



FECUNDACIÓN IN VITRO: ALGUNAS PAUTAS EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA

**Paula Siverino Bavio*

Introducción

En este artículo pasaremos revista de algunas de las sentencias publicadas en Colombia, Costa Rica, el Perú y la Argentina que buscan componer conflictos relativos a las técnicas de reproducción asistida, considerando de manera particular el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema.

1. La infertilidad para el Derecho

Una cuestión sin duda relevante consistirá en determinar cuál será la conceptualización o encuadre que se dará a la infertilidad (si ésta será tratada como una condición, enfermedad o discapacidad) a fin de establecer cuál o cuáles serían las obligaciones a cargo del Estado y los proveedores privados del sistema de salud. Sobre ello, señala Luna que debe dirimirse si se estaría frente a personas que padecen una enfermedad o discapacidad, o por el contrario, de personas que funcionan como clientes y demandan un servicio.¹ La Asociación Médica Mundial ha dicho que *“la concepción asistida es distinta del tratamiento de una enfermedad, ya que la imposibilidad de ser padres, sin intervención médica no siempre es considerada una enfermedad. Aunque puede tener profundas consecuencias psicosociales y médicas no es en sí limitante de la vida. Sin embargo es una importante causa de una enfermedad psicológica y su tratamiento es evidentemente médico”*². Pese a ello, y sin perjuicio de las críticas que motiva por se las inclusiones o exclusiones del ICD (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems) la Organización Mundial de la Salud incluye a la infertilidad femenina y masculina en el ICD-10, específicamente dentro del Capítulo XIV referido a las enfermedades genitourinarias encontrándose bajo el nomenclador 46 la infertilidad masculina y en el nomenclador 97 la infertilidad femenina³.

Desde otro enfoque, una reciente y completa investigación en el medio peruano deduce que habría motivos suficientes para considerar a la infertilidad no solo una enfermedad, sino una que debería ser entendida como problema de salud pública.⁴

En Argentina se ha ido perfilando una jurisprudencia que, en una vertiente bastante sólida, no sólo ha considerada a la infertilidad una dolencia, sino que entiende que, dada la protección constitucional de la salud, el derecho a formar una familia y hasta la protección del interés superior del niño, los tratamientos respectivos deben ser cubiertos por los servicios de medicina prepaga y las obras sociales o mutuales, pese a que el Plan Médico Obligatorio (catálogo de prestaciones obligatorias para los servicios privados, que además prestan los efectores público de salud) no incluye a la fertilización asistida. Este reconocimiento acepta matices: mientras que en las etapas iniciales la jurisprudencia solía ordenar la cobertura hasta lograr el embarazo, más recientemente se observa una tendencia a morigerar la cobertura fijando un número máximo de intentos. Con alguna excepción⁵ que confirma la regla, se ha admitido la vía del amparo como procedimiento de tutela, existiendo casos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires así como en provincias.

Ilustra lo dicho un fallo de fines del año 2007, ratificado en segunda instancia, que consideró que: *“la infertilidad debería ser considerada una enfermedad, porque puede originar depresión, ansiedad y angustia, que contaminan la vida de relación de la pareja”*; *“Negarle el derecho a fundar una*



*familia a esta pareja importa una discriminación para quien padece esta enfermedad...*⁶⁷ En otra sentencia del año 2008 ordenó a una obra social cubrir los gastos de “todos los intentos que sean necesarios hasta lograr un embarazo” de una pareja que había gastado todos sus ahorros en dos tratamientos previos fallidos⁸. Este derecho se le ha reconocido a parejas del mismo sexo⁹.

En la Provincia de Buenos Aires se reconoció el derecho a la cobertura médica, entre otros, en los siguientes casos “L. H. A. y otra, c/ IOMA” (2008); “B. C. Y otra c/ UP” (2009); “R. M. V.Y otro c/ OSPE” (2009); “U. V. C. c/ OSDE” (2010); en “T. B. E. B. c/OMINT” (2010); “C. N. B. Y otro c/ DIBA” (2010) y en “S. J. N. c/OSPE”. Estas sentencias ponen especial énfasis en la salud psicofísica de las peticionantes y en cómo la infertilidad genera sufrimientos y padecimientos psicofísicos. Siguiendo esa línea, en “A., L. y otro c. OSEC Mar del Plata s/amparo”¹⁰ (2010) la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata reconoce el derecho al reintegro de lo abonado en dos tratamientos fallidos y ordena a la Obra Social la cobertura de hasta dos tratamientos más, si bien los amparistas habían solicitado la cobertura total hasta lograr el embarazo, contemplando un mínimo de cinco intentos. En esta sentencia también se toman previsiones frente a la posibilidad de que existan embriones crioconservados.

En una reciente sentencia de la Provincia de Corrientes se sostuvo que esperar a que una norma nacional consagre a la infertilidad como una enfermedad es una posición “*absurda, caprichosa e impracticable importa un claro desconocimiento de las nociones elementales de la medicina humana, desde que no puede lógicamente afirmarse que las disfunciones psicofísicas que provoca la infertilidad no sean una patología máxime cuando lo que está en juego es la función biológica madre de todo ser vivo, cual es la reproducción*”¹¹. La sentencia de la máxima instancia local revoca la decisión de segunda instancia y obliga a la Obra Social a cubrir de manera integral un tratamiento de ICSI con ovodonación hasta lograr el embarazo.

En la Argentina, entre los años 2009 y 2010 se dictaron tres normas que reconocen la cobertura de la fecundación in vitro: la Provincia de Buenos Aires en diciembre del año 2010 sancionó la ley 14.208 que partiendo de reconocer que la infertilidad es un enfermedad, reconoce la cobertura médico asistencial integral de las técnicas de fertilización homóloga; a la que tendrán acceso las mujeres (en pareja, por lo que parecería desprenderse de la norma) residentes al menos por dos años en la provincia de entre 30 y 40 años de edad; y las provincias de Río Negro y Córdoba tienen normativa que contemplan la posibilidad de cobertura de procedimientos de alta y baja complejidad en reproducción asistida¹².

En la Provincia de Córdoba se condenó a dos obras sociales a dar cobertura a los tratamientos considerando que la infertilidad es una enfermedad y más específicamente, una discapacidad. Una posición similar es sostenida por una sentencia costarricense del Tribunal en lo Contencioso Administrativo que ampara en octubre de 2008 una petición que obliga a la Caja Costarricense de Seguro Social a cubrir un tratamiento de fertilidad, por considerar a la infertilidad además de una enfermedad sería una “discapacidad reproductiva”. La sentencia resuelve el caso aplicando la normativa sobre discapacidad por entender que se trataría de una afectación al derecho a la igualdad de las personas con una discapacidad en el ámbito de la salud sexual y reproductiva¹³. Esta sentencia es además muy interesante, ya que entiende que hay un margen legal de acción en relación a las técnicas de reproducción asistida pese a la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo de 1995 Nro.24029-S que regulaba las técnicas de reproducción asistida por considerar que atentaba contra la dignidad y el derecho a la vida de los embriones, y que comentaremos en el próximo punto.



En Colombia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que, en principio, la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud no vulnera los derechos fundamentales de quienes no pueden procrear. La Constitución Política establece una especial asistencia y protección a las mujeres durante el embarazo y después del parto *“siempre que la función procreadora de la especie sea naturalmente posible; esto, toda vez que la obligación del Estado no va más allá de cumplir con su deber de abstención en el desarrollo de actividades que puedan afectar, obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear”*¹⁴. Sin embargo, ha establecido excepcionalmente ciertos casos en los cuales procede la acción de tutela para conceder tratamientos de fertilidad por existir riesgo en la salud, integridad o vida de la paciente. Dichos casos fueron resumidos en la sentencia T-890 de 2009: *“(i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS -o IPS- sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) Cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y, (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (infertilidad secundaria)”*. La Corte desde la sentencia T-605 de 2007, indicó que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, particularmente reconocidos a las mujeres, razón por la cual una apropiada atención en salud reproductiva es fundamental en la construcción de equidad social. Así, *“la atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de infertilidad los cuales, si bien se encuentran excluidos de los planes de salud, deben excepcionalmente prestarse cuando se comprometen derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud o cuando el tratamiento ya ha sido iniciado a la paciente por prescripción médica aceptada por el prestador del servicio”*¹⁵.

2. El estatuto ontológico del embrión y la regulación de las técnicas de reproducción asistida

Debe tenerse presente que las técnicas de fertilización asistida han sido desde el inicio muy cuestionadas, ya que mientras para algunos representa un hito en la lucha contra la infertilidad, posibilitando a miles de personas acceder a formar una familia, para otras es una práctica inmoral, que desnaturaliza el acto unitivo conyugal y que instrumentaliza al ser humano, propiciando por otra parte el aniquilamiento de miles de “pequeños seres humanos”. Este debate va a traducirse en buena medida en la discusión sobre el estatuto ontológico del embrión, vale decir, sobre la categorización ética y jurídica de las etapas iniciales del desarrollo embrionario. La jurisprudencia en este sentido es dispar, si bien justo es reconocer que la posición que entiende que el óvulo fecundado es ya un sujeto moral y de pleno derecho ha sido mayoritaria (teoría de la fecundación), y ello es relevante ya que las derivaciones prácticas de esta teoría pueden resultar muy restrictivas de las técnicas de reproducción asistida llegando incluso a su prohibición total.

Ilustra este debate una sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica que declaró inconstitucional el Reglamento para las Técnicas de Reproducción Asistida aprobado por Decreto 24029-S de 1995.

El Colegiado, al resolver el amparo que se le presenta, entiende que las técnicas de reproducción asistida atentan contra la vida y la dignidad del ser humano, dado que el embrión es persona desde la fecundación y estos procedimientos lo exponen a un riesgo desproporcionadamente alto de muerte. La técnica atenta en sí misma contra el derecho a la vida y no puede ser regulada ni mediante norma de rango legal¹⁶. Se ha sostenido incluso que en el caso de la sentencia de la Corte Costarricense se estaría aplicando un doble



estándar, priorizando evitar riesgos a los óvulos fecundados en detrimento de la situación de personas a las que se les impide la posibilidad de formar una familia.¹⁷

Este pronunciamiento motivó una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁸, que luego comentaremos, la cual en el año 2004 acogió parcialmente la pretensión al entender que esta disposición violaba el derecho a la intimidad, la salud, el derecho a formar una familia, y a no ser discriminado y ha elevado recientemente el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹, si bien no se pronuncia sobre la cuestión del estatuto ontológico del embrión.

En el caso peruano la legislación considera al “concebido” como sujeto de derecho, pero las normas (Constitución, Código Civil, Código del Niño y Adolescente) no definen a qué entidad se considera “concebido”. El Tribunal Constitucional Peruano se pronunció sobre ello en la sentencia sobre la anticoncepción oral de emergencia²⁰ optando por la tesis de la fecundación en su acepción más estricta, desde que el espermatozoide penetra al óvulo, antes de la fusión de los pronúcleos y la conformación de un nuevo código genético, pese a lo cual sostiene: *“este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente”*. Esta posición, sostenida en este proceso por el juez de primera instancia, no tuvo la adhesión de la segunda instancia (Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de la Corte de Lima), quienes se inclinaron por la teoría de la concepción, entendiendo que no puede desligarse la concepción de la gestación, y la gestación (el embarazo) inicia con la anidación, en consonancia con el criterio penal que toma determina que el aborto es la terminación de un embarazo.

Otros dos pronunciamientos, en este caso sobre impugnaciones de la maternidad, en nacimientos productos de técnicas de reproducción asistida (una involucra una ovodonación²¹, la otra una maternidad subrogada), optaron también por la tesis del concebido como óvulo fecundado. En el segundo caso²², la jueza interviniente, habiendo tomado conocimiento que, como consecuencia del procedimiento de fecundación in vitro realizada resultaron sobrantes tres óvulos fecundados los cuales quedaron congelados, ordena que estos sean *“traídos a la vida, por sí o por una nueva maternidad subrogada”* en el plazo perentorio de dos años desde la sentencia, bajo apercibimiento de que el Ministerio Público inicie *“el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el “Derecho a la vida” que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende*



de Derechos y de Protección Específica”, ordenando a la Defensoría del Pueblo controle la ejecución de esta sentencia; algo por demás absurdo y fuera de las facultades de un juez, lo cual que criticamos en su oportunidad^{xxiii}.

Si bien el Tribunal Constitucional Peruano establece que el óvulo fecundado es sujeto de derecho, debe tenerse presente que, siendo un criterio jurídico con el valor de referencia de la institución que lo produjo y como tal debe ser considerado, no se trata de un precedente vinculante y por ende no obliga a las instancias inferiores u otros tribunales en este tema.

En Argentina, la jurisprudencia se inclinó mayoritariamente por la tesis de la fecundación, lo cual no ha sido compartido por buena parte de la doctrina local. Sin embargo, el Proyecto de Código Civil que debiera ser aprobado antes de fines del año 2012 establece en el artículo 19 que: *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción humana asistida”*.

Reiteramos en este sentido la posición que hemos venido sosteniendo y reconoce la necesidad de distinguir cuestiones tan complejas y que se pueden evaluar conforme criterios culturales, teológicos, antropológicos, políticos, etcétera, tales como la pregunta acerca de a partir de qué momento del desarrollo vital se le debe reconocer a un ente vivo humano la calidad de humanidad, de la decisión legal, influenciada o determinada por alguno de estos criterios, acerca de en qué momento un nuevo ente humano vivo debe ser reconocido como sujeto de derecho y protegido como tal, o bajo otra figura jurídica. Sostuvimos en este sentido que el criterio genético es condición necesaria pero no suficiente para atribuir, sea humanidad o bien personalidad jurídica^{xxiv}.

3. La regulación legal en el Perú, el polémico artículo 7

En el Perú, al igual que en la Argentina, no hay aún una ley de reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas problemáticas. Se atiende a parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen tanto la posibilidad de acudir a la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio y la crioconservación de embriones. El sistema público de salud solamente brinda acceso a tratamientos de baja complejidad a parejas casadas o unidas de hecho.

La Ley General de Salud, en su artículo 7 se refiere a la reproducción asistida en una redacción que ha sido muy cuestionada: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre que la condición*



de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”.

La norma contempla que el recurrir a métodos para tratar la infertilidad, incluyendo el acceso a técnicas de reproducción asistida, es considerado un derecho (lo cual como vimos tiene importantes consecuencias). Asimismo, admite la fecundación heteróloga, siempre y cuando se realice con material genético masculino pero exige que la condición de madre gestante y madre genética coincidan excluyendo, conforme la interpretación dominante, la ovodonación, la embriodonación y la maternidad subrogada. Nosotros creemos que hay motivos sólidos para discrepar con esta interpretación.

Entendemos que la norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación, la maternidad subrogada o la embriodonación. Si atendemos a la organización de la misma norma, el último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de las técnicas (fecundación para fines distintos de la reproducción humana y clonación reproductiva); si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación o la maternidad subrogada lo lógico hubiera sido enumerarlas en esta parte de la norma. Pero además, y fundamentalmente, las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica sino que deben estar explicitadas, lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que “aquello no está prohibido, está permitido” y el principio de legalidad. Por lo tanto, la frase “*siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona*” podría considerarse una exhortación del legislador, más no una prohibición.

Integrando además el artículo 7 a la legislación peruana consideramos que la distinción entre admitir el uso de material genético masculino y prohibir el uso de material genético femenino de terceras personas constituiría una inaceptable discriminación por razón de género ya que solo permitiría el acceso a las técnicas en el caso que las dificultades o problemas para concebir radiquen en el varón, dado que no admitiría soluciones a la gran mayoría de los problemas vinculados a la infertilidad de origen femenino tales como la deficiencia ovárica (por razones de edad, menopausia precoz, que hubieran sufrido la remoción de sus ovarios), deficiencia tubaria, el carecer de útero o bien padecer de patologías que impidan la anidación, o sufrir enfermedades que pondrían en riesgo la vida de la mujer en caso de un embarazo (insuficiencia renal o cardiopatías severas, entre otras) y un largo etcétera. Es decir que sólo tendrían acceso a las técnicas de reproducción asistida las mujeres sanas, con óvulos viables (por ende, jóvenes^{xxv}), sin dificultades para lograr y mantener un embarazo. Al llegar a este punto uno podría preguntarse ¿cuál sería entonces la utilidad de las técnicas en reproducción asistida? ¿Permitir paliar la infertilidad masculina?

Así las cosas, habría que aceptar que la primera parte del artículo 7: “*Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida*” o bien se contradice abiertamente con ella misma en la frase “*siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona*”, o bien se contradice claramente



con la prohibición de discriminación sexual. En cualquier caso cabe analizarla cuidadosamente y no asumir que se trata de una “prohibición”, sin más.

Por otro lado, si lo que se pretende es evitar los conflictos en torno a la configuración de la identidad de los/as niños/as que nacieran producto de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, entonces la prohibición debería ser total no justificándose la donación de esperma.

Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la maternidad subrogada. Si esa fuera la razón, entendemos que la medida es, cuanto menos, ineficiente ya que es factible que coincidiendo madre genética y madre gestante tenga lugar utilizando material genético de un donante anónimo o del varón de la pareja, la subrogación de vientre. Más propio en todo caso sería establecer una clara prohibición de la maternidad subrogada, y por otro, la determinación de la maternidad por el parto. Hay sin embargo jurisprudencia que considera perfectamente legal la maternidad subrogada^{xxvi}.

Vale aclarar al respecto – y sin que ello implique en modo alguno desconocer la complejidad que puede revestir el caso concreto - que disposiciones como la presunción de maternidad respecto de la mujer que da a luz (mismo por su carácter de presunción) no podría ser alegada para impedir u obstaculizar el reconocimiento de la identidad y adecuado emplazamiento filiatorio de un infante nacido mediante una subrogación de vientre.

Por otra parte y de aceptarse que el artículo 7 impidiera cualquier técnica en la que no coincidan la “madre gestante” y la “madre genética” esta disposición cerraría la posibilidad de la embriodonación, la cual puede ser una alternativa válida para parejas infértiles al tratarse de un tratamiento menos gravoso (económica y emocionalmente) y que permitiría la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, evitando además la generación de nuevos embriones supernumerarios.

Por último, si se quisiera abogar por la validez de la literalidad de la norma nos encontraríamos con otro obstáculo: el muy cuestionable requerimiento del consentimiento expreso de “los padres biológicos”, ya que al admitirse la donación de esperma (siendo este varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia y firma de un donante anónimo que asumiría entonces ¿obligaciones? ¿derechos? ¿configuraría adulterio? en un curioso cuadro jurídico que solo se entiende merced a una errónea técnica legislativa, lo que volvería claramente conflictiva e inadecuada su aplicación literal.

A la fecha en la que entregamos este artículo (fines de junio de 2012) la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema peruana emitió la Casación 4323-2010, en la cual revierte, al menos en parte, el criterio sostenido en la Casación 5003-2007 en la cual estima que la ovodonación estaría prohibida según el artículo 7 de la Ley General de Salud, y por ende de ella derivaría una “maternidad ilegal”. Esta nueva Casación entiende que el artículo 7 prohibiría la maternidad subrogada pero que la ovodonación configuraría una situación no regulada legalmente que se rige entonces por el principio de que aquello que no está prohibido está permitido.



4. Técnicas de fecundación heteróloga

Ante las técnicas de fecundación heterólogas las posiciones varían entre la total aceptación, basada en el ejercicio de los derechos reproductivos, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y proyecto de vida, etcétera (posición mayoritaria por ejemplo en la jurisprudencia argentina) y su rechazo, por entender que se violarían el orden público y las buenas costumbres al infringir las normas sobre la determinación de la filiación, por no tratarse de una “filiación natural” (asimilando “natural” a “genético”). Pese a que la fecundación heteróloga involucra tanto la donación de espermatozoides como de óvulos, las objeciones se vertieron específicamente sobre la ovodonación, introduciendo una cuestión de discriminación por razón del género.

Ejemplifica lo dicho una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Corrientes (Argentina), en el cual se cuestionó la compatibilidad de la fecundación heteróloga con la normativa argentina, pero solo en relación a la ovodonación. La Obra Social que negaba la cobertura de una FIV (ICSI) con ovodonación esgrime argumentos vinculados al orden público, las buenas costumbres y la determinación de la filiación, por entender que no está establecido por ley que la infertilidad sea una enfermedad y que no debería realizarse el procedimiento de fecundación heteróloga con óvulo de donante, ya que ello no estaría amparado por la normativa vigente. Sostiene sus dichos en el *“peligro o riesgo desmedido”* en el que la fecundación in vitro pone a los embriones –a los que considera sujetos de derecho–, lesionando su derecho a la vida, la integridad, la dignidad. Además la recurrida entiende que la ovodonación colocaría a los intervinientes en una *“delicada situación de derecho”* ya que el niño/a no sería *“hijo natural” de la Sra. X, no habiendo norma que autorice tal relación de derecho de familia*” y que la ley pena la supresión o alteración de la identidad y estado de familia de un menor de edad. Agregan que *“si la donación de óvulos es para establecer una situación reñida con la ley lo alcanzan las previsiones del art. 953 del Código Civil”* (objeto prohibido)^{xxvii}. Esta posición, avalada por la sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, fue finalmente rechazada por el Tribunal Superior de Justicia, quien hace lugar al reclamo de la accionante y ordena la cobertura integral hasta lograr el embarazo. El voto mayoritario del Superior Tribunal nada expresa sobre la compatibilidad o no de la ovodonación con la normativa vigente, lo cual motiva un voto en disidencia.

La mencionada sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes había revocado la sentencia de primera instancia (que había avalado el reclamo ordenando la cobertura de una fecundación heteróloga) por considerar que la ovodonación viola las normas de orden público sobre la determinación de la filiación, ya que el hijo que dará a luz la mujer no será su “hijo natural” (genético) *“[pero esta] pretende en contra de los dispuesto por el art. 240 CC^{xxviii} que el hijo sea suyo, siendo que no existe ninguna norma legal que autorice*



tal relación de derecho". En esta misma línea se inscribe la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones de Córdoba en el caso "E.B.deC.c/ APROSS". Aquí también se solicita la cobertura de tratamiento para una fecundación con ovodonación e ICSI. Luego de considerar entre otros factores la cuestión de la determinación de la filiación, concluyen que lo que la peticionante solicita es mucho más que el reconocimiento de la cobertura médica, sino que se trataría de una *"autorización judicial para establecer una filiación no reconocida por la ley"*, ya que el niño que nacerá será inscripto como hijo de la mujer que lo dé a luz, sin tener con ésta ninguna vinculación genética, *"poseyendo lazos genéticos con un sinnúmero de personas que desconocerá, si sus padres no le informan de la circunstancias de su nacimiento o si la madre genética no inicia la impugnación de maternidad"*^{xxxix}

En un sentido similar, la Casación 5003-2007 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú, consideró, en una muy cuestionable interpretación del artículo 7 de la Ley General de Salud, que la legislación local no ampararía la ovodonación y que la atribución de maternidad efectuada a quien ha buscado su gestación y ha recurrido a un óvulo donado, es ilegal y el vínculo materno-filial, falso, según el criterio de la compatibilidad del ADN^{xxx}, si bien este criterio ha sido recientemente revertido por la Casación 4323-2010 (emitida en junio del 2012) en una sentencia contradictoria y bastante pobre conceptualmente (sobre todo considerando las expresiones y alcances de la Casación anterior), donde la Sala entenderá que el artículo 7 prohíbe la maternidad subrogada pero no regula la ovodonación, por lo que la misma estaría permitida bajo el axioma de que aquello que no está prohibido está permitido, lo cual, a nuestro modo de ver, o se aplica a la situación de la fecundación heteróloga y la maternidad subrogada o no se aplica a ninguna de las dos. Pese a ello, es de agradecer que al menos se haya reconocido que esta técnica es lícita, superando de este modo la discriminación por género que denunciarnos en más de una ocasión.

5. FIV y tratamientos de células madre

En una sentencia argentina de fines del 2008 se le reconoce a una pareja que tiene un hijo enfermo y solicitan la obra social le cubra el tratamiento de fertilización in vitro hasta lograr un embrión histocompatible que pueda ser donante de células progenitoras^{xxxi}. La Cámara Civil confirma el fallo de primera instancia que ordena a la obra social a cubrir la prestación y agrega que dado que habrán embriones sobrantes, debe garantizárseles sus derechos humanos, nombrándoseles un tutor ad hoc a tal efecto, y decretando que cualquier medida que se tome respecto de los embriones debe ser expresamente autorizada por el Poder Judicial, previa notificación al Ministerio Público. El Colegiado llega a una particular



compresión de la situación al entender que los embriones in vitro son sujetos de derecho, que el derecho a la salud del niño enfermo justifica plenamente la búsqueda de un embrión histocompatible y que esto, lejos de arrojar dudas sobre el procedimiento lo hace aún más imperativo y que lo adecuado es preservar los embriones no compatibles mediante la crioconservación.

6. El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El informe señala que la infertilidad es una condición que afecta a un 10-20% de la población, y si bien no hay consenso en que la infertilidad sea en sí misma una enfermedad (párr. 55) concluye que las parejas infértiles no gozan de plena salud, al padecer “*un sufrimiento real, físico, psicológico por no poder procrear biológicamente*”. La Comisión, luego de recalcar el concepto de salud integral y recordar que el Programa de Acción de El Cairo “*exhorta a los Estados a incluir servicios para detectar y tratar la infertilidad*” explica que el acceso a la técnicas de fecundación in vitro para tratar la infertilidad queda comprendido en el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico a los cuales las personas deberían tener acceso de manera igualitaria y libres de discriminación (párr. 58).

Luego de describir sintéticamente en qué consiste la fecundación asistida y la fecundación in vitro, el informe pasa a analizar si la sentencia de la Sala Constitucional de Corte Suprema de Costa Rica, al prohibir la fecundación in vitro, ha violado las obligaciones asumidas por el Estado o si por el contrario, la prohibición es compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. A tal efecto, realizará un análisis de los artículos 11 (derecho a la vida familiar y privada), 17 (derecho a fundar una familia); art. 24 (derecho a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley).

La Comisión cita a la Corte Interamericana en cuanto ha sostenido que el objetivo del artículo 11 es proteger a las personas de injerencias arbitrarias en su vida privada, lo cual se extiende a la esfera familiar. En esta línea, refiere como la Corte Europea de Derechos Humanos ha expresado que la protección de la vida privada protege la decisión de convertirse en padre o madre e incluso la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos (párr.. 74, caso Dickinson vs. United Kingdom) Aplicando estos estándares al caso, la Comisión considera que “*la decisión de las parejas de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima y privada de su vida familiar. Asimismo la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y decisión de una persona, tanto en su dimensión individual como de pareja y se encuentra por ende protegido por el artículo 11 de la Convención.*”(párr..76)

En relación al derecho a fundar una familia (art. 17) la Comisión recuerda que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Europea de Derechos Humanos han



dicho que el derecho a fundar una familia puede estar configurado por el ordenamiento nacional, siempre que las limitaciones introducidas no sean tan restrictivas que *“se dificulte la propia esencia del derecho”* (párr.80)

En la medida entonces en que la decisión de convertirse en madre/padre biológico está protegida por el derecho a la vida privada, incluyendo ello a los medios u opciones para poder materializarla, se estima que *“cualquier intento de interferencia por parte del Estado debe ser evaluado conforme los criterios de la Convención Americana de Derechos Humanos”*(párr..82). Así las cosas, la Corte Interamericana ha establecido que el derecho a la vida privada no es absoluto y que las restricciones o injerencias no deben ser abusivas, para constatar lo cual debe evaluarse: a) legalidad b) fin legítimo c) idoneidad d) necesidad (existencia de medios menos restrictivos) e) proporcionalidad.

El informe analiza cada uno de estos puntos en los párrafos 91 a 116 y concluye que Costa Rica, al prohibir la fecundación in vitro, violó el derecho a la vida privada y a fundar una familia ya que no cumple con el test, dado que había maneras menos restrictivas de proteger a los embriones sin afectar los derechos de las parejas o personas infértiles. La Comisión recalca que para las personas que no pueden tener hijos, la prohibición de acudir a la reproducción vitro implica además una violación de su derecho a la autonomía y la identidad, al serles negada la posibilidad de ser padres biológicos, controlar su decisión reproductiva y su proyecto de vida (párr..13).

Pero también es necesario señalar que la Comisión estima que *“la decisión de crear o implantar un embriones humanos tiene una dimensión social y no puede ser considerado como un asunto meramente privado. El Estado puede adoptar medidas proporcionales para proteger los embriones humanos para que no haya tratamientos incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos, tales como la destrucción arbitraria, la venta o el tráfico”* (párr..116)

Finalmente la Comisión también considera que al prohibirse el acceso a las técnicas de reproducción in vitro se violó el derecho a la igualdad de las personas y parejas infértiles, al aumentar de manera desproporcionada las cargas que afrontar estas parejas para procrear (párr..130), impactando de manera específica en las mujeres ya que es en el cuerpo de ellas que tienen lugar estos procedimientos (p.131).

Así las cosas, la Comisión recomienda al Estado de Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación in vitro, regularlas de modo de poder permitir a las personas el acceso a la fecundación in vitro; reparar íntegramente a las víctimas del caso. A raíz de este informe se llevaron a cabo proyectos y audiencias para lograr sancionar una ley de técnicas de reproducción asistida, pero no se logró un acuerdo político para permitir la fecundación in vitro debido a la fuerte oposición de grupos conservadores vinculados a la Iglesia Católica. Por ello, y luego de conceder varias prórrogas al Estado costarricense, a mediados del año



2011 la Comisión elevó el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde está pendiente de resolución^{xxxii}.

7. Las técnicas de reproducción asistida y los derechos de las personas homosexuales

Un tema que suele considerarse muy polémico, y que las clínicas de fertilidad han debido afrontar en algún momento, es el pedido de parejas homosexuales de someterse a técnicas de fecundación in vitro en la búsqueda de lograr conformar una familia. Si bien en países como el Perú esto es aun un tema tabú, otros países, como la Argentina ya se ha iniciado el proceso de una regulación expresa. En aquellos países donde no exista una prohibición específica, el tema queda librado, al igual que en otros, a la autorregulación de los centros de fecundación asistida bajo el principio de clausura por el cual aquello que no está prohibido está permitido. Dado que actualmente se están celebrando las audiencias previas a la aprobación del nuevo Código Civil en la Argentina, aprovecharemos para comentar lo que establece el nuevo Código en material de fecundación asistida y en particular, en relación a las parejas homoafectivas. Pero antes, expondremos brevemente la cuestión del reconocimiento de los derechos de las personas sexualmente diversas¹.

En relación a la progresión del reconocimiento de derechos a las personas homosexuales en la región, cabe mencionar casos como el de Uruguay, que cuenta desde el año 2008 con una ley de unión civil y donde desde septiembre del año 2009 las parejas homosexuales pueden adoptar; o del México D.F.², donde a fines de ese año se aprobó una ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, norma cuya constitucionalidad fue ratificada por la Suprema Corte Federal mexicana en agosto del año 2010. Asimismo, Ecuador y un estado del Brasil (Rio Grande do Sul) cuentan con leyes que reconocen regímenes de unión civil, y las máximas instancias judiciales en Colombia, Venezuela y México han avanzado en el reconocimiento de los derechos de las parejas homoafectivas. Por su parte, y luego de haberse

¹ Lo aquí expuesto sintetiza lo desarrollado en "Uniones homoafectivas y matrimonio igualitario: una mirada a las propuestas en América Latina" publicado en *Gaceta Constitucional*, Tomo 32, Lima, Gaceta jurídica, agosto 2010, p. 53-67.

² Desde el año 2007 México D.F. y el estado de Coahuila contaban con una Ley de Sociedades de Convivencia. El Congreso de México D.F. aprobó en diciembre del año 2009, el matrimonio de personas del mismo sexo, siendo la primera circunscripción latinoamericana en permitirlo. Contra los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, aquellas normas que permitían este tipo de matrimonios, el Procurador General de la República inició la acción de inconstitucionalidad 2/2010 el 27 de enero de 2010, siendo resuelta por la Suprema Corte federal de Justicia en agosto de ese mismo año. Esa Suprema Corte declaró fundada en parte la demanda, afirmando la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo.



presentado (y luego archivado) una propuesta de ley de Patrimonio Compartido, a inicios del mes de agosto de 2010 se presentó en el Congreso del Perú, acordándose su tratamiento por su Comisión de Constitución, un proyecto de unión civil, destinado a regular las relaciones personales y patrimoniales entre personas del mismo sexo con pautas que buscan equipararlas, de algún modo, al concubinato heterosexual. Previo a ello, a fines del año 2009 el Tribunal Constitucional peruano dictó una sentencia cuyos contenidos establecen claramente la prohibición de discriminación y la legitimidad de la opción homosexual³.

Mencionaremos algunas sentencias emblemáticas, sin perjuicio de otras que pudieran ser incluidas en esta lista. Así, el Tribunal se manifestó respecto de la pluralidad de tipos familiares y la concepción de “familia” como una realidad natural, la que debe ser captada de la sociedad en el caso Shols Pérez⁴, donde un eje central del decisorio es el concepto de “identidad familiar”. La familia, como producto cultural ha exhibido a lo largo del tiempo una fisonomía de muy diversa naturaleza, por lo que su concepto no es unívoco.⁵ Y es que la complejidad del entramado social vuelve necesario conocer el concepto cultural de familia presente en una sociedad concreta en un momento determinado. En este orden de ideas, el artículo 4 de la Constitución peruana actualmente vigente presenta a la familia como un instituto “natural y fundante de la sociedad” de lo que se deduce que no es una categoría creada por la norma sino que es un concepto previo, que busca ser aprehendido por el Derecho. Tal como se ha señalado, la delimitación de la noción ‘familia’ no es jurídica sino sociológica. El razonamiento del Tribunal parte del reconocimiento que *“desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales”*.

En el caso Álvarez Rojas⁶ el Tribunal juzga inconstitucional que, *“inmiscuyéndose en una esfera de la libertad humana, se considere ilegítima la opción y preferencia sexual de una persona”*, y desarrolla consideraciones sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad dentro del que considera incluido el derecho a contraer matrimonio, el cual no debe estar sujeto a autorización previa ni diligencias de este tipo, y que en el caso concreto refiere al matrimonio del accionante con una mujer transexual.

³ Tribunal Constitucional peruano EXP. N° 00926-2007-PA/TC LIMA “C.F.A.D.” (sentencia de noviembre de 2009)

⁴ Exp. n.º 09332-2006-pa/tc Lima .Reynaldo Armando Shols Pérez. Ver SIVERINO BAVIO, Paula. “Apuntes a la sentencia del TC sobre familias ensambladas. Una lectura posible de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Schols Perez” Lima, *Ius Jurisprudencia* 3/2008, p. 66-81

⁵ MIZRAHI Mauricio. *Familia, matrimonio y divorcio*. Astrea, Buenos Aires, 2006 ,p.2.

⁶ Exp. n.º2868-2004-AA/TC. José Antonio Álvarez Rojas, sentencia del TC, 24 de noviembre del año 2004. Para ver más en detalle las características del caso ver SIVERINO BAVIO, Paula *“Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal... p.229-244.*



En el caso Karen Mañuca⁷, si bien se trataba de una mujer transexual quien no reclama el reconocimiento de su identidad sexual, sino simplemente se le expida una copia de su DNI modificado, el Tribunal concede la pretensión requerida haciendo importantes precisiones sobre el derecho a la dignidad y su relación con la identidad personal:

Así, “dada la esencial correlación entre derechos fundamentales y dignidad humana, en el caso de autos, supone otorgar un contenido al derecho a la identidad personal demandado, en tanto elemento esencial para garantizar una vida no sólo plena en su faz formal o existencial, sino también en su dimensión sustancial o material; o, en otras palabras, garantizar una vida digna. Por tal razón, la identidad personal constitucionalmente protegida sólo será aquella que se sustente en el principio de dignidad de la persona humana” (fundamento 7).

Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso C.F.A.D.⁸ aborda con decisión la defensa de libre opción sexual de las personas al establecer:

- a) que el considerar que las personas homosexuales padecen alguna patología evidencia “no solo un criterio anacrónico y retrógrado, sino violatorio de los derechos a la intimidad, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la integridad personal del demandante, que se configura como un trato discriminatorio” (f.22).
- b) que cualquier mecanismo de discriminación que tenga como origen la opción sexual, sea a través de normas, reglamentos, prácticas estigmatizadoras o segregacionistas, así como de un lenguaje ofensivo, es contrario a la Constitución y vulneratorio de los derechos fundamentales de la persona” (f.23).
- c) que en el marco del Estado social y democrático de derecho, ningún ser humano debe verse limitado en el libre desenvolvimiento de su personalidad e identidad sexual. Es una obligación del Estado el proteger el ejercicio de este derecho así como el de derogar o eliminar las medidas legales o administrativas que puedan verse como una traba para su ejercicio (f.57)
- d) El ser humano es libre de autodeterminarse y no es posible concebir que en función de sus particulares opciones de comportamiento tenga que verse discriminado (f.59)
- e) Cualquier limitación al reconocimiento de la identidad sexual, y la voluntad de guardar reserva en torno a ella, constituye una vulneración de derechos fundamentales (f.60)

El proyecto presentado en el Congreso peruano circunscribe la unión civil a uniones de personas del mismo sexo, mayores de edad y libres de los impedimentos que señala la norma (comunes a los impedimentos de los otros proyectos comentados) que demuestren haber convivido en “una relación afectiva estable” al menos un año, tengan domicilio legal en el Perú

⁷ EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC Lima, Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de abril de 2006.

⁸ EXP. N.º 00926-2007-PA/TC LIMA “C.F.A.D.” (sentencia de noviembre de 2009)



e inscriban la unión en el registro personal de los Registros Públicos. En relación al ejercicio de derechos, obligaciones y beneficios que emanen de la legislación nacional los integrantes de una unión civil tendrán un tratamiento similar al de las uniones de hecho. Las personas que conformen una unión civil pueden celebrar contratos que regulen sus relaciones personales y efectos patrimoniales derivados de la convivencia, así como las compensaciones económicas derivadas de la disolución de la unión.

Previo a poder registrar la unión, un notario debe constatar los requisitos mencionados, avalados además por dos testigos, y ordenar la publicación de avisos con el extracto de la solicitud de constituir una unión civil y los datos de los futuros contrayentes. Pasados quince días útiles de la última publicación, y si no hubiera habido oposiciones, dicho notario procede a extender escritura pública donde conste la declaración de reconocimiento de la unión civil. En ese contexto, la unión civil se disuelve por mutuo acuerdo o voluntad unilateral de uno de los miembros, por matrimonio posterior o muerte de uno de los integrantes de la unión civil, o por las causas estipuladas en el contrato que regula las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes. En caso de terminar de mutuo acuerdo, ello puede hacerse constar por escritura pública con lo cual podrá liquidarse el patrimonio de la sociedad. Una observación inmediata es que no se comprende por qué colocar una barrera económica al pretender acreditarlo mediante notario público en vez de mediante el funcionario(a) correspondiente en el Registro respectivo, como estipulan la generalidad de los ejemplos en el Derecho Comparado.

No vamos a discutir en este espacio las características de estos proyectos. Creemos que en un ordenamiento jurídico que no contempla derechos a las parejas homosexuales (máxime si se trata de una sociedad donde aún se discrimina a las personas por su orientación y/o identidad sexual) la figura de la unión civil es, sin duda, un importante paso adelante en el reconocimiento pleno de estos derechos. Para empezar, porque dota a un colectivo tradicionalmente discriminado de *visibilidad* como actor social, y le permite recuperar algo de su dignidad, al reclamar para sí respeto y un tratamiento acorde a su calidad de ciudadanos(as), tal como indica la Constitución.

Sin embargo, no podemos soslayar las objeciones que nos merece la opción de la unión civil como “solución o respuesta final al tema homosexual”, que podríamos sintetizar aquí: en cuanto se trata de una categoría distinta (lo cual hace cuestionable que sea una vía adecuada para eliminar la discriminación existente y consagrar la igualdad), carente de valor simbólico (casarse *expresa* mucho más que acordar un régimen de bienes y otro tipo de beneficios patrimoniales) y en la mayoría de los casos, como se desprende de los proyectos reseñados, mucho menos tuitiva que el matrimonio (amén de los límites contemplado en cada propuesta, es común a todas, entre otras cuestiones, no prever cómo proteger a la parte más débil de la pareja en relación a las estipulaciones patrimoniales). No creemos que sea por ende, una figura que debe ser promovida y mucho menos, preferida al matrimonio igualitario.

Contraer matrimonio y, eventualmente, fundar una familia es un derecho humano. La orientación sexual no puede ser esgrimida para restringir derechos, y tanto las personas heterosexuales como las homosexuales son seres humanos, “idénticos en dignidad y



derechos”. Por ende, son titulares de derechos, y entre ellos, el de casarse y fundar una familia. Reseñaremos, por la calidad de su argumentación, la sentencia de la Corte Suprema mexicana que se orienta en este sentido, sin perjuicio de ser conscientes que se trata de un tema polémico y complejo, y que hay una extensa jurisprudencia sobre el tema de los derechos reconocidos a las personas homosexuales (algunas más, otras menos inclusivas), que no trataremos en este trabajo por falta de espacio.

El Congreso de México D.F. aprobó en diciembre del año 2009 modificaciones al Código Civil (fundamentalmente al artículo 146⁹) que permitirían el matrimonio de personas del mismo sexo, siendo la primera circunscripción latinoamericana en consagrarlo legislativamente. Contra los artículos 146¹⁰ y 391 del Código Civil del Distrito Federal, normas que justamente habilitaban este tipo de matrimonios, el Procurador General de la República interpuso la acción de inconstitucionalidad 2/2010 el 27 de enero de 2010, siendo resuelta por el pleno de la Suprema Corte de Justicia en agosto de 2010. La Suprema Corte declaró fundada en parte esta demanda, afirmando la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. Vale mencionar que en México D.F. las parejas del mismo sexo podían optar, desde el año 2007, por acogerse a la Ley de Sociedades de Convivencia.

Intentaremos sintetizar aquí algunas importantes precisiones.

El Procurador alega que si bien las parejas homosexuales tienen derechos, “no todas las instituciones jurídicas son para todos”, no sería a su criterio una cuestión de discriminación, sino “de idoneidad material de la norma jurídica”.

La Corte estima, en relación a la aplicación de los test sobre igualdad, que debe considerarse que en este caso la norma impugnada ni restringe derechos, puesto que su objetivo es colocar en un plano de igualdad a todas las personas; pero tampoco configura una acción afirmativa, porque no se trata de una medida transitoria que tenga por efecto lograr eventualmente la discriminación histórica en situaciones concretas. En cuanto al análisis de razonabilidad para establecer la constitucionalidad de la medida, la Corte se propone analizar: a) la configuración legal del matrimonio, b) la diversidad sexual como presupuesto del mismo, y por ende, la prohibición o permisión de extenderlo a personas del mismo sexo, y c) la posibilidad legislativa de homologar parejas del mismo y diverso sexo para reconocerles derechos.

⁹ El antiguo artículo 146 establecía: “Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera responsable, libre e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro con las formalidades que esta ley exige.

¹⁰ El impugnado artículo 146 dice: “Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuren respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro con las formalidades que esta ley exige.”



La Corte se pregunta si la Constitución fija una noción determinada de familia y matrimonio (familia nuclear heterosexual, según alega el Procurador General). La Corte concluye: a) que cuando se refiere a la igualdad del hombre y la mujer ante la ley la norma tiene por objeto lograr la igualdad real de las mujeres, como población históricamente discriminada, pero esta mención no tiene relación con un criterio de familia; b) que la Constitución consagra la protección de la familia, dejando al legislador ordinario su organización, pero sin que ello se refiera a un límite o tipo de familia y éste sea un “requisito” para que proceda la protección constitucional. Dentro de un estado democrático donde la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como *realidad social* y por ende la protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones. No puede alegarse en este sentido el carácter “histórico” de la voluntad del legislador constitucional cuando (dice la demanda) piensa en “familia” como familia nuclear.

La dinámica social muestra diversas formas familiares y así como hay parejas que desean hacer vida en común y tener hijos sin casarse (concubinato); matrimonios heterosexuales que no pueden o no desean tener hijos, familias monoparentales y familias conformadas por gays y lesbianas.

En relación al tema de la procreación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que la imposibilidad física para tener hijos no es un motivo para impedir a las personas transexuales tener hijos (lo cual es aplicable a personas homosexuales). La Corte manifiesta que aún cuando ello no implica desconocer que procrear sigue siendo una parte importante de las relaciones humanas, no es posible sostener que el matrimonio tradicional es un concepto *completo* e inmodificable por el legislador, máxime teniendo en cuenta el proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio. Por ende, la Corte no puede aceptar el argumento de que la procreación es un elemento esencial en la celebración del matrimonio, porque

“la relación jurídica matrimonial ha dejado de vincularse al fin de la procreación, sosteniéndose en lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y compromisos mutuos de quienes desean tener una vida en común... La decisión de un individuo de unirse a otro y de tener hijos, deriva de la autodeterminación de la persona...sin que la decisión de unirse a una persona conlleve necesariamente la otra...”.

Así también la Corte entiende que no puede recurrirse al “espíritu del constituyente” para sostener que matrimonio puede celebrarse sólo entre un hombre y una mujer, ya que antes las personas homosexuales eran forzadas a permanecer ocultas (invisibles diríamos nosotros) y la homosexualidad considerara un enfermedad, difícil entonces que se les reconocieran derechos; y al momento de la suscripción sea de la Constitución, o de tratados internacionales, los derechos de las personas homosexuales no eran una realidades concretas, ni habían adquirido la relevancia que hoy tienen, pero que ni la Constitución ni los tratados de derechos humanos pueden ser interpretados de manera restrictiva, por el contrario,



“la interpretación constitucional debe dar cuenta de la realidad social, tender a una mayor protección y tutelar as múltiples diferencias que caracterizan a una sociedad asentada en la pluralidad y heterogeneidad de intereses, expectativas y preferencias”.

Es además principio reiterado en la jurisprudencia que debe optarse por una interpretación pro persona y pro libertatis, buscando una interpretación extensiva en lo que favorezca el ejercicio de los derechos.

En relación a la diversidad sexual como elemento esencial del matrimonio, la Corte estima que el requisito de tratarse de un hombre y una mujer no es un elemento constitucional ni jurídicamente definitorio, sino que se trata del resultado de una concepción social que históricamente existía “*más no el núcleo esencial del matrimonio*”, pudiendo el legislador trastocar esta pauta sin afectar por ello su esencia. Recuerda además que la Constitución prohíbe cualquier tipo de discriminación que atente contra la dignidad humana, en función del derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad propia de una persona humana: “el individuo tiene derecho a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, la manera en la que conseguirá las metas que considera relevantes.” Este derecho (al libre desarrollo de la personalidad) incluye la posibilidad de casarse o no, tener o no hijos, y por supuesto la libre opción sexual¹¹.

Como hemos mencionado en otras ocasiones¹², la orientación sexual de un individuo es parte de su identidad y orienta su proyecto de vida, y en esta ocasión la Corte sostiene que un elemento relevante en este proyecto incluye el deseo de unir la vida a otra persona, sea de igual o diferente sexo. El deseo de casarse integra entonces el derecho a la libre personalidad¹³; las figuras de la unión civil o pactos de convivencia, en la medida que, en el mejor de los casos, equiparan la unión homoafectiva al concubinato, no otorga iguales derechos y beneficios que el matrimonio, y no debe perderse de vista que su promoción se funda en la negación de un derecho civil (el de contraer matrimonio) por motivo exclusivo de la orientación sexual. Estas fórmulas (unión civil, pactos de convivencia) “*implican negarle de suyo el acceso a una protección jurídica real, por su orientación sexual, o considerarlas de menor valor*”.

El Tribunal estima inadmisibles los argumentos que autorizar el matrimonio igualitario sería una “amenaza” o “oposición” a la protección de la familia, en tanto alude a una afectación inexistente, y podríamos agregar, evidencia solamente un prejuicio. Asimismo, la posibilidad de contraer matrimonio permite alcanzar de manera *efectiva* la protección jurídica de su unión, tal como sucede con las parejas heterosexuales, habida cuenta que ambos tipos de uniones tienen las mismas características (afectividad, solidaridad, sexualidad, estabilidad, permanencia, proyecciones comunes, etcétera).

¹¹ Amparo directo 6/2008, Suprema Corte mexicana

¹² SIVERINO BAVIO, Paula. *Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal y el derecho a la identidad sexual*. AAVV, Ponencias desarrolladas en el IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Tomo I. Adrus, Arequipa, Perú, Septiembre de 2008, p.229-244.

¹³ Como lo sostuvo el Tribunal Constitucional peruano en el caso Álvarez Rojas.



La Corte mexicana entiende que “es exigible al Estado el reconocimiento de la orientación sexual hacia personas del mismo sexo en igualdad que se hace con los heterosexuales”. En consecuencia, el Colegiado concluye que no existe impedimento alguno para que el legislador regule el libre acceso al matrimonio en condiciones de plena igualdad jurídica, independientemente de la orientación o identidad sexual de los contrayentes.

A manera de síntesis del tema de los derechos de las personas sexualmente diversas estamos convencidos que, en la medida en que somos seres sexuales y sexuados, la sexualidad es un principio ordenador de la personalidad, una expresión fundamental del ser, en términos tales como los relativos a la identidad de género y la inclinación erótica¹⁴. Pero es también cierto que no todas las expresiones de la diversidad sexual han gozado en nuestras sociedades de idéntico valor, siendo mayormente aceptadas – y plasmada esta aceptación por la norma- aquellas que responden al modelo de la heterosexualidad orientada a la procreación, mientras que durante mucho tiempo se ha cimentado, y tolerado, un discurso que ha estigmatizado y despreciado aquellas manifestaciones sexualmente diversas, discriminando a aquellas personas que quedan fuera de la “heteronormatividad” vigente.

Esto incluye, entre otros tantos ejemplos, la violencia física y verbal (usar denominaciones que refieren a una minoría sexual como insultos), los crímenes de odio, la “patologización” de su situación, la prohibición de ser donantes de sangre e integrar fuerzas del orden y la no habilitación de los institutos del matrimonio y la adopción a personas homosexuales (y transexuales, si bien esto involucra otra serie de temas que no abordaremos en esta ocasión). Así, el ordenamiento jurídico “aprueba” las identidades heterosexuales, pero no las identidades homosexuales, al no reconocerles el pleno acceso a todos los derechos a los que sí tienen acceso las personas heterosexuales por la sola razón de su preferencia erótica. Ello pese a que la ley protege, y deja fuera del alcance de la evaluación jurídica, a las conductas autorreferentes: es decir, aquellas acciones privadas que no afectan derechos de terceros o lesionan el orden público; y, qué duda cabe, que el ejercicio de la sexualidad libremente consentida es una acción autorreferente.

Así, vemos como entran a tallar cuestiones vinculadas con el derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la libre expresión y por supuesto, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Y la veda de acceso al matrimonio no es un tema menor, pero tampoco es novedoso.

La institución matrimonial (aunada a la exigencia de la virginidad de la mujer en épocas donde no existían las pruebas de ADN) se origina como un acuerdo que pretende asegurar la transmisión del patrimonio propio a aquellos portadores de los genes propios. La noción del amor romántico como base y fundamento del matrimonio es una idea moderna, como luego lo serían la escisión de la sexualidad del matrimonio, y a su vez, la de ambos de la función reproductora, como reconoce la jurisprudencia reseñada.

Pero la institución del matrimonio, tantas veces ponderada como soporte fundamental de la sociedad, tiene, en términos normativos, y sin que esto implique negar o desmerecer sus

¹⁴ SIVERINO BAVIO, Paula. “*Algunas precisiones en torno al derecho a la identidad personal...*”



muchos aspectos positivos, una historia también vinculada a situaciones de exclusión y autoritarismo. O si se quisiera poner en otros términos, una fotografía de los depositarios del poder. La mujer, hasta hace pocas décadas considerada un sujeto sin pleno ejercicio o acceso a ciertos derechos (moral y físicamente débil y por ende necesitada de guía, cuidado y control), estaba sometida a la autoridad del marido, careciendo de potestad sobre los hijos, así como de facultad para administrar los bienes conyugales, trabajar o estudiar, entre otras limitaciones.

También el matrimonio determinaría las categorías filiatorias (hijos naturales o ilegítimos, adulterinos, sacrílegos) a partir de las cuales se establecían distintas categorías sociales y legales, que limitaban la posibilidad de ocupar o ser promovido en cargos públicos o concedían diversas cuotas hereditarias, por citar sólo un ejemplo.

Pero además, en diversas sociedades, el matrimonio estaba prohibido o era fuertemente desalentado entre personas que no pertenecían a un mismo status social, siendo asimismo el espacio para aplicar medidas de control eugenésico impidiendo que personas con “características indeseables” se casaran y procrearan, o, por el contrario, alentando las uniones de personas con caracteres considerados socialmente positivos. También estuvieron prohibidos, y castigados con penas muy severas, los matrimonios mixtos entre personas de diferentes etnias o religiones.

Si uno lee acerca de los argumentos para justificar la prohibición de los matrimonios interraciales, bien puede sorprenderse al encontrar muchas de las razones que se alegan para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo. Para muchos eran afirmaciones dotadas de indudable racionalidad y contundente peso, pero hoy nos resulta inaceptable que se pretenda justificar en la pertenencia a una etnia determinada un tratamiento legal diferenciado, desventajoso y/o excluyente. ¿Nuestros nietos reaccionarán igual al leer sobre las exclusiones, legalmente consagradas, basadas en la orientación sexual? Pareciera ser que la consideración de la institución matrimonial no debería ser despojada de sus influencias históricas, ni de su posibilidad de evolucionar hacia esferas de libertades y derechos más inclusivas.

Debe además tenerse presente que una reflexión acerca de la posibilidad de “apertura” hacia el matrimonio homosexual está lejos de ser la primera “gran crisis” de la institución matrimonial. No es este el espacio para hacer un recuento detallado, pero baste con señalar que, antes de este momento, sin duda decisivo, ocurrieron al menos tres anteriores “tsunamis” legislativos en relación al matrimonio, los cuales involucran lo siguiente: las leyes que consagraron el matrimonio civil, desligándose del matrimonio-sacramento como único medio con potestad de investir de efectos sociales, religiosos y legales a la unión marital; las normas que reconocen la igualdad entre varones y mujeres y su impacto en los efectos personales y patrimoniales del matrimonio; y las leyes que permiten el divorcio vincular.

Al debatir estas reformas, muchos auguraron la desaparición del matrimonio, e incluso hablaron del peligro que dichas reformas entrañarían para la supervivencia para la especie humana. Sin embargo, ya la Corte Suprema Argentina manifestó que pretender que la ley civil coincida con la legislación canónica supone la alteración de los límites de la legislación



común sobre el matrimonio, ya que el ámbito civil resulta distinto e independiente del religioso, y dicha distinción resguarda la autonomía de la conciencia, de la libertad individual y de cultos que son principios fundamentales de la democracia constitucional.¹⁵ Por otra parte, los muy respetables sentimientos religiosos de parte de una comunidad, aun cuando fueran mayoritarios, no necesariamente son reconocidos como límites legítimos a los derechos constitucionales de otras personas.

En esta línea de pensamiento, en julio de 2010 la Argentina se transformó en el primer país latinoamericano en modificar su legislación nacional mediante la sanción de la ley 26.618 para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo. La ley, que modifica numerosos artículos del Código Civil, cambia también la redacción de las normas relativas a la adopción, para hacerla extensiva a parejas homoafectivas. Y el artículo 42 de la ley establece

“(..) los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser aplicada ni interpretada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derecho u obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo”

Entendemos que dentro de esta prohibición de discriminación está incluido el acceso a las técnicas de reproducción asistida. Como comentamos en acápite anteriores, Argentina no cuenta aún con una ley que regule la fecundación asistida y, de modo similar al peruano, el Código Civil argentino se refiere al “concebido” o “persona por nacer” como sujeto de derecho sin especificar desde que momento del desarrollo embrionario esto sucedería, generando dudas en cuanto a la legitimidad de ciertas prácticas vinculadas a la fecundación *in vitro*. Es interesante que la jurisprudencia argentina haya considerado mayoritariamente que la protección del sujeto por nacer debía hacerse efectiva desde la fecundación admitiendo incluso la figura del *curator ventris*, como protector promiscuo de los embriones *in vitro*, mientras que el Proyecto de Código Civil (en adelante “el Proyecto”) toma como punto de la partida de la protección jurídica a la anidación en el útero materno.

Así, el artículo 19 del Proyecto (Título I De la Persona Humana, Capítulo 1 comienzo de la existencia) dice: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en la

¹⁵ Palabras del Procurador López, que la Corte hizo suyas en Fallos: 312:122, citado en la sentencia Freyre, considerando XII.



mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción asistida”

El Proyecto establece también que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento informado de quienes se someten a una técnicas de reproducción asistida, el cual debe renovarse cada vez que se utilicen gametas o embriones y el cual puede revocarse hasta tanto no se haya producido la concepción (si se optó por técnicas de baja complejidad) o la implantación del embrión (art. 560) En cuanto a las técnicas heterólogas, el artículo 561 establece la primacía de la voluntad procreacional, al determinar que “el hombre o la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

El Proyecto, en una de las modificaciones que han despertado mayores polémicas, regula (si bien remite a la necesidad de una ley especial) la gestación por sustitución – solidaria, sin fines de lucro- en el artículo 562. Ella requerirá el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución. Asimismo establece que “la filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial”. Al respecto, indica que el

“el juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial”. (art.562)

Finalmente, el artículo determina con claridad que si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Otro artículo muy polémico contempla la fecundación post mortem, El artículo establece que



“En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento”.

Pero esto no rige si a) la persona autorizó, mediante consentimiento informado debidamente registrado, que sus gametas o embriones producidos con sus gametas sean transferidos a la mujer después de su fallecimiento o b) si la concepción o la implantación del embrión se produce dentro del año siguiente a su fallecimiento (Art. 563)

La norma es bastante más conversadora en materia de identidad de los nacidos mediante técnicas heterólogas (lo cual se extendería a la embriodonación). El artículo 564 determina que la información relativa a la persona que ha nacido mediante fecundación heteróloga debe constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento. Y el sujeto puede pedir que se revele la identidad del donante, pero debe para ello acreditar razones debidamente fundadas ante la autoridad judicial, conforme aquel proceso que resulte más breve que prevea la ley local. En caso que el motivo sea el riesgo a su salud, la información relativa a datos médicos puede obtenerse directamente del centro de salud.

En cuanto a la determinación de la filiación, el artículo 575 establece que

“En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

Coherentemente con esta disposición, el artículo 588 impide que, en los casos de fecundación asistida con gametos de donante se pueda impugnar la maternidad por falta de vínculo genético si ha existido consentimiento libre e informado. El artículo 591 establece lo propio respecto de la impugnación de paternidad.

8. Colofón

En este breve artículo nos hemos limitado a presentar algunas posiciones jurisprudenciales en un par de países de la Región. Es interesante observar cómo, salvo por el caso de Costa Rica, los demás países permiten la técnicas de reproducción asistida (incluyendo tecnologías



in vitro) aun cuando sus máximas instancias judiciales hayan prohibido la distribución total o parcial de la anticoncepción oral de emergencia por considerar que atentaba contra la vida del nuevo sujeto de derecho (óvulo fecundado). Tal es el caso de Perú, Argentina y Chile, por ejemplo, sin objetar por ello la realización de las técnicas de reproducción in vitro, incluidas la crioconservación, el diagnóstico genético preimplantatorio y el descarte embrionario. Asimismo, en el caso argentino, es interesante observar como si bien hubo una corriente bastante consolidada en reconocer al óvulo fecundado como sujeto de derecho ello no se reflejó en el Proyecto de Código Civil (que opta por la anidación) y tampoco impidió el reconocer el derecho de las parejas infértiles en acceder de manera gratuita a dichas técnicas e incluso de realizar fecundaciones buscando salvar la vida de un niño enfermo. Asimismo, el tema de los derechos de las parejas integradas por personas del mismo sexo, que queda en la mayoría de los países restringido al ámbito de la autorregulación de cada centro de salud que realice reproducción asistida, ha ido avanzando en la Región, de la mano del avance del reconocimiento de los derechos de las personas sexualmente diversas.

La regulación de la técnicas de reproducción asistida es un tema muy complejo debido a que implica toparse con algunas de las preguntas esenciales sobre el ser humano: qué define la humanidad, qué significa ser un ser humano, conforme qué criterios, cómo debe protegerse la vida humana en formación, etcétera. Es difícil pensar que alguna vez se podrá alcanzar un consenso pacífico sobre un tema tan arduo, pero ello no impide reconocer la necesidad de generar espacios abiertos, plurales y laicos de debate para que podamos seguir haciéndonos preguntas.

*Abogada y candidata a Doctora por la Universidad de Buenos Aires, profesora titular de Bioética y Derecho y de Derecho Civil I en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Directora del Observatorio de Bioética y Derecho de Facultad de Derecho de la PUCP. Integrante del Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos de la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia (SPOG). Miembro de la Asociación Peruana de Bioética psiverino@pucp.pe / paulasiverino@gmail.com

1 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Reproducción Asistida, género y derechos humanos en América Latina, Florencia Luna, 2007 .p 18.

2. Asociación Médica Mundial, “Resolución de la Asociación Médica Mundial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida”, (Sudáfrica, octubre 2006), artículo 6 , disponible en



<http://www.wma.net/s/policy/r3htm>, citado por IIDH, “Reproducción asistida, género y derechos humanos...p.18)

³ ICD-10. Versión 2010 en <http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2010/en> (consultado el 1/5/12)

⁴ Así, sostiene ROA MEGGO que ya no sería suficiente utilizar sólo los indicadores tradicionales para designar a una enfermedad como problema de salud pública, sino que deben estudiarse nuevos criterios como son: incidencia, cronicidad, impacto económico y psicosocial, condicionamientos culturales, proyección y tendencia de crecimiento. ROA MEGGO, Ysis. *La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública*. Lima, Fondo editorial Universidad San Martín de Porres, 2009

⁵ “M.M.M c/ OSEP s/amparo” Corte de Justicia de Catamarca, sentencia del 3 de junio de 2009.

⁶ Sentencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jueza López Vergara, en La Nación on line, Información General, “Una obra social deberá pagar un tratamiento de fecundación”, del martes 4 de diciembre de 2007.en <http://www.lanacion.com>.

⁷ La Nación on line. <http://www.lanacion.com> noticia del 30 de mayo de 2008. “Ordenó la justicia tratar la infertilidad”. También han habido sentencias positivas en Mar del Plata y Mendoza.

⁸ Noticia del 14 de junio de 2008, “Inédito fallo a favor de pareja que no puede tener hijos” clarín digital <http://www.clarin.com> sección sociedad.

⁹ Noticia en <http://www.rpp.com>, “Lesbianas acceden a tratamiento de fertilización en Argentina”, noticia del 28 de noviembre de 2009, Consultada el 3 de diciembre de 2009. Se trató de una fertilización in vitro con ovodonación.

¹⁰ Expediente N° 12.314 Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, sentencia de 1 de noviembre de 2010

¹¹ Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Exp. BXP-583/09 sentencia del 28 de marzo de 2012.

¹² ROSALES, Pablo. “Novedades legales y jurisprudenciales sobre cobertura de fertilización humana asistida y sus técnicas médicas” <http://pablorosales.com.ar/es/wp-content/uploads/2011/03/Nota-sobre-fertilizacion.pdf>, p. 21-22. (consultada el 10 de febrero de 2012)

¹³ Tribunal Contencioso Administrativo, San José, Costa Rica, Proceso de Conocimiento, expediente N° 08-000178-1027-CA, “Ileana Henchoz Bolaños c/ Caja Costarricense de Seguro Social”, sentencia del 15 de octubre de 2008

¹⁴ Sentencia T-1104 de 2000. Sobre el mismo tema, consultar las sentencias T-512 de 2003, T-242 de 2004, T-870 de 2008 y T-424 de 2009.

¹⁵ Citado en la Sentencia T-644/10, Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, sentencia del 19 de agosto de 2010

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, sentencia del 15 de marzo del 2000. Exp. 95-001734-0007-C0.

¹⁷ IIDH, “Reproducción asistida, género... p.78.

¹⁸ Caso Ana Victoria Sanchez Villalobos y otros c/ Costa Rica, petición 12.361



¹⁹ Caso 12.361 “Gretel Artavia Murillo y otros c. Costa Rica (fecundación asistida) .Comunicación 91/11 del 16 de agosto de 2011 <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm> (consultada el 18 de agosto 2011)

²⁰ Expediente N° 02005-2009 PA/TC, sentencia del 16 de octubre de 2009

²¹ Sala Civil Permanente, Corte Suprema de Justicia, Casación 5003-2007 .

²² C.M.S.E. c/ J.L.A. de O. y otro s/ impugnación de la maternidad

^{xxiii} SIVERINO BAVIO, Paula.”*Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: Cuando los genes ganan y las personas pierden*” Revista de Derecho de Familia. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina Año, Agosto, 2012. N° 55.

^{xxiv} SIVERINO BAVIO, Paula. “El derrotero de la píldora del día siguiente en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular” Revista RAE Jurisprudencia, Tomo 16, octubre 2009, año 2, Lima, Caballero Bustamante, p.63-88. e “Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: Cuando los genes ganan y las personas pierden”. Revista de Derecho de Familia. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina Año, Agosto, 2012. N° 55.

^{xxv} Sobre todo teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica (por ejemplo en mujeres que han pasado los treinta y cinco años) el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20 % mientras que con óvulos de donante éste alcanza hasta un 70%, con lo cual prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad a un alto porcentaje de mujeres (dato proporcionado por el presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad, comunicación privada, noviembre de 2010)

^{xxvi} “C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad” Décimo quinto juzgado especializado de Familia , sentencia del 6 de enero del 2009

^{xxvii} Superior Tribunal de Justicia de Corrientes BXP 583/9 , sentencia de 28 de marzo de 2012 “L.A. del C. c/Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación”

^{xxviii} Código Civil Argentino, Artículo 240. 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.

^{xxix} Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, autos “E.B.del C. C. Administración Provincial de Seguro de Salud. (APROSS). AMPARO. EXPTE N° 1736023/36”, sentencia de 13/7/11.

^{xxx} CAS. N° 5003-2007 LIMA. Sentencia del 6/5/08, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

^{xxxi} Sentencia de 1ª instancia del Juzgado Federal Nro 2, Secretaria 1, Mar del Plata (exp. 78.002), sentencia de alzada de fecha 29 de diciembre de 2008, Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata “ ...y otra c/ IOMA y/otra s/amparo”.



xxxii Caso 12.361 “Gretel Artavia Murillo y otros c. Costa Rica (fecundación asistida) .Comunicación 91/11 del 16 de agosto de 2011 <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/91-11sp.htm> (consultada el 18 de agosto 2011)