas.

5. Los Derechos reproductivos y los derechos filiatorios, llevan a preguntarse si posible una disociación entre los elementos biológicos, genéticos y los de la voluntad e identidad, siendo que estos últimos han cobrado primacía absoluta sobre los derechos filiatorios resultantes de las TRHA.

El Caso Murillo de Costa Rica, que analizaremos más adelante, ha limitado por muchos años, el ejercicio de derechos reproductivos por TRHA, incidiendo sobre otros derechos relacionados con él como son a la intimidad personal y familiar, el derecho a fundar una familia y el derecho a la salud en su vertiente reproductiva. La sentencia de la Corte con toda precisión vincula y protege a todos estos derechos⁷.

La modificación del derecho filial no puede —ni debe— escapar a estas transformaciones, señala Kemelmajer de Carlucci. Esto es así en la Argentina y en el resto de los países se trata de una cuestión que como los conflictos sociales, está transversalizada por la noción de globalización. En efecto, desde una perspectiva sistémica, si la noción de familia está en constante movimiento, los campos intrínsecamente relacionados difícilmente puedan escapar al dinamismo. La prueba más evidente es que las TRHA no sólo han entrado a un nuevo campo de estudio con caracteres, principios e interrogantes propios, como lo es la bioética, sino que han ensanchado la generación de nuevos núcleos familiares, tanto tradicionales como no tradicionales⁸.

7 BENA INGRID (2013). «Comentarios a la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica», *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, Nueva Serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, 795-803. México.

8 KEMELMAJER DE CARLUCCI AÍDA, HERRERA MARISA LAMM ELEONORA *Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino Texto y contexto de las técnicas de*

El CCyC en el TÍTULO V aborda las cuestiones referidas a la Filiación, reconociendo en el Artículo 558° las TRHA como fuente de filiación en Igualdad de efectos a la filiación por naturaleza u adopción, las tres surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones del CCyC. Se señala *in fine*, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Las opciones vinculares filiatorios a la fecha son: padre y madre; madre sola, dos madres, dándose ampliación de actores para la accesibilidad de las TRHA y sus consecuentes vínculos filiatorios, pero no en número de vínculos filiatorios, que tal vez en un futuro se ponga nuevamente en discusión.

La autonomía de la voluntad encuentra su mayor aceptación jurídica en el Consentimiento Informado, el que no debe entenderse solo como un documento, sino en su mayor integridad como derecho y como procedimiento. En los casos que se presentan a partir de las TRHA, veremos que la determinación de la filiación se vincula con querer ser progenitor, siendo la voluntad Procreacional el elemento que siempre definir la filiación en los supuestos de TRHA.

¿La Voluntad lo es todo? A partir de esta pregunta un entramado de relaciones con nuevos efectivos jurídicos se entretujan en pos de la incorporación de los desarrollos en el campo de las ciencias de la reproducción en el campo de derecho.

En este sentido, el CCyC establece la revocabilidad siguiendo tendencias del derecho comparado, como lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Evans v. The U.K.* del 7/3/2006.

Un nuevo desafío para los abordajes biojurídicos que se requieren en esta nueva etapa de la postmodernidad

El CCyC, dota de supremacía jurídica a la Voluntad Procreacional en el Artículo 562°, cuando establece que «*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*».

Se establece de esta forma el valor jurídico al Derecho de Ser Padres y constituir familias, este deseo debe adecuarse a nuevas formas jurídicas no previstas por Vélez Sarsfield en el viejo código civil de avanzada para

su época de hecho construyó vínculos jurídicos individuales, sociales y colectivos por más de 140 años.

Es en este sentido artículo 7º de la Ley 26.862, anterior al CCyC, estableció que: «*El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, las Leyes N° 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25.326 de Protección de los Datos Personales.*

En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión».

En cuanto al registro y certificado de nacimiento, según el Artículo 559ª, deben ser redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

El elemento volitivo es fundamental en las TRHA, por ello el Artículo 560ª, señala que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre (CPIL) de las personas que se someten al uso de las TRHA, y se debe renovar este consentimiento cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, no es posible repetir procedimientos si no se renueva el CPIL.

Se establece en el Artículo 561ª, la forma y requisito del CPIL, que debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. Es fundamental el carácter de revocabilidad de la voluntad, señalada por el *in fine*, destacando que el CPIL es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

6. Los Derechos Filiatorios en el CC y C, renuevan las miradas vinculares, hasta hace algunas décadas, al hablar de filiación no podía dejar de señalarse el vínculo biológico que ella entrañaba, señala Minyerski, tanto que las definiciones que encontramos de esas épocas se referían a procreantes y procreados⁹.

9 MINYERSKY NELLY (2014) «*Los nuevos paradigmas en las relaciones familiares. Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994*» en *Reformas Legislativas*.

Se introducen cambios y aportes necesarios en el Derecho de Familia, con el fin de armonizar las incorporaciones realizadas al plexo normativo argentino en la reforma constitucional de 1994, en el marco de la Doctrina internacional de los Derechos Humanos.

Se decía que «el término filiación es el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado. Era el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró. Se identifica, en general, filiación con naturaleza. Aparece el vínculo biológico como si fuera el único y exclusivo para poder elaborar el concepto jurídico de filiación.

Con la aparición de TRHA las definiciones precedentes aparecen totalmente insuficientes para definir jurídicamente el vínculo filiatorio. Es por ello que optamos por la que nos dice que es el vínculo que se entabla entre dos personas como «padre» y «madre» en un extremo, e «hijo» o «hija», en el otro. La definición precedente es la que resulta más exacta o más pertinente, teniendo en cuenta los avances de las ciencias biológicas y tecnológicas sucedidas en las últimas décadas¹⁰.

En lo que respecta al derecho filial, sostiene Herrera, varias son las modificaciones que se introducen en este campo y que han generado acalorados debates como la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida como un tercer – nuevo – tipo filial, al lado o compartiendo el escenario con la filiación por naturaleza y con la filiación adoptiva¹¹.

¿Y qué es la voluntad procreacional? Es el eje central de la determinación de la filiación en los casos de TRHA. Así, la voluntad procreacional debidamente exteriorizada mediante un consentimiento libre, formal e informado es el elemento central para la determinación de la filiación de los niños nacidos por TRHA. Por lo tanto, los padres de un niño que nace por estas prácticas médicas serán aquellas personas que han prestado su voluntad para serlo, independientemente de que hayan aportado o no su material genético.

7. El Derecho de Identidad y de información en el CCyC es abordado con una postura intermedia frente al panorama dispar en el Derecho comparado, señala la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci. Es de tener en cuenta el valor jurídico y social que representa para la Argentina el Derecho a la Identidad, como consecuencias de sus noches más oscuras y su historia de lucha por la recuperación de la Identidad.

Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial. Año I – N° 1 – Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Argentina. Diciembre.

10 MINYERSKY NELLY (2014) *op. cit.*

11 HERRERA MARISA (2014) *op. cit.*

No existe duda alguna que el Derecho a la Identidad es el Derecho Humano por excelencia, se integra con el saber quién se es y se afianza con el reconocimiento y la mirada del otro que nos construye como ser social.

Por otra parte el derecho a la identidad puede considerarse como parte constitutiva de otros derechos fundamentales como el Derecho a la Personalidad Jurídica (contemplado por el art. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y por el art. 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), y el Derecho a la Integridad Personal, Psíquica y Moral (contemplado por el art. 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos). En efecto, el conocer realmente cuál es la verdadera Identidad personal, el saber quién es uno, hace a la plena realización de la personalidad y contribuye a la conservación de la integridad psíquica y moral de la persona.

En el artículo 563, se han esbozado diversos principios que diferencian los conceptos de padre y progenitor, dotando a la palabra «padre» de un contenido cultural, social y jurídico; y dejando la de «progenitor» para quien agota su quehacer en el hecho de la entrega del semen. No conoce a quién se va a inseminar, ni si efectivamente se producirá la misma. El «padre» prolonga su función con el cumplimiento de los deberes que se le imponen y el goce de los derechos que se le reconocen¹².

En el derecho comparado se advierten diferentes posiciones. Francia niega al nacido la posibilidad de conocer la identidad del donante. También se legisla de la misma forma en Italia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. En otros países que comenzaron sosteniendo el anonimato modificaron su posición, algunos de ellos, como Austria, Suecia y Suiza, permiten al nacido en estas circunstancias en su mayoría de edad, obtener los datos del donante. Igual posición se sostiene en el Reino Unido, a partir del año 2005¹³.

El art. 564 adopta una posición intermedia, o sea, de anonimato relativo. Se estableció un procedimiento judicial y otro administrativo, lo que permite compatibilizar el derecho a la identidad con las características del nacimiento por estas técnicas de reproducción asistida, estableciendo que «A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud y b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

12 MINYERSKY NELLY (2014).

13 MINYERSKY NELLY (2014)

Este aspecto ha abierto grandes debates con respecto a la subjetividad en la determinación del carácter de «información relevante para la salud» a dar por el Centro de Salud, puesto que se abre un procedimiento administrativo interno a los Sistemas de Salud a fin de definir esto y en el caso del inc. b) la misma subjetividad deberá categorizarse a fin de dar luz a que se entienda por razones debidamente fundadas.

8. Algunas cuestiones de resolución judicial se refieren casi con exclusividad a la cuestión de quién paga el tratamiento o está obligado a pagar. Sin embargo recientemente ha habido otras consideraciones que habían quedado sin definir en el nuevo plexo normativo.

En esta oportunidad referenciaremos algunos fallos jurisprudenciales que abordan: DAÑOS Y PERJUICIOS POR MALA SELECCIÓN GENÉTICA, FECUNDACION POST MORTEN y ESTATUO JURIDICO DEL EMBRION NO IMPLANTADO, que son algunos de los vacíos jurídicos que se evidencian en las normas.

Pocas veces y de manera casi tangencial se ha hecho referencia en los fallos que vamos a analizar al tema bioético, ocupándose estos en su enorme mayoría de resolver si las obras sociales y empresas de medicina privada deben o no afrontar el pago de este tipo de prestaciones.

Daños y perjuicios por mala selección genética, La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala D (26/7/2016), «Caso G., A. M. y Otros c/R., L. R. y Otros s/Daños y Perjuicios», se presentan los padres de una menor, reclamando por sí y en representación de su hija, los daños derivados como consecuencia del tratamiento de fertilización asistida heteróloga (FIV) que tuviera como resultado el nacimiento de la niña con una grave patología genética (fibrosis quística), dirigiendo la acción contra el médico que llevó adelante la fecundación intrauterina, el centro que facilitara los óvulos y el médico a cargo del banco de semen que también proporcionara el gameto masculino, haciendo extensiva la acción a la respectiva aseguradora, con fundamento en la deficiente selección del material genético cuya responsabilidad atribuyen a los demandados. La sentencia apelada da lugar al reclamo, teniendo en cuenta que no se efectuaron a la donante de óvulos los exámenes correspondientes para eliminar, dentro de lo que resultaba factible, la posibilidad de transmisión de enfermedades graves y esto es responsabilidad de los facultativos intervinientes. Y si bien la obligación de los médicos es de medios, en este caso, el no adoptar las medidas que debió haber implementado para evitar este tipo de daño lo ha hecho infringiendo una obligación de resultado.

Fecundación post mortem, en fecha 13/06/2016 una noticia periodística acaparó la atención de varios medios periodísticos argentinos. Se trata de

un señor que falleció en un accidente ferroviario ocurrido el 13/09/2011 cuya esposa, acompañada por sus suegros (padres del fallecido) solicitaron judicialmente la extracción de material genético. Un juez hizo lugar a la petición. Años más tarde, la viuda pretende recurrir a un procedimiento de reproducción asistida para tener un hijo con dicho material, ante la negativa del centro de salud especializado, peticiona a la justicia la correspondiente autorización para llevar adelante la práctica médica. El juzgado Nacional en lo Civil con competencia exclusiva en asuntos de familia nro. 87 de la Capital Federal², en fecha 05/05/2016 hizo lugar a la acción y, en consecuencia, autorizó el uso del material del esposo fallecido hace casi 5 años. Solo se han registrado 5 casos en la argentina en materia de fecundación postmortem y algo tienen en común todos estos precedente s: dan cuenta de la falencia que se deriva del silencio legislativo o, en otras palabras, de la importancia de contar con reglas jurídicas claras al respecto, siendo una situación que se presenta en la realidad y que lo será con mayor frecuencia a la par del mayor desarrollo y acceso a las TRHA¹⁴.

El estatuto jurídico del embrión no implantado, es un tema que amerita mayor profundidad de análisis, pero en merito a la brevedad solo se remite a destacar los alcances del Caro Murillo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La CIDH pronunció sentencia en el caso Atravia Murillo y otros sobre fecundación in vitro, el 28/11/2012. El famoso Caso significó un antecedente sumamente relevante para el desarrollo jurídico en América Latina.

El caso se relaciona con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica del 15 de marzo de 2000. Esta resolución declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo núm. 24029-S mediante el cual se regulaba la técnica de fecundación in vitro (FVI) en ese país. La sentencia implicó que se prohibiera la aplicación de esa técnica reproductiva en Costa Rica y, en particular, generó que algunas personas interrumpieran el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a otros países a fin de tener acceso a una FIV.

Muchos son los aspectos que ha abordado la sentencia, profundizando en conceptos como «persona», «ser humano», «concepción» entre otros. En este espacio se quiere destacar la posición de la CIDH con respecto al embrión no implantado, concluye de manera elocuente que no es persona en los términos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

14 HERRERA MARISA (2017) «Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá». *Revista para Análisis del Derecho InDret* 1/2017. www.indret.com Marzo 2017.

Es de señalar que la jurisprudencia de la CIDH es obligatoria para nuestro país bajo pena de ser pasibles de responsabilidad internacional, puesto que el tratado está expresamente incluido en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículo que establece desde el año 1994, la jerarquía constitucional de los Tratados internacionales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, indicó que el caso se relacionaba con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la sentencia de la Corte de Costa Rica. Entre otros aspectos, la Comisión razonó que la prohibición absoluta de la técnica de fertilización in vitro constituyó una injerencia arbitraria en los derechos de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto a la posibilidad de tener hijos biológicos. En vista de la desatención del Estado de Costa Rica a las recomendaciones de la Comisión, ésta solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que declarara la responsabilidad del Estado por la violación a los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2o. de dicho instrumento¹⁵.

Después de un minucioso análisis, de realizar consultas y recibir numerosos *amicus curiae*, la Corte emitió su sentencia en noviembre de 2012. Este documento tiene grandes alcances, implica el reconocimiento y protección de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada de aquellas parejas que por problemas de infertilidad estaban en proceso o en lista de espera para que se les practicara una fertilización in vitro. Si bien la sentencia es sobre este caso concreto, el significado de la misma se extiende hacia todo los Estados del continente americano. Habrá un antes y un después de la sentencia. Ciertos temas y conceptos relacionados con las técnicas de reproducción asistida que, desde tiempo atrás, han desatado polémica entre los países de la región tanto a nivel doctrinal, legislativo como jurisprudencial. Esta situación ha producido debates que pueden ser calificados interminables y que giran en torno al contenido de los derechos reproductivos¹⁶.

9. Para concluir considero que los avances científicos y tecnológicos en el campo de las ciencias de la reproducción han promovido grandes

15 BRENA INGRID (2013) «Comentarios a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso *Artavia Murillo y otros*» (*fecundación in vitro*) vs. *Costa Rica*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVI, núm. 137, mayo-agosto de 2013, 795-803. México.

16 BRENA INGRID (2013) *op. cit.*

debates, que por cierto llevaron más de 30 años para encontrarse y desarrollar una estructura normativa propia para lograr la accesibilidad a los tratamientos como fundamento de equidad y justicia sanitaria, pero aún hay mucho por hacer.

Aún quedan pendientes temas por abordar como fecundación postmortem, maternidad subrogada entre otros nuevos que irán surgiendo a medida que la ciencia avance.

No se debe abordar solo técnicamente la cuestión de accesibilidad, se debe fortalecer el proceso de articulación y armonización normativa que debe buscar el equilibrio entre los aspectos científicos sanitarios y éticos jurídicos, para promover mayor transparencia a cuestiones tan delicadas y sensibles para las personas y la sociedad, con profundos intereses y tensiones entre principios y valores éticos, políticos, económicos, culturales y sanitarios, que requieren de nuevas prácticas y nuevos procesos interdisciplinarios de abordaje de cuestiones científicas y éticas jurídicas de tanta importancia para la Vida.

Y