

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK-ECUADOR

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

**“ANÁLISIS JURÍDICO
DE LA
REPRODUCCIÓN ASISTIDA
Y
RESPONSABILIDADES CIVILES
DE LA MISMA”**

AUTOR: ABOGADO OSCAR CROW CÓRDOVA

DIRECTOR: DOCTOR JORGE CEVALLOS CARRERA

QUITO – 2006

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL S.E.K.

ABOGADO OSCAR IVÁN CROW CÓRDOVA

**ANÁLISIS JURÍDICO
DE LA
REPRODUCCIÓN ASISTIDA
Y
RESPONSABILIDADES CIVILES
DE LA MISMA**

**TESIS DOCTORAL
2006**

QUITO – ECUADOR

**ANÁLISIS JURÍDICO
DE LA
REPRODUCCIÓN ASISTIDA
Y
RESPONSABILIDADES CIVILES
DE LA MISMA**

**A mi madre,
por enseñarme el significado del amor y la dedicación...**

**A mi padre,
por enseñarme el significado del trabajo y el esfuerzo...**

**A mi hermano,
por enseñarme el significado de la entrega y perseverancia...**

**A mi hermana,
por enseñarme el significado de la templanza...**

**A Nathalie, mi amiga, mi mujer, mi todo...
por no dejar que me rindiera, por darme
la ilusión y motivación que necesitaba, por creer en mi...**

a todos ellos por enseñarme lo que es el amor de una familia...

**A mi “ñaño” Terry,
aquel que confió y apostó por una amistad...**

**A mi amigo Charly,
por su amistad y ayudarme a decidir qué camino tomar...**

**A mi Director y amigo,
por apoyarme en esta empresa hasta el día de hoy...**

**A mi Universidad, sus autoridades y personal administrativo,
por acogerme tantos años y enseñarme a valorar el orgullo de ser S.E.K.**

A todos los que me ayudaron con sus entrevistas, opiniones, consejos y bromas...

INTRODUCCION

Los que hemos tenido la dicha de estudiar y profundizar en determinados aspectos de la ciencia jurídica, podemos darnos cuenta de lo maravilloso que resulta su complejidad y entender que necesariamente debe estar interactuando y relacionándose con otras ciencias completamente distintas, y que sin embargo, pueden llegar a confluir para alcanzar objetivos, anhelos y metas humanas comunes.

Resulta complejo pensar que el Derecho intervenga en la vida de los seres humanos desde el momento mismo en que somos fecundados en el vientre y pensar que seguimos amparados hasta el final de nuestros días y aún después, a través de nuestra descendencia.

Podemos entender la vida desde distintas corrientes de pensamiento, jurídicas, biológicas, físicas y hasta religiosas, y sin embargo, lo que me ha interesado e intrigado durante mucho tiempo es la idea y visión de una madre y como amparar jurídicamente dicha calidad, la de sus hijos y la forma de nacer de los mismos.

El nacimiento de un ser humano implica el milagro de la vida, y cuando lo pensamos entendemos que es lo más valioso que puede tener el ser humano, es simplemente invaluable, y es por esa consideración que me pregunto ¿qué experiencia tan maravillosa debe ser el dar vida y cuándo empieza a intervenir el Derecho en ese milagro?

Pero la idea maternal de la mujer ha existido en nosotros desde siempre, pero ¿qué ocurre cuando ese anhelo maternal se ve imposibilitado por causas naturales?, y es en este momento precisamente, en que nuestro tema empieza a tomar relevancia porque dicha imposibilidad cada vez es más superable, gracias al avance de la ciencia y la tecnología.

La Reproducción Asistida es un tema relativamente nuevo en nuestro país, y la carencia de una legislación que regule estos procedimientos es lo que hizo despertar en mí el interés por analizarla y proponer una base normativa en el futuro.

Limitar la utilización de estos métodos, basados en corrientes religiosas o filosóficas, hacen que la ciencia jurídica se vea retrasada en su evolución y no alcance a ir de la mano con el avance de la ciencia y la tecnología.

Debemos abrir nuestra mente y permitirnos pensar que algo que ayude a la humanidad a conseguir un sueño y brindar tanta felicidad debe ser digno de ser respetado y admirado.

En la actualidad la reproducción asistida se sirve de distintos métodos y técnicas para conseguir su fin de procrear; no obstante la carencia normativa puede dar origen al uso indebido y con fines ilícitos e inmorales de estos métodos reproductivos, más que nada con el afán de lucrar de personas que buscan alcanzar un sueño.

No podemos permitir que la inseguridad jurídica, sea el medio para permitir que se violen derechos invaluable y universales inherentes a todos los seres humanos.

Este miedo nos lleva a acudir al Derecho para subsanar los vacíos que pueden presentarse, y por lo cual debemos tomarlo desde sus tres acepciones, entendiéndolo como aquel que dicta normas y reglas para encaminar la actividad de una sociedad y cuyo incumplimiento está sancionado (Derecho Objetivo); aquel que otorga facultades a los individuos y les da un poder (Derecho Subjetivo); y finalmente, aquel cuyo equivalente es la justicia como fin último del ser humano en pro de su bienestar.

En cuanto a nuestro tema acudimos al Derecho desde sus tres visiones, para poder juntar en una legislación el Derecho Objetivo con el Derecho Subjetivo

respetando el principio de la justicia, entendida esta como el respeto a los derechos y libertades de los seres humanos.

La Reproducción Asistida ha permitido a muchas parejas ver realizado su sueño de ser padres y conformar una familia, núcleo esencial en el desarrollo de la sociedad, y materia de vital importancia en la legislación de cualquier Estado.

Por ser vital su consideración jurídica, es que hemos visto justa nuestra preocupación por legislar la Reproducción Asistida en el Ecuador y analizar temas como la clonación, la manipulación genética, las responsabilidades que se generan por la utilización de técnicas de reproducción asistida, la visión de otros estados y las diferentes técnicas utilizadas y empleadas ya en nuestro país.

CAPITULO I

ANÁLISIS HISTÓRICO DEL DERECHO DE FAMILIA

El pilar fundamental del Derecho de Familia, es sin duda, y por obvias razones la familia, célula principal de la sociedad. Cuando nos referimos al Derecho de Familia debemos entenderlo como las relaciones y vínculos que existen y se originan dentro de la familia. Entendemos que tratamos con una institución histórica y que data desde los inicios de la humanidad.

El Derecho de Familia es la parte del Derecho Civil que se encarga de las relaciones y vínculos jurídicos que se generan entre miembros con algún lazo de parentesco. Dentro del Derecho de Familia podemos ver que sus principales ejes son la familia, el matrimonio y la filiación.

En la actualidad el mayor problema con el que se encuentra el Derecho de Familia es la pérdida de la idea de familia; y la similitud del matrimonio con otras formas de convivencia en pareja. Es por tanto, indispensable determinar inicialmente lo que se entiende por familia y brevemente el matrimonio.

La familia es la institución más antigua de la humanidad; no obstante, debemos analizarla a través del tiempo y la evolución que ha sufrido, ya que podríamos preguntarnos si la familia como tal sigue siendo la misma desde un principio o solo ha mantenido el nombre y adoptado varios cambios sustanciales.

Podemos decir que la familia es esencial para la subsistencia de la sociedad, ya que ésta es el medio de socialización de los seres humanos. Dentro de la familia es donde generalmente ocurre el nacimiento, por lo tanto, se entiende que ya nacemos dentro de una familia; y es además aquí, en donde se crece y se dan los medios para ser

una persona como tal, independientemente del sexo que sea; finalmente dentro de una familia también se muere.

La institución de la Familia tiene elementos invariables y otros que han ido evolucionando al pasar de los tiempos. Existen varios elementos que han permitido que ocurran dichos cambios, entre los que podemos destacar: a) Los cambios socioeconómicos que se han producido debido a la incorporación de la mujer al trabajo, lo que trajo mayor independencia económica de las mismas pero menor atención en el hogar; b) Los avances médicos en cuanto a reproducción asistida y las prácticas anticonceptivas que han permitido separar la práctica sexual de la reproducción, dejando al margen al matrimonio como referente de la reproducción e inclusive el cambio de sexo de las personas; c) La pérdida de espacio que va teniendo la familia y el matrimonio, ya que no aparecen como realidades naturales dentro de los seres humanos; d) Los cambios jurídicos que ha sufrido debido sobretodo a su realidad contractual y ya no tanto institucional.

En la actualidad la institucionalidad de la familia se ha visto debilitada debido al apareamiento de lo que muchos autores denominan como familia de hecho; sin embargo, debemos tener en cuenta varias consideraciones antes de poder denominar a la familia como “de hecho”. El consentimiento es la causa de la familia, solo de esta manera el Estado y la sociedad podrán reconocer una identidad familiar; cabe hablar también de una voluntad implícita para el matrimonio, aunque ésta deba ser convalidada o subsanada con posterioridad y reconocida por el Estado, y es así como nuestro Código Civil, en su artículo 81 determina que: *“matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”*; todas aquellas relaciones que nacen sin una naturaleza matrimonial carecen del elemento familiar y podrán ser protegidas y reconocidas por el Derecho de Obligaciones, pero no por el Derecho de Familia, así mismo, las relaciones homosexuales no pueden contener el elemento de familiaridad, ya que la diferencia de sexos es un requisito indispensable para la conformación y nacimiento de la familia, no

obstante, dichas relaciones suponen relaciones protegidas y amparadas por la Ley; la familia no puede ser considerada de hecho, ya que, el tan solo hecho no puede constituir familia, y en los casos que el Estado o la ley los considera, es porque asume la existencia del consentimiento. Podemos decir que la familia nace del matrimonio o de la voluntad por contraerlo. De esta manera, entendemos al matrimonio como un vínculo jurídico entre las partes, el mismo que genera un estado, derechos y obligaciones. Pero conjuntamente con el matrimonio debemos referirnos también a la unión de hecho, que al igual que la primera, nace de la voluntad de las partes. Es así que nuestra legislación las contempla y la Ley que Regula las Uniones de Hecho en el artículo 1 señala que: “*La unión de hecho estable y monogámica de más de dos años entre un hombre y una mujer libre de vínculo matrimonial, con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente, da origen a una sociedad de bienes.*”¹. De igual manera, nuestra Constitución Política de la República señala en su artículo 35 lo siguiente: “*La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.*”². Como podemos darnos cuenta, al igual que el matrimonio este tipo de uniones están amparadas por nuestra legislación y constituyen un elemento importante al momento de analizar a los sujetos que participan en la Reproducción Asistida.

1.1 Origen y Evolución Histórica de la Familia

El término familia tiene su origen etimológico en el vocablo *Famel*, que era utilizado en el pueblo de Campania por los oscos, y que derivaba del latín *fame* que significa *hambre*.

¹ “Ley que Regula las Uniones de Hecho”; R.O. 399; 29 de Diciembre de 1982.

² “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

Dentro del análisis histórico debemos remontarnos a la evolución del hombre, en que el ser humano se presenta en su estado salvaje, podemos ver características muy claras como son la utilización de las manos para todos los fines, diferenciándolos notablemente de los animales; o también la utilización de órganos orales, cuya aplicación primordial sería el habla; por último se puede distinguir claramente la dependencia que tienen los niños con respecto a sus padres de forma prolongada y la gestación en el seno de la madre.

Al dominar el uso de la mano como órgano de trabajo el hombre empieza a desarrollar relaciones de trabajo con otros. Luego en la barbarie, se caracteriza primordialmente la agricultura y la domesticación de animales. Posteriormente el hombre empieza a desarrollar instrumentos de metal. *“El hombre se libera de la preocupación inmediata de subsistencia que durante cientos de miles de años le habían mantenido en un plano de simple conservación de la especie, pese a toda su madurez psíquica, la agricultura y el pastoreo, por su parte, también tienen sus exigencias: una mayor cohesión social, más acusado sedentarismo entre los agricultores, necesidad de regular mejor las relaciones entre los diversos grupos, etc.”*³.

El origen más remoto de la familia puede ser considerado el clan, ya que éste se constituyó como un mecanismo de defensa que permitía la supervivencia. El papel de la mujer era primordial, ya que cumplía el papel más importante dentro de la familia. *“La forma más elemental de la familia estaba representada por la unión de la madre y sus hijos, que continuaban viviendo en su clan de origen. Entre el hombre y la mujer existía un vínculo puramente animal”*⁴.

³ María Elisa Rojas de Peláez (1981): *“La Inseminación Artificial (Fertilización Terapéutica) frente al Derecho”*; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; pág. 31.

⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina.

Se entendía que dentro de la historia humana había prevalecido la monogamia, sin embargo, posteriormente se ha podido comprobar que la evolución del ser humano lo llevó por varias etapas de conformación de la familia.

Para el maestro *Morgan*⁵, etnógrafo norteamericano, arqueólogo e historiador de la sociedad primitiva, la familia pasó por cuatro etapas de evolución:

- a) Familia Consanguínea;
- b) Familia Punalúa;
- c) Familia Sindiásmica; y,
- d) Familia Monogámica.

En la primera etapa los grupos conyugales son clasificados por generaciones: los abuelos y abuelas, son maridos y mujeres entre sí; y lo mismo ocurre entre sus hijos que son padres y madres. Los hijos de estos últimos conforman el tercer círculo de cónyuges comunes y los hijos de éstos el cuarto círculo.

La segunda etapa se caracteriza por la comunidad recíproca de maridos y mujeres. De esta ya se excluyeron a los hermanos carnales, y posteriormente a los hermanos lejanos de las mujeres y luego a las hermanas de los maridos. La palabra punalúa significaba compañero íntimo.

Cuando se afirma la idea que las relaciones sexuales entre los hijos de una misma madre eran impropias, nace la necesidad de reemplazar estas viejas prácticas por otras que no relacionen estrechamente al grupo de familias. Para el maestro Morgan esto dio origen a la formación de las primeras *gens*⁶ o grupos

⁵ Morgan, citado en Federico Engels (1977): “Origen de la familia, la propiedad privada y el estado”; Editorial Latina / Citado por la autora María Elisa Rojas de Peláez en su obra “La Inseminación Artificial (Fertilización Terapéutica) frente al Derecho”; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; 1981; pág. 32.

⁶ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina. **Gens.**- Es una institución propia de las sociedades primitivas y de extraordinaria

ligados por parentesco de consanguinidad. En estas dos primeras etapas es imposible determinar quien es el padre, la madre es la que origina la filiación.

En la tercera etapa ya podemos observar la unión conyugal por parejas, que se basa principalmente en la costumbre. Sin embargo, la poligamia y la infidelidad siguen existiendo, pero como un derecho exclusivo de los hombres. No obstante, este vínculo conyugal podía disolverse en cualquier momento y por voluntad de cualquiera de las partes. En esta etapa los hijos pertenecen exclusivamente a las madres que son las que originan la filiación. La paternidad ya empezaba a entenderse en parte, ya que se empezaba a considerar la mujer de un solo hombre.

En estas tres primeras etapas se puede extraer claramente el hecho que se reduce el círculo en cuyo seno prevalece la comunidad conyugal. Primeramente el círculo abarcaba a toda la tribu. Posteriormente se excluye a los parientes cercanos, luego a los lejanos y por último a los vinculados por alianzas. Finalmente queda la pareja unida por vínculos de costumbre. Esta evolución dará como resultado la cuarta etapa, en donde aparece ya la familia monogámica.

En la cuarta etapa ya se nota el predominio del hombre. Tiene como fin la procreación de hijos, y su paternidad será indiscutible, y además tiene por objeto que sus hijos entren en posesión de sus bienes cuando éste muera, como herederos. La aparición de la familia monogámica se debe a la aparición de las leyes humanas, que rigen tanto a la familia como a la sociedad, y esto dio como

trascendencia en el desarrollo social, político y cultural de la humanidad. El nombre romano gens que ha prevalecido fue generalizado por Lewis H. Morgan, aplicándolo a todas las instituciones semejantes de los pueblos antiguos y de los primitivos contemporáneos... La gens en griego, ganai en sánscrito, significa primariamente parentesco, y esta es la base más segura de la institución, porque todo lleva a concluir que la gens era un cuerpo de consanguíneos descendientes de un antepasado común, distinguidos por un nombre gentilicio y ligados por la sangre... Pueden, pues, darse como características generales de la gens romana las siguientes...: 1. Ritos religiosos comunes; 2. Cementerio común; 3. Derechos mutuos de sucesión en los bienes de un gentil fallecido; 4. Posesión de bienes en común; 5. Obligaciones recíprocas de ayuda, defensa y reparación de daños; 6. Deber de no contraer matrimonio dentro de la gens; 7. Derechos de adoptar extraños en la gens; 8. Derecho de llevar el nombre patronímico o gentilicio; 9. Subordinación a un jefe; 10. La gens tenía asambleas, dictaba leyes y ordenanzas y ejercía jurisdicción y censura sobre los propios miembros.

resultado que la familia empezara a adoptar características *patriarcales*⁷. En este momento empieza a entenderse a la familia como la célula básica de la sociedad. Ya cuando la familia empieza a aparecer con características patriarcales, se manifiesta en distintas culturas y de distintas maneras.

1.1.1 La Familia en Egipto

En Egipto cabe distinguir las prácticas reales de las del pueblo, ya que la familia real se permitía la poligamia, mientras que en las esferas bajas era común tener una sola esposa.

Dentro de la familia real y los nobles eran muy común los matrimonios incestuosos, ya que ponían en especial posición a la hermana. Aceptaban esta práctica con el fin de mantener la pureza sangre y evitar que los bienes familiares sean repartidos fuera de su seno.

A pesar que los divorcios existían, eran muy raros, y la principal causa constituía el adulterio de la mujer, que de ser comprobado, se sometía al repudio del marido y sin recibir ninguna compensación, caso contrario en los hombres, que no recibían ninguna sanción. A pesar de esta muestra de injusticia, cabe decir, que el pueblo egipcio fue uno de los que mayores libertades otorgó a la mujer, tanto en el aspecto personal como en el jurídico. Y esto se debía sobretudo a la gran tradición matriarcal que rigió en Egipto durante varios siglos. Esta característica matriarcal se fue perdiendo una vez que el pueblo egipcio abriera sus puertas a los extranjeros, quienes

⁷ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina. **Familia Patriarcal.**- Agrupación que se encuentra bajo la dirección y autoridad del mayor de los hombres del grupo constituido por su mujer, sus hijos solteros y los casados con sus mujeres e hijos: vale decir, tres generaciones unidas en la obediencia al patriarca.

influenciaron en la instalación de la idea del patriarcado y por consiguiente la pérdida de los derechos femeninos.

El matrimonio era celebrado bajo contrato y constituía una verdadera comunidad de bienes entre los esposos. Dichos contratos eran registrados en un acta pública, lo que hacía aún más formal el acto. Estos matrimonios eran conocidos como *justae nuptiae*; pero además existían los matrimonios conocidos como *nuptias por coemptio*, que se daban simulando una compraventa, en la que se establecía la entrega y se imponía un precio.

1.1.2 La Familia en Babilonia

Las costumbres babilónicas podrían parecernos extrañas, sin embargo debemos considerarlas dentro de su contexto como ejemplo de la evolución que ha ido teniendo la familia durante toda la historia de la humanidad.

Dentro de las costumbres babilónicas las mujeres no debían llegar vírgenes al matrimonio, y se exigía que éstas hayan mantenido relaciones sexuales por lo menos una vez en su vida con un extranjero en el templo de Venus. La promiscuidad era muy común entre las mujeres babilonias, siendo tal práctica lícita. Las uniones de hecho eran también habituales y muy semejantes a los matrimonios y además podían terminarse con la sola voluntad de una de las partes. Los matrimonios eran arreglados por los padres, y en el mismo se acordaba un intercambio previo de regalos.

Dentro de la patria potestad conferida al jefe de la familia, no solo que se le concedía poderes absolutos, sino que además gozaba de derechos terribles, tanto así, que el padre podía en determinado momento llegar a vender a su hija e inclusive a su mujer.

Aunque sea raro entenderlo, el matrimonio, en cambio, era monógamo y se basaba en la fidelidad de la pareja. Lo que supone un estricto régimen de fidelidad amparado por las leyes, las mismas que castigaban severamente cualquier falta. El *Código de Hammurabi*⁸ determinaba que la mujer y el hombre adúlteros debían pagar con su vida, en el caso de ser descubiertos, salvo que el marido prefiera arrojarlos a la calle desnudos; no obstante, este castigo solo se aplicaba si el marido no perdonaba a su mujer o el rey al súbdito.

En esta cultura se permitía el repudio, y en tales casos, cuando existían hijos nacidos dentro del matrimonio, el marido debía devolver a la mujer toda la dote y ésta mantenía el derecho de educar a sus hijos. Por otro lado, el marido que se ausentaba injustificadamente del hogar sin dejar dinero durante mucho tiempo, daba el derecho a la mujer de conseguir otro marido y formar un nuevo hogar; sin embargo, si el marido regresaba, la mujer debía volver a su lado, pero los hijos que tuvo con su segundo esposo debían quedarse con el padre.

Dentro de Babilonia también existía el divorcio, y se justificaba en casos de esterilidad, el adulterio, la incompatibilidad de humor o la negligencia demostrada en la administración del hogar; y en estos casos el marido debía regresar la dote a la mujer y decirle simplemente que ella no era su mujer. En los casos extremos, el hombre podía condenar a la esclavitud a la mujer o inclusive arrojarla al río. La mujer en cambio, aunque sin divorciarse del esposo, podía abandonarlo si demostraba su fidelidad y la crueldad del

⁸ “<http://html.rincondelvago.com/codigo-hammurabi.html>”: *Código de Hammurabi*: Compilación de leyes y edictos auspiciada por Hammurabi, rey de Babilonia, que constituye el primer código conocido de la Historia. Una copia del mismo, esculpida en un bloque de piedra negra de dos metros de alto, fue encontrada por un equipo de arqueólogos franceses en Susa, Irak, en el invierno de 1901-1902. El bloque, roto en tres pedazos, ha sido restaurado y se encuentra hoy en el Museo de Louvre de París.

marido; y si esto ocurría, entonces la mujer podía volver a la casa de su padre con toda su dote.

Como podemos darnos cuenta en Babilonia esta institución no contaba con estabilidad, tanto así que, los mismos miembros podían abandonarla con tan solo su voluntad. Los padres podían declarar su preferencia por uno de sus hijos dejando a los demás excluidos del reparto de los bienes hereditarios. Los hijos por su parte, también podían renunciar a tal condición, pero en estos casos renunciaban también a todos sus derechos hereditarios.

Si comparamos el papel de la mujer con su similar de Egipto, nos damos cuenta que se encuentra en inferioridad de condiciones, pero muy aventajada en cuanto a otras culturas, ya que en este pueblo, a la mujer se le encomendaban varias responsabilidades, como tener hijos y educarlos, poseer bienes, venderlos, heredar y testar. Podían inclusive tener negocios y algunas hasta fueron nombradas *escribas*, lo que hacía suponer que eran consideradas para cualquier tipo de instrucción.

1.1.3 La Familia en Asiria

Este pueblo se caracterizaba por ser guerrero, por lo tanto, todas las leyes estaban orientadas a favorecer el aumento de la especie y los nacimientos. El aborto estaba prohibido, y las mujeres que lo practicaban eran castigadas drásticamente, incluso con la muerte.

El matrimonio era celebrado por contrato, pero se asemejaba en la mayoría de las veces a una simple compra, en donde se establecía un precio y una entrega.

Sin duda, en esta cultura la mujer aparece en inferioridad de condiciones que sus similares egipcias y babilonias, tanto que debían presentarse en público totalmente cubiertas y le debían a su marido obediencia y fidelidad absoluta. En cambio, los hombres podían tener varias mujeres cuanto sus medios económicos le permitían.

1.1.4 La Familia en Israel

Dentro de esta cultura, las citas bíblicas son las citas más antiguas, y según éstas, el matrimonio constituía casi una unión perfecta, aunque en muchas de las veces se asimilaba a una compra, al igual que en Egipto y Babilonia, se concertaba un precio y una entrega, y en este caso el padre de la novia entregaba a su hija y además, como dote, una porción proporcional de su fortuna. Los matrimonios eran concertados por el padre, y no importaba la opinión de sus descendientes. Por otro lado, el divorcio era una excepción, y la principal causa era el adulterio, en donde la mujer, se encontraba en inferioridad, ya que los ancianos del pueblo las podían condenar inclusive a la muerte por lapidación; en cambio, el hombre que cometía adulterio era condenado a pagar su culpa mediante dinero; no obstante, el hombre si deseaba podía escoger la poligamia.

En el pueblo israelí, la familia era una institución muy importante, tanto en lo económico como en lo político, y en el mismo, se veían incluidos el marido, su mujer, sus hijos solteros y los hijos casados con su respectiva descendencia. Desde el punto de vista económico, la familia se dedicaba a los cultivo y al manejo de las tierras; y políticamente garantizaba una jerarquía social estricta.

La figura del padre era preponderante, y asumía poderes ilimitados, ya que ejercía el dominio total de las tierras, y por lo tanto, los hijos le debían obediencia, a cambio de participar en los beneficios.

El matrimonio en los inicios de esta cultura, fue caracterizada por el matriarcado. En estos casos, el hombre debía dejar su familia y agregarse a la familia de su mujer; sin embargo, esta característica se perdió una vez que se cambió el sistema monárquico. A pesar que la mujer se encontraba en un estado de inferioridad en comparación con el hombre, ésta gozaba de dignidad absoluta e inclusive tenía cierta autoridad. Para la mujer, el hecho de estar embarazada le daba total seguridad.

El pueblo hebreo buscaba multiplicarse, y para esto, todas las leyes y costumbres de la época protegían y alentaban la maternidad, tanto así que, el celibato era considerado pecado, y establecían el límite máximo de veinte años para contraer matrimonio; incluso los sacerdotes, debían casarse porque consideraban que llevando una vida normal serían aún más puros, en cambio, las mujeres con esterilidad se encontraban en inferioridad de condiciones, ya que, esto era motivo para el repudio y el divorcio; sin embargo, la mujer si lo deseaba podía evitar el repudio ofreciendo a su marido que tome una concubina para que concibiera un hijo para ellos. Por otro lado, el aborto o cualquier manera de evitar la concepción eran considerados como terribles abominaciones.

El pueblo judío consideraba que la familia era la base principal de la sociedad, pero así mismo, entendían que la base de la familia es el matrimonio, y para ellos, la mujer debía llegar virgen al matrimonio, caso contrario podía condenarse a la mujer a morir por lapidación.

La reproducción y el crecimiento de la población eran de vital importancia para ellos y por eso aseguraban que la ley protegiera esta práctica. Inclusive la mujer que quedaba viuda sin hijos, podía pedir y exigir al hermano de su difunto esposo, que se case con ella y la convierta en madre; si el difunto no tenía hermanos, la viuda podía recurrir al pariente masculino más cercano.

1.1.5 La Familia en Persia

El libro sagrado de los persas es el *Zend-Avesta*, y éste contiene toda la legislación referente a la familia, ya que para ellos, la familia es una institución santa. Al ser un pueblo guerrero, los persas buscaban aumentar su población, para lo que legislaban en protección de este fin, tanto así que, castigaban el celibato y permitían la poligamia y el concubinato. Como en otras culturas, los matrimonios eran concertados por los padres, aunque condenaban el incesto por considerarlo un pecado grave.

El pueblo persa, antes del reinado de Darío, consideraba en un puesto de privilegio a todas las mujeres, y estas podían circular con el rostro descubierto con libertad en las calles, además podían tener bienes y disponerlos a su antojo, incluso podían opinar e intervenir en las cosas y negocios de su marido. Una vez que el reinado de Darío sucumbió, este puesto privilegiado de la mujer fue desapareciendo.

Todo hombre que quisiera considerarse respetable, debía al menos, tener una mujer y varios hijos. Obviamente preferían a los varones, más que nada por razones económicas, ya que, en el caso de las mujeres toda su educación y esfuerzo económico acababa favoreciendo a un extraño y no a la

familia paterna. Incluso se llegaba a considerar una obligación el tener un hijo, y se pensaba que el tenerlos, era como un puente que conducía al cielo.

Continuando con la inferioridad de la mujer, se permitía repudiar a la mujer, luego de nueve años de no haber concebido un hijo, y no se necesitaba mayor requisito que éste, para declararla. El aborto y todas las medidas conducentes a evitar la procreación eran consideradas como delito grave, y podía ser penado incluso con la muerte.

Durante los cinco primeros años de los hijos, era la madre quien se encargaba de esta tarea, pero luego de cumplidos los cinco años, el padre se encargaba de la educación hasta los siete años de edad, ya que, posteriormente era el Estado el que asumía esta responsabilidad con el fin de conducir la formación de los menores.

1.1.6 La Familia en La India

En esta cultura el hombre conseguía a su mujer mediante el consentimiento de la misma, por compra o por rapto; sin embargo, prestar el consentimiento no enorgullecía tanto a la mujer, como el ser raptada o comprada, lo que constituía el mayor orgullo para la mujer hindú. Como resultado de las nupcias, la mujer entraba a formar parte de la familia de su marido y se desvinculaba totalmente de su línea paterna. La poligamia era permitida, no obstante, era un lujo que solo podían darse los grandes y poderosos, y esto aumentaba el prestigio de la persona. El hombre hindú se consideraba dueño de las mujeres y sus hijos, por lo que, podían llegar incluso a venderlos o descartar a los hijos. También podían acordar el matrimonio de sus hijos, antes de que estos fueron mayores y pudieran resolver sus deseos por ellos mismos. Según la ley hindú, los padres eran los únicos que podían

entregar a las hijas en matrimonio, y al igual que en el derecho romano, debía producirse la tradición para que se perfeccione el matrimonio. En la época de los brahmanes, las uniones en primeras nupcias con mujeres de otras castas estaban prohibidas; no obstante, podían tener otras mujeres de castas inferiores. El repudio era permitido siempre que la mujer hubiera demostrado un mal comportamiento; por otro lado, cuando bebía, estaba enferma o era intratable, aunque no podía pedir el repudio, podía reemplazarla por una suplente, la misma que se convertía en la principal, relegando a la anterior a un rango inferior; en cambio, la mujer estaba prohibida de solicitar el divorcio.

La situación de la mujer cambiaba dentro del seno de la familia, ya que en este espacio podía guiar a su esposo con sus opiniones, lo que le daba un ambiente de respeto y consideración; además, podía asistir con su esposo a fiestas y ceremonias religiosas; inclusive podía instruirse para poder intervenir en discusiones filosóficas. Por la importancia que tenía la familia en esta cultura, a la mujer viuda se le permitía contraer nuevas nupcias, y el aborto y cualquier tipo de infanticidio eran castigados severamente; aunque cabe decir que esta libertad que tenían las mujeres fue eliminada poco a poco, y posteriormente a la mujer, sin descendencia, solo se le permitía engendrar un hijo con el hermano de su difunto esposo, para que éste último tuviera alguien quien le siga rindiendo honores fúnebres.

Durante el dominio de los brahmanes la procreación era uno de los deberes principales que tenía cada individuo, y la mujer era tan solo vista como una máquina de tener hijos; lo cual desembocó en el pensamiento que la instrucción femenina era innecesaria, y además, no se le permitía tener bienes, excepto los de su dote. El *Código de Manú*⁹, determinaba que “solo puede

⁹ “<http://omega.ilce.edu.mx:3000/sites/fondo2000/vol1/codigo-de-manu/html/presentacion.html>”: *Código de Manú*.- Escrito hacia el año 200 a. C., pero que, según la leyenda, fue dictado por Suayambú,

considerarse completo un hombre que se ha casado y tenido hijos”. Este Código además exigía la fidelidad del hombre para con su mujer e imponía que la esposa debía ser tratada con cariño y especial consideración. Los hindúes consideraban al matrimonio como un sacramento y el *Código de Manú* llegaba a reconocer hasta ocho diferentes tipos de matrimonio.

1.1.7 La Familia en China

El pueblo chino consideraba a la familia como el ejemplo y modelo a seguir de la toda la sociedad. Esta estaba sometida al poder patriarcal, y los más ancianos eran quienes dominaban y mandaban a los demás; y en esta sociedad, la mujer estaba sometida y tenía que obedecer totalmente a su esposo.

Al igual que las anteriores culturas, en esta, los padres elegían los cónyuges para sus hijos, ellos convenían los matrimonios, y generalmente, los hijos no se conocían hasta el momento en que se realizaba la boda. La poligamia era un ejercicio aceptado y común por esta sociedad, pero era prácticamente exclusiva de las personas adineradas, ya que a la vez, se formaba una organización mucho más grande, con sus respectivas jerarquías entre esposas y concubinas. Las mujeres tenían derecho a ser tratadas con cariño, pero seguían siendo consideradas con inferioridad, sobre todo entre la gente del pueblo, aunque en cambio, en las esferas altas, hubieron mujeres que se destacaron, como algunas emperatrices que fueron consideradas por sus grandes esfuerzos y méritos. La mujer gozaba de absoluta movilidad, para

regenerador de la humanidad después del diluvio. Este salvador del mundo y primer rey de la India estableció leyes teocráticas y elaboró una cronología de la creación, que él mismo había recibido de Brahma, creador del universo. El *Código de Manú* resume un conjunto de normas para llevar una vida justa y alcanzar la felicidad.

poderse dedicar al trabajo en la tierra y el campo, sobre todo al cultivo del arroz.

Todos los hijos nacidos de las distintas mujeres del jefe de la casa, vivían dentro de un mismo techo, y solo estaban separados por diferentes patios, según el que le correspondía por la jerarquía o rango de la madre, pero entre ellos mantenían una relativa armonía. El padre tenía total y absoluta autoridad sobre sus hijos, quienes le debían honrar aún después de su muerte.

1.1.8 La Familia en Grecia

Cuando hablamos de la familia en Grecia estamos refiriéndonos al *oixoc*, que es el equivalente en Roma de la *domus*. “*El grupo de personas que en los primeros tiempos encuadró en ese concepto fue el yevoc, núcleo de personas que practicaban un culto común y que se tenían por descendientes de un mismo antepasado*”¹⁰. La familia griega conocía el *Epiclerato* en donde la hija soltera que era heredera del padre tenía que casarse con un pariente que la ley determinaba, y para que así el hijo que naciera de esta relación pueda gozar de la herencia gracias a la transmisión. Por otro lado, la *patria potestad* en Grecia se diferenció de la romana por su temporalidad, ya que en la familia romana se presentaba como vitalicia.

No obstante, dentro de la cultura griega es necesario diferenciar dos etapas y pueblos diferentes, Esparta y Atenas.

El pueblo espartano, basaba su grandeza e importancia en el poder militar, por lo que necesitaba aumentar su población constantemente, no

¹⁰ José Arias (1952): “Derecho de Familia”; Editorial Guillermo Kraft Limitada; Segunda Edición; Buenos Aires, Argentina; pág. 19.

obstante, consideraban más importante buscar y encontrar la perfección humana. Incluso el Código Moral de los espartanos, hacía entender que la fuerza era el equivalente del éxito para esta civilización. Sin duda, que la familia estaba organizada hasta en lo más mínimo por el Estado.

La eugenesia era tan importante para los espartanos, que todas sus leyes estaban orientadas y dirigidas hacia ese fin, incluso el padre tenía el derecho de eliminar a sus hijos recién nacidos, si es que éstos tenían algún defecto.

Los matrimonios eran concertados por los padres, pero siempre mediante el rapto, ya que para este pueblo la violencia era necesaria para formalizar el lazo, lo cual condujo a denominar a esta práctica como *harpadsein*, que quiere decir arrebato. Se establecía que los varones debían casarse a los treinta años, mientras que las mujeres se debían casar a los veinte años. La descendencia era un deber, y por esto, los espartanos permitían que sus mujeres mantuvieran relaciones sexuales con otros hombres que fueran mejores físicamente, con el fin de que la descendencia sea excepcional. Se entendía el celibato como un delito, y quienes morían célibes, eran privados de honores póstumos. Igualmente, quienes no tenían descendencia, debían permitir que su mujer tuviera relaciones sexuales con hombres jóvenes para que éstos creen una descendencia. Si es que la persona mantenía el deseo de no contraer matrimonio, a pesar de toda la presión estatal, esta era encerrada en calabozos, para que en la oscuridad, entre hombres y mujeres, encuentren compañeros.

Luego del matrimonio, la mujer permanecía en la casa de su padre, mientras que el esposo se encontraba en el cuartel sirviendo al Estado, y solo una vez, que la mujer iba a tener un hijo, formaban una verdadera familia. El divorcio no era muy común y se establecía la monogamia para todos, excepto por razones eugenésicas.

La mujer en Esparta contaba con muchas ventajas en relación con las demás griegas, ya que éstas, podían actuar con normalidad ante sus maridos, podían intervenir en los asuntos más importantes e incluso podían tener y vender bienes, heredar y entregar en testamento.

En Atenas, las cosas son distintas, porque el interés del Estado ya no reside en la perfección del cuerpo humano, sino que, se busca organizar a la familia en todos sus aspectos sociales. La familia la conformaban el padre, su esposa, la segunda esposa oficial, los hijos solteros y casados, sus hijas, los esclavos y las esposas e hijos de éstos últimos.

El padre de familia tenía supremos poderes sobre sus hijos, podía abandonar al recién nacido, lucrar con el trabajo de sus hijos e incluso terminar con el matrimonio de cualquiera de sus hijos. No obstante de este poder paternal, los hijos varones alcanzaban su libertad cuando se casaban; caso contrario ocurría con las hijas mujeres, ya que pasaban de depender totalmente de su padre, a depender de su marido dentro de la familia de éste.

El padre era quien concertaba los matrimonios de sus hijos, y los dejaban en manos de parientes o casamenteros profesionales. Antes de efectuarse el matrimonio la mujer debía aportar con su dote, que a pesar de seguir siendo suya, en la práctica la administraba el marido; no obstante en caso de divorcio, la dote debía ser restituida en su integridad a la mujer.

En este pueblo, la fidelidad del varón era muy rara y se casaban solo con el fin de evitar las sanciones que se imponían al celibato, y además para obtener descendencia. El concubinato entre los atenienses recién fue aceptado con las *Leyes de Dracón*¹¹, pero solo por el hecho de que la población había

¹¹ “<http://leo.worldonline.es/williamg/biografias/personajes/dracon.htm>”: **Leyes de Dracón:** Dracón fue al primer legislador ateniense, célebre por la crueldad de sus leyes. Compuso el primer Código escrito de

disminuido a consecuencia de varias guerras que habían protagonizado. Estas leyes se aplicaban solo en el caso del varón, ya que el adulterio femenino era considerado como una causal para que el hombre la repudie y aunque la ley autorizaba la muerte de la mujer, muy pocos hombres llegaban a ejecutar este acto; esta causal no era la única para repudiarla, ya que el hombre podía hacerlo en cualquier momento y aún sin una causa, y tan solo con expresión de voluntad. La mujer solo podía acceder al divorcio cuando probaba que el marido lo trataba con crueldad excesiva.

Como podemos darnos cuenta, la situación de la mujer era muy inferior a lo que sucedía en Esparta. En Atenas, la mujer no podía contratar, contraer deudas, comparecer en juicio, y no tenían capacidad para heredar o testar. Si duda que la mujer se encontraba sometida toda su vida o a la autoridad del padre o a la de su marido en su hogar.

1.1.9 La Familia en Roma

Para los romanos la institución de la familia es una de las más importantes. Una de las características fundamentales es el poder absoluto que goza el ascendiente masculino de mayor edad de la familia, es jefe de la misma, y predomina sobre la esposa, los hijos y los nietos. Esta sociedad, entendía la familia como la reunión de personas sometidas a la autoridad de un padre; dentro de la cual, se incluía a los bienes y los esclavos. *“La familia patriarcal estaba integrada bajo la sólida autoridad del paterfamilias (padre o jefe de familia), quien solo se hallaba sometido a la voluntad de la gens”*¹².

Grecia, en el cual se prescribía la pena de muerte tanto para los delitos como para las faltas, fuese cualquiera su entidad. Justificaba esta severidad diciendo que los pequeños delitos eran merecedores de la muerte y que no hallaba pena mayor para los grandes. De ahí que el vocablo *draconiano* se utilice, desde entonces, como sinónimo de exceso en la aplicación de la justicia.

¹² María Teresa Garcés (1971): “Autoridad familia compartida”; Derecho Colombiano; Bogotá, Colombia; pág. 20 / Citada por la autora María Elisa Rojas de Peláez en su obra “La Inseminación Artificial (Fertilización

El fundamento de la familia era la *agnación*¹³, que era un vínculo jurídico entre personas sometidas a una misma patria potestad. Con el derecho de Justiniano, la agnación perdió importancia y tomó su lugar la *cognación*¹⁴, que ya no era un vínculo jurídico, sino que era ahora un vínculo o parentesco de sangre. Dentro de ese vínculo o parentesco existían dos sujetos: el *paterfamilias* o *sui juris*¹⁵ y los *alieni juris*¹⁶, que eran los sometidos a su potestad. El Derecho Romano tiene como característica primordial, que el padre de familia tenía un poder ilimitado con respecto a sus hijos, que podía equipararse a la del amo con el esclavo, y que llegaba a durar toda la vida del padre, además de que todos los bienes del hijo le correspondían al padre; tenía el derecho de disponer sobre la vida o la muerte de su esposa, hijos y esclavos; era el *paterfamilias* quien concertaba el matrimonio de sus hijos, y en el caso de sus hijas, éstas seguían bajo su patria potestad, salvo que las hubiera entregado en las propias manos del marido, situación que se conoce como *cum manu* y en donde también la dote era entregada para goce y administración de este último. También se conocía el matrimonio *sin manu*, en donde no era

Terapéutica) frente al Derecho”; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; 1981; pág. 34.

¹³ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina. **Agnación.**- Era una especie de parentesco civil -opuesto al natural- que existía entre los que estaban,

habían estado hasta su muerte, o hubieran podido estar bajo la *patria potestas* de un autor común, suponiéndole una existencia de indefinida duración.

¹⁴ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina. **Cognación.**- Liga de sangre que existía entre las personas que descendían una de otras o de un autor común. En la cognación se contaba el parentesco por líneas y grados. Existían dos líneas: recta o directa, y colateral. La línea recta podía ser ascendente o descendente. En la primera se encontraba el padre, el abuelo, el bisabuelo, etcétera. En la segunda, el hijo, el nieto, etcétera. En la línea colateral, los parientes son descendientes de un antepasado común: hermanos, primos, tíos y sobrinos, etcétera.

¹⁵ ENCICLOPEDIA DE DERECHO USUAL DE CABANELLAS (CD-ROM). **Sui Juris.**- “De Derecho Suyo”, en la traducción literal, poco expresiva; porque requiere la precedencia de la palabra persona, que era, en el Derecho Romano, quien no estaba sometido a ninguna potestad doméstica; quien poseía, en términos actuales, plena capacidad jurídica de obrar...

¹⁶ ENCICLOPEDIA DE DERECHO USUAL DE CABANELLAS (CD-ROM). **Alieni Juris.**- Eran tanto los que carecían de capacidad jurídica como de capacidad de obrar en Derecho. Estaban sometidos a la patria potestad del pater familias, a la tutela del respectivo tutor o a la mano del marido. Se era “alieni juris” por nacimiento (como los hijos y los esclavos), por matrimonio (tanto la mujer, si dependía de la mano marital, como la nuera, en caso de estar su marido sujeto a un jefe de familia), por compraventa (como el hombre libre adquirido por mancipatio o el esclavo, negociado como mercadería), por voluntad (en la adopción y en la adrogación)...

indispensable el matrimonio religioso, sino que bastaba con la aceptación de las partes, y en este caso el *paterfamilias* continuaba ejerciendo la patria potestad sobre su hija, y este matrimonio se perfeccionaba por el *usus*, o sea, por haber tenido vida común durante más de un año; por el *coemptio*, es decir por la compra; o por la *confarreatio*, que consistía en comer juntos una torta, modalidad que era casi exclusiva de las altas clases. Los romanos debían casarse aproximadamente a los veinte años, aunque la edad mínima permitida era de catorce, mientras que para las mujeres era de doce.

El aumento en la población romana estaba bien vista debido a su organización económica y militar, el no tener descendencia era razón para ser rechazado. En esta cultura, el padre también tenía la potestad para exponer a muerte al hijo que nacía con algún defecto, pero si los conservaba más de ocho días, se lo consideraba como aceptado definitivamente ante los ojos de la sociedad.

La situación de la mujer romana era de desventaja absoluta en relación con el varón, tenían muchas incapacidades legales, no podía ser testigo ni actuar ante tribunales, no tenía derecho sobre los bienes del marido. Sin duda, la mujer romana no podía considerarse libre en ningún momento de su vida, ya que pasaba de manos del padre a la del marido. No obstante, la mujer en el caso de divorcio o muerte del marido, tenía derecho a que se le devolviera toda su dote y la conservara. El divorcio dependía del tipo de matrimonio, siendo por *cum manu*, solo el varón podía disolver el vínculo matrimonial; en cambio, si era *sin manu*, ambos cónyuges podían solicitar el divorcio. Una de las principales causas de los divorcios era la infidelidad, y en este caso el varón se veía obligado por las costumbres a repudiar a su mujer; sin embargo, con la ampliación de las fronteras romanas la situación de la mujer fue mejorando por el contraste con otras costumbres y otras culturas; ya la mujer podía conservar las dotes y pedir inclusive el divorcio por cualquier

causa. Mucha de esta mejoría se debió al debilitamiento de la patria potestad y la desaparición del matrimonio *cum manu*.

Poco a poco la familia fue perdiendo importancia, ya que los matrimonios empezaban a hacerse solo por conveniencia. En época de Augusto este debilitamiento familiar ya era demasiado agudo, razón por la que se dictaron leyes que procuraban favorecer e incentivar el matrimonio, la fidelidad y el parentesco. La más importante de estas leyes fue la *lex Julia de pudicitia et de coercendis adulterlis*, en donde se le daba el derecho al padre para matar a su hija adúltera y a su cómplice, además el marido tenía la posibilidad de matar al amante, e incluso de matar a su esposa, pero solo en caso de encontrarla in fraganti. El adulterio de la mujer era considerado un delito de acción pública, y debía ser reclamado por el esposo, dentro de un plazo de sesenta días, por el padre de la mujer adúltera o por cualquier ciudadano romano. El castigo de la mujer adúltera era el destierro por siempre, perdía un tercio de su fortuna y la mitad de su dote y estaba prohibida de casarse nuevamente. La mujer no podía acusar a su esposo de adulterio, ya que el varón gozaba de inmunidad absoluta. Otras leyes dictadas por Augusto, buscaban favorecer el matrimonio, a través de la obligatoriedad de contraer nupcias para todos los varones menores de sesenta años y todas las mujeres menores de cincuenta. Se crearon castigos para todos los célibes, excluyéndoles de la posibilidad de heredar, salvo que fuese de algún pariente cercano; y las mujeres divorciadas o viudas también perdían las posibilidades de heredar si no se casaban dentro de los seis meses posteriores.

1.1.10 La Familia en Germania

Los germánicos no tenían leyes escritas y se basaban en las costumbres, por lo que es muy difícil hablar de un verdadero derecho de

familia; no obstante podemos distinguir varias características que lo asemejan a otras culturas de la época.

En esta civilización el padre era considerado como un amo y gozaba de poderes absolutos, ya que podía disponer de la vida y libertad de hijos y esposas. No obstante, acostumbraban a practicar la monogamia, y permitían que la mujer tuviera un papel importante dentro de la familia, dirigiendo los asuntos del hogar. La mujer era muy fiel y leal al marido, tanto que acompañaba a su hombre incluso en las guerras y muchas de las veces hasta peleaban juntos.

La unidad de la familia dependía mucho de la propiedad colectiva de las tierras, de la que vivían todos; aunque a pesar de esta propiedad, el padre de familia, no podía disponer de las mismas, ya que debía pasarlas obligatoriamente a su hijo primogénito, o al varón que continuaba y en último caso al familiar masculino más cercano.

La familia se hallaba unida por fuertes lazos de solidaridad, y una ofensa a algún miembro de ella, era considerada como si fuera a todos y cada uno, por lo que cada miembro tenía el derecho de ser resarcidos; pero este derecho cesaba en el momento en que el ofensor reparaba equitativamente a cada miembro entregándoles una suma de dinero, acción que se denominaba *icehrgell*, es decir, el precio de sangre o prenda de la paz. También ocurría que si un miembro era acusado de algo, todos sus familiares acudían a defenderlo en juicio, e incluso bajo juramento afirmaban los dichos del reo, lo que hizo que estos familiares recibieran el nombre de “conjuradores”.

1.1.11 La Familia en la Edad Media

Ya en la *edad media*¹⁷ aparece la concepción del matrimonio dentro del cristianismo, que se fundaba en la unidad e indisolubilidad del vínculo. El matrimonio era una organización económica, autosuficiente y se dedicaban a trabajar la tierra, hacer el pan, hacer el vino, hilar la lana y tejer las telas. La mujer dentro de esta organización, era considerada indispensable, ya que ejercía el gobierno dentro del hogar y realizaba funciones básicas en la industria doméstica. Los hijos tendían siempre a continuar con el oficio y trabajo del padre, ya que entre estos se transmitían los secretos del oficio. Por lo tanto, se consideraba, que estos conocimientos y las herramientas destinadas a cada oficio eran los únicos que se entendían como transmisibles por herencia.

La familia como tal era la única que podía considerarse dueña de la tierra, por lo que no se entendía la propiedad individual, generalmente para evitar que ésta pueda dividirse; igualmente, una vez que se heredaban las tierras, los herederos no tenían la capacidad para enajenarlas.

Este sistema familiar fue muy eficaz en la edad media, pero con el pasar del tiempo, esta institución se fue debilitando debido a muchos factores mayoritariamente económicas, ya que las relaciones comerciales se tornaron más complicadas, además el aumento de la riqueza y de las necesidades, etc. Sin embargo, las características familiares, fueron transmitidas en primera

¹⁷ ENCICLOPEDIA DE DERECHO USUAL DE CABANELLAS (CD-ROM). **Edad Media.**- Arranca al término de la Edad Antigua... en la caída del Imperio de Occidente, el de Roma (476). Rutinariamente, y con flagrante injusticia, el fin medieval se coloca en la toma de Constantinopla (1453)... la Edad Media es el tiempo que transcurre desde el siglo V hasta la mitad del siglo XV. No es mediados de esa centuria, sino sus fines, exactamente el 12 de octubre de 1492, el lindero racional y trascendente que separa la Edad Media de la Moderna; ahí está el hecho colosal y de trascendencia incalculable aún para la humanidad y la cultura del Descubrimiento de América. La propiedad en confusión con la soberanía, fraccionada ésta por debilidades de monarcas, y robustecida aquélla por los feudos, magnifica las atribuciones y pretende perpetuarse entre dueños y servidores...

instancia a los mercaderes, y éstos a las corporaciones, posteriormente a las organizaciones capitalistas y finalmente al Estado.

1.1.12 La Familia en la Edad Moderna

En la *edad moderna*¹⁸ con el aparecimiento del movimiento filosófico conocido como *la ilustración*¹⁹ provoca un cambio ideológico dentro de esta materia y posteriormente estos nuevos principios inspiraron la legislación francesa, que desembocarían en la realización del *Código Napoleónico*²⁰. “*La concepción familiar de este código ha de influir decisivamente en las últimas codificaciones de los países europeos y en las legislaciones latinoamericanas...*”²¹. En la revolución francesa los principios del derecho romano fueron rechazados y se tendió a limitar el poder del padre de familia.

¹⁸ ENCICLOPEDIA DE DERECHO USUAL DE CABANELLAS (CD-ROM). **Edad Moderna.**- Lapso que se extiende desde fines de la Edad Media, que para rutinarios y retrógrados se encuentra en la toma de Constantinopla (1453), y que la trascendencia humana lleva a fijar en el Descubrimiento de América (1492), hasta la Revolución francesa, el 14 de julio de 1789, en que es tomada la Bastilla.

¹⁹ “<http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/contextos/2181.htm>”: **La Ilustración.**- Iniciada en Inglaterra en el siglo XVIII (por esto adopta el nombre de “Siglo de la Ilustración” o “Siglo de Las Luces”), durante la revolución burguesa y liberal, movimiento filosófico y cultural, ya que influyó en el campo literario, artístico, histórico y religioso. Sus características son: a) Autolimitación rigurosa de la razón dentro de los límites de la experiencia; b) La razón ilustrada busca abordar todo aspecto o dominio de la realidad, intentando extender la razón ilustrada al campo de la religión y de la política. La fe absoluta en la razón; c) La razón en el mundo puede y debe promover el progreso; y, d) El Iluminismo ilustrado mantiene el hedonismo.

²⁰ “http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lg=59_2&lk=1/06-04-2004/documento37.html”: **Código de Napoleón.**- Así se conoce al Código Civil Francés promulgado en 1804, y que adoptó el nombre de Napoleónico desde 1807. Este Código fue inspirado por Napoleón Bonaparte y transcrito por Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu y Maleville, y fue concebido desde su origen como un conjunto de leyes que regulaba a los ciudadanos y sus relaciones entre sí. Consta de tres libros: a) “De las personas”; b) “De los bienes” y “Diferentes modificaciones de la propiedad”; y, c) “Diferentes maneras de adquirir la propiedad”. Se entiende ya al individuo desde su nacimiento hasta la muerte y es la primera vez que se toma en cuenta el matrimonio civil. El divorcio también está contemplado de una manera restrictiva. Al padre de familia se le da un lugar favorecido. Pasó más de un siglo sin ser alterado. Posteriormente se hicieron varias reformas. Constituye un verdadero monumento para Francia, y es considerado como el primer código moderno. La trascendencia de este Código es palpable por su influencia en varios países europeos, y así mismo, por su popularidad en América.

²¹ María Teresa Garcés (1971): “Autoridad Familia Compartida”; Derecho Colombiano; Bogotá, Colombia; pág. 31 / Citada por la autora María Elisa Rojas de Peláez en su obra “La Inseminación Artificial (Fertilización

El *Código de Napoleón* “fue un intento de transacción entre el derecho antiguo y el de la revolución. Conserva la secularización del matrimonio y permite el divorcio, aunque de manera restringida. Mantiene una autoridad marital casi absoluta y no se establece ningún control de la patria potestad”²².

1.1.13 La Familia en la Edad Contemporánea

En la *edad contemporánea*²³ la revolución industrial provocó la urbanización, dando como consecuencia la formación de nuevas estructuras. Actualmente podemos identificar ciertas características de la familia contemporánea, que han sido adquiridas durante su evolución:

- a) Monogamia;
- b) Comunidad familiar;
- c) Autoridad familiar compartida; y,
- d) Carácter de orden público de las obligaciones familiares.

Terapéutica) frente al Derecho”; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; 1981; pág. 35.

²² Bertha Corredor (1962): “La Familia en América Latina”; Serie Socioeconómica, Centro de Investigaciones Sociales; Bogotá, Colombia / Citada por la autora María Elisa Rojas de Peláez en su obra “La Inseminación Artificial (Fertilización Terapéutica) frente al Derecho”; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; 1981; pág. 35.

²³“<http://www.monografias.com/trabajos/ecocon/ecocon.shtml>”;“<http://www.geocities.com/Tokyo/Gulf/4377/revolucion.htm>”: **Edad Contemporánea**.- El referente de esta era es la Revolución Francesa de 1789, que marca el fin de la Edad Moderna. A esta se le suman la independencia de Estados Unidos y la Revolución Industrial en Gran Bretaña.

1.2 Origen y Evolución Histórica de la Filiación

Según la doctrina internacional, el origen de la filiación desemboca en cuatro ideas principales y son:

- a) Filiación legítima;
- b) Filiación natural;
- c) Filiación adoptiva; y,
- d) La legitimación.

La filiación legítima, es la que se origina y tiene su fuente en el matrimonio de dos personas que son los padres del menor. Es un lazo que une a los padres con su hijo, siempre que hubiere existido el matrimonio cuando ocurrió la concepción o cuando se produjo el nacimiento. La filiación natural (antes conocida como ilegítima), era considerada por ciertos autores como ilegítima, ya que tiene su fuente en la procreación fuera del matrimonio. Los hijos naturales pueden ser simples, incestuosos o adulterinos. Los simples son aquellos hijos que nacen de personas que no tenían ningún impedimento para casarse en el momento en que se produce la concepción. Los hijos incestuosos, son aquellos que nacen de personas que no podían casarse por existir algún lazo de consanguinidad o parentesco por afinidad. Los hijos adulterinos son aquellos que nacen de personas que no podían casarse al momento del nacimiento debido a que uno de ellos se encontraba casada con una tercera persona. Los hijos incestuosos y adulterinos se encontraban considerados en la misma categoría que los sacrílegos (posteriormente eliminado), y estas tres clases a su vez eran llamados “de dañado ayuntamiento”. La filiación adoptiva, tiene su origen en la institución de la adopción, y no tiene como fuente ni el matrimonio ni la procreación. La institución de la adopción crea un lazo ficticio, meramente jurídico de la filiación legítima. Julien Bonnecase señala que *“la legitimación, recae sobre la filiación natural,*

*tiende a cambiar ésta por una filiación legítima”*²⁴. Con la legitimación se logra conceder al hijo los beneficios de la filiación legítima, sin importar que en el momento de la concepción los padres no se hubieren casado. La legitimación es una calidad superviniente, ya que es adquirida luego de que la pareja que ha concebido al hijo contrae matrimonio. Por otro lado, los hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos eran considerados de menor categoría que los hijos naturales (o ilegítimos), ya que estos no podían ser legitimados.

La evolución histórica de la filiación la podemos abarcar desde la perspectiva de distintas culturas, las mismas que adoptaron diversas leyes para determinar la filiación de los hijos, algunos de manera drástica y otros con menor rigurosidad. La filiación legítima es considerada por todas las culturas, y es la que nace dentro del matrimonio de los padres. Esta clase de filiación no conlleva ningún tipo de problema; no obstante, la filiación ilegítima acarrea varias complicaciones, y éstas varían de acuerdo a la cultura y a la época.

1.2.1 La Filiación en Babilonia

En Babilonia era permitido reconocer a un hijo que se haya engendrado en la esclava, y además se le reconocía a ese hijo una porción de la herencia, que era casi igual al de los otros hijos. En el caso que el padre no quisiera reconocer al hijo engendrado en su esclava, éste perdía todos los derechos patrimoniales, y siendo ese el caso, tanto la madre esclava como su hijo se beneficiaban con la libertad. Por otra parte, la filiación de la madre se suponía, y se puede decir que este concepto fue el origen de la idea romana de la *mater semper certa est*.

²⁴ Julien Bonnecase (1993): “Tratado Elemental de Derecho Civil”; Editorial Harla S.A.; México D.F., México; pág. 259.

1.2.2 La Filiación en La India

En el derecho indiano los hijos incestuosos y adulterinos quedaban excluidos de la familia. Además se señalaba que cualquier hijo nacido de una mujer que no sea de su marido era considerado como hijo no legítimo de la mujer y tampoco pertenecía a tal hombre.

1.2.3 La Filiación en Grecia

Dentro de la familia griega existían dos clases de filiación:

- a) *Anquistia*; y,
- b) *Singeneia*.

La *anquistia* es semejante a la *agnatio* romana aunque no es idéntica, presentaba características propias. José Arias la define como “*la relación que se establece entre ciertas personas, unidas por lazos de sangre o de adopción, que tienen recíproca vocación hereditaria*”²⁵. La principal diferencia con la *agnatio* romana es la posibilidad de la transmisión por línea femenina. Dentro de la *anquistia* estaban considerados descendientes, hermanos consanguíneos, primos e hijos. La diferencia con la *singeneia* es que esta la conforman el resto de parientes, colaterales, afines y los demás componentes del mismo *yevoc*.

En Grecia, durante la vigencia de las *Leyes de Solón*²⁶, a los hijos nacidos fuera del matrimonio se los excluía de la comunidad social y tenían

²⁵ José Arias (1952): “Derecho de Familia”; Editorial Guillermo Kraft Limitada; Segunda Edición; Buenos Aires, Argentina; pág. 19.

²⁶ “<http://es.wikipedia.org/wiki/Sol%C3%B3n>”: **Leyes de Solón**: Famoso legislador ateniense, considerado uno de los precursores de la democracia en Atenas. Introdujo un conjunto de reglamentos,

prohibido casarse con ciudadanos de Grecia. Posteriormente, estas leyes fueron atenuadas; no obstante, seguían siendo marginados de la familia y privados de todos los derechos, y sobretodo de los derechos de sucesión. La adopción fue admitida por la Ley de Solón, pero se la prohibía cuando existían hijos legítimos. La tutela no recaía exclusivamente sobre los menores de edad sino que también sobre las mujeres.

1.2.4 La Filiación en Roma

Entre los romanos el matrimonio *cum manu* y el *sine manu* originaban la legitimidad de la filiación. Tanto el hijo legítimo como el hijo legitimado gozaban de los mismos derechos y obligaciones, posteriormente los hijos adoptivos gozarían de estos mismos derechos en un plano de igualdad similar.

Se los conocía como hijos naturales a todos aquellos que provinieran de la concubina. En cambio, eran considerados bastardos aquellos que provenían del adulterio, la prostitución o el incesto. En todo caso, Justiniano concedió ciertos derechos a estos hijos llamados bastardos al concederles el derecho de alimentos. Así mismo, estos hijos bastardos tenían derecho a suceder a sus padres pero no lo hacían en la misma calidad que los legítimos o naturales, ya que sucedían en una proporción inferior. Los hijos nacidos fuera del matrimonio eran tratados con rigurosidad, pero a partir del edicto *Unde cognati*, se atenuó esta rigurosidad. Este edicto se basaba en el parentesco natural, principalmente por la sangre y nacía de la concepción de la madre. Dependiendo de los nacimientos, se fue estableciendo la diferencia entre los *liben naturali* (nacidos de concubina); los *adulterini* (padre o madre casados

seisachtheia, que fueron muy útiles para mejorar las condiciones. Sus reglamentos tuvieron tal éxito que se le encomendó la tarea de reescribir la constitución. El resultado fue llamado mas tarde la Constitución Soloniense. Abolió la mayoría de las leyes de Dracón, excepto las referentes al homicidio; decidió

con otra persona); los *incssiuosi* (uniones prohibidas por lazos de sangre); y, *spuri* (por la vida deshonesto o promiscua de la madre). A los primeros se les reconocía la calidad de pariente del padre o madre, y estos a su vez, podían legitimarlos, y si esto ocurría, entraban a gozar de varios derechos, como el de herencia, aunque en una proporción inferior que el de los hijos legítimos. Los demás hijos se encontraban en una situación de inferioridad con respecto al primero.

1.2.5 La Filiación en Francia

En Francia se ha conservado la distinción clásica y tradicional de hijos legítimos e ilegítimos. La filiación legítima se basa en el hecho de la existencia del matrimonio, sin embargo, la legitimación es también considerada. La filiación ilegítima está separada en dos grupos: la natural y la adulterina o incestuosa. En el primer caso se considera a las parejas que hubieren podido contraer matrimonio para el momento de la concepción.

1.2.6 La Filiación en España

En España se clasificó a la prole como legítimos e ilegítimos, dependiendo de su procedencia, si ha sido dentro del matrimonio o fuera de la misma. A parte de estas dos categorías la española adicionó una que la francesa no tomó en cuenta, los hijos extramatrimoniales sacrílegos. Estos son aquellos hijos nacidos de religiosos que se encuentran ligados por votos sagrados.

terminar con los derechos de casta, adaptando los derechos y deberes de los ciudadanos a sus respectivas rentas, procediendo a la división de la población en cuatro clases.

1.2.7 La Filiación en la Edad Media

En la Edad Media los germanos consideraban a los hijos extramatrimoniales como seres contaminados a los que debían evitar, y los excluían de la sociedad pues no podían ser testigos, desempeñar cargos importantes o casarse con personas de otra condición.

La dureza de las disposiciones germanas sobre los hijos extramatrimoniales fue suavizada con la venida del catolicismo puesto que el Derecho Canónico les reconoció varios derechos como el derecho a alimentos de todos los hijos, cualquiera fuese su origen y la legitimación del matrimonio como forma de subsanar errores y consolidar la familia.

El catolicismo influyó incluso en el Derecho Francés puesto que, cambió en parte sus normas al establecer el deber alimentario como la obligación sagrada que tenían los padres hacia los hijos, pues los consideraban derechos.

1.2.8 La Filiación en la Edad Contemporánea

Con la Revolución Francesa luchando por la igualdad entre los hombres no podía aceptarse que por una simple condición de nacimiento surgieran diferencias entre los hijos y sus derechos, estableciéndose la igualdad entre hijos legítimos y naturales aunque siguieron excluyendo a los nacidos del adulterio o del incesto.

Con el Código Napoleónico se quiso reestablecer la desigualdad pero desde 1804 comenzó a sentirse la oposición a la segregación injusta que se le daba a los hijos desde el punto legal y contra natura, a esta oposición se

contrapone la protección a la familia legítima buscando establecer una equiparación de los derechos de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Este fue el problema al que la legislación moderna debió enfrentarse para no colocar al hijo nacido fuera del matrimonio en una situación discriminante cualquiera haya sido la circunstancia natural o legal de su nacimiento, ya que el hecho jurídico de la filiación nace del hecho real del nacimiento de un menor.

1.3 Concepto de Familia

Nuestra Constitución Política de la República en la sección Tercera de la Familia en su artículo 37 señala que *“El Estado reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Esta se constituirá por vínculos jurídicos o de hecho y se basará en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.*

Protegerá el matrimonio, la maternidad y el haber familiar. Igualmente apoyará a las mujeres jefas del hogar.

El matrimonio se fundará en el libre consentimiento de los contrayentes y en la igualdad de derechos, obligaciones y capacidad legal de los cónyuges”²⁷.

Mazeaud define a la familia como *“la colectividad formada por personas que a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges, están sujetos a la misma autoridad”²⁸*. De la definición de Mazeaud destacamos

²⁷ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

²⁸ Henry, León y Jean 1aud (1969): “La Familia. Lecciones de Derecho Civil”; Buenos Aires, Argentina / Citado por la autora María Elisa Rojas de Peláez en su obra “La Inseminación Artificial (Fertilización

que sigue considerando al *paterfamilias* como la cabeza de la misma, y en donde todos los demás se ven obligados a obedecerlo, y estos mismos, bajo esa condición y característica se acatan incondicionalmente a él, y es precisamente esta característica que los asemeja, la que los hace considerarlos familiares.

José Arias señala que *“la familia es la agrupación natural por excelencia, pero tal carácter no es exclusivo, ni único, ya que es un grupo que se asienta en caracteres psicológicos, económicos, religiosos, éticos y políticos”*²⁹. El autor en su definición, considera a la familia como un conjunto social de personas que se ven unidos por la sangre o como consecuencia del matrimonio, y que generalmente tienen una cabeza común que los dirige u orienta y viven en una misma casa.

Para el autor Enrique Díaz de Guijarro, *“la familia constituye una institución social permanente, compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación de los sexos y la paternidad”*³⁰. La definición de este autor va más allá que la de los demás, ya que apunta su atención a las relaciones jurídicas que nacen entre los distintos componentes de la familia, tanto así que llega a considerarla una institución social. No obstante, debemos aclarar que estas relaciones y vínculos que nacen se deben generalmente a la unión entre el hombre y la mujer y la posterior paternidad.

Para Ferrara *“la familia no es persona jurídica, porque su ordenación es puramente individualista: se le reconocen derechos a la persona de sus miembros,*

Terapéutica) frente al Derecho”; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; 1981; pág. 29.

²⁹ José Arias (1952): *“Derecho de Familia”*; Segunda Edición; Editorial Guillermo Kraft Limitada; Buenos Aires, Argentina; pág. 35.

³⁰ Enrique Díaz de Guijarro / Citado por la autora María Elisa Rojas de Peláez en su obra *“La Inseminación Artificial (Fertilización Terapéutica) frente al Derecho”*; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; 1981; pág. 29.

mas no a la célula como un todo”³¹. El autor obviamente hace la diferenciación entre la familia y sus miembros, reconociendo a estos últimos derechos y obligaciones; la familia como tal no goza de ningún derecho, ya que solo es un ente conformado por sujetos que la dan vida.

El autor Julio López Del Carril define a la familia “*como la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual*”³². Esta definición es muy similar a la expuesta por el autor Díaz de Guijarro, en cuanto que el autor entiende a la familia como el conjunto de personas con obligaciones y derechos recíprocos, que se encuentran unidos por la relación de sexos y sus posteriores consecuencias.

Por la definición de varios autores, podemos entender a la familia como a la pareja unida por una relación sexual, que tiende a la continuidad de la especie dentro de una sociedad. Esta definición se sustenta en la procreación humana, por medio de la unión duradera y permanente del hombre y la mujer. Desde la visión religiosa, tendríamos que adoptarla, ya que esta, profesa y defiende la procreación humana como fin último de la unión del hombre con la mujer a través de la relación sexual.

1.4 Concepto de Filiación

³¹ Francesco Ferrara: “Las personas jurídicas”; Editorial Reus; Madrid, España; pág. 674 / Citado por el autor Roberto Suárez Franco en su obra “Derecho de Familia. Tomo I. Filiación. Régimen de los incapaces. Tercera edición”; Editorial Temis S.A.; Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1999; pág.13.

³² Julio J. López Del Carril: “La Filiación y La Ley 23.264”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 11.

La sucesión de personas a personas constituye la razón para la existencia de la relación jurídica conocida como filiación, o en otras palabras paternidad o maternidad. Para la Real Academia Española de la Lengua “*filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres*”.

La doctrina francesa impulsada por Josseland³³ expresa que “*la palabra filiación tiene dos acepciones, una más amplia y otra más precisa. Genéricamente, la filiación se refiere a todos los anillos de la cadena que ligan a una persona con su antepasado, aún el más lejano; pero, en la acepción más corriente, que es la nuestra, no se refiere más que a la relación de un hijo con sus progenitores inmediatos, con su padre y su madre; esta relación toma el nombre de filiación cuando se la considera desde el lado del hijo, y el de paternidad o maternidad si uno se coloca en el punto de vista y en el lado de los padres*”. Esta doctrina hace referencia al lazo familiar que une a varias generaciones, y que se acentúa en el lazo existente entre padres e hijos, diferenciando a su vez, la filiación de la paternidad y la maternidad.

Carbonier considera que “*la filiación es el vínculo jurídico existente entre el padre o la madre y el hijo*”³⁴. Es entendible esta consideración porque en efecto la relación existente se origina por la existencia de derechos y obligaciones recíprocas entre los componentes familiares.

Para el autor Julio J. López Del Carril “*el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la filiación: se es hijo matrimonial o extramatrimonial, etcétera*”³⁵. Es evidente, que

³³ Louis Josseland: “Derecho Civil. La Familia. Tomo I. Volumen II”; pág. 212 / Citado por el autor Julio J. López Del Carril en su obra “La Filiación y La Ley 23.264”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 23.

³⁴ Jean Carbonier (1961): “Derecho Civil, Tomo I, Vol. II. Situaciones Familiares y Cuasifamiliares”; pág. 253 / Citado por el autor Julio J. López Del Carril en su obra “Derecho de Familia”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 414.

³⁵ Julio J. López Del Carril: “La Filiación y La Ley 23.264”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 30.

la filiación no nace con las obligaciones y derechos supervenientes, sino que se origina en el momento mismo del nacimiento. Puede decirse que filiación es la calidad jurídica de hijo, ya que tiene derechos en relación al padre y la madre. A través de esta institución se adquiere la calidad de hijo, y por lo tanto, derechos y obligaciones. La filiación en definitiva es el vínculo que une a los padres con sus hijos.

Podemos entender a la filiación como la relación que existe entre varias personas entre sí, en donde la una tiene la calidad de hijo y la otra la calidad de padre o madre, y en donde la relación existente nace de la descendencia entre unos y otros. De esta relación se derivan tanto la paternidad como la maternidad. La paternidad y maternidad como filiación, son términos que sirven para identificar la misma relación jurídica. En definitiva se puede decir que filiación es la relación existente entre padres e hijos. Es la relación de consanguinidad entre el hijo y sus progenitores, un lazo de parentesco que une a unos con sus descendientes.

Aubry y Rau dicen que *“el lazo de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo, se denominan paternidad o maternidad, cuando se tiene en vista la persona del padre o la madre, y filiación cuando se la considera con respecto a la persona del hijo”*³⁶. La doctrina francesa establece la diferencia entre paternidad y maternidad y la filiación, condicionándolo al punto de vista desde donde se lo considere, si es desde la óptica de los padres será paternidad o maternidad, pero si se lo ve desde la óptica del hijo se entiende entonces la filiación.

La doctrina francesa es muy uniforme en el criterio y pensamiento en cuanto a la filiación, y es tanto así que, una Corte de Casación Francesa determinó que *“el*

³⁶ Aubry y Rau (1978): *“Cours de Droit Civil Français. Tomo 6”*; ed.; París, Francia; pág. 24 / Citado por el autor Julio J. López Del Carril en su obra *“La Filiación y La Ley 23.264”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 30.

estado de las personas consiste en la relación que la naturaleza y la ley civil establecen, independientemente de la voluntad de las partes, entre un individuo y aquellos de quien él tiene su nacimiento". Y es entendible dicho fallo si se considera la ley como generadora de dichos estados, en una sociedad en donde la ley está sobre todos los individuos.

En la doctrina italiana, según el pensamiento de Cicu *"la filiación es un estado, cuya característica es que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino con todo los parientes de sus padres. Es un hecho natural y un hecho jurídico"*³⁷. Para este autor, las relaciones que se crean con la filiación, no son solo directas con el padre, sino que además, se extiende a todos los ascendientes y descendientes de este último. Así mismo, además de considerarlo un hecho natural, le da un valor importante a la ley, ya que al considerarlo un hecho jurídico, presupone que nace de la legislación existente en cada país. Con la filiación nacen dos tipos de personas, los hijos y los progenitores, quienes a su vez comparten entre sí una relación jurídica. En el momento en que nacen estos dos tipos de personas, podemos decir que, el primero se hace llamar hijo del segundo y adopta la condición de hijo, y por lo tanto, entra a ejercer derechos y obligaciones con relación al Estado; y a su vez, el segundo adopta la condición de padre o madre, e igualmente entra a ejercer derechos y obligaciones con relación al Estado. Podemos decir entonces, que la filiación en relación con las demás personas puede considerarse como un estado civil; pero solo es así, en el momento en que se lo considera como un sujeto con capacidad de ejercer derechos y cumplir obligaciones, es decir, su situación jurídica frente a la sociedad.

Según la doctrina española, y lo que manifiesta el autor José Puig Brutau *"la filiación es ante todo un hecho natural, por ser efecto de la procreación. El hecho*

³⁷ Antonio Cicu: *"La Filiación"*; págs. 15 y ss. / Citado por el autor Julio J. López Del Carril en su obra *"Derecho de Familia"*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 415.

está reconocido y regulado por el Derecho y también es, por lo tanto, un hecho jurídico”³⁸. La legislación y doctrina española, resalta la filiación en su naturaleza; no obstante reconoce, así mismo, su juridicidad, ya que se encuentra amparado y normado por la legislación nacional.

Para Puig Peña *“la filiación es aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga con un tercero”*³⁹. Por su parte, este autor da más valor al hecho jurídico que nace por la propia normatividad de la Ley al determinar la filiación, antes que el hecho natural que constituye la procreación.

En la doctrina argentina, el maestro Rébora dice que *“no habrá procreación, naturalmente, sin una conjunción sexual determinante y condigno proceso de fecundación, gestación y alumbramiento. Pero siempre que la haya, ella se proyectará sobre el campo del derecho bajo el aspecto de una relación entre el individuo procreado y sus progenitores, relación que, contemplada desde la posición del primero se denominará filiación y, desde la opuesta, por antonomasia, se denominará paternidad”*⁴⁰. El maestro argentino hace énfasis en el nacimiento y la naturaleza de la filiación, destacando el acto sexual como el originador de derechos y obligaciones comunes entre padres e hijos, los mismos que dan origen a la paternidad y maternidad y la filiación.

Para la doctrina clásica la filiación se ha clasificado siempre en dos grupos: la legítima o matrimonial y la ilegítima o extramatrimonial. La primera cuando el

³⁸ José Puig Brutau (1991): *“Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Volumen II”*, pág. 6 / Citado por el autor Julio J. López Del Carril en su obra *“Derecho de Familia”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 415.

³⁹ Federico Puig Peña (1976): *“Tratado de Derecho Civil Español. Filiación”*; Ediciones Pirámide S.A.; Madrid, España; pág. 6 / Citado por el autor Julio J. López Del Carril en su obra *“La Filiación y La Ley 23.264”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 25.

⁴⁰ Juan Carlos Rébora (1932): *“Instituciones de la Familia. Tomo IV”*; Buenos Aires, Argentina; pág. 10 / Citado por el autor Julio J. López Del Carril en su obra *“La Filiación y La Ley 23.264”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 25.

nacimiento ocurre luego de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la separación o divorcio de los esposos. La segunda cuando el nacimiento ocurre antes o sin el matrimonio previo de los padres.

Para Roberto Suárez Franco *“la filiación es un estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, como consecuencia de la relación natural de procreación que la liga con la otra”*⁴¹. *“La filiación legítima ha sido considerada como el resultado de la conjunción de dos elementos: uno, que tiene su origen en la misma naturaleza, y otro, que descansa en la ley cual es el matrimonio; la ilegítima tiene su origen en la sola naturaleza, motivo por el cual en muchos casos se la ha identificado con el simple nombre de natural. Se ha comprendido en la filiación legítima a la legitimada por el posterior matrimonio que lleguen a contraer los padres... en el derecho moderno, comúnmente la legitimación solo es procedente en caso de matrimonio de los padres; excepcionalmente lo puede ser por adopción... Los adoptivos tienden a convertirse en legitimados por adopción...”*⁴². La filiación simplemente es diferenciada por el empleo o no de la ley, será legítima si la emplea e ilegítima si no; la ley es la que definirá y determinará su clasificación.

El autor *López de Carril*⁴³ luego de estudiar varias legislaciones y doctrinas hace una clasificación de las distintas clases de filiación:

- a) Filiación Legítima o Matrimonial;
- b) Filiación Natural;
- c) Filiación Incestuosa;
- d) Filiación Adulterina;

⁴¹ Roberto Suárez Franco (1999): *“Derecho de Familia. Tomo II. Filiación. Régimen de los incapaces. Tercera edición”*; Editorial Temis S.A.; Santa Fe de Bogotá, Colombia; pág. 4.

⁴² Roberto Suárez Franco (1999): *“Derecho de Familia. Tomo II. Filiación. Régimen de los incapaces. Tercera edición”*; Editorial Temis S.A.; Santa Fe de Bogotá, Colombia; pág. 5 y 6.

⁴³ Julio J. López Del Carril: *“La Filiación y La Ley 23.264”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 118 y ss.

- e) Filiación Ilegítima;
- f) Filiación Extramatrimonial;
- g) Filiación Legitimada;
- h) Filiación Adoptiva Plena;
- i) Filiación Biológica Ignorada y Filiación Jurídica Inexistente;
- j) Filiación Biológico-Jurídica Única; y,
- k) Filiación Aparente.

Filiación Legítima o Matrimonial.- Son hijos legítimos o matrimoniales los nacidos después de la celebración del matrimonio y los nacidos hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o separación de hecho de los esposos.

Filiación Natural.- Comprende al hijo que al tiempo de su concepción sus padres podían contraer matrimonio. En legislaciones reformadas aparecen ya como los hijos de personas no unidas entre sí por matrimonio o también se los considera como hijos extramatrimoniales en ciertos casos.

Filiación Incestuosa.- Esta clasificación comprende a los hijos que al momento de la concepción los padres tenían impedimento legal para contraer matrimonio por tener entre sí parentesco por consanguinidad y/o afinidad dentro de los grados que las distintas legislaciones establecen.

Filiación Adulterina.- Surge de los hijos cuyos padres o uno de ellos estaba casado con una tercera persona al momento de la concepción. Sin embargo, cabe recalcar que esta clasificación ha desaparecido en la actualidad de la mayoría de legislaciones del mundo.

Filiación Ilegítima.- En algunas legislaciones aparece esta clasificación comprendiendo a los hijos naturales, sin embargo, en otras queda excluida totalmente al aparecer los hijos naturales como única.

Filiación Extramatrimonial.- Es la de todos los hijos nacidos de personas que no se encuentran unidas en matrimonio.

Filiación Legitimada.- La mayoría de legislaciones contienen la legitimación por subsiguiente matrimonio o por demanda judicial, y comprende a los hijos cuyos padres al momento de la concepción podían casarse. En algunos cuerpos legales el hijo legitimado se equipara con el hijo legítimo.

Filiación Adoptiva Plena.- La institución de la adopción permite que el adoptado tenga una filiación que pasa a sustituir a la filiación de origen. El adoptado goza de una situación jurídica como si se tratara de un hijo legítimo.

Filiación Biológica Ignorada y Filiación Jurídica Inexistente.- Es la de los hijos de padres desconocidos.

Filiación Biológico-Jurídica Única.- Esta aparece de una corriente doctrinaria que pretende establecer una única filiación, la de hijos, sin más clasificaciones y distinciones.

Filiación Aparente.- Es la que aparece como matrimonial o legítima pero no lo es.

1.5 Legislación Nacional

En nuestro país han existido numerosos cuerpos legales que han tratado en su conjunto a la institución de la familia y la filiación, y que han ido evolucionando y reformándose de acuerdo al cambio intelectual de la sociedad.

La Ley de Matrimonio Civil y Divorcio de 1902 derogó de forma tácita la categoría que identificaba a los hijos sacrílegos. Esta Ley podemos considerarla como una evolución porque empieza a verse al recién nacido de una manera más humana.

La Constitución que promulgó el 26 de marzo de 1929, la convención Nacional de Quito, presidida por Agustín Cueva, es la que presenta mayores garantías y protecciones. Ya está considerada la protección a la maternidad y la infancia, y los “hijos ilegítimos” tienen el derecho para ser criados y educados por los padres y así mismo, heredar conforme a lo que disponía la ley. Además ya se toma en cuenta el derecho a la investigación de paternidad.

El Decreto Supremo No. 94 del 21 de noviembre de 1935 publicado en el Registro Oficial 46 del 22 de noviembre de 1935 derogó el artículo 34 del Código Civil que señalaba la clasificación de los hijos de dañado ayuntamiento, de igual manera dicho Decreto Supremo regulaba la forma de adquirir la calidad de hijo ilegítimo, ya sea por el reconocimiento de uno o ambos padres o por la declaración judicial de paternidad o de maternidad. Luego de esta reforma los hijos ya tenían derecho a la herencia de sus padres. Pero el que no tenía la calidad de hijo ilegítimo no podía reclamar tal derecho ya que no tenía ninguna relación de filiación.

El maestro *Luis Felipe Borja*⁴⁴ señalaba que *“la Iglesia Católica contribuyó a atenuar esta severidad, reconociendo el derecho a los alimentos de los hijos cualquiera fuera su origen, favoreciendo la legitimación por subsiguiente matrimonio, y finalmente, insistiendo sobre los deberes inherentes a toda paternidad”*. Se ve claramente la intervención directa de la Iglesia en la moralidad de las personas, considerando como obligación de los padres el dar alimento a sus hijos; además empieza a dar origen a la idea que el Estado debe intervenir en mayor grado para precautelar la seguridad familiar.

Por otro lado, la Constitución de 1938 fue expedida, pero no promulgada por el Presidente, sin embargo, *“acató su vigencia por declaración pública, promesa del Presidente de la República al asumir su cargo, convocatoria, de acuerdo con las disposiciones legales de esta Carta Política, a un Congreso Extraordinario, y por la comisión que el mismo Poder Ejecutivo designó para examinar, confrontar y compaginar su redacción definitiva”*⁴⁵. Esta Carta Política era la que brindaba la mayor protección. Y en esta el matrimonio se basa en el principio de la igualdad de los cónyuges y puede disolverse por mutuo consentimiento o por petición de una de las partes, con causa justa y según la ley. Además los hijos que nacen fuera del matrimonio ya gozan de los mismos derechos que los “legítimos” en cuanto a la crianza, educación y herencia.

La Constitución de 1945, que es considerada en su tiempo la más progresista de todas las que existieron en el Ecuador, recoge y ratifica la intención plasmada

⁴⁴“<http://www.edufuturo.com/educacion.php?c=1554>”, “http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PA_GINAS/Colegio.5.htm”: **Luis Felipe Borja Pérez (1845-1912)**.- Nació en Quito, el 21 de febrero de 1845. Destacado jurisconsulto de América Latina, perteneciente al Partido Liberal y Diputado por la Provincia de León (Cotopaxi) en 1883, con lo cual contribuyó a la redacción de la nueva Constitución, fue miembro del Consejo del Estado en 1884, profesor universitario, presidió la Asamblea Popular de Quito, que proclamó al General Eloy Alfaro como Jefe Supremo de la República en 1895, Rector de la Universidad Central desde 1895, Defensor de la Ley de Patronato y la Amnistía para los guerrilleros conservadores, Presidente de la Junta Nacional Patriótica en 1904, Presidente de la Academia de Abogados de Quito en 1910 y autor de varias obras.

⁴⁵ “<http://www.edufuturo.com/educacion.php?c=1719>”

en la Carta Política de 1938 y que nunca fue promulgada, y en su artículo 142 señala que *“El Estado protege a la familia, al matrimonio y a la maternidad. El matrimonio se fundamenta en el principio de igualdad de derechos de ambos cónyuges. Podrá disolverse por mutuo consentimiento o a petición de uno de ellos, por las causas y en la forma que la ley determine. Los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos que los legítimos, en cuanto a la crianza, educación y herencia. La ley reglamentará todo lo referente a la filiación y a sus derechos, y a la investigación de la paternidad. Al inscribir los nacimientos no podrá exigirse declaración alguna sobre la calidad de la filiación. Establécese el patrimonio familiar inalienable e inembargable, cuya cuantía y demás condiciones serán reguladas por la ley.”*⁴⁶. Esta Constitución, acogiendo los principios renovadores inspirados por la Iglesia Católica aparece con un aire progresista, protegiendo a la familia y a sus componentes. El Estado hace eco del pensamiento de la Iglesia y se atribuye las funciones de protección a la familia.

La Constitución de 1946 plasma la idea conservadora que había sido derogada por la Constitución anterior, ya que en esta posterior se restringen nuevamente los derechos de los hijos “ilegítimos”. Sin duda, que se produce una involución en cuanto a esta institución porque nuevamente se limita el derecho de los hijos, y por lo tanto, de la familia.

El Decreto Supremo No. 83 del 20 de enero de 1965, publicado en el Registro Oficial 419 del 20 de enero de 1965, trajo modificaciones referentes al Código de Menores, ya que extendía la protección de los Tribunales de Menores a la criatura que estaba por nacer.

La Constitución de 1967 ya no hacía ninguna clasificación tácita de los hijos, pero aún se la podía entender implícitamente. En cambio, por su parte, la Ley 256 del 4 de junio de 1970, publicado en el Registro Oficial 446 del 4 de junio de

⁴⁶ http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01477392211525562032268/p0000001.htm#I_30 ”

1970, determinaba la igualdad absoluta que existía entre los hijos. Ya para esta época se elimina la clasificación de hijos legítimos e ilegítimos.

Después de la creación de la Ley 256 se distingue que la filiación materna y paterna dependía del matrimonio de los padres y del hecho de que el nacimiento haya sido durante el matrimonio. Si el nacimiento del hijo se hubiere dado dentro del matrimonio de los padres, ya sea verdadero o putativo, constituye el primer hecho generador de la filiación para los hijos. El hecho de que el padre y/o la madre hayan reconocido voluntariamente al hijo, cuando no existe matrimonio de por medio, constituye el segundo hecho generador de la filiación. Cuando por declaración judicial se reconoce un hijo al padre o a la madre, se genera el tercer hecho generador de la filiación.

La reforma realizada en 1970 al Código Civil, ya no consideraba calidades ni categorías, y consideraba que todos los hijos que nacían dentro o fuera del matrimonio, reconocidos o cuya condición haya sido declarada por el juez, tenían el mismo derecho a la crianza, al cuidado personal, a la educación de sus padres, al alimento congruo, y el mismo derecho a la herencia en partes iguales.

En la Constitución de 1978, ya se nota claramente el papel protector del Estado, y considera a la familia como la célula fundamental de la sociedad. Igualmente protege la maternidad y el matrimonio. Así mismo, considera la unión de hecho y lo sujeta a las regulaciones concernientes a la sociedad conyugal. Además en el artículo 25 se señala que *“El Estado protege a los progenitores en el ejercicio de la autoridad paterna y vigila el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de padres e hijos. Estos tienen los mismos derechos, sin considerar sus antecedentes de filiación. Al inscribirse el nacimiento no se exigirá declaración sobre la calidad de filiación; y, al otorgarse el documento de identidad, no se hará referencia a la misma, ni a la calidad de adoptado. El hijo será protegido desde su concepción y se garantiza el amparo del menor, a fin de que su crecimiento y*

desarrollo sean adecuados para su integridad moral, mental y física, así como para su vida en el hogar”⁴⁷. Ya la diferenciación de hijos no existe, por lo que empieza a entenderse una única calidad.

La Ley 43 del 18 de agosto de 1989, publicado en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, agregaba al artículo 24 del Código Civil un literal que señala: “*d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente*”. Sin duda el mayor progreso realizado hasta la época en cuanto al tema de las personas y la familia, este agregado del artículo 24 reconoce la legitimidad de los hijos nacidos en el seno de una pareja unida de hecho. Es entendible la adhesión de este literal, una vez que las uniones de hecho, reconocidas en la ley desde 1982, pasaron a formar parte de nuestra legislación.

Además, la mencionada Ley cambió la idea de que solo el padre tenía derechos con respecto a sus hijos, sino que desde ese momento, se dio igualdad de derechos y obligaciones a ambos progenitores sin importar el sexo del mismo. De esta relación jurídica se desprende otra institución importante que se conoce con el nombre de Patria Potestad, y que lo podemos definir como el conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres con respecto a sus hijos no emancipados. Los primeros se llamarán padres de familia y los segundos se los llamará hijos de familia.

Debemos recalcar que nuestro Código Civil solo lo define como un conjunto de derechos, más no obligaciones. En cambio, el Código de Menores si hace referencia a las obligaciones que se tienen, para este cuerpo legal la patria potestad constituye un conjunto de derechos y obligaciones. Esta institución es creada para favorecer a los hijos, para que sus derechos sean protegidos y respetados, tanto a través de la representación del hijo, como de la administración de sus bienes. Actualmente el Código de Menores, fue reemplazado por el Código de la Niñez,

⁴⁷ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 120; 31 de julio de 1997.

Adolescencia y la Familia, que se encuentra vigente y fue hecho bajo una clara inspiración de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, y en donde se plasman los derechos consagrados por esta Declaración y las garantías que consagra nuestra Constitución Política de la República.

Dentro de la legislación ecuatoriana la filiación constituye una institución muy importante aunque en el caso que estudiamos muy descuidada y desprotegida. Dentro de la Constitución Política de la República del Ecuador la filiación constituye una base importante para la determinación de la nacionalidad de las personas, tanto es así, que la Constitución Política de la República determina en su artículo 7 que: “*Son ecuatorianos por nacimiento:*

1. Los nacidos en el Ecuador.

2. Los nacidos en el extranjero.

2.1 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que esté al servicio del Ecuador o de un organismo internacional o transitoriamente ausente del país por cualquier causa, si no manifiestan su voluntad contraria.

2.2 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que se domicilien en el Ecuador y manifiesten su voluntad de ser ecuatorianos.

2.3 De padre o madre ecuatoriano por nacimiento, que con sujeción a la ley, manifiesten su voluntad de ser ecuatorianos, entre los dieciocho y veintiún años de edad, no obstante residir en el extranjero”⁴⁸.

⁴⁸ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

CAPITULO II

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.1 Concepto

La Reproducción Asistida da inicio a muchos derechos y obligaciones provenientes de las relaciones entre los padres que desean tener un hijo, los médicos tratantes y los hijos nacidos con estos procedimientos y técnicas.

“La fertilización médicamente asistida da nacimiento a una serie de relaciones que no se agotan en las que se producen entre la pareja que desea tener un hijo y los médicos tratantes o la clínica médica, sino que también se dan entre aquella y los hijos - en especial, en el caso de la fertilización heteróloga-, o entre la pareja y los donantes del material genético, o entre éstos y los llamados bancos de semen, o entre el donante y los hijos nacidos con motivo de la utilización de los gametos de aquéllos”⁴⁹. De esta explicación podemos entender que las técnicas de reproducción asistida dan origen a una serie de relaciones entre sus intervinientes, los cuales acarrearán derechos y obligaciones de todo tipo.

Es evidente que el nacimiento de una nueva persona trae consigo la aparición de nuevas relaciones entre las personas que han intervenido en dicho proceso. En el caso de la Reproducción Asistida, vemos claramente la interrelación que nace entre los médicos tratantes y los padres, y especialmente con la madre que se ha sometido a las distintas técnicas. Pero así como podemos identificar las relaciones evidentes, es necesario también identificar otro tipo de relaciones, que por no ser tan evidentes, muchas veces pasan desapercibidas y no reciben el crédito que pueden merecer. No son solo los

⁴⁹ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 21.

médicos y los padres quienes se interrelacionan, sino que existe toda una serie de personas interrelacionadas, tal es el caso, de aquellas personas conocidas como las donantes, la mayoría de las veces indispensables en el momento de la fecundación, ya que son estos quienes pueden llegar a aportar en determinados momentos los embriones, entendiéndolos como tales a los óvulos y espermatozoides, que serán los responsables del milagro de la vida. Pero sin duda alguna, la relación más importante, será la del nuevo ser con sus progenitores, médicos y donantes. Dependiendo de la procedencia y de las técnicas utilizadas, se podrá determinar la relación existente. Siempre se verá más complicada las relaciones en las que se involucren individuos donantes, ya que, hasta cierto punto llegan a ser extraños dentro de las potenciales técnicas que se quieren emplear, debido a que en general, los donantes son anónimos y casi siempre se realizan las donaciones a través de centros especializados. Pero existen situaciones en las que los donantes no son anónimos, y más bien pueden ser personas allegadas a los tratantes y en estos particulares casos las relaciones pueden tornarse diferentes, por los distintos sentimientos y emociones que pueden nacer.

Mucho se ha discutido sobre el derecho o no a tener un hijo. Generalmente en los países desarrollados se ha llegado a admitir, hasta cierto punto, el derecho a tener descendencia, pero ésta aceptación va ligada al mismo desarrollo que van adoptando las nuevas técnicas de reproducción. Para el autor Domingo M. Basso, *“cada día existe un menor interés por el individuo-niño, que se opera en beneficio del individuo adulto”*⁵⁰ y a esta idea el autor José Bustos Pueche le agrega *“como si aquéllos tuvieran un derecho subjetivo a tener un hijo -olvidando que la persona no puede ser objeto de un derecho- que deben satisfacer no importando a costa de qué o de quién”*⁵¹. La aceptación de este derecho podría implicar un problema aún mayor, ya que, de reconocerse este derecho, se

⁵⁰ Domingo M. Basso, O.P. (1993): *“Nacer y morir con dignidad. Bioética”*; Tercera Edición; Buenos Aires, Argentina; pág. 333 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; págs. 14 y 15.

⁵¹ José E. Bustos Pueche (1996): *“El derecho civil ante el reto de la nueva genética”*; Madrid, España / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 15.

estaría aceptando el derecho a no tener un hijo, inclusive a través del aborto; y efectivamente, con esta nueva ola de tecnología reproductiva, se mira más la satisfacción de los deseos de los adultos y no tanto la del menor que nacerá.

El Papa Pío XII en su Discurso al Segundo Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad señalaba que “...la fecundación artificial viola la ley natural y es contraria al derecho y a la moral”⁵². El autor Pedro Chiesa señala en relación al discurso del Papa Pío XII que “los cónyuges no tienen derecho al hijo, tienen derecho al acto sexual. El hijo es un don que Dios puede conceder o no, pero aunque no lo conceda, el acto sexual ya tiene una finalidad que lo dignifica: unir a los esposos.”⁵³. La visión religiosa del tema es evidente y ha sido claramente expuesta por las autoridades religiosas. Tener un hijo no es un derecho, solo los medios para conseguirlo pueden interpretarse como tales, el nacimiento de un nuevo ser es un don otorgado por Dios.

Analizando este principio, podríamos interpretar como que la Institución religiosa se ha quedado retrasada en la evolución. Muchos progresistas y críticos de la Iglesia han rechazado esta posición, al afirmar que Dios ha puesto al servicio del hombre la ciencia y la medicina, y los métodos de Reproducción Asistida, no son otra cosa más que los mismos medios que Dios nos da para mejorar la vida de las personas.

No podemos dejar de analizar ambos puntos de vista y vemos claras posiciones, pero debemos decir a manera personal, que aunque el tener un hijo no sea un derecho, tenemos el derecho a buscar los medios necesarios para alcanzarlo, ya sea de una forma natural o a través de cualquier método o procedimiento que esté a nuestro alcance y que Dios mismo nos ha proveído gracias al avance de la ciencia y la medicina.

⁵² Pío XII (19/05/1956): “Discurso al II Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad”; 19 de mayo de 1956.

⁵³ Pedro J. M. Chiesa (1997): “El estatuto biológico-moral. Sobre la procreación humana y las denominadas técnicas de reproducción artificial”, en El derecho frente a la procreación artificial; Buenos Aires, Argentina; pág. 52 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; págs. 16 y 17.

“En este tipo de cuestiones no son sólo técnicas lo que se halla en juego, sino también, y fundamentalmente, la propia dignidad del hombre, tanto de los padres como del hijo, por lo que a las mismas debe incorporarse una visión ética de la paternidad y maternidad responsables, no debiendo a su vez dejarse de lado que, las técnicas en cuestión subvierten totalmente, entre otros aspectos, las bases biológicas de nuestro derecho civil de filiación, según las cuales la procreación presupone la unión física entre un hombre y una mujer”⁵⁴. Para el autor la dignidad del hombre debe ser considerada y respetada sobre todas las cosas, más aún que con las técnicas de reproducción asistida se pone en duda varios principios y bases de instituciones como la filiación, la paternidad, la maternidad, el matrimonio, etc.

Nuestra legislación no prevé éstas nuevas técnicas de reproducción, por lo que es muy delicado aplicarlo en nuestra sociedad, ya que se vulneran muchos derechos fundamentales de las personas, verbigracia el nacer en el seno de una familia normalmente constituida, el de no ser utilizado como experimento de laboratorio, el respeto a la filiación natural del menor, conocer a los padres biológicos, etc. Al no existir una legislación sobre el tema en nuestro país, los casos en que se necesite juzgar y que se hallen involucradas estas nuevas técnicas de reproducción, serán resueltas a través de las normas generales del derecho.

Para Jorge Bustamante Alsina *“la regulación normativa deberá inspirarse sobre los principios fundamentales de la naturaleza del hombre que conducen a la protección de su dignidad, debiendo al mismo tiempo contemplar que los límites que se fijan no cierren el camino del saber científico, considerado como patrimonio de la*

⁵⁴ Jaime Vidal Martínez (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)”; LL 1986-D-1013 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 24.

humanidad”⁵⁵. Al igual que otros tratadistas el autor defiende la dignidad del hombre, regulando la ciencia en base a los límites de la naturaleza humana.

De las distintas formas de concebir el tema podemos decir que existe una corriente doctrinaria que afirma que la Reproducción Asistida no debe tomarse como una alternativa a la procreación natural, sino que se la debería utilizar como medio de reproducción únicamente en los casos de infertilidad de la pareja o para evitar transmisión de enfermedades.

El tema que ahora tratamos es complejo, más aún en sociedades como la nuestra en la que éstas prácticas están satanizadas. Plantea conflictos entre derechos humanos individuales con lo de otros. La reproducción natural es un asunto de dos personas. Con estas nuevas técnicas de Reproducción Asistida pasaría a ser un asunto individual, sin necesidad de que existiera la pareja.

*“Las técnicas de fertilización artificial tuvieron su razón de ser, para y por esos motivos, es decir como forma de proponer paliativos a la crisis de la natalidad”*⁵⁶. Existe la idea, fundamentada desde varios puntos de vista, de que estos métodos de reproducción asistida surgieron por la crisis de natalidad, que se empezaba a notar en Europa sobretodo, y que estaba llevando a muchas parejas a la apatía por sentirse o ser padres. Aunque respeto mucho a aquellos que piensan y fundamentan la crisis de natalidad como la razón de la evidente evolución de las técnicas de Reproducción Asistida, considero que la ciencia y la medicina han sido guiadas por el afán y el anhelo de las millones de parejas que no han conseguido el sueño de ser padres por la vía natural.

⁵⁵ Jorge A. Bustamante Alsina (1996): “Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho”; LL 1996-C-1022, VI; Buenos Aires, Argentina / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 27.

⁵⁶ Mirta Videla (1999): “Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”; Editorial Ad-hoc; Buenos Aires, Argentina; pág. 85.

Sin duda, esta evolución acelerada, ha producido grandes cambios, tanto en la práctica como en las concepciones que se tenían, debido a que en la actualidad, podemos identificar el anhelo de muchas mujeres solteras de convertirse en madres solteras, lo que anteriormente no se había previsto, entendiendo que dichas técnicas habían sido desarrolladas y estaban exclusivamente orientadas a parejas que no podían concebir un hijo naturalmente.

Dentro de la poca doctrina que existe sobre este tema, el consenso general recae en la idea que las técnicas de Reproducción Asistida no deberían ser una alternativa voluntaria. Por esta razón, la aplicación de estas técnicas de Reproducción Asistida no es aceptada para mujeres solteras que pretenden obviar el coito como medio para fecundar. *“Las técnicas de Reproducción Asistida son aceptables en parejas heterosexuales infértiles que por razones físicas se ven impedidas de tener relaciones coitales (enfermedades neurológicas en el hombre como la paraplejía), y en parejas heterosexuales en que la causa de infertilidad hace necesario recurrir a estas tecnologías”*⁵⁷. En principio y lo ideal sería que dichas técnicas sean utilizadas exclusivamente por parejas heterosexuales, ya que por ellas se han desarrollado; sin embargo, no se puede negar que personas solteras puedan tener el mismo anhelo y sueño de convertirse en padres, por lo que supondría privar dichos medios y técnicas y empezar a clasificar a las personas, lo cual no es aceptable en un mundo en donde la igualdad de los individuos y sus derechos se sobrepone a cualquier otro principio. Lo mismo ocurriría en el caso de las parejas homosexuales, en donde se abre un debate aún mayor por la resistencia que aún existe en muchos países, sobre todo los latinos.

Resulta obvio y evidente pensar que el incorporar un tema como el de la Reproducción Asistida en nuestra legislación obligatoriamente transformaría por completo instituciones como la Filiación y la Familia, y esto conllevaría la eliminación de muchos antiguos conceptos y principios.

⁵⁷ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético-Legales Relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 9.

2.1.1 Visión Médico-Científica de la Reproducción Asistida

*“Las técnicas de Reproducción Asistida son propuestas de una reproducción sin práctica sexual, de una sexualidad sin intervención de sus significantes inconscientes”*⁵⁸. La Reproducción Asistida separa el coito de la fecundación, sin quitar la importancia que tienen las partes intervinientes, en la aplicación de estos procedimientos y métodos reproductivos.

*“Las diversas técnicas existentes destinadas a lograr la procreación humana por medios distintos a los naturales, o sea, sin la realización del acto sexual, comprenden una serie de procedimientos biotecnológicos que tienen esa finalidad. La mayor parte de esas técnicas efectúan la fusión de los gametos masculino y femenino en un medio extracorpóreo, fecundación conocida como in Vitro -pudiendo tratarse de la fertilización denominada pasiva, que es la más común y conocida, o la activa-, transfiriendo luego el huevo fecundado a las trompas de la mujer”*⁵⁹. Sin duda alguna la Fertilización In Vitro es la técnica más utilizada por ser la técnica con mayor porcentaje de éxito, no obstante, existen otras técnicas también importantes y que son utilizadas de acuerdo a la naturaleza del problema de la pareja tratada.

Podríamos decir, que la Reproducción Asistida, consiste en los medios de los que dispone la naturaleza para poner en contacto elementos ontogénicos, y que, cuya unión representa la verdadera fecundación. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, fertilización es la acción de fertilizar, y fertilizar es hacer fértil, fecundar. Las técnicas de Reproducción Asistida son tratamientos de orden médico efectuados para combatir la esterilidad parcial o total de parejas que desean concebir un hijo. *“Lo médico se sustenta sobre lo enfermo y la*

⁵⁸ Mirta Videla (1999): *“Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”*; Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, Argentina; pág. 55.

⁵⁹ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“Daños en el Derecho de Familia”*; Editorial La Ley; Buenos Aires, Argentina; pág. 9.

enfermedad, por lo que a medicina y solo ella autoriza la curación, razón que provoca su molestia cuando decimos que la esterilidad no es una enfermedad, como que tampoco las técnicas de reproducción artificial son una forma de curación, solamente constituyen una técnica para biofabricar un niño”⁶⁰. Es un error pensar, que es el médico, quien da la vida. El es tan solo un medio que logra unir agentes reproductores, para así, producir la fecundación en un ambiente natural.

En el *primer cuadro*⁶¹ podemos observar el momento en que se produce la fecundación, el momento mismo en que se une el espermatozoide con el óvulo.



“Sabido que es un tratamiento médico practicado por un galeno en condiciones perfectas de asepsia y seguridad clínica, es más correcta la terminología a usar para una futura legislación de fertilización terapéutica”⁶².

⁶⁰ Mirta Videla (1999): “Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”; Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, Argentina; pág. 126.

⁶¹ “http://es.wikipedia.org/wiki/fecundaci%C3%B3n_humana”

⁶² María Elisa Rojas de Peláez (1981): “La Inseminación Artificial (Fertilización Terapéutica) frente al Derecho”; Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; pág. 46.

No debe entenderse a las técnicas de Reproducción Asistida como una cura a los distintos factores que impiden la fecundación, son técnicas -como dice Mirta Videla-, para biofabricar seres humanos. Las técnicas de procreación médicamente asistidas *“efectúan la fusión de los gametos masculino y femenino en un medio extracorpóreo, pudiendo tratarse de la fertilización denominada pasiva, que es la más común y conocida, o la activa, transfiriendo luego el huevo fecundado a las trompas de la mujer, fecundación conocida como in vitro, la que ha llegado a ser calificada de inmoral, debido al hecho de que constituye un modo de comenzar a existir no acorde con la dignidad del ser humano, que exige ser fruto de un acto de amor de los padres, y no el resultado de una creación en el laboratorio”*⁶³. No coincido en parte con esta última consideración, ya que, la procreación de un ser humano, no necesariamente debe provenir del acto de amor de unos padres, puede provenir de actos independientes de amor, y que de ninguna manera pueden ser considerados como un acto inmoral, pensamientos de esta índole, me parecen retrógrados, en un siglo y un mundo en el que los pensamientos machistas han ido desgastándose para bien de toda la humanidad. La venida al mundo de un ser humano no puede ser considerado bajo ninguna circunstancia como un acto inmoral. Y concuerdo con el maestro Eduardo Sambrizzi cuando afirma que: *“Lamentablemente no siempre ha sido reconocida la existencia del ser humano desde la concepción y, por tanto, no siempre lo ha respetado desde ese comienzo de su vida, posiblemente como consecuencia de la época en la que vivimos, en la que prima una mentalidad hedonista y utilitarista, que lleva a darle a los intereses económicos -que en este tema juegan un importante papel- una errónea preeminencia por sobre los valores, o al menos se ha relativizado a éstos de tal manera que es casi como si ya no tuvieran vigencia. De allí las múltiples prácticas médicas en las que se ha dejado de lado*

⁶³ Roberto L. Andorno (1994): *“Fecundación asistida: Consideraciones éticas, legales y religiosas”*, en Ginecología y reproducción; Publicación de la Fundación Edgardo Nicholson, Volumen IV, Número 3/4; pág. 146; *“El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)”*, cit., ED 131-909 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 18.

el hecho de que el embrión es una persona y no una cosa, lo que ha llevado a prácticas aberrantes, tales como -según recién señalamos- la destrucción de embriones no implantados, o la de investigaciones o experimentación sobre embriones con finalidades eugenésicas, o la eliminación, con la finalidad de evitar embarazos múltiples, de uno o más embriones transferidos a la mujer y que habían sido obtenidos como consecuencia de la fecundación in vitro, todo lo cual ha sido posibilitado por la ausencia de controles sobre estas prácticas”⁶⁴. Es entendible y justificada la opinión del maestro Sambrizzi; sin embargo, existen situaciones y momentos en los que se debe recurrir a la eliminación de embriones por el bien de los restantes, no tanto para evitar los embarazos múltiples, sino para precautelar la vida de los otros embriones e inclusive el de la misma madre. Este es el caso que se produjo en una mujer rumana (Adriana Iliescu) de sesenta y siete años. El periódico El Universo en su edición del lunes diecisiete de enero de dos mil cinco publicaba la siguiente noticia: “... El especialista destacó que realizó a Iliescu un implante de tres embriones y que todos sobrevivieron a la intervención inicial tras una fecundación in Vitro. Subrayó que aunque la madre quería seguir con ese embarazo múltiple porque es muy religiosa, fue preciso provocar el aborto de uno de los embriones para que los otros dos fueran, en principio, viables”⁶⁵. Por lo tanto, podemos entender que bajo ciertas circunstancias es viable aceptar la destrucción de embriones por el mismo bien de la madre y su futura descendencia.

El autor Gómez Piedrahita se refiere a la Reproducción Asistida y particularmente a la inseminación artificial y señala que “puede llegar a ser una buena solución para los hogares sin hijos, en casos muy especiales y seleccionados, siempre y cuando que en el país se legisle sobre este tema y los productos de las concepciones logradas por este método tengan aclarada su

⁶⁴ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 20.

⁶⁵ <http://200.105.240.202/core/eluniverso.asp?fecha=01/18/2005&edicion=1&page=noticia&id=1064&tab=1&contid=108B34FF19234EDA93D6B9BDEE2D8627>

situación ante la ley”⁶⁶. Es evidente, como lo venimos sosteniendo, que es necesaria la adecuada legislación en nuestro país sobre el tema, aunque se advierte claramente la reforma de varias instituciones.

La reproducción asistida puede llegar a ser concebida por la mayoría de mujeres (casadas o solteras) como una solución para satisfacer el anhelo de ser madres, quedando relegada la “obligatoriedad” del matrimonio para llegar a este fin. Sin embargo, comparto con el Doctor Jorge Bustamante Alsina, cuando señala que *“lo que realmente existe es la libertad de procrear o sea de engendrar un hijo, lo cual no debe ser confundido con el afán posesivo como un derecho al hijo y la búsqueda neurótica del nacimiento a toda costa. Es así que cuando la naturaleza no lo permite, las ciencias médicas y las reglas sociales han creado un verdadero derecho a la asistencia o a la alternativa artificial para vencer la esterilidad y permitir el ejercicio de la libertad de procrear... la cuestión, consiste en saber hasta dónde debe llegar la libertad de engendrar recurriendo a los medios de procreación artificial”*⁶⁷. Se debe tener claro que no se tiene un “derecho a tener un hijo”, sino que cada persona libremente puede optar por tener o no tener un hijo, y en la medida de sus posibilidades físicas y naturales; la ciencia y la medicina son solo un instrumento que nos sirve de ayuda en los casos de limitaciones físicas, pero siempre entendiendo que la dignidad del hombre está por sobre todas las cosas.

⁶⁶ Hernán Gómez Piedrahita (1984): *“Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en Seres Humanos”*; Ediciones Librería del Profesional; Bogotá, Colombia; pág. 16 y 17.

⁶⁷ Jorge Bustamante Alsina (1997): *“Aspectos éticos jurídicos de la procreación humana artificial”*; LL 12/8/1997 / Citado por la autora María Valeria Massaglia de Bacigalupo en su obra *“Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal”*; Editorial Ad-Hoc; Buenos Aires, Argentina.; págs. 51 y 52.

2.1.2 Conceptualización Legal

Es difícil dar un concepto jurídico de la Reproducción Asistida, ya que, son pocos los autores que se han atrevido a definirla. La Reproducción Asistida tiene como finalidad permitir a las parejas poder procrear un ser humano que por causas naturales no se lo podía lograr.

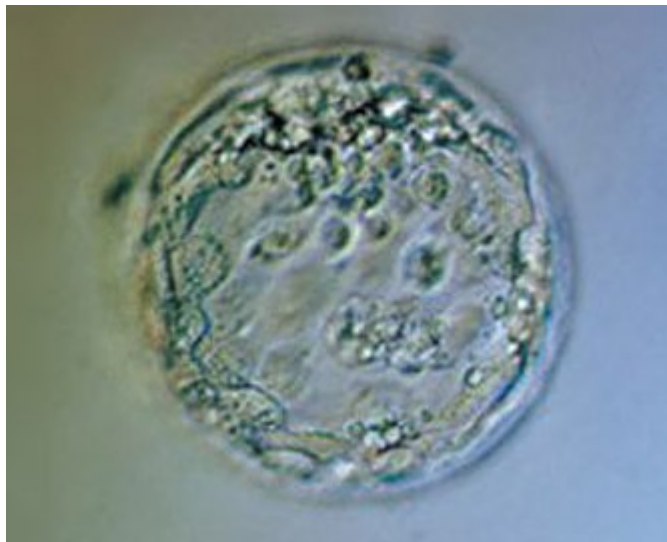
Antes de aventurarnos a dar un concepto jurídico de lo que se entiende por Reproducción Asistida, es necesario y conveniente analizar lo que la legislación entiende por embrión y ser humano o persona. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española se entiende como persona a *“todo individuo de la especie humana”*; y señala que embrión es la forma más joven de un ser, el ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie; y en la especie humana, el producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo. Por su parte, la autora María Valeria Massaglia de Bacigalupo precisa que *“además que ese nuevo ser comienza como una célula fertilizada, el huevo fecundado se llama así “cigoto”, éste ya es una nueva vida, un individuo humano distinto de sus progenitores, no una persona humana dudosa o en proyecto, es ya un organismo que lleva en sí todo lo necesario para organizar su propio crecimiento, multiplicación y diferenciación, es ya un ser que posee todos los requisitos tanto biológicos como ontológicos específicos y constitutivos de la persona humana”*⁶⁸. Por otro lado, el *Consejo de Europa*⁶⁹, considera al embrión

⁶⁸ María Valeria Massaglia de Bacigalupo (2001): *“Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal”*; Editorial Ad-Hoc; Buenos Aires, Argentina.; pág. 37.

⁶⁹ *“http://www.diplomatie.gouv.fr/label_france/ESPANOL/EURO/50_ans/50_ans.html”*: **Consejo de Europa**: Esta institución situada en Estrasburgo nació el 5 de mayo de 1949, sobre las brasas apenas extinguidas de la Segunda Guerra mundial y bajo el impulso de diez países de Europa occidental -entre los que figuraba Francia- deseosos de crear un espacio que garantizara la dignidad de los pueblos y de los ciudadanos. El 17 de octubre en 1984 en Estrasburgo, elaboró un Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las Técnicas de la Procreación Artificial.

como “el organismo resultante de una unión de gametos hasta las seis semanas siguientes a la fecundación”⁷⁰.

En nuestro *segundo cuadro*⁷¹ observamos al embrión humano listo para ser utilizado en la práctica de Reproducción Asistida.



El ser humano debe ser respetado como tal, desde el momento de su concepción, y es así que, el *Pacto de San José de Costa Rica*⁷² en su artículo 4, inciso 1 establece que “toda persona tiene el derecho a que se respete su vida.

⁷⁰ CONSEJO DE EUROPA (1984): “Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las Técnicas de la Procreación Artificial”; Estrasburgo, Francia.

⁷¹ “<http://www.schoenstatt.de/news2006/01/6t0181sp-ste-dra-elena-lugo-stem-cell.php>”

⁷² “http://www.cubaencuentro.com/es/derechos_humanos/instrumentos_internacionales_de_la_oea/convenccion_americana_sobre_derechos_humanos_pacto_de_san_jose”; **Pacto de San José de Costa Rica:** Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Y entró en vigor el 18 de julio de 1978 conforme al artículo 74.2 de la Convención.

*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*⁷³.

El Código Civil Argentino en su artículo 63 establece que: *“Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”*⁷⁴. Así mismo el artículo 60 establece 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 nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre”*⁷⁵. Dentro de la legislación argentina, se considera que los seres humanos tienen o son susceptibles de derechos desde que se encuentran dentro del vientre materno, es decir, desde el momento de su fecundación. Se debe considerar que desde el momento mismo de la fecundación, existe ya una nueva vida, independiente de la de sus progenitores, y por lo mismo es justo, determinar y delimitar los derechos que amparan a estos nuevos seres humanos. Este articulado argentino separa el antiguo concepto y principio de que las personas empiezan a serlo desde el momento mismo de su separación con su madre, a través del corte del cordón umbilical, y afirma la idea contemporánea de que las personas lo son dentro del vientre materno.

Tratamos de obtener un concepto jurídico de lo que es la Reproducción Asistida, y lo hacemos, ya que, desde la fecundación, el embrión se convierte en un ser humano, objeto de derechos y obligaciones. Como señala Graciela Medina el ser humano *“tiene una dignidad y debe ser respetada en su integridad, así como también que el mismo tiene todo lo necesario para crecer y desarrollarse hasta llegar al nacimiento, hace que goce de una serie de derechos que deben*

⁷³ http://secretjurid.www5.50megs.com/textos/pacto_sjcostarica.htm: “Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José de Costa Rica””; Art. 4.

⁷⁴ “Código Civil de la República Argentina”; Trigésima Edición; Editorial Abeledo-Perrot; Art. 63.

⁷⁵ “Código Civil de la República Argentina”; Trigésima Edición; Editorial Abeledo-Perrot; Art. 60.

ser necesariamente resguardados, bajo pena de tener que responder por los daños que se le hubieran causado”⁷⁶. El maestro Sambrizzi afirma aún más el concepto expuesto por la legislación argentina al consagrar los derechos de quienes aún se encuentran en el vientre materno, y castigando a quienes atenten contra dichos seres y sus derechos.

La Reproducción Asistida al generar derechos y obligaciones entre las partes intervinientes, puede provocar problemas difíciles de solucionar, pueden ser situaciones que ocurran entre los mismos intervinientes, ya que cada uno goza de derechos distintos y se les atribuye obligaciones complejas.

2.1.3 Perspectiva de la Reproducción Asistida desde la Óptica de la Sociedad Civil

Cuando nos referimos al tema de la Reproducción Asistida, estamos tratando con un tema complicado y difícil. La mayoría de las personas no saben de lo que se trata y piensan que es un tema totalmente nuevo y que debe estarse practicando en países altamente desarrollados, y no se dan cuenta que en nuestro país ya se lo practica y no es un tema nuevo. En nuestro país estas prácticas se vienen realizando desde hace mucho tiempo y con relativo éxito si comparamos nuestras tasas de embarazo con la de otros países. He visto necesario introducir en este trabajo varias entrevistas que nos permitan entender los distintos puntos de vista que podemos encontrar con respecto al mencionado tema. Con estas entrevistas vamos a darnos cuenta la diferencia de los puntos de vista de las distintas personas, tanto de las que intervienen directamente en los procesos, como de las que ven estos nuevos procedimientos como meros sujetos pasivos.

⁷⁶ Graciela Medina en su conferencia: “De la naturaleza jurídica y de los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales del embrión de probeta” en “Derecho de Familia, Libro en Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa”; Santa Fe, Colombia; 1991; pág. 339, 5 / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “Daños en el Derecho de Familia”; Editorial La Ley; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 10.

Dentro de los cuales entrevistaremos a abogados, médicos, biólogos y representantes religiosos.

Primeramente veremos el punto de vista de la sociedad civil, lo que piensa la gente que no tiene contacto directo con el tema. Posteriormente abordaremos el pensamiento científico, qué es lo que piensan y cómo piensan las personas que tratan directamente con las parejas y los niños que nacen gracias a estas nuevas técnicas.

El primer extracto es de la entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, experta conocedora del tema del Derecho de Familia, realizada en febrero de dos mil tres. Para la Abogada *“dentro del campo jurídico es difícil encontrar una definición de lo que se entiende por Reproducción Asistida, ya que en nuestra legislación no existe ninguna referencia, ni norma alguna en la que se establezcan estos nuevos procedimientos”*⁷⁷. Sin duda resulta complicado encontrar una definición acertada de lo que entendemos por Reproducción Asistida, y es por eso que recurrimos a la medicina para poder darnos una idea de lo que esta temática abarca y encierra.

Es intrigante pensar que sucedería en nuestro país si pretendiéramos introducir estas nuevas técnicas y procedimientos en nuestra legislación, y al respecto la Abogada Jiménez señala que *“lo que primero debería hacerse es reformar la Constitución Política de la República. Habría que cambiar todo la Sección Tercera que trata de la familia, y la Sección Quinta que trata de los Grupos Vulnerables. Además habría que cambiar otras leyes que hablan sobre la familia. Una de esas leyes sería el Código Civil, en éste tendríamos que reformar o adecuar mucho sobre el Primer Libro. Otra de las leyes que tendrían*

⁷⁷ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

*que reformarse es el Código Penal, en éste habría que cambiar el Título Sexto, que trata de los Delitos Contra las Personas. Igualmente se reformarían la Ley de Registro Civil, El Código de la Niñez, etc.”*⁷⁸. La implementación de estas técnicas y su introducción en la legislación nos hace pensar sobre muchas cosas como: la salud pública, deber máximo del Estado; proliferarían los pactos de prestación de servicios; las mujeres deberán registrarse en un centro de salud para poder ser escogidas; aborto eugenésico y terapéutico; punición para el aborto, etc.

Este tema es complejo, ya que se plantean conflictos entre los derechos humanos individuales con otros. La reproducción natural es un asunto de dos personas, pero ahora, sería o podría ser asunto de una sola, sin tener que ser necesariamente de pareja.

Además en cuanto a la filiación, la Abogada Jiménez considera que “*los derechos de filiación podrían volverse transferibles (Pater is est). La institución de la Filiación se vería trastornado por completo. Podría darse conflicto de leyes y habría que considerar la primacía de leyes. Se eliminarían preceptos antiguos. Entre las responsabilidades jurídicas, son varias las que se verían afectadas, entre las que se podrían destacar: el nombre, quién sería el encargado de inscribir al niño, quien va a responder por su crianza, la filiación, el alimento, la educación, la salud, el bienestar del menor, etc.*”⁷⁹. Evidentemente que la institución de la Filiación es la que se vería más afectada y alterada, tendría que cambiar por completo, y dicho cambio conllevaría a la reforma de varios cuerpos legales que se encuentran ligados entre sí.

⁷⁸ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

⁷⁹ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

Cuando discutimos o discernimos sobre el tema de la Reproducción Asistida, estamos de acuerdo en que los principales afectados son los menores, y es así como lo determina nuestra Constitución Política de la República, al considerarlos como un grupo vulnerable, y en el artículo 47 señala *“En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos”*⁸⁰. Es por esto que la Abogada Jiménez, considera que los derechos del menor son de trascendental cuidado y *“si se adoptara este tema en nuestra legislación el Estado debe estar preparado para acoger y dar protección a todos los niños nacidos por dichos procedimientos y con los cuales se creen conflictos por pertenencia y filiación. Deben cuidarse derechos indispensables y consagrados por las leyes, como el derecho que tienen los menores para permanecer en el seno de la familia”*⁸¹. En el tema que estudiamos nos damos cuenta y entendemos que además de los derechos que surgen para y por los menores, también existen muchos derechos y obligaciones para los padres, y según el pensamiento de la Abogada Jiménez deberían ser los mismos que los de cualquier padre natural. Los padres deben cuidar del niño, encargarse de su crianza, inscribirlo, respetar los derechos en cuanto a la administración de los bienes que puede llegar a tener el menor (cuando los padres son pareja).

Dentro del tema que abarcamos, existe un tema en particular que es el de los vientres de alquiler, y merece su atención por la complejidad que implica, ya que deben tomarse muchas variantes en cuenta, tal como lo señala la Abogada Jiménez *“deberán decidir si la madre natural puede ver al menor o si lo va a*

⁸⁰ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

⁸¹ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

amamantar”⁸². Debemos considerar que los derechos y obligaciones van a depender y podrán estar determinados por la técnica de Reproducción Asistida que se escoja y de cuantas personas intervienen y se ven afectadas en cada caso particular. Sin duda, serán más las obligaciones que los derechos que se tienen con respecto al menor. *“La ley debe ser muy sabia o debe estar tan bien redactada para que pueda abarcar toda la casuística que puede presentarse dentro de este conflictivo tema”*⁸³.

En cuanto a la legalidad y moralidad de estas técnicas la Abogada Jiménez piensa que *“la Inseminación Heteróloga, tal vez es la más apta, ya que en esta no debería haber conflictos porque no intervienen sentimientos ni afinidades con terceros. Además con la Inseminación Heteróloga no habría conflictos legales, aunque podrían darse conflictos mercantiles por la disconformidad en el “producto”. La Inseminación Heteróloga es moral. Esto dependerá de quienes son los donantes, ya que si son los padres mismos no habría problemas legales. Repugna pensar que la vida ha sido rebajada al status de mercancía. La obtención de fluidos y componentes genéticos y gestacionales ya es legal en muchos países. En relación y consideración con el menor que va a nacer, estas prácticas son in y no son éticas”*⁸⁴. La Abogada Jiménez considera que la legalidad y moralidad del pacto previo que hacen las partes *“depende mucho de las motivaciones y propósitos de la pareja. Es un tema muy subjetivo. Si se lo ve desde un punto de vista mercantilista, como un negocio o para fines hereditarios exclusivamente, sí es inmoral”*⁸⁵.

⁸² Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

⁸³ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

⁸⁴ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

⁸⁵ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

En el tema de la estructuración de una potencial Ley sobre Reproducción Asistida la Abogada Jiménez opina que *“primeramente no se podría hablar de un vacío legal en nuestra legislación porque no existe nada con respecto al tema que tratamos, pero sí se debería reformar la Constitución Política de la República y dependiendo de estas normas, se podría agregar un capítulo dentro del Código Civil y también en el Código de La Niñez y la Adolescencia. No podría existir una ley aislada y específica, tienen que ser leyes reformativas en todos los campos legales. Son varios los aspectos que deben tomarse en cuenta para la emisión de una Ley ya que existe una infinidad de posibilidades, y como ya dijimos anteriormente la Ley debe ser muy sabia para contemplar toda la casuística”*⁸⁶. Aquí en Ecuador, con respecto al tema de la Reproducción Asistida *“las únicas iniciativas que se ha tenido, se las ha hecho a nivel de talleres de estudio y siempre con una perspectiva de género femenino”*⁸⁷. Por otro lado, *“en el campo internacional, existen algunos temas relacionados a la Reproducción Asistida que han ido proliferando en los últimos años. Pero quizás las más representativas podrían ser la Convención para toda la Discriminación de las Mujeres y la Convención Interamericana para la Eliminación de todo Discrimen a la Mujer”*⁸⁸.

Dentro de los aspectos jurídicos que abarca el tema de los Vientres de Alquiler *“ya se han abordado algunos, pero son aspectos muy graves, que tienen que ver con una o varias leyes, tiene que ver con emociones y sentimientos dentro del campo humano y social. Existe mucha conflictividad en relación a este tema”*⁸⁹.

⁸⁶ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

⁸⁷ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

⁸⁸ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

⁸⁹ Entrevista realizada a la Abogada María Leonor Jiménez, Ministra Juez, de la Cuarta Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en febrero de dos mil tres.

La visión y óptica de una Abogada difiere enormemente de la opinión que puede tener cualquier persona que no conoce la temática jurídica de nuestro país, debido a la dificultad que presenta la temática en países donde el derecho no va de la mano de los avances de la ciencia y la medicina.

También es muy interesante comprender el punto de vista de la Iglesia. Esta defiende el derecho que tiene cualquier padre a la procreación, pero señala que este fin no puede justificar cualquier medio. Para la Iglesia no basta una intención legítima para que el acto sea bueno. No es correcto valerse de cualquier medio, para alcanzar la procreación y así lograr la satisfacción de quienes desean ser padres.

*“El matrimonio tiene derecho a realizar los actos que naturalmente llevan al embarazo, los esposos tienen derecho al “débito conyugal”, pero no tienen “derecho al hijo”, como si éste fuera una cosa, o como si se pudiera utilizar cualquier medio para tenerlo”*⁹⁰. Nuevamente podemos observar como la Iglesia defiende el derecho al coito marital, entendiéndolo como un medio para tener hijos, más no entiende que dicho resultado, es decir, la fecundación y concepción de un niño, sea un derecho como tal. En la Carta de los Obispos de la Provincia de Victoria en Australia, otorgada el 16 de enero de 1984 se contemplan cuatro principios generales que defiende la Iglesia. Los cuatro principios de la Iglesia son los siguientes:

1. La Iglesia católica considera a la ciencia y la tecnología como una de las grandes aliadas de la humanidad, e indica que la medicina y todas sus ciencias es la de mayor beneficio para la humanidad. Para la Iglesia la acción unida de la medicina y los distintos gobiernos han logrado un inimaginable desarrollo y una gran evolución. Gracias a este trabajo

⁹⁰ [“http://www.aplicaciones.info/actua/actua60c.htm”](http://www.aplicaciones.info/actua/actua60c.htm)

conjunto se ha logrado establecer programas de salud pública, se ha mejorado las condiciones de vida de las personas, se ha erradicado enfermedades y epidemias, se ha conseguido disminuir la mortalidad infantil, se ha prolongado la expectativa de vida, en muchos de los casos el dolor ha podido ser disminuido y aliviado. Todos estos avances demuestran los grandes cambios que se han producido en beneficio de toda la humanidad.

2. La Iglesia católica se complace y celebra cada uno de los progresos que demuestra día a día la ciencia, la tecnología y la política moderna. No obstante de congraciarse de dichos avances y progresos, la Iglesia siempre mantiene su espíritu crítico. Todos los progresos, por buenos que sean, pueden llegar a desnaturalizarse. Los grandes avances de la ciencia y la política no pueden pasar desapercibidos y sin la crítica y análisis de la sociedad y sus principios. La Iglesia considera que la ciencia y la tecnología, pueden llegar a ser utilizadas a favor o en contra de los derechos y los intereses del hombre, pero las apoya cuando es el hombre quien domina mejor la creación y puede gozar y valerse de ella a favor de la humanidad. Es por esto, que la sociedad confronta a la ciencia contra la ley, ya que la ciencia trata temas que se hallan, en la mayoría de los casos, protegidas y definidas por la ley. Lo que busca es analizar las repercusiones que estas tienen en la dignidad, los derechos y los intereses de la humanidad. La Iglesia consagra que la humanidad tiene que luchar para que el hombre siempre tenga la prioridad en todos los casos.

3. La Iglesia católica no considera necesario que las obligaciones sean normadas por leyes civiles, así como las acciones o prácticas in no necesariamente deben estar prohibidas por leyes civiles. *“Los derechos esenciales del hombre deben ser protegidos de forma realista por la ley y las violaciones sistemáticas de estos derechos deben estar severamente*

prohibidas por la misma ley”⁹¹. La Iglesia se congratula por la seriedad moral en la cultura en nuestros días y la real iniciativa de que la moral y la justicia pasen a formar parte del sistema moral y jurídico. Además, en la actualidad existe un ferviente compromiso en favor de la dignidad del hombre y sus derechos, y más aún desde 1981, en que la doctrina social de la Iglesia se comprometió con este arduo trabajo.

4. La Iglesia católica señala que una legislación sólida tiene que jugar un papel educativo en la sociedad. Este papel educativo que debe representar la legislación, destaca las conductas, tanto las que favorecen como las que atentan, la dignidad humana y los derechos del hombre. Para formar una legislación sólida, no es suficiente con que los legisladores tomen en cuenta únicamente la opinión pública o de quienes gozan de mayor poder. *“La mayoría de las personas son capaces de razonar y de ser persuadidas cuando se les hace comprender que están en juego los derechos del hombre y su dignidad”*⁹².

Para la Iglesia el embrión ya es considerado como un ser humano; en cambio, el óvulo y el gameto no lo son. No obstante, cuando se produce la maravilla de la fecundación humana, la nueva vida que se desarrolla dentro es un ser humano separado. Dicho ser humano, pasa a ser un organismo de origen humano que posee todo lo necesario para organizar su desarrollo, crecimiento, multiplicación y diferenciación, siempre que cuente con la adecuada nutrición y ambiente.

El científico y catedrático británico Robert Edwards, uno de los primeros responsables en conseguir la fecundación in vitro, describe al embrión como *“magníficamente organizado, poniendo en movimiento su propia bioquímica.*

⁹¹ [“http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html”](http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html)

⁹² [“http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html”](http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html)

Además señala que incluso en la etapa de preimplantación, el embrión es un ser humano microscópico en los mismos estadios primeros de su desarrollo”⁹³. Para este autor, ya el embrión debe ser considerado como una persona independiente del de su madre, entendiendo dicha independencia, como la capacidad para desarrollarse y ser susceptible de derechos.

“Toda vida humana tiene un valor objetivo y no solamente en virtud del valor que otros perciben subjetivamente o en virtud del deseo de valorarse a sí mismo. La vida humana tiene un valor intrínseco, por ella misma, no por su papel en la vida de otro o por la función que pueda cumplir en la sociedad. Un compromiso decidido en favor de esta verdad -verdad no negociable- es fundamental para una democracia que desea ser coherente con el principio de igualdad”⁹⁴. Esta reflexión nos hace concienciar en el hecho de que cada ser humano es importante y es sujeto de derechos, y que cada uno cumple un rol en la sociedad.

La ley debe preocuparse por la protección de todos los seres humanos, ya que dicha protección, está en el ámbito de su competencia. Además debe cuidar que no se cometan atentados en contra de la dignidad y los derechos de cualquier ser humano. En definitiva, la ley debe velar por la protección de todos los seres humanos, sin importar su color, nacionalidad o estado de desarrollo.

Para muchos detractores de la Reproducción Asistida el hecho de congelar un embrión humano es terminar brutalmente con el maravilloso proceso al que tienen derecho todos los seres humanos. Dicho proceso que supone el estar magníficamente organizado, poniendo en marcha su bioquímica, aumentando su tamaño y preparándose rápidamente para vivir en el vientre de su madre.

⁹³ Robert Edwards / Citado en la página web “<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html>”

⁹⁴ “<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html>”

Si el hombre se interpone en ese proceso maravilloso de autoorganización, con el solo fin de conseguir material humano para la experimentación científica, está cometiendo una violación terrible en contra de la dignidad humana y de su innegable derecho a la vida. Se vería privado de la esencia de la dignidad humana, incluyendo el derecho a continuar existiendo, y se lo transforma y considera como simple material terapéutico. Por lo mismo, para la Iglesia, legalizar un programa de congelación de embriones es inconcebible.

Todos los seres humanos tienen derecho a la vida y a la dignidad humana, y toda legislación tiene la obligación de cuidar y proteger dichos derechos. Es evidente que los legisladores se encuentran cada vez más, sometidos a grandes presiones para legislar sobre el tema de la Reproducción Asistida y todo lo que esto acarrearía. Pero la Iglesia piensa que legislar sobre este tema implicaría el considerar a los enfermos desahuciados, las personas ancianas, los niños pequeños o los retrasados mentales, como si no tuviesen el cien por ciento de derecho a vivir.

“Hace once años, un joven filósofo estadounidense publicaba un artículo titulado “Aborto e infanticidio”. Declaraba que si se pudiese mostrar que no hay objeciones en contra del infanticidio, la felicidad de la sociedad podría acrecentarse de manera significativa y justificada. Afirmaba a continuación que no sólo el niño antes del nacimiento, sino que también todo niño muy pequeño no tiene un derecho serio a la vida hasta que no posea un concepto de sí mismo como sujeto continuo de experiencias y consciente de ser él tal sujeto”⁹⁵. La preocupación de la Iglesia resulta obvia y entendible al revisar artículos de esta clase, y nos vemos arrastrados hacia la misma preocupación, porque algo debemos tener claro, y es que todo ser humano, sea microscópico o

⁹⁵ [“http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html”](http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html)

macroscópico, sea un niño, un adulto o un anciano, sea de raza caucásica, negra o asiática, está dotado de una dignidad humana y tiene los derechos de cualquier hombre.

Está por demás, rechazar esta clase de artículos y análisis, ya que en una sociedad moderna, como la que suponemos vivimos, no debería existir cabida para ideas y razonamientos retrógrados y limitados, en donde se magnifique el derecho de los adultos sobre el de los menores.

Es claro y evidente que la presión va siempre hacia el lado de transgredir la dignidad humana y son pocas las voces de apoyo a favor del ser humano. Y es por esto que la Iglesia católica continúa luchando a favor de los niños antes del nacimiento, porque cree en la dignidad humana y en los derechos que tiene cada ser humano, además que considera que estos niños no son ni católicos, ni protestantes, ni judíos, son solamente seres humanos.

La Iglesia piensa que mientras mayor sea el número de personas que se den cuenta y consideren que el embrión es un ser humano, la sociedad exigirá que se le otorgue dicha calidad.

“Cada vez que un Estado interviene en la vida pública, los grupos que no se pueden organizar para defender sus derechos corren el peligro de que sus derechos y su dignidad humana sean reducidas o negadas”⁹⁶. Efectivamente esto puede suceder, y es por esto que, cuando se juzga un gobierno o una legislación dentro en este ámbito, lo primero que se debe tomar en cuenta es la intención fiel y eficaz de proteger la dignidad y derechos del ser humano, cualquiera que sea su procedencia o condición.

⁹⁶ [“http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html”](http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html)

Dándose cuenta de la fragilidad y el peligro que corren grupos vulnerables, que ven reducidas sus posibilidades de defender sus derechos, los *Obispos de la Provincia de Victoria en Australia*⁹⁷, comparando su problemática nacional afirmaban que “*un gobierno que protege los bosques, incluso si el nuestro trae consigo el paro, mientras legaliza la violación sistemática de la dignidad y los derechos del embrión humano, discurre por un camino equivocado*”⁹⁸. Esta manifestación, sin duda obedece al hecho de que no se valore la vida humana desde su comienzo y se lo pretenda comparar con animales, plantas o cosas.

Con esto se pretendía iluminar a aquellos legisladores que no veían a los derechos civiles y las libertades fundamentales como derechos que se superponen a cualquier otro. Estos legisladores no entienden al embrión humano como un ser como tal, y por lo tanto pretenden reducirlo a un potencial ser humano susceptible de derechos, más no a una persona que goza de derechos y en especial del derecho a la vida.

En un extracto de la entrevista realizada al Abogado y Sacerdote Reger, en marzo de dos mil tres, éste considera repudiable el tema analizado, y concuerda plenamente en la negativa de la Iglesia en cuanto a la utilización de estas técnicas. Para él, el respeto al embrión humano debe existir por sobre todas las cosas, y no cabe que puedan realizarse experimentos ni estudios que conlleven a la destrucción de embriones humanos. La Iglesia señala que el ser humano debe ser respetado desde el instante en que empieza su existencia.

⁹⁷ “<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html>”: **Carta de los Obispos de la Provincia de Victoria (Australia)**: Documento firmado por los obispos católicos de la provincia de Victoria en Australia el 16 de enero de 1984, con el fin de rechazar y condenar la utilización del embrión humano para la consecución de fines y objetivos, a través de experimentos científicos y su utilización como material terapéutico. Además insistir en la dignidad y los derechos de cada ser humano.

⁹⁸ “<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html>”

Las diferentes técnicas de Reproducción Asistida permiten en la actualidad intervenir directamente sobre los embriones y los fetos humanos para diversos fines y causas, que van desde los diagnósticos y terapéuticos hasta los científicos y comerciales. Estos fines dan como resultado varios problemas y son los que someten el tema de la Reproducción Asistida a tantos debates. De esto surge la interrogante de si existe efectivamente un derecho que permita experimentar sobre los embriones humanos con fines de investigación científica, y cómo se debería legislar en cuanto a este tema.

La Iglesia por su parte, en el *Concilio Vaticano II*⁹⁹, sugiere, tomando en cuenta la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*¹⁰⁰, que la vida desde su concepción debe ser protegida con riguroso cuidado. Además considera que tanto el aborto como el infanticidio son crímenes nefastos. Más recientemente la Carta de los Derechos de la Familia, publicada por la Santa Sede, subrayaba que “la vida humana ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de su concepción”¹⁰¹. Además hace hincapié sobre el aborto al indicar que “desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva

⁹⁹ ENCICLOPEDIA DE DERECHO USUAL DE CABANELLAS (CD-ROM). **Concilio.-** Congreso o junta de personas eclesiásticas; y, especialmente, la reunión de los obispos de la Iglesia Católica para deliberar y decidir sobre materias de dogma y disciplina. Los concilios pueden ser generales y particulares, según sean convocados todos los obispos católicos o se congreguen solamente los de una región eclesiástica. Los primeros se designan comúnmente ecuménicos. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina. **Concilio.-** En general, como una asamblea de prelados de todo el mundo católico o de algunas o alguna provincia eclesiástica, convocada y presidida por autoridad competente, y reunida para discutir y resolver cuestiones que se refieren a la fe, la moral o la disciplina... Concilio ecuménico es la reunión de los obispos y otros altos prelados de todo el orbe católico, previa convocatoria del Papa, a efectos de que, bajo la presidencia del mismo Pontífice (en persona o por legados), decidan sobre asuntos concernientes a la Iglesia universal... Vaticano II (Concilio Ecuménico).- El concilio Vaticano II, se celebró en Roma, en la Basílica de San Pedro, entre los años 1962 y 1965. El primer anuncio oficial de una iniciativa al respecto la formuló Juan XXIII al S.C. de Cardenales el 25 de Enero de 1959; en su alocución del 7/XH/195 el mismo papa manifiesta que el futuro Concilio se denominará “Vaticano II”;... el Concilio Vaticano II afrontó su objetivo religioso a través de una inmediata preocupación por el hombre y el mundo, apunto tal que “tal vez nunca como en esta ocasión ha sentido la Iglesia la necesidad de conocer, de acercarse, de comprender, de penetrar, de servir, de evangelizar a la sociedad que la rodea y de seguirla, por así decirlo, de alcanzarla casi en su rápido y continuo cambio”.

¹⁰⁰ “<http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>”: “Declaración Universal de los Derechos Humanos”: Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

¹⁰¹ “http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family”

*vida que no es la del padre ni de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre... la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar”*¹⁰². Todos estos señalamientos de la Iglesia son correctos y tienen mucha validez, ya que los avances de la biología humana, reconocen que el cigoto que se produce luego de la fecundación lleva consigo la identidad biológica de un nuevo ser humano. En base a este último señalamiento, podemos decir que el cigoto, que es el momento inicial de la vida humana, exige un respeto incondicional, y que moralmente el hombre se lo merece en su totalidad corporal y espiritual. *“El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”*¹⁰³. Así lo acoge también nuestra Constitución Política de la República del Ecuador en su artículo 49 en donde se señala que *“Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten...”*¹⁰⁴. Nuestra Constitución le da al embrión la calidad de un ser humano y por lo tanto un ser sujeto a derechos.

¹⁰² <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro>

¹⁰³ <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro>

¹⁰⁴ *“Constitución Política de la República del Ecuador”*; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

Además del punto de vista legal, debemos tomar en cuenta otros puntos de vista interesantes, como son el de varias religiones y en particular de la Religión Católica.

En lo religioso la Iglesia Católica prohíbe la inseminación artificial, la Fecundación In Vitro y la donación de esperma u óvulo, como también la criopreservación de embriones y la inseminación homóloga si debe practicarse con previa extracción del semen del marido por masturbación. La religión judía prohíbe la donación de esperma y óvulos. Los musulmanes no aceptan la donación espermática y ovular, la fertilización *in vitro* es autorizada, solo entre matrimonios con esperma del marido. Los protestantes por su parte aceptan las técnicas, solo en caso de esterilidad o de enfermedades genéticas, aceptan la donación de óvulos y de esperma, pero rechazan a las madres subrogantes (vientre alquilado).

2.1.4 Perspectiva de la Reproducción Asistida desde la Óptica de la Sociedad Científica

La opinión científica es muy importante, ya que son los biólogos y médicos quienes tratan directamente con los componentes gestacionales y las personas involucradas.

Los doctores son las personas que se encargan del contacto directo con las parejas que desean someterse a estas técnicas de Reproducción Asistida, son quienes recomiendan y supervisan el proceso. Pero son los biólogos las personas que tienen el contacto directo con los componentes gestacionales y genéticos, son ellos quienes tratan directamente al fruto de la fertilización, ellos manejan las células y todas las sustancias que hacen posible la fecundación.

La Bióloga *Agusta Córdova*¹⁰⁵ considera que la Reproducción Asistida es una gran ayuda para las parejas infértiles, y que no se debería impedir estos procedimientos, ya que estaríamos impidiendo el milagro de la concepción y estaríamos privando a muchas parejas y niños del milagro de la vida. En cuanto a la clonación, se encuentra en total desacuerdo porque ella considera que no tiene sentido en lo humano, ya que a quien le podría interesar tener a alguien totalmente igual. No obstante, en cuanto a la eventual clonación de órganos, se encuentra de acuerdo porque esto permitiría ayudar a muchas personas y dar nuevas esperanzas de vida para otros.

2.2 La Reproducción Asistida y sus Diferentes Métodos

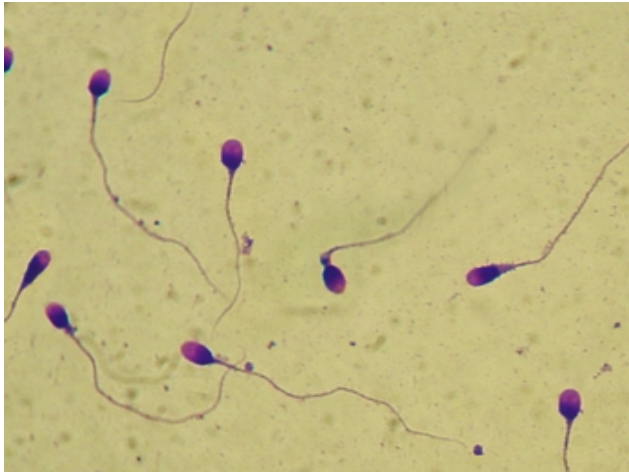
Estas técnicas son *“un tratamiento médico-quirúrgico, que permite al profesional contactar el óvulo con el espermatozoide, cuando no es posible llevar a cabo la fecundidad o fusión de dichos elementos en su ambiente y forma naturales”*¹⁰⁶. Con esta definición entendemos a la Reproducción Asistida como las técnicas médicas diseñadas para poder llevar a cabo la fecundación en un ambiente similar al natural.

En nuestro *tercer cuadro*¹⁰⁷ podemos observar al espermatozoide trasladándose en el líquido seminal.

¹⁰⁵ Entrevista telefónica realizada a la Bióloga Agusta Córdova, en abril de dos mil cuatro.

¹⁰⁶ Melba Arias Londoño (1993): *“Derecho de Familia. Legislación de Menores y Actuaciones Notariales”*; Ecoe Ediciones; Santafé de Bogotá, D.C., Colombia; pág. 67.

¹⁰⁷ *“<http://www.crea.ws/>”*



Estas técnicas son utilizadas en parejas infértiles o que tienen problemas para fecundar, y que desean tener hijos. Pero no solo están dirigidas a parejas que padecen de infertilidad, sino que éstas son exclusivas para parejas cuya infertilidad no puede ser subsanada sino mediante los métodos de Reproducción Asistida. Como causas de infertilidad podríamos mencionar las siguientes:

- a) Impedimento para la penetración del semen al útero;
- b) Disfunción eréctil;
- c) Eyaculación precoz o salida del semen de la vagina, por movimientos de retroceso;
- d) Ambiente uterino no propicio, que destruye los espermatozoides;
- e) Esterilidad absoluta o falta de elementos fecundantes en el esperma;
- f) Escasez de líquido seminal; y,
- g) Obstrucción de las trompas de Falopio.

2.2.1 Clasificación

La Reproducción Asistida puede ser de cuatro tipos:

- a) Interna;
- b) Externa;
- c) Homóloga; o,
- d) Heteróloga.

2.2.1.1 Reproducción Asistida Interna

Es interna cuando la fecundación se realiza dentro del organismo de la mujer. Esto es, que se la realiza dentro del útero de la mujer, introduciendo el semen, los gametos o los embriones del esposo, pareja o de un tercero.

La mujer al momento de la realización de este procedimiento debe estar en período de ovulación y sus trompas de Falopio no deben encontrarse obstruidas, para así, producir el encuentro de los gametos en el tercio medio. El semen se lo obtiene por coito o autoerotismo, se lo recoge en una probeta y se lo introduce a través de una jeringa o cánula.

Hablamos de reproducción asistida interna cuando recurrimos a su práctica a través de: la Transferencia de Gametos a la Trompa G.I.F.T. (Gamete Intrefalopian Transfer)¹⁰⁸, que permite sacar el óvulo maduro y posteriormente reintroducirlo con los gametos en las trompas de Falopio (esto se realiza por medio de laparoscopia); y a través de la Inseminación Artificial I.U.I. (Intreuterine Insemination)¹⁰⁹, en el que se introduce en el útero a través de una cánula el semen tratado en el laboratorio.

¹⁰⁸ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 19.
“http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_tecnic.php#1”

¹⁰⁹ “http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_tecnic.php#1”

2.2.1.2 Reproducción Asistida Externa

Es externa cuando por medio de una microcirugía se extrae el óvulo (huevo maduro), para producir la fecundación en un laboratorio (dentro de una probeta) y posteriormente reintroducirlo en el útero de la madre.

Este proceso debe seguir unos estrictos pasos:

- a) Debe extraerse el óvulo por medio de una aguja;
- b) Se deposita el óvulo en una probeta con suero y nutrientes;
- c) Se introduce el espermatozoide (junto al líquido seminal), y así producir la fertilización;
- d) Se traspa el óvulo fecundado a un recipiente con nutrientes adicionales por tres días, para que se opere la división y formación de la mórula; y,
- e) Se reimplanta en la matriz de la madre.

En este caso, hablamos de reproducción asistida externa cuando recurrimos a su práctica a través de: la Transferencia de Embriones a la Trompa Z.I.F.T. (Zygote Intrafallopian Transfer)¹¹⁰, que se produce cuando el embrión se ha formado afuera luego de 36 horas y posteriormente se lo reimplanta en las trompas de Falopio; Fertilización In Vitro F.I.V.(In Vitro Fertilization I.V.F.)¹¹¹, que permite aspirar los óvulos para hacerlos unir con los espermatozoides en un laboratorio y posteriormente reintroducirlos en el útero; y a través de la Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides I.C.S.I. (Intracytoplasmic Sperm

¹¹⁰ “http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_tecnic.php#1”

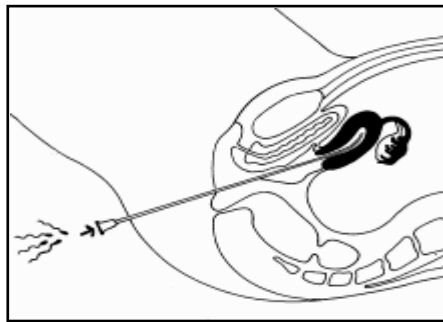
¹¹¹ “<http://www.ivf.com/ivffaq.html>”

Injection)¹¹², el mismo que se asemeja a la Fertilización In Vitro, salvo que en este caso se aplica en alteraciones masculinas, los espermatozoides son inyectados directamente, uno a uno en los óvulos aspirados.

2.2.1.3 Reproducción Asistida Homóloga

Se dice que la Reproducción Asistida es homóloga cuando los gametos o el semen utilizado pertenecen al propio esposo o pareja.

En el *cuarto cuadro*¹¹³ vemos como opera la inseminación artificial, precisamente en el momento en que se introducen los espermatozoides dentro del útero para así procurar la fecundación del óvulo.



¹¹² RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 19.

“http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_tecnic.php#1”

¹¹³ “<http://www.reproduccion.com.mx/insem.html>”

2.2.1.4 Reproducción Asistida Heteróloga

La Reproducción Asistida es heteróloga cuando el semen utilizado no pertenece al esposo o pareja, sino que es de un tercero donante. Tanto en la Reproducción Asistida homóloga como en la heteróloga, se necesita la autorización del esposo o pareja.

2.2.2 Distintos Métodos

Clínicamente la Reproducción Asistida varía de acuerdo al tipo al que pertenezca, y tal como hemos señalado anteriormente, podemos distinguir los siguientes métodos:

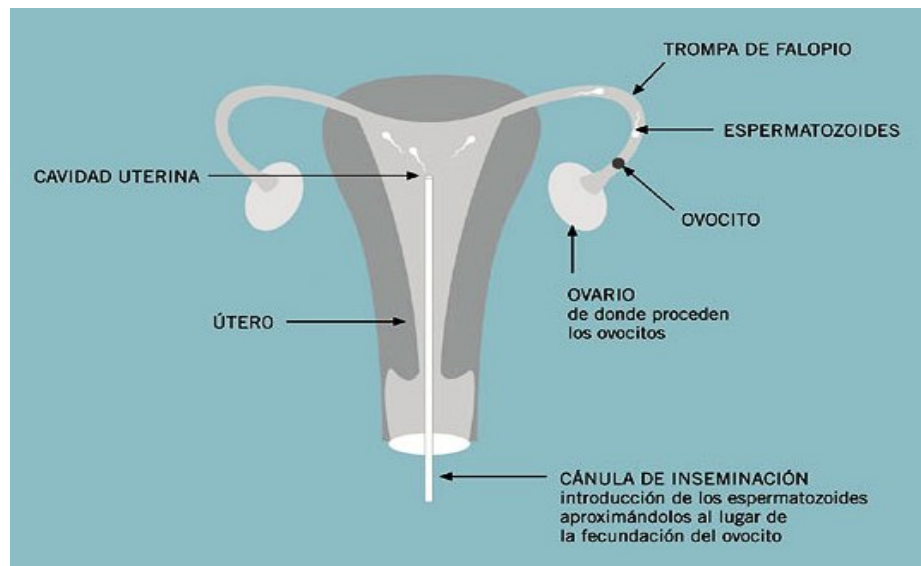
- a) Inseminación Artificial (I.U.I.);
- b) Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (F.I.V./T.E.);
- c) Transferencia de Gametos a la Trompa (G.I.F.T.);
- d) Transferencia de Embriones a la Trompa (Z.I.F.T.)
- e) Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoides (I.C.S.I.); y,
- f) Fertilización In Vitro con Ovocitos de Donante (F.I.V./O.D.).

2.2.2.1 Inseminación Artificial

La Inseminación Artificial es un método de Reproducción Asistida que consiste en colocar artificialmente el semen del aportante dentro del útero de la mujer.

El proceso inicia con la estimulación ovárica, el mismo que se realiza con sustancias especiales que provocan la ovulación. Posteriormente se debe seleccionar el semen aportante, para lo cual se usarán técnicas de capacitación o preparación seminal. Finalmente, el proceso se lo lleva a cabo en el laboratorio o en el mismo consultorio, y se lo realiza dos días seguidos, luego de haber producido la ovulación, depositando el semen en el útero.

En el *quinto cuadro*¹¹⁴ observamos el procedimiento que se sigue para realizar la inseminación artificial.



¹¹⁴ <http://www.ivf.es/tratamientos/inseminacion.htm>

2.2.2.2 Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (F.I.V./T.E.)

La Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (F.I.V./T.E.) es un método de Reproducción Asistida dirigido a parejas infértiles. Su finalidad es que los espermatozoides fecunden óvulos fuera del cuerpo de la mujer, cuando están imposibilitados para hacerlo en su sitio natural, la Trompa de Falopio. Este procedimiento se lo realiza en el laboratorio, manteniendo óvulos y espermatozoides en una cápsula con medio de cultivo (líquido que simula el fluido tubárico) y bajo condiciones ambientales controladas de temperatura, humedad, concentración de oxígeno, anhídrido carbónico, etc.

Si ocurre la fecundación y se desarrollan embriones, estos son transferidos de preferencia al útero y en algunos casos a la trompa de Falopio con el objeto de que continúen su multiplicación y desarrollo, hasta adquirir la capacidad de implantarse en el endometrio que es la capa interna del útero de la mujer.

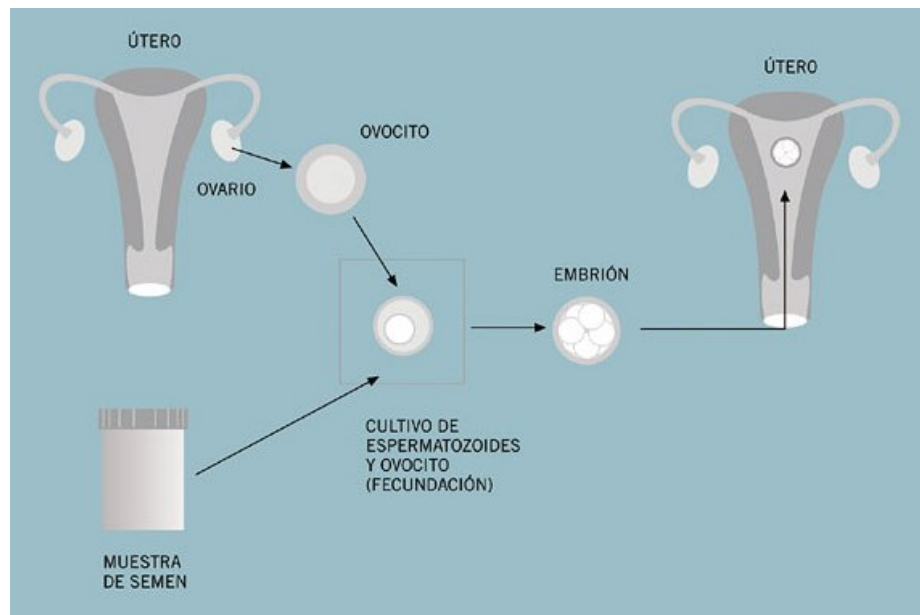
En el *sexto cuadro*¹¹⁵ podemos ver ya al embrión humano, luego de producirse el contacto entre el espermatozoide y el óvulo.

¹¹⁵ “<http://www.tercerfecto.com/articulos/embrion.php>”



El Consejo de Europa, considera a la Fecundación In Vitro como “la unión de un óvulo humano extraído instrumentalmente con un espermatozoide, y producida en una probeta”¹¹⁶.

En el séptimo cuadro¹¹⁷ que presentamos a continuación podemos los distintos elementos y pasos que se siguen en la Fecundación In Vitro.



¹¹⁶ CONSEJO DE EUROPA (1984): “Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de la Técnicas de la Procreación Artificial”; Estrasburgo, Francia.

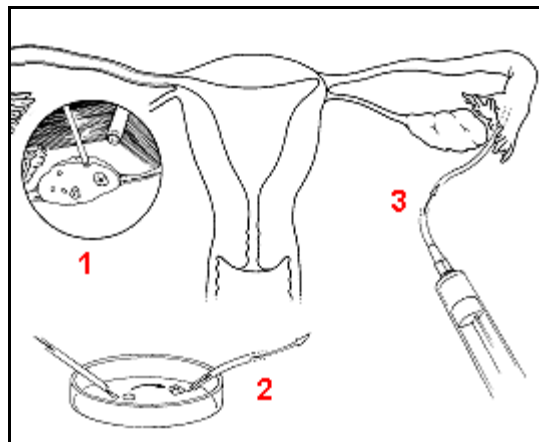
¹¹⁷ “<http://www.ivi.es/tratamientos/inseminacion.htm>”

2.2.2.3 Transferencia de Gametos a la Trompa (G.I.F.T.)

La Transferencia de Gametos a la Trompa (G.I.F.T.) es un método de Reproducción Asistida que tiene como finalidad que los espermatozoides fecunden óvulos en su sitio natural, la trompa de Falopio. Obviamente es requisito indispensable el que al menos una trompa esté sana.

Este método está especialmente indicado en parejas en que se ha probado la capacidad fecundante de los espermatozoides. También está indicado en la infertilidad de causa desconocida, y en los casos con alteraciones seminales leves.

En el *octavo cuadro*¹¹⁸ que tenemos primeramente el momento en que se extraen los óvulos para posteriormente ser fecundados en el laboratorio y finalmente vemos como se inyectan dentro de las Trompas de Falopio.



¹¹⁸ <http://www.reproduccion.com.mx/gift.htm>

2.2.2.4 Transferencia de Embriones a la Trompa (Z.I.F.T.)

La Transferencia de Embriones a la Trompa (Z.I.F.T.) es un método de Reproducción Asistida que tiene como finalidad que los espermatozoides fecunden óvulos en su sitio natural, la trompa de Falopio. Obviamente es requisito indispensable el que al menos una trompa esté sana.

Como podemos darnos cuenta, este método tiene el mismo fin que el anterior, no obstante, su diferencia es que el embrión es implantado en las trompas de Falopio 36 horas después de haber sido fecundado, y no inmediatamente como el anterior.

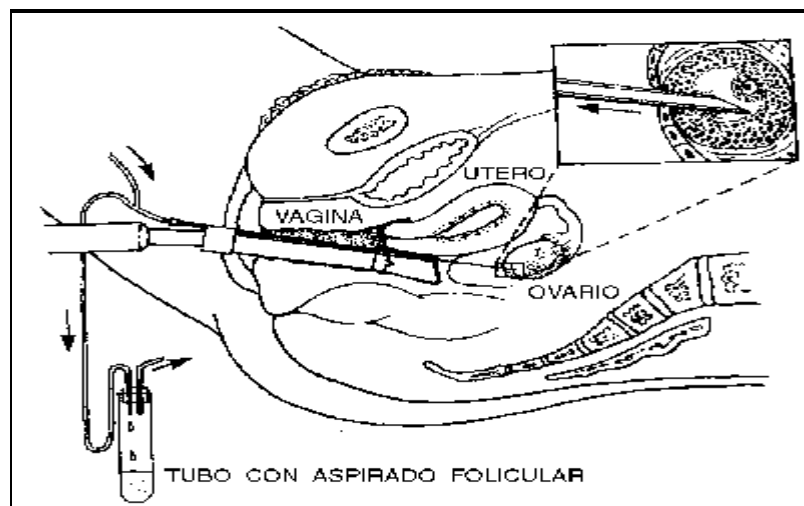
Así mismo, este método está indicado para parejas en las que se ha probado la capacidad de fecundación de los espermatozoides. Igualmente está indicado en la infertilidad de causa desconocida, y en los casos con alteraciones seminales leves.

2.2.2.5 Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoides (I.C.S.I.)

La Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoides (I.C.S.I.) es una forma de Fertilización In Vitro (F.I.V.) dirigido a parejas infértiles en que debido a múltiples factores, los espermatozoides no tiene la capacidad de penetrar en el interior del ovocito. Esto se realiza usando equipos de magnificación (microscopio invertido), equipado con sistemas hidráulicos que permiten introducir el espermatozoide suavemente, usando una finísima aguja de vidrio. Este procedimiento se realiza en el laboratorio, bajo condiciones ambientales controladas de temperatura, humedad, concentración de oxígeno, anhídrido carbónico, etc.

Este método difiere de la Fertilización in Vitro, en que solo se necesita un espermatozoide vivo por cada óvulo, lo que hace a su vez, que las muestras de semen de bajísima calidad, sean aun útiles para este método, así mismo, en el caso de ausencia total de espermatozoides en el semen, se los puede obtener del epidídimo o de los testículos, a través de una pequeña cirugía que se la realiza al varón (biopsia testicular).

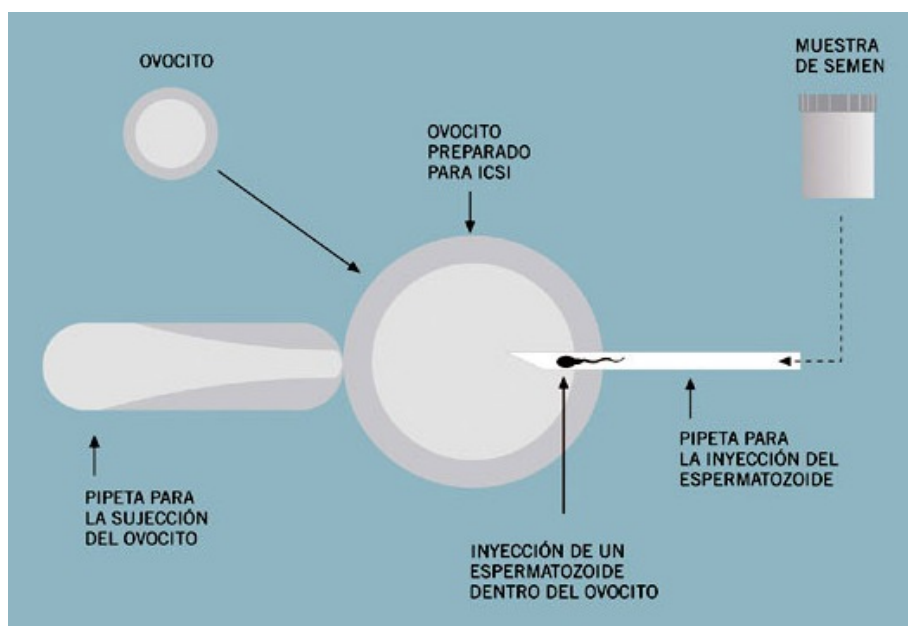
En el *noveno cuadro*¹¹⁹ podemos distinguir la manera en que se extraen los óvulos con aparatos especializados, y luego poderlos utilizar en la Fertilización In Vitro, transferencia de pre-embriones e Inyección Intra Citoplasmática.



Si ocurre la fecundación y se desarrollan embriones, estos son transferidos al útero o a la trompa de Falopio con el objeto que continúen su multiplicación y desarrollo, hasta adquirir la capacidad de implantarse en el endometrio.

¹¹⁹ “<http://www.reproduccion.com.mx/gift.html>”

El *décimo cuadro*¹²⁰ muestra el procedimiento a seguir para realizar la técnica de la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide.



2.2.2.6 Fertilización In Vitro (F.I.V.) con Ovocitos de Donante

Esta técnica tiene la misma finalidad que la de la Fertilización In Vitro (F.I.V.) original, solo que en este caso los espermatozoides fecundarán óvulos fuera del cuerpo de la mujer, cuando están imposibilitados para hacerlo en su sitio natural, la trompa de Falopio. La diferencia esencial es que los óvulos que serán fecundados son donados por una tercera persona que no es propiamente la madre biológica. Este procedimiento se lo realiza en el laboratorio, manteniendo óvulos y espermatozoides en una cápsula con medio de cultivo (líquido que simula

¹²⁰ <http://www.ivi.es/tratamientos/inyeccion.htm>

el fluido tubárico) y bajo condiciones ambientales controladas de temperatura, humedad, concentración de oxígeno, anhídrido carbónico, etc.

Si ocurre la fecundación y se desarrollan embriones, estos son transferidos de preferencia al útero y en algunos casos a la trompa de Falopio con el objeto de que continúen su multiplicación y desarrollo, hasta adquirir la capacidad de implantarse en el endometrio.

2.2.3 Explicación Médica

“Un nuevo ser es el fruto de la unión de la célula germinal masculina (el espermatozoide) con la célula germinal femenina (el ovocito u óvulo). Las células germinales reciben también el nombre de gametos... los gametos se producen en unas estructuras llamadas gónadas. Las masculinas son los testículos, y las femeninas son los ovarios... las gónadas además de producir las células germinales, también secretan a la circulación sanguínea unas sustancias llamadas hormonas... las hormonas producidas por los testículos son básicamente andrógenos. Las hormonas secretadas por los ovarios son principalmente estrógenos y progesterona. El funcionamiento de las gónadas es regulado por una glándula localizada en la base del cerebro conocida como hipófisis”¹²¹. Para poder entender lo que es la Reproducción Asistida, debemos primeramente comprender como funciona el proceso reproductivo en los seres humanos, y para esto, empezaremos describiendo el funcionamiento de los órganos reproductivos. Los testículos son los encargados de producir los espermatozoides y los andrógenos. Estos últimos son responsables del tono de voz masculina, el vello en el cuerpo, la distribución de la grasa, etc.

¹²¹ “<http://www.reproduccion.com.mx/proceso.html>”

En el *décimo primer cuadro*¹²² que tenemos a continuación vemos el dibujo de un espermatozoide.



Los espermatozoides son células microscópicas que contienen el material genético. Estos pasan a un tubo muy enrollado (el epidídimo), y a través de los conductos deferentes se depositan en las vesículas seminales. Estas últimas liberan los espermatozoides en el momento del coito, y de ahí se mezclan con el líquido seminal y glándulas que provienen de la próstata.

Por sí solos los espermatozoides no pueden fertilizar a los óvulos, para que esto ocurra deben producirse varias transformaciones que se conocen como “capacitación espermática”. Dicha capacitación espermática se produce en el tracto reproductor femenino, de igual manera, estas transformaciones pueden ser realizadas por diferentes técnicas en un laboratorio.

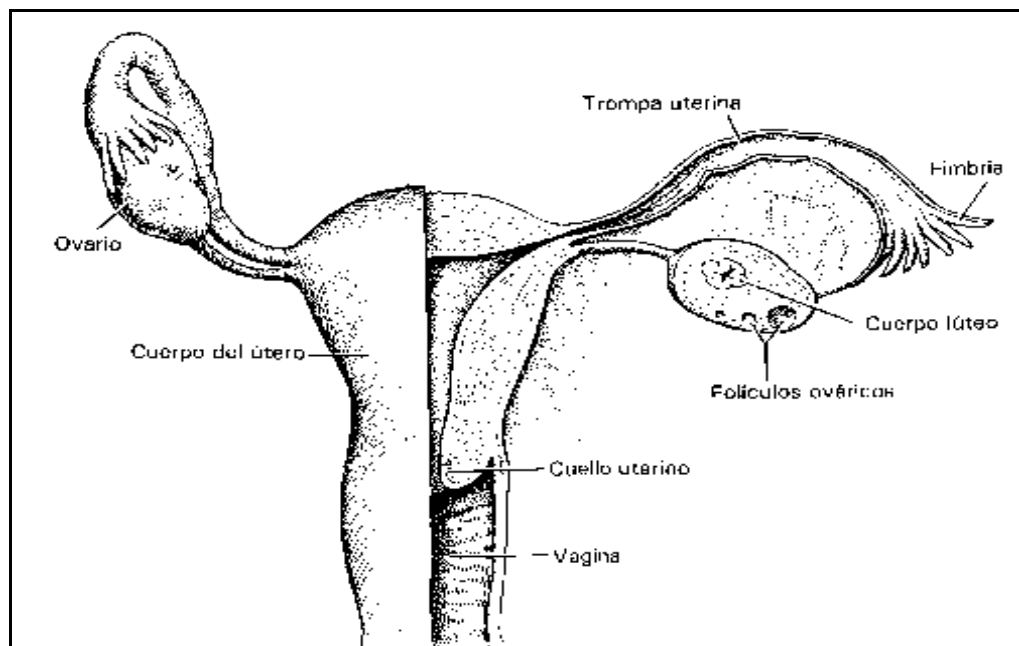
*“El eyaculado es normal cuando tenga un volumen igual o mayor a 2ml y contenga cuando menos 20 millones de espermatozoides por cada ml, de los cuales más de la mitad se muevan hacia delante. También debe presentar más de un 30% de formas normales”*¹²³. Estas cifras representan una muestra promedio de semen, necesario para poder proceder a realizar la fecundación naturalmente.

¹²² “<http://www.reproduccion.com.mx/proceso.html>”

¹²³ “<http://www.reproduccion.com.mx/proceso.html>”

En la mujer, los ovarios producen un óvulo en cada ciclo de la mujer. Esto se da en el período comprendido entre la *menarca* (primera menstruación) hasta la *menopausia* (última menstruación). La única excepción se da durante el período de embarazo. El ciclo está comprendido entre el primer día del sangrado menstrual hasta el siguiente sangrado (en promedio dura 28 días).

En el *décimo segundo cuadro*¹²⁴ podemos observar todos los componentes del aparato reproductor femenino.



El ovario contiene miles de pequeños quistes microscópicos que llevan el nombre de folículos, estos a su vez tienen un ovocito u óvulo. Con el inicio del ciclo femenino, los folículos empiezan a crecer y a desarrollarse, y los

¹²⁴ “<http://www.reproduccion.com.mx/proceso.html>”

ovocitos maduran. Tanto los folículos, como los ovocitos son estimulados por la glándula hipófisis.

Posteriormente los folículos y ovocitos interrumpen su desarrollo a excepción de un folículo con su ovocito que sigue desarrollándose. Cuando está completamente maduro, el folículo desarrollado se rompe y libera parte de su contenido, el mismo que es recogido por una estructura tubular conocido como trompas de Falopio o salpinge. Así se produce la ovulación, que se da catorce días antes del siguiente período menstrual.

El restante del folículo roto se convierte en el cuerpo amarillo, que es una glándula que produce la hormona conocida como *progesterona*. En el caso de producirse el embarazo, el cuerpo amarillo sigue desarrollándose y sigue produciendo progesterona. Caso contrario, el cuerpo amarillo se autodestruye.

Los espermatozoides son liberados en la vagina durante el coito, luego suben hacia el cuello uterino y se juntan con las secreciones femeninas, provocando la capacitación espermática. Una vez que llegan al útero, se distribuyen en las trompas uterinas, y la mayoría se dirigen hacia la trompa en la que se ha producido la ovulación. Una vez dentro, los espermatozoides deben hacer contacto con el óvulo, y aunque muchos no llegan a hacer contacto, cientos de estos lo logran.

En el *décimo tercer cuadro*¹²⁵ podemos observar la fecundación, ya cuando el espermatozoide ha llegado a hacer contacto con el óvulo, y en el mismo, se pueden reconocer dos pronúcleos, el de origen paterno y el de origen materno.

¹²⁵ “<http://biblia.com/maravillas/embrion.htm>”



Los espermatozoides que llegan se adhieren al óvulo, pero solamente uno logra penetrar las capas que protegen el óvulo. El material genético del espermatozoide se une al material genético del óvulo. Esta unión de los dos materiales genéticos se conoce como *fertilización*. Cuando el óvulo está fertilizado “... *progresará su desarrollo para dar un individuo genéticamente diferente a sus padres, aunque con la mitad de la información genética proveniente de cada uno*”¹²⁶. Una vez que se produce la fecundación se empieza a hablar de un nuevo ser completamente distinto de sus progenitores.

Luego que el óvulo es fertilizado, en los primeros catorce días se lo conoce como *pre-embrión* y posteriormente inicia su división continua (primero dos células, luego cuatro y así sucesivamente) mientras baja por la trompa uterina, hasta llegar a depositarse e implantarse en el útero, para crecer y desarrollarse, formándose así el bebé y también la placenta que sirve para la nutrición y protección.

Cuando la fertilización no se produce por medios naturales, entonces se recurre a los métodos de Reproducción Asistida previamente citados, los mismos que tienen mecanismos y pasos comunes que se deben seguir para su total desarrollo y aplicabilidad.

¹²⁶ “<http://www.reproduccion.com.mx/proceso.html>”

En la Inseminación Artificial se deben seguir cuatro etapas:

- a) Estimulación de la ovulación;
- b) Obtención de espermatozoides;
- c) Fecundación; y,
- d) Transferencia Embrionaria.

En el caso de la Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (F.I.V./T.E.) se deben seguir cuatro etapas:

- a) Estimulación de la ovulación;
- b) Aspiración folicular;
- c) Fecundación; y,
- d) Transferencia Embrionaria.

Tanto para la Transferencia de Gametos a la Trompa (G.I.F.T.), como para la Transferencia de Embriones a la Trompa (Z.I.F.T.) existen tres etapas que se deben seguir:

- a) Estimulación de la ovulación;
- b) Aspiración folicular; y,
- c) Laparoscopia.

Cuando se trata de la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.) las etapas a seguir son:

- e) Estimulación de la ovulación;
- f) Aspiración folicular;
- g) Obtención de espermatozoides;
- h) Fecundación; y,

i) Transferencia Embrionaria.

La Fertilización In Vitro con Ovocitos de Donante ((F.I.V./O.D.) tiene tres etapas:

- a) Aspiración folicular;
- b) Fecundación; y,
- c) Transferencia Embrionaria.

Podemos darnos cuenta que en las distintas técnicas de Reproducción Asistida existen pasos similares.

La *estimulación de la ovulación* se da con el fin de seleccionar una mayor cantidad de ovocitos en los ovarios, además con esto se consigue un mayor número de ovocitos que luego de ser aspirados del ovario, podrán ser inseminados y posteriormente fecundados.

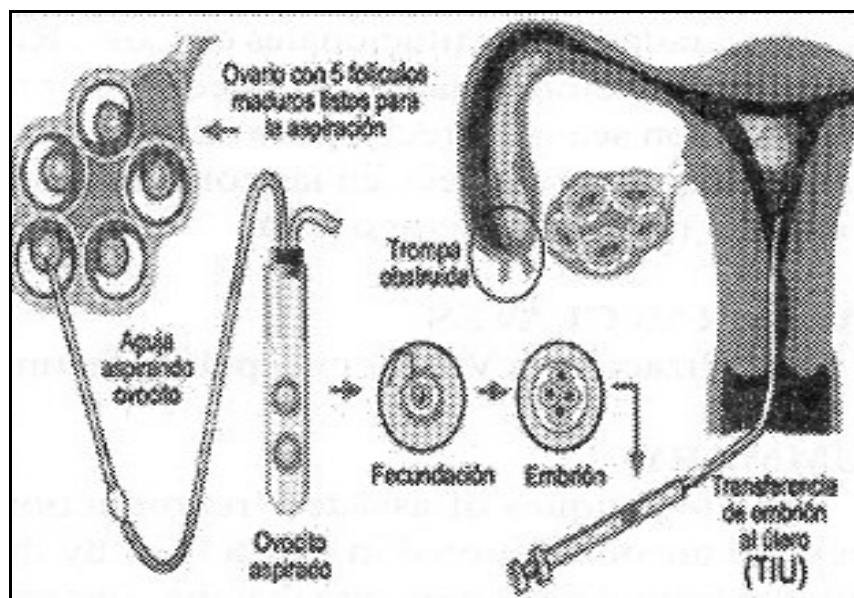
Dentro del ciclo ovulatorio, solo un folículo de los diez aproximados que se seleccionan por mes, alcanzan la madurez. Este último se lo conoce como folículo dominante. Los demás folículos se reabsorben y no son vueltos a usar por el ovario. Por lo tanto, solo un ovocito tiene la posibilidad de ser fecundado en cada ciclo ovulatorio. Excepcionalmente se seleccionan más de un folículo para así obtener una mayor producción de ovocitos. Pero estos casos pueden conllevar a la producción de gemelos no idénticos. Mientras mayor sea la cantidad de ovocitos que se logran fecundar, mayor es la posibilidad de éxito, sin embargo, se corre más riesgo de que se produzca un embarazo múltiple. El seleccionar más de un ovocito para la fecundación va relacionado con la edad de la mujer. Como no todos los ovocitos pueden ser fecundados, ni llegan a ser embriones y por lo tanto no pueden ser implantados, es que se trata de fecundar más de un ovocito.

La estimulación hormonal tiene dos etapas. Primeramente se bloquean las descargas de LH de la hipófisis de la mujer. Para conseguir esto se utilizan inyecciones subcutáneas diarias de agonistas y/o antagonistas de factores hipotalámicos (GnRH). Otra forma es utilizando inyecciones de depósito o inhaladores. Cuando se consigue bloquear la hipófisis de la mujer se empieza a estimular hormonalmente los ovarios de la mujer. El promedio de duración de esta etapa es entre diez y doce días. En el transcurso de este período se hace un seguimiento ecográfico y se toman muestras de sangre para ver el nivel de estradiol, el mismo que crece con el aumento en la medida de los folículos. Cuando estos últimos llegan al promedio de dieciocho a veinte milímetros, se procede a inyectar una hormona conocida como HCG que se encarga de finalizar el proceso de maduración del folículo. Aproximadamente treinta y seis horas después se realiza la *aspiración folicular*. “*La aspiración folicular es un procedimiento que tiene por objeto extraer los ovocitos del interior de los folículos*”¹²⁷. Este procedimiento se lo hace mediante la utilización de una aguja que se introduce en la vagina para poder hacer la punción del ovario.

En el *décimo cuarto cuadro*¹²⁸ se grafica la aspiración de los ovocitos del ovario, para la posterior Fecundación In Vitro de los mismos, a través de su unión con los espermatozoides.

¹²⁷ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 8.

¹²⁸“http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-00152002000200006&lng=pt&nrm=iso&tlng=es#fig1”



Una vez que los ovocitos son aspirados estos son clasificados morfológicamente y asignados en incubadoras que contienen las cápsulas con medio de cultivo. Esta etapa dura aproximadamente entre quince y treinta minutos. Cuando ya se obtienen los ovocitos se procede a receptor la muestra de semen, el cual es procesado en el laboratorio, con el fin de extraer los espermatozoides y concentrarlos en un medio de cultivo para que adquieran la capacidad de fecundar.

El método de la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.), está dirigido a parejas que por distintos motivos, los espermatozoides no tienen capacidad para penetrar en el ovocito. *“En casos de azoospermia (ausencia de espermatozoides en el semen), los gametos pueden obtenerse a través de punción directa del epidídimo o mediante biopsia testicular. La decisión de recuperar espermatozoides del epidídimo o del testículo propiamente tal, depende de la causa de la azoospermia. En factores testiculares en que se afecta la espermatogénesis, la alternativa más probable es la obtención directa del tejido testicular. En casos de obstrucción*

*epididimaria o de agenesia del conducto deferente (ausencia congénita), la alternativa más usada es la punción epididimaria. En casos de azoospermia de origen testicular, los escasos espermatozoides recuperados pueden demorar un tiempo en adquirir movilidad y con frecuencia deben ser extraídos hasta un día antes de la aspiración folicular”*¹²⁹. Luego de realizada la aspiración folicular la mujer recibe un tratamiento hormonal basado en Progesterona, que es aplicado de forma intra muscular o vaginal, aunque en algunos casos se lo puede hacer de forma oral.

Una vez obtenido el semen se inicia la etapa de *la fecundación*. Esta empieza con el contacto entre los espermatozoides y la cubierta del ovocito. Dicha etapa termina una vez que los pronúcleos se disuelven (singamia). Para que este proceso funcione se incuban entre cincuenta mil y cien mil espermatozoides por cada ovocito en un medio de cultivo adecuado. Dichos espermatozoides son capacitados previamente en un laboratorio. La *fecundación* se da en el momento en que uno de los espermatozoides hace contacto con el ovocito. En ese momento el ovocito reacciona bloqueando la entrada de más espermatozoides. *“La evidencia de que hubo fecundación está dada por la visualización al microscopio de los pronúcleos (masculino y femenino), 16 a 20 horas luego de la co-incubación de ambos gametos”*¹³⁰. Puede darse el caso en que los óvulos no sean fertilizados. Esta posibilidad ocurre en el uno por ciento de las veces. De ocurrir esto, el médico detiene el tratamiento y cancela el programa.

Pero si los gametos se encuentran normales, la fecundación se produce en el setenta por ciento de las veces. Sin embargo, este porcentaje puede cambiar según las características morfológicas de los gametos, la edad de la

¹²⁹ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 31.

¹³⁰ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 31.

mujer y la razón de la infertilidad. Puede influir también en este porcentaje ciertas variables ambientales como pueden ser la calidad de los medios de cultivo, la pureza del aire y el ambiente físico que se tiene en las incubadoras.

“Si los espermatozoides no tienen la capacidad de fecundar, la tecnología actual permite introducir un espermatozoide al interior del ovocito. Esta tecnología llamada “inyección intracitoplasmática de espermatozoide” (I.C.S.I.) permite fecundar un ovocito con un espermatozoide obtenidos del semen, o extraído quirúrgicamente del epidídimo (conducto que se encuentra a la salida del testículo y que transporta espermatozoides hacia el exterior) o del testículo propiamente tal”¹³¹.

En el caso de la Transferencia de Gametos a la Trompa (G.I.F.T.), una vez realizada la aspiración folicular, se procede a través de la *laparoscopia*¹³² a transferir los gametos a las Trompas de Falopio para que continúen con su proceso de desarrollo. La *transferencia embrionaria* se realiza dependiendo del caso. Generalmente se realiza dicha transferencia entre el segundo y sexto día, luego de producida la fecundación de los ovocitos. Y dependiendo del método utilizado, la transferencia se lo hace directamente al útero o en determinados casos a las trompas. Esta transferencia uterina se lo realiza mediante vía transcervical.

¹³¹ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 9.

¹³² “<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/>”: “Enciclopedia Médica en Español de la Biblioteca Nacional de Medicina de EE.UU y los Institutos Nacionales de la Salud”: **Laparoscopia**.- Grupo de operaciones realizadas con ayuda de una cámara colocada en el abdomen. “<http://www.net/laparoscopia.htm>”: **Laparoscopia**.- Los cirujanos realizan este tipo de cirugía en casi cualquier espacio y órgano del cuerpo humano, usando cámaras y vídeo monitores de alta complejidad asociado a instrumental especializado. Se realiza un pequeño corte en la piel y se introduce un gas inofensivo como es el Dióxido de Carbono (Co2) para crear una gran área de trabajo. A través de otros pequeños cortes adicionales e incisiones pequeñas se introduce un telescopio redondo unido a una video cámara y otros instrumentales quirúrgicos largos y angostos. De este modo, bajo gran magnificación y con el mínimo de trauma para el paciente, son examinados los órganos dañados o con enfermedad. Casi todos los órganos en el cuerpo humano se han hecho accesibles a la cámara del cirujano y al bisturí.

2.2.3.1 Complicaciones Más Frecuentes

La utilización de técnicas de Reproducción Asistida puede traer consigo varias complicaciones, entre las más frecuentes tenemos las siguientes:

- a) Hiperestimulación Ovárica;
- b) Embarazo Tubario;
- c) Torsión Ovárica;
- d) Defectos de Nacimiento; y,
- e) Embarazo Múltiple.

Hiperestimulación Ovárica.- Es la respuesta exagerada que hace el ovario debido a la estimulación de la ovulación. El resultado es un mayor número de folículos en crecimiento de lo deseado, lo que provoca un crecimiento de los ovarios y una posterior distensión abdominal. Puede ocurrir entre un 1% y 5 % de los ciclos estimulados. Este porcentaje aumenta según la edad de las mujeres tratadas.

Embarazo Tubario.- Se da cuando el embrión se implanta en la trompa. Ocurre alrededor de un 1% y 2% de los casos, pero con la técnica de Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.) el porcentaje aumenta a un 4%.

Torsión Ovárica.- Esto ocurre cuando el ovario está hiperestimulado, lo cual puede generar que el tamaño aumente duplicándose o hasta triplicándose. Este aumento de peso facilita la torsión y produce el estrangulamiento del sistema vascular, lo cual deriva en un fuerte dolor cólico. Cuando esto produce, el problema debe resolverse inmediatamente, ya que de no hacerlo se produce la necrosis, destrucción

y hemorragia ovárica. No es muy común, sin embargo, puede ocurrir en menos del 1% de los casos.

Defectos de Nacimiento.- *“El porcentaje de malformaciones de los recién nacidos producto de ICSI es semejante al de la población general. En la información publicada a nivel mundial y Latinoamericano, las tasas de malformaciones fluctúa entre 2 a 2.4% de los nacidos examinados. También es necesario considerar que al inyectar espermatozoides que contiene alteraciones genéticas, estas pueden transferir dichos defectos en la descendencia. En casos de azoospermia, un 12% de los espermatozoides tienen alteraciones genéticas. En casos de espermatogénesis normal, el porcentaje desciende aproximadamente a 0.12%”*¹³³.

Embarazo Múltiple.- La multigestación depende directamente del número de embriones transferidos y de la edad de la mujer. El porcentaje mundial de multigestación es de 29%, es decir, que de cada cien procedimientos iniciados, veintinueve empiezan con dos o más sacos gestacionales.

En los casos de embarazo gemelar no se presentan mayores dificultades, si se cuenta con hospitales y las condiciones físicas de la mujer son adecuadas; sin embargo, el problema se presenta en los casos de embarazos triples, cuádruples, etc. La multigestación está asociada directamente con el índice de abortos, muertes fetales en el útero, partos prematuros y mayor morbilidad neonatal. Los partos prematuros y los problemas neonatales pueden traer graves consecuencias para los nacidos en multigestaciones. Este tema de la multigestación es muy

¹³³ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 34.

complicado porque debe ser tratado por especialistas y las parejas. La única forma de que el porcentaje de multigestación disminuya es transfiriendo un menor número de embriones, obviamente esto traería consigo que el porcentaje de gestación disminuya significativamente.

2.2.4 Primer Caso de Reproducción Asistida Humana

Hace más de veinticinco años nació el primer bebé probeta en Inglaterra, los médicos P. Steptoe y R. Edwards¹³⁴, lograron el primer embarazo a través de las técnicas de Reproducción Asistida.

Louise Brown nació gracias a la técnica de la Fertilización In Vitro (F.I.V.), que en aquella época constituyó una revolucionaria técnica médica para tratar los problemas de infertilidad. Esta técnica revolucionaria trajo esperanza a muchas mujeres por la posibilidad de alcanzar el sueño de concebir un hijo. *“Miles de parejas infértiles, que hasta ese entonces se veían imposibilitadas para tener hijos, recurrieron a estos procedimientos como un camino real y eficiente hacia la paternidad”*¹³⁵. Esta revolución científica permitió a las parejas conseguir el sueño de ser padres aunque de una manera asistida.

El nacimiento de Louis Brown trajo consigo una ola de escepticismo sobre la moralidad y ética de estas nuevas técnicas. Sin embargo, fue una sensación internacional, a pesar, de las críticas denunciadas por varios grupos conservadores. *“A partir de la llegada de la primer bebé bioconcebida en*

¹³⁴ “<http://www.uchile.cl/bioetica/doc/repasis.htm>”: **P. Steptoe y R. Edwards**: Fueron los primeros doctores en conseguir un embarazo (1978) a través de técnicas de reproducción asistida. En este caso utilizaron técnicas de Fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones al Útero (F.I.V./T.E.).

¹³⁵ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): *“Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético-Legales Relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida”*; Reñaca, Chile; pág. 7.

laboratorio por la creación del método de los ingleses Edwards y Steptoe, se producía una verdadera revolución reproductiva, colmando de esperanzas a miles de parejas estériles y también a los países con poblaciones con índices de natalidad bordeando el menos cero”¹³⁶. Estas técnicas llenaron de esperanza a aquellas parejas que por imposibilidades físicas habían visto frustrados sus esfuerzos por ser padres; sin embargo, al mismo tiempo, traía consigo una serie de consecuencias y responsabilidades que debían ser consideradas por el mundo entero.

El nacimiento se produjo el 25 de Julio de 1978, la pequeña bebé nació rubia, con ojos azules y desde un principio ocupó las primeras planas de los periódicos. Varias revistas proclamaban que dicho acontecimiento constituía el nacimiento más extraordinario en la historia humana. Pero por otro lado, la historiadora de la Universidad de Minnesota, Elaine Tyler May proclamaba que la concepción de Louise Brown provocaría miedos sociales profundos del alcance que podría llegar a tener la ciencia. El nacimiento de Louis Brown ocurrió en un medio totalmente artificial, dentro del laboratorio y se dio gracias a la aportación de los gametos de sus padres.

La madre de Louis Brown, Lesley sufría de esterilidad debido a una obstrucción de las trompas de Falopio, lo que ocasionaba una oclusión que impedía a los espermatozoides realizar su recorrido a través del útero hasta llegar a las trompas uterinas, donde posteriormente se produce la fecundación del óvulo maduro, para luego ser expulsado del ovario. Para lograr la fecundación de Lesley se utilizó un laparoscopio, y así poder observar el interior del abdomen y poder extraer el óvulo maduro. Luego de que se extrajo el óvulo maduro y se lo colocó en un medio de cultivo en el laboratorio, posteriormente se lo fecundó con semen del marido. Finalmente, después de

¹³⁶ Mirta Videla (1999): “Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”; Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, Argentina; pág. 102.

suministrar nutrientes que las trompas brindan durante su anidamiento, se lo colocó dentro del útero, para que luego cumpliera el resto de etapas de crecimiento del feto.

Esta fecundación fue posible, y se lo realizó dentro de una probeta o tubo de ensayo, y para que esto fuera posible, se necesitó de la colaboración de ambos padres, ya que, tanto la madre como el padre aportaron con sus componentes genéticos, la primera con el óvulo, y el segundo con el semen y sus espermatozoides. Este tipo de fecundación es la conocida como inseminación homóloga, ya que para su realización se utilizaron los elementos genéticos de los miembros de la pareja. Hace más de veinticinco años, cuando este acontecimiento ocurrió, el tema de las técnicas de Reproducción Asistida era visto como el nacimiento de bebés-animales, o bebés-mounstros.

La utilización de estas nuevas técnicas significó para los médicos sortear una brecha y poder sobrellevar los problemas de esterilidad e infertilidad conjuntamente con los pacientes. Los científicos habían trabajado durante décadas para conseguir estos resultados, sobreponiéndose a todas las críticas y a todos los escépticos.

En los Estados Unidos el primer bebé probeta nació en 1981 en Norfolk, Virginia y se llamó Elizabeth Jordan Carr. Actualmente, estas técnicas de Reproducción Asistida son usadas comúnmente en más de 350 clínicas, y más de cuarenta mil veces al año.

Desde el primer nacimiento en Estados Unidos ocurrido en 1981 se estima que han nacido bajo estos procedimientos cuarenta y cinco mil bebés. Sin embargo, a pesar del alto número estimado, estas técnicas de reproducción son muy costosas, y oscilan entre los ocho mil y diez mil dólares, lo que hace

que muchas parejas de clase media y baja se vean excluidas de la posibilidad de recurrir a estas técnicas.

2.3 Métodos más Utilizados

Cuando empezamos a hablar de métodos de mayor utilización que otros, debemos entender y comprender la realidad de la sociedad en la que se trate el tema a discusión. No es lo mismo hablar de Reproducción Asistida en países desarrollados tecnológicamente, que en países subdesarrollados o tercermundistas. La diferencia se vuelve abismal, al entender que la tecnología es la mayor aliada del hombre en el campo de la ciencia. No podemos ocultar la realidad y la ciencia ha evolucionado en este campo, al compás en el que se ha desarrollado nuestro país. Es decir, el atraso es obvio, sin embargo, al ser una ciencia nueva, representa una novedad para la gran mayoría de los ecuatorianos. El que sea una novedad no quiere decir que sea un tema nuevo o reciente, ya que en nuestro país estos programas o técnicas se han venido desarrollando durante varios años, aunque sin la relativa propaganda actual, originada principalmente por todos los adelantos y avances de la ciencia en el tema de la clonación y el genoma humano.

En nuestro país contamos con clínicas e institutos especializados en estas técnicas y que han venido funcionando sin un claro parámetro legal. Es más, no se tiene nada al respecto, el Ecuador no tiene una legislación que trate el tema. Cuando hablamos de carencia de legislación, nos encontramos con una situación muy complicada, porque la creación de una legislación conllevaría una reforma institucional de todas nuestras leyes principales, además de nuestra Constitución, norma máxima que dirige a nuestra sociedad. La creación de una legislación en Reproducción Asistida, obligaría una reforma integral de toda una institución legal, como sería el Derecho de Familia y la Filiación. La Constitución Política de la República, el Código Civil, el Código del Niño y el Adolescente, todas estas leyes deberían ser reformadas para que una legislación en

Reproducción Asistida pudiera funcionar y adaptarse a nuestra sociedad, más aún si hablamos de una sociedad cerrada y reticente a los cambios y vertientes liberales del mundo contemporáneo.

Es por esto, que cito nuevamente a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, ya que refleja genuina e íntegramente mi pensamiento en cuanto a este tema: *“No existen en nuestra región, cuerpos legales que impidan la sexualidad fuera del matrimonio. Asimismo, no existen cuerpos legales que impidan a mujeres solteras tener hijos. Lo que la ley regula es la naturaleza civil de la descendencia, según si esta se da dentro o fuera del matrimonio”*¹³⁷. Con esto se deja claro que no se necesita del matrimonio para poder participar de este tipo de técnicas asistidas de reproducción, y al mismo tiempo, se crean dudas acerca del valor e importancia de la institución del matrimonio en la época en que vivimos.

2.3.1 Estadísticas

Internacionalmente las estadísticas sobre infertilidad señalan que entre un 8% y 15% de las parejas pueden ser afectadas. *“La infertilidad es sin dudas un problema con repercusión social, que llega a afectar no solo el rendimiento laboral e intelectual del ser humano sino también la integridad de la familia y las relaciones interpersonales de la pareja y, consecuentemente, su salud mental y física, si tenemos en cuenta la definición de salud dada por la OMS “...un estado de perfecto bienestar físico, mental y social, y no solo la ausencia de enfermedad”*”¹³⁸. Está científicamente comprobado que aproximadamente el 8% de las parejas en el mundo sufren algún tipo de problema de infertilidad. Globalmente esto representa más o menos entre 50 y 80 millones de personas. En 1978 el

¹³⁷ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): *“Formulario de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida”*; Reñaca, Chile; pág. 9.

¹³⁸ www.cfm.org.br/bancotxt/des_eti/16.htm

Programa Especial del Grupo Asesor de la OMS decidió crear un equipo de trabajo para diagnosticar y dar tratamiento a la infertilidad. En definitiva, las tasas de infertilidad primaria entre los distintos países eran muy similares y llegaron a variar en un 1%, 3% en países asiáticos, 1,9% en Brasil, pero en los países africanos esta cifra era muy elevada, y llegaba incluso a un 12% como en Camerún. En cambio, las tasas de infertilidad secundaria son más difíciles de determinar y van estrechamente ligadas con la edad de las parejas. Las tasas en India, Tailandia y Vietnam oscilan entre 7,5% y 15,3%.

En el Ecuador no se manejan cifras exactas de la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida. Sin embargo en otros países existen grandes centros especializados, tanto así, que en el mundo dichas técnicas son utilizadas normalmente en más de 350 clínicas. En el periódico El Mundo de España se señala que más de 120 centros e instituciones especializadas practican estas técnicas de Reproducción Asistida en el país ibérico. Dentro de Latinoamérica tenemos una institución científica educacional, especializada y dedicada exclusivamente al mejoramiento y utilización de estas “nuevas” técnicas de Reproducción Asistida. Más del noventa por ciento de los centros especializados en Reproducción Asistida de Latinoamérica están registrados en dicha institución. Esta institución es La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, y esta se encarga de la recopilación, análisis, publicación, calificación y distribución de los resultados que los distintos centros especializados arrojan anualmente. Esta Red empezó a funcionar en 1995 con la participación de 50 centros. Actualmente son miembros de dicha institución 104 centros especializados, viéndose claramente el incremento anual de registros. La utilización de dichas técnicas oscila entre las veinte mil y cuarenta mil veces por año.

Según las fuentes proporcionadas por la Sociedad Española de Fertilidad, se calcula que más de 500 mujeres se someten anualmente con éxito a algún tipo de tratamiento de Reproducción Asistida en España; además el porcentaje de mujeres

lesbianas que se someten a estas técnicas de Reproducción Asistida, especialmente la inseminación con semen de donante anónimo, llega a un 80%.

Desde 1981 en que se produjo el primer nacimiento en los Estados Unidos, han nacido bajo el procedimiento de Fertilización In Vitro (F.I.V.), más de cuarenta y cinco mil criaturas.

Se calcula que antes de 1981 la tasa de embarazo a nivel mundial era entre 5% y 8%, pero gracias a todos los avances de la ciencia y la tecnología, estos niveles han aumentado a un 30% y 33%, un nivel muy alto, si es que lo comparamos con la tasa de fecundación natural que es de solo el 20% al 25% por ciclo. Este crecimiento en la tasa de embarazo es entendible debido a la utilización de drogas inductoras de la ovulación y su debido seguimiento con aparatos de ultrasonido y de alta resolución, mayores cuidados en la recuperación de los ovocitos, la fecundación producida dentro de los laboratorios, la transferencia de embriones frescos y por sobre todo, la mayor experiencia de las instituciones y clínicas especializadas en estas técnicas.

El valor en que deben incurrir las parejas para beneficiarse de estas técnicas varían entre los ocho mil y diez mil dólares. Sin duda, la utilización de estos procedimientos es limitada para cierta clase de gente, por lo que se ven reducidas las posibilidades de recurrir a estas técnicas de Reproducción Asistida a innumerables parejas de clase media y baja.

“La eficiencia de los procedimientos de Reproducción Asistida está en gran parte determinada por la calidad de los profesionales y equipamiento del centro. Sin embargo, existen condiciones que afectan las probabilidades de embarazo independientemente de la calidad del centro. Estas son: el número de embriones

que se transfieren al útero y la edad de la mujer”¹³⁹. La efectividad de las técnicas de reproducción asistida está determinada por sus variantes, es decir, por sus intervinientes.

En los últimos años se han reportado resultados de 16.188 procedimientos de Reproducción Asistida, iniciados durante todo el año 2000 por 98 centros especializados. Desde el año 2000, la mayoría de los centros especializados miembros de La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida indicaron que la técnica de la Micromanipulación fue utilizada en un 90.8% y la Criopreservación en un 82.7%. Las técnicas se diferencian de Fertilización In Vitro (F.I.V.), Transferencia de Gametos a la Trompa (G.I.F.T.) y otros. La Micromanipulación sigue siendo la técnica más utilizada, representando 70.9% de las aspiraciones.

Según los datos manejados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida¹⁴⁰, la distribución etárea de las mujeres tratadas durante los últimos tres años no ha demostrado variaciones significativas. Desde el año 2000, las mujeres menores de 35 años representan el 52.2% de los procedimientos de Fertilización In Vitro (F.I.V.) e Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.), mientras que mujeres entre 35 y 39 y mayores de cuarenta años representan el 33.7% y el 14.1% respectivamente. La tasa de implantación en Fertilización In Vitro (F.I.V.), solo difiere significativamente al comparar mujeres menores de 35 y mayores de 40 años, mientras que en la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.), las diferencias son significativas en mujeres menores de 35 años respecto de mujeres entre 35 y 39 y mayores de 40 años, y a su vez, en mujeres entre 35 y 39 años y mujeres mayores de 40 años. A pesar de la leve disminución en la tasa de embarazo (31.5% en 1999, 27.7% en el año 2000) y en la tasa de implantación (12.9% en 1999 y 12.0% en el año 2000) en Fertilización In

¹³⁹ RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético-Legales Relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile; pág. 10.

¹⁴⁰ http://www.redlara.com/esp/reg_2003.asp

Vitro (F.I.V.) e Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.), hubo un aumento en la tasa de multigestación (28.5% en 1999 vs. 30.2% en el año 2000). Esta alza de la proporción de embarazo múltiple sugiere que estos índices de la población total no reflejan la eficiencia de las mujeres que se embarazaron. Para este año, la media de número de embriones transferidos en mujeres menores de 35 años es de 3.2, tanto para Fertilización In Vitro (F.I.V.) como para la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.), mientras que en mujeres entre 35 y 39 años esta cifra disminuye a 3.2 en Fertilización In Vitro (F.I.V.) y 3.1 en la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.). En mujeres mayores de 40 años, se reporta una media de 3.0 en Fertilización In Vitro (F.I.V.) y 2.9 en la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.). En términos globales, no ha habido un aumento en la media de embriones transferidos (3.2 embriones). La tasa de embarazo por transferencia y tasa de parto con más de un recién nacido vivo, por aspiración, fue de 27.7% y 19.2% en Fertilización In Vitro (F.I.V.); 27.1% y 17.6% en la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.). Las 8958 transferencias de Fertilización In Vitro (F.I.V.) e Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.), dieron origen a 2622 nacidos vivos (1314 únicos, 956 gemelares, 324 trillizos y 28 cuádruples).

Es evidente que según la técnica que se vaya a utilizar, los porcentajes de éxito van a variar significativamente. Esta variación depende, tanto de la técnica usada, como la edad de la mujer. La tasa de embarazo también dependerá de los embriones transferidos y la edad de la mujer.

En la primera tabla observamos la tasa de natalidad, por ciclo de aspiración folicular, de acuerdo al número de embriones transferidos utilizando la técnica de Fecundación In Vitro.

NUMERO DE EMBRIONES	TASA DE EMBARAZO
TRANSFERIDOS	CLÍNICO
1	11.5 %
2	27.5 %
3	33.8 %
4	36.1 %
5	35.1 %
≥6	38.2 %

En la segunda tabla podemos observar la tasa de natalidad, pero esta vez tomando en cuenta la edad de la mujer y utilizando como técnica de Fecundación In Vitro.

EDAD DE LA MUJER	TASA DE EMBARAZO CLÍNICO
< 35 años	35.5 %
35 – 39 años	29.5 %
≥40 años	18.4 %

La tercera tabla, nos muestra la tasa de multigestación según el número de embriones transferidos con la técnica de Fecundación In Vitro.

NUMERO DE EMBRIONES	TASA DE
TRANSFERIDOS	MULTIGESTACION
1	0.0 %
2	14.4 %
3	27.9 %

4	28.6 %
5	43.6 %
≥6	44.0 %

En la técnica de la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.), su éxito dependerá en gran medida del origen del espermatozoide.

En la cuarta tabla podemos observar la tasa de fecundación y la tasa de embarazo clínico diferenciando los tres orígenes probables del espermatozoide, es decir, según la forma de obtención del mismo.

ORIGEN DEL ESPERMATOZOIDE	TASA DE FECUNDACIÓN	TASA DE EMBARAZO CLÍNICO
Eyaculado	63.0 %	37.0 %
Epididimario	51.0 %	43.0 %
Testicular	53.0 %	40.0 %

Con esta misma técnica, la natalidad varía de acuerdo al número de embriones transferidos, la quinta tabla nos muestra los porcentajes, que varían debido a la técnica de la Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoide (I.C.S.I.).

NUMERO DE EMBRIONES TRANSFERIDOS	TASA DE EMBARAZO CLÍNICO
1	11.9 %
2	21.2 %

3	31.8 %
4	34.5 %
5	36.1 %
≥6	35.8 %

Igualmente la tasa variará según la edad de la mujer. La sexta tabla nos muestra esta variación.

EDAD DE LA MUJER	TASA DE EMBARAZO CLÍNICO
< 35 años	33.8 %
35 – 39 años	27.3 %
≥40 años	14.7 %

Debemos tomar en cuenta también que el porcentaje de multigestación también varía según el número de embriones transferidos, tal como lo vemos en la séptima tabla.

NUMERO DE EMBRIONES TRANSFERIDOS	TASA DE MULTIGESTACION
1	11.9 %
2	21.2 %
3	31.8 %
4	34.5 %
5	36.1 %
≥6	35.8 %

En las técnicas de Reproducción Asistida en la que se utilizan o se recurre a la donación de ovocitos, la tasa de embarazo también varía de acuerdo al número de embriones transferidos, tal como nos muestra la octava tabla.

NUMERO DE EMBRIONES	TASA DE
TRANSFERIDOS	MULTIGESTACION
1	12.5 %
2	24.4 %
3	38.1 %
4	38.3 %
5	40.9 %
≥6	45.2 %

En esta técnica la tasa de multigestación depende también del número de embriones transferidos, y así lo vemos en la novena tabla.

NUMERO DE EMBRIONES	TASA DE
TRANSFERIDOS	MULTIGESTACION
1	0.0 %
2	18.0 %
3	31.0 %
4	37.6 %
5	47.5 %
≥6	39.4 %

Dentro de todas estas técnicas de Reproducción Asistida, la ciencia recurre a mecanismos y medios para poder facilitar los procesos de fecundación, tanto para las personas que se someten a estos procedimientos, como para sus propios fines y objetivos, es decir, buscan facilitar su trabajo, brindando facilidades a los “usuarios” de estas técnicas. Uno de estos medios que han ido desarrollando y mejorando es la Criopreservación de los embriones. Esta técnica científica, tuvo su origen en 1945, cuando el biólogo Jean Rostand, descubrió que los espermatozoides que se congelaban con presencia de glicerol conservaban sin ningún tipo de alteración su viabilidad. Para lograr esto, la ciencia ha recurrido a la Criobiología, que es la que se encarga del estudio de todas las clases de procesos de congelación de células y tejidos. Gracias a la criobiología, se ha logrado la preservación de células por largos períodos de tiempo, conservando las mismas, sus propiedades una vez que son descongeladas. Con la evolución de la ciencia y la tecnología, se han ido desarrollando protocolos mínimos, dirigidos a la correcta utilización de la congelación y descongelación de las células y tejidos. Estos protocolos han permitido preservar las células y tejidos en temperaturas menores a los -160°C , sin deteriorar su estructura. Con los avances de la tecnología, cada vez son mayores los porcentajes de supervivencia de las células luego de descongelarlas. En la actualidad este porcentaje fluctúa entre un 40% y un 100%. Sin embargo, comparando los porcentajes de embarazo, utilizando los embriones criopreservados y los embriones frescos, se nota claramente que existe una mayor probabilidad de éxito, cuando se utilizan embriones frescos.

Esta diferencia de porcentajes podemos observarlo en la décima tabla, en donde se muestra que la tasa de embarazo clínico con la transferencia de embriones criopreservados varía de acuerdo al número de embriones transferidos.

NUMERO DE	TASA DE	TASA DE
EMBRIONES	EMBARAZO CLÍNICO	EMBARAZO CLÍNICO
TRANSFERIDOS	EMBRIONES FRESCOS	EMBRIONES CRIOPRESERVADOS
1	11.8%	3.2 %
2	23.4%	13.6 %
3	32.5%	20.1 %
4	35.1%	26.7 %
5	35.7%	28.6 %
≥6	36.6%	14.6 %

Tomando en consideración los datos proporcionados por la Clínica I.N.F.E.S de Quito se reconoce que en la actualidad existe una incidencia del 30% de infertilidad conyugal, en parejas que tienen mayores problemas para la reproducción. El 50% de los casos es por el factor femenino, un 40% por el factor masculino y el 10% restante permanecen como causas desconocidas.

Según esta Clínica, el aumento de la incidencia de infertilidad se lo explica por la precoz y masiva utilización de ciertos métodos anticonceptivos, el aumento de las enfermedades venéreas (y por lo tanto, el daño en las trompas de Falopio), la mayor frecuencia de endometriosis en mujeres nulípara, la iatrogenia médica y el mayor interés de las parejas por conocer sus problemas de infertilidad.

El costo en los que oscilan estos procedimientos en el Ecuador está dado por el número de pasos a los que se llega dentro de la técnica escogida por la pareja que está siendo tratada. Se paga el 50% al principio, y el saldo al final. No obstante, si es que el tratamiento es cancelado por cualquier razón médica, se debe cancelar solo un porcentaje, y eso dependerá de la etapa que se completó. En el caso de la Fertilización In Vitro (F.I.V.) los costos por etapa los podemos ver en nuestra décimo primera tabla.

ETAPA	PORCENTAJE QUE SE CANCELA
Estimulación Ovárica	25 %
Aspiración de óvulos	30 %
Laboratorio de IVF	25 %
Transferencia	20%

2.3.2 Ventajas y Desventajas

Entre las distintas técnicas de Reproducción Asistida podemos ver que los porcentajes de éxito varían de acuerdo al número de embriones transferidos y a la edad de la mujer. Las distintas técnicas brindan ventajas y desventajas; sin embargo, podemos observar claramente que dichos porcentajes no son extremadamente distintos. En muchos de los casos los puntos porcentuales en que varían son mínimos.

Si tuviéramos que decidir o recomendar una técnica, tendríamos que analizar la razón de la infertilidad y principalmente la situación física de la mujer. Pienso que no podemos hablar de una mejor o peor técnica, cada una se adapta a las distintas circunstancias y a los distintos problemas de infertilidad de las parejas tratantes. Si quisiéramos referirnos a ventajas de estas distintas técnicas de Reproducción Asistida, obviamente e ineludiblemente tendríamos que señalar que permite a las parejas alcanzar el sueño de convertirse en padres y ser parte de la creación de una vida.

Cuando hablamos de la Inseminación Artificial, sabemos que puede darse de forma homóloga, si se lo practica con semen del marido; o de forma heteróloga, si se lo realiza con semen de un donante.

En el primer caso, las objeciones que se pueden presentar son las siguientes:

- a) La eficiencia de este caso es cuestionable, sobre todo en los casos de infertilidad masculina, en donde la razón de dicho problema no se encuentra definida;
- b) Existe preocupación por la posibilidad de que el semen sea manipulado para poder seleccionar el sexo del ser creado, separando los espermatozoides portadores del cromosoma X o Y; y,
- c) Se tiende a la "tecnificación" de la reproducción, ya que se separa la naturaleza de la expresión sexual, de la pura y simple procreación.

En el segundo caso, se pueden presentar las siguientes objeciones:

- a) Posibles problemas psicológicos en los actores de estas técnicas, es decir, el esposo, la mujer receptora y/o el donante (en caso de ser identificado o conocido);
- b) Existe el riesgo de transmisión de afecciones genéticas graves o enfermedades infecciosas por el uso del semen de un donante. En este caso el esposo también podría estar afectado;
- c) Se crea el riesgo de consanguinidad por el excesivo uso del semen de un mismo donante; y,
- d) Los innegables efectos psicológicos que se provocan en los niños. Dichos efectos incluyen el deterioro de las relaciones interpersonales por la deseo de querer mantener en el secreto el origen del niño. Igualmente se produce la afectación en el niño si en forma accidental llega a conocer su origen.

En el caso de la Fertilización In Vitro (F.I.V.), ya sabemos que se produce de forma extracorpórea del óvulo, utilizando los gametos de la propia pareja. Pero esta técnica tiene varias objeciones, entre las que podemos señalar:

- a) La creación de la vida ya no depende de las relaciones sexuales; y,
- b) La posibilidad de defectos físicos o mentales en los niños creados siempre está latente.

Con los adelantos de la ciencia y la tecnología podría pensarse que ésta serviría para aumentar la natalidad en nuestro planeta que ya se encuentra superpoblado.

Dentro de la técnica de la Fertilización In Vitro (F.I.V.) se presentan varias variantes, las mismas que a su vez arroja varias objeciones.

La primera variante es la del semen donado, ya que en este caso se suma la duda sobre si la paternidad del semen del donante se lo utiliza luego de haberse intentado con el semen del marido.

La segunda variante es la del óvulo donado, y este caso presenta riesgos médicos para todos los actores de esta técnica, es decir, donante, receptor y descendencia. Además pueden surgir complicaciones sobre todo en las relaciones familiares entre el donante y el receptor, viéndose en este caso más afectado el niño. También existe la posibilidad de que se produzca un rechazo inmunológico del óvulo implantado.

La tercera variante es la donación de preembriones provenientes de la Fertilización In Vitro (F.I.V.), y en este caso las objeciones son casi las mismas que las planteadas para la donación de gametos. Cuando se da la donación de óvulos, existe la posibilidad de que haya incompatibilidad de causas inmunológicas. Lo más complicado dentro de esta variante es que presenta objeciones éticas, ya que se presenta la duda sobre la utilización de los gametos que siendo de terceras personas, la descendencia no tiene relación genética lineal con ningún miembro de

la pareja; y siendo de esta manera, se podría hablar más de una especie de adopción.

La cuarta y última variante es el lavado uterino para transferencia de embriones, y las objeciones que se presentan son las siguientes:

- a) Debido a la manipulación que se hace dentro del útero existe siempre el riesgo de una infección; y,
- b) La probabilidad de transmitir infecciones a los actores de esta técnica, es decir, a la donante, la receptora o al preembrión.

Cuando nos referimos a la criopreservación, esta técnica también nos muestra algunas variantes dependiendo del objeto de la criopreservación y a su vez objeciones que pueden darse como resultado de las mismas. La criopreservación puede ser del semen y las objeciones que puede tener son similares a las de la inseminación con semen fresco. La única objeción que se podría agregar es la de los posibles riesgos que pueden presentarse en los procesos de congelación y descongelación de los embriones. Sin embargo, en este caso, podría verse como una ventaja el hecho de que si el marido muere después de la congelación de su semen, la mujer puede pedir posteriormente que sea inseminada con el semen congelado de su esposo. Para cierto rincón de la ciencia esta posibilidad es más aceptable que la del donante anónimo.

La criopreservación también puede ser de óvulos *“la principal preocupación médica respecto a este proceder está en que el óvulo es una célula única con una masa relativamente grande de citoplasma, por lo tanto mas susceptibles a los posibles efectos negativos de la congelación y descongelación”*¹⁴¹. Este procedimiento todavía tiene muchos detractores, y a pesar que es muy común y frecuente todavía presenta mucho rechazo por los posibles daños que podrían sufrir

¹⁴¹ www.cfm.org.br/bancotxt/des_etic/16.htm

las células germinales al ser expuestas a temperaturas extremas.

Finalmente, la criopreservación puede ser de preembriones, y surge luego que se comprobó que la fertilización de varios óvulos aumentaba la tasa de embarazos, sin embargo, también aumentaba las posibilidades de embarazos múltiples. Debido a esto, los preembriones supernumerarios han sido considerados para la congelación y su posterior utilización en embarazos de la pareja o para ser destinados a otros fines como la donación a parejas infértiles o incluso para la investigación científica. La objeción que se presenta con este tipo de criopreservación es la misma que de las anteriores, es el temor por el probable daño que puede ocasionar la congelación y descongelación de los embriones y posibles daños en los sistemas de conservación del material genético.

Con la subrogación, nos referimos a la portadora subrogada, la madre de alquiler o sustituta. Es la madre que gesta un embrión sin encontrarse ligado a ella genéticamente. En el caso de la portadora subrogada, esta aporta el componente gestacional de la reproducción, es decir, el útero, pero no aporta con el componente genético; en cambio, la madre subrogada o de alquiler aporta ambos componentes gestacionales. Este caso de portadora subrogada, se utiliza exclusivamente en mujeres que pueden producir óvulos normalmente, pero que no pueden fecundarse por defectos en el útero, problemas de capacidad o incluso por afecciones que podrían limitar la vida de la madre o incluso del niño. En cuanto a la portadora subrogada, existen varias objeciones que podríamos resumirlas de la siguiente manera:

- a) Muchos consideran como impropio solicitar a una mujer que haga las veces de portadora subrogada, ya que se somete a los riesgos y problemas de la gestación y el parto sin recibir la compensación natural (de ser madres) a este esfuerzo;

- b) Puede existir presión (social, económica, psicológica, etc.) por parte de la familia o la pareja hacia la portadora subrogada, lo que puede constituirse en una manera de explotación;
- c) Puede alterarse la relación de pareja (padres genéticos) si la mujer que sirvió de portadora subrogada se negare a entregar el niño después de que este hubiera nacido;
- d) Puede haber afectación psicológica en el niño si se entera de cómo fue concebido, y a su vez, si quisiera conocer a quien sirvió de portadora subrogada;
- e) Siempre existirá la probabilidad que la portadora o cualquier otra persona a su nombre, quiera beneficiarse económicamente, molestando a la pareja por el arreglo previo al que llegaron; y,
- f) Ha existido una fuerte crítica hacia esta técnica de Reproducción Asistida, más que nada por razones de carácter social y no tanto médicas. Estos son los casos de artistas, modelos o ejecutivos que priorizan su trabajo o la estética y deciden utilizar estos servicios, antes que brindarse a la verdadera naturaleza de la creación.

La portadora subrogada, al igual que en la donación de órganos y tejidos, puede sentir la satisfacción de contribuir, y con el tan solo hecho del embarazo para muchas mujeres ya es una satisfacción. Este caso conlleva otras preocupaciones como las siguientes:

- a) Siempre habrá un riesgo potencial de efectos y daños, tanto físicos como psicológicos para las partes intervinientes;
- b) El pago que acuerdan las partes. Para muchos la subrogación debe hacerse basado en la voluntariedad de las partes, y no por el solo interés económico. Sin embargo, muchos defienden este pago basados en la necesidad, debido a los casos en que no se puede obtener una portadora

voluntaria, o en los casos en que se busca el anonimato por parte de la pareja o cualquiera de los intervinientes;

- c) Las parejas y la portadora subrogada que recurren a esta técnica, se encuentran desprotegidas por la ausencia de leyes protectoras. Esta inseguridad jurídica, hace útiles los arreglos previos entre las partes, ya que existen casos, en los que ha sido necesario inclusive resolverlos en las cortes para posteriormente solicitar la inscripción legal de los niños con el nombre de los padres genéticos, luego del acuerdo con la subrogada; y,
- d) Es importante que posteriormente al nacimiento del niño se determine la paternidad, ya que pueden darse casos en los que la portadora subrogada haya quedado embarazada de su propio compañero y no necesariamente de quien los médicos y especialistas buscaban.

Otro criterio señala que para usos exclusivamente médicos la portadora subrogada está plenamente justificada. Finalmente, cuando hablamos de la madre subrogada o sustituta, sabemos que se trata de la mujer que es inseminada artificialmente con el semen de una persona que no es su marido o pareja y que una vez que concluye la etapa del embarazo entrega al niño a sus padres genéticos, para que sean estos quienes lo críen y cuiden. El uso de la madre subrogada se recomienda a mujeres que son incapaces de proveer los componentes genéticos y gestacionales del embarazo, debido a que se les ha extirpado útero y ovarios. Así mismo, se recomienda esta práctica cuando la mujer puede transmitir algún tipo de enfermedad o defecto genético al niño. Las objeciones que se presentan en este caso son similares a la de la portadora subrogada.

Al momento el tema de la Reproducción Asistida no se encuentra debidamente regulado, y como consecuencia de esto pueden darse graves problemas entre los actores de las técnicas de reproducción, entre los que podemos señalar algunos como los siguientes:

- a) Puede darse el caso que la pareja que contrató a la subrogada decida no quedarse con el niño en último momento, lo que obligaría a la madre subrogada a quedarse con un niño con el cual ella no contaba. Este caso podría ocurrir en el momento en que las pruebas de paternidad indiquen que el verdadero padre del niño no es quien contrató a la madre subrogada; o en el caso en que el niño nace con un defecto, y por este motivo la pareja decide no aceptarlo como suyo;
- b) Económicamente la pareja puede tener problemas si la madre subrogada llegare a conocer al niño. De igual forma, el marido de la pareja que contrató a la madre subrogada podría tener un grave problema si ésta decidiera quedarse con el niño, ya que el marido al ser el padre biológico de la criatura tendría que cubrir los gastos de manutención del niño;
- c) Existen Estados, en los que pagar a una mujer por dar un hijo en adopción es delito, en estos casos la pareja tendría un gravísimo problema, ya que podrían ser acusados y condenados por la ley;
- d) Se teme que la utilización de esta técnica pueda debilitar los lazos de pareja y sobre todo los familiares; y,
- e) La comercialización de la reproducción humana, debido al pago que se hace a la madre subrogada, estará siempre vigente y constituye un grave peligro que se corre con la evolución de la ciencia y las técnicas de Reproducción Asistida.

2.3.3 Vientres de Alquiler

Por la importancia que connota este tema, es necesario que dediquemos un título exclusivo para los vientres de alquiler, también conocido como madres sustitutas, madres subrogadas o maternidad subrogada. *“La ciencia médica define a la maternidad como la “relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”. A su vez, distingue como “maternidad gestacional” a aquella*

otra referida a quien ha llevado a cabo la gestación”¹⁴². Se denomina alquiler de vientres al hecho, “*mediante la cual se conviene con una mujer, habitualmente mediante un pago en dinero, en gestar un óvulo de quien encargó el niño -aunque también puede ser de una tercera persona-, fecundado con gametos, ya sea del marido de aquélla o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó. Se produce, de tal manera, una disociación entre la generación de un ser humano y su gestación, para procurar satisfacer un deseo de ser madre, que si en sí mismo es ciertamente loable, no tiene un carácter absoluto, no pudiendo emplearse cualquier medio para satisfacerlo*”¹⁴³. Ya en este caso se contraponen varias consideraciones, por un lado el deseo obsesivo por tener un hijo, y por otro, la calidad de mercancía que llega a tener el cuerpo humano, con tal de cumplir un deseo de gestación.

El informe de la *Comisión Warnock*¹⁴⁴, emitido en el Reino Unido define a la maternidad subrogada como “*la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca*”¹⁴⁵. En este caso específico que analizamos, la mujer convenida aporta con su útero. Es un caso semejante el de la mujer que aporta con sus óvulos, sin embargo, no es la figura característica de los vientres de alquiler.

¹⁴² <http://www.viatusalud.com/diccionario.asp?S=maternidad>: “Diccionario de Medicina”; Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra. España, Editorial Espasa Siglo XXI, Año 2000; Madrid, España.

¹⁴³ Eduardo A. Sambrizzi (2001): “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 109.

¹⁴⁴ <http://www.aceb.org/jv/mw/winf.htm>: **Comisión Warnock**: Documento realizado en 1984 por el Parlamento británico. Se decidió regular legalmente la investigación con embriones humanos que se estaba realizando en el Reino Unido desde finales de la década anterior. Se acordó fijar unos límites en la manipulación embrionaria y crear una autoridad que hiciera cumplir estos límites y dirimiera los conflictos que se generaran: la HFEA (Human Fertilisation & Embryology Authority). Para ello se constituyó una comisión integrada por 15 miembros de diversa procedencia académica y laboral y presidida por la filósofa de Cambridge Mary Warnock. Esta comisión sería la encargada de determinar las implicaciones sociales, éticas y legales de los progresos en el terreno de la reproducción asistida y de fijar el período del desarrollo embrionario durante el cual debería permitirse la investigación con embriones humanos.

¹⁴⁵ <http://www.comunidad.derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html>

El primer caso que se conoció sobre este tema, se dio en los Estados Unidos de Norteamérica en el año 1975, cuando una pareja estéril publicó en un periódico un anuncio en el que se requería a una mujer para procederle a aplicar el método de inseminación artificial, a cambio de una remuneración. Con la popularidad que llegó a tener este anuncio, empezó a publicarse avisos por todos los lugares, en donde se requería el servicio e inclusive había quienes ofrecían a prestar dicho servicio. Con el auge de estos anuncios llegó inclusive a aparecer agencias intermediarias. Sin embargo, cuando se empezó a legislar sobre el tema, estos convenios comenzaron a ser prohibidos en la mayor parte de países.

La maternidad subrogada puede presentar varios casos interesantes, y para la autora *Yolanda Gómez Sánchez*¹⁴⁶, esta técnica de Reproducción Asistida puede darse de la siguiente manera:

1. Cuando la maternidad subrogada es solicitada por la pareja, estando o no unidos por matrimonio. Este caso puede presentarse de las siguientes maneras:
 - a) Que a la mujer subrogada se le introduzca los gametos del hombre, a quien se le determina la paternidad legal. En este caso, tanto el varón como la mujer subrogada gozan de paternidad y maternidad genética y biológica respectivamente;
 - b) Que a la mujer subrogada se le introduzca los gametos masculinos provenientes de donante, fecundado por inseminación artificial. En este caso, ni el varón ni la mujer que contrataron la subrogación tienen vínculos genéticos con el menor;

¹⁴⁶ Yolanda Gómez Sánchez (1994): “El derecho a la reproducción humana”; cit.; Madrid, España; pág. 95 / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001.

- c) Que a la mujer subrogada se le introduzca los gametos fecundados in vitro de la pareja, y que posteriormente asumirán los derechos y obligaciones sobre el menor. En este caso, tanto la paternidad como la maternidad es genética con el menor, y por tanto, serán los padres legales, pero la mujer subrogada, que lleva a cabo la gestación aparecerá como madre gestativa; y,
- d) Que a la mujer subrogada se le introduzca tanto los gametos masculino y femenino fecundados in vitro de donantes anónimos que no pretenden la paternidad. En este caso, la pareja que contrató a la mujer subrogada no tiene lazos biológicos ni genéticos con el menor, por más que pretendan ser los padres legales.

2. Cuando la maternidad subrogada es solicitada por un hombre o por una mujer individualmente. Este caso puede presentarse de la siguiente manera:

- a) Que un hombre aporte sus gametos para que sea fecundada una madre gestativa y, nacido el hijo, asumir los derechos y deberes inherentes a la procreación. En este caso el varón es el padre genético y la mujer la madre biológica y genética; y,
- b) Que una mujer aporte sus gametos para que sea fecundada otra con semen del donante, y nacido el hijo asumir ella los derechos y deberes inherentes a la procreación. Entonces, la solicitante es la madre genética, la mujer que gestó al hijo, la gestativa y el padre genético es el donante.

Es interesante el pensamiento que muchos estudiosos tienen sobre este controversial tema, y para Kant¹⁴⁷ *“aquello que tiene precio puede ser sustituido*

¹⁴⁷“<http://www.terra.es/personal/ofernandezg/kant.htm>”; “<http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/personajes/6434.htm>”: **Emmanuel Kant** (1724-1804): Nació en Königsberg, Prusia Oriental, el 22 de abril de 1724. En 1946 Prusia, pasó a ser dependiente de Rusia y adoptó el nombre de Kaliningrado. Con su teoría del conocimiento, Kant intentó superar la oposición entre el

*por algo equivalente; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalentes, eso tiene una dignidad”*¹⁴⁸.

Por su parte Mirta Videla señala que la *“la maternidad es literalmente descuartizada, porque se la transforma en una actividad económicamente rentable. Aunque algunos intenten homologarlo con la adopción, está muy lejos de serlo, como también los argumentos defensores de esta estrategia de engaño reproductivo, al incluirlas como técnicas de fertilización asistida o como nuevas formas de reproducción humana”*¹⁴⁹. Y agrega que desde su punto de vista ético *“es impensable la propuesta de hacer del niño un objeto de mercancía, de la mujer una portadora comprada y del hecho maravilloso de la maternidad una negociación infame”*¹⁵⁰. Liliana Matozzo de Romualdi afirma a su vez, *“que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana”*¹⁵¹. Los dos autores antes mencionados destacan el hecho de que el niño que está por nacer tiene una memoria corporal, que le hace recordar cada contacto e interrelación que tiene su cuerpo con el de su portadora, esto es, olores, sabores, visiones, etc. Además, es el cuerpo de la portadora que se prepara para la lactancia del niño, y ese beneficio es

racionalismo y el empirismo. Según él, el contenido o “materia” del conocimiento nos llega desde fuera a través de los sentidos, pero el orden o “forma” de la experiencia procede de las estructuras propias de nuestra mente. Del mismo modo, en el campo de la filosofía moral, Kant distingue entre la materialidad de los hechos y la forma o el porqué de nuestra actuación. Lo que cuenta moralmente no son los hechos en sí, sino el motivo que nos lleva

a actuar de una determinada manera, es decir, su adecuación a los imperativos que nos impulsan a obrar por respeto al deber. / El pensamiento kantiano es una síntesis de todos los movimientos filosóficos, religiosos, sociales, científicos y políticos de la premodernidad.

¹⁴⁸ Ángela Aparisi Miralles: *“Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”*; ED 179-963 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 111.

¹⁴⁹ Mirta Videla (1999): *“Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”*; Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, Argentina; pág. 148.

¹⁵⁰ Mirta Videla (1999): *“Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”*; Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, Argentina; pág. 159.

¹⁵¹ Liliana Matozzo de Romualdi: *“Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada...¿Puede reconocerse un derecho al hijo?”*; ED 182-1656 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 112.

algo de lo que se le está privando, ya que no será ésta quien lacta al niño en sus primeros meses.

Por otro lado María Josefa Méndez Costa *“afirma que la dicotomía entre una madre biológica y una gestante desatiende el interés del hijo al colocarlo ante una virtual disputa de intereses”*¹⁵². Por su parte Carlos Mosso *“la dignidad de la persona no admite que sea objeto de transacciones jurídicas de ninguna especie, debiendo respetarse el derecho del nasciturus a su identidad y a nacer en una familia en la que los padres biológicos sean, también, los padres legales, que no le oculten al hijo su origen, aprovechándose para ello de meras ficciones”*¹⁵³. Estas afirmaciones se las hace considerando que ningún ser humano puede ser objeto de ninguna clase de transacción, ya que cada uno tiene un derecho intrínseco a la identidad y a nacer dentro de una familia.

El convenio al que llegan las partes convierte a la maternidad en un objeto de comercialización, al igual que el cuerpo femenino. Muchos entienden esta comercialización como otra forma de prostitución. Para Eduardo Zannoni *“desde el punto de vista de la determinación de la maternidad, esta especie de acuerdos quiebran principio tradicional que ha permitido atribuir el hijo a la mujer que da a luz”*¹⁵⁴. Obviamente, este tipo de contratos alteraría la idea que se tiene sobre maternidad, lo cual acarrearía varios cambios en la legislación y pondría aún más duda sobre la importancia o no de instituciones milenarias como el matrimonio y la filiación.

¹⁵² María Josefa Méndez Costa - Daniel H. D'Antonio (1991): *“Derecho de Familia, Tomo III”*; Santa Fe, Colombia; pág. 55 y 173, número 73, b) / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 112.

¹⁵³ Carlos J. Mosso (1995): *“Algunas Consideraciones Éticas y Jurídicas acerca de la procreación artificial”*; cit., ED 167-961. Conferencia en que la maternidad subrogada no se compadece con el necesario respeto a la dignidad humana, GOMEZ SANCHEZ Yolanda, *“El Derecho a la Reproducción Humana”*; cit., p. 141 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 113.

*“La admisión de esta técnica supone, de alguna manera, un fraude al instituto de la adopción, en el sentido de que mediante ella se obvian los requisitos que la ley requiere para que la misma pueda ser concedida”*¹⁵⁵. La utilización de esta técnica conlleva una serie de problemas que pueden darse antes, durante y luego de finalizado el proceso. Uno de los problemas que puede presentarse es el arrepentimiento que puede llegar a sentir la portadora subrogada luego de entregar al niño a las personas que le encargaron, y para posteriormente reclamar su devolución. En este particular caso de los vientres de alquiler, el niño debería ser devuelto, ya que la madre subrogante, es la gestante del niño y a quien se le considera la verdadera madre, y es por esto, que debería ser quien tenga el derecho de criar al niño, es decir, su hijo.

Otro problema que podría darse es que la persona que hubiera encargado a la portadora el niño, reclamara la devolución del dinero entregado luego que la madre subrogada se hubiera arrepentido de entregar a la criatura después de su nacimiento, incumpliendo el trato hecho previamente.

Para muchos analistas del tema, el hecho de que exista un contrato de por medio, no justifica la entrega del niño, ni la devolución del abono hecho, ya que un contrato de esa naturaleza podría ser calificado como inmoral (ya sea por su objeto ilícito, su causa ilícita o por ser contrario a las buenas costumbres), como veremos más adelante, inclusive podría ser considerado como nulo.

¹⁵⁴ Eduardo A. Zannoni (1989): “Derecho de Familia. Tomo II. Segunda Edición”; Buenos Aires, Argentina ; pág. 493 y ss. / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág 115.

¹⁵⁵ Eduardo A. Sambrizzi (2001): “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 115.

2.4 Características Jurídicas

Hablar de características jurídicas es demasiado complicado, si consideramos que en nuestro país el tema de la Reproducción Asistida no ha sido legislado, y más aún cuando en América Latina no se ha tratado mucho sobre el tema. La cuestión se vuelve aún más complicada cuando vemos día a día los avances y evoluciones de la ciencia y la medicina en cuanto a este tema; y palpamos que en nuestro país se lo practica con normalidad y regularidad en varias instituciones y centros médicos especializados. Hablamos de complicaciones, ya que esta práctica no tiene ningún sustento legal, si es que lo comparamos con otros temas controversiales, como podría ser el aborto y sus distintas modalidades.

La Reproducción Asistida y todas sus modalidades no tienen y no pueden ser comparados con las características, éticas y espirituales de instituciones como son la familia y el matrimonio; las mismas que para muchos deberían ser tomadas como los medios más idóneos para conservar la raza humana. Sin embargo, la utilización de estas nuevas técnicas en Reproducción Asistida hace prever que dichas instituciones “milenarios” podrían cambiar sus características de vida, debido a las nuevas formas de vida que ha adoptado la humanidad, como son las uniones de hecho o la utilización de los métodos de Reproducción Asistida en mujeres solteras o en parejas homosexuales. Con estas nuevas formas de vida, el hogar es reemplazado por los laboratorios, quedando de esta forma transformadas las formas de pensar que se tenían sobre la familia, la filiación y el matrimonio. En la actualidad para la mujer ya no es necesario, ni tampoco es un “requisito” el formar un hogar y una familia. Ahora simplemente pueden acercarse a un centro especializado y satisfacer los deseos de ser madre y tener hijos sin las complicaciones que la sociedad exige. Estas nuevas técnicas de Reproducción Asistida *“no solo implica tremendo golpe a la familia, sino la destrucción de ciertos derechos o situaciones fundamentales de la actual organización familiar, como es el*

honor del grupo”¹⁵⁶. Para poder entender claramente las características de la Reproducción Asistida, debemos diferenciar los tres elementos que hacen posible que esta nueva institución tenga vida. Dentro de la Reproducción Asistida debemos identificar características comunes en cualquier obligación, ya que, cuando nos referimos a esta nueva institución vemos dentro de ella elementos similares que la convierten precisamente en obligaciones de dar, hacer o no hacer algo.

Si hablamos de obligaciones, entendemos que esta proviene del latín “ob-ligare” y “ob-ligatus”, que nos dan la idea de atadura, ligadura. Podemos referirnos a la obligación en el momento en que una persona se encuentra en la situación y necesidad de actuar de una u otra forma por convivencia social u otros diferentes motivos.

René Abeliuk considera que *“la obligación es un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”*¹⁵⁷. Al momento de identificar la obligación dentro de la Reproducción Asistida debemos diferenciar sus tres elementos característicos:

- a) Sujeto;
- b) Objeto; y,
- c) Causa.

Si nos referimos a los sujetos de la obligación, en el caso de la Reproducción Asistida, debemos identificar a sus partícipes. En dicho caso, tenemos que diferenciar a sus tres partícipes. Primeramente a la pareja que se somete al tratamiento, luego a los médicos y biólogos que participan en el tratamiento y finalmente el producto de la

¹⁵⁶ Alba Lucía Ortega Mantilla de Grijalva (1989): “Proyecciones Jurídicas de la Inseminación Artificial Humana”; Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia; Quito, Ecuador; pág. 57.

¹⁵⁷ René Abeliuk Manasevich (1983): “Las Obligaciones”; Editorial Ediar Editores Ltda.; Santiago de Chile, Chile; pág. 55.

fecundación. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que en el caso de la pareja, a su vez, son dos personas, marido y mujer; y además no podemos desconocer que se pueden presentar distintos casos en donde sea exclusivamente una mujer soltera o inclusive podría ser una pareja homosexual. En el caso de los médicos y biólogos, también debemos diferenciar, como previamente lo hemos hecho, ya que los médicos tratan directamente con la pareja, las mujeres solteras o la pareja homosexual; y los biólogos se encargan directamente de manipular y tratar con los embriones y el material genético, son ellos los que realmente logran el milagro de la fecundación. Finalmente, el producto de la fecundación también debe tener un especial estudio ya que puede ocurrir, dependiendo de las circunstancias médicas, que nazcan varios niños y no uno como se pudo haber pactado inicialmente. En este caso se deberá estudiar y analizar el tema desde el punto de vista de cada uno de los niños. Si bien es cierto, estos son los tres partícipes principales y comunes en cualquier obligación de este tipo, no podemos pasar por alto, que en los casos de Reproducción Asistida, puede haber un cuarto partícipe que podría llegar a ser el donante del material genético o la mujer que presta su vientre para gestar al niño, y que obviamente, deberá ser analizada individualmente.

Cuando nos referimos a las obligaciones, en cuanto al sujeto, como mínimo siempre serán dos personas, pero eso dependerá de varios factores, y estos casos serán de obligaciones con pluralidad de sujetos. Como en cualquier obligación contractual, podemos hablar que el sujeto activo es el acreedor, quien debe beneficiarse de la obligación y es quien exige que se cumpla dicha obligación. Por el otro lado, tenemos al sujeto pasivo que es el que está en la necesidad jurídica de cumplir con la obligación.

En cuanto al objeto de la obligación dentro de la Reproducción Asistida, debemos entenderla como una prestación que el sujeto pasivo debe cumplirle al sujeto activo, so pena de incurrir en la responsabilidad derivada del incumplimiento. La prestación es el elemento objetivo dentro de las obligaciones, es lo que se debe y lo que se debe exigir al sujeto pasivo. La obligación o prestación es sobre un objeto, que a su vez puede ser una cosa, un hecho o una abstención. Si hablamos de la obligación en la

Reproducción Asistida como un acto jurídico, su objeto debe reunir los requisitos comunes para ser considerados como tales. Es por esto, que en el caso de la obligación de dar, debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Debe existir, o debe esperarse su existencia;
- b) Debe estar determinada o ser determinable;
- c) Debe ser comerciable; y,
- d) Debe ser lícito.

Cuando analizamos estos requisitos que debería cumplir cualquier obligación, nos enfrentamos con incompatibilidad en cuanto a la Reproducción Asistida. En el primer punto, no existe ningún problema, ya que en realidad el producto de la fecundación, es esperado hasta el día de su nacimiento. Sin embargo, desde el día de la fecundación ya empieza a existir “el objeto de la obligación” que viene a ser el niño. En el segundo punto, entenderíamos que esta obligación sí contiene datos y reglas que permiten determinarlo, ya sea, en especie o cuerpo cierto y en género. En el tercer punto, ya nos vemos enfrentados con preceptos que no podrían ser aplicados en seres humanos, es decir, su carácter comercial, es imposible valorar la vida de un ser humano, y esto precisamente es lo que la ciencia y la tecnología están haciendo, poner en manos del hombre la ciencia, a cambio de una remuneración pecuniaria. Esto es pretender que la pareja compre un niño, poniéndolo al nivel de una cosa o un servicio. El cuarto punto, tal vez sea el más conflictivo, porque aquí nos encontramos con temas que van más allá de la ética y la moral de las personas. Cuando se trata de hechos o abstenciones, deben estar determinados, pero además deben ser física y moralmente posibles.

René Abeliuk señala que *“es físicamente imposible, el contrario a las leyes de la naturaleza, y moralmente imposible, el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público”*¹⁵⁸. El momento en que nos topamos con temas éticos y

¹⁵⁸ René Abeliuk Manasevich (1983): *“Las Obligaciones”*; Editorial Ediar Editores Ltda.; Santiago de Chile, Chile; pág. 59.

morales, tenemos que analizar hasta que punto la práctica y manipulación de las distintas técnicas de Reproducción Asistida llegan a ser éticos y. Es por esto, que debemos empezar analizando desde el principio.

Durante el diagnóstico prenatal se observa claramente una orientación hacia la custodia, protección e integridad del embrión y del feto humano, durante este proceso de diagnóstico se procura respetar la vida. Dicho diagnóstico prenatal permite conocer el estado del embrión o del feto, durante su estadía en el seno materno. Permite adelantarse y saber con anterioridad si se necesitarán operaciones o tratamientos médicos, quirúrgicos o terapéuticos. Podemos decir, que dentro de las distintas técnicas de Reproducción Asistida, *“el diagnóstico es lícito si los métodos utilizados, con el consentimiento de los padres debidamente informados, salvaguardan la vida y la integridad del embrión y de su madre, sin exponerles a riesgos desproporcionados”*¹⁵⁹. Pero dicho diagnóstico prenatal, carece de total moralidad en el momento en que considera una probabilidad, en aras del resultado, de provocar el aborto del embrión o el feto. Actualmente durante la práctica y utilización del diagnóstico prenatal, cuando se detecta una posible malformación o algún tipo de enfermedad hereditaria, ésta constituye una potencial pena de muerte para el feto, a lo cual nos oponemos abiertamente, ya que, la existencia de dichos problemas, no quiere decir, que no exista un ser humano en crecimiento y con vida. *“La mujer que solicitase un diagnóstico con la decidida intención de proceder al aborto en el caso de que se confirmase la existencia de una malformación o anomalía, cometería una acción gravemente ilícita”*¹⁶⁰. Del mismo modo estarían actuando, contrayendo todo principio moral, el cónyuge, el pariente o cualquier persona que impulsara a la mujer a cometer aborto en el caso de que no estuviera conforme con el diagnóstico prenatal. Así como el cónyuge o los parientes incurren en una falta moral, igualmente es responsable de cooperación ilícita el médico,

¹⁵⁹ Juan Pablo II (03/12/1982): *“Discurso a los Participantes al Convenio del "Movimiento en Favor de la Vida”*; Insegnamenti di Giovanni Paolo II, V, 3 [1982] 1512.

¹⁶⁰ *“<http://www.vidahumana.org/vidafam/repro>”*

que viendo el resultado del diagnóstico prenatal, indujera a la mujer a cometer el aborto, más aún si él mismo se encarga de dicha práctica.

Sería inaudito aceptar o dirigir la creación de leyes que vayan dirigidas a concatenar el diagnóstico prenatal con el aborto. Una creación de este tipo sería visto claramente como una violación del derecho máximo a la vida de todo ser humano (incluyendo por supuesto al que está por nacer) y sería considerado como una trasgresión de los principales derechos y obligaciones de los cónyuges. Cualquier normativa que propendiera a inducir a la mujer a la utilización planificada del diagnóstico prenatal, con el fin de provocar el aborto de los embriones o fetos que fueran diagnosticados con algún tipo de malformaciones o enfermedades hereditarias, sería considerada como inmoral.

Luego del diagnóstico prenatal, debemos analizar que tan ético y moral pueden ser los diferentes tipos de intervenciones terapéuticas en el embrión humano. Debemos insistir, que cualquier acción o intervención médica sobre el paciente y los embriones humanos, será lícita siempre que ésta respete la vida humana y la integridad de los embriones humanos. El fin de estas intervenciones debe ser siempre buscar mejorar las condiciones de salud y vida del embrión y su posible curación cuando sea necesario, además deberá procurar que éste no sea expuesto a peligros innecesarios.

Sin importar el procedimiento o la clase de terapia que se haga, siempre será necesaria la aprobación y consentimiento de los padres, tal como se especifica en las reglas deontológicas previstas para los niños. Este último principio moral necesita de especiales e individuales cuidados, sobre todo cuando se refiere a procedimientos y terapias que atentarán con la vida del embrión o del feto. La legitimidad y los criterios para tales intervenciones han sido claramente formulados por Juan Pablo II al señalar que *“Una acción estrictamente terapéutica que se proponga como objetivo la curación de diversas enfermedades, como las originadas por defectos cromosómicos, será en principio considerada deseable, supuesto que tienda a promover verdaderamente el*

bienestar personal del individuo, sin causar daño a su integridad y sin deteriorar sus condiciones de vida. Una acción de este tipo se sitúa de hecho en la lógica de la tradición moral cristiana”¹⁶¹. Con esta formulación incluso la Iglesia acepta el bienestar humano como fin último de los avances de la ciencia, dentro de las cuales no se debería dejar fuera a las técnicas de reproducción asistida y todos sus componentes y procedimientos.

Todas las clases de investigaciones y tratamientos médicos deben procurar la intervención de embriones vivos, con la certeza moral de que no se causarán daños en la vida e integridad de los mismos, y así mismo cuidando la salud de la madre. Dichas investigaciones y tratamientos solo deberán hacerse con la aprobación y consentimiento, libre y con conocimiento de los padres.

Dentro de todas las clases de investigaciones y tratamientos sobre Reproducción Asistida debemos hacer una distinción entre las que no tienen una finalidad directamente terapéutica y las que son específicamente terapéuticas para la persona. Además se debe hacer la distinción sobre los tratamientos que se hacen sobre embriones vivos y los que se hace sobre embriones muertos. *“Si se trata de embriones vivos, sean viables o no, deben ser respetados como todas las personas humanas; la experimentación no directamente terapéutica sobre embriones es ilícita*”¹⁶². Aunque todas estas investigaciones y tratamientos sean con la simple intención de observar al embrión o el feto, dichos actos serán ilícitos, si como consecuencia de las técnicas y procedimientos usados, se constituye un peligro y un riesgo para la vida e integridad del embrión o del feto.

El autor Roberto Andorno, afirma que *“la técnica de fecundación in vitro constituye en sí misma una actividad ilícita, violatoria del principio de la inviolabilidad*

¹⁶¹ Juan Pablo II (29/10/1983): “Discurso a los Participantes en la 35a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial”; AAS 76 (1984) 392.

¹⁶² Juan Pablo II (23/10/1982): “Discurso a los Participantes en un Convenio de la Academia Pontificia de las Ciencias”; AAS 75 (1983) 37.

de la vida humana”¹⁶³. Para el autor Carlos Mosso “en el supuesto de la fertilización médicamente asistida no existe diferencia entre el descarte de embriones en el laboratorio y el descarte en el útero materno, pues en ambos casos ese descarte es la consecuencia del obrar humano”¹⁶⁴. Lo que se debe entender es que por ninguna finalidad, por más que se intente encontrar su lado noble, como puede ser la potencial utilidad para la ciencia y la medicina, y por ende para el hombre y la sociedad, se puede justificar los procedimientos y técnicas de Reproducción Asistida que se realizan atentando contra la integridad de los embriones o los fetos humanos vivos, sin importar, tan siquiera, que sean hechos dentro o fuera del vientre materno.

La aprobación que deben otorgar los padres o quienes se someten a estas técnicas de Reproducción Asistida, no podría ser entregada por ellos mismos, ya que al hacerlo, éstos estarían disponiendo de la vida e integridad de un ser humano que está por nacer.

En definitiva, debemos entender que la experimentación en embriones y fetos trae consigo riesgos y peligros, y en la mayoría de los casos, posibles daños en la integridad física o la muerte. “Utilizar el embrión humano o el feto, como objeto o instrumento de experimentación, es un delito contra su dignidad de ser humano, que tiene derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y a toda persona humana”¹⁶⁵. La Carta de los derechos de la familia, publicada por la Santa Sede, afirma que “El respeto de la dignidad del ser humano excluye todo tipo de manipulación experimental o explotación del embrión humano”¹⁶⁶. Con esta afirmación se deja claramente especificado que la Iglesia no aprueba cualquier experimentación que ponga en juego la vida de embriones vivos.

¹⁶³ Roberto L. Andorno: “Fecundación in vitro y valor de la vida humana”; ED 120-950, V. Ver en igual sentido, del mismo autor, “El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza? (A propósito de la fecundación in vitro)”; cit., ED 131-909 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 165.

¹⁶⁴ Carlos J. Mosso: “Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial”; cit., ED 167-932,3 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 165.

¹⁶⁵ “<http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html>”

¹⁶⁶ Santa Sede (25/11/1983): “Carta de los Derechos de la Familia”; L'Osservatore Romano; Art. 4b.

Con todas las reflexiones que hemos expuesto entendemos que la creciente práctica de mantener embriones humanos vivos con fines comerciales y de experimento, es contrario a la dignidad humana. Pueden darse los casos en que los tratamientos y experimentaciones sean con carácter terapéutico, con el fin de salvaguardar la integridad y la vida del embrión o del feto, y para estos casos puede ser lícito utilizar fármacos o valerse de tratamientos que no sean completamente seguros. Los restos de embriones o fetos humanos, que han sido abortados, merecen el mismo respeto que cualquier otro ser humano. Y así mismo el ejercicio comercial de los restos humanos debe ser considerado ilícito y debe ser prohibido y legislado por todos los Estados.

Todos los embriones humanos que se consiguen a través de los distintos métodos de Reproducción Asistida son seres humanos y sujetos de derechos. El derecho a la vida, a su dignidad e integridad, deben ser respetados desde que inicia su vida y empieza a ser considerado como ser humano. Es claramente inmoral conseguir embriones humanos solo con el fin de explotación científica.

La Iglesia se ha pronunciado innumerables veces sobre la transferencia de embriones en la técnica de la Fecundación In vitro, ya que en esta se no se transfieren todos los embriones al cuerpo de la mujer, y los que no son transferidos son destruidos. Por lo mismo, la Iglesia ha rechazado estas prácticas, al igual que lo ha hecho en el caso del aborto provocado. Lo que busca es condenar cualquier atentado contra la vida de un ser humano.

*“Comportándose de tal modo, el investigador usurpa el lugar de Dios y, aunque no sea conscientes de ello, se hace señor del destino ajeno, ya que determina arbitrariamente a quién permitirá vivir y a quién mandará a la muerte, eliminando seres humanos indefensos”*¹⁶⁷. Son moralmente ilícitos todos aquellos métodos de investigación y experimentación, que para sus fines colocan a los embriones humanos en

¹⁶⁷ [“http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html”](http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html)

inminentes daños y riesgos, peligros que son totalmente desproporcionados. Todos los seres humanos debemos ser respetados como tales, y no podemos ser colocados o considerados como simples instrumentos o medios de beneficio para otros. *“Por ello no es conforme a la moral exponer deliberadamente a la muerte embriones humanos obtenidos “in vitro”. Por haber sido producidos in vitro, estos embriones, no transferidos al cuerpo de la madre y denominados “embriones sobrantes”, quedan expuestos a una suerte absurda, sin que sea posible ofrecerles vías de supervivencia seguras y lícitamente perseguibles”*¹⁶⁸. La Iglesia considera que todos los embriones deben ser considerados como seres humanos, por lo tanto no pueden ser expuestos a peligros innecesarios, ya que la dignidad humana debe ser respetada hasta el final.

Otro grave problema que trae consigo la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida, y más precisamente la Fecundación In Vitro, es que hace posible la realización de otras técnicas de manipulación biológica y genética humana.

Actualmente ya vemos investigaciones y proyectos que buscan *“la fecundación entre gametos humanos y animales y la gestación de embriones humanos en útero de animales; y la hipótesis y el proyecto de construcción de úteros artificiales para el embrión humano”*¹⁶⁹. Todas estas hipótesis y nuevos procedimientos de Reproducción Asistida son contrarios a la dignidad del ser humano, ya que menoscaban el derecho de ser concebidos, nacer y ser criados dentro de un matrimonio. *“Nadie puede reivindicar, antes de existir, un derecho subjetivo a iniciar la existencia; sin embargo, es legítimo sostener el derecho del niño a tener un origen plenamente humano a través de la concepción adecuada a la naturaleza personal del ser humano. La vida es un don que debe ser concedido de modo conforme a la dignidad tanto del sujeto que la recibe como de los sujetos que la transmiten. Esta aclaración habrá de tenerse presente también en relación a lo que se dirá sobre la procreación artificial*

¹⁶⁸ [“http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html”](http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html)

¹⁶⁹ [“http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html”](http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html)

humana”¹⁷⁰. Existen también otras hipótesis, que en la actualidad son debatidas acerca de su ética y la posible inmoralidad que conllevan, como la de crear humanos sin la intervención de la sexualidad, es decir, mediante la “fisión gemelar” o partenogénesis, o más conocida como clonación. Estas nuevas técnicas deben ser consideradas inmorales, ya que no son compatibles con la dignidad del ser humano, en cuanto a la forma de procreación y al matrimonio.

Dentro de las diferentes técnicas que se manejan en la Reproducción Asistida, debemos referirnos a la criopreservación, es decir, la congelación de embriones, en donde lo que se busca es mantenerlos vivos para ser utilizados posteriormente. Esto sin duda, atenta contra la dignidad, integridad y vida de los embriones humanos, ya que, como señalábamos en los demás casos, se arriesga deliberadamente a la muerte y a daños en la integridad física, y lo más grave, es que se los priva de ser gestados en el vientre materno y se los pone en un estado de limbo en el que son susceptibles otro tipo de lesiones.

*“Algunos intentos de intervenir sobre el patrimonio cromosómico y genético no son terapéuticos, sino que miran a la producción de seres humanos seleccionados en cuanto al sexo o a otras cualidades prefijadas. Estas manipulaciones son contrarias a la dignidad personal del ser humano, a su integridad y a su identidad. No pueden justificarse de modo alguno a causa de posibles consecuencias beneficiosas para la humanidad futura”*¹⁷¹. Para la Iglesia la manipulación debe ser considerada como un irrespeto a la dignidad humana, ya que se está yendo en contra de la integridad e identidad de los individuos.

Una vez que hemos analizado y expuesto diferentes pensamientos sobre lo ético y moral de las distintas técnicas de Reproducción Asistida, debemos adentrarnos en la

¹⁷⁰ “<http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html>”

¹⁷¹ Juan Pablo II (29/10/1983): “Discurso a los Participantes de la 35a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial”; AAS 76 (1984) 391.

causa dentro de la obligación de estas técnicas. Cuando nos referimos a la causa de la obligación dentro de la Reproducción Asistida, estamos hablando del vínculo jurídico.

*“El vínculo es jurídico, en lo cual la obligación difiere de los deberes morales y sociales, pues el ordenamiento jurídico otorga al acreedor medios para forzar al deudor al cumplimiento”*¹⁷². Pero además de contar con estos medios de fuerza, el acreedor cuenta con varios derechos amparados en las mismas legislaciones. En primer lugar, se puede recurrir a la ayuda de la autoridad para obligar al deudor a cumplir con la obligación. En segundo lugar, si se hace imposible que el deudor cumpla con la obligación, el acreedor tiene derecho a que se lo indemnice por los perjuicios ocasionados. Y en tercer lugar, el acreedor cuenta con los derechos auxiliares para conservar la integridad del patrimonio del deudor, y así no pretenda eludir su obligación.

Dentro de este evidente vínculo que surge entre las partes participantes de una obligación, debemos destacar dos características esenciales, que son su excepcionalidad y temporalidad. Se habla de excepcionalidad ya que no es común que dos personas se encuentren ligadas por vínculos jurídicos, ya que, como señala Abeliuk, *“el radio económico de acción del individuo es por esencia limitado”*¹⁷³. Y también decimos que es temporal, porque las obligaciones se contraen para ser cumplidas, es decir, para extinguirse.

Las distintas técnicas de Reproducción Asistida, mientras constituyan una obligación, tengan en su relación jurídica varios sujetos, uno o varios objetos y se funde en una causa, podrán adaptarse y aplicarse con las distintas legislaciones, es decir, podrá en sí aplicar cualquier derecho y podrá hacer cumplir la ley para su beneficio.

¹⁷² René Abeliuk Manasevich (1983): *“Las Obligaciones”*; Editorial Ediar Editores Ltda.; Santiago de Chile, Chile; pág. 61.

¹⁷³ René Abeliuk Manasevich (1983): *“Las Obligaciones”*; Editorial Ediar Editores Ltda.; Santiago de Chile, Chile; pág. 61.

Sin duda, el tema trascendental, recae en la consideración de que tan ético o moral pueden ser estas técnicas de Reproducción Asistida. Obviamente esto dependerá de los distintos puntos de vista, los tipos de enseñanza y hasta del lugar en donde se pretende hacer valer la relación jurídica.

Una vez superado este tema, para quienes lo consideran totalmente ético y moral, la Reproducción Asistida podrá asimilar todos los derechos y obligaciones de los que se contaría en cualquier otro tipo de relación jurídica, adoptaría todas las características de una obligación jurídica.

2.4.1 Renuncia de los Derechos de la Madre

Este tema tiene mucha relación con el que ya analizamos anteriormente de los vientres de alquiler. Dentro de los Estados Unidos tenemos autores que opinan sobre el tema y lo consideran como una procreación colaborativa, y llama la atención el saber que en una sociedad como la norteamericana, donde se prioriza el individualismo de las personas, se trate de interpretar estas técnicas de reproducción como de colaboración y solidaridad, cuando lo que realmente es un contrato comercial, en el que se establecen cláusulas como si se tratara de un contrato de alquiler de cualquier bien. Para poder analizar este tema debemos entender primeramente qué clase de derechos tenemos y si son susceptibles de ser renunciados, y en qué clase de contrato podría ampararse esta modalidad de reproducción.

Para hablar de renuncia de derechos, debemos hacer referencia a lo que señala el artículo 11 de nuestro Código Civil, “*podrán renunciarse los derechos*

*conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia*¹⁷⁴.

Cuando analizamos este señalamiento de nuestra legislación, entendemos que la referencia es exclusiva del derecho positivo. Y dicha referencia nos parece obvia, ya que regula el interés individual basado en las leyes que prima en nuestra sociedad. Entendemos como derecho positivo a la legislación vigente de cada uno de los Estados. Es el conjunto de leyes no derogadas y las costumbres imperantes. Cicerón señalaba acerca del derecho positivo, “*Summa omnia legum*”, que quiere decir, la suma o conjunto de todas las leyes. Se diferencia del Derecho Natural, ya que este es considerado por muchos autores inmutable. El Derecho Positivo en cambio, es considerado variable, ya que es el propio legislador que lo promulga. El Derecho Natural por su parte, es el que está basado en los principios permanentes de lo justo y de lo injusto. *Ulpiano*¹⁷⁵ señalaba “*Jus Naturale est quod natura ovis animalis docuit*”, es decir, derecho natural es el que la naturaleza enseña a todos los animales. “*El derecho natural constituye un verdadero ordenamiento jurídico, con sus mandatos y prohibiciones, independiente de la voluntad humana y de toda reglamentación positiva*”¹⁷⁶. Este derecho tiene su ostentación en la naturaleza humana. Sin embargo, cuando nos referimos a este derecho debemos entender que no solo se trata de la naturaleza de una persona, sino que se refiere a realidades en las que se desarrollan el convivir social. “*El derecho natural es el fundamento del derecho positivo, es decir, éste está subordinado al natural. Dicho derecho sirve*

¹⁷⁴ “Código Civil”: R.O.-S. 46; 24 de junio de 2005.

¹⁷⁵ <http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/personajes/4554.htm>: **Ulpiano**: Formó parte de la burocracia imperial y fue un respetado profesor de derecho en Roma. En el año 222 se granjeó la enemistad del emperador Heliogábalo que decidió desterrar al jurista. La llegada al trono de Alejandro Severo motivó el regreso de Ulpiano a Roma, convirtiéndose en amigo personal del emperador y formando parte del consejo imperial. Su carrera se completó con los nombramientos como prefecto de la *anonna* y prefecto del *pretorio*. Sin embargo, los soldados no vieron con buenos ojos que un jurista les liderara y limitara sus beneficios, por lo que se rebelaron contra él, siendo degollado a pesar del empeño de Alejandro Severo por mantener con vida a su fiel amigo. Dentro del campo jurídico destacan los comentarios “*Ad edictum*” y “*Ad Sabinum*”, siendo incluido entre los cinco juristas más prestigiosos por Teodosio II.

¹⁷⁶ “Diccionario Jurídico Espasa”; Editorial Espasa Calpe, S.A.; Año 2001; Madrid, España; pág. 552.

al ordenamiento positivo de control y límite, y además de complemento, además justifica la existencia y obligatoriedad del positivo, pero no es éste una mera repetición del primero, ya que los preceptos naturales son abstractos, generales y universales, de lo que nace la exigencia de la existencia de un derecho positivo concreto y adaptado a cada sociedad en cada tiempo, incorporando el valor de justicia subyacente en estos principios naturales”¹⁷⁷. También tenemos los derechos fundamentales, que son aquellos que posee el ser humano por el hecho de serlo, basados en su propia naturaleza y dignidad. Son derechos inherentes al ser humano, que deben estar consagrados y garantizados. Y tienen su fundamento en la declaración de derechos fundamentales del hombre en la Carta de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, preámbulo y artículo 1, numeral 3.

En este tema, nos cabe analizar si la renuncia que hace la madre gestante, de los derechos sobre el hijo que ha parido, es posible o no, tomando en cuenta la parte jurídica, ética y moral. No existe dentro de ninguna normativa el derecho de ser madre, pero podríamos considerarlo como un derecho natural, ya que es inherente a la persona y en particular a las mujeres. Hay varios sectores de la doctrina que consideran que la mujer tiene un derecho fundamental a procrear. Y así mismo, se sostiene que dicho derecho, es resultado de otros derechos fundamentales como el de la vida, la integridad física y la libertad. Sin embargo, no existe una normativa, y tampoco en nuestra legislación ninguna declaración que especifique el señalado derecho a ser madre o hasta de procrear. Lo que sí se establece es el derecho a formar una familia, en donde se puede entender implícitamente el derecho a tener hijos.

“En la categoría de derecho humano no entra adecuadamente la simple procreación (derecho a procrear); lo que sí cabe dentro de la categoría de derecho humano es el ejercicio responsabilizado de la función procreativa (derecho a fundar una familia). El derecho de toda mujer a ser madre o es un

¹⁷⁷ “Diccionario Jurídico Espasa”; Editorial Espasa Calpe, S.A.; Año 2001; Madrid, España; pág. 552.

*derecho absoluto, que pueda exigir su cumplimiento al margen de cualquier consideración social, o sin tomar en consideración social, o sin tomar en consideración el bien de otros, o de la sociedad; entre estos bienes merece especial consideración la protección del niño que va a nacer, así como de la familia”*¹⁷⁸. Se puede llegar a afirmar que no existe ningún derecho de la mujer a la procreación. Pero en cambio, sí tiene un derecho al libre ejercicio de la sexualidad, y como consecuencia de esto cabe la posibilidad de procrear. Dicha libertad de la sexualidad está dentro del derecho a la vida privada que tenemos todos los seres humanos, y ésta a su vez, constituye uno de los derechos fundamentales de los que gozamos los seres humanos que es el libre desarrollo de la personalidad. Existen naturalmente legislaciones que protegen esta calidad de madres, y se concentran en la protección del niño que ha nacido, que ha sido concebido o que está por nacer.

Dentro de los Estados Unidos este derecho es considerado como fundamental. Tanto así que, la Corte Suprema ha señalado que *“si el derecho a la intimidad quiere decir algo, significa el derecho del individuo a tomar decisiones sobre sustentar o engendrar una criatura”*¹⁷⁹.

Dentro de este tema podríamos nuevamente caer en la problemática sobre la ética y la moral, ¿hasta qué punto podríamos considerar que renunciar a un hijo es ético o moral?

La controversia con respecto a este tema siempre existirá, pero en cuanto a su legalidad o ilegalidad la ley es clara cuando permite y contempla la

¹⁷⁸ A. Hortal Alonso: *“Aspectos Éticos de la inseminación artificial y la fecundación in vitro humanas”*; presentada a la Comisión especial de estudio de estas cuestiones en el Congreso de los Diputados; pág. 6 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; págs. 41 y 42.

¹⁷⁹ J.A. Robertson (1987): *“Procreative Liberty, Embryonand Collaborative Reproduction”*; ponencia presentada al Coloquium de Derecho Comparado en Cambridge, Reino Unido; pág. 1 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; págs. 37 y 38.

institución de la adopción, en la cual, los padres renuncian a los derechos de sus hijos para cederlo a otra familia. Viéndolo desde ese punto de vista tendríamos un argumento a favor de este tipo de renuncia de derechos. Si lo asimilamos a la institución de la adopción, tendríamos claramente la posibilidad de permitir la renuncia de los derechos sobre el hijo que está por nacer.

Para la autora Mirta Videla *“los convenios con madres alquiladas se hacen dentro del derecho familiar que exime a la madre genitora de los derechos y obligaciones de crianza”*¹⁸⁰. La renuncia de derechos es posible, ya que se asimila a la renuncia que se hace para la adopción. La mujer que da a luz al niño renuncia a sus derechos de madre y cede su custodia a los nuevos padres, permitiéndoles de esta forma, que adopten al recién nacido. Se renuncia al derecho de reconocer al niño nacido, cediéndolo a su vez a una tercera persona, que participa reconociendo al niño, y pasando a gozar de todos los derechos y obligaciones de un padre.

Hablamos de similitudes con la institución de la adopción, siempre que la prestación del vientre se lo haga sin ningún fin comercial, ya que de darse esto último, el fin que persigue la adopción, que es el de brindar protección y cuidado a todos los menores que se encuentran en situaciones de riesgo, estaría siendo transgredida.

Pero para la autora Mirta Videla, asemejar la subrogación con la adopción no es correcto, ya que como señala en una de sus obras *“en la adopción se trata de una “donación libidinal” de la genitora hacia padres deseantes de su presencia, y en la subrogación del vientre se trata de un contrato comercial*

¹⁸⁰ Mirta Videla (1999): *“Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”*; Editorial Ad-hoc; Buenos Aires, Argentina; pág. 150.

donde el menor es una mercadería, exactamente como la compra y venta de niños, convertido actualmente en tráfico internacional”¹⁸¹.

Si nos basamos expresamente en lo que señala nuestro Código Civil, este tipo de renuncia de derechos no está prohibida por la ley, así que legalmente es viable celebrar un contrato de este tipo.

En cuanto a la moralidad o no de este procedimiento dependerá del fin con que la madre subrogante ha prestado su vientre. Es evidente que un fin meramente mercantilista constituye un aspecto inmoral, ya que no está de acuerdo a las buenas costumbres de las personas, además que no es permitido el tráfico de menores en cualquier etapa de su vida. En ciertas circunstancias el fin con el que se pretende prestar el vientre es meramente solidario o altruista, en dichos casos sí podemos entender estas situaciones, ya que no se busca sacar provecho del menor que está dentro del vientre materno. Algunos autores incluso señalan que aceptar un pago por gestar el embarazo y luego renunciar al niño no es ningún crimen. Por otro lado, algunos autores consideran que el crimen no es de los padres sino hacia el menor que está por nacer.

Es complicado hacerse de un criterio, en cuanto a lo ético y moral de estos casos, en donde se crea y se gesta la vida de un ser humano, para luego abandonarlo voluntariamente. Muchos especialistas en minoridad, consideran que este abandonado se asemeja a un aborto a plazo. Si tomáramos en consideración estos pensamientos, nos encontraríamos con que la subrogación, a parte de ser un aborto premeditado y voluntario, es remunerado, lo que lo convierte aún más en un acto de por naturaleza inmoral.

¹⁸¹ Mirta Videla (1999): “Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”; Editorial Ad-hoc; Buenos Aires, Argentina; pág. 154.

2.4.2 Acuerdo No Legalizado

Antes de entrar a analizar este tema debemos señalar lo que se entiende por convención y contrato. *“La convención es un acuerdo de voluntades sobre un objeto de interés jurídico que podrá consistir en crear o extinguir derechos; la tradición, el pago, son convenciones. El contrato es una especie, clase o tipo de convención que tiene por objeto crear derechos personales o créditos. En otros términos, el contrato es la convención generadora de obligaciones”*¹⁸². Podemos decir que es la relación que genera obligaciones entre dos partes.

El acuerdo no legalizado al que nos referimos en este tema, es el contrato que firman las partes y en el que se comprometen a prestaciones mutuas. Dicho contrato debería reunir todas las características y requisitos comunes a todos los contratos. Sin duda alguna, el principal requisito para que el contrato exista, es el acuerdo de voluntades por parte de los intervinientes del mismo. Deben coincidir todas las partes que intervienen en el contrato, y si una no está de acuerdo se lo considerará como un tercero ajeno a la relación en sí.

Según el autor Díez-Picazo *“la idea de contrato puede aplicarse para designar todos los negocios jurídicos bilaterales de derecho privado, abarcando tanto los de derecho patrimonial como los de derecho familiar y sucesiones. Por tanto, para este autor, el acuerdo acerca de una maternidad subrogada será reputado contrato, allende las consideraciones respecto de su licitud o ilicitud”*¹⁸³. Este autor entiende al contrato como el acuerdo que nace de la voluntad de las partes.

¹⁸² Jorge Morales Álvarez (1995): *“Teoría General de las Obligaciones”*; Editorial PUDELECO Editores S.A.; Quito, Ecuador; pág. 21.

¹⁸³ Luis Díez-Picazo / Citado por la autora María Eleonora Cano en su artículo *“Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”* en la página web <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

Por el contrario, otros autores como Eduardo Zannoni y el jurista español Vidal Martínez, un contrato de esta naturaleza estaría contraviniendo todo precepto moral y contrario a las buenas costumbres.

Inclusive Vidal Martínez, señala que un contrato así atentaría contra la propia ley, ya que la legislación española señala que “*las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato, determinando, por ello, la nulidad del mismo*”¹⁸⁴.

Anteriormente habíamos señalado los sujetos que intervienen en este tipo de contrato, tomando en cuenta la teoría general de las obligaciones. Según lo indicado por Vidal Martínez, en este contrato de objeto ilícito participan tres partes: la pareja contratante, la mujer que alquila su útero, y el personal médico encargado de implantar y hacer fecundar el embrión dentro del útero.

Por otro lado, además de la voluntad de las partes, debe siempre existir un objeto por el cual se da, se hace o no se hace algo. Dicho objeto deberá cumplir las características de toda obligación, es decir, ser determinado, posible, lícito y personal al deudor. La determinación es indispensable, sobre todo en cuanto al género y a la cantidad, aunque el objeto no sea necesariamente individualizado. De esta manera, son permitidas las obligaciones de especie o cuerpo cierto y las obligaciones de género. “*El objeto debe ser posible; ésta es una aplicación del antiguo aforismo: imposibillum nulla obligatio (lo imposible no conlleva ninguna obligación)*”¹⁸⁵. Para que esta posibilidad se de, es necesario que el objeto exista al momento en que se celebra el contrato, aunque también pueden ser objeto de las obligaciones las cosas futuras o que al menos se espera que

¹⁸⁴ Jaime Vidal Martínez (1988): “Las nuevas formas de Reproducción Humana”; Editorial Civitas; Madrid, España; pág. 180 / Citado por la autora María Eleonora Cano en su artículo “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada” en la página web <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

¹⁸⁵ Jorge Morales Álvarez (1995): “Teoría General de las Obligaciones”; Editorial PUDELECO Editores S.A.; Quito, Ecuador; pág. 90.

existan. Cuando la obligación es de hacer algo, es necesario que el objeto sea física y moralmente posible. Se considera como físicamente imposible a los que son contrarios a la naturaleza, por el otro lado, son moralmente imposibles todos los que sean prohibidos por las leyes o contrarias a las buenas costumbres o al orden público.

El objeto es ilícito cuando contraviene las normas establecidas por la ley. La ley prohíbe ciertos actos por razones de moralidad, justicia o conveniencia pública. Si el objeto de la obligación contraviene alguno de estos actos prohibidos por la ley, se convierte en un objeto ilícito y contrario a la ley. Puede también ser objeto ilícito el someterse dentro del Ecuador a otras jurisdicciones no reconocidas por el mismo; la prohibición de todo pacto sobre futuras sucesiones; la enajenación de cosas que no están en el comercio (cosas consagradas al culto divino, los bienes nacionales de uso público, etc.); enajenación de derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona (derecho de alimento, derechos reales de usufructo, uso y habitación); enajenación de cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice, o el acreedor consienta en ello; enajenación de las cosas que se encuentran dentro de un litigio, y donde no existe ningún permiso por parte del juez; condonación del dolo futuro; y, las deudas contraídas en juego de azar, en venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas y estatuas obscenas, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de prensa.

El objeto además deberá ser personal, ya que nadie puede estar obligado por algo que no haya consentido personalmente o por intermedio de un representante o mandatario.

Una vez expuestas las características y requisitos que debe cumplir cualquier contrato, podemos ver que el contrato que nos compete, no es

prohibido, ya que no es contrario a la ley; en cuanto al orden público y a las buenas costumbres, es un tema complicado y muy a parte, ya que esto depende mucho de la sociedad en la que nos desenvolvemos y muchas veces de influencias ajenas a nuestros países.

La moral y ética de una sociedad dependen mucho de su estilo y tipo de vida, no se puede condenar un acto como inmoral sin conocer realmente los fundamentos y motivaciones que llevan a realizarlos. Lo que para una persona puede ser inmoral, para otras puede no serlo. Lo mismo ocurre con las buenas costumbres, existen lugares en que se suelen realizar cierto tipo de actos y son considerados como normales o cotidianos, pero que en otros lugares serían condenados por la opinión pública.

“El pacto en cuestión no podrá ser reputado como locación en virtud de que el cuerpo humano o parten del mismo no constituyen una cosa. En este sentido, opinan Medina y Erades que el útero, en su calidad de componente no regenerable del cuerpo humano, se encuentra fuera del comercio. No obstante lo cual, resaltan que la disposición del mismo es un derecho personalísimo y, por ello, relativamente disponible y, en este sentido, el consentimiento tornaría lícito el acto siempre que no se vulneren la moral y el orden público. Sin embargo, agregan las autoras, lo que si es indisponible e irrenunciable es el derecho a la patria potestad dado anticipadamente por la gestante”¹⁸⁶. Este tipo de contrato sería considerado como uno de prestación de servicios, pero en este caso, según lo que afirman estas autoras, el objeto tendría un contenido ilícito, y por lo tanto, nos encontraríamos con que ninguna de las partes está en facultad de exigir a la otra el cumplimiento de la obligación, ni de exigir la devolución del dinero pagado anticipadamente.

¹⁸⁶ Graciela Medina – G. Erades. “Maternidad por otro. Alquiler de Úteros”; Santa Fe, Colombia; pág. 8 / Citada por la autora María Eleonora Cano en su artículo “Breve Aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada” en la página web <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

Si consideraríamos este acuerdo como gratuito, tampoco podríamos encajarlo en ninguna especie, por lo que estaríamos en la presencia de un contrato innominado.

Si estas técnicas, y particularmente el alquiler de vientres, fueran aceptadas legalmente en nuestro país, el acuerdo al que llegarían las personas que quieren someterse a alguna de las técnicas de Reproducción Asistida con los médicos, constituiría una obligación para prestar los medios, más no de resultados, ya que ninguna de estas técnicas es cien por ciento efectiva, de tal manera que no sería posible exigir, ni responsabilizar al equipo médico, si es que el procedimiento no surte el efecto ni el resultado esperado, siempre y cuando este último hubiera demostrado que actuó con profesionalismo, diligencia y utilizando toda la tecnología a su alcance. De todas maneras, los médicos deberían ser sancionados por la responsabilidad que tuvieran en el daño físico, de salud o incluso en el fallecimiento de las madres o los recién nacidos, si se comprobara que actuaron con negligencia.

Este acuerdo o contrato que firman las partes intervinientes en la maternidad por subrogación, sería clasificado como innominado, ya que presenta características particulares, diversas y distintas a cualquier otra clasificación conocida.

En los países en donde se permite este tipo de contrato, existen cláusulas que prohíben el aborto, y si fuera éste necesario, se deberá verificar que el feto sufre alguna dolencia o malformación. Además se hacen señalamientos para el cuidado del embarazo y para evitar que el feto sufra algún tipo de daño físico.

Estos contratos también representan gastos económicos, ya que se señalan desembolsos que deben hacerse en cuidados especiales para la embarazada, el

valor final que se da en retribución por la prestación temporal del útero, y además el valor que se deberá cancelar a la agencia que sirvió de intermediaria. Sin embargo, la obligación más importante de este contrato es la entrega final que se hace del niño, objeto totalmente ilícito, si consideramos que nuestra Constitución Política de la República consagra en sus artículos 49 y 50, los derechos y protecciones de las que cuentan los grupos vulnerables, entendiendo a los menores como uno de estos.

En el artículo 49 se señala: *“Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten.*

*El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas, de conformidad con la ley”*¹⁸⁷.

Por otro lado el artículo 50, en sus numerales 4 y 5 indica: *“El Estado adoptará las medidas que aseguren a los niños y adolescentes las siguientes garantías:*

... 4. Protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas.

*5. Prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia...”*¹⁸⁸.

¹⁸⁷ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

¹⁸⁸ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

El autor Lledo Yague, considera que en este tipo de contratos, *“la nulidad de este tipo de pactos acarreará la necesidad de resolver los conflictos que del mismo derivan acudiendo a los principios generales aplicables a las obligaciones naturales. De manera tal que, si ha habido restitución no podrá exigirse lo pagado”*¹⁸⁹. Para un gran sector del derecho y la doctrina, este tipo de contrato contraviene los más elementales preceptos del orden público; y dentro de nuestro ámbito, atenta también nuestra legislación, al no respetar la dignidad y el valor del ser humano. En conferencias celebradas en las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, celebradas en San Juan en 1989, se llegó a señalar que: *“la disposición del propio útero en orden a la maternidad por otro, es contraria a la moral y al orden público”*. Así mismo, en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros realizadas en 1992, los Dres. Bueres, Bossert, Gesualdi, Cifuentes y Kaller de Orchansky, coincidieron en señalar que esta nueva técnica o práctica de la maternidad subrogada no debe considerarse ilícita. Sin embargo, afirmaban su desacuerdo por la ineficacia del contrato, en cuanto a la filiación y al pago por la prestación de un servicio.

Por su parte los Doctores Nuñez, Noutel, Pereira, Tanzi, Lombardi, López Cabana, Loyarte y Rotonda, coincidieron en señalar que este tipo de contrato es ineficaz, ya que viola los límites de la autonomía de las personas y contienen un objeto y causa ilícitos. Muchos autores coinciden en que no cabe hablar de este tipo de contrato, y así también lo indica la Ley que Regula las Técnicas de Fecundación Asistida promulgada en España, ya que en su artículo 10, numeral 1 señala que *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la*

¹⁸⁹ F. Lledo Yague (1987): *“La Genética Actual y el Derecho de Familia”*; Rev. Tapia; pág. 47 / Citado por la autora María Eleonora Cano en su artículo *“Breve Aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”* en la página web <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

*gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero...”*¹⁹⁰.

El autor Roberto Suárez Franco considera que “los convenios o contratos sobre maternidad subrogada o sustituta mediante los cuales una mujer arrienda su vientre, en nuestro medio adolecerán de objeto lícito, por cuanto las prestaciones a que dan origen son contrarias a la ley; al fin y al cabo “los negocios jurídicos relativos al derecho de familia están sustraídos a la voluntad de las partes, por el interés público, por los fuertes imperativos éticos y la función social que los preside, de tal manera que las renunciaciones, transacciones etc., quedan como regla general prohibidas en las relaciones de Estado familiar””¹⁹¹. Este autor entiende que estos contratos no son lícitos ya que no se puede hablar de renunciaciones y transacciones en las relaciones familiares.

Por otro lado, el autor Gustavo Bossert, “admite la licitud de este pacto cuando el mismo es gratuito, desconociendo, sin embargo, acción a los contratantes para reclamar el niño; siendo la obligación de quien presta su vientre de tinte puramente natural y, en consecuencia, no exigible judicialmente”¹⁹². Otras corrientes de la doctrina en cambio aceptan al ser un acuerdo gratuito, no obstante niegan la acción de reclamo del cual podría querer pretender la madre que presta el vientre.

¹⁹⁰ “<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/EspaniaLeyRep.html>”: “Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida”; Art. 10.

¹⁹¹ CONGRESO DE DIPUTADOS DE MADRID (1987): “Comisión Especial de estudios de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas”; Madrid, España; pág. 90. / Citado por el autor Roberto Suárez Franco en su obra “Derecho de Familia. Tomo II. Filiación. Régimen de los incapaces. Tercera edición”; Editorial Temis S.A.; Santa Fe de Bogotá, Colombia; 1999; pág. 42.

¹⁹² Carlos A. Parellada (1991): “Una aproximación del derecho de daños frente al manipuleo genético”; pág. 425 / Citado en la página web <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

2.4.3 Filiación

Anteriormente ya nos habíamos referido a la filiación y a su concepto; y es así que entendemos a la filiación como la relación que tienen los padres con respecto a sus hijos. Es una relación de consanguinidad que tienen y los une.

Si nos basáramos en los que nos señala la ley, entenderíamos a la filiación, como la relación entre padre y madre con su hijo. Entendiendo como madre a la mujer que ha dado a luz a un niño y padre a la pareja. El conflicto se da cuando la filiación se presenta en distintas circunstancias, o cuando es disputada por varias personas. La ley se encuentra en un dilema al no poder dar una solución clara a este caso.

Dentro de las distintas técnicas de Reproducción Asistida, la filiación se presenta diversa y se presta a un amplio análisis. Las variantes que se presentan de acuerdo a la técnica seleccionada, nos muestra distintas opciones y posibilidades, que dependerá del número de intervinientes.

Para un sector amplio del derecho y la ciencia no cabe ningún conflicto con respecto a este dilema, porque para ellos madre es quien ha parido a un niño. Sin embargo, otro sector del derecho y la ciencia, considera que madre es la que realmente ha aportado física y psicológicamente, entendiendo este último como la intención y el deseo de tener un hijo.

Si nos dejáramos llevar tan solo por las leyes, entenderíamos que la filiación es la que existe entre el niño recién nacido y la mujer que lo ha parido, pero no siempre esta característica define la filiación, ya que ¿cómo consideraríamos a la mujer que ha aportado con los embriones, el material genético o inclusive el útero?, ¿al hombre que ha aportado con sus embriones y con el semen?, y ¿al donante anónimo?. Nuestra legislación carece de una

regulación en este tema, lo que hace imposible regular la filiación, las relaciones de familia, e inclusive los casos de sucesión.

Este conflicto nos hace retomar brevemente la idea que habíamos analizado anteriormente, sobre el “derecho” que tiene la mujer a tener hijos y del hombre en general para reproducirse.

“Afirma Rabinovich-Berkman -refiriéndose a la posible influencia de la vieja cultura latina y del derecho romano en la civilización del siglo XX y, especialmente, en el llamado “derecho al hijo” invocado como justificación para acceder a las técnicas de procreación asistida- que: “... el argumento principal que sostiene “el derecho de los padres a la fecundación” es fundamentalmente genético: no se trata del derecho “a tener un hijo” en sentido amplio, jurídico y/o psicológico (que podría satisfacerse mediante la adopción), sino de un hijo “propio”, entendiéndose por tal al que posea los cromosomas de sus padres, o al menos de uno de ellos”¹⁹³. En la antigüedad la maternidad se limitaba a la aportación del vientre, tan solo como un recipiente ideal para que se lleve a cabo la gestación del niño. El útero aportado por la madre tenía como fin almacenar la sustancia biológica, en cambio, se consideraba que el semen aportado por el varón era el único agente activo portador del sangüis. Esta idea dio origen al dicho que la madre “porta, pero no aporta”. En la actualidad, esta idea ha sido olvidada, y se reconoce la extraordinaria aportación genética de la mujer. No obstante, esta misma idea ha desembocado en considerar que la función primordial de la mujer ya no es la gestación, y por esto ha surgido evolucionado, el derecho de poder tener y gestar niños fuera del vientre materno. “También han sido transformados los paradigmas que regían las relaciones entre padres e hijos. En la antigüedad, la autoridad paterna reconocía un derecho de vida y muerte sobre sus descendientes; la institución de la adopción se basaba fundamentalmente en la necesidad de dar

¹⁹³ Ricardo Rabinovich-Berkman (1999): “Bioderechos”; Dunker; Buenos Aires, Argentina; pág. 79 y ss. / Citado en la página web <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

“hijos” a los efectos de continuar el culto familiar”¹⁹⁴. En la actualidad todas las legislaciones, tienen como objetivo primordial el interés superior de los menores, cuidándolos inclusive desde su concepción. Para confirmar la idea del interés superior del menor, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1 reconoce la “... protección de la vida desde la concepción...”, y en su artículo 11 señala que “...reconoce la protección de la honra y de la dignidad de toda persona...”. Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño señala y enfatiza en el reconocimiento a la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Igualmente nuestra legislación reconoce lo señalado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que reconoce a la persona que está por nacer como sujeto de derecho. Y como resultado de esta consideración, la vida del menor es protegida desde el momento de la concepción, sin hacer ninguna diferenciación sobre si la gestación se la realiza dentro o fuera del seno materno. De este reconocimiento que hace nuestra legislación, nacen varios derechos propios de cada individuo, tal como lo señala la autora Catalina E. Arias de Ronchietto “...identidad genética, propiedad del patrimonio genético, determinación de la paternidad y maternidad, a no ser discriminado por no nacido o por enfermo y a la integridad personal, a nacer en el propio tiempo en el que fue gestado...”¹⁹⁵. Otra circunstancia particular se da en la actualidad, con la cada vez más utilizada criopreservación de embriones. Este tipo de casos puede alterar varias instituciones del derecho, ya que afecta al orden preestablecido de la filiación, la adopción, sucesión, etc.

En el caso de la filiación, ya hemos dicho que pueden presentarse varios conflictos por la diversidad de actores que pueden darse. En cambio en la

¹⁹⁴ “<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>”

¹⁹⁵ Catalina E. Arias de Ronchietto: “Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones criopreservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre”; Conf.; E.D. T 188-993 / Citado en la página web <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

adopción puede presentarse, siempre y cuando se la considere como un caso similar.

En cuanto a la sucesión el orden establecido se modifica considerablemente en los casos en que se utilizan embriones criopreservados y son utilizados luego de que el donante ha muerto. También puede darse el caso de gemelos con diferencia de años como resultado de la criopreservación.

Como consecuencia de estas modificaciones del orden establecido, se hace necesario un estudio y análisis evolutivo, actual y real de lo que hasta la actualidad entendemos como transmisión lineal, genealógica, de filiación, de familia y del orden de sucesión.

En el pasado la determinación de la filiación no era tan complejo como en la actualidad, ya que anteriormente este estado se lo determinaba en base a las relaciones sexuales de la pareja. El único inconveniente que podía producirse era el desconocimiento de las relaciones sexuales que podían haber dado origen a determinados nacimientos. Se daba por la dificultad de determinar el verdadero origen de la fecundación. Posteriormente ya estas dificultades fueron siendo superadas con determinadas pruebas biológicas que podían demostrar quien era el hombre causante del embarazo. Mientras que la maternidad es demostrable a través de la mujer que dio a luz al niño, la paternidad se la demuestra por la aportación del semen. Esto nos lleva a concluir que la maternidad se basa en una razón biológica, en tanto que, la paternidad de basa en una razón genética.

La institución de la filiación ha ido sufriendo cambios debido a la evolución de las ciencias médicas y también de las ciencias jurídicas. Para los autores Colin y Capitant, *“la filiación es el elemento determinante del parentesco. Son parientes las personas que descienden unas de otras o de un*

tronco común que constituye el parentesco en línea recta y colateral”¹⁹⁶. Para cierto sector de la doctrina la filiación, no es tanto de carácter biológico sino que constituye una realidad social, afectiva y educacional. *“La filiación es una relación fundamentalmente jurídica y los términos de paternidad, filiación, padre, hijo, expresan sobre todo categorías jurídicas estructuradas sobre papeles culturales”*¹⁹⁷. La maternidad es determinada por el parto, es decir, que es madre quien ha dado a luz a la criatura.

En la actualidad las técnicas de Reproducción Asistida permiten que una mujer pueda dar a luz un niño gracias a la implantación de embriones conseguidos a través de la donación de óvulos, ya sea con el fin de ser madres o para servir de vientre de alquiler y luego ceder el niño. Estas nuevas situaciones enfrentan varias concepciones que se tienen sobre la maternidad, porque se ven confundidas a su vez, la maternidad genética, biológica y jurídica.

Las nuevas situaciones que nos presentan las técnicas de Reproducción Asistida pueden entrar en conflicto al momento de la determinación de la maternidad, como en el caso cuando la mujer es casada, se entiende que el padre de la criatura es el marido de quien ha dado a luz, pero esta presunción puede admitir prueba en contrario, ya que no basta con estar casado con la mujer que ha dado a luz para ser considerado como el padre de la criatura. Por otro lado, estas nuevas técnicas, tampoco confirman la no paternidad, como en los casos de criopreservación de embriones o en la fecundación post mortem, que pueden darse posterior a la separación del marido, al padecimiento de impotencia o incluso a la muerte del individuo.

¹⁹⁶ Colin y Capitant (1953): “Cours élémentaire de Droit Civil Français, Tomo I, II”; Editorial Librarie Dalloz ; París, Francia ; pág. 247 / Citados por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra “La Fecundación In Vitro y la Filiación”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; pág. 105.

¹⁹⁷ Luis Díez-Picazo (en colaboración): “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro”; op. cit.; pág. 25 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra “La Fecundación In Vitro y la Filiación”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; págs. 105 y 106.

Ahora más que nunca rige el principio *pater est quem sanguis demonstrant* (padre es quien demuestra la sangre), ya que la paternidad debe ser comprobada mediante pruebas biológicas que concluirán en demostrar la coincidencia entre la paternidad legal y biológica. Sin embargo, este principio tiene su excepción, ya que puede darse el caso de que los embriones puedan ser donados, y en muchos de los casos por donantes anónimos. En estos casos, ¿a quién correspondería la paternidad, al marido de la mujer que da a luz o al donante de los embriones?. Las nuevas técnicas de Reproducción Asistida hacen entender la diferenciación que debe existir en la actualidad entre padre y progenitor. “Padre es aquel que asume voluntariamente dicha función social, aunque genéticamente no lo sea, y progenitor el que aporta el material genético “sin pretender ninguna relación jurídica filiacional con el ser que nazca producto de su donación de gametos”¹⁹⁸”¹⁹⁹. En esta nueva ola de determinación de la filiación, juega un papel muy importante la voluntad del marido o compañero de la mujer que se va a someter a dichos tratamientos y técnicas. La paternidad será determinada en base a ese consentimiento. Suponiendo y adoptando esta última variante, entenderíamos que el hecho biológico que anteriormente determinaba la paternidad, ha sido superado por el simple consentimiento de la persona para atribuirse la paternidad. Podríamos entonces deducir, que la voluntad del marido o compañero de la mujer que se somete a estas técnicas, es más importante inclusive que la misma aportación o donación embrionaria y genética. En definitiva la voluntariedad o deseo de responsabilidad del hombre es el elemento primordial para poder determinar la paternidad.

El informe de la *Comisión Warnock*, en su recomendación 51 señala que “los niños concebidos por IAD deben ser contemplados por la Ley como

¹⁹⁸ F. Lledo Yague “Fecundación artificial y Derecho”; op. cit., pág. 24 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra “La Fecundación In Vitro y la Filiación”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; pág. 110.

¹⁹⁹ Maricruz Gómez de la Torre Vargas (1993): “La Fecundación In Vitro y la Filiación”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; pág. 110.

*hijos legítimos de sus madres y de los maridos de éstas, cuando ambos hayan prestado su consentimiento*²⁰⁰. Así mismo, en la recomendación 54 indica que *“La Ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre”*²⁰¹. Es coherente pensar, y así recomienda y opina la mayor parte de la doctrina y la ciencia, que el consentimiento de ambos integrantes de la pareja sea esencial para la determinación de la paternidad. Ya que se entiende que el niño es hijo de la persona que ha consentido en que su mujer se someta a una de estas técnicas de Reproducción Asistida. Incluso un sector de la doctrina considera que para que una mujer se someta a estas técnicas deberá obtener el consentimiento de su marido o compañero, con fines de determinar la filiación y paternidad futuras. Debemos recalcar que dicho consentimiento del marido o pareja, debe ser hecho de forma voluntaria, conciente y formal. Contrariamente a lo que se viene sosteniendo, hay autores como *Delgado Echeverría*²⁰², que consideran la voluntad o intencionalidad del hombre irrelevante en la determinación de la paternidad; por el contrario el autor Labrusse-Riou considera que *“la filiación no puede establecerse respecto a un individuo cuya donación no implica ninguna intención de paternidad”*²⁰³. No obstante estos criterios encontrados, tenemos que referirnos a un caso en particular, que se da en la Reproducción Asistida mediante donación de semen. En este caso, ni el solo consentimiento del marido o pareja, ni la sola donación del semen no es suficiente para que se produzca la fecundación. Además de estos sucesos debe existir la voluntad de una tercera persona, es decir, del médico que es quien lleva a cabo los preparativos para el inicio de los tratamientos (sin tomar

²⁰⁰ [“http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html”](http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html): *“Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana”*: Recomendación 51.

²⁰¹ [“http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html”](http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html): *“Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana”*: Recomendación 54.

²⁰² J. Delgado Echeverría: *“Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde”*; op. cit.; pág. 212 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; págs. 116 y 117.

²⁰³ C. Labrusse-Riou: *“Don et utilisation de sperme et d’ovocytes. Le point de vue de un juriste”*; op. cit.; pág. 270 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; pág. 116.

en cuenta que son los biólogos quienes realizan el proceso dentro de un laboratorio), y quien selecciona los mejores elementos embrionarios para que la fecundación surta efecto. Dentro de la donación de semen, cabe distinguir dos casos distintos, ya que dependerá de si el donante del semen tan solo ha aportado sin la intención de ser padre y se despreocupa de su destino, o si la aportación la ha hecho dirigida a una mujer en específico. El primer caso ya lo analizamos y vemos que la falta de voluntad e intencionalidad de paternidad lo hace desatenderse del mismo, por lo que no sería obligado a asumir la paternidad. En este caso el hombre no tiene la intención de tener un hijo y tampoco lo quiere tener con una mujer específica. El segundo caso es distinto, ya que la voluntad del individuo es la misma como si quisiera unirse sexualmente con la mujer para tener un hijo. Incluso dicha voluntad e intención es mayor, ya que va dirigida exclusivamente a fecundar a la mujer, dejando de lado el aspecto sexual que caracteriza a la copulación.

El informe de la *Comisión Warnock* en su recomendación 52 determina que *“debe modificarse la Ley de tal manera que el donante de semen carezca de derechos y deberes paternos respecto al hijo”*²⁰⁴. Apoya esta idea el Proyecto preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las Técnicas de Procreación Artificial del Consejo de Europa (C.A.H.G.E.) en su artículo 2, numeral 2 donde se señala que *“Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial. Ningún procedimiento por manutención podrá ser dirigido contra un donante o por éste contra el niño”*²⁰⁵.

“La atribución de la paternidad, en la fecundación natural, nace del elemento genético y de la responsabilidad masculina en la procreación, al

²⁰⁴ [“http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html”](http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html): *“Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana”*: Recomendación 52.

²⁰⁵ CONSEJO DE EUROPA (1984): *“Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las Técnicas de la Procreación Artificial”*; Art. 2.

haberse realizado el acto necesario para desencadenar ésta. En la fecundación asistida, dicha atribución nace del consentimiento prestado por el marido para que se realice una FIVTE a su mujer o del consentimiento y reconocimiento prestado por el conviviente”²⁰⁶. Podemos concluir señalando que la paternidad dependerá entonces de la voluntad y consentimiento del marido, pareja o donante, tanto para que se le aplique a su mujer alguna de las técnicas de Reproducción Asistida, como para querer la fecundación y hacer valer sus derechos y obligaciones de padre. Por otro lado, luego de haber analizado la paternidad, debemos señalar que la maternidad hasta antes de que aparezcan todas estas nuevas técnicas de Reproducción Asistida no presentaba mayor inconveniente, ya que su determinación era simple y dependía del parto. El principio que se tomaba en cuenta era el de *mater semper certa est*, es decir, que la maternidad era un hecho cierto. La determinación de la maternidad legal dependía del parto, debidamente acreditado y posteriormente por la identidad del niño. La maternidad presupone la aplicación de la regla del *partus sequitur ventre*, ya que se sobreentiende la identidad de la mujer que aporta con el óvulo, sobrelleva el embarazo y da a luz.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia dada el 13 de junio de 1979 señalaba que la maternidad es determinada en el momento mismo del nacimiento. Con lo complejo que se presenta ahora la determinación de la maternidad, el autor J. Lejeune señala que: *“Si siempre se ha podido tener una duda acerca de la paternidad en ciertos casos, no podría haberla nunca acerca de la maternidad después de haber asistido a un parto. Ahora vemos que este lazo puede ser totalmente roto, por lo menos en algunos casos particulares... Temo incluso que, el hecho de entrar en posesión de esta técnica, puede contribuir a la ruina del buen sentido natural y del respeto que tenemos por los*

²⁰⁶ Maricruz Gómez de la Torre Vargas (1993): *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; pág. 120.

seres humanos”²⁰⁷. Con estas nuevas técnicas, la maternidad se vuelve más compleja, ya que puede presentar circunstancias y casuísticas muy distintas a las normalmente conocidas. El caso más complejo se presentaría en la Fecundación In Vitro con donación de óvulo y posterior implantación de embriones en el útero de la mujer. En este caso en particular, existe conflicto en la determinación de la maternidad en la prueba del parto, ya que se presenta la interrogativa de ¿quién es la madre, la que aporta con el óvulo o la que recibe el embrión, sobrelleva el embarazo y da a luz al niño?. El conflicto se da en el momento en que no se puede determinar la maternidad entre la madre genética y la madre gestante, ya que en ambos casos existe el deseo de ser madre.

La determinación de la filiación del hijo puede presentarnos varios casos que dependerá, obviamente de la técnica utilizada y del número de intervinientes en la relación y el tratamiento. La mayoría de los conflictos se producen como resultado de la utilización de la Fecundación In Vitro.

Puede darse el caso que el embrión se implante directamente en el útero de la mujer, siendo la fecundación originada por el espermatozoide y el óvulo de la misma pareja. En este caso, no se presenta mayor problema, ya que coincide perfectamente la identidad entre paternidad genética y legal y entre maternidad genética y biológica. Este mecanismo se diferencia de la relación copular, únicamente en la falta de relación sexual. La filiación del menor en este caso, es matrimonial, si la pareja se encuentra casada. Es considerado matrimonial ya que el marido es progenitor y padre. Esta filiación es determinada en el momento en que el marido consiente en que se realice sobre su mujer una de las técnicas de Reproducción Asistida, además de la inscripción en el correspondiente Registro Civil, del nacimiento y el matrimonio de la pareja. Dentro de este caso, debe

²⁰⁷ J. Lejeune (1987): “Manipulaciones de la reproducción humana, en Deontología Biológica”; Facultad de Ciencias–Universidad de Navarra; Pamplona, España; pág. 361 / Citado por el autor N. López Moratalla en la página web http://www.zur2.com/fp/otras_public_procu

tomarse en cuenta si el matrimonio se lo realizó antes, durante o después de la realización de unas de las técnicas de Reproducción Asistida. Si el tratamiento se lo hizo antes del matrimonio debe utilizarse la regla de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio. Si el niño nace dentro de este período, entonces se inscribirá la paternidad matrimonial. Pero si el tratamiento se lo hizo luego de la separación o disolución del matrimonio de la pareja se debe usar la regla de los trescientos días. Si existía consentimiento por parte del marido y el nacimiento se da dentro de ese período entonces la paternidad será matrimonial.

Otro caso especial puede darse cuando una parte de los embriones se criopreservan porque no se los puede utilizar en la misma sesión. Si luego de esto, la mujer se separa de su marido y aún así quiere ser madre podrías solicitar que se le implantaran dichos embriones congelados. En este caso el autor Moro Almaraz señala que *“en los casos en que de una fecundación in vitro resulte un número alto de embriones, los cuales no podrán ser transferidos de una sola vez, deberán expresar por escrito ambos cónyuges su intención sobre ellos, dar el consentimiento para una donación-adopción, expresar el deseo de que en otro momento la pareja intentará un nuevo embarazo o bien se reservan para el caso de que no se consiga en el primer momento de la implantación”*²⁰⁸. Del criterio del autor, se desprende la idea que los intervinientes son quienes decidirán el destino de los embriones.

Otro caso se da cuando la pareja ha consentido en que la mujer se realice un tratamiento de Reproducción Asistida pero no se encuentran casados. Esta filiación del hijo será no matrimonial. Lo que determina esta filiación es el consentimiento del varón y la posterior inscripción en el Registro Civil del nacimiento.

²⁰⁸ M.J. Moro Almaraz: *“Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro”*; op. cit.; pág. 287 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; pág. 126.

Además puede darse el caso cuando la fecundación in vitro se hace con el óvulo de la mujer pero con el semen de un donante que no es el marido ni la pareja, y se lo implanta en el útero de la primera para que realice la gestación. Aquí se da el conflicto en la paternidad, ya que no existirá identidad entre la paternidad genética y la paternidad legal, la primera correspondiente al origen de los gametos, y la segunda debido al matrimonio. En este caso se presume que el hijo es del marido porque nace dentro del matrimonio o antes de los trescientos días contados desde la disolución del contrato matrimonial, por lo tanto, el hijo tendría una filiación matrimonial. Y debido a su consentimiento en la aplicación de esta técnica, ninguna de las partes puede impugnar su filiación matrimonial. Se entiende que el hijo es matrimonial porque nace durante el matrimonio de la pareja, que previamente consintió en la aplicación de la técnica aplicada.

El autor Lacruz considera que *“el consentimiento que presta el marido para que se realice la FIVTE con donante a su cónyuge supone la aceptación de un vínculo paterno-filial, fundado sobre el matrimonio con la madre y la asunción de responsabilidad correspondiente frente al hijo”*²⁰⁹. Este autor da gran importancia a la aceptación que hace el marido o pareja para hacerse cargo del hijo que está por nacer, adoptando de esta manera la paternidad.

Igualmente se aplicará la regla de los ciento ochenta días si la técnica fue realizada antes de la celebración del matrimonio, determinando así la filiación matrimonial. En este último caso, si la pareja no se encuentra casada, el consentimiento del varón sirve como un reconocimiento anticipado del menor. De esta manera, la filiación es no matrimonial debido al consentimiento e inscripción del nacimiento en el Registro Civil.

²⁰⁹ J. L. Lacruz Berdejo: *“Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes”*; cit.; pág. 10 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; págs. 131 y 132.

Otro caso que se puede presentar es la de la mujer soltera que se somete a una de las técnicas de Reproducción Asistida. En este caso la filiación del niño será no matrimonial y deberá ser inscrito como tal y no tendrá padre.

Un caso singular es el de la fecundación que se da con los gametos del marido o varón de la pareja y además existe donación de óvulos para luego ser insertados dentro de la mujer para que se encargue de la gestación del niño. En este caso, existe identidad entre la paternidad genética y legal, más no entre la maternidad genética y biológica. La filiación aquí será determinada por el parto, ya que las distintas legislaciones entienden como madre a la mujer que da a luz a una criatura. Si la mujer a la que se le inserta los óvulos se encuentra casada, entonces la filiación en este caso particular será matrimonial, siempre y cuando hubiere existido el consentimiento libre y voluntario de ambas partes. La maternidad siempre deberá ser presumida por el hecho del parto. Se determina la filiación desde el momento del nacimiento del niño.

También puede darse el caso en que a la mujer se le implante un embrión donado para que esta se encargue de la gestación. Aquí no existe identidad en la paternidad y maternidad genética, tan solo existe maternidad de gestación. En este tipo de caso la filiación será matrimonial si la mujer se encuentra casada, y no matrimonial si no lo está.

La maternidad y paternidad quedará determinada en base al consentimiento libre, voluntario y por escrito de ambas partes, la primera para que se le aplique una de estas técnicas, y el segundo para que a su mujer se le realice este tipo de tratamiento.

Finalmente se presenta el caso de las madres sustitutas. En este caso la filiación también se presenta conflictivo ya que dependiendo las circunstancias pueden darse tres supuestos. El primer caso, en donde la pareja decide aportar

con su embrión, para luego introducirlo dentro del útero de la madre sustituta para que se encargue de la gestación. Aquí el conflicto se da ya que no se sabría quien es la madre de la criatura, ya que no existe identidad entre la madre genética y la madre biológica. El segundo caso, cuando la madre sustituta es la que aporta con el óvulo para fecundar el semen del marido o varón de la pareja que la contrata. Aquí se confunden la maternidad gestacional con la biológica, y lo que se estaría haciendo es la venta del hijo que está por nacer. Y el tercer caso, en donde a la madre sustituta se le introduce embriones de una tercera mujer donante que no tiene relación alguna con la pareja contratante. Aquí se presentan tres diferentes maternidades, una genética, otra biológica y finalmente una que pretende ser legal. Obviamente en este caso no existe identidad entre la maternidad de la mujer que aporta con los embriones y la se encarga de la gestación. Este particular caso dependerá de la consideración que se le de al contrato de subrogación, es decir, que dependerá de si es aceptado o no como válido. Si el contrato es aceptado como válido, la filiación del menor estará determinada por el contrato pactado por las partes, por lo tanto, la paternidad y maternidad será de los contratantes, y la madre sustituta no tendrá ningún derecho sobre el menor, y la filiación será matrimonial o no matrimonial dependiendo si la pareja se encuentra casada o no. Puede también determinarse la filiación si se considera al contrato de subrogación como paso previo para la adopción del menor. De ser así, en el contrato la madre sustituta renuncia a todos los derechos sobre el menor, otorgando la custodia al padre biológico, para que luego la esposa de éste lo adopte como suyo. La paternidad se establece en el momento de la inscripción del menor como hijo no matrimonial. Si es que el contrato de subrogación no se considera válido también presenta varios supuestos. Si de hecho, la maternidad subrogada se produce entonces la filiación dependerá de si la madre gestora o biológica renuncia al menor para dejarlo en adopción. La maternidad será considerada para quien parió el niño, así que la única posibilidad de que la mujer que contrata a la sustituta adquiera la maternidad es si ésta última renuncia a sus derechos y permite de esta manera la

adopción de la primera. En definitiva, podemos hablar de que existirá filiación matrimonial siempre que concurren las siguientes características:

- a) Existencia del matrimonio;
- b) Consentimiento de ambas partes para que se realice el tratamiento; y,
- c) Que la mujer de a luz.

En cambio, para que exista filiación no matrimonial deben darse las siguientes características:

- a) Consentimiento de la pareja de la mujer para que se le practique una de las técnicas de Reproducción Asistida;
- b) Consentimiento de la mujer para que se le practique una de las técnicas de Reproducción Asistida; y,
- c) Que la mujer de a luz.

No podemos dejar de mencionar sobre las conocidas acciones de filiación, que no son más que otros medios para determinar la paternidad y maternidad a través de un trámite judicial. La filiación matrimonial y no matrimonial puede ser determinada a través de sentencia en firme, como resultado de la reclamación o impugnación. Estas acciones de filiación son limitadas en la actualidad con el apareamiento de las nuevas técnicas de Reproducción Asistida. Concretamente es el consentimiento que determina las relaciones paterno-materno-filiales, y por lo tanto, limita las acciones de filiación. Si el marido o varón en la pareja consienten y dan la autorización en la realización de una de las técnicas de Reproducción Asistida, no podrán entonces impugnar la paternidad. La impugnación puede ser de la filiación matrimonial o de la no matrimonial. El objeto de la impugnación es anular la filiación, ya sea porque no es cierto el hecho del matrimonio o porque existe conflicto en cuanto a la paternidad del marido.

La acción de reclamación *“es aquella que se ejercita con objeto de resolver una pretensión muy concreta: la atribución de un estado a quien carece de él, por no ostentar ninguno o por gozar de otro que no le corresponde”*²¹⁰. Con esta acción se trata de otorgar al solicitante el estado que solicita, en base a la ausencia o error que ha venido asumiendo.

Finalmente debemos mencionar los efectos jurídicos, de la filiación resultante de los hijos nacidos por las técnicas de Reproducción Asistida, y son los siguientes:

- a) Derecho a un apellido;
- b) Derecho a alimentos; y,
- c) Derechos sucesorios.

2.4.4 Manipulación Genética

Cuando nos referimos a la manipulación genética, se nos viene a la cabeza la idea de que algún día podremos seleccionar los sexos, las razas, eliminar enfermedades y malformaciones, mejorar la especie humana y hasta conseguir clonar a los seres humanos, a través del desciframiento del patrimonio genético humano.

Si hablamos de técnicas de Reproducción Asistida, necesariamente debemos referirnos a la ingeniería genética, y por lo tanto, a la manipulación genética, ya que ésta suscita conflictos y puntos encontrados entre varios sectores de la ciencia y la doctrina, debido a que se pone en discusión derechos

²¹⁰ J. Carbajo González: *“Las acciones de reclamación de la filiación”*; op. cit. Pág. 30 / Citado por la autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas en su obra *“La Fecundación In Vitro y la Filiación”*; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile; 1993; pág. 159.

fundamentales del hombre, además de la persona misma y su dignidad. Debemos entender a la manipulación genética como los actos que están dirigidos a crear nuevas formas de vida o alterar el patrimonio genético de los seres vivientes. Por otro lado, entendemos manipulación ginecológica como todas aquellas técnicas que tienen como objeto la fecundación y concepción de seres humanos de forma no natural, prescindiendo de la sexualidad. “La ingeniería genética comprende la totalidad de las técnicas dirigidas a alterar o modificar el caudal hereditario de alguna especie, ya sea con el fin de superar enfermedades de origen genético (terapia genética) o con el objeto de producir modificaciones o transformaciones con finalidad experimental, esto es, de lograr un individuo con características hasta ese momento inexistentes en la especie (manipulación genética)”²¹¹. Con el avance y evolución que ha tenido la ciencia y la tecnología en cuanto a la ingeniería genética, es posible detectar enfermedades o alteraciones hereditarias, antes del nacimiento del niño. En la actualidad, el diagnóstico prenatal permite detectar más de tres mil patologías hereditarias.

Con las actuales técnicas de Reproducción Asistida podemos imaginar el diagnóstico que podríamos llegar a tener de los embriones implantados, y así poder manipular los genes humanos para conseguir cualquier propósito que quisiéramos basándonos en el patrimonio genético de la persona.

*“Cuando el conocimiento de los constituyentes básicos de la persona llega al nivel celular, hace posible su manipulación o alteración, y lo que es más peligroso, esto se convierte en una fuente de información de un individuo, y de la identidad individual de la persona”*²¹². Dentro de este tema podemos distinguir dos tipos de manipulación genética, una negativa y otra positiva. En el primer caso, la manipulación genética negativa se refiere a la corrección de errores

²¹¹ Stella Maris Martínez (1994): “Manipulación Genética y Derecho Penal”; Editorial Universidad; Buenos Aires, Argentina; pág. 32.

²¹² “http://www.cfm.org.br/bancotxt/des_etica/16.htm”

genéticos. En el segundo tipo, la manipulación genética positiva es la que busca mejorar la naturaleza humana. La mayor parte de la doctrina concuerda en la licitud de la manipulación genética negativa, porque entiende que ésta puede ser un beneficio para toda la especie humana, evitando enfermedades y mejorando la vitalidad de los individuos. El problema surge en cuanto a la manipulación genética positiva, ya que, para muchos autores la manipulación del genoma humano, es un atentado contra los derechos fundamentales de las personas, y menos aún, si se lo hace sin el consentimiento expreso y voluntario de los individuos.

El derecho al patrimonio genético tiene su origen en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que consagra la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y que se encuentra contenida en la mayoría de legislaciones del planeta, y particularmente en nuestra Constitución Política de la República en los artículos 23, 24 y 30. Los derechos a los que nos referimos son los siguientes:

- a) Derecho a la integridad personal;
- b) Derecho a la intimidad personal; y,
- c) Derecho a la propiedad.

El artículo 23 de nuestra Constitución Política de la República señala “... *Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:*

... 2. La integridad personal. Se prohíben las penas crueles, las torturas; todo procedimiento inhumano, degradante o que implique violencia física, psicológica, sexual o coacción moral, y la aplicación y utilización indebida de material genético humano...

8. *El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona...*²¹³.

El artículo 30 de la Constitución Política indica que “... *La propiedad, en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.*

Deberá procurar el incremento y la redistribución del ingreso, y permitir el acceso de la población a los beneficios de la riqueza y el desarrollo.

Se reconocerá y garantizará la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes”²¹⁴.

Lo que la ingeniería genética realiza con los genes, es atentar contra distintos derechos, como el de la herencia, además interviene y afecta y altera el hábitat del embrión ya que lo aleja del mismo, siendo este su lugar natural adecuado. Cuando nos referimos a la alteración en las condiciones naturales del hábitat de los embriones, es decir, a su primer lugar de vida que es el vientre materno. En el caso del vientre de alquiler, el embrión pierde su hábitat y es reemplazado por otro muy distinto al suyo natural. De esta forma, se manipula la identidad del menor desde sus primeras etapas del crecimiento, por lo que vemos que el derecho a la identidad, consagrado por nuestra Constitución Política de la República es transgredido.

La doctrina considera que la intervención terapéutica que los científicos y médicos realizan sobre los embriones no es prohibida; sin embargo, otro sector de la doctrina considera, que a pesar, que las intenciones de la ciencia y la humanidad tienen un valor inestimable, estos no pueden estar por encima de las garantías y derechos fundamentales del hombre. A pesar que el criterio se

²¹³ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

²¹⁴ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

encuentra dividido, muchos países condenan estas prácticas realizadas sobre los embriones humanos, considerando que son totalmente atentatorios contra los derechos e integridad de las personas.

Tomando en cuenta los criterios que condenan estas prácticas y los que lo apoyan, podemos ver que la mayoría de países y legislaciones condenan cualquier intervención que no sea con fines terapéuticos. *“La mayoría de los informes en tecnología reproductiva no profundizan en lo relacionado a la genética humana. En el estado actual de las ciencias sólo esta permitida la intervención terapéutica en células somáticas, y es unánime la prohibición de efectuar acciones sobre la línea germinal. Esto es debido a la necesidad de proteger el patrimonio de cualquier alteración que pudiera ser transmitida a las generaciones futuras, y la necesidad de preservar la condición única de la identidad genética individual”*²¹⁵. A pesar de la aceptación generalizada para la experimentación terapéutica, la mayoría de jurisdicciones y la doctrina internacional en general reconocen en este tipo de investigaciones cuatro condiciones indispensables:

- a) Validación científica verificada por un comité de revisión;
- b) El consentimiento libre e informado por parte de los pacientes;
- c) El balance de la relación riesgo-beneficio; y,
- d) La conformidad de la investigación con la noción de orden público.

Dentro de las legislaciones que contemplan estas nuevas técnicas de Reproducción Asistida, se permiten las investigaciones con los embriones humanos hasta los catorce primeros días del desarrollo in vitro, siempre que este sea con un estricto cuidado y siempre que el embrión no vaya a ser reimplantado.

²¹⁵ http://www.cfm.org.br/bancotxt/des_eti/16.htm

Generalmente las legislaciones que tratan este tema permiten la investigación y desarrollo embrionario, siempre que sean para combatir la infertilidad o para mejorar estas técnicas de Reproducción Asistida. También existen legislaciones que contemplan el estudio de alteraciones genéticas, siempre que se garantice que las células germinales no sean puestas en peligro y que no sean posteriormente reimplantados los embriones. En este caso, para que se proceda a realizar dichas investigaciones, se necesitará siempre del consentimiento libre y voluntario de quienes aportan las células germinales. *“La protección del embrión humano en la experimentación terapéutica se lleva a cabo a dos niveles. El primero es preventivo; todo protocolo de investigación debe tener la aprobación previa de un comité. El segundo contempla sanciones penales cuando algunas de las condiciones para la experimentación terapéutica no se han cumplido”*²¹⁶. La Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum Vitae*²¹⁷, señala acerca del respeto a la vida humana del naciente y la dignidad de la procreación, publicado en 1987. Esta instrucción considera que las distintas técnicas de Reproducción Asistida son otra forma de manipulación genética, no obstante, las técnicas y tratamientos de fecundación de gametos humanos y animales, y el afán de la ciencia por conseguir un ser humano prescindiendo de las relaciones sexuales *“deben ser considerados como in, en cuanto que están en contraste con la dignidad tanto de la procreación humana como de la unión conyugal”*²¹⁸. La Doctrina de la Iglesia y la opinión pública, considera que esta manipulación de seres humanos parece no tener fin. Estas técnicas nuevas de Reproducción Asistida parecen amenazar con el ser humano, aún más que el mismo aborto, ya que en este caso se trata de la destrucción de los seres humanos de uno en uno; en cambio, con la manipulación de los seres humanos se pretende alterar la especie humana. *“Algunos intentos de*

²¹⁶ http://www.cfm.org.br/bancotxt/des_eti/16.htm”

²¹⁷ http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html”: *Donum Vitae*: Congregación para la Evangelización de los Pueblos. Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la Procreación (Congregación para la Doctrina de la Fe. 22-II-1987).

²¹⁸ <http://www.vidahumana.org/news/fecund-assist>”

*intervenir sobre el patrimonio cromosómico y genético no son terapéuticos, sino que miran a la producción de seres humanos seleccionados en cuanto al sexo o a otras cualidades prefijadas. Estas manipulaciones son contrarias a la dignidad personal del ser humano, a su integridad y a su identidad. No pueden justificarse de modo alguno a causa de posibles consecuencias beneficiosas para la humanidad futura”*²¹⁹. Como señala Eduardo Sambrizzi, se puede “*afirmar la ilicitud de investigar o experimentar sobre embriones o, lo que es lo mismo, sobre seres humanos, no pudiendo realizarse ningún acto que pueda poner en peligro la vida de los mismos; la dignidad del ser humano debe ser respetada desde el comienzo de su existencia, no pudiendo el embrión ser utilizado como material biológico disponible para investigación o experimentación*”²²⁰. Cuando nos referimos a la dignidad humana, entonces hablamos de que no son admitidas ninguna clase de manipulaciones genéticas. De estas últimas, podemos decir que son alteraciones que se realizan en el patrimonio genético de los embriones, gracias a la intervención que se hace directamente en las células germinales, violando el derecho fundamental de toda persona a ser protegida la integridad del patrimonio genético desde su concepción, considerando de esta manera al ser humano como un mero objeto. Estas manipulaciones genéticas son permitidas, siempre que tengan un fin terapéutico, tratando de curar distinto tipo de enfermedades.

Aparisi Miralles opina sobre el tema y señala que “*esa intervención terapéutica en las células germinales solo podría llegar a permitirse con la finalidad de curar una patología genética del embrión*”²²¹. Aunque debemos recalcar, que dicha intervención terapéutica, debe hacérsela siempre y cuando la

²¹⁹ Juan Pablo II (1983): “Discurso a los participantes de la 35a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial”; AAS 76 (1984) 391.

²²⁰ Eduardo A. Sambrizzi (2001): “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 148.

²²¹ Ángela Aparisi Miralles; “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”; Conf., ED 167-873; pág. 965 / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra (2001) “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 152.

técnica utilizada esté desarrollada y se garantice que el embrión no sufrirá ningún daño.

Existen varios criterios y diferencia dentro de la propia doctrina, siendo así que sobre el tema se ha dicho que *“la curación de enfermedades y la prevención de deficiencias que se transmiten por herencia no constituye un fin en sí mismo que justifique la experimentación con embriones humanos, y ellos aun cuando esa experimentación pudiera traer beneficios para el resto de la humanidad”*²²², siendo ilícito de esta manera la pérdida de una vida humana, con pretexto de beneficiar a otras. Francisco Ferrer cita a Trabucchi señalando que *“ni siquiera la perspectiva de un destino mejor para la vida del hombre del mañana puede justificar el sacrificio de la vida de hoy”*²²³. En el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina*²²⁴ se decidió que quedaba prohibida toda modificación del genoma humano que afecte a la descendencia. Para evitar cualquier afectación en la descendencia la doctrina ha considerado que deben hacerse investigaciones y modificaciones solo en las células somáticas y no en las germinales, salvo que se garantice que no se afectará con el genoma de descendencia. Cuando nos referimos a las modificaciones en el genoma humano, se dice que es el reemplazo que se hace de un gen defectuoso por uno bueno o

²²² Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 153.

²²³ Francisco A.M. Ferrer (1995): *“El embrión humano y la nueva Constitución”*; JA 1995-II-868 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 153.

²²⁴ *“<http://www.filosofia.org/cod/c1997ast.htm>”*: ***Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina***; También conocido como Convenio de Asturias o de Oviedo, ya que fue firmado en esta ciudad el 4 de abril de 1997. Sus puntos fundamentales son los referidos a la declaración expresa sobre el derecho a la identidad, que es prácticamente la única novedad con respecto a la Declaración de la Unesco, la prohibición de la discriminación del ser humano o la prohibición de la predeterminación del sexo, salvo que tenga por objeto evitar enfermedades asociadas al mismo. Además consta de un protocolo sobre la prohibición de la clonación y en la actualidad están en proyecto otros dos.

sano, para así conseguir que éste produzca las proteínas necesarias para combatir y curar la enfermedad.

Salvador Darío Bergel afirma sobre el tema *“que la única razón sólida que actualmente existe para oponerse a la terapia germinal es la incertidumbre científica que por el momento nos impide evaluar los riesgos y beneficios, siendo irresponsable, mientras perdure esa situación, aplicar terapia génica a los seres humanos, por lo que ello debería prohibirse. Y ser objeto de una reevaluación ética en el supuesto de que la situación se aclarara”*²²⁵. En el diario La Nación de Argentina, en su edición del 5 de octubre de 2000 se publicaba la noticia que desde 1992 en Australia y Gran Bretaña ya se utilizaban los diagnósticos prenatales para detectar si el bebé que está por nacer, mediante alguna de las técnicas de Reproducción Asistida, presenta algún tipo de enfermedad o malformación. La manipulación genética puede llevarnos a pensar, como ya lo señalamos anteriormente, en la posibilidad de crear seres perfectos o al gusto y preferencia de las distintas personas. Si bien es cierto, que hasta el momento se ha permitido una “relativa” utilización de las técnicas de manipulación genética con fines meramente terapéuticos, esto no quiere decir, que la ciencia se encuentra atada a la posibilidad de investigar y conseguir la creación de seres humanos perfectos, con características físicas seleccionadas al gusto de las personas, llegando de esta manera, a una violación clara del derecho fundamental de todo ser humano que es la dignidad, y además creando distintas categorías de personas basadas en los tipos de genes que contengan.

El autor Osset Hernández considera que *“la posibilidad de seleccionar para la descendencia rasgos fisiológicos concretos, tales como, por ejemplo, el color de ojos o de cabello, abre la puerta a la eugenesia y a la discriminación*

²²⁵ Salvador Darío Bergel (2000): “Libertad de investigación y responsabilidad de los científicos en el campo de la genética humana”; en Bioética y Genética, cit.; Buenos Aires, Argentina; pág. 60 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 155.

racial”²²⁶. Con la manipulación genética se puede decir que los embriones ya no son valorados intrínsecamente, sino que ganan su valor por el resultado que ellos pueden otorgar. Además los embriones dejan de ser considerados sujetos y se convierten en meros objetos mercantiles.

Nuevamente, el diario La Nación en su edición de 13 de diciembre de 2000, publicaba la noticia que se intentaba patentar una técnica desarrollada por científicos californianos y lord Winston (un experto británico en fertilidad), en donde era posible la alteración del espermatozoide, para evitar la descendencia de características que los padres no quisieran en sus hijos. Tomando como veraz esta información del diario La Nación, estaríamos frente a la posibilidad de utilizar ciertas técnicas de Reproducción Asistida para crear bebés bajo pedido o catálogo. De hecho, esto ya ha ocurrido, y el diario The Telegraph en su edición del 6 de febrero de 2001 relata la historia de Doron Blake, uno de los primeros bebés nacido bajo diseño. En este caso particular se utilizó espermatozoide seleccionado para brindarle un cociente intelectual elevado y para que en el futuro sea un genio en ciencias, artes y música. En sus exámenes de escuela logró sacar altas calificaciones en matemáticas, toca el piano, la guitarra y la cítara, pero tuvo dificultades emocionales y psicológicas, y además presenta un problema de tartamudez.

La manipulación genética es inconcebible si tiene como fin conseguir y seleccionar la identidad genética del individuo o sus caracteres hereditarios, y es por esto que autores como Mercedes Alberruche Díaz-Flores señalen que la idea es *“de proteger la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético, protegiendo de tal forma el derecho a no ser producto de patrones genéticos*

²²⁶ Miguel Osset Hernández: *“Ingeniería genética y derechos humanos”*; cit.; Barcelona, España; pág.106 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 158.

artificiales”²²⁷. Con la posibilidad de manipulaciones genéticas en los embriones directamente, también podríamos pensar en la posibilidad de la selección del sexo. Ciertas legislaciones como la española y la alemana, contemplan esta posibilidad terapéuticamente, siempre que tengan como fin procurar que el menor no contraiga enfermedades hereditarias ligadas con el sexo. Otras legislaciones como la de la República Popular China y el de la India, han rechazado esta opción del diagnóstico prenatal, pero lo permiten siempre que tengan como fin el evitar la descendencia de enfermedades hereditarias, relacionadas con el sexo del menor.

Romeo Casabona señala al respecto que *“las técnicas de reproducción asistida pueden constituir un instrumento para lograr lo que se denomina eugenesia positiva, ya que por medio de ellas resulta posible la selección de gametos exentos de anomalías, o portadores de las características deseadas”*²²⁸. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, o mejor conocido como Convenio de Oviedo, en su artículo 14 señala que *“no se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo”*²²⁹. La aceptación tácita o expresa de esta técnica de selección de sexo, debería ser rechazada por completo en todas las legislaciones, ya que constituye un aborto contra el embrión del sexo no querido.

²²⁷ Mercedes Alberruche Díaz-Flores (1998): *“La clonación y selección de sexo ¿derecho genético?”*; cit.; Madrid, España; pág. 66 y 125 y ss. / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 159.

²²⁸ Carlos M. Romeo Casabona (1999): *“Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”*; en La eugenesia hoy; Bilbao-Granada, España; pág. 9 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 163.

²²⁹ *“<http://www.filosofia.org/cod/c1997ast.htm>: “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina”: Art. 14.*

Cabe destacar que todos los convenios que hemos mencionado anteriormente, no son simples declaraciones o señalamientos normativos. Estos tienen fuerza jurídica, una vez que son aceptados por los distintos países, y hasta el año 2000 ya lo habían aprobado dentro de sus legislaciones más de 28 países.

CAPITULO III

RESPONSABILIDADES JURÍDICAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las responsabilidades jurídicas dentro de este tema empiezan en el momento en que se juega o se arriesga con la vida e integridad de los distintos actores de la Reproducción Asistida. Desde el momento en que se produce la fecundación y posterior formación del embrión, éste ya es considerado como un ser humano, por lo tanto, un sujeto susceptible de derechos.

Cuando hablamos de las responsabilidades jurídicas debemos identificar tanto a la civil como a la penal; no obstante debemos mencionar también a la responsabilidad moral, que sin ser estrictamente jurídica, debe ser analizada. La responsabilidad moral es meramente subjetiva y depende de la conciencia y pensamiento del individuo. “*No implica necesariamente un perjuicio ajeno, bastando la mera intención, y de producirlo, no da lugar a reparación exigible coactivamente*”²³⁰. Por otro lado, la civil necesita ser exteriorizada, a través de un acto o una abstención y causar algún perjuicio, y que pueda responsabilizar del mismo al autor. “*La obligación de reparación es jurídica y como tal exigible coactivamente... la ética exige la plena satisfacción del daño causado, y fundamenta la obligación de reparar en cuanto haya culpa del autor*”²³¹. La penal es más compleja ya que generalmente aparece junto a la civil. Es así que, cuando existe delito penal, normalmente existe en el campo civil. La responsabilidad penal se da en los casos de interés general y no solo particular; en cambio, la responsabilidad civil busca de manera exclusiva la reparación de los daños.

²³⁰ René Abeliuk Manasevich (1983): “Las Obligaciones”; Editorial Ediar Editores Ltda.; Santiago de Chile, Chile; pág. 161.

²³¹ René Abeliuk Manasevich (1983): “Las Obligaciones”; Editorial Ediar Editores Ltda.; Santiago de Chile, Chile; pág. 161.

Las diferencias esenciales entre estas tres tipos de responsabilidades las podemos distinguir de la siguiente manera:

- a) La responsabilidad moral no puede ser considerada dentro de los parámetros que miden las responsabilidades civiles y penales, ya que es exclusivamente personal e intrínseco de cada individuo y no puede ser exigido de forma coactiva;
- b) La responsabilidad civil conlleva al resarcimiento de daños y perjuicios. Lo que se busca es el resarcimiento del daño (daño emergente y lucro cesante). Entendiendo como daño emergente al empobrecimiento o desmedro que ha sufrido el patrimonio de una persona y el lucro cesante la utilidad que se deja de percibir; y,
- c) La responsabilidad penal acarrea una pena o sanción, tipificado por la ley, que necesariamente es más grave que la de solo resarcir los daños causados.

Hablamos de un sujeto de derechos, ya que desde la fecundación, el nuevo ser humano empieza a gozar de derechos fundamentales inherentes a toda la especie humana, como es su derecho a la dignidad, que ya tantas veces lo hemos mencionado. Debido a este derecho, se lo debe respetar íntegramente, y se le debe permitir crecer y desarrollarse hasta el momento de su concepción.

En consecuencia del goce de este derecho, el nuevo ser humano, está protegido y cuidado desde la fecundación hasta el nacimiento, y eso hace además, que cualquier acto atentatorio contra sus derechos sea penado y susceptible de responsabilidad por cualquier daño que se le ocasionare.

El autor Luis Guillermo Blanco considera dentro de estos derechos *“el de ser transferido en forma inmediata al seno de su madre biológica; el de no ser discriminado por razones de enfermedad o deficiencias físicas; el de no ser objeto de experimentación y a la preservación del propio patrimonio genético; el de no ser congelado, puesto que,*

aparte de la elevada mortalidad y de los posibles daños (anomalías genéticas) que ese hecho pudiera ocasionarle, importaría dejar deliberadamente en suspenso su desarrollo vital, fijándole un destino incierto”²³². A estos derechos señalados por Luis Eduardo Blanco, debemos sumarle el derecho supremo de todos los seres humanos que es el de la vida, y por supuesto, el de nacer. Las responsabilidades jurídicas se derivan de estos derechos, en el momento en que son violados de distintas maneras.

En el momento en que los embriones o sus gestores sufren daños o sus derechos se ven afectados o violados, ahí nacen las responsabilidades, que deben ser analizados y tratados de acuerdo con las normas generales que cada una de las legislaciones tiene con respecto a las responsabilidades, y obviamente, dependerá de la técnica de Reproducción Asistida que se utiliza.

Es muy complicado analizar todas las responsabilidades que pueden surgir, porque el campo en materia de Reproducción Asistida, es cada vez más extenso, por lo tanto, haremos lo posible por cubrir las responsabilidades que más podrían presentarse. El autor Eduardo Sambrizzi, distingue varias responsabilidades que se pueden originar. Basándonos en esta clasificación tenemos las siguientes, mismas que procederemos a analizarlas:

- a) Manipulación de embriones y mala práctica médica;
- b) Alteraciones en el genotipo;
- c) Utilización de gametos de un tercero donante;
- d) Maternidad subrogada;
- e) Congelación de embriones;
- f) Fertilización asistida realizada sin conocimiento o contra la voluntad de la mujer o del marido;

²³² Luis G. Blanco “El preembrión humano (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias)”; ED 155-597 y ss. / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 227.

- g) Revocación intempestiva del consentimiento dado para la utilización de gametos;
- h) Fecundación post mortem;
- i) Clonación; y,
- j) Discriminación genética.

3.1 Manipulación de Embriones y Mala Práctica Médica

Dentro de este tipo de responsabilidad se pueden diferenciar varios casos, dependiendo de donde provienen los daños. Es así que tenemos los siguientes casos posibles:

- a) Cuando se realizan estas técnicas sin tener posibilidades claras de éxito o no se utilizan controles necesarios;
- b) Cuando a la mujer que se somete a una de estas técnicas se le introduce demasiados embriones;
- c) Cuando el menor nace con problemas, enfermedades, malformaciones, debido a la actuación negligente del equipo médico;
- d) Cuando la criopreservación de los embriones no ha sido óptima;
- e) Cuando se fecundan embriones que han sobrado de anteriores tratamientos y no se ha convenido con los donantes tratados; y,
- f) Cuando se destruyen embriones.

3.1.1 Cuando se realizan estas técnicas sin tener posibilidades claras de éxito o no se utilizan controles necesarios

Se puede dar el caso en que los médicos procedan a realizar el tratamiento, aún sabiendo que la probabilidad de éxito no es el adecuado u

óptimo, o también se puede dar cuando los médicos proceden al tratamiento sabiendo que se expone a la mujer y al embrión a un grave peligro, debido a que no se han tomado las medidas necesarias para evitar cualquier riesgo en la salud de los participantes.

Con respecto a este caso, la ley sobre Reproducción Asistida de España señala en su artículo 2 que estas técnicas solo se las puede realizar *“a) cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia; b) en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente, y han sido previa y debidamente informadas sobre ellas”*²³³.

En este particular caso quienes cargarían con la totalidad de la responsabilidad son los médicos que llevan a cabo el tratamiento de Reproducción Asistida, y son quienes deben cerciorarse de que todos los controles sean efectuados eficazmente y con seriedad.

3.1.2 Cuando a la mujer que se somete a una de estas técnicas se le introduce demasiados embriones

Puede darse el caso que se pone en peligro la vida de la mujer o de su descendencia, por la excesiva transferencia de embriones en el interior del útero. En este caso, tanto la legislación alemana como la costarricense se pronuncian al respecto. La ley alemana de protección al embrión establece sanciones pecuniarias o hasta incluso penas de prisión hasta de tres años. El artículo 1, numerales 3 y 4 señalan que no se puede *“implantar dentro de un mismo ciclo, más de tres embriones a una mujer”* y además que no se puede *“fecundar,*

²³³ [“http://comunidad.derecho.org/dergenetico/EspaniaLeyRep.html”](http://comunidad.derecho.org/dergenetico/EspaniaLeyRep.html): “Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida”; Art. 2.

*dentro de un mismo ciclo, más de tres óvulos, mediante un implante intratubárico de gametos”*²³⁴.

Por otro lado, el decreto 24.029-S dictado en Costa Rica, señala que se permite la fertilización máxima de seis óvulos por ciclo, pero que todos deben ser transferidos dentro de la mujer tratada. Los médicos deberían responder, tanto por el daño material como por el moral ocasionado.

La autora Mirta Videla cita varios casos ocurridos en la Argentina, como resultado de la hiperestimulación ovárica. Entre los distintos casos destaca la de una mujer de Rosario que perdió un embarazo de doce fetos debido a la hiperestimulación ovárica. En relación de este hecho el Consejo Pontificio para la Familia emitió una declaración en el año dos mil en donde exhorta a los médicos a la responsabilidad en la utilización de estas técnicas de hiperestimulación. En dicha declaración además, condenaba a la reducción de embriones, ya que la consideraba como un aborto selectivo, ya que se elimina directa y voluntariamente a un ser humano, tal como lo señala Juan Pablo II en la Encíclica *Evangelium Vital*.

3.1.3 Cuando el menor nace con problemas, enfermedades, malformaciones, debido a la actuación negligente del equipo médico

La responsabilidad de los médicos también puede darse por la utilización y manipulación de los embriones, de forma incorrecta o con un fin distinto para el cual fueron obtenidos. También puede el médico incurrir en negligencia por no haber procedido correctamente en la obtención de los óvulos o espermatozoides.

²³⁴“http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc_leg1.htm#Germany”; “<http://www.bioeticaweb.com/content/view/1014/86/>”: “*Embryonenschutzgesetz (Ley de Protección del Embrión)*”: Ley alemana que entró en vigor en enero de 1991. Art. 1.

En estos casos, en que por la negligencia de los médicos, el menor nace con defectos, taras o malformaciones, los responsables deben responder por los daños patrimoniales, y además por los daños en que pueden incurrir.

Resulta evidente que el médico será responsable por la utilización indebida de los embriones y material genético en general, y para este particular Jaime Vidal Martínez cita al maestro Pantaleón Prieto al señalar que *“cuanto más nueva e inexperimentada es una actividad médica, mayor es el deber de cuidado que el médico debe al paciente en el curso del tratamiento, más riguroso es el deber de información y menores son las exigencias de prueba”*²³⁵.

3.1.4 Cuando la criopreservación de los embriones no ha sido óptima

En este caso, la responsabilidad surge de la mala criopreservación que puede existir de los embriones, y como resultado de esto se hubiera producido la muerte de los mismos o producido daños en la tratante. En este caso los médicos deben responder, tanto en el aspecto patrimonial, como en el moral.

3.1.5 Cuando se fecundan embriones que han sobrado de anteriores tratamientos y no se ha convenido con los donantes tratados

Este caso ocurre cuando se fertilizan mayor cantidad de embriones de los que se convienen con los tratantes, y como resultado no se puede realizar la transferencia de los embriones excedentes y los mismos se ven destinados a ser perdidos o destruidos. Aquí los médicos deberían responder por los daños que se

²³⁵ Pantaleón Prieto / Citado por Jaime Vidal Martínez / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 230.

pueden causar en los padres que aportaron con los embriones y a quienes no se los consulto para que brindaran su consentimiento.

La autora Yolanda Gómez Sánchez “*afirma que en el supuesto de que el equipo médico se reservara preembriones (así los denomina) para fines distintos de la fecundación de la mujer en cada caso concreto, incurriría en ilegalidad, por vulneración del derecho a la reproducción en su vertiente negativa -el derecho a no reproducirse- y del derecho constitucional que protege la integridad física de las personas*”²³⁶. Este caso planteado por la autora es una clara ilegalidad, la misma que deberá ser sancionada de acuerdo a las leyes y según la tipificación que haya hecho cada Estado en cuanto al tema planteado.

3.1.6 Cuando se destruyen embriones

Además del caso anterior, puede ocurrir que los embriones sobrantes sean destruidos sin la autorización o consentimiento de quienes aportaron el material genético y embrionario. La destrucción de dichos embriones puede darse por la mal utilización de los embriones, destinándolos a otros fines, o también puede darse por la incorrecta manipulación de los embriones por parte de los médicos. Estos daños producidos a los embriones son responsabilidad absoluta de los médicos, ya que éstos están actuando directamente en una etapa de la vida del ser humano. El daño o destrucción de los embriones a causa de la incorrecta manipulación por parte de los médicos, da lugar a la indemnización por el daño patrimonial, ya que se incurren en muchos gastos durante todo el tratamiento, y por el daño moral ocasionada a los tratantes.

²³⁶ Yolanda Gómez Sánchez (1994): “El derecho a la reproducción humana”; cit.; Madrid, España; pág. 95 / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 231.

3.2 Alteraciones en el Genotipo

Anteriormente ya hemos señalado que es aceptable la intervención que se hace sobre los embriones cuando tiene fines terapéuticos o lo que se busca es curar algún tipo de enfermedad genética o hereditaria, las mismas que serán realizadas respetando el derecho universal a la vida del que gozamos todos los seres humanos.

El problema surge, cuando la manipulación del embrión tiene como fin la alteración genética del mismo, o la alteración del proceso biológico que atraviesa el embrión. En este caso nace la responsabilidad de quienes han actuado de esta manera, sabiendo sobre la intervención y modificaciones en el genotipo. La mencionada alteración genética puede estar dirigida contra la identidad genética del menor, y en estos casos se podrá exigir de los culpables un resarcimiento por los daños que se pudieran ocasionar.

En este caso, la responsabilidad no solo recae sobre los médicos y el instituto especializado en estas técnicas, sino que también puede ser reclamado a los padres que aceptaron dicha intervención genética, teniendo como fin el conseguir características especiales en el menor que se busca que nazca, así como por ejemplo, la selección del color de pelo, ojos, o incluso la estatura. Los responsables deben responder por daño, tanto patrimonial como moral, por todo el daño que se puede causar en el nuevo ser humano. Eduardo Sambrizzi afirma que *“no obstante, cualquiera que sea el carácter de ese daño, el mismo no se produce in re ipsa, sino que deberá ser acreditado”*²³⁷.

²³⁷ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 233.

3.3 Utilización de Gametos de un Tercero Donante

Esta responsabilidad surge por distintas razones dependiendo del daño que se pudo haber ocasionado y podemos distinguir varios supuestos:

- a) Cuando el que dona los embriones sufre de una enfermedad grave;
- b) Cuando existe error en la utilización del material genético o cuando su fin es otro diferente al que se pactó;
- c) Cuando se desplaza al hijo de la filiación paterna; y,
- d) Cuando existe violación al secreto de la identidad de los donantes.

3.3.1 Cuando el que dona los embriones sufre de una enfermedad grave

Puede darse el caso, de la donación de gametos masculinos que se hace por parte de una tercera persona, que no tiene nada que ver con la pareja tratada, y que dichos embriones estén afectados por algún tipo de enfermedad grave y que se puede transmitir genéticamente. En estos casos lo que puede ocurrir, es que dichas enfermedades no son detectadas por los médicos, ya que no se tomaron con seriedad y responsabilidad todas las investigaciones y análisis que este tipo de técnicas requieren para su práctica.

La legislación penal francesa en cuanto a este tema impone en su artículo 511, numeral 11 una sanción pecuniaria y otra de privación de la libertad para el individuo, y señala que *“el hecho de obtener o de extraer los gametos de una persona con vida en vista de una asistencia médica para la procreación sin realizar los tests de detección de enfermedades contagiosas, exigidos por aplicación del artículo L.665-15 del Código de Salud Pública...”*²³⁸.

²³⁸“http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/penal_textE.htm#Sección%201:%20De%20la%20protección%20de%20la%20especie%20humana”: “Código Penal de la República de Francia”: Art. 11.

En este supuesto la responsabilidad recae tanto, en los médicos que no fueran lo suficientemente oficiosos al realizar las pruebas, análisis e investigaciones para detectar algún tipo de enfermedad, como en el donante que sabiendo la existencia de una enfermedad transmisible genéticamente, guarda silencio y realiza la donación de los gametos.

3.3.2 Cuando existe error en la utilización del material genético o cuando su fin es otro diferente al que se pactó

Este caso se puede presentar cuando los médicos utilizan el material genético erróneamente, ya sea por que se equivocaron en la procedencia de los óvulos donados, o por equivocación en la utilización de gametos masculinos distintos a los del marido. Los daños ocasionados son indemnizables, tanto en el carácter moral, como en el patrimonial, ya que el nacimiento de un niño con determinados daños o enfermedades genéticas, producto de la mala utilización del material genético, puede acarrear a la pareja en gastos extras que no tenían ellos presupuestados.

Los médicos responsables deben responder tanto por el error que pudieran cometer en la utilización del material genético, como por el distinto fin que se les da a los gametos obtenidos de la pareja tratada.

3.3.3 Cuando se desplaza al hijo de la filiación paterna

Este caso no es muy viable, sin embargo, varios autores lo consideran dentro de la esfera de las responsabilidades. Eduardo Zannoni afirma *“que en el supuesto de que se hubiera hecho lugar a la acción de impugnación de la paternidad, el hijo podría iniciar una acción de resarcimiento (se supone que*

*contra la madre, pues el impugnante ha actuado en ejercicio de su derecho) por los daños que le fueron causados por el hecho de quedar desplazado de la filiación paterna, sin vínculo cierto con relación al padre”*²³⁹. En este caso parecería un tanto inmoral que un hijo reclame a su madre por este supuesto, ya que el menor ha gozado del derecho a nacer y el privilegio de la vida.

Para la autora *Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez*²⁴⁰ puede también presentarse otro supuesto, en el que el marido a falta del documento en el que consiente en la realización del tratamiento, se aprovecha para impugnar la paternidad. De darse un caso de esta naturaleza, entonces tanto el hijo como la madre podrían reclamar la indemnización por daños y perjuicios, en el aspecto patrimonial y moral.

3.3.4 Cuando existe violación al secreto de la identidad de los donantes

Si se produjera una violación de este tipo, se estaría atentando contra la intimidad de las personas, y en este caso particular contra la del donante y su posible familia. El daño ocasionado es moral, por lo que debe ser resarcido o indemnizado. Pero dicha violación no solo ocurre con respecto a la identidad del donante, sino que también puede existir la violación de la identidad de la pareja tratada que utilizó los gametos donados.

²³⁹ Eduardo A. Zannoni (1989): “El daño genético y por transmisión de enfermedades”; cit.; pág. 164. Conf. Beatriz R. Bísaro “Fecundación asistida. Algunas cuestiones vinculadas a la responsabilidad en el marco normativo vigente”, en La responsabilidad. Libro en homenaje al doctor Isidoro Goldenberg, cit. Pág. 152. / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 234.

²⁴⁰ Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez (1995): “Responsabilidad derivada de la biotecnología”; cit. págs. 199 y ss.; y Bioderecho, cit. pág. 134 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 235.

3.4 Maternidad Subrogada

Las responsabilidades que pudieran surgir de este caso dependerán de si se considera válido o no el contrato de subrogación. En el caso de que se lo considere como un contrato válido, habría que determinar, dentro de la relación contractual a cual de las mujeres se la debe considerar la verdadera madre, o cual de ellas debería gozar del derecho a ser considerada como madre.

La determinación de la maternidad es compleja, ya que en este tipo de casos pueden intervenir varias mujeres, a las cuales se las podría considerar como madres, dependiendo de los distintos argumentos que se usen. Pueden existir tres mujeres que reclamen su derecho a ser reconocidas como madres, la requirente, la gestante y la donante de los gametos.

El contrato de subrogación, puede derivar en varios casos de responsabilidad como los siguientes:

- a) Cuando la madre gestante no ha declarado enfermedades, o si durante el embarazo se incumple con lo pactado en el contrato;
- b) Cuando la madre gestante provoca un aborto;
- c) Cuando la madre gestante se niega a entregar al niño a la requirente; y,
- d) Cuando existe negligencia por parte de los intermediarios y del equipo médico.

3.4.1 Cuando la madre gestante no ha declarado enfermedades, o si durante el embarazo se incumple con lo pactado en el contrato

Las legislaciones que permiten este tipo de Reproducción Asistida, exigen que se cumplan varios requisitos, entre los que se destacan exámenes físicos para

detectar o comprobar la existencia de enfermedades que pudieran ser transmisibles, o incluso algunas que pueden contagiar al niño en el momento del nacimiento o durante la gestación. Además de los exámenes físicos, se suele exigir una declaración escrita en la que se detallan las enfermedades que se ha tenido y que puede estar sufriendo, y también un cuadro clínico de toda la familia para detectar posibles enfermedades hereditarias. Conjuntamente a dichos exámenes y declaraciones, dentro del convenio se suele introducir exigencias como la de las visitas constantes a los médicos, la abstinencia de alcohol o drogas y también la prohibición de abortar al niño.

En cuanto al aborto, Adriana Wagmaister considera *“que también se puede establecer que debe llevar a término su embarazo, o sea, renunciar al aborto -salvo que sea para preservar su salud-, lo cual no es en realidad así en un país como en los Estados Unidos, donde el aborto se considera -hasta los tres meses de gestación- un derecho constitucionalmente protegido”*²⁴¹. En este comentario podemos observar el contrasentido que se presenta en Estados Unidos, ya que al ser leyes federativas, cada estado miembro puede considerar al aborto de diferentes maneras.

La responsabilidad que nace en este caso sería por la intencionalidad y negligencia en declarar falsamente sobre la salud de la persona o también en el caso de causar daños al feto por incumplir con lo establecido en el convenio. La indemnización deberá ser tanto moral como patrimonial, debido a los posibles daños que pudiera sufrir el feto, por enfermedades que pudiera heredar y también por los gastos en los que los requirentes pudieran incurrir por los daños físicos sufridos por el recién nacido.

²⁴¹ Adriana M. Wagmaister (1989): *“Maternidad subrogada”*; cit., en Derecho de Familia; Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Número 3; Buenos Aires, Argentina; pág. 24 Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 237.

3.4.2 Cuando la madre gestante provoca un aborto

En este caso la responsabilidad recae sobre la madre gestante que provoca un aborto intencionadamente, aún después de haber firmado un convenio con los requirentes, en donde se compromete a llevar a término el embarazo. La única excusa sería en el momento en que el aborto es la única salida para evitar la muerte de la madre gestante, o también cuando dicho acto es permitido por ciertas legislaciones. La indemnización en este caso será tanto patrimonial, por todos los gastos en que los requirentes incurrieron para llevar a cabo la gestación y los “servicios” de alquiler del vientre, como moral por los daños psicológicos que podrían sufrir los requirentes como consecuencia del aborto.

3.4.3 Cuando la madre gestante se niega a entregar al niño a la requirente

En muchas ocasiones la madre gestante se niega a entregar al niño a los padres requirentes, y entonces surgen problemas que van más allá de lo meramente legal. Este caso depende mucho de las distintas legislaciones, ya que se deberá observar primeramente si la maternidad subrogada se encuentra aceptada o no. Se deberá tomar en cuenta las normas legales vigentes en cada legislación en cuanto a los convenios privados. La doctrina considera que si dichos convenios son aceptados por las distintas legislaciones, entonces la madre gestante debe entregar al niño a los padres requirentes. Además la madre gestante debe indemnizar a los requirentes por los daños y patrimoniales en los que hubieran incurrido. Si estos convenios no se encuentran contemplados en las distintas legislaciones, entonces la madre gestante no deberá entregar al niño a los requirentes, y tampoco tendrá la obligación de indemnizarlos patrimonialmente por todos los gastos que hubieran hecho.

Lo que se debe analizar en este particular caso es la determinación de la maternidad. Deberá analizarse quien goza de mayor derecho a ser considerada como madre, la gestante o la requirente. Dependerá si la legislación considera que tiene mayor preferencia, si la maternidad genética o la maternidad gestativa.

3.4.4 Cuando existe negligencia por parte de los intermediarios y del equipo médico

Esta responsabilidad dependerá de la existencia o aceptación de la maternidad subrogada en las distintas legislaciones. Si dicha técnica no es aceptada, entonces los intermediarios y el equipo médico tendrán que responder de manera administrativa, profesional, civil y hasta inclusive penalmente. En el supuesto que dicha técnica fuera aceptada y consagrada en las distintas legislaciones, entonces la responsabilidad solo cabría en el caso de una mala práctica médica.

La ley española sobre Reproducción Asistida prohíbe la maternidad subrogada, y al respecto opina la autora Yolanda Gómez Sánchez sobre *“la conveniencia de que se hubiera establecido algún tipo de medida sancionatoria para los centro autorizados que participen en este tipo de pactos ilegales”*²⁴².

3.5 Congelación de Embriones

Este caso surge como consecuencia de la criopreservación de los embriones en centros especializados para su posterior utilización en tratamientos de Reproducción

²⁴² Yolanda Gómez Sánchez (1994): *“El derecho a la reproducción humana”*; cit.; Madrid, España; pág. 142, nro. 6.3.4 / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 240.

Asistida. Las responsabilidades podrían surgir en el caso que los individuos nacidos gracias a embriones criopreservados quieran demandar indemnizaciones por el retraso voluntario de su nacimiento. Al respecto opinan varios autores, entre los que se destaca José Ignacio Cafferata quien afirma que *“se atenta contra la dignidad de la persona del hijo por el hecho de que se retarde su nacimiento mediante la congelación del embrión, exponiéndolo a morir con motivo del congelamiento, y privando al niño del goce de los afectos familiares; y dice que la acción por reclamo del daño moral que podrían haber experimentado tanto los padres como el hijo correspondería a éstos contra el médico o el equipo médico que procedió a la congelación del embrión, así como también contra quien o quienes autorizaron a realizarla”*²⁴³. Se demuestra la oposición de muchos autores a la congelación de embriones, porque todavía no se comprueba al cien por ciento que esta técnica no causa daños al embrión. Todo lo contrario, existen estudios que determinan que los embriones pueden producir alteraciones al ser expuestos a condiciones extremas.

Ciertos autores y parte de la doctrina consideran que en este caso no existen razones algunas de responsabilidad, ya que para ellos el retardo en la realización del tratamiento y posterior concepción del individuo no implica un daño, y menos aún la privación del contacto familiar.

3.6 Fertilización Asistida realizada sin conocimiento o contra la voluntad de la mujer o del marido

Dentro de las distintas técnicas de Reproducción Asistida se hace necesaria siempre la aceptación expresa por parte de la mujer que se decide a someterse a una de dichas técnicas. Al tratarse de un acto sumamente personal, no cabe tampoco que dicha

²⁴³ José I. Cafferata: *“Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino”*; cit., ED 130-743, nro. 34, y pág. 754 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 240.

aceptación sea hecha por parte de un tercero que la representa. No es concebible que a una mujer se le someta a una de estas técnicas sin su consentimiento. No obstante, dicho consentimiento debe hacérselo no solo en cuanto a la aceptación del proceso de Reproducción Asistida, sino también en cuanto a la técnica a la que se someterá. *“Practicar un acto sin el conocimiento o contra la voluntad de la madre, implica realizarlo mediante intimidación, o por la fuerza (vicio del consentimiento) o engaño, o estando privada de sentido; en una palabra, mediante cualquier conducta que implique la inexistencia de conformidad por parte de ella”*²⁴⁴. La responsabilidad de quien ha realizado una de estos procedimientos en una mujer que lo desconocía, será moral, por el efecto psicológico que esta causaría, pero también sería de carácter patrimonial, ya que la mujer estaría incurriendo en gastos por un niño que no esperaba.

Debemos especificar, que dentro de la falta de consentimiento, también está incluido el consentimiento ineficaz, es decir, el hecho por una persona que carece de voluntad. Dentro de este supuesto también debemos considerar el caso en que la mujer se someta a una de estas técnicas sin el conocimiento de su marido, pudiendo ser ésta una causal para solicitar el divorcio. Además podrá el marido, en el caso de haberse utilizado gametos donados por un tercero ajeno a la pareja, impugnar la paternidad. Puede reclamarse la indemnización por un daño moral al marido, pero solo en el caso que la técnica que hubiera sido utilizada sea heteróloga.

Eduardo Zannoni señala *“que tanto el establecimiento como el facultativo que hubiesen realizado la fertilización sin contar con el consentimiento del esposo serán responsables hacia éste no solo desde el punto de vista civil, sino también penalmente”*²⁴⁵. Por su parte el autor Jaime Vidal Martínez señala al respecto y entiende como *“lógica la exigencia del consentimiento marital en razón de que el matrimonio*

²⁴⁴ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 241.

²⁴⁵ Eduardo A. Zannoni (1989): *“Derecho de familia, Tomo II”*; cit.; Buenos Aires, Argentina; págs. 501 y 502 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 242.

establece un entramado de deberes jurídicos que resultarían vulnerados por la actitud unilateral de la esposa que procediera a utilizar las técnicas de reproducción sin ese previo consentimiento, tanto más teniendo en cuenta la presunción que establece la ley, que -mientras no sea destruida por los cauces legales- convierte al marido en padre legal de los hijos que nazcan de su esposa”²⁴⁶. Y esto último generará obligaciones morales y económicas para el padre.

Son varias las legislaciones que se pronuncian acerca del consentimiento del marido para poder proceder a la aplicación de alguna de las técnicas de Reproducción Asistida en la mujer del mismo. Es así que, la ley sueca sobre inseminación artificial del año 1984, en su artículo 2 exige dicho consentimiento escrito por parte del marido u hombre que convive con la mujer tratada. En la ley alemana sobre Protección del Embrión de 1990 se señala en el artículo 2 que “...será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) *Procediera a fecundar artificialmente un óvulo sin que la mujer de quien proviene, ni el hombre cuyo esperma fue utilizado, hubieran dado su consentimiento.*
- 2) *Procediera a transferir un embrión a una mujer sin su consentimiento...”²⁴⁷.*

El informe de la Comisión Warnock también emitió su criterio, y en sus recomendaciones 13, 14, 21, 22, 27 y 51 señala sobre la necesidad imperante de que exista siempre el consentimiento formal y por escrito de la pareja antes de comenzar con cualquiera de las técnicas de Reproducción Asistida:

“...13. Para la utilización o disposición de los embriones sobrantes, deben contarse con el debido consentimiento.

²⁴⁶ Jaime Vidal Martínez (1998): “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español”, cit., en Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida; cit.; Bilbao-Granada, España; pág. 81 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 243.

²⁴⁷“<http://www.bioeticaweb.com/content/view/275/49/>”: “Ley de Inseminación Artificial”: Boletín Oficial del Estado sueco. Publicada el 1984-12-22. Art. 2.

14. Un correcto proceder pide que ninguna investigación se realice sobre un embrión sobrante sin el consentimiento informado de la pareja de la cual se generó, siempre que sea esto posible...

21. En el caso de formas más especializadas de tratamiento de la infertilidad, el consentimiento escrito de la pareja debe ser obtenido, siempre que sea posible, antes de iniciar el tratamiento; así lo pide un correcto modo de proceder. El consentimiento escrito debe obtenerse en un formulario apropiado de consentimiento.

22. El consentimiento formal y escrito de la pareja debe ser siempre obtenido antes de comenzar el tratamiento de IAD; así lo pide un correcto modo de proceder. El formulario de consentimiento debe ser íntegramente explicado a ambas...

27. Los principios exigidos por un correcto modo de proceder, expuestos respecto de otras técnicas deben aplicarse a la donación de óvulos: anonimato de la donante, limitación a diez del número de niños nacidos de los óvulos de una donante, claridad con el niño sobre sus orígenes genéticos, disponibilidad de asesoramiento para todas las partes, consentimiento informado...

51. Los niños concebidos por IAD deben ser contemplados por la ley como hijos de sus madres y de los maridos de éstas, cuando ambos hayan prestado su consentimiento al tratamiento...”²⁴⁸.

En la ley española de Reproducción Asistida en su artículo 6 establece que “...3. Si estuviere casada, se precisará además del consentimiento del marido, con las características expresadas en el apartado anterior, a menos que estuvieren separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”²⁴⁹.

Por su parte, en el Código Penal Español en su artículo 162 señala que:

²⁴⁸ “<http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html>”: “Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana”: Recomendación 13, 14, 21, 22, 27 y 51.

²⁴⁹ “<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/EspaniaLeyRep.html>”: “Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida”; Art. 6.

“... 1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal...”²⁵⁰.

El Código Penal Portugués en su artículo 241, también impone la pena de prisión entre uno y cinco años a quienes hubieran practicado alguna de las técnicas de Reproducción Asistida en una mujer sin su consentimiento. Así mismo, el Código Penal Francés en su artículo 511, también establece una sanción pecuniaria o de privación de la libertad.

3.7 Revocación intempestiva del consentimiento dado para la utilización de Gametos

Si bien es cierto que el marido debe consentir en el tratamiento que se realizará en su mujer, dicho consentimiento puede ser revocado. Pero no puede hacerse la revocación en cualquier momento, sino que el marido tiene la oportunidad de revocarlo hasta antes de la fecundación del óvulo, cuando los gametos son suyos y han sido criopreservados. De no darse esto, la revocación estaría dándose fuera del tiempo, y este acto puede causar daños a terceros, originando de esta manera, responsabilidades que deberán ser indemnizadas.

La responsabilidad deberá ser indemnizada tanto en el carácter moral como en el patrimonial. El primero por los daños que pudiera provocarse en el feto y el daño

²⁵⁰ “<http://html.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>”: “Código Penal de España”: LEY ORGÁNICA 23-11-1995, núm.10/1995. Art. 162.

psicológico a la madre. Y el segundo por los gastos en los que ya se hubiera incurrido hasta antes de la revocatoria.

3.8 Fecundación Post Mortem

Puede surgir la posibilidad que el recién nacido no tuviera derecho a heredar a su padre, ya que su fecundación ha sido posterior al tiempo establecido. Este caso tiene su base en la Ley Española de Reproducción Asistida, ya que en el artículo 9, numeral 2 se establece que *“...el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”*²⁵¹.

Las responsabilidades pueden surgir en el caso que el marido hubiera consentido en que se utilice su semen, para fertilizar a su mujer, antes de los seis meses posteriores a su muerte, y que por ninguna causa justificada los médicos hubieran retardado el proceso más de los seis meses, y por lo tanto, el menor perdiera el derecho a heredar a su padre. Aquí la indemnización correspondería exigirla al menos en contra del equipo médico, el cual deberá responder por el daño patrimonial y moral.

3.9 Clonación

El caso de la clonación es bastante complejo, pero en este supuesto las responsabilidades surgen por el daño que se comete en contra del individuo al violarse su derecho a la identidad. Con la clonación se niega al individuo a tener una herencia genética única, sino que empieza a ser compartida por otros individuos genéticamente

²⁵¹ [“http://comunidad.derecho.org/dergenetico/EspaniaLeyRep.html”](http://comunidad.derecho.org/dergenetico/EspaniaLeyRep.html): “Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida”: Art. 9.

iguales. En este caso el individuo pierde su individualidad y su libertad también empieza a transgredirse.

Pero tal vez el daño más grave surge por los resultados de la clonación en cuanto a la paternidad y maternidad del niño. Como esta técnica es asexual, se pierde la idea de maternidad y paternidad biológicas o genéticas, sino que empieza a surgir una nueva figura que sería la del hermano gemelo, ya que ambos comparten el mismo código genético, sin importar los años de diferencia y edad entre cada uno.

3.10 Discriminación Genética

También puede ocurrir que de la medicina predictiva surjan problemas de discriminación genética, ya que el mal uso de esta información puede ser perjudicial para los individuos. Si bien es cierto el predecir enfermedades futuras que pueden tener un origen hereditario, a través del estudio de los genes puede ser positivo debido a que se procura alcanzar el bienestar óptimo de los individuos, previniendo enfermedades; también tiene su lado negativo ya que la información obtenida del estudio de los genes puede ser mal utilizada, provocando así la discriminación y la violación al derecho constitucional de la confidencialidad.

Para Romeo Casabona se *“pone de relieve que los riesgos de la discriminación por causa del patrimonio genético de una persona están relacionados, en primer lugar, con la obtención de la información, su acceso a la misma y, en especial, con su uso indebido o abusivo lo cual se extiende a las relaciones sociales de cualquier género, como por ejemplo en el ámbito laboral, con compañías de seguros, en entidades financieras, administraciones públicas, etcétera, además de la posibilidad de una discriminación de carácter étnico o racial”*²⁵². Muchos autores consideran que la

²⁵² Carlos M. Romeo Casabona (2000): *“El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”*; cit., en Bioética y genética; Buenos Aires, Argentina; págs. 322 y 323 / Citado por el autor Eduardo A.

información genética debe estar protegida de alguna manera, para que ésta no pueda ser utilizada en contra de los individuos de manera discriminatoria. Además un sector de la doctrina considera que el daño psicológico que puede sufrir un individuo al enterarse de una posible enfermedad es un factor importante para tomar en cuenta. El mayor miedo que se tiene es la violación de la intimidad de los individuos, y el mal uso que de su estudio genético puede hacerse.

El caso más palpante podría ser el uso que darían las compañías aseguradoras para determinar qué individuo es apto para ser asegurado, y peor aún, esto podría desembocar en una clasificación de individuos, entre los que están “más sanos” y los que se encuentran enfermos. Se clasificaría a las personas por el riesgo que representan en relación con la aseguradora. Otro peligro que se deriva de la medicina predictiva es que puede dar origen a otra categoría de personas, unas que no se enferman, y que por tal motivo, podrían empezar a ser encasilladas y discriminadas.

En Francia el análisis de los genes es permitido pero solo con el fin de determinar la filiación o también para fines médicos. Pero se prohíbe para fines laborales y de seguros. Así mismo en Francia, el Comité Consultivo Nacional de Ética, señalaba que debía prohibirse a los terceros el acceso a los datos genéticos de los individuos, así como también reclamar a éstos que se los informen. El Código Penal (reformado por la ley 94-653) impone una pena por “*el hecho de divulgar información de una persona obtenida a través del estudio de sus improntas genéticas...*”.

La Constitución Suiza indica en su artículo 119, literal f, que “*el patrimonio genético de una persona solo puede ser analizado, registrado o revelado con su consentimiento o en base a una prescripción legal*”²⁵³.

Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 248.

²⁵³ “<http://www.juridicas.unam.mx/navjus/gob/sz.htm>”: “Constitución Federal de la Confederación Suiza”: Art. 119.

En Estados Unidos sus leyes federales y estatales también prohíben a las aseguradoras discriminar a los usuarios como consecuencia de distintos diagnósticos, dentro de los cuales se incluyen los de tipo genético. En contraste con lo que pasa en Estados Unidos, en Gran Bretaña se estudia la posibilidad de permitir a las compañías de seguros usar las pruebas de ADN para comprobar la existencia de la enfermedad de Huntington. En el resto de Europa se analiza ya este tema, y parecen encaminados a aprobar la utilización de diagnósticos genéticos por parte de las compañías aseguradoras para proceder al otorgamiento de las pólizas de seguro.

En Argentina por el contrario, el Congreso Multidisciplinario sobre Responsabilidad Civil, Seguros y Contralor Estatal, realizado en la Universidad del Museo Social Argentino en 1997, propuso que *“la información genética goza de protección constitucional. El asegurado no puede ser conminado a revelar sus datos genéticos en ocasión de contratar un seguro. Quienes tuvieren acceso a esa información están sometidos a la estricta observancia del deber de confidencialidad”*²⁵⁴.

En 1982 la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre Ingeniería Genética señalaba que era conveniente que se introdujeran sanciones a través de normas reguladoras para la conservación y uso de la información genética. El Parlamento Europeo también emitió su opinión al respecto, y en 1989 emitió una Resolución sobre Problemas Éticos y Jurídicos derivados de la Manipulación Genética, y se señalaba que se revisarían los conceptos de enfermedad y defecto genético, con el fin de evitar que se consideren como tales las meras alteraciones genéticas. Esa misma Resolución hace referencia al derecho de los individuos a interiorizarse de sus resultados genéticos y de prohibir su difusión a organismos públicos o empresas privadas, sin su previo consentimiento. Además indica que se prohíbe la contratación de personas

²⁵⁴ Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez (1998): *“Bioderecho”*; cit.; Buenos Aires, Argentina; pág. 112 / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; págs. 250 y 251.

basadas en criterios genéticos y que se prohíben este tipo de análisis para el otorgamiento de pólizas de seguro.

La Declaración de Valencia sobre Ética y el Proyecto Genoma Humano de 1990 señala que *“la información genética solo podía ser obtenida o revelada -como principio general- con la previa conformidad del interesado o de su representante legal, requiriendo cualquier excepción a este principio una fuerte justificación legal y ética”*²⁵⁵. De igual manera, en 1993 la Declaración de Bilbao sobre Aspectos Jurídicos del Proyecto Genoma Humano, acentuó su rechazo al uso de los datos genéticos para el área laboral y de seguros. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo en 1996, en su artículo 11 indica que *“solo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado”*²⁵⁶.

También encontramos señalamientos dentro de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997, en donde se indica que *“cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas. Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad”*²⁵⁷. Así mismo señala que *“nadie puede ser objeto de discriminaciones fundadas en sus*

²⁵⁵ Ver al respecto, entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Aspectos jurídicos del Proyecto Genoma Humano”; cit., ED 153-934; PENCHASZADEH, Víctor B., “Aspectos éticos en genética médica”; cit.; págs. 298 y 299 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 252.

²⁵⁶ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; págs. 252 y 253.

²⁵⁷ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 253.

*características genéticas, cuyo objeto o efecto sea atentar contra sus derechos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad”*²⁵⁸.

El daño sufrido a causa de la discriminación, como resultado del diagnóstico genético, puede dar como origen una indemnización, tanto patrimonial como moral. Debemos dejar claro que dentro de las distintas responsabilidades que surgen de las técnicas de Reproducción Asistida, existen varias personas que pueden señalarse como merecedores de ser considerados como afectados, y por lo tanto, indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados, y que pueden ser tanto patrimoniales como morales. Primeramente podemos señalar, al recién nacido como la persona quien puede reclamar la indemnización, por ser el directamente afectado. Este podrá hacer su reclamo de manera personal, si tuviera mayoría de edad, o sino a través de un representante o su curador. En segundo lugar, serán los padres también quienes podrán reclamar indemnizaciones por los daños que haya sufrido el recién nacido. Esta indemnización, será tanto moral, por los daños psicológicos que puedan llegar a tener, como patrimoniales, por los gastos en los que tuvieron que incurrir a consecuencia del daño producido al recién nacido.

También el marido puede reclamar una indemnización en contra de los médicos o las clínicas por el daño causado, a consecuencia de la realización de una de las técnicas de Reproducción Asistida en su mujer, sin su consentimiento o conocimiento del mismo. Además el marido podrá reclamar a su mujer por haber accedido a la Reproducción Asistida mediante el uso de semen de un tercero, sin su consentimiento. La pareja podrá en cualquier momento reclamar a los indemnización a los médicos o clínicas especializadas, por cualquier mala práctica médica, que cause daños al recién nacido o a la pareja en general.

²⁵⁸ Eduardo A. Sambrizzi (2001): “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 253.

Finalmente el reclamo podrá ser hecho por cualquier persona, de quien se hubiera difundido sus datos genéticos sin su consentimiento y autorización, y como consecuencia de esto hubiera sufrido algún daño. Podemos darnos cuenta, que tanto el médico, como las clínicas encargadas de realizar las técnicas de Reproducción Asistida, son responsables en relación con los recién nacidos y con sus padres por cualquier daño ocasionado, en razón de su proceder sea este, por negligencia o dolo. Sin embargo, los médicos no son responsables en el caso de no haberse dado la fecundación, siempre que hubieran actuado de forma responsable y diligente, y no su hubiera producido el embarazo. En cambio, pueden considerárseles responsables *“por un acto médico considerado como erróneo, como podría ser la incorrecta selección de los gametos, o la manipulación errónea de éstos o del embrión, o inclusive por el abandono en la atención del paciente, ya sea que ésta o el hijo en gestación hubieran sufrido daños, tales como, por ejemplo y entre otros, taras o malformaciones. Es que en todo contrato por el cual se conviene la atención médica, se encuentran al menos implícitas cláusulas por las cuales el médico debe poner toda su ciencia y conciencia en la correcta atención del paciente”*²⁵⁹.

Hay ciertos sectores de la doctrina que consideran que los hijos podrían en algún determinado momento exigir a los padres una indemnización por algún tipo de enfermedad contraída genéticamente. No es lógico pensar que una pareja se abstendría de tener relaciones sexuales por el temor a que su descendencia sufra de alguna enfermedad hereditaria o genética, ya que dichas enfermedades no pueden ser conocidas y tampoco es seguro que la descendencia pueda nacer con enfermedades. *“A los esposos no se les puede prohibir tener relaciones sexuales aptas para la procreación, no pudiendo, en consecuencia, admitirse la posibilidad de que los hijos le reclamen a sus padres una indemnización pecuniaria por habérseles transmitido genéticamente una enfermedad, no debiendo dejarse de lado en el análisis que no obstante la transmisión*

²⁵⁹ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 255.

*de la enfermedad, también se le ha dado al hijo -entre otras muchas cosas- nada menos que la vida”*²⁶⁰.

Puede también existir la posibilidad de que la mujer o la pareja aún sabiendo del peligro de transmitir una enfermedad genética o hereditaria procedieran a realizar alguna de las técnicas de Reproducción Asistida y por ende afectando directamente al menor. La autora Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez considera y califica *“como demasiado irresponsable la actitud de los padres que, conociendo la posibilidad de una enfermedad grave, acuden a la inseminación artificial; responsabilidad que -agrega- sería inexcusable si la inseminación fuera heteróloga y conocieran o pudieran conocer el defecto del gameto extraño que provoca la enfermedad”*²⁶¹. En estos casos, la responsabilidad si sería de los padres para con los hijos, pero también será de los médicos que accedieron a practicar una de las técnicas de Reproducción Asistida.

La Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida en su artículo 19, numeral segundo señala que *“... 2. Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan, incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes, o si por omitir la información o los estudios protocolizados se lesionaran los intereses de donantes o usuarios o se transmitieran a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudios previos”*²⁶².

²⁶⁰ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 260.

²⁶¹ Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez (1998): *“Bioderecho”*; Buenos Aires, Argentina / Citada por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 261.

²⁶² Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 262.

Una acción dirigida en contra de los padres no debería ser viable, ya que no puede culpárselos de la transmisión genética de una enfermedad, si es que estos no han conocido sobre la existencia de la misma. Pero por otro lado, si existiera conocimiento por parte de los padres, entonces la responsabilidad recae sobre éstos. De igual manera, recaería la responsabilidad en los médicos y en la clínica que se encargó de llevar a cabo los procedimientos y técnicas de Reproducción Asistida que conociendo la existencia de una posible enfermedad procedieron a realizar la fertilización y posterior embarazo.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS Y LEGISLACIONES INTERNACIONALES QUE REGULAN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

4.1 Estados Unidos

4.1.1 Experimentación Científica y Protección del Embrión Humano

En los Estados Unidos, no existen leyes, en cuanto a este tema que sean de carácter federal, sino que se basan de acuerdo a las leyes estatales. En este país, generalmente se permite la investigación con embriones siempre que sea realizada dentro de los catorce días desde la fecundación, y además son siempre embriones que han sobrado de procesos o tratamientos de fertilizaciones in vitro anteriores. No obstante, en Minnesota, la investigación con embriones está prohibida, salvo que sea con el fin de proteger su salud y vida.

4.1.2 Reproducción Asistida Heteróloga y Donación de Embriones

A pesar de que no existe regulación legal de las técnicas de Reproducción Asistida, son admitidos a nivel nacional los documentos emitidos por la Sociedad Americana de Fertilidad.

Las Consideraciones Éticas de las Técnicas de Fecundación Asistida, aprobadas por el Comité de Ética de la Sociedad antes referida en el mes de noviembre de 1994, se refieren al derecho de reproducción de los usuarios de las técnicas de Reproducción Asistida, pues las personas, con la finalidad de

procrear, pueden libremente recurrir a las distintas posibilidades que ofrece la ciencia.

4.1.3 Congelación de Gametos y Embriones y Fecundación Post Mortem

En Estados Unidos las leyes están orientadas a permitir la criopreservación de los embriones, y así poderlos utilizar en el futuro, tanto para la fecundación como para su estudio.

Como es sabido, dentro de los Estados Unidos, cada Estado se rige por su propia normativa, pero en este campo la American Society of Fertility se pronunció contrario a la fecundación post mortem.

4.1.4 Atribución de la Maternidad e Impugnación de la Paternidad

Se establece que la madre portadora dispone de un período de tiempo durante el cual puede optar por quedarse con el niño, período que es de veinte días contados desde el nacimiento en los Estados de Pensilvania, Michigan y Nueva York. De acuerdo con la Ley de Minnesota, la madre subrogada tiene el derecho a la custodia legal y física de la criatura durante un período de dos semanas. En el Estado de Arkansas y en el de California, la Ley dispone que si una pareja contrata a una madre portadora soltera para la gestación de un niño, se reconoce a aquéllos como los padres legales.

En el caso “Johnson vs. Calvert” en el que un cigoto formado por los gametos de un matrimonio fue implantado en el útero de una mujer con quien se había contratado la gestación y la posterior entrega del niño, la Corte Suprema de California resolvió que los cónyuges eran los padres naturales del nacido y que

debido a que ambas mujeres habían presentado pruebas de maternidad, prevalecía la intención de las partes, negándole hasta el derecho de visitas a la madre subrogada, ya que esto afectaría el vínculo de paternidad de los padres biológicos.

Por su parte la impugnación de la paternidad no está permitida, en base a la inseminación artificial, al cónyuge que la hubiera consentido. Esta disposición está contenida en las leyes de varios Estados como Nueva York, Georgia, Connecticut, Kansas, Carolina del Norte, Oklahoma, entre otros.

4.1.5 Derecho del Hijo a Conocer la Identidad del Padre

Las disposiciones varían según el Estado, por ejemplo en el de Michigan de se establece que al cumplir los dieciocho años de edad, se deberá entregar la historia clínica del donante, nombre, etc., al que hubiere nacido de una inseminación heteróloga.

4.1.6 Maternidad Subrogada

En cuanto a los problemas suscitados por el pago de la suma prometida como contraprestación por el servicio de la gestación, los Tribunales han declarado que no puede ser reclamado ningún pago, con excepción de los gastos en los que incurra la gestante.

En un caso muy sonado es el conocido como Baby M. ocurrido a fines de la década del ochenta, la Suprema Corte de Nueva Jersey dictaminó que el contrato de subrogación era nulo y por lo tanto inexigible y otorgó la custodia de la menor al padre por haber proveído el semen, sin tomar en cuenta que la

gestante aportó con el óvulo, otorgándole a ésta el derecho de visita varios años después.

En un similar caso ocurrido en el año 1993, la Corte Suprema del Estado de California declaró válido el contrato de maternidad subrogada y atribuyó la maternidad del hijo a la mujer que lo había encargado y que quería procrearlo. Por otro lado, existen varios estados en los cuales se prohíbe este tipo de prácticas, como el Estado de Texas, en donde dicha prohibición radica en la ley sobre la esclavitud.

En otros estados de la nación americana, ya se debaten distintos proyectos para la legalización de estas prácticas, limitándolos siempre en caso de transmisión por parte de la madre de enfermedades, cuando los padres donantes sufren de algún tipo de enfermedad transmisible hereditariamente, o en el caso de los contratos de subrogación que se realizan a cambio de una contraprestación monetaria.

Muchos Estados permiten la realización de los contratos de subrogación por parte de una pareja casada o por razones médicas; en cambio, en el estado de Louisiana los contratos de maternidad subrogada no son exigibles cuando se ha estipulado un precio por el mismo. Cabe recalcar que en este último estado se presenta una característica especial por ser de derecho civil, ya que el sistema jurídico de este estado no es basado en la *common law*.

4.1.7 Discriminación Genética

En Estados Unidos está totalmente prohibido a las empresas aseguradoras el uso de la información genética para decidir sobre el otorgamiento de un seguro, ya que esto provocaría un rechazo de todas aquellas personas que no se

presentaren atractivas para la aseguradora, en cuanto a su utilidad, y se discriminaría a todas aquellas que podrían producir un gasto a la misma.

4.2 Latinoamérica

4.2.1 El Comienzo de la Vida

Las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, efectuadas en San Juan en 1989 se señaló que la doctrina jurídica debía adoptar como principio indispensable el respeto que merece toda persona desde el momento de la concepción. La Academia Nacional de Medicina, también señalaba en su Declaración de 1995 que *“la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide”*²⁶³. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires publicó una Declaración en defensa de la vida en 1994, en donde se aclaraba que el comienzo de la vida humana empezaba desde su concepción. El mismo Código Civil Ecuatoriano señala en su artículo 61 que *“la ley protege la vida del que está por nacer...”*²⁶⁴.

El maestro argentino Vélez Sarsfield afirmaba que *“las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras no habría sujeto que representar”*²⁶⁵. El Pacto de San José de Costa Rica concluyó que el ser humano empieza a existir desde su concepción.

²⁶³ Alberto Rodríguez Varela (1993): *“Persona humana, experimentación y clonación”*; cit.; ED 171-1052 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 132.

²⁶⁴ *“Código Civil”*: R.O.-S. 46; 24 de junio de 2005.

²⁶⁵ Vélez Sarsfield en las notas realizadas al artículo 63 del Código Civil Argentino / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 133.

Con el reconocimiento del inicio de la vida desde la concepción, se entiende implícitamente que la persona empieza a ser titular de derechos, aún estando dentro del vientre materno. Es por esto que varias legislaciones latinoamericanas han adoptado normas que apoyan dichos derechos.

El Código Civil Paraguayo determina que *“la persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado”*. El Código Civil Peruano por su parte, reconoce el comienzo de la vida desde la concepción. El Código Chileno también reconoce que la vida humana inicia desde la fecundación.

4.2.2 Experimentación Científica y Protección del Embrión Humano

En las Recomendaciones aprobadas por el IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia realizado en Panamá en 1997, se señalaba que *“Debe prohibirse la utilización de las técnicas de reproducción asistida con fines distintos a la procreación; el uso de estas técnicas con fines de lucro o experimentales; la comercialización de óvulos y espermatozoides, así como su importación o exportación; toda técnica que conlleva daño a la vida y demás derechos del concebido; el derecho y el congelamiento de embriones, así como cualquier uso industrial de ellos”*.

4.2.3 Reproducción Asistida Heteróloga y Donación de Embriones

El Código de Ética Médica de Brasil de enero de 1965 prohíbe expresamente la inseminación heteróloga. Esta prohibición nos hace entender que la donación de embriones está permitida, o al menos no prohibida. Cabe destacar que Brasil es uno de los países con mayores avances en las

investigaciones médicas en el mundo y recientemente, en un artículo publicado en el diario El Universo del veinticinco de septiembre de dos mil cuatro, se señala que el gobierno brasileño incentivará la creación de varios bancos para almacenar cordón umbilical, los mismos que servirán como trasplantes de médulas óseas.

4.2.4 Congelación de Gametos y Embriones y Fecundación Post Mortem

La Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires señaló al respecto que: *“la criopreservación de embriones impone a los mismos un destino incierto, porque produce la muerte de hijos en etapa embrionaria en un porcentaje variable de acuerdo con los distintos centros de fertilización asistida, porque no garantiza la transferencia de todos ellos al útero materno, lo cual significa selección y descarte. Esto implica desinteresarse de la suerte de estos embriones a los que no se les reconoce ningún valor intrínseco... Por estos motivos, es conveniente que las técnicas en fecundación asistida se ajusten a imitar la fecundación natural en cuanto al número de óvulos fertilizados”*. Así mismo el Colegio de Abogados de Buenos Aires concluía que debía ser castigado penalmente este tipo de práctica.

El IX congreso Mundial sobre Derecho de Familia efectuado en Panamá en 1997, dictó la recomendación de prohibir la práctica de la fecundación post mortem. De igual manera, en las I Jornadas Internacionales de Derecho Civil realizadas en Lima, Perú en 1992, se concluyó que el semen del marido difunto no debería utilizarse, tanto para la inseminación artificial como para la inseminación de otra mujer. La única excepción que se presenta es cuando se hubiera donado el semen a un banco autorizado.

4.2.5 Atribución de la Maternidad e Impugnación de Paternidad

La legislación argentina considera como madre a la que gestó al niño, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 del Código Civil; además resulta improcedente la acción de impugnación basándose en que el óvulo no perteneció a la madre gestante. La Ley sobre Filiación y Patria Potestad dispone que el marido no pueda ejercer la acción de impugnación de la maternidad alegando que su esposa no era la madre del nacido, por haberse producido la fecundación extracorporal con un óvulo que no era de ella, si existió consentimiento de ambos cónyuges. En Uruguay, un Proyecto de Ley presentado en 1991 establece que madre es la mujer que ha dado a luz al niño.

Por su parte el artículo 240 del Código Civil de Paraguay establece la impugnación a la filiación entre otras causas por no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo. No está permitida la impugnación de la paternidad, en base a la inseminación artificial, al cónyuge que la hubiera consentido. Esta disposición está contenida en legislaciones como el artículo 187 de los Códigos de Familia de Bolivia, artículo 72 del Código Civil de Costa Rica, artículo 182 de la ley 19.585 Chilena.

4.2.6 Derecho del Hijo a Conocer la Identidad del Padre

En Argentina, se entiende como principio general que toda persona tiene derecho para determinar su verdadera identidad, principio que contiene la Ley de Filiación 23.264, incorporada al Código Civil, sin existir norma expresa que excluya a la procreación médicamente asistida. En el caso de la fertilización heteróloga, el niño tiene derecho no solo a conocer quien es su padre biológico, sino también a iniciar una acción de reclamación de estado contra él, para lo cual

deberá también impugnar la paternidad de quien aparezca como padre, normado en los artículos 251 y 259 del Código Civil.

El Proyecto de Ley de la República Oriental del Uruguay del año de 1991 dispone el secreto sobre la identidad del donante, salvo los casos de orden judicial debidamente fundada y en el caso de enfermedad del hijo que requiera estudios genéticos.

Las I Jornadas Internacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Lima en Perú, en septiembre de 1992, aprobó que los datos personales de todo donante se mantengan en reserva, pudiendo ser suministrados únicamente por orden judicial.

4.2.7 Maternidad Subrogada

El IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia celebrado en septiembre de 1997 en Panamá, recomienda la prohibición del arrendamiento de vientres y, si se produjera se debía tomar en cuenta el alumbramiento como criterio para determinar la maternidad, reputándose el contrato como nulo. Similares recomendaciones se emitieron en las III Jornadas Internacionales sobre Derecho Civil celebradas en la ciudad de Lima, en septiembre de 1992.

4.2.8 Manipulación de Embriones y Mala Práctica Médica

En Costa Rica, según el decreto 24.029-S de 1995, se permite la implantación de un máximo de seis óvulos en la mujer por cada ciclo de tratamiento, exigiendo que todos los óvulos fecundados sean depositados en el útero de la mujer.

4.2.9 Discriminación Genética

El Congreso Multidisciplinario sobre Responsabilidad Civil, Seguros y Contralor Estatal, efectuado en la Universidad del Museo Social Argentino en 1997, concluyó y determinó que *“la información genética goza de protección constitucional. El asegurado no puede ser conminado a revelar sus datos genéticos en ocasión de contratar un seguro. Quienes tuvieren acceso a esa información están sometidos a la estricta observancia del deber de confidencialidad”*²⁶⁶.

4.3 Comunidad Europea

4.3.1 El Comienzo de la Vida

En Ginebra la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial de 1948 hacía un juramento que decía: *“Mantendré el absoluto respeto de la vida humana desde la concepción, incluso bajo la amenaza, jamás admitiré el empleo de mis conocimientos médicos contra las leyes de la humanidad”*²⁶⁷.

El Código Civil austriaco en el artículo 22 indica que *“los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero”*²⁶⁸.

²⁶⁶ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; págs. 250 y 251.

²⁶⁷ Enrique C. Bancho (1991): *“Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida”*; cit.; LL 1991-B-833, V / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; págs. 132 y 133.

²⁶⁸ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; pág. 133 / *“Código Civil General de Austria”*: Art. 22.

La legislación alemana no deja dudas acerca del inicio de la vida humana al señalar que *“comienza desde el instante de la introducción del espermatozoide en el óvulo hasta la culminación del proceso de fecundación”*²⁶⁹.

En este mismo sentido, el profesor J. Lejeune afirmaba categóricamente que *“la fecundación extracorpórea es la demostración experimental en nuestra especie de que el hombre comienza en el momento mismo de la fecundación. Es decir, que el comienzo del ser humano no es ya una cuestión metafísica sino una demostración experimental”*²⁷⁰.

No obstante, todas estas declaraciones y normativas presentes, el Tribunal Constitucional español ha resuelto en más de una ocasión que solo los nacidos son titulares del derecho a la vida, excluyendo de esta forma a los que están por nacer y desconociéndolos como personas, ya que son solo un bien jurídicamente protegidos.

4.3.2 Experimentación Científica y Protección del Embrión Humano

Muchas convenciones y declaraciones se han formulado para regular la experimentación científica para proteger al ser humano. Entre estas Declaraciones y Convenios tenemos la de Helsinki de 1964 en la que se determinaron varios principios básicos para la experimentación científica, entre los que podemos destacar los siguientes:

²⁶⁹ Eduardo A. Sambrizzi (2001): *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; págs. 252 y 253.

²⁷⁰ J. Lejeune; cit. por Domingo M. Basso *“Nacer y morir con dignidad. Bioética”*; cit.; págs. 332 y 333, nota 106 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra *“La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”*; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; págs. 252 y 253.

- “1. El experimento debe tener suficiente fundamento científico y una base experimental previa. Se puede realizar con personas solo después de haber experimentado con animales;
2. La experimentación la llevará a cabo personal científicamente cualificado;
3. El sujeto que va a ser sometido al experimento debe estar bien informado y dar su consentimiento libre; debe comprender el fin del experimento;
4. El riesgo con respecto a la vida, la salud, las molestias, deben ser proporcionales al beneficio que gana directamente el paciente o la comunidad, estando por encima el bien del individuo;
5. No todo se puede investigar, en el sentido de que la investigación de determinados aspectos de la ciencia puede llegar a ser perjudicial para toda la humanidad”²⁷¹.

Así mismo, en el año 1982 el Consejo de Europa elaboró la Recomendación 934, sobre ingeniería genética, en donde se destacaba que el derecho a la vida y la dignidad humana (artículos 2 y 3 de la Convención Europea de los derechos Humanos), llevan implícitos los de heredar características genéticas sin que sufran ningún tipo de manipulación.

Por otro lado la recomendación 1046 de 1986 sobre utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se invitaba a los Estados miembros a que prohíban las prácticas y manipulaciones que sean consideradas indignas del ser humano, como serían la clonación, la

²⁷¹ José E. Bustos Pueche (1991): “El derecho civil ante el reto de la nueva genética”; cit.; Madrid, España; págs. 191 y 192 / Citado por el autor Eduardo A. Sambrizzi en su obra “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina; 2001; pág. 167.

ectogénesis, las quimeras y sobretodo las experimentaciones en embriones humanos.

La Recomendación 1100, soporta la diferenciación entre investigación y experimentación, entendiendo la primera como la que se realiza sobre preembriones muertos, y solo aceptada en vivos, cuando tengan fines diagnósticos, preventivos o terapéuticos; y la segunda que se procura la prohibición tanto en embriones como en fetos vivos. Posteriormente en la Recomendación 1160 de 1991 el Consejo de Europa se decidió realizar una Convención para tratar la Bioética.

En 1988, la sexagésima Conferencia de la Asociación Internacional de Leyes hizo énfasis en la protección de los embriones desde que son concebidos, y así cuidar con la individualidad del ser humano; y además, se prohibió toda clase de experimentación, que no tenga fines terapéuticos.

En 1989, basándose en el Informe Rothley, el Parlamento Europeo prohibió los intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético del ser humano, ya que las modificaciones de la información hereditaria constituirían una falsificación de la identidad, y exigió la penalización en los casos de transferencia de genes a células germinales humanas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, efectuada en La Laguna en 1994, y que fue aprobada por la UNESCO, en su artículo 3 señala que *“las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y perpetuación de la Humanidad, en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño de cualquier manera que sea la forma humana de la vida, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética*

de la Humanidad...”²⁷². Por su parte, también la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la UNESCO en 1997, y que posteriormente fue adoptada y afirmada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1998, en el artículo 1 señala que *“el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas”*²⁷³. Igualmente en el artículo 10 señala que *“ninguna investigación relativa al genoma humano ni sus aplicaciones, en particular, en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrán prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de los grupos humanos”*²⁷⁴.

Luego de estas afirmaciones que ratificó la Asamblea General de las Naciones Unidas, empezó a entenderse al genoma humano como un verdadero patrimonio de la humanidad.

La legislación francesa no reconoce el término preembrión, por lo tanto, no hace diferencias dentro del ciclo de vida del embrión, y por lo mismo, no reconoce el plazo de catorce días para poder realizar varios tipos de investigaciones y experimentaciones (tal como lo reconocen otras legislaciones europeas). Sin embargo, esta legislación permite que se hagan estudios, pero siempre con el consentimiento de la pareja y una autorización de una comisión especial, y que no sean dañinos para el embrión. Además también permite el diagnóstico previo a la implantación para la detección de posibles enfermedades en el embrión.

²⁷² [“http://www.fortunecity.com/campus/dawson/196/decgenoma.htm”](http://www.fortunecity.com/campus/dawson/196/decgenoma.htm): “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”: Art. 3.

²⁷³ [“http://www.fortunecity.com/campus/dawson/196/decgenoma.htm”](http://www.fortunecity.com/campus/dawson/196/decgenoma.htm): “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”: Art. 1.

²⁷⁴ [“http://www.fortunecity.com/campus/dawson/196/decgenoma.htm”](http://www.fortunecity.com/campus/dawson/196/decgenoma.htm): “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos”: Art. 10.

En el año 2000, en las Jornadas sobre las Ciencias de la Vida y de la Salud, organizadas por el Comité Consultivo de Francia, el gobierno francés se comprometió a enviar un proyecto de ley para modificar las leyes de 1994 con el fin de lograr que las técnicas de procreación in vitro mejoren para evitar los embarazos múltiples y para permitir el cultivo de células para poner a punto terapias para enfermedades incurables.

El Código Civil Francés en su artículo 16 numeral 4 señala que “*nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana. Toda práctica eugenésica encaminada a la organización de la selección de personas queda prohibida. Sin perjuicio de las investigaciones orientadas a la prevención o tratamiento de enfermedades genéticas, no puede llevarse a cabo transformación alguna de los caracteres genéticos con la finalidad de modificar la descendencia de la persona*”²⁷⁵.

El Código de la Salud Francés tiene como principio general el de la prohibición de cualquier experimentación sobre el embrión; no obstante, a título de excepción se admite que el hombre y la mujer que formen la pareja acepten que se realicen estudios sobre sus embriones, siempre que tengan finalidad terapéutica y que no pueda significar ofensa para el embrión.

El Código Penal Francés en su artículo 511 numeral 1 señala la prohibición de realizar sobre el óvulo “*prácticas eugenésicas tendientes a la organización de la selección de personas*”²⁷⁶, y determina una sanción de veinte años; en cambio, el numeral 17 establece la pena de prisión y multa a quien realizare una concepción in vitro o utilizare embriones humanos con un fin industrial o comercial; y el numeral 18, igualmente pena la concepción in vitro

²⁷⁵“http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm#Capítulo%20II:%20Del%20respeto%20del%20cuerpo%20humano”: “Código Civil de la República de Francia”: Art. 16.

²⁷⁶“http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/penal_textE.htm#Sección%20I:%20De%20la%20protección%20de%20la%20especie%20humana”: “Código Penal de la República de Francia”: Art. 511.

de embriones humanos pero con la finalidad de ser para uso investigativo y de experimentación.

En Alemania tampoco se admite el concepto de preembrión, ya que la existencia de las personas se la entiende desde que se produce la concepción. Los experimentos e investigaciones que se hagan sobre los embriones son prohibidos y castigados penalmente. También se prohíbe la alteración en la línea germinal humana, además de las alteraciones genéticas. Otras prohibiciones se reflejan en el hecho de prohibirse la utilización de células reproductoras humanas alteradas genéticamente, la selección del sexo (sin fines terapéuticos) y la fecundación de óvulos en una mayor cantidad que la permitida en un mismo ciclo.

Por su parte la legislación inglesa, basándose en el Informe Warnock, ha adoptado la utilización del término preembrión. Así mismo, permite la investigación con fines terapéuticos y de diagnóstico, pero solo hasta el día catorce, desde la fecundación. Sin embargo, esta autorización requiere de la aprobación de autoridades públicas y siempre con el conocimiento de la pareja.

La ley española también contempla desde 1988 el término preembrión, y permite la investigación y experimentación de los embriones hasta el día catorce desde la fecundación. En cuanto a los preembriones, se permite hacerles un diagnóstico para calificar su viabilidad y detectar posibles enfermedades, para tratarlas o evitar su fecundación. Para la ley española, toda práctica que se realice sobre los embriones debe buscar el bienestar del feto que está por nacer. Cualquier tratamiento que se pretenda realizar sobre los preembriones debe hacérselo en un Centro Especializado. Estos tratamientos no pueden tener como fin la alteración hereditaria.

El Código Penal Español en su artículo 159 también sanciona esta práctica, señalando que *“los que, con finalidad distinta a la eliminación o*

*disminución de taras o enfermedades graves, manipulen seres humanos de manera que se altere el genotipo*²⁷⁷, serán castigados con pena de prisión e inhabilitación para cualquier empleo o cargo público.

En la Constitución de Suiza, en 1992 se introdujo la prohibición de intervenir en el patrimonio genético de los gametos y embriones humanos. En la legislación sueca la experimentación de los embriones está permitida hasta catorce días después de la fecundación. En Noruega no se reconoce el término preembrión, y así mismo, cualquier tipo de investigación y experimentación sobre el mismo, salvo que se lo haga con fines terapéuticos. Posteriormente también se prohibió cualquier tipo de intervención sobre las células germinales humanas. Dentro de la legislación austriaca las intervenciones sobre células germinales humanas están prohibidas por la Ley de Transferencia Génica, según el artículo 64. En Dinamarca se aceptan las experimentaciones e investigaciones pero prohibiendo cualquier tipo de alteración genética. Además los embriones que han sido utilizados con estos fines no podrán ser implantados o fecundados posteriormente. El gobierno belga desde 1999 ha analizado un proyecto de ley para permitir la creación de embriones humanos con fines investigativos. En Italia no se contempla una ley específica que proteja este tema, sin embargo, el Código Penal si contempla varios delitos en contra de la identidad genética.

4.3.3 Reproducción Asistida Heteróloga y Donación de Embriones

Este tipo fecundación está permitido en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y que está sometida a ciertas consideraciones:

²⁷⁷ “<http://html.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>”: “Código Penal de España”: Art. 159

- a) Examen psicofísico del donante de gametos;
- b) Información al donante sobre los fines e implicaciones de la donación;
- c) Celebración de un contrato inscrito con el Centro Autorizado;
- d) Mayoría de edad del donante y anonimato del mismo;
- e) Ausencia de carácter lucrativo o comercial;
- f) Procede su revocación solamente en el caso de que el donante, por infertilidad sobrevenida, necesita para sí los gametos donados, caso en el cual el donante deberá devolver los gastos originados al Centro Especializado; y,
- g) Máxima similitud fenotípica e inmunológica y máxima compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar, lo que es responsabilidad del equipo médico.

En la legislación francesa la donación gratuita de gametos de terceros ya sean masculinos o femeninos está permitida de conformidad con lo establecido en la Ley 94-654 Relativo a la Donación y Utilización de Elementos y Productos del Cuerpo Humano, de Asistencia Médica para la Procreación y el Diagnóstico Prenatal. Para que la donación sea permitida es necesario que se compruebe la imposibilidad de procrear por parte de la pareja. El artículo 311, numeral 20 del Código Civil Francés determina los requisitos para que una pareja pueda recurrir a una asistencia médica asistida a través de la donación de un tercero donante, uno de los cuales es el consentimiento ante el juez o escribano público, cuyo efecto es la prohibición de toda acción de impugnación de filiación o de reclamación de estado, a menos que la pretensión se base en que el hijo no nació como consecuencia de la asistencia médica, o que el consentimiento no causó efecto. El artículo L.673-2 del Código de la Salud Pública establece que *“el donante debe formar parte de una pareja que haya procreado, debiendo ser dado por escrito el consentimiento de ambos, lo que también debe hacer la pareja receptora, el cual puede ser revocado antes de toda intervención, por uno o ambos miembros de la pareja”*.

La Ley noruega del 12 de junio de 1987 permite la donación de gametos, pero exclusivamente masculinos, excluyendo de tal manera la donación de óvulos, con la finalidad de asegurar el nexo biológico entre madre e hijo. Esta ley tampoco permite la fecundación in vitro heteróloga. La ley alemana de protección del embrión, n. 745/90 del 13 de diciembre de 1990, prohíbe la donación de óvulos y permite la donación de gametos masculinos, pero con una autorización especial. La Constitución suiza prohíbe la donación de embriones, porque considera que este tipo de prácticas recae en la comercialización del patrimonio germinal humano, lo que está expresamente prohibido. La ley sueca 1140 del año 1994, permite la donación de gametos, para lo cual hay que registrar los datos del donante y conservarlos durante 60 años. Prohíbe la fecundación in vitro heteróloga. En la Ex Unión Soviética, el Ministerio de Sanidad Soviético, mediante un decreto emitido el 13 de mayo de 1987, permite la inseminación artificial con donante, pero solo en matrimonios o casos de tratamiento de la esterilidad. Para fines terapéuticos es permitida solo en casos específicos.

4.3.4 Congelación de Gametos y Embriones y Fecundación Post Mortem

En la legislación francesa se permite este tipo de práctica de acuerdo con la ley 94-654, en la que se permite a la pareja decidir sobre el número de embriones que desean implantar.

Por su parte las leyes alemanas (1990) y suiza (1999) prohíben esta práctica de la criopreservación; para estas legislaciones únicamente se pueden fecundar fuera del cuerpo femenino los óvulos que se van a trasplantar inmediatamente.

En España, la ley 35 permite que embriones sobrantes de una técnica de reproducción asistida puedan ser crioconservados en bancos autorizados, pero máximo hasta por cinco años, pero además que pasado dos años desde la criopreservación, estos embriones puedan ser utilizados libremente por los bancos autorizados. También permite el congelamiento del semen hasta por cinco años, pero en cambio, prohíbe la criopreservación de óvulos, cuando no existan garantías sobre su viabilidad luego de su potencial descongelamiento.

En Gran Bretaña se permite este tipo de práctica, según lo señalado por la ley de 1990.

La legislación alemana de 1990 prohíbe la fecundación de un óvulo luego de la muerte del marido aportante del semen, pero señala claramente que no se sancionará a la mujer que se somete a la fecundación, sino que se castigará con privación de hasta tres años al que realizare dicha operación, ya que esta legislación establece el derecho de ser madre.

En Francia, según su Código de Salud Pública, se señala que para que se pueda aplicar alguna de las técnicas de reproducción asistida, la pareja debe estar viva; y según el Código Civil, la defunción de uno de ellos deja sin efecto el consentimiento para la práctica de una de estas técnicas.

A pesar que en Italia no existe normativa alguna sobre reproducción asistida, el Consejo Nacional de la Federación de Médicos, dictó normas deontológicas y prohibió el embarazo post mortem.

En España, según su ley 35, se permite el uso del semen hasta seis meses luego de la muerte del marido, pero siempre que éste hubiere declarado bajo escritura pública o en el testamento. De darse el caso el niño nacido de esta

manera gozará de la filiación matrimonial y tendrá completos derechos para heredar a su padre.

Por su parte, con la ley de 1990 de Gran Bretaña, aunque no se prohíbe esta práctica, el hombre no será considerado legalmente como padre del niño nacido.

4.3.5 Atribución de la Maternidad e Impugnación de la Paternidad

La Ley de Nacionalidad de Holanda de 1985 establece que la madre es la mujer que ha dado a luz al niño.

Tanto el Informe Warnock como el del Parlamento Europeo del año 1988 y la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

No está permitida la impugnación de la paternidad, en base a la inseminación artificial, al cónyuge que la hubiera consentido. Esta disposición está contenida en legislaciones como el artículo 1839 del Código Civil de Portugal, el artículo 8.1. de la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, el artículo 201-1 del Código Civil Holandés, el artículo 318 del Código Civil Belga, artículo 256 del Código Civil Suizo, artículo 539 del Código Civil de Québec, artículo 311-20 de la Ley 94/653 Francesa, en la Ley Noruega, artículo 32 del Código Civil Búlgaro, artículo 1471 del Código Civil Griego, artículo 312 del Código Civil de Luxemburgo, la Ordenanza sobre Inseminación Artificial del Ministerio de Asuntos Sociales y de Salud, de marzo de 1984 de Hungría, la Ley 1140 de 20 de diciembre de 1984 de Suecia y en la sección 28.2 de la Ley Inglesa de 1990.

En Italia se permitía la impugnación hasta el mes de marzo de 1999, en el que la Corte de Casación emitió un fallo, negando la acción de impugnación de la paternidad al marido que previamente había prestado su consentimiento para la inseminación heteróloga de su esposa.

Por otro lado, la paternidad atribuida al marido es recomendada por el Informe Warnock, contrariando lo establecido en la Registration of Birth Act, de 1957 de Inglaterra en el que se disponía que el hijo que había nacido de una inseminación artificial con gametos de un donante debía ser declarado en el Registro de Estado Civil como hijo ilegítimo, nacido de padre desconocido.

4.3.6 Derecho del Hijo a Conocer la Identidad del Padre

Se reconoce el derecho a la persona nacida por inseminación heteróloga, a conocer a su progenitor biológico o los datos relativos a su ascendencia, lo que encontramos en legislaciones de países como Austria con su ley del primero de julio de 1992 (en donde se establece como requisito que la persona cumpla catorce años de edad), la Constitución Suiza, la Ley Sueca 1140 sobre Inseminación Artificial (se informará al hijo sobre la identidad del donante cuando éste hubiera alcanzado la madurez suficiente).

Por otra parte, varios países niegan el derecho al hijo de indagar sobre su padre biológico, como son las legislaciones de Alemania, Noruega y Suiza, la Orden Legal 12 del Ministerio Nacional de Salud sobre Fertilización Artificial de la Mujer del 30 de mayo de 1987 de Bulgaria, la Ley 94-654 Francesa (se permite solamente cuando los médicos consideran razones terapéuticas), la Ley Española de sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

El Comité de Expertos del Consejo de Europa en su Informe de 1984 se pronunció a favor del anonimato del donante, pero dejó abierta la posibilidad de que se dicten leyes en el que se permita al niño tener acceso a la información sobre su padre biológico, pero sin establecerse relaciones de filiación, al cumplir la mayoría de edad.

El Informe Warnock recomienda guardar el anonimato del donante hasta que el hijo cumpla los dieciocho años de edad, momento en el cual debe tener acceso a la información básica acerca de su origen genético.

4.3.7 Maternidad Subrogada

Se prohíbe la maternidad de sustitución en legislaciones como la Constitución Federal Suiza, la Ley Noruega de 1987, la Ley Alemana de 1990 (ésta prohíbe también la fecundación de un óvulo con la finalidad de provocar un embarazo en una mujer distinta de aquella de la que procede el óvulo), artículos 345 y 353.1 del Código Penal Francés, artículo 16-7 del Código Civil Francés insertado por la ley 94-653, la Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la Ley de 1985 y la Ley 711 de 1988 de Suecia, la Ley para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte -Surrogacy Arrangements Act- de 1985

El Informe Warnock recomienda que se consideren ilícitos los contratos por los cuales una madre se compromete a gestar un niño que luego debe entregar a quienes se lo encargaron, ya sea que se hubiera utilizado un óvulo de esa madre, de la persona que lo encargó, o inclusive de un tercero; recomendó que el nacido debe ser considerado hijo de la persona que lo alumbró y que se prohíban las empresas intermediarias para la realización de esta práctica.

Por su parte, la Resolución de 16 de marzo de 1989 dictada por el Parlamento Europeo rechaza toda forma de maternidad por cuenta de terceros y también la intermediación de empresas que se dedican a la explotación comercial de esta actividad; el informe sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética emitido por dicho órgano en 1990, llegó a las mismas conclusiones.

Los Tribunales de Gran Bretaña, en un caso en que se había convenido un pago por la gestación, declararon la nulidad del contrato y dispone que la custodia de la niña quede para la madre sustituta.

4.3.8 Manipulación de Embriones y Mala Práctica Médica

La legislación española indica que las técnicas de reproducción asistida solo podrán ser utilizadas cuando existan posibilidades razonables de éxito y no ameriten riesgos innecesarios para la mujer o su descendencia y en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud, siempre que hayan consentido libremente en someterse a una de estas prácticas.

En Dinamarca, según la ley de 1997, no se permite la práctica de alguna de las técnicas de reproducción asistida en mujeres mayores de 45 años.

Por su parte la legislación alemana prohíbe la implantación de más de tres embriones en una mujer dentro del mismo ciclo, y lo sanciona con pena privativa de la libertad, hasta por tres años.

4.3.9 Utilización de Gametos de un Tercero Donante

El Código Penal francés, según la reforma 94-653, castiga con prisión y multa pecuniaria cuando no se hubieran extraído los tests necesarios para detectar algún tipo de enfermedad contagiosa y se procediera a realizar una de las técnicas de reproducción asistida.

4.3.10 Fertilización Asistida Realizada sin Conocimiento o Contra la Voluntad de la Mujer o del Marido

La legislación sueca de 1984, prohíbe la práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento previo por escrito del varón que viva con la mujer que desea ser inseminada.

Así mismo, la ley alemana sanciona con pena de privación de la libertad hasta por tres años y multa pecuniaria a la persona que practicara una fecundación artificial con óvulos y semen de una mujer y hombre que no hubieran consentido en dicha práctica. Se sancionará de igual forma a quien transfiera un embrión a una mujer sin su consentimiento.

En España según la ley 35, se requiere de la autorización del hombre cuando la pareja se encuentra casada, pero también se exigirá al varón cuando éste se hubiera constituido en pareja estable de la mujer. Dentro de los delitos relativos a la manipulación genética de la ley española, ésta sanciona con prisión de dos a seis años a quien practicara una de las técnicas de reproducción asistida en una mujer sin su previo consentimiento, y además lo inhabilita para desempeñar cargos públicos.

La Legislación penal de Portugal castiga con prisión de uno a cinco años por la práctica de alguna de las técnicas de reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento.

En Francia se sanciona con pena de privación de la libertad y multa a quienes hubieran extraído gametos masculinos o femeninos sin el previo consentimiento de las partes.

4.3.11 Discriminación Genética

La legislación francesa permite el estudio de las características genéticas de las personas solo para determinar la filiación y para fines médicos y de investigación, y por tanto se prohíbe su utilización para la contratación de seguros o para el campo laboral. El Código Penal del mismo país galo, señala una pena a quien divulgare información genética de una persona, e incluso sanciona la tentativa.

En Suiza, según las reformas realizadas en su constitución en el año 1999, se permite el análisis del patrimonio genético de una persona únicamente con su consentimiento o bajo una orden legal.

En Gran Bretaña, según un editorial publicado en el periódico The Independent, las compañías de seguros podrán utilizar pruebas genéticas para determinar la existencia de la enfermedad degenerativa de Huntington. Esta idea que será aplicada por Gran Bretaña, ha sido bien acogida por la mayoría de los países europeos, y dentro de sus propias legislaciones ya se estudia la posible adaptación de dicha norma.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

En las últimas décadas la estructura familiar ha sido afectada por varias circunstancias que atentan con su estabilidad social. Entre estas circunstancias se puede identificar las siguientes:

- a) Aumento de la natalidad;
- b) Disminución de los matrimonios y el aumento de la unión libre; y,
- c) Los avances de la ciencia.

El aumento de natalidad constituye un problema para la actual estructura familiar porque el aumento demográfico podría llevar a una restricción a las personas para procrear, como actualmente ocurre en la República Popular China en donde cada familia puede tener un solo hijo que tendrá la protección del Estado.

La disminución de matrimonios ha ocasionado el aumento de la unión libre, una nueva forma de estructura social, que cada vez más gana aceptación en las legislaciones del mundo, equiparándolo en muchos aspectos con el matrimonio, e incluso en parejas del mismo sexo.

Los avances de la ciencia los podemos encontrar en el campo de la embriología. “El extraordinario adelanto de la ciencia, ha cambiado por completo la forma unitaria existente para procrear. Hoy en día, se puede reemplazar el acto sexual para procrear por una serie de procedimientos médico-científicos, por los cuales se consigue el mismo fin: el hijo”²⁷⁸. Gracias al avance de la ciencia se puede pensar en temas que hasta hace poco

²⁷⁸ Arturo Valencia Zea (1978): “Derecho Civil, Tomo V”; Editorial Temis; Bogotá, Colombia; pág. 6 / Citado por la autora María Elisa Rojas de Peláez en su obra “La Inseminación Artificial (Fertilización

tiempo se consideraban imposibles, como pueden ser la inseminación artificial, la Fertilización In Vitro (F.I.V.), los vientres de alquiler, etc.

Podemos decir que estas técnicas de Reproducción Asistida son relativamente nuevas, ya que, si bien es cierto, que han sido utilizadas en el pasado y que se las ha ido aplicando con mayor frecuencia en las últimas décadas, aparecen como recientes, debido al auge que han empezado a tener en los finales de la década de los noventa y actualmente en el nuevo milenio.

Debemos mirar a las técnicas de Reproducción Asistida como métodos que pueden mejorar la calidad de vida del hombre, entendiéndola como una ayuda que tienen las parejas para consolidar sus anhelos de convertirse en padres y conformar una familia.

Cuando hablamos de las técnicas de Reproducción Asistida debemos entenderlas como aquellos procedimientos que están orientados a conseguir la fecundación y concepción, utilizando gametos masculinos y femeninos, generalmente en un ambiente extracorpóreo, para luego ser implantados en las trompas de la mujer que se ha sometido a unos de estas prácticas.

Así mismo, debemos comprender, que estas técnicas aunque aparezcan como exclusivas de la ciencia médica, no son así, ya que la Reproducción Asistida abarca ámbitos y áreas tal vez inimaginables por sus creadores. Tanto así que llega a comprender todo el espectro jurídico y legal de nuestra sociedad, lo que hace que cada día se vea más urgente la implementación o adaptación de legislaciones orientadas hacia estas técnicas reproductivas. Y es muy entendible, si nos damos cuenta que todos los aspectos de la vida llegan a relacionarse en algún momento con el campo legal.

Terapéutica) frente al Derecho"; Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Grado; Bogotá, Colombia; 1981; pág. 38.

En la mayoría de las veces los Estados no se encuentran preparados para enfrentar estos nuevos problemas, resultado de la aplicación de técnicas que no se encuentran reguladas ni normadas por ningún cuerpo jurídico, pues el derecho va un paso atrás de la ciencia.

Es lamentable comprender que los Estados empiezan a preocuparse de esta temática luego que se han presentado casos concretos y que se han encontrado en situaciones de inseguridad jurídica, tanto por la imposibilidad de aplicar la ley, o por interpretación errónea de las pocas normas relacionadas que se puedan llegar a tener de forma aislada.

No obstante, la necesidad que presenta la sociedad por implementar políticas o legislaciones orientadas hacia este campo es emergente y vemos que son muy pocos los países que han llegado a legislar esta temática, y muy pocos han logrado un consenso para delimitar los alcances de las técnicas de Reproducción Asistida.

Pero dentro del consenso al cual han llegado pocos países, podemos destacar en ellos varios puntos que son orientados a la protección jurídica en este campo de la Reproducción Asistida, y de los cuales podríamos destacar:

- a) Este tipo de técnicas está orientado principalmente a parejas heterosexuales, generalmente casadas o al menos unidas establemente;
- b) Tanto los especialistas en ésta materia como los centros especializados deben ser supervisados y controlados constantemente, para efectuar un control sanitario efectivo;
- c) Tanto la paternidad como la maternidad deben estar regulados por todas las legislaciones en cuanto a los diferentes tipos de nacimientos logrados con estas técnicas;
- d) Debe existir confidencialidad entre los usuarios de estas técnicas y los centros especializados;

- e) La vida de los embriones in vitro debe tener una máximo de catorce días;
- f) Igualmente el almacenamiento de embriones y gametos debe tener un límite máximo de tiempo;
- g) No cabe aceptar la inseminación o fecundación post mortem;
- h) Es indispensable que para la utilización de cualquiera de estas técnicas exista siempre el consentimiento de las partes intervinientes;
- i) Debe prohibirse cualquier tipo de intermediación en cuanto a la subrogación de vientres;
- j) Esta tecnología reproductiva debe estar libre de comercialización;
- k) Debe prohibirse la selección de los sexos, salvo los casos en que por enfermedad hereditaria convenga a la fecundación;
- l) Prohibición de uso para seguros en aspectos laborales; y,
- m) Así mismo, debe prohibirse todo tipo de manipulación genética.

Al igual que encontramos consenso, también encontramos divergencias entre los distintos países que han contemplado esta temática reproductiva, y dentro de los cuales podemos destacar los siguientes:

- a) La remuneración de los donantes de embriones y gametos;
- b) La confidencialidad que existe entre el menor y quien donó los embriones o gametos;
- c) La conservación de la información, en cuanto al tiempo y forma de mantenerlo;
- d) Donación y conservación de los embriones, en cuanto al tiempo, acceso y forma;
- e) Limitación del donante en cuanto al número de niños; y,
- f) Diagnóstico genético.

Es obvio y evidente entender las divergencias que pueden presentarse entre un país y otro, ya que cada uno debe velar por guardar coherencia y estabilidad con sus

propias leyes internas, usos y costumbres. Sin embargo, existen principios generales y universales que todas estas legislaciones han adoptado y que podemos agruparlas de la siguiente manera:

- a) Respeto por la dignidad del hombre;
- b) Seguridad del material genético;
- c) Calidad de los servicios brindados;
- d) Inviolabilidad de la persona; y,
- e) Inalienabilidad del cuerpo humano.

Es importante comprender que la vida de un ser humano en el pasado estaba considerado desde el momento en que era desprendido del seno materno; sin embargo, en la actualidad se reconoce casi de manera universal que la vida de las personas empieza desde el momento mismo de la concepción, y además sus componentes, es decir, los embriones y gametos son organismos que tienen vida y deben ser respetados íntegramente. Lo que nos lleva a concluir que desde la existencia de los seres humanos, se entiende un reconocimiento legal.

Posiblemente, como consecuencia de la mentalidad de la sociedad en la que vivimos y debido a la idea utilitarista y hedonista con la que se manejan las cosas en nuestra época, este tipo de práctica ha ido reemplazando paulatinamente los principios por aquellos intereses mercantilistas y comerciales que priman en el mundo.

En esta nueva era, las corrientes mercantilistas han conseguido que se considere la utilización de estas técnicas, como un medio en que los embriones humanos sean vistos como simples cosas, susceptibles de negocio y no como potenciales personas. Dicha mentalidad ha traído consigo consecuencias catastróficas, como pueden ser la destrucción masiva de embriones, la experimentación e investigación para fines eugenésicos, etc.

El desarrollo de las ciencias y la tecnología han arrastrado a la sociedad al avance económico y cultural de las sociedades del primer mundo, lo que ha hecho que muchos principios éticos y se vean reemplazados por normas y conductas de vida que se aplican a dichos avances.

Este tipo de práctica ha provocado una serie de críticas y comentarios contrarios que han hecho que la evolución en dicho tema se vea retardada; no obstante, el avance de la ciencia es incontenible y cada día estas prácticas son más utilizadas en el mundo entero.

Se ha entendido que este tipo de prácticas equivaldría a una especie de fábrica para hacer bebés, en la que los padres aportan con la materia prima; no obstante, estas consideraciones, debemos entender y ser objetivos al pensar que la procreación de un ser humano, no necesariamente debe provenir del acto de amor de unos padres, puede provenir de actos totalmente independientes de amor, y no por eso podemos considerarlos inmorales. Debemos dejar atrás aquellos pensamientos retrógrados, y comprender que en el mundo actual los pensamientos machistas van perdiendo cada vez más espacio para bien de toda la humanidad.

Es obvio, pensar que estas nuevas técnicas tendrán defensores y opositores, ya que los principios reguladores de la sociedad empiezan a encontrarse sin un sustento real, cuando nos vemos en el problema de resolver situaciones que ni siquiera han sido planteadas por las distintas legislaciones.

Principios reguladores de una sociedad caduca, que no sigue el paso vertiginoso de la ciencia y la tecnología, han provocado este atascamiento jurídico. El problema con la Reproducción Asistida ha sido que se enfrenta contra principios milenarios que han nacido y convivido en la humanidad desde sus inicios, por lo que han crecido arraigados en nuestra sociedad. Un enfrentamiento que supone la Reproducción Asistida en cuanto a la misma naturaleza humana, desde su concepción y el nacimiento, hasta la muerte.

En los inicios de la humanidad, el hombre estaba regido por la ley natural; sin embargo, ésta fue poco a poco complementada y reemplazada por leyes, códigos y normas. En la actualidad, la sociedad se enfrenta al desafío de llenar los vacíos existentes en cuanto a la legislación en materia de Reproducción Asistida, temas que abarquen las distintas técnicas de reproducción, la casuística que puede darse en determinados momentos, los límites y reformas legales hasta donde pueden y deberían llegar temas como: la investigación embrionaria y genética, la clonación, el principio de la existencia de las personas; la filiación, la paternidad, el reconocimiento voluntario de los hijos, la maternidad, la maternidad subrogada, la maternidad disputada, los hijos concebidos en matrimonio, la declaración judicial de paternidad y de maternidad, los derechos y obligaciones entre padres e hijos, la patria potestad; la adopción; la sucesión, las reglas relativas a la sucesión intestada, las asignaciones testamentarias, las asignaciones forzosas; los delitos y sus penas, etc..

Si bien es cierto, que muchas legislaciones han intentado llenar estos vacíos legales, muchas veces el avance acelerado de la ciencia hace que dichos intentos sean insuficientes, y nuevamente las legislaciones se vean en la necesidad de crear normas o reformar las ya existentes. Igualmente, las intenciones en ciertas circunstancias son infructuosas, ya que las interpretaciones a las que se prestan pueden distar mucho del real espíritu de la ley que pretendieron darle sus creadores.

Muchos sectores que apoyan la Reproducción Asistida, consideran que normarlas y regularlas constituiría una restricción del derecho de los individuos; no obstante, debe entenderse este intervencionismo como una manera de establecer conductas que se encuentren dentro de lo que consideramos lícito y para un armonioso convivir de la sociedad.

La intervención en el ámbito legislativo es inminente, ya que en sociedades como las de nuestro mundo no puede permitirse esferas de discrecionalidad, que a corto o largo plazo puedan afectar a la sociedad en su conjunto.

Además es importante entender que dicha normatividad, restringiría el afán económico de muchos sectores que han aprovechado esta falta de legislación para poder beneficiarse de personas que buscan loablemente conformar una familia y sentirse realizados con la bendición de ser padres.

Es importante también comprender que la normativa legal en cuanto al tema que nos interesa, debe ser analizada desde varios puntos de vista, y no exclusivamente desde el ámbito legal, ya que instituciones de esta naturaleza pueden llegar incluso a afectar en cuestiones demográficas de los Estados, como podría ser su densidad y distribución poblacional o incluso hasta en la compensación natural de sexos.

Estos cuerpos normativos tendrían que ser estrictos y severos para poder castigar cualquier ilícito e imprudencia, ya que dentro de esta materia no se juega con cosas materiales, sino con vidas humanas y personalidades independientes.

A diferencia de otras áreas y materias en donde se puede hablar de un problema individual, la Reproducción Asistida abarca un problema social, más que nada con respecto al futuro de estos nuevos seres, que serán producto de nuestra capacidad para delimitar y normar la distinta casuística que nuestro tema presenta y de nuestra sabiduría para entender este tema desde un punto de vista meramente humano, olvidando ideales mercantilistas o de simple capricho por complacer deseos y anhelos ancestrales.

Igualmente, no podemos permitir que los avances científicos y tecnológicos queden desprotegidos jurídicamente y se contrapongan con todas las convicciones y principios éticos y que norman nuestra sociedad.

Si concordamos en la necesidad de legislar sobre este tema, vemos necesario y urgente que nuestro país se una a todas aquellas legislaciones que ya han intervenido al respecto, es indispensable abarcar este tema, ya que no debemos esperar a que sucedan situaciones que se encuentren desamparadas legalmente para empezar a preocuparnos,

no podemos dejar que surjan problemas sociales y no tengamos personas sin la protección jurídica debida.

Dentro de nuestra legislación podría entenderse la filiación del menor nacido bajo estas técnicas de Reproducción Asistida, de acuerdo a lo que señalan los literales b, c y d del artículo 24 del Código Civil *“Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad:*

- ...b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos;*
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre;*
- d) Por haber nacido en una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente.”²⁷⁹.*

Revisando este artículo podríamos entender que sería suficiente el hecho de que los padres reconozcan al menor, que lo declare un juez o haya nacido dentro de una unión de hecho, para empezar a considerarlo como hijo legítimo.

Sin embargo, dentro del mismo articulado podría incluirse un literal e, en el que se señale sobre el nacimiento de menores a través de técnicas de Reproducción Asistida y su correspondiente filiación.

Muchos conflictos pueden presentarse al querer normar este tema dentro de nuestro país, existirían muchas corrientes a favor y en contra, pero el hecho de que surgieran divergencias de criterios, no puede ser un obstáculo para dejar en el desamparo a personas que merecen el mismo respeto y reconocimiento que cualquiera de nosotros.

Existen bases legales en las que debemos apoyarnos, como cuando nuestra propia Constitución Política de la República, señala en su artículo 49 que *“los niños y*

²⁷⁹ *“Código Civil”*: R.O.-S. 46; 24 de junio de 2005.

adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten...”²⁸⁰.

Normas como estas hacen factible entender que es posible legislar la Reproducción Asistida en nuestro país, no obstante, es complicado porque habría que reformar varias leyes, pero eso no puede ser un impedimento para evitar la inseguridad jurídica.

Para poder considerarlo dentro de nuestra legislación, deberíamos incluirla como una forma más de adquirir la filiación, o podríamos entenderla como en el derecho Anglosajón, en el cual se lo considera como una opción dentro de la institución de la adopción, de esta manera, serviría como medio para determinar vínculos y relaciones jurídicas contempladas en la ley, entre adoptante y adoptado. Aunque las características en sí mismas no son iguales, podría adoptarse este medio para regularizar la utilización de estas técnicas. En aras de poder solucionar y llenar los vacíos existentes, ambas opciones son válidas; no obstante, y de acuerdo a las leyes existentes en nuestro país debemos analizarlas y según sus concordancias o potenciales reformas tendríamos que adoptarlas en nuestra legislación. En mi opinión me inclinaría más por incluirla como una manera más de adquirir la filiación, basándonos en nuestro propio sistema jurídico (*civil law*).

Dentro de este tema podemos encontrar un problema aún mayor que es el de considerarlo dentro del Derecho Público o del Derecho Privado. Si nos adentramos en

²⁸⁰ “Constitución Política de la República del Ecuador”; R.O. 1; 11 de Agosto de 1998.

esta problemática debemos referirnos necesariamente a pensadores que ya plantearon esta diferenciación entre el ámbito público y el privado anteriormente.

Es por esto que debemos citar y referirnos al Derecho Romano, cuando se emitió la clásica distinción entre Derecho Público y Derecho Privado: “*Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat; jus privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam publicae utilitiae, quaedam privatim spectat*. Que según la traducción de Ortolán: se llama Derecho público el que trata del gobierno de los romanos, y privado el que se refiere a la utilidad de los particulares”²⁸¹. Según esta definición el que sea público o privado va a depender necesariamente de a quien va dirigido el interés.

Analizando la definición romana, podríamos entender que Derecho Público es la que regula todo lo concerniente a la estructura del Estado y las relaciones de éste con sus individuos; en cambio, el Derecho Privado regula todos los derechos inherentes a los particulares y las relaciones entre sí.

Los maestros Savigny y Stahl, consideran que “el criterio diferencial debe residir más que en los intereses, en el fin o propósito buscado por la ley; cuando el Estado es el fin, y el individuo lo secundario, se trata de Derecho público; en el caso contrario nos hallamos en el ámbito del Derecho privado”²⁸².

Esta definición de Savigny y Stahl es entendible si vemos que en nuestras legislaciones el Estado regula las relaciones de éste con sus ciudadanos, y por otro lado, regula las relaciones de los individuos entre sí en el ámbito privado.

²⁸¹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina.

²⁸² ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina.

En cambio, para Gabba “el Derecho es público cuando se refiere a cosas no patrimoniales; de lo contrario es privado”²⁸³. Podríamos entender según esta definición que nuestro tema estaría comprendido dentro del Derecho Público, ya que al hablar de seres humanos no podemos referirnos a bienes patrimoniales; sin embargo, cabe cuestionarnos que la relación existente entre la pareja y los médicos especialistas es netamente privada porque afecta a la esfera de los particulares.

Según la legislación argentina las “normas de Derecho privado son las que protegen intereses jurídicos particulares, aunque se funden, en unos casos más que en otros, en razones de utilidad pública, o aunque en una relación jurídica dada intervenga el Estado como persona jurídica civil”²⁸⁴.

Si nos acogemos a esta última consideración, y por la cual nos inclinamos, entendemos que por más que nuestro tema vea en sí involucrado y pueda afectar a toda una sociedad, ésta no podría dejar de ser considerada dentro del Derecho privado, ya que efectivamente regula relaciones entre particulares.

El tema que nos compete, afectará necesariamente a instituciones como el de la Familia, la Filiación, la Adopción, etc. Y es por esto, que para poder normar este tema dentro de nuestra legislación debemos ser cuidadosos en el respeto del campo jurídico y guardar coherencia con otras normas ya existentes, para evitar leyes contrapuestas y sin sentido que no estén acorde con nuestra sociedad y nuestro tiempo.

Quisiera señalar que la aspiración del ser humano por dar vida, no debe ser limitada por reglas y normas caducas que imposibilitan la realización humana y el justo anhelo de la mujer por convertirse en madres y cumplir el rol más importante de la vida. Así mismo, este anhelo no debe ser negado por nuestra incapacidad y falta de sabiduría

²⁸³ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina.

²⁸⁴ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina.

para ser visionarios y legislar sobre los problemas que la sociedad presente y que pudiera llegar a tener en el futuro.

No podemos sentarnos a esperar que las soluciones se den en otras legislaciones para posteriormente adoptarlas como nuestras. Debemos actuar pronto y eficientemente para legislar estos vacíos legales y no permitir que la inseguridad ocupe más espacios en nuestro marco jurídico.

Finalmente podemos concluir con la recomendación de analizar un Proyecto de Ley que se encuentra en formación, y que debería ser presentado a finales de año, mismo que se encargará de legislar sobre este tema tal como ya se lo ha presentado en otros países latinoamericanos, tomando en cuenta la realidad nacional, el marco legal vigente y las características sociales de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

ARTÍCULOS:

- DIARIO EL HOY (2002): “Tecnociencia: Más Bebés Probeta en Ecuador”; Quito, Ecuador.
- DIARIO EL UNIVERSO (2004): “La inyección de la vida se aplica en Guayaquil”; Guayaquil, Ecuador.
- DIARIO EL UNIVERSO (2004): “Brasil crea banco para almacenar cordón umbilical”; Guayaquil, Ecuador.
- DIARIO EL UNIVERSO (2004): “Mujer con un transplante en ovario dio a luz”; Guayaquil, Ecuador.
- DIARIO EL UNIVERSO (2005): “Mujer rumana de 67 años dio a luz ayer a una niña”; Guayaquil, Ecuador.
- DIARIO EL UNIVERSO (2005): “Nacen bebés “diseñados” para salvar a hermanos”; Guayaquil, Ecuador.
- DIARIO EL UNIVERSO (2005): “Italia da la espalda a las reformas a la Ley de fecundación asistida”; Guayaquil, Ecuador.
- DIARIO EL UNIVERSO (2005): “La Iglesia Católica prepara una campaña antiaborto”; Guayaquil, Ecuador.
- REVISTA ORGYN. Revista de Organon sobre la Mujer y la Salud (1996): “Fertilidad. Edición Especial”; Holanda.
- REVISTA VISTAZO (2002): “Preguntando al Especialista: Técnicas para ser Padres”; Ecuador.

CÓDIGOS:

- Constitución Política de la República del Ecuador
- Código Civil

- Código de Menores
- Código de la Niñez y la Adolescencia
- Código de la Salud
- Código Civil de la República Argentina
- Código Civil de la República de Francia
- Código Penal de la República de Francia
- Código Civil de España
- Código Penal de España

CONFERENCIAS:

- Juan Pablo II (23/10/1982): “Discurso a los Participantes en un Convenio de la Academia Pontificia de las Ciencias”; AAS 75 (1983) 37.
- Juan Pablo II (03/12/1982): “Discurso a los Participantes al Convenio del “Movimiento en Favor de la Vida””; Insegnamenti di Giovanni Paolo II, V, 3 [1982] 1512.
- Juan Pablo II (29/10/1983): “Discurso a los Participantes de la 35a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial”; AAS 76 (1984) 391.
- Juan Pablo II (29/10/1983): “Discurso a los Participantes en la 35a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial”; AAS 76 (1984) 392.
- Santa Sede (25/11/1983): “Carta de los Derechos de la Familia, Art. 4b”; L'Osservatore Romano.
- COMISIÓN WARNOCK (1983): “In Vitro Fertilization: the ethical sigues. The Philosophical Quarterly”; Estados Unidos.

LIBROS:

- ABELIUK MANASEVICH, René (1983): “Las Obligaciones”; Editorial Ediar Editores Ltda.; Santiago de Chile, Chile.
- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, Mercedes (1998): “La Clonación y Selección de Sexo ¿Derecho Genético?”; Madrid, España.
- ANDORNO, Roberto L. (1994): “Fecundación Asistida: Consideraciones Éticas, Legales y Religiosas”; Publicación de la Fundación Edgardo Nicholson, Volumen IV, Número ¾.
- ANDORNO, Roberto: “Fecundación In Vitro y Valor de la Vida Humana”; ED 120-950.
- APARISI MIRALLES, Ángela; “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”; ED 167-873.
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E. “Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil: Censo de ovocitos y embriones crioconservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre”; Conf.; ED.
- ARIAS LONDOÑO, Melba (1993): “Derecho de Familia: Legislación de Menores y Actuaciones Notariales. Primera Edición”; Editorial Ecoe Ediciones; Colombia, Santafé de Bogotá.
- AUBRY Y RAU: “Tours de Droit Civil Francais”; Cuarta Edición, Impreso en la Librería General de Jurisprudencia; París, Francia.
- BANCHÓ, Enrique C. (1991): “Status jurídico del nasciturus en la Procreación Asistida”; LL 1991-B-826.
- BASSO Domingo M. (1993): “Nacer y Morir con Dignidad. Bioética.”; Tercera Edición; Buenos Aires, Argentina.
- BERGEL, Salvador Darío (2000): “Libertad de Investigación y Responsabilidad de los Científicos en el Campo de la Genética Humana”; en Bioética y Genética; Buenos Aires, Argentina.
- BONNECASE, Julien (1993): “Tratado Elemental de Derecho Civil”; Editorial Harla S.A.; México D.F., México.

- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (1997): “Aspectos Éticos Jurídicos de la Procreación Humana Artificial”; LL.
- BUSTAMENTE ALSINA Jorge A. (1996): “Las Nuevas Tecnologías Biomédicas frente a la Ética y el Derecho”; LL; C-1015, Buenos Aires, Argentina.
- BUSTOS PUECHE, José E. (1991): “El Derecho Civil ante el reto de la Nueva Genética”; Madrid, España.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo: “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”; Editorial Heliasta; Buenos Aires, Argentina.
- CAFFERATA, José I.: “Las nuevas técnicas de Reproducción Humana y el Derecho Positivo Argentino”; ED 130-729.
- CARBONIER, Jean (1961): “Derecho Civil, Tomo I, Vol. II. Situaciones Familiares y Cuasifamiliares”; Editorial Bosch; Barcelona, España.
- CICU, Antonio (1947): “El Derecho de Familia / Traducción de Santiago Sentís Melendo; Estudio Preliminar y Adiciones de Derecho Argentino por Víctor Neppi”; Editorial Ediar; Buenos Aires, Argentina.
- COLIN – CAPITANT (1953): “Tours élémentaire de Droit Civil Français, Tomo I”; Editorial Librairie Dalloz ; París, Francia.
- CORREDOR, Bertha (1962): “La familia en América Latina”; serie socioeconómica, Centro de Investigaciones Sociales; Bogotá, Colombia.
- DIAZ DE GUIJARRO, Enrique (1953): “Tratado de Derecho de Familia”; Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires, Argentina.
- DÍEZ-PICAZO – PONCE DE LEÓN, Luis (1999): “Las Nuevas Fronteras y las Crisis del Concepto de Familia. Notas para un debate posible”; en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.); El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas; Santa Fe, Colombia.
- DIEZ-PICAZO, L.: “Problemas Civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro”.

- EDWARDS, Robert - BRODY, Steven (1995): “Principles and Practice of Assisted Human Reproduction”; Editorial W.B.Saunders Company; Estados Unidos, Philadelphia.
- ENCICLOPEDIA DE DERECHO USUAL DE CABANELLAS (CD-ROM).
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA (CD-ROM); Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.; Buenos Aires, Argentina.
- FERRARA Francesco: “Las Personas Jurídicas”; Editorial Reus; Madrid, España.
- FERRER, Francisco A.M. (1995): “El embrión humano y la nueva Constitución”; JA 1995-II-855.
- GARCÉS, María Teresa (1971): “Autoridad Familia Compartida”; Derecho Colombiano; Bogotá, Colombia.
- GARNER CH (1983): “In Vitro Fertilization and Embryo Transfer”; JOGNN.
- GOMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (1993): “La Fecundación In Vitro y la Filiación”; Editorial Jurídica de Chile; Santiago de Chile, Chile.
- GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán (1984): “Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en Seres Humanos”; Ediciones Librería del Profesional; Bogotá, Colombia.
- GOMEZ SANCHEZ, Yolanda (1994): “Derecho a la Reproducción Humana”; Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Universidad Complutense de Madrid; España, Madrid.
- JOSSERAND, Louis, “Derecho Civil, Tomo 2 Volumen I”; Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cía. Editores Buenos Aires; Buenos Aires, Argentina.
- LABRUSSE-RIOU, C.: “Don et utilisation de sperme e d’ovocytes. Le point de vue de un juriste” .
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Informe sobre inseminación artificial y otros extremos semejantes”.
- LARREA HOLGUIN, Juan (1985): “Derecho Civil del Ecuador. Tomo II. Derecho Matrimonial. Cuarta Edición Actualizada”; Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones; Ecuador, Quito.

- LLEDO YAGUE, F. “Fecundación Artificial y Derecho”.
- LLEDO YAGUE F. (1987): “La Genética Actual y el Derecho de Familia”; Rev. Tapia; Oct.1987; Cit. <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- LOPATA A (1983): “Concepts in Human In Vitro Fertilization and Embryo Transfer. Fertil Steril”
- LÓPEZ DE CARRIL Julio J.: “La Filiación y La Ley 23.264”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina.
- MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria (2001): “Nuevas Formas de Procreación y el Derecho Penal”; Editorial Ad-Hoc; Buenos Aires, Argentina.
- MARIS MARTÍNEZ, Stella (1994): “Manipulación Genética y Derecho Penal”; Editorial Universidad; Buenos Aires, Argentina.
- MASON, Mary-Claire (1993): “Male Infertility–Men Talking”; Routledge; Estados Unidos, New York.
- MAZEAUD Henri, Jean y León (1965): “Lecciones de Derecho Civil, Parte I, Vol. III”; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires, Argentina.
- MEDINA, Graciela - ERADES, G. “Maternidad por otro. Alquiler de Úteros”; Santa Fe, Colombia.
- MENDEZ COSTA, María Josefa – D’ANTONIO, Daniel H (1991): “Derecho de Familia, Tomo III”; Santa Fe, Colombia.
- MENDOZA GARCIA, Luis - CARRILLO, Rigoberto: “Diccionario Jurídico. Instructivo y Práctico”; Editorial Impresos Nueva Luz; Ecuador, Guayaquil.
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N. (1998): “Bioderecho”; Buenos Aires, Argentina.
- ALVAREZ, Jorge (1995): “Teoría General de las Obligaciones”; Editorial PUDELECO Editores S.A.; Quito, Ecuador.
- MORO ALMARAZ, M. J.: “Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro”.
- MOSSO, Carlos: “Algunas Consideraciones Éticas y Jurídicas Acerca de la Procreación Artificial”; ED 167-960.

- ORTEGA MANTILLA DE GRIJALVA, Alba Lucía (1989): “Proyecciones Jurídicas de la Inseminación Artificial Humana”; Tesis Doctoral, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia; Quito, Ecuador.
- OSSET HERNANDEZ, Miguel: “Ingeniería genética y derechos humanos”; Barcelona, España.
- PARELLADA, Carlos A. (1991): “Una Aproximación del Derecho de Daños Frente al Manipuleo Genético”; en Derecho de Familia. Libro en homenaje a la Doctora María Josefa Méndez Costa; Santa Fe, Colombia.
- PITKIN Roy M. (1986): “Clínicas Obstétricas y Ginecológicas. Volumen I. Primera Edición”; Editorial Emalsa S.A.; España, Madrid.
- PUIG BRUTAU, José (1991): “Compendio de Derecho Civil. 4. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones”, Segunda Edición, Editorial Bosch S.A.; Barcelona, España.
- PUIG PEÑA, Federico (1976): “Compendio de Derecho Civil Español”; Ediciones Pirámide S.A.; Madrid, España.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo (1999): “Bioderechos”; Buenos Aires, Argentina. Cit. <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2000): “Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición”; Editorial Espasa Calpe S.A.; España, Madrid.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2001): “Diccionario Jurídico Espasa”; Editorial Espasa Calpe, S.A.; Madrid, España.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (2000): “Diccionario de Medicina”; Facultad de Medicina de la Universidad de Navarra. España, Editorial Espasa Siglo XXI; Madrid, España.
- RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (1995): “Consenso Latinoamericano en Aspectos Ético-Legales Relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida”; Reñaca, Chile.
- RODRÍGUEZ VARELA, Alberto (1993): “Persona Humana, Experimentación y Clonación”; ED. 171-1052.

- ROJAS DE PELAEZ, María Elisa (1981): “La Inseminación Artificial (Fertilización Terapéutica) frente al Derecho”; Tesis de Grado; Bogotá, Colombia.
- ROMEO CASABONA, Carlos M. (2000): “El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina”; cit., Bioética y genética; Buenos Aires, Argentina.
- ROMEO CASABONA, Carlos M. (1999): “Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas”; en La eugenesia hoy; Bilbao-Granada, España.
- SANDELOWSKI, Margarete (1993): “With Child in Mind: Studies of the Personal Encounter with Infertility”; University of Pennsylvania Press; Estados Unidos, Philadelphia.
- SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001): “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina.
- SAMBRIZZI Eduardo A. (2001): “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina. / Cit. por APARISI MIRALLES, Angela, “Aspectos científicos, éticos y jurídicos de la manipulación genética en seres humanos”; cit. ED 179-963
- SAMBRIZZI, Eduardo A. (2001): “La Procreación Asistida y la Manipulación del Embrión Humano”; Editorial Abeledo-Perrot; Buenos Aires, Argentina. / Cit. por MATOZZO DE ROMUALDI Liliana, “Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?”; ED 182-1656.
- SUAREZ FRANCO, Roberto (1999): “Derecho de Familia. Tomo I. Filiación. Régimen de los Incapaces. Tercera Edición”; Editorial Temis S.A.; Colombia, Santa Fe de Bogotá.
- SUAREZ FRANCO, Roberto (1999): “Derecho de Familia. Tomo II. Filiación. Régimen de los Incapaces. Tercera Edición”; Editorial Temis S.A.; Colombia, Santa Fe de Bogotá.
- VALENCIA, Zea Arturo (1978): “Derecho Civil, Tomo V”; Editorial Temis; Bogotá, Colombia.

- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (1998): “La Regulación de la Reproducción Humana Asistida en el Derecho Español”, en Derechos Reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida; Bilbao-Granada, España.
- VIDELA Mirta (1999): “Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir.”; Editorial AD-Hoc, Buenos Aires, Argentina.
- WAGMAISTER, Adriana M. (1989): “Maternidad Subrogada”; en Derecho de Familia; Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Número 3; Buenos Aires, Argentina.
- ZANNONI, Eduardo A. (1989): “Derecho de Familia, Segunda Edición”; Buenos Aires, Argentina.
- ZANNONI, Eduardo A. (1989): “El daño genético y por transmisión de enfermedades”; en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número 1, “Daños a la persona”; Santa Fe, Argentina.

PÁGINAS WEB:

- <http://200.105.240.202/core/eluniverso.asp?fecha=01/18/2005&edicion=1&page=noticia&id=1064&tab=1&contid=108B34FF19234EDA93D6B9BDEE2D8627>
- <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/EspaniaLeyRep.html>
- <http://derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html>
- http://es.wikipedia.org/wiki/fecundaci%C3%B3n_humana
- <http://html.rincondelvago.com/codigo-penal-espanol-de-1995.html>
- http://secretjurid.www5.50megs.com/textos/pacto_sjcostarica.htm
- <http://www.aplicaciones.info/actua/actua60c.htm>
- <http://www.arrakis.es>
- <http://www.artehistoria.com>
- <http://www.artehistoria.com/frames.htm?http://www.artehistoria.com/historia/contextos/2181.htm>
- <http://www.asesor.com.pe>

- http://www.babysitio.com/preconcepcion/problemas_fertilidad_tecnic.php#1
- <http://www.bioeticaweb.com/content/view/1014/86/>
- <http://www.bioeticaweb.com/content/view/275/49/>
- http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc_leg1.htm#Germany
- <http://www.cervantesvirtual.com>
- http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01477392211525562032268/p0000001.htm#I_30
- <http://www.cfm.org.br>
- http://www.cfm.org.br/bancotxt/des_etica/16.htm
- <http://www.cirugia.net>
- <http://www.cirugia.net/laparoscopia.htm>
- <http://www.comunidad.derecho.org>
- <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/CartaObispos.html>
- <http://www.comunidad.derecho.org/dergenetico/ComisionWarnock.html>
- <http://www.cooprinsem.cl>
- <http://www.crea.ws/>
- <http://www.cristianshomosexuales.org>
- http://www.cubaencuentro.com/es/derechos_humanos/instrumentos_internacionales_de_la_oea/convencion_americana_sobre_derechos_humanos_pacto_de_san_jose
- <http://www.derecho.com>
- http://www.diplomatie.gouv.fr/label_france/ESPANOL/EURO/50_ans/50_ans.html
- <http://www.dlh.lahora.com>
- <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Colegio.5.htm>
- <http://www.doctorcito.com>
- <http://www.edufuturo.com>
- <http://www.edufuturo.com/educacion.php?c=1554>
- <http://www.edufuturo.com/educacion.php?c=1719>
- <http://www.elcomercio.com.ec>

- <http://www.elhoy.com.ec>
- <http://www.eluniverso.com>
- <http://www.encuentra.com>
- <http://www.eugin.net>
- <http://www.europa.eu.int>
- <http://www.eurosur.org>
- <http://www.filosofia.org/cod/c1997ast.htm>
- <http://www.fortunecity.com/campus/dawson/196/decgenoma.htm>
- <http://www.history1900s.about.com>
- <http://www.ivf.com/ivffaq.html>
- <http://www.ivi.es>
- <http://www.juridicas.unam.mx>
- <http://www.juridicas.unam.mx/navjus/gob/sz.htm>
- <http://www.marxists.org>
- <http://www.marxists.org/reference/archive/morgan-lewis>
- <http://www.news.mpr.org>
- <http://www.nlm.nih.gov>
- <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency>
- <http://www.omega.ilce.edu.mx>
- <http://www.omega.ilce.edu.mx:3000/sites/fondo2000/vol1/codigo-de-manu/html/presentacion.html>
- <http://www.redlara.com>
- http://www.redlara.com/esp/reg_2003.asp
- <http://www.reproduccion.com.mx>
- <http://www.reproduccion.com.mx/proceso.html>
- <http://www.revistapersona.com.ar>
- <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>
- <http://www.schoenstatt.de/news2006/01/6t0181sp-ste-dra-elena-lugo-stem-cell.php>

- http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1409-001520020002000006&lng=pt&nrm=iso&tlng=es#fig1
- <http://www.senado.gob.mx>
- http://www.senado.gob.mx/gaceta.php?&lg=59_2&lk=1/06-04-2004/documento37.html
- <http://www.uchile.cl/bioetica/doc/repasis.htm>
- <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>
- <http://www.vatican.va>
- http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/family
- <http://www.viatusalud.com>
- <http://www.viatusalud.com/diccionario.asp?S=maternidad>
- <http://www.vidahumana.org>
- <http://www.vidahumana.org/news/fecund-assist>
- <http://www.vidahumana.org/vidafam/iglesia/donum.html>
- <http://www.vidahumana.org/vidafam/repro>

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANALISIS HISTORICO DEL DERECHO DE FAMILIA Y LA FILIACION

1.1	<u>Origen y Evolución Histórica de la Familia</u>	11
1.1.1	<u>La Familia en Egipto</u>	15
1.1.2	<u>La Familia en Babilonia</u>	16
1.1.3	<u>La Familia en Asiria</u>	18
1.1.4	<u>La Familia en Israel</u>	19
1.1.5	<u>La Familia en Persia</u>	21
1.1.6	<u>La Familia en la India</u>	22
1.1.7	<u>La Familia en China</u>	24
1.1.8	<u>La Familia en Grecia</u>	25
1.1.9	<u>La Familia en Roma</u>	28
1.1.10	<u>La Familia en Germania</u>	31
1.1.11	<u>La Familia en la Edad Media</u>	33
1.1.12	<u>La Familia en la Edad Moderna</u>	34
1.1.13	<u>La Familia en la Edad Contemporánea</u>	35
1.2	<u>Origen y Evolución Histórica de la Filiación</u>	36
1.2.1	<u>La Filiación en Babilonia</u>	37
1.2.2	<u>La Filiación en la India</u>	38
1.2.3	<u>La Filiación en Grecia</u>	38
1.2.4	<u>La Filiación en Roma</u>	39
1.2.5	<u>La Filiación en Francia</u>	40
1.2.6	<u>La Filiación en España</u>	40
1.2.7	<u>La Filiación en la Edad Media</u>	41
1.2.8	<u>La Filiación en la Edad Contemporánea</u>	41

1.3	<u>Concepto de Familia</u>	42
1.4	<u>Concepto de Filiación</u>	45
1.5	<u>Legislación Nacional</u>	52

CAPITULO II

LA REPRODUCCION ASISTIDA

2.1	<u>Concepto</u>	58
2.1.1	<u>Visión Médico-Científica de la Reproducción Asistida</u>	64
2.1.2	<u>Conceptualización Legal</u>	69
2.1.3	<u>Perspectiva de la Reproducción Asistida desde la Óptica de la Sociedad Civil</u>	72
2.1.4	<u>Perspectiva de la Reproducción Asistida Desde la Óptica de la Sociedad Científica</u>	87
2.2	<u>La Reproducción Asistida y sus Diferentes Métodos</u>	88
2.2.1	<u>Clasificación</u>	89
2.2.1.1	<u>Reproducción Asistida Interna</u>	90
2.2.1.2	<u>Reproducción Asistida Externa</u>	91
2.2.1.3	<u>Reproducción Asistida Homóloga</u>	92
2.2.1.4	<u>Reproducción Asistida Heteróloga</u>	93
2.2.2	<u>Distintos Métodos</u>	93
2.2.2.1	<u>Inseminación Artificial</u>	93
2.2.2.2	<u>Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria (F.I.V./T.E)</u>	95
2.2.2.3	<u>Transferencia de Gamitos a la Trompa (G.I.F.T.)</u>	97
2.2.2.4	<u>Transferencia de Embriones a la Trompa (Z.I.F.T.)</u>	98
2.2.2.5	<u>Inyección Intra Citoplasmática de Espermatozoides (I.C.S.I)</u>	98
2.2.2.6	<u>Fertilización la Vitro (F.I.V.) con Ovocitos de Donante</u>	100

2.2.3	<u>Explicación Médica</u>	101
2.2.3.1	<u>Complicaciones Más Frecuentes</u>	112
2.2.4	<u>Primer Caso de Reproducción Asistida Humana</u>	114
2.3	<u>Métodos más Utilizados</u>	117
2.3.1	<u>Estadísticas</u>	118
2.3.2	<u>Ventajas y Desventajas</u>	129
2.3.3	<u>Vientres de Alquiler</u>	136
2.4	<u>Características Jurídicas</u>	143
2.4.1	<u>Renuncia de los Derechos de la Madre</u>	155
2.4.2	<u>Acuerdo No Legalizado</u>	161
2.4.3	<u>Filiación</u>	169
2.4.4	<u>Manipulación Genética</u>	184

CAPITULO III

RESPONSABILIDADES JURIDICAS DE LA REPRODUCCION ASISTIDA

3.1	<u>Manipulación de Embriones y Mala Práctica Médica</u>	199
3.1.1	<u>Cuando se realizan estas técnicas sin tener posibilidades claras de éxito o no se utilizan controles necesarios</u>	199
3.1.2	<u>Cuando la mujer que se somete a unas de estas técnicas se le introduce demasiados embriones</u>	200
3.1.3	<u>Cuando el menor nace con problemas, enfermedades, malformaciones, debido a la actuación negligente del equipo médico</u>	201
3.1.4	<u>Cuando la criopreservación de los embriones no ha sido óptima</u>	202
3.1.5	<u>Cuando se fecundan embriones que han sobrado de anteriores tratamientos y no se ha convenido con los donantes tratados</u>	202
3.1.6	<u>Cuando se destruyen embriones</u>	203

3.2	<u>Alteraciones en el Genotipo</u>	204
3.3	<u>Utilización de Gametos de un Tercero Donante</u>	205
3.3.1	<u>Cuando el que dona los embriones sufre de una enfermedad grave</u>	205
3.3.2	<u>Cuando existe error en la utilización del material genético o cuando su fin es otro diferente al que se pactó</u>	206
3.3.3	<u>Cuando se desplaza al hijo de la filiación paterna</u>	206
3.3.4	<u>Cuando existe violación al secreto de la identidad de los donantes</u>	207
3.4	<u>Maternidad Subrogada</u>	208
3.4.1	<u>Cuando la madre gestante no han declarado enfermedades, o si durante el embarazo se incumple con lo pactado en el contrato</u>	208
3.4.2	<u>Cuando la madre gestante provoca un aborto</u>	210
3.4.3	<u>Cuando la madre gestante se niega a entregar al niño a la requirente</u>	210
3.4.4	<u>Cuando existe negligencia por parte de los intermediarios y del equipo médico</u>	211
3.5	<u>Congelación de Embriones</u>	211
3.6	<u>Fertilización Asistida realizada sin conocimiento o contra la voluntad de la mujer o del marido</u>	212
3.7	<u>Revocación intempestiva del consentimiento dado para la utilización de Gametos</u>	216
3.8	<u>Fecundación Post Mortem</u>	217
3.9	<u>Clonación</u>	217
3.10	<u>Discriminación Genética</u>	218

CAPITULO IV

ANALISIS DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE REGULAN LA REPRODUCCION ASISTIDA

4.1	<u>Estados Unidos</u>	226
4.1.1	<u>Experimentación Científica y Protección del Embrión Humano</u>	226
4.1.2	<u>Reproducción Asistida Heteróloga y Donación de Embriones</u>	226
4.1.3	<u>Congelación de Gametos y Embriones y Fecundación Post Mortem</u>	227
4.1.4	<u>Atribución de la Maternidad e Impugnación de la Paternidad</u>	227
4.1.5	<u>Derecho del Hijo a Conocer la Identidad del Padre</u>	228
4.1.6	<u>Maternidad Subrogada</u>	228
4.1.7	<u>Discriminación de Gametos</u>	229
4.2	<u>Latinoamérica</u>	230
4.2.1	<u>El Comienzo de la Vida</u>	230
4.2.2	<u>Experimentación Científica y Protección del Embrión Humano</u>	231
4.2.3	<u>Reproducción Asistida Heteróloga y Donación de Embriones</u>	231
4.2.4	<u>Congelación de Gametos y Embriones y Fecundación Post Mortem</u>	232
4.2.5	<u>Atribución de la Maternidad e Impugnación de Paternidad</u>	233
4.2.6	<u>Derecho del Hijo a Conocer la Identidad del Padre</u>	233
4.2.7	<u>Maternidad Subrogada</u>	234
4.2.8	<u>Manipulación de Embriones y Mala Práctica Médica ...</u>	234
4.2.9	<u>Discriminación Genética</u>	235
4.3	<u>Comunidad Europea</u>	235
4.3.1	<u>El Comienzo de la Vida</u>	235
4.3.2	<u>Experimentación Científica y Protección del Embrión Humano</u>	236
4.3.3	<u>Reproducción Asistida Heteróloga y Donación de Embriones</u>	242

4.3.4	<u>Congelación de Gametos y Embriones y Fecundación Post Mortem</u>	244
4.3.5	<u>Atribución de la Maternidad e Impugnación de la Paternidad</u>	246
4.3.6	<u>Derecho del Hijo a Conocer la Identidad del Padre</u>	247
4.3.7	<u>Maternidad Subrogada</u>	248
4.3.8	<u>Manipulación de Embriones y Mala Práctica Médica ..</u>	249
4.3.9	<u>Utilización de Gametos de un Tercero Donante</u>	250
4.3.10	<u>Fertilización Asistida Realizada sin Conocimiento o Contra la Voluntad de la Mujer o del Marido</u>	250
4.3.11	<u>Discriminación Genética</u>	251

CAPITULO V

CONCLUSIONES

<u>BIBLIOGRAFIA</u>	265
---------------------------	-----