

DERECHO Y VIDA

I U S E T V I T A

CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO

*Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y jurisprudencia comparadas**Graciela Medina, profesora argentina autora de "Uniones de hecho homosexuales", "Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio", "La adopción"***• • • • • Derecho a la procreación**

Lo primero que debemos aclarar es si entre los derechos personalísimos existe uno a la fecundación.

I- Tesis que niega la existencia de un derecho subjetivo**I- Fundamentos**

Quienes niegan que exista un derecho personalísimo a la procreación y a la fecundación se basan en que:

- La fecundación es un hecho de la naturaleza y, por lo tanto, excluido de la libertad del hombre;
- no existe un derecho al niño;
- el niño no puede ser considerado un medio para obtener un fin, por más importante que éste sea;
- el hombre y la mujer tienen la facultad de procrear o no procrear en forma natural, pero esta libertad no debe ser confundida con un derecho.

Sobre este último punto, Rivera¹ afirma que "el hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o de no hacerlo y ello importa el derecho a la no injerencia del Estado o de terceros en esa determinación de los sujetos, en definitiva, de aquella libertad nace el derecho a la privacidad del o de los sujetos comprometidos en esa decisión".

Pero limita esa libertad de procrear a la realizada por métodos naturales. Entiende este autor que cuando esa procreación requiere la intervención de terceros (médicos, dadores) e importa, por lo tanto, la decisión consciente y deliberada de traer un niño al mundo con métodos que en alguna medida alteran el curso natural², ya no implica el ejercicio de una libertad individual, en la esfera íntima de la vida privada. Ya está comprometida la intervención de terceros y, porque un niño está en juego, también está comprometida la propia responsabilidad del Estado³. De ello deduce que no existe un derecho personalísimo a la procreación.

2- Crítica

La negación de la existencia de un derecho a la procreación no nos convence porque no nos podemos explicar por qué éste se reconoce cuando se trata de la procreación natural y se niega cuando es asistida.

La cuestión reside en establecer cuáles han de ser los límites que este derecho debe tener cuando se trata de la fecundación asistida.

II- Tesis que acepta que existe un derecho personalísimo a la procreación

En posición contraria se encuentran quienes aceptan que existe un derecho personalísimo a la procreación. Los defensores de esta posición parten de afirmar que el derecho a la procreación es el correlato de la libertad de no procrear y, en definitiva, consiste en la libertad de procrear cuando quiero, como quiero y con quien quiero.

En la doctrina argentina ha sido el profesor Cifuentes⁴ quien ha admitido con mayor amplitud el derecho a la procreación asistida en todos los casos.

El citado autor acepta que estas técnicas sean utilizadas por mujeres solas, por mujeres que integran parejas lesbianas, y aun post mortem, fundado en los siguientes razonamientos:

- Si se justifica o no se sanciona una unión sexual que da como resultado el nacimiento de un niño de una mujer soltera, menopáusica o lesbiana, no se puede vedar en iguales casos el acceso a la fecundación asistida sin herir esos aspectos personalísimos de la trayectoria humana.

¹ RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Parte general, Buenos Aires, Abeledo Perro, t. II, p. 21

² La ley francesa 94.654 dice en su artículo 152-1: "Se entiende por asistencia médica a la procreación las prácticas clínicas y biológicas que permiten la concepción in vitro, la transferencia de embriones y la inseminación artificial, así como toda técnica de efecto equivalente que posibilite la procreación fuera del proceso natural".

³ MEULDERS KLEIN, Marie T., Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1988, p. 664.

⁴ CIFUENTES, Santos, Derechos personalísimos, 2^{da} ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 449.

- b) Existen mujeres solteras que no tienen la posibilidad de vivir la pareja humana realizada en varones y mujeres, pero que tienen un acendrado espíritu maternal y una indeclinable necesidad de crianza y de descendencia, a las que se les debe dar la posibilidad de acceder a las técnicas de procreación asistida.
- c) La decisión procreativa individual debe ser ampliamente respetada, y la elección de estas técnicas no debe ser controlada ni limitada por la sociedad ni por el Derecho.

Por su parte, Arson de Glinberg y Silva Ruiz no admiten ninguna limitación a la utilización de estas técnicas por entender que "se trata de la libertad que compete a cada individuo para elegir en las múltiples opciones que se plantean al hombre en todas las instancias de su existencia, elegir por sí y para sí, sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección en forma directa o indirecta"⁵.

La postura que acepta la tesis del derecho subjetivo sin límites llevada a sus últimas posiciones admite:

- a) El derecho de la mujer sola;
- b) el derecho de las parejas de lesbianas de recurrir a estas técnicas;
- c) el derecho de los homosexuales de recurrir al alquiler de vientres;
- d) el derecho a realizar un clon de uno mismo.

III- El interés del menor como límite a las técnicas de fecundación asistida

Cierto es que si se piensa en forma absoluta que el derecho a la procreación es el derecho de procrear con quien uno quiere, cuando y como uno quiere, se llega a la conclusión de que cualquier persona (mujer sola o lesbiana), por cualquier medio (maternidad por sustitución), de cualquier forma (fecundación con alteración de caracteres genéticos), puede procrear.

Tal razonamiento no nos convence, porque el derecho a la procreación, como todo derecho subjetivo y personalísimo, se encuentra limitado por el derecho de los demás. Concretamente, el derecho a procrear admite dos límites: a) El derecho del niño; b) la prohibición de la clonación.

Los derechos del niño

La concepción del niño ha evolucionado con el correr de los siglos y de ser considerado propiedad de los padres⁶ ha pasado a ser en el siglo XX un sujeto de derecho, cualesquiera fueren las circunstancias de su nacimiento⁷.

Como la realización de las técnicas ha de respetar la dignidad de la persona por nacer, estas no han de vulnerar los derechos del niño, en especial el derecho de todo niño de tener un padre y una madre; por lo tanto no podrán aplicarse a mujeres solas ni a parejas lesbianas porque en estos casos antes de la concepción ya se está condenando al niño a no tener padre.

Diferente es el caso de la mujer sola que adopta ya que en este supuesto se está dando solución a una cuestión preexistente y no se está gestando un huérfano. También es diferente el caso de la mujer que es madre soltera en forma natural, porque en este supuesto no se requiere el auxilio de la ciencia controlada por el Estado para dar a luz.

Si bien en forma natural se puede asumir la responsabilidad de traer un huérfano de padre al mundo, éste no puede provenir de un acto colectivo de un equipo médico protegido por el Estado, que tiene el deber de velar por el respeto de los derechos del niño a nacer

en una familia con una imagen materna y paterna. En este caso, debe necesariamente ceder el interés individual a procrear frente al derecho superior del niño.

El derecho del niño aparece reflejado en la Convención sobre los derechos del niño que Argentina ha ratificado y más aún constitucionalizado, por su incorporación al artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional, en la reforma de 1994.

En efecto, esa Convención dispone en las partes pertinentes de su preámbulo:

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

En el texto siempre se alude al derecho de los niños a conocer y a vivir con sus padres (artículo 7), lo cual demuestra que en esa Convención se reconoce el derecho de los niños a nacer y a vivir en el seno de una familia compuesta por los padres y por el hijo. Así mismo, reconoce expresamente que la protección al niño debe acordarse tanto antes como después del nacimiento, como ya lo señalara la Declaración de los derechos del niño⁸.

Finalmente, la Convención asegura prioridad al interés del niño. Así lo dispone el artículo 3, parágrafo 1, conforme al cual:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Como el límite al derecho a la procreación ha de ser el interés superior del niño, no ha de permitirse la realización de la procreación mediante la maternidad por sustitución, ya que lesiona el interés del menor al desbordar la maternidad⁹.

IV- Niños educados por parejas homosexuales

Algunos estudios han demostrado que los niños concebidos en el seno de parejas lesbianas crecen sin mostrar diferencias con respecto a los criados en familias tradicionales. Charlotte Paterson, psicóloga de la Universidad de Virginia, llevó adelante una investigación sobre un total de treinta y siete familias, cuyos resultados arrojaron que:

- 1) La calidad de los padres, y no su orientación sexual, es determinante en el desarrollo psicofísico de los niños;
- 2) no existen diferencias en habilidades y en problemas entre los distintos niños.

⁵ ARSON DE GLINBERG, Gloria H. Y SILVA RUIZ, Pedro, La libertad de procreación, en L. L., 1991- B - 1204.

⁶ Recordemos que en el derecho romano podía ser entregado en pago de deudas.

⁷ MEULDRES KLEIN, ob. cit., p. 645.

⁸ En el preámbulo de la Convención se lee: "Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los derechos del niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

⁹ Pero también creemos que de realizarse estas prácticas, los problemas que ellas presentan han de resolverse teniendo en cuenta el interés del menor.

En un segundo estudio, Paterson examinó a ochenta familias que habían concebido gracias a las técnicas de la inseminación artificial. Cincuenta familias estaban formadas por parejas homosexuales o madres heterosexuales solteras. De los datos y comportamientos de los niños observados resultaba imposible determinar cuáles habían nacido en las familias homosexuales y cuáles no.

Sin embargo, otros estudios, también publicados por la misma fuente, indicaron que los niños nacidos en parejas homosexuales tenían una mayor predisposición a convertirse en homosexuales.

V - Legislación comparada

El acceso a las técnicas de inseminación artificial o fertilización in vitro varía según los países y, dentro de estos, según los estados.

Generalmente, las lesbianas son excluidas, de manera explícita, por su orientación sexual, o, implícitamente, por su estado marital.

Otra causa de exclusión suele ser la ausencia de padecimientos físicos que impidan procrear naturalmente. Muchos especialistas se niegan a utilizar estas técnicas en aquellos casos en que no hay infertilidad. El doctor Robert Stillman, del Centro de Fertilidad Shady Grove¹⁰, argumenta que la medicina reproductiva de avanzada debería estar reservada para aquellas parejas que son clínicamente infértiles. Aunque él señala que no se opone a las familias gays, afirma que jamás trataría a una pareja homosexual porque él no quisiera convertirse en un ingeniero social: "Ellos no son infértiles desde el punto de vista clínico. Para que nuestra profesión como médicos sea legítima, debemos practicar la Medicina, a ella nos debemos abocar".

1- Ordenamientos que restringen el acceso a las técnicas de fecundación asistida a los matrimonios o parejas heterosexuales.

Países Bajos

En 1997 se introdujo en los Países Bajos una propuesta legislativa que contemplaba la posibilidad de que las parejas homosexuales pudieran acceder a las técnicas de fecundación asistida y a la adopción. En Dinamarca¹¹, por ejemplo, se realizaron encuestas acerca de si el pueblo danés consideraba que los homosexuales podrían ser buenos padres¹². Los resultados dados a conocer por la prensa mostraban una opinión favorable. Aunque la Ley de Inseminación Alternativa fue originalmente propuesta de manera tal que las técnicas fueran accesibles para todo aquel que las solicitara, al promulgarse prohibió que las lesbianas accedieran a ellas en contextos clínicos. Al no regular los tratamientos no clínicos, muchas lesbianas recurren a la autoinseminación, que no está penalizada¹³.

Aragón

La ley de Aragón relativa a parejas estables no casadas¹⁴ permite que las parejas heterosexuales adopten y accedan a las técnicas de fecundación asistida, pero no da iguales derechos a las parejas homosexuales.

Cataluña

La Ley 10-1998 sobre uniones de hecho hetero y homosexuales permite que las parejas heterosexuales adopten y accedan a las técnicas de fecundación asistida, pero no da iguales derechos a las parejas homosexuales.

Australia

La ley de Tecnología Reproductiva Australiana (1992) excluye a las lesbianas y a las heterosexuales solteras. Sin embargo, un precedente jurisprudencial del año 2000 la ha declarado inconstitucional¹⁵.

Austria

La Ley de Tecnologías Reproductivas sólo permite que los matrimonios o las parejas heterosexuales estables accedan a las técnicas de fecundación asistida.

República Checa

Limita el acceso a los matrimonios.

Dinamarca

El Acta del Parlamento n.º 460 del 10 de julio de 1997 prohíbe que las parejas lesbianas accedan a las técnicas de fecundación asistida.

Francia

A pesar de la ley del PACS¹⁶, sólo permite que los matrimonios y las uniones de hecho heterosexuales tengan acceso a estas técnicas.

Noruega

Manifestó su negativa en la Ley de Partenariado de 1992.

Consecuencias de la prohibición. Autoinseminación

A tenor de la prohibición, algunas mujeres han recurrido a la autoinseminación. Esta técnica altamente riesgosa, tanto para la mujer como para el niño, se ha vuelto muy frecuente en estos últimos años, al punto que se han creado agrupaciones especialmente dirigidas a orientar a las mujeres que se inician en la práctica. Este es el caso de Suecia, en donde la Federación para los Derechos de Gays y Lesbianas ha lanzado programas de educación en las ciudades de Helsingborg, Gothenburg, Oerebro y Linkoeeping acerca de los distintos métodos de procreación asistida, especialmente de los cuidados que se deben tomar para practicar una inseminación artificial casera.

Los altos costos de la práctica en clínicas médicas también pueden volver prohibitivo el acceso a la procreación asistida. Sin embargo, la práctica casera y rudimentaria puede imponer costos sumamente elevados, como el contagio del SIDA u otras enfermedades que pueden transmitirse al niño.

2- Ordenamientos que no lo prohíben

Bélgica

Aquí la inseminación de parejas lesbianas queda a discreción de las clínicas médicas que ofrecen los servicios de reproducción asistida.

Islandia

La primera legislación sobre uniones homosexuales no permitía que estas uniones accedieran a las técnicas de fecundación asistida. Sin embargo, en junio de 2000 una reforma modificó esta posición al permitir que las parejas registradas accedieran a dichas técnicas.

Gran Bretaña

La Ley de Fertilización Humana y Embrionaria (1990) reza en uno de sus artículos:

No se le deberá proporcionar tratamiento a una mujer a menos que se haya analizado el bienestar del potencial niño, o de cualquier otro niño que pueda verse afectado por tal nacimiento, incluyendo la necesidad del niño de tener un padre.

¹⁰ Parte integrante del Centro adventista Shady Grove, ubicado en Washington, D. C.

¹¹ En el año 1989 se sancionó en Dinamarca la Ley 372 del 7-6-89 sobre el registro de parejas hétero y homosexuales.

¹² Associated Press del 29-10-97.

¹³ MINOT, *Conceiving parenthood...* cit., p.135.

¹⁴ Ley 6/1999, promulgada el 26-3-99.

¹⁵ Ver comentario del precedente en el punto VIII, Jurisprudencia comparada.

¹⁶ Promulgada el 15-11-99 como ley 99.944 relativa al pacto civil de solidaridad y al concubinato.

Este criterio ha permitido que quede a discreción del profesional la decisión de aplicarle a una pareja homosexual o a una persona soltera las técnicas de fecundación asistida.

Holanda

El 12 de septiembre de 2000, el Parlamento holandés aprobó una ley que entró en vigor en el año 2001 y que permite a las parejas homosexuales contraer matrimonio con los mismos derechos que las heterosexuales, entre ellos el acceso a las técnicas de fecundación asistida¹⁷.

Estados Unidos

Algunos estados de Estados Unidos ofrecen protección legal específica para las mujeres solteras que quieren procrear a través de la inseminación artificial¹⁸. Por otra parte, cada Estado posee una normativa distinta con respecto a la donación de esperma.

Vermont

La ley de Vermont equipara a los miembros de las uniones civiles con los esposos.

Minnesota

Las técnicas de fecundación asistida no sólo son empleadas por lesbianas, sino que las parejas gays también recurren a ellas para procrear. Con la ayuda de las llamadas madres sustitutas y la fertilización in vitro, un niño puede estar genéticamente unido a uno de los miembros de la pareja. En algunos casos, ambos miembros deciden compartir rasgos con el menor¹⁹.

Chicago

En Chicago se habla de un *boom* de niños nacidos por inseminación artificial practicada sobre lesbianas. El Centro de Salud Femenina

ha ayudado a miles de lesbianas a cumplir su deseo de maternidad. Asimismo ha creado un programa de ayuda a las mujeres solteras e lesbianas que quieren orientarse antes de iniciar cualquier tratamiento. En un principio, este Centro obtenía el esperma de dadores gays, pero en 1980 decidieron interrumpir esta práctica por temor a que el esperma estuviera infectado con sida o con cualquier otra enfermedad sexual. Hoy en día el Centro aconseja que las mujeres utilicen el esperma congelado de los bancos de esperma, en donde se realizan de manera previa sobre el esperma tests. Además los bancos de esperma ofrecen otra ventaja: los donantes anónimos carecen de derechos filiatorios sobre los futuros bebés. Esto impide que con posterioridad surjan disputas en torno a los derechos parentales sobre el menor.

Conclusión

En el Derecho Comparado, tanto en el sistema continental como en el *case law*, se observa una pequeña apertura legislativa y jurisprudencial que permite a los homosexuales el acceso a las técnicas de fecundación asistida e inclusive un reconocimiento de la coparentalidad a los miembros de las parejas gay. El desafío del legislador y del jurista es determinar si ello es beneficioso para el interés del menor por nacer.

¹⁷ El País Digital del 13-9-2000

¹⁸ DEMIAN, codirector, Adoption, foster care, donor insemination, surrogating parenting options for same-sex couples, Patners Task Force for Gay & Lesbian Couples, may 2000.

¹⁹ MSNBC, 19-6-98

Noticias del Mundo

La Autoridad (HFEA) creada por la ley inglesa sobre fertilización humana y embriología otorgó permiso a una clínica especializada en realizar procedimientos de fertilización in vitro, para aplicar el diagnóstico genético preimplantatorio (PGD) con el fin de seleccionar, entre varios, un embrión libre de enfermedad y genéticamente compatible con el hijo de la pareja solicitante que sufría una enfermedad de la sangre conocida como beta talasemia. Una vez seleccionado el embrión, el equipo médico procederá a transferirlo al útero de la madre y, cuando el bebé nazca, aprovechará las células de su cordón umbilical para trasplantarlas a su hermano enfermo con el fin de curar el desorden de salud que lo aqueja. La autorización constituye un precedente muy importante pero sus críticos han señalado que abre la puerta a los "niños de diseño" que serían ejemplos de una moderna concepción eugenésica.

Cuadro que ilustra la complejidad y variedad de las leyes sobre donación de esperma en los estados norteamericanos. (Informa Demian que el cuadro fue construido por el sitio Lesbian Moms en 1998)

LEYES RELATIVAS A LA DONACIÓN DE ESPERMA

Características	Estados
Debe ser supervisada por un médico matriculado.	AL AK CA CO CT GA ID IL MN MT NJ NM NY NC OH OK OR TN TX VA WA WI WY
Con consentimiento de la esposa, o del esposo y la esposa	AL AK AR CA CO CT FL ID IL MN MT NJ NM NY NC OH OK OR TN TX VA WA WI WY
Con consentimiento escrito.	AL AK CA CO CT GA ID IL MN MT NJ NM NY NC OH OK OR TN TX VA WA WI WY
Con consentimiento escrito, reconocido por el médico especialista.	AL CO GA ID IL MN MT NJ NM NY NC OK OR WY
Con consentimiento escrito, prestado ante un tribunal.	NC OK WY
Con consentimiento prestado en un formulario.	AL CA CO CT ID KS MN NJ NM OK OR TX WA
Con consentimiento prestado en un formulario y mantenido bajo reserva.	AL CA CO CT GA ID IL KS MN NJ NM NY NC OK OR TX WA WI
Con consentimiento prestado en un formulario y sólo disponible por orden judicial.	CO NJ NM OH OK WA WY
El niño es considerado legítimo sólo si el marido prestó su consentimiento.	AL AK AR CA CO CT FL GA ID IL KS LA MD MI MN MT NV NJ NM NY NC OH OK OR TN TX VA WA WI
El médico, o en su caso el obstetra o ginecólogo, deben estar notificados del consentimiento.	ID
El donante no tiene derechos legales o deberes con respecto al menor.	AL CO CT ID IL MN MT NJ NM NY OH OR TX WA WI
Establecen requisitos sanitarios mínimos para ser donante.	ID NJ NY OH
El médico o el hospital pueden rechazar al donante.	MD
El estatuto (o la ley) es retroactiva.	NJ
De no cumplir con las formas legales, pueden existir penalidades.	GA (1 a 5 años de prisión para cualquiera que practique una inseminación artificial sin ser médico)
El donante es considerado el padre biológico si la mujer inseminada lo consiente por escrito.	NM OH
Requieren que el donante se someta a los tests de detección de HIV.	ID OH
El médico puede conservar los registros.	OH