



UNA MIRADA TRIALISTA A LA OVODONACIÓN

FLORENCIA ARAMBURU
MARIELA CIANI
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. INTRODUCCIÓN

“Jamás en la vida encontraréis ternura mejor, más profunda, más desinteresada ni verdadera que la de vuestra madre.” Honoré de Balzac

El tema del presente trabajo se centra en un método muy moderno de concepción: **la ovodonación**.

En la Argentina, hay una tasa de infertilidad que roza entre el 15 y el 20 por ciento, y para ellos, los métodos de reproducción asistida son la puerta a sus ganas de formar una familia.

La ovodonación, es una técnica relativamente nueva, aparecida a mediados de la década del '80 como una variante de fertilización in Vitro. Es definida como *la aportación de gametos femeninos por una mujer distinta de la que los recibe*. De esta manera se utilizan óvulos de una mujer donante, y se transfieren embriones obtenidos al útero de la mujer receptora.

Así, aparece como una de las posibilidades más simples, dado que los pasos a seguir son mucho más fáciles que otras técnicas ya que, por ejemplo, no es la mujer embarazada la que recibe medicación sino la donante.

Pero en el enfoque jurídico, se producen diversas controversias sobre el nuevo ser, como así también sobre la ética de estas prácticas. Es por ello que intentaremos abordar la ovodonación desde una perspectiva trialista del mun-

do jurídico, analizando la realidad social, el conflicto de las normas y el valor justicia que incide en ellos, matizando con algunas visiones -como el utilitarismo, Kant, entre otros-, a fin de lograr un contraste que nos permita ver los pro y los contra de este método de fertilización.

2. TÉCNICA DE LA OVODONACIÓN



La función ovárica está relacionada normalmente en forma directa con la edad ya que el período más fértil de la mujer es alrededor de los 25 años, disminuye lentamente hasta los 30 y algo más hasta los 35, acentuándose a partir de ese momento.

Sin embargo, esta disminución también puede producirse en los tiempos naturales y normales; puede suceder en forma prematura, lo que se da en llamar falla ovárica temprana en general determinada genéticamente; o puede presentarse como consecuencia de tratamientos oncológicos como cirugía, rayos o quimioterapia.

Entonces, *¿Quiénes se benefician con la ovodonación?*¹:

- Mujeres que han dejado de menstruar: por menopausia precoz, o por la extirpación de los ovarios debido a un cáncer, quistes benignos o endometriosis,

¹ Para más información se puede consultar: CICERI, Mariana, "Medicina reproductiva - Ovodonación", en <http://www.mujeresysalud.com/salud/salud-reproductiva/643-medicina-reproductiva-ovodonacion>, consultada el 19 de Mayo 2009.

CHILLIK, Claudio, "Ovodonación", en <http://www.planetamama.com.ar/nota/ovodonaci%C3%B3n>, consultada el 3 de Septiembre, 2010.

por ejemplo.

- Mujeres que aún menstrúan pero no ovulan, o por un factor ovárico producen ovocitos de mala calidad;

- Mujeres que responden mal a la estimulación ovárica;

- Mujeres que superando los 40 años, independientemente de la calidad ovocitaria, han dado prioridad en otras cosas -como por ejemplo su carrera-, y postergan la maternidad para después de los 40. Eligen este método, en razón de que pasada dicha edad se aumenta el riesgo de alteraciones cromosómicas y el bebe puede padecer Síndrome de Down.

- Mujeres en las que se comprobó la herencia genética de una enfermedad que podría transmitir a sus hijos -como hemofilia, fibrosis quística o síndrome X frágil, por ejemplo-.

- Mujeres que luego de varias fertilizaciones in vitro, y habiendo pasado la instancia de una de ella en ciclo natural, se determina una falla ovárica que impide lograr óvulos fertilizables.

En este caso, no solamente ellas, sino también sus parejas se someten a estudios en pos de mejorar la compatibilidad con la donante, a saber:

- Grupo y factor sanguíneo.

- Pruebas que determinen que no se padece de ninguna enfermedad de reproducción sexual.

- Examen ginecológico.

- Espermograma.

- Estudio genético.

*¿Quiénes donan ovocitos?*²

Si bien la edad quiebre en la mujer es de 32 años, ya que la calidad de los óvulos comienza a declinar a partir de esa edad, actualmente se ha extendido hasta casi los 50 años de edad. Suelen ser ovodonantes:

² Para más información se puede visitar: “Requisitos para la donación de óvulos”, <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/requisitos-para-la-donacion-de-ovulos/>.

CICERI, Mariana, “Psicología y ovodonación” <http://www.mujeresysalud.com/salud/salud-reproductiva/644-psicologia-y-ovodonacion>, consultada el 19 de Mayo, 2009.

- Mujeres sin alteraciones reproductivas que realizan una fertilización in vitro debido a un factor masculino, y aceptan donar algunos de sus óvulos. Generalmente, al obtener una cantidad de ovocitos importante, no se fertilizan todos porque la cantidad de embriones sería excesiva. Muchas parejas ceden generosamente algunos de sus óvulos.

- Mujeres de más de treinta años que ya tienen hijos y se someten a un tratamiento de estimulación ovárica, para la aspiración de sus ovocitos, donando la totalidad de los mismos. En estos casos, generalmente, la calidad de los ovocitos es mayor, lo mismo que la tasa de embarazo.

- También mujeres que realizan una fertilización In Vitro por causa desconocida de infertilidad y que aceptan donar parte de sus óvulos, cuando se obtiene una cantidad adecuada.

Como en cualquier tratamiento de fertilidad las mujeres deben cumplir con una serie de requisitos, en pos de minimizar los riesgos, y optimizar las probabilidades de quedar embarazada.

- Revisión de historia clínica.
- Estudios que afirmen que no padecen ninguna enfermedad de transmisión sexual (SIDA, Hepatitis B y C, Toxoplasmosis, Sífilis, etc.)
- Ecografía transvaginal.
- Histerosalpingografía o histeroscopia.
- Mamografía.
- Consulta psicológica.

El propósito de los programas de donación es proveer óvulos sanos para la pareja, al mismo tiempo que se garantiza el anonimato entre la donante y la receptora. Para lograr este objetivo, las receptoras de óvulos donados no tienen conocimiento del nombre o del domicilio de las donantes.

Si bien la mayoría dicen que a estas mujeres las mueve la solidaridad y que no lo hacen por otra razón, también explican que **donar óvulos exige tiempo, dedicación y poner el cuerpo**, literalmente. Por ende ven que un reconocimiento económico no está mal. El problema quizás está cuando lo que las motiva principalmente es el fin económico, y deciden someterse -muchas veces en forma continuada- a este tipo de tratamientos a cambio de una retribución

pecuniaria.

3. ANÁLISIS DE LA OVODONACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA TRIALISTA DEL MUNDO JURÍDICO³

3.1 Dimensión sociológica



Como institución social, la familia se adapta a los cambios que se producen afuera de su núcleo, el ámbito social, el contacto con el resto del mundo. Y hoy, incluso tiene la posibilidad de adherirse a nuevos y amplios conceptos de filiación, comprensiva del vínculo creado a partir de la procreación natural, adopción o procreación asistida.

Cuando se utiliza una técnica de reproducción como la fertilización in vitro, contamos con material genético propio de la pareja (casada o no) y, con el requisito adicional que, es la futura madre que lo engendro, quien lleva adelante el embarazo (siendo entonces una madre genética y gestacional), estando frente a repartos descriptos por la norma⁴.

En cambio, cuando interviene material genético de dador anónimo - ovodonación-, o se acuerda con una mujer (madre gestacional) que ceda su vientre con el fin de ser fecundado con material genético propio de la pareja - maternidad subrogada-, o con óvulo propio y semen del hombre que integra la pareja, nos enfrentamos a situaciones no descriptas por la norma.

En consecuencia, la Biotecnología y su impacto en el derecho de familia abrieron un abanico de posibilidades que produce un cambio al esquema simple previsto por el legislador, asistiendo a nuevas formas de maternidad y pa-

³ Para el estudio teórico de la teoría trialista del mundo jurídico se puede consultar: GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho". Sexta edición, reimpresión inalterada. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.

CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica". Primera Edición. Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 2000.

⁴ Al respecto se puede consultar: SOSA, Viviana, "Comienzo de la existencia de las Personas físicas. Protección Jurídica", en Revista Electrónica Cartapacio de Derecho. Volumen 10, 2006. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/919/774>

ternidad *ajenas a la concepción clásica de la institución de la filiación.*

A través de la teoría trialista, hemos aprendido que cuando las adjudicaciones provienen de la conducta de hombres determinados, estamos frente a los *repartos*; y que según se desenvuelvan por oposición o por acuerdo, los repartos se clasifican en autoritarios, realizadores del valor poder; o autónomos, realizadores del valor cooperación.

Pero también existen otras adjudicaciones, que son originadas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar, que reciben el nombre de *distribuciones*. Entonces, mientras que los repartos son realizadores del valor conducción, las distribuciones son realizadoras del valor espontaneidad.

A nuestro entender, cuando la pareja no puede tener un hijo por el camino natural, nos encontraremos frente a una distribución de la naturaleza (ej. malformaciones congénitas), o del azar. En consecuencia, a diferencia de la procreación natural, van a concurrir 2 adjudicaciones de potencia: el reparto que proviene del hecho del hombre -al buscar un medio externo para poder procrear- y la otra proviene de la distribución de la naturaleza que se exterioriza en el desarrollo de la nueva vida.

En cuanto a los elementos del reparto, podemos efectuar un minucioso análisis, a determinar:

- Repartidores: El repartidor aristocrático -que son los que se consideran como más idóneos para tratar el caso-, es el equipo médico ya que *realiza el reparto más importante que es realizar todo el tratamiento de óvulos a una mujer para poder luego implantar el embrión en otra.*

Luego tenemos un reparto autónomo y recíproco entre la mujer que “dona” los óvulos, y la pareja que paga todo el tratamiento.

- Recipiendarios: Ante lo expuesto, la ovodonante y la pareja serían recipiendarios recíprocos (la primera recibe dinero, la segunda óvulos). Si se quiere, podríamos decir que la ovodonante es un recipiendario gravado (es decir aquellos que reciben impotencia), al no ser considerada como la madre del niño. También el niño es un recipiendario, al recibir vida, pero puede llegar a ser recibir un reparto de impotencia si no llega nunca a saber de dónde proviene.

- Objeto y procedimiento o forma: en el caso planteado se reparte potencia para la mujer que lleva adelante el embarazo. El procedimiento, se desarrolla por acuerdo, tanto en el proceso de realización del tratamiento, como en la extracción del ovulo, y luego su posterior implante. Así, el reparto es autónomo, por negociación donde se satisface el *valor cooperación*.

- Clases de repartos: Aquí hay un reparto autónomo (hay acuerdo sin ordenanza o coacción) entre el equipo médico, la pareja y la mujer que dona sus óvulos cuando se ponen de acuerdo para llevar adelante la práctica –mediante negociación–.

- Razones: *En la pareja* podemos ver que las razones móviles (su interioridad misma la desea) son las ganas que tienen de tener un hijo; las razones alegadas (lo que ellos propiamente dicen) es no poder llevar adelante el embarazo; y las razones sociales (como lo valora la sociedad) es que hoy en día existen muchas causas por las cuales no se puede llevar adelante un embarazo y que llevan a la sociedad a recurrir a este tipo de técnicas, aunque para algunos sea considerado injusto que se determine como madre a la que llevo adelante el embarazo, y para otros sea injusto que sea considerada madre quien apporto el material genético.

En la mujer que dona sus óvulos: los móviles son -muchas veces- la necesidad económica por la cual realiza la práctica; las razones alegadas es querer ayudar a una pareja a tener un hijo donando sus óvulos; y las razones sociales son las mismas que las de la pareja.

Por último, en del equipo médico: los móviles es obtener un beneficio económico y utilizar las nuevas prácticas descubiertas; las alegadas es ayudar a la pareja que no puede tener un hijo; y las razones sociales, generalmente, no es muy bien vista esta práctica, ya que permite elegir a la mujer no solo de acuerdo a su capacidad de donar, si no a sus características genéticas.



- Límites: Estos pueden provenir de diferentes causas. En este caso, el límite particular es el que deviene de la naturaleza, al no darle la capacidad a la mujer de tener sus propios óvulos para fecundar. También puede venir de las creencias religiosas que cada uno tenga en sentido con la concepción del ser; o de la voluntad de sus progenitores en evitar que el menor contraiga algún tipo

de enfermedad genética que le ocasione un peligro de por vida.

Por último, y retomando el lazo familiar, se vislumbra *el derecho a la verdad* que tiene el niño fecundado por medio de la ovodonación, de conocer como fue concebido. Bien dice Adriana Krasnow⁵ que, en la filiación no sólo debe importar la verdad biológica, sino también, “*el conjunto de verdades que conforman la persona en el transcurso de la vida*”. Por esta razón, al momento de adjudicar un vínculo filial, el repartidor debe estar convencido que el mismo guarda armonía con el interés del hijo en vinculación con el interés familiar.

Como vemos, desde un enfoque trialista, el interés del hijo es tutelado cuando la libertad de procreación se ejerza en beneficio de éste, concretándose el principio supremo de justicia. Sólo así se garantiza su derecho a nacer y vivir *dignamente*.

Contrastando estas ideas trialistas con otras teorías, podemos decir que quizás desde la óptica de Santo Tomas de Aquino⁶, y atendiendo a que él tenía afinidad con la ciencia, solo si se hiciera con fines altruistas o solidarios, tomaría en cuenta esta práctica, porque una mujer se solidariza con la situación de otra y dona sus óvulos en pos de que pueda ser madre. Sería un acto de bien.

Ahora bien, **desde la perspectiva utilitarista**, la moralidad de cualquier acción o ley viene definida por su utilidad para los seres sintientes en conjunto. Utilidad es una palabra que refiere aquello que es intrínsecamente valioso para cada individuo. El utilitarismo es resumido como "el máximo bienestar para el máximo número". De este modo el utilitarismo, recomienda actuar de modo que produzcan la mayor suma de felicidad posible en conjunto en el mundo. Debe preguntarse cuántas personas resultan felices con la técnica estudiada; si entendemos que muchas parejas pueden utilizar esta como medio

⁵ KRASNOW, Adriana Noemí, “Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de Filiación. Procreación asistida”. Pág. 13. La Ley, Buenos Aires, 2006.

⁶ Santo Tomas (1225 - 1274). Se lo consideraba un hombre sencillo y bondadoso y consagrado plenamente a Dios. Conforme CIURO CALDANI, Miguel Ángel., “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas” (recopilación), Ira edición. Pág. 147 y sigs. Editorial Zeus. S.R.L, Rosario, año 2008.

para dar nacimiento a un hijo, es realmente útil para la sociedad. Más si se tiene en cuenta el dolor que causa no poder procrear⁷.

Jeremy Bentham⁸, como representante del utilitarismo, veía con sentido utilitario el fin del hombre y de la comunidad; y el bien y el mal se definen por placer y dolor respectivamente, teniendo que tener en cuenta su intensidad, su duración, su certeza, su proximidad y su fecundidad. Desde esta perspectiva sabemos, a través de muchos testimonios, el dolor que causa la imposibilidad de poder procrear para una persona, el sufrimiento que les genera el estar pendiente una y otra vez de la falta menstrual en la mujer, que de por sentado un embarazo. Por ello, tener un hijo así sea recurriendo a un método de fertilización asistida causa placer, y por ende la ovodonación sería claramente aceptada por esta postura.

En consecuencia, siguiendo el utilitarismo, el derecho en conjunto con las leyes y las instituciones, debería abordar la *realidad social*, para que sea un derecho útil.

Por último, siguiendo esta perspectiva de análisis de cómo actuar ante este tipo de situaciones, podemos mencionar a **Emmanuel Kant**⁹, quien entiende que es con la razón práctica que se penetra en lo suprasensible, incluyendo en ella la ética, la religión, la filosofía y el derecho. Su principio fundamental es el de la *voluntad buena*, determinada solo por la necesidad de obedecer al deber; siendo que una regla es moral si es fin en sí, cuando ordena las acciones por impulso del deber y no por ningún otro motivo.

Se opone al utilitarismo; considera que el hombre debe y puede lo que debe, porque el deber y la libertad no se los procura el ser humano, sino que están incorporados por él mismo.

⁷ Conforme CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica...” ob. cit., Págs. 247 y sigs.

⁸ Bentham es considerado el padre del utilitarismo en Inglaterra. Nació el 15 de febrero de 1748 en Houndsditch, y falleció en Londres el 6 de junio de 1832. Conforme CIURO CALDANI, Miguel Ángel., “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica...” ob. cit., Págs. 247 y sigs.

⁹ Fue un filósofo y geógrafo Alemán. Nació en Königsberg, Reino de Prusia, 22 de abril de 1724, y falleció el 12 de febrero de 1804.

Conforme CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica...” ob. cit., Págs. 222 y sigs.

nación existe -en principio- un vacío normológico, propio de una **carencia histórica** existente sobre este tipo de técnicas modernas, que el legislador nunca concibió, y que a partir de su descubrimiento carecen, durante un tiempo, de regulación legal específica sobre el tema.

Por ello, abordaremos las pocas normas que pueden ser de aplicación, y plantearemos preguntas que, a mi entender, requieren inmediata solución legal, para poder dar un velo de luz al tema en desarrollo.

* LA FILIACIÓN: El instituto de la *filiación*, considerada como la **procedencia de los hijos respecto a los padres**¹¹, puede darse a partir de un vínculo biológico -filiación por naturaleza-, o bien puede encontrar su fuente en la ley misma -filiación por adopción¹²-.

Así, explica Adriana Krasnow¹³ que, la *filiación por naturaleza* es el vínculo que tiene origen en la unión sexual de un hombre con una mujer; en cambio en la *filiación por adopción*, el vínculo nace sin depender del hecho biológico, sino que incluye a todo niño proveniente de un vínculo filial adoptivo. Ahora bien, en la ovodonación ¿hay filiación por naturaleza? ¿Hay filiación por adopción? ¿Se producen ambas?

Ciuro Caldani¹⁴, ha dicho que en materia de procreación asistida encontramos **diferentes adjudicaciones**: la primera es dada por el equipo médico que trabaja en un proceso reproductivo, y la otra proviene de la naturaleza “*cuando se exterioriza la creación de una nueva vida*”. De esta forma y atendiendo a que en nuestro caso en estudio se encuentra el 50% del material genético de

¹¹ RAE: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=RAE

¹² Artículo 240C.C: “La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial.

La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código.” (texto conforme ley 23.264)

¹³ KRASNOW, Adriana Noemí, “Filiación. Determinación de la...”, ob. cit. págs. 7 y sigs.

¹⁴ “Cuando una pareja decide concretar el deseo de tener un hijo por el camino de la procreación natural, se adjudica potencia de la vida proveniente de una distribución de la naturaleza. El acuerdo previo de la pareja de procrear da nacimiento a un reparto. En cambio, cuando la pareja no puede concebir un hijo por el camino natural y acude a la asistencia médica, encontramos que la adjudicación de la potencia “vida” proviene del reparto del hombre, que actúa sobre la naturaleza.” CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de la norma...”, ob. cit. Págs. 58 y sigs.

los padres -dada por el hombre, claro está- nos permite contar al menos *con una filiación por naturaleza paterna*, sin tener todavía del todo claro qué sucede con la mujer que lo va a dar a luz pero no lo ha concebido.

* **ALCANCE NORMATIVO:** Se ha dicho con acierto que la norma *contiene la captación lógica de un reparto proyectado de parte de un tercero*¹⁵ o, dicho de otro modo, que la aplicación de la misma consiste en que se encuadran hechos sociales concretos en el tipo legal rectamente interpretado para que se lleve luego a efecto la consecuencia jurídica que la misma establece.



Como hemos anticipado, en materia de ovodonación, en Argentina no hay una regulación precisa y concreta sobre el tema -a diferencia de otros países que ya lo han hecho¹⁶-; existe una carencia normológica histórica (propio del avance vertiginoso de la medicina), por ser un caso que resulta difícil de encuadrar en alguna norma, dado que nunca se haya pensado en la posibilidad de insertar óvulos de una mujer en otra.

No obstante esto, y en pos de ver que se pretendió a la hora de legislar en materia de vida humana podemos -al menos-, *reconocer* algunas normas y realizar **un análisis interpretativo** histórico y sistemática de estas, para comprender cuál ha sido el alcance que el legislador ha querido dar en su momento histórico, e intentar comenzar el debate inicial sobre esta práctica abordando el conjunto de normas que hoy forman parte de nuestro derecho, y que pueden reflejar principios generales que muestren un panorama del tema.

Así, finalmente podremos ver si hay posibilidad alguna de que la ovodonación pueda considerarse en principio válida, o si para ello es necesario cambiar la legislación, para que la haga apta de llevarse a cabo.

A- Aspecto constitucional: El derecho a la vida se encontraba hasta 1994

¹⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al derecho"., ob. cit. Pág. 215 y sigs.

¹⁶ Por ejemplo en España y en Gran Bretaña se prohíbe la comercialización de los óvulos así como poder elegir las características de las donantes. Así la donación es un acto altruista que la donante realiza sin un fin económico. Sin embargo, en Estado Unidos, la donante puede ser conocida y se le puede llegar a ofrecer por sus óvulos hasta 6.600 dólares, dependiendo de sus características. (Ver derecho comparado).

reconocido implícitamente en nuestra Carta Magna; pero a partir del reconocimiento con jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, se encuentra expresamente reconocido y regulado por la Constitución Nacional, junto a otros derechos que la garantizan, tales como la dignidad, la autonomía, y la inviolabilidad de la persona.

Por ello, hacemos breve referencia a derechos indispensables que tiene el niño y que no deben ser vulnerados, a pesar de ser concebido bajo una técnica moderna de reproducción humana, a saber:

- *Derecho a la vida:* en nuestro caso en estudio, la situación del embrión es dada por la decisión de los progenitores y un equipo médico que realiza todo el tratamiento. Entendemos que debe contemplarse esta situación especial, puesto que se necesita una específica tutela en razón de la posición de debilidad en que se encuentra quien va a ser concebido.

- *Derecho a la identidad:* La identidad es algo propio de cada persona que acompaña al individuo desde su nacimiento y durante toda su vida. Es el primer eslabón de la cadena biológica, por lo cual el ser humano tiene absoluto derecho de conocer como fue concebido, porque es parte de su propia historia de vida.

- *Derecho a tener una familia:* La persona por nacer, mal que pese como ha sido concebido, tiene derecho a desarrollarse dentro de una estructura familiar.

- *Derecho a la dignidad:* En materia de ovodonación, creemos que impone tratar al embrión humano como un sujeto de derecho portador de derechos fundamentales. A partir de su concepción ya no es no es un instrumento sujeto a decisión de otros, sino un fin en sí mismo que merece ser tratado con humanidad.

- *Derecho a la integridad física y psíquica:* Tiene estrecha vinculación con la inviolabilidad de la persona, y la posibilidad de desarrollarse como tal en igualdad de condiciones.

Amén de lo dicho hasta acá, cabe mencionar que existe a nivel internacional



una regulación aún más específica, como lo es la “**Declaración Universal sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos**”, proclamada en 1997 y que

apunta a **la protección de la dignidad humana definido como “patrimonio común de la humanidad”**. Para la doctrina¹⁷, esta puede verse como el punto de partida en la elaboración de normas sobre genética que comprometen al mundo entero a utilizar los nuevos conocimientos sin desviar que siempre estamos hablando de seres humanos y no de meros objetos de estudio. Este documento no busca imponer reglas, sino que simplemente advierte recomendaciones para estimular a que los Estados realicen una actividad legislativa que pueda armonizar con la comunidad internacional.

En definitiva, lo que estamos demostrando es la necesidad de reflexionar sobre las prácticas modernas de concepción teniendo en cuenta que estamos hablando de la implantación de celular germinales que, posteriormente, darán lugar al nacimiento de un ser humano que tiene derechos que son inherentes a su persona y no pueden ser vulnerados.

B- Aspecto civil: A lo largo de la historia, los hijos han respondido a nivel normativo a diferentes categorías. En un primer orden, la madre era quien daba alumbramiento y el padre era el marido de la mujer; en cambio, si la mujer tenía su hijo sin estar casada, la situación para el menor era de total incertidumbre.

En el código civil la regulación de la filiación ha sido lenta e incluso, han variado los criterios de regulación: En aquel código originario de Vélez Sarsfield se regulaba solo la filiación por naturaleza -legítima o ilegítima, según la existencia o no de matrimonio de los padres al momento de la concepción. Los concebidos fuera del matrimonio eran hijos ilegítimos, distinguiéndolos a su vez, en cuatro categorías¹⁸, siendo necesario aclarar que **los últimos tres se encontraban fuera del derecho:**

1. Hijos naturales, eran aquellos que tenían padres que al tiempo de la concepción de estos, pudieron casarse aunque fuera con dispensa;
2. Hijos adulterinos, cuando al menos uno de los padres estaba casado al momento de la gestación.

¹⁷ ANDORNO, Roberto, “La dignidad humana como noción clave en la declaración de la UNESCO sobre el genoma humano”, en “Revista de Derecho y Genoma Humano”, N°14, págs. 41 y sigs. Universidad de Deusto, España, 2001.

¹⁸ Análisis Código Civil antiguo, arts. 311, 331, 338, 339, 340, 342, 359.

3. Hijos incestuosos, el que ha nacido de padres que no pueden contraer matrimonio en razón del parentesco que tienen entre ellos.

4. Hijos sacrílegos, quien era hijo de un padre clérigo de órdenes mayores, o de persona ligada por el voto solemne de castidad en orden religiosa.

Con el tiempo no solo se ha dejado de lado esta clasificación sino que, además, en materia de regulación civil, ha habido avances significativos, entre ellas podemos mencionar la ley 2396 de matrimonio civil, y la ley 10.903 que crea el patronato de menores.

Atendiendo al caso en estudio, es necesario recalcar la ley 23.264 promulgada en 1985, que recoge los cambios sociales de la época, regulando ahora la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Con ella, Krasnow¹⁹ advierte en esta ley dos principios rectores: la igualdad, y el respeto de la verdad biológica.

Reconocemos tal avance pero, atendiendo a las necesidades actuales, vemos que se ha quedado corta ya que no incluye la procreación asistida como fuente de un vínculo filial. Se ha dicho al respecto, que se asimila la procreación natural con la asistida cuando el material genético no es extraño a la pareja; pero nuestro objeto de estudio sigue sin ser abarcado de forma explícita, puesto que hay una complejidad superior, dado que los óvulos no son de la mujer que lo va a dar a luz.

¿Dentro o fuera del comercio?

*“Sin juzgar si es bueno o malo, hay un mercado floreciente de niños y de sus partes componentes.”*²⁰

Nuestro Código Civil argentino, en su **artículo 2311** establece que “*se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor*”, lo cual podría concluir que los óvulos son cosas desde el punto de vista fenoménico, ya que pueden percibirse a través de los sentidos en virtud de que existen en el mundo material. Pero, podríamos llamarlos “cosas sin valor” y le negaríamos interés patrimonial o jurídico, aunque no podríamos ignorar su

¹⁹ KRASNOW, Adriana Noemí, “Filiación. Determinación de la ...”, ob. cit. Págs. 12 y sigs.

²⁰ SPAR, Deborah, “The baby business. How money, Science and Politics drive the commerce of conception” (Harvard Business School Press, 2006).

existencia.

Sin embargo, satisfacen el requerimiento del Código Civil argentino porque tienen, indiscutiblemente, un valor de uso. Sirven para producir vida humana y también como objeto de investigación científica, lo cual hace necesario determinar los límites de aquel uso, sin olvidarnos que estamos hablando de la posibilidad de crear una persona y no una cosa.

A la postre, para complicar un poco más el panorama, el artículo 953 aclara muy bien que “el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.”²¹

De aquí deviene que no puede realizarse una donación con óvulos²², puesto que estos están totalmente fuera del comercio, son parte de la vida humana, y ajenos a cualquier acto jurídico, y menos a cambio de una retribución monetaria. Esto implicaría que estas prácticas quedarían absolutamente prohibidas. (Siendo nula, de nulidad absoluta)

Esto nos conduce a pensar que, como alternativa, al ver que los óvulos no serían en ningún caso susceptible de apropiación, ni de libre circulación, su vida (potencialmente humana), debería ser protegida como un bien jurídico especial sobre el que solo caben ciertas facultades en orden a su posibilidad de desarrollo.

Por otro lado, si tomásemos el concepto “contrario a las buenas costumbres”, y aferrándonos quizás a una religión, puede verse como una “mala costumbre” la procreación a través de cualquier método artificial que no sea la unión de los genes de un hombre y una mujer que estén en pareja.

²¹ El resaltado nos pertenece.

²² Se ha dicho que en realidad no se trata de una compraventa de óvulos sino de una donación -tal como lo indica su nombre-, pero como hemos dejado en claro, hay una retribución monetaria a quien realiza la “donación”, lo que puede hacer suponer que muchas mujeres acuden a donar sus óvulos en pos de obtener un ingreso. Y entonces, la necesidad y no el altruismo llevaría a una mujer a realizar este tipo de prácticas.

Para finalizar, siguiendo a Kelsen²³, y entendiendo que todo Derecho -legislativo, consuetudinario, etc.-, tiene fuente estatal, ya que deriva formalmente de la voluntad del Estado, es necesario que éste intervenga legislativamente.

A su vez, Kelsen reconoce que las normas jurídicas tienen origen en procesos sociales y responden a ciertos fines, pero según su parecer la ciencia jurídica las recibe ya hechas.

Entonces, como no podemos desconocer la realidad social en la que estamos inmersos, es importante que el aparato estatal se llame al debate, y analice estos procesos sociales por los que está pasando la sociedad -en este caso de la mano de la biotecnología-, para que luego decida encontrar la forma de permitirla o de prohibirla definitivamente, puesto que es una práctica que se realiza en nuestro país y cada vez con mayor intensidad.

¿Cómo se produce la filiación?

En nuestro caso, tenemos un hijo que es resultado de la fusión del semen del marido y el óvulo de una mujer ajena al vínculo matrimonial.

Ahora bien, en principio el código dice que el parto es el hecho principal que atribuye de pleno derecho la maternidad -por aquello de que *el parto sigue al vientre*, criterio biológico-, en la ovodonación, este principio puede aplicarse, pero la madre gestacional no es la madre genética, dado que lleva en su vientre el resultado de la unión de la célula germinal de su marido con la célula germinal de otra mujer.

A falta de una norma específica, nos remitimos a una *autointegración de la norma* -supuesto en el que se acude a la analogía y a los principios generales de derecho-. Podemos aplicar, para realizar la *efectiva filiación matrimonial*, el artículo 242²⁴ del código para la determinación de la maternidad -dado que

²³ Conforme CIURO CALDANI, Miguel NGEL., “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica...” ob., cit. Pág. 367 y sigs.

²⁴ Art. 242 C.C “La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.”

la establece por el parto-, mientras que para la paternidad el artículo 243. Así, daríamos un margen de seguridad jurídica y, además, dejaríamos afuera la idea de un régimen de adopción.

A favor de esta postura se ha expresado María R. Lorenzo de Ferrando²⁵ quien ha dicho que *“la maternidad se determina institucionalmente por el parto, sin importar el origen ajeno del ovulo que fue fecundado: es la esposa quien ha sido inseminada o recibido el embrión, la que continua el proceso de gestación en su vientre y la que da a luz desde su vientre. Mas el “status filial” es fácilmente reversible por acción de impugnación aun cuando ambos consortes hubieren dado consentimiento para esa fecundación”*²⁶.

Como bien se plantea en el apartado anterior, surge otra complicación. El problema que hallamos es que la acción de impugnación de la maternidad (art. 261 y 262²⁷) puede ser llevada a cabo por varias personas legitimadas, lo que pone en peligro la estabilidad del vínculo madre-hijo.



Si realizamos una interpretación teleológica, lo que quiso el legislador en el art. 242 del C.C es establecer que la maternidad corresponde a la madre que lo gesto, es decir que prioriza el vínculo biológico sobre la voluntad procreacional. El legislador de la norma quiso que coincida el vínculo biológico con el legal. En este caso, la madre aunque lo da a luz, no tiene sus caracteres biológicos o genéticos.

Para esta cuestión en la doctrina²⁸ hay quienes consideran que estamos frente a una carencia dikelógica, donde es necesario no aplicar las normas descriptas y, en contraposición, acudir a principios generales necesarios para res-

²⁵ LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, “Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida”, en “Derecho de familia”, págs., 323 y sigs. Editorial, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1990.

²⁶ El resaltado nos pertenece.

²⁷ Art. 261 C.C: “La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo.”

Art. 262 C.C “La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo.”

²⁸ Entre ellos Krasnow, Garcia de Ghigliano, entre otros. KRASNOW, Adriana Noemí, “Filiación. Determinación de la ...”, *ob. cit.* Págs. 226 y sigs.

guardar la estabilidad del vínculo ante la presencia de voluntad procreacional. Se trata simplemente de alcanzar la seguridad jurídica. Entonces, entienden que si una pareja se somete a este tipo de tratamientos, **será la voluntad procreación la fuente de creación del vínculo filial, impidiendo que cualquier legitimado activo pueda plantear una acción.**

En cuanto al niño, este tendrá pleno derecho de conocer su identidad de origen pero manteniéndose intacto el emplazamiento filial²⁹.

Puede que esta solución que da la doctrina ante una laguna legal sea errónea, puesto que históricamente el legislador no se imaginó este tipo de técnicas, y maneja la filiación de otra forma; pero no por ello dejamos de reconocerle a esta idea la posibilidad de subsanar, al menos en parte, el vacío legal.

Por lo cual, vemos necesaria la elaboración de una norma que trate específicamente el caso de la ovodonación. La elaboración de la misma puede producirse por *autointegración acudiendo a la justicia formal* contenida en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional encargados del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas -como por ejemplo la convención del genoma humano- y, también, recurriendo al derecho comparado que ha venido desarrollándose en los últimos años.

Novedad en materia legislativa provincial: El dos de diciembre del año 2010, La Cámara de Senadores bonaerense aprobó la ley que garantiza en la Provincia **cobertura gratuita para los tratamientos de fertilización asistida**. Además, dispone la creación de cuatro centros de referencia que atenderán a quienes no posean un beneficio médico social.

El hospital provincial "San Martín", de La Plata, es el centro de entrenamiento para los profesionales y técnicos que realizan esos tratamientos en el sector público del distrito. Se estima que 485 mil personas bonaerenses "podrían demandar tratamientos de fertilización" en alguno de los cuatro centros que funcionarán como parte del Programa de Fertilización Asistida. Los hospitales designados serán el Güemes, de Haedo; San Martín, de La Plata; Oscar

²⁹ Ley 26.061: "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia..."

Alende, de Mar del Plata; y Penna, de Bahía Blanca.

También se establece que el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) deberá cubrir los tratamientos de sus afiliados, y destaca que el ministerio de Salud provincial, por medio de sus efectores, realizará el diagnóstico y tratamiento de la infertilidad a las parejas sin cobertura de obra social.

Se ha explicado que se emplean en los tratamientos "*las técnicas de fertilización asistida de baja complejidad*" dando como ejemplo, la detección de alteraciones leves en el espermograma, dificultades coitales, algunos problemas del cuello uterino, alteraciones ovulatorias y endometriosis leves, entre otras. Una autoridad de aplicación, que será definida por el Ejecutivo, fijará las prestaciones que se ofrecerán a las parejas beneficiarias, teniendo en cuenta los avances científicos en la materia.

Consideramos que aunque no se ha avanzado a nivel nacional, esta nueva ley es un paso importante para la Provincia de Buenos Aires, que quizás otras provincias luego imiten -al hilo de la ejemplaridad-, y hasta se logre promover una ley nacional.

Aunque no se conoce fehacientemente si la ovodonación está contemplada dentro de la ley -puesto que no se ha definido concretamente qué tipos de tratamientos se darán-, tenemos la convicción de que con esta nueva ley se pone en pie de igualdad a aquellos que tienen capacidad de pago para costear un tratamiento de fertilización con aquellos que no la tienen y tenían que litigar para poder obtener un tratamiento sostenido por una obra social.

C- Jurisprudencia: *¿La ovodonación está permitida? ¿Cuál es el rol de las obras sociales?*

Dada la realidad social, empiezan a darse los primeros fallos donde los jueces han comenzado a interpretar algunas cuestiones que tienen que ver con la vida, la donación de óvulos y el oneroso tratamiento que, muchas veces no quiere ser costeadado por las obras sociales. Es por ello que es necesario que el juez tome estos elementos y vaya en la búsqueda de una interpretación.

Dice Cossío³⁰ que al intérprete no le basta con pensar en el hecho externo de

³⁰ Sobre Cossío puede leerse: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica..." ob., cit.

la conducta representado en la ley, sino que además *tiene que vivir el sentido jurídico de esa conducta, recreándolo en su propia conciencia*. Entiende que **la ley sólo existe en la sentencia**, o sea, que no tiene otra realidad que la que le da el juez, que pese a que no puede dársela caprichosamente tampoco puede darle una realidad diversa que la propia de él.



Señala que el objeto de la interpretación no es la norma, sino la conducta por medio de la norma. La teoría de la verdad jurídica se refiere a la fuerza de convicción. Para dicho autor, la sentencia tiene **fuerza de convicción cuando supera toda calificación de arbitrariedad y se verifica como una verdad estimativa**. El juez siempre se desempeña sobre valoraciones jurídicas, pero al estar incorporados a éstas ciertos conceptos enunciados por la ley, la valoración jurídica del juez adquiere la posibilidad de ser la vivencia de una contradicción por incompatibilidad entre esos conceptos generales y el concepto individual traducido en la sentencia con que se expresa la valoración judicial.

La ciencia del Derecho sistematiza en base a la Lógica jurídica formal, pero interpreta en base a la Lógica jurídica trascendental. Sistematizar e interpretar son las dos tareas en que culmina la labor del jurista como científico.

De los respectivos fallos que trataremos surge la idea de que a pesar de no estar contemplada la ovodonación en una norma, puede darse por válida solo bajo ciertas circunstancias, condiciones y límites que ellos mismos imponen. La discusión no se inicia ni ronda en la legalidad o ilegalidad de la práctica, sino que la discusión se centra en otro punto que es ¿Quién debe financiarla?

Si bien hay fallos desde principio de 2009, haremos hincapié solo en tres casos, que nos parecen interesantes por lo que estiman los jueces.

El primer fallo es “B.C. y otra c/UP s/ Amparo”, sentencia del 17/12/09 - apenas un año-, donde la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata hace lugar a un recurso de amparo de una pareja contra una obra social, para que esta última cubra todos los gastos del tratamiento de ovodonación (léase medicamentos, ovodonación, fertilización, traslado y alojamiento de ambos cónyuges a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para la realización del tratamiento).

Dicho fallo, en primer lugar, *estima idónea la vía de amparo* dado que no considera pertinente que se pueda extender el tema durante un tiempo muy prolongado porque frustraría la posibilidad de procreación de los amparistas.

En segundo lugar, y luego de considerar que la pareja ha demostrado la imposibilidad de procrear en forma natural ante el padecimiento de endometriosis que tiene la señora, la Cámara *impone a la obra social la cobertura total del tratamiento*, en razón de que “*el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida*”, y estima que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar notoriamente en forma real la calidad de vida, “*siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de ambos cónyuges, además de su derecho a procrear*”.

Lo último que recalamos del caso, son determinadas medidas que los jueces piden, tal como que se asegure el respeto de la condición humana del futuro embrión, como así también el cuidado en la crioconservación de los mismos para mantener su vitalidad e integridad. Se prohíbe también **la utilización de estos con fines experimentales, su clonación u otra técnica de manipulación genética**. Nos parece sumamente importante que un fallo establezca cuales son los límites para que se cuide la vida humana.

Otro fallo, “U.V.C. c/ OSDE”, de enero del presente año, también impone a una obra social *el deber* de costear un tratamiento de reproducción de óvulos, en razón de la definición de la Organización Mundial de la Salud³¹ sobre **salud reproductiva** “*un estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia*”³².

Agrega que si bien la ley 25.673 (ley sobre un Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable que nada dice sobre infertilidad o técnicas de reproducción alternativas), no contempla cuales son los tratamientos el

³¹ Puede consultarse <http://www.who.int/publications/es/>

³² El resaltado en negrita nos pertenece.

Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable establece como objetivo garantizar el nivel de salud sexual más elevado y procreación responsable y “...*garantizar a toda la población el acceso a la información, orientación, métodos y prestaciones de servicios referidos a la salud sexual y procreación responsable*”.

Este fallo, al igual que el primero, pide por el cuidado de los embriones y la medida de no innovar respecto de ellos en su utilización con otros fines ajenos a los que se autoriza en el fallo.

En último lugar, hacemos referencia al fallo “CROVA, María Gabriela, y otro c/ OSDE” de abril del corriente año, que también impone a una obra social cubrir todos los gastos, pero la novedad está en la **no limitación de ciclos o intentos**, aunque fija como limite la edad de cuarenta y dos años de la mujer donante debido a que le pueda causar un riesgo genético.

D- Derecho comparado: Como hemos expresado anteriormente, en pos de un correcto análisis normológico, podemos acudir al derecho comparado, a fin de ver como se ha contemplado la ovodonación en España y Gran Bretaña³³.

En **España**³⁴, tener hijos es un derecho recogido en la Constitución Española, y la ovodonación es un medio que posibilita que mujeres estériles a causa de patologías o situaciones que no tienen otro tratamiento médico puedan ser madres, sin acudir a la adopción.

La donación de óvulos es un procedimiento autorizado por la legislación, existiendo básicamente dos textos legales importantes que regulan esta práctica: La Ley 14/2006 sobre “Técnicas de Reproducción Asistida”, que regula las ayudas que la medicina puede ofrecer para solventar los problemas de esterilidad o de infertilidad de la pareja, tanto desde el punto de vista médico como ético o jurídico; el Real Decreto 412/1996 es el texto que desarrolla de forma pormenorizada esta ley con referencia a todos los aspectos del proceso de la donación de los gametos femeninos.

En definitiva, estos textos establecen que **la donación de gametos (óvulos)**

³³ Son varios los países que han regulado la reproducción asistida, pero nos referimos solo a estos dos países que han hablado de la ovodonación y he podido estudiar su regulación.

³⁴ Al respecto se puede ver: CLINICA EUGIN, “Donación de óvulos”, en <http://www.eugin.net/es/fertilidad-e-infertilidad/donacion-de-ovulos/1/16.html>

para las finalidades autorizadas por la ley (en este caso para que una mujer estéril pueda tener un hijo) es un *contrato gratuito, formal y secreto entre la donante y el centro médico, que se formalizará por escrito*. La Ley dice, además, que *la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial y específica los estudios y controles sanitarios que se deben practicar en donantes y receptoras, con el fin de garantizar que se encuentran en buen estado de salud*.

Las donantes de óvulos deben ser mayores de 18 años y menores de 35, tener capacidad de obrar y estar en buen estado de salud psíquica y física. Se debe garantizar la máxima similitud fenotípica e inmunológica entre la donante y la receptora, es decir, debe procurarse que tengan el mismo grupo sanguíneo y que no sean físicamente muy diferentes.

La donación se deberá formalizar mediante un contrato escrito, después de que la donante haya recibido una información completa de todo el procedimiento. Debe ser, además, un acto voluntario, que la donante realiza sin ningún tipo de coacción o engaño. Por último, debe existir total garantía de secreto y toda la información será tratada y custodiada en la más estricta confidencialidad. En caso de que la donante ya tuviera hijos, no deben ser más de seis y no se aceptará en ningún caso que pudiera tener más de seis hijos como fruto de sus donaciones.

Gran Bretaña, por su parte en 1990 promulga la Ley sobre Fertilización Humana y Embriología, introduciendo controles sobre las nuevas técnicas desarrolladas para ayudar a parejas infértiles y para hacer un seguimiento de los experimentos con embriones. La legislación británica *prohíbe la comercialización de los óvulos, y poder elegir las características de las donantes*. Así la donación es un acto altruista que la donante realiza sin un fin económico.

En busca de una ley específica en Argentina: A pesar de la opinión personal que cada uno pueda tener sobre la ovodonación, lo cierto es que es una práctica que parece haber llegado para instalarse. Y podemos plasmar algunos aspectos que deben considerarse para permitirlo en algunos casos con determinados requisitos y límites:

- En primer lugar, surgen problemáticas legales que requieren ser abordadas, entendidas y reguladas. Sabemos que en la realidad social es una práctica

que se utiliza en casos donde las parejas no pueden tener hijos por vía natural, pero en el derecho argentino no está definido lo que se entiende por trastorno de fertilidad, y además no se han determinado cuales son los tratamientos médicos indicados para él.

Existen varios proyectos a nivel nacional, algunos dignos de ser discutidos y otros que deben ser rechazados in limine por contener conceptos erróneos u omisiones importantes. Resaltamos un proyecto de ley sobre Medicina Reproductiva en la Cámara de Diputados, en espera de su análisis final por parte de la Comisión de Salud de dicho recinto, y que apunta a modificar la Ley de Salud Reproductiva 25.673.

Este plan, fue presentado durante 2008 e involucra los aspectos sociales, biológicos y culturales sobre el tema, teniendo como uno de sus parámetros centrales, el hecho de que la infertilidad sea considerada una enfermedad. Según distintos estudios, en el país y en América latina, entre un 15 y un 20 por ciento de personas que están en edad reproductiva tienen serias dificultades para procrear.

- La gran mayoría de las parejas accede a los tratamientos de fertilidad luego de enormes esfuerzos de su parte y otros no menores de las clínicas y médicos que hacen posible el financiamiento de esos esos procedimientos. Es importante además tener en cuenta la posibilidad de acceder a través de cobertura social a intervenciones de este tipo, cuyo acceso -en estos tiempos- no es apto para buena parte de la población.

Si bien en la actualidad, legalmente, no está contemplado en el PMO (Programa Médico Obligatorio) y por lo tanto no hay obligatoriedad ni para el Estado de proveer de esos servicios de forma gratuita y extendida ni para las obras sociales y prepagas de tenerlo dentro de sus prestaciones básicas. Aunque, como hemos visto la jurisprudencia ha dado el puntapié inicial para que haya cobertura por parte de las prepagas, la provincia bonaerense ha dado su visto bueno con la nueva ley.

- También debemos advertir que en materia de reproducción asistida deben salvaguardarse determinados derechos para quienes acudan al tratamiento, tales como el derecho a la privacidad; la salud y el bienestar de las mujeres y los niños.

En lo personal, creemos que el debate es la mejor forma de dar nacimiento normativo al tratamiento de la ovodonación. Habrá que, a la hora de establecer regulaciones, tener en cuenta cuál es el alcance y cuáles los límites que deben cumplirse. Por ejemplo, no consideramos apta la ovodonación para quien puede procrear de forma natural, pero si para las personas infértiles, e incluso para aquella madre que siendo portadora de HIV puede dar a luz un hijo cuyo patrón genético no comparte con la madre, pero que lo evita de contraer tal enfermedad.

Vemos quizás como un problema la retribución pecuniaria y los efectos colaterales que puede ocasionar un tratamiento de este tipo a la ovodonante, quien suele realizar el tratamiento más de una vez, y que pueda correr peligro de ocasionarse un daño severo a su salud.

4. PERSPECTIVA DIKELÓGICA

Con el avance de la genética humana se nos presentan cambios sociales, que traen aparejados carencia histórica de normas, y crisis de valores³⁵ -antes inmutables. Esto dificulta encontrar el camino *ideal* que permita determinar los alcances y restricciones de una práctica como la que desarrollamos.

Pero, una sociedad se constituye sobre bases compartidas referidas a la justicia, algunos dicen, en base a “consensos” respecto de la justicia. Es así que en el camino podremos hablar de diferentes tipos de justicia que nos permitan vislumbrar una salida.

Bien ha dicho Ciuro Caldani³⁶ que, “*La Metodología Dikelógica puede contribuir a reconocer en qué consisten las bases dikelógicas y culturales*”, de forma tal que los despliegues dikelógicos comunes de una sociedad no excluyen que también los haya diversificados; “*es viable decir que los “denominadores comunes” pueden ir acompañados de otros “denominadores particulares”.*”

³⁵ Estos últimos, muchas veces están ligados a concepciones que van “re adaptándose” a los nuevos tiempos.

³⁶ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “*Metodología Dikelógica*”, 2da edición actualizada. Págs. 17 y sigs. Fundación para las investigaciones jurídicas. Rosario, 2007.

Hemos estudiado que en el mundo jurídico trialista, debemos apuntar al valor principal, **el valor humanidad**.

HUMANIDAD Pero somos conscientes que no es nada fácil alcanzar el principio supremo de justicia cuando hablamos de técnicas de fertilización asistida, de forma tal que un sujeto disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible personalizarse.

El valor absoluto vida es tan importante, y tan difícil de delimitar, que dificulta determinar cuál es el alcance que tienen las personas, su participación, y ajustar un dialogo que se refiera a los nuevos métodos de concepción humana.

En ese complejo panorama se incluyen otros valores como la utilidad, la verdad, el amor, la felicidad, etc. A través de la utilidad la justicia puede hacerse más o menos posible, teniendo que determinar para quien es útil esta práctica, y en qué medida es útil. El principio de beneficencia -sobre todo en la dadora de óvulos, aunque su beneficencia va a ser retribuida pecuniariamente-, y el de no maleficencia se relacionan especialmente con el amor. Por otro lado, la Bioética y el Bioderecho permitirán también llegar al principio de justicia, al tratar de determinar cómo poder llevarla a cabo sin excesos, que no nos hagan perder de vista que estamos ante un sujeto de derecho y no un mero objeto.

* En el marco del trialismo y en base a **las enseñanzas aristotélicas** sobre las clases de justicia³⁷ (o sea los modos para pensar ese valor), podemos hablar de una clasificación de justicia parcial o total.

La justicia total consiste en obrar conforme a las leyes, lo que implicaría que desde esta visión la ovodonación no podría darse bajo ningún punto de vista, hasta que al menos exista una ley que la tutele expresamente.

La justicia parcial, por su parte está relacionada con la igualdad, y abarca una justicia distributiva y correctiva:

1) **La justicia distributiva**, se aplica en relación al reparto de las cargas y de los bienes, y consiste en que cada uno de los asociados reciba, una porción

³⁷ GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho”, ob. cit. Pág. 375 y sigs.

adecuada en razón de sus méritos. Así, se genera una afirmación muy fuerte del **principio igualdad**. Permitiría inducir que, si las personas no son iguales, tampoco debe dárseles cosas igual. (Lo que en derechos humanos llamamos acciones positivas, consistente en tratar igual a lo igual, y desigual a lo desigual).

Con ello, nos atrevemos a decir que quien puede concebir por forma biológica se vea impedida de llevar adelante estas prácticas -en relación al mérito de poder dar vida propia-. Lo que implicaría usar la ovodonación como excepción y no como regla general.

Entonces, podría concebirse un trato desigual a aquellas personas que no siendo capaces de concebir en forma natural o biológica, puedan utilizar este medio de procreación. Quizás, pueda también utilizarse para aquellas personas que teniendo una enfermedad de transmisión sexual como es el HIV, puedan tener hijos sin este virus, y así tener la posibilidad de continuar su descendencia.

Tampoco hay que perder de vista que como él ser nace en condiciones especiales, tiene derecho a saber cómo fue concebido, para que se le permita personalizarse³⁸.

2) La justicia correctiva, se basa en regular situaciones de cambio. Aristóteles supone que este tipo de justicia interviene para corregir el desequilibrio que se ha dado entre las relaciones. Dice Goldschmidt que *“tiende a lograr que cada uno de los hombres que se encuentran en una relación, se halle con respecto al otro en una condición de paridad, de tal suerte que ninguno dé, ni reciba, más ni menos.”* A su vez puede tener dos variantes:

- *Justicia sinalagmática o correctiva*: Se determina la formación de las relaciones de cambio según ciertas medidas, tratándolo de regular las mismas personas. Consideramos que esta ha sido la base primigenia de la ovodonación, al ser las mismas partes las que realizan el acuerdo con algo que no olvidemos esta fuera del comercio. Y posteriormente, apoyados en la ley civil que decreta que la madre es la que lo da a luz, complementan la identidad del niño.

³⁸ Entendemos que la verdad es un valor natural absoluto, que en consecuencia, debe dársele a conocer al sujeto.

- *Justicia judicial*: Ante cualquier controversia, prevalece la intervención del juez. Esto sucede, como ya dijimos, en materia de costos del tratamiento, que los jueces han atribuido a las obras sociales, dado que la infertilidad es una enfermedad.

* Desde otro aspecto, podríamos aplicar otro método para impartir justicia, basado en intentar fraccionar los hechos, para verlos y desplegarlos en detalle y poder adquirir un valor no menos importante que es la **seguridad**. Así, vemos que la justicia como valor absoluto del Derecho, tiene una función pantónoma que consiste en valorar todas las adjudicaciones del pasado, presente y del porvenir:

- El pasado, nos conduce a decir que no tenemos antecedentes históricos de este tipo de prácticas. Hace unos años apenas ha surgido la maternidad subrogada, también con planteos y discusiones similares, en razón de que se trata no solo de una donación de óvulos, sino que además se necesita el vientre de esa mujer para poder llevar el embarazo, lo cual hace inaplicable las normas del derecho civil en relación de la filiación.

- El presente, se puede desglosar en tres complejos: temporal, personal y real. En el plano temporal, el avance de la ciencia ha superado al legislador que nunca pudo prever este tipo de prácticas; en el complejo personal, hemos analizado cuáles son las cuestiones que llevan a las partes a interesarse en la ovodonación; por último, el complejo real determina que muchas parejas deciden acudir a este tipo de tratamientos, y que incluso la justicia les reconoce el derecho a que una obra social les costee el tratamiento.

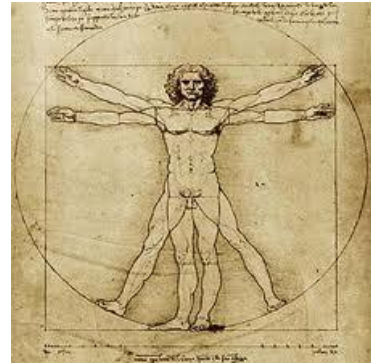
- El futuro, creemos que debe conducir a una reglamentación razonable de la ovodonación, dado que es una práctica que puede ayudar a muchas parejas con problemas de fertilización; pero no se debe abusar, no se trata de hacer un niño a medida del gusto de uno, sino en la posibilidad simplemente de formar una familia.

* Otra óptica que podemos utilizar es la de basarnos netamente en el principio supremo de justicia: **el humanismo**. A partir de allí, desglosar la idea de que en un reparto, cada uno dispone de una esfera de libertad tan amplia que le es posible desarrollar su personalidad, y convertirse de individuo en persona.

Está compuesto de dos elementos: HUMANISMO y TOLERANCIA.

- HUMANISMO: Se trata de tener al hombre como fin en sí mismo y no como medio. Exige que cada uno utilice su vida desarrollando sus facultades y talentos.

Se puede adoptar un *humanismo intervencionista* –o positivo-, consistente en que los dirigentes indiquen a cada cual qué desarrollo de su personalidad debe realizar. Se entiende que esta intervención es válida en tanto y en cuanto la personalidad del individuo carece de la madurez necesaria para elegir su camino. No obstante, a pesar de brindar protección, no debe olvidarse de enseñar a abrir los caminos, de ceder para que el individuo aprenda a hacer uso de su razón, para que pueda decidir sobre su futuro bajo su propia cuenta. Esto significa que debe darse los rasgos de un paternalismo, pero no debe ser totalitario.



En nuestro caso en particular ha habido intervención por parte del Estado cuando legisla sobre que se puede comerciar y sobre qué no, cuando establece la filiación, etc.; pero por otro lado, se abre la denominación de donación de óvulos para sacarle cualquier fin comercial.

Quizás pueda sostenerse una legitimación en materia de ovodonación en relación de la igualdad, pese a que se toma una mujer ovodonante como medio y no como fin. Si lo tratamos para situaciones especiales como pueden ser dar mejores condiciones de vida -caso de mujer infectada con HIV-, o simplemente dar vida que de otra forma no se podría.

Por otro lado vemos la intervención extensiva –a mi criterio- del juez, que da la posibilidad de llevar a cabo estas prácticas, estableciendo las condiciones y los límites, hasta tanto haya una ley.

Se puede adoptar un *humanismo abstencionista*, que da a cada cual una zona de libertad suficientemente amplia para poder convertirse dentro de ella en persona, según su propia elección. Va en busca de la igualdad y la unicidad de cada hombre. Por ser hombres iguales, cada uno tiene derecho a tener su zona de libertad, y es él mismo quien debe resolver sobre su destino.

Vemos que hay una especie de LIBERALISMO, para que pueda personalizarse el sujeto.

Esto debe ser así en nuestro modo de ver; pero no debemos pasar de la libertad al libertinaje en este tipo de prácticas porque, un abuso o exceso, podría tener consecuencias peligrosas para la humanidad, por ejemplo, utilizar la donación de óvulos y esperma para la investigación en la clonación de seres humanos.

Es así como consideramos que cuando hablamos de un ovulo que luego será una vida, una total abstención puede ser peligrosa, dado que abre la puerta a exceder los límites y, por ejemplo, dejar abierta la comercialización de óvulos, como si fueran caramelos que se compran en un kiosco.

- TOLERANCIA: Implica respetar las distintas ideas, el pluralismo, la diversidad de opiniones que pueden existir, a pesar de que alguna de ellas se fundamenten en cuestiones erróneas o lejanas a la verdad; sea por cuestiones racionales o de fe, es indistinto.

Por ejemplo, una persona con creencias cristianas muy conservadora, no concebiría la ovodonación bajo ningún aspecto, lo vería como un error abusar de la ciencia para la procreación.

Contrastando, Guillermo de Occam³⁹, al contrario de esta postura, sostendría que la fe y la regulación del estado no van de la mano; que “*a Dios se lo conoce por la fe, y al mundo por la experiencia*”, y por ello esta práctica no debe discutirse dentro de cuestiones de fe y de Dios.

Por otra parte, Leibniz⁴⁰, que sostiene que la mayoría de las posiciones aciertan en lo que afirman, pero se equivocan en la mayor parte de lo que niegan. Anhelaba la integración de las religiones y las culturas, procuraba el acuerdo entre los países cristianos.

Leibniz pretendía lograr, en base al simbolismo matemático, un lenguaje universal aplicable a las diferentes ciencias, esperando que de este modo se redujeran las discrepancias entre teorías rivales. En profundidad, el amor es la ley de toda la realidad.

³⁹ DE OCCAM, Guillermo (1280- 1349), filósofo franciscano de finales del medievo, desarrolló una filosofía revolucionaria en su tiempo en la que separaba el ámbito religioso del político. Conforme CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica...” ob., cit. Págs. 157 y sigs.

⁴⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica...” ob., cit. Págs. 196 y sigs.

* Por último, podemos tratar de abordar una mirada de justicia dentro de otro aspecto que sale del utilitarismo, pero que basa un poco en los pilares expuestos: la libertad y la igualdad.

John Rawls⁴¹ parte de la idea “*Todos los bienes primarios sociales - libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y los fundamentos de la propia estima - tienen que distribuirse de modo igual a menos que una distribución desigual de uno de estos bienes o de todos de ellos resulte ventajosa para los menos favorecidos*”. De aquí se desprenden tres principios:

Primer principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos. Todas las personas son iguales en punto de exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicas iguales.

En este sentido, toda persona tiene derecho a poder procrear, derecho a desarrollarse como persona humana.

Segundo principio: Principio de la diferencia. Las desigualdades tienen que estructurarse de manera que redunden en:

- Mayor beneficio de los menos aventajados: Claramente la infertilidad es un problema que no depende del sujeto, sino de su propia naturaleza. Entonces podría considerarse esta práctica como beneficio para aquellos que la padecen.

- Unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades: Se trata de proveerle a aquellos desventajados el mayor beneficio. En nuestro caso podría ser la cobertura médica por parte de las obras sociales.

El problema de la igualdad: Las cualidades naturales y las circunstancias sociales son cuestiones de pura suerte y no es justo que las pretensiones de la gente y la justicia dependan del azar. Rawls quiere corregir las desigualdades no merecidas (sean estas sociales o naturales.)

En el caso de los más desfavorecidos por naturaleza -en este caso, porque no tienen la misma oportunidad de ser padres-, y su falta de éxito no es imputable a ellos mismos, a su falta de esfuerzo o a sus decisiones. Por tanto uno

⁴¹ Puede leerse BIDEET, Jacques “*John Rawls y la teoría de la justicia*”. Editorial Barcelona, 2000.

puede plantear, *¿Cómo deberían tratarse las diferencias en las cualidades naturales?* Rawls reconoce que el lugar que ocupamos en la distribución de las cualidades naturales es moralmente arbitrario. Pero, del hecho de que las desigualdades naturales y sociales sean arbitrarias, podríamos reconocer que este tipo de desigualdades deberían influir en la distribución sólo cuando redunden en beneficio de los que están peor.

Tomando esta idea, podemos afirmar que la ovodonación podría ser una técnica justa y solo para aquellos que verdaderamente necesitan acudir a un tratamiento para ser padres, porque de otra forma no podrían serlo.

5. CONCLUSIÓN

Hacer oídos sordos a una práctica que se lleva a cabo en la realidad, no es legislar. Es necesario proteger al ser humano ante las innovaciones biotecnológicas, tratando de resolver las controversias resultantes de la ambivalencia que puede darse entre lo que es, lo que debe ser y lo que puede ser.

La ovodonación, permite abrir nuevos campos en materia de familia; pero no debe tratarse de hacer una vida a medida, sino simplemente de dar vida. Cada uno de nosotros es único e irrepetible, y no debe alterarse tan hermosa cualidad humana que hace exclusivo a cada ser.

En nuestra opinión, el derecho debe buscar una salida viable a la legalización de la ovodonación estableciendo, como he sostenido a lo largo de todo el trabajo, alcances, medios, y -sobre todo- límites, para hacer un uso restrictivo y justificado del mismo, y no abusivo, que sea proclive a alterar nuestra esencia como seres humanos.

Una adecuada reglamentación de esta práctica significará un progreso, no solo en materia jurídica, sino también en las ciencias biológicas, porque permitirá demostrar que es posible trabajar en ambas ciencias conjuntamente no en beneficio de uno, sino en pos de toda la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ANDORNO, Roberto, “La dignidad humana como noción clave en la declaración de la UNESCO sobre el genoma humano”, en “Revista de Derecho y Genoma Humano”, N°14, págs. 41 y sigs. Universidad de Deusto, España, 2001.

CALÁ, Florencia, “El derecho a la libertad reproductiva en personas portadoras de VIH. Análisis desde una perspectiva jurídica trialista”, en “Revista Electrónica Cartapacio de Derecho”. Volumen 15, 2008. En <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1088/1152>

CHILLIK, Claudio, “Ovodonación”, en <http://www.planetamama.com.ar/nota/ovodonaci%C3%B3n>, 3 de Septiembre, 2010.

CICERI, Mariana, “Medicina reproductiva - Ovodonación”, en <http://www.mujeresysalud.com/salud/salud-reproductiva/643-medicina-reproductiva-ovodonacion>, 19 de Mayo, 2009.

CICERI, Mariana, “Psicología y ovodonación” <http://www.mujeresysalud.com/salud/salud-reproductiva/644-psicologia-y-ovodonacion>, 19 de Mayo, 2009.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas” (recopilación), 1ra edición. Editorial Zeus. S.R.L, Rosario, año 2008.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”. Primera Edición. Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Rosario, 2000.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “*Metodología Dikelógica*”, 2da edición actualizada. Fundación para las investigaciones jurídicas. Rosario, 2007.

CLINICA, Eugin, “Donación de óvulos”, en <http://www.eugin.net/es/fertilidad-e-infertilidad/donacion-de-ovulos/1/16.html>

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA ARGENTINA. Zavalia, 2010.

GOLDSCHMIDT, Werner, “*Introducción filosófica al derecho*”. Sexta edición, reimpresión inalterada. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996.

IGLESIAS, Mariana, “*Las mujeres ya cobran hasta \$3.000 por dar sus óvulos*”, en Diario Clarín http://www.clarin.com/sociedad/tendencias/mujeres-cobran-_3-000-dar-ovulos_0_271772871.html, 31 de Mayo, 2010

KRASNOW, Adriana Noemi, “*Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de Filiación. Procreación asistida*”. La Ley, Buenos Aires, 2006.

LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, “*Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida*”, en “*Derecho de familia*”, págs., 323 y sigs. Editorial, Rubinzal Culzoni. Santa Fe, 1990.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:
http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=RAE

REPRODUCCION ASISTIDA.ORG., “*Requisitos para la donación de óvulos*” en <http://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-asistida/donacion-de-ovulos-y-espermatozoides/embarazada/requisitos-para-la-donacion-de-ovulos/>;

SOSA, Viviana, “*Comienzo de la existencia de las Personas físicas. Protección Jurídica*”, en “*Revista Electrónica Cartapacio de Derecho*”. Volumen 10, 2006. En <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/919/774>