

CAPÍTULO X

LOS HOMOSEXUALES Y LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADAS

I.	Introducción	299
II.	Derecho a la procreación	300
III.	Tesis que niega la existencia de un derecho subjetivo.....	301
	1. Fundamentos	301
	2. Crítica	302
IV.	Tesis que acepta que existe un derecho personalísimo a la procreación.....	302
V.	El interés del menor como límite a las técnicas de fecundación asistida	304
VI.	Niños educados por parejas homosexuales	306
VII.	Legislación comparada	307
	1. Ordenamientos que restringen el acceso a las técnicas de fecundación asistida a los matrimonios o a parejas heterosexuales.....	307
	2. Ordenamientos que no lo prohíben	309
VIII.	Jurisprudencia comparada	313
	1. Relativa al acceso de lesbianas a las técnicas de fecundación asistida	313
	2. Relativa a reclamación de paternidad por donante	317
IX.	Maternidad por sustitución	319
	1. Concepto	319
	2. Supuesto excluido	319
X.	Conclusión	322

CAPÍTULO X

LOS HOMOSEXUALES Y LA PROCREACIÓN ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADAS

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho a la procreación. III. Tesis que niega la existencia de un derecho subjetivo. 1. Fundamentos. 2. Crítica. IV. Tesis que acepta que existe un derecho personalísimo a la procreación. V. El interés del menor como límite a las técnicas de fecundación asistida. VI. Niños educados por parejas homosexuales. VII. Legislación comparada. 1. Ordenamientos que restringen el acceso a las técnicas de fecundación asistida a los matrimonios o a parejas heterosexuales. 2. Ordenamientos que no lo prohíben. VIII. Jurisprudencia comparada. 1. Relativa al acceso de lesbianas a las técnicas de fecundación asistida. 2. Relativa a reclamación de paternidad por donante. IX. Maternidad por sustitución. 1. Concepto. 2. Supuesto excluido. X. Conclusión.

I. Introducción

Hasta hace aproximadamente veinticinco años no se controvertía el derecho de todo ser humano a tener un hijo, ya que como el hombre y la mujer están preparados biológicamente para engendrar nueva vida, el derecho a realizarla era considerado natural al ser humano¹.

La privación de este derecho a los judíos durante la Alemania nazi fue duramente criticada, y después de ello durante muchos años no se discutió el derecho humano a procrear, hasta el momento en que se desarrollan las técnicas de fecundación humana asistida.

¹ YEH, John y YEH, Molly Uline, *Legal aspects of infertility*, Scientific Publications, Boston, 1991, ps. 11 y ss.; MORGEN, Derek y LEE, Robert G., *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, 1991, ps. 202 y ss.

A partir de que fue posible la procreación artificial (inseminación, GIFT, Fivete, etc.) se hace necesario realizar un replanteo del derecho a la procreación para poder determinar si éste implica que se puede procrear con quien se quiere, cuando se quiere y como se quiere. O siendo más concretos, si pueden procrear por *fecundación asistida*:

- a) Mujeres lesbianas;
- b) los homosexuales mediante el alquiler de vientres;
- c) los homosexuales valiéndose de la clonación.

Para poder dar respuesta a estos interrogantes creemos necesario, en primer lugar, plantearnos si existe un derecho a la procreación. Porque muy distintas van a ser las soluciones a dar a estos interrogantes si se parte de aceptar que existe un derecho personalísimo a la fecundación, que si éste no se admite. De concluir que éste existe, luego podremos analizar si es ilimitado o limitado, y en su caso cuáles son sus límites.

II. Derecho a la procreación

La primera cuestión a determinar es si entre los derechos personalísimos existe un derecho a la fecundación. Para llegar a contestar este interrogante creemos necesario precisar, previo a todo, qué entendemos por derechos a la personalidad. A saber:

“Los derechos personalísimos –también llamados derechos a la personalidad– son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad”².

En una primera etapa se negó que tales prerrogativas constituyeran derechos subjetivos; entre otros, Orgaz señaló que el derecho subjetivo surge sólo después de la lesión inferida por otros sujetos a esos bienes y que tal derecho no se tipifica como derecho personalísimo, sino simplemente como el de obtener la condenación civil o penal del ofensor³.

² RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte general* cit., t. II, p. 21.

³ ORGAZ, Alfredo, *Personas individuales*, Córdoba, 1946, p. 6.

En nuestro caso se podría decir que no hay un derecho a la concepción sino una libertad de concebir o no concebir, pero que el privar a una persona injustamente de concebir o fecundar da lugar a la sanción civil o penal.

El argumento resulta contradictorio, porque el resarcimiento va a tomar el lugar del derecho lesionado, y si no hay derecho a algo no existe lesión. Por lo tanto, para que se sancione a quien priva injustificadamente a otro ser humano de su posibilidad de concebir hay que partir de la base de que existe un derecho a la concepción.

En la doctrina especializada en el tema se han desarrollado dos líneas de pensamiento completamente antitéticas; ellas han sido receptadas en pronunciamientos judiciales dictados en Estados donde al momento de la resolución no existían leyes positivas que regularan el uso de las técnicas de fecundación asistida. Por ello nos parece importante, a la par que desarrollar los argumentos que avalan una y otra tesis, hacer mención de la jurisprudencia que los receptó.

III. Tesis que niega la existencia de un derecho subjetivo

1. Fundamentos

En una posición negativa se encuentran quienes niegan que exista un derecho personalísimo a la procreación y a la fecundación. Se basan sus sostenedores en que:

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

Sobre el último punto, Rivera afirma que “[e]l 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 los sujetos comprometidos en esa decisión”.

Pero limita esta 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 natural⁴, 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 Estado⁵. Y de ello deduce que no existe un derecho personalísimo a la procreación.

2. *Crítica*

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

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

IV. 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 sostenedores de esta posición parten de afirmar que el derecho a la procreación es el correlato

⁴ La ley francesa 94.654 dice en su art. 152-1 que: “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”.

⁵ MEULDERS KLEIN, Marie T., *Le droit de l'enfant face au droit a l'enfant et les procréations medicalment assistées*, en *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1988, p. 664.

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 nacional ha sido el profesor Cifuentes⁶ 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 lesbianas, y aun *post mortem*, fundado en los siguientes razonamientos:

- a) 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.
- 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”⁷.

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;

⁶ Esta tesis en nuestro Derecho ha sido expuesta por CIFUENTES, Santos, en su obra *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 449.

⁷ ARSON DE GLINBERG, Gloria H. y SILVA RUIZ, Pedro, *La libertad de procreación*, en L. L. 1991-B-1204.

- c) el derecho de los homosexuales de recurrir al alquiler de vientres;
- d) el derecho a realizar un clon de uno mismo.

V. 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 padres⁸ ha pasado a ser en el siglo XX un sujeto de derecho, cualesquiera fueren las circunstancias de su nacimiento⁹.

Como la realización de las técnicas ha de respetar la dignidad de la persona por nacer, éstas no han de vulnerar los derechos del niño, en especial el derecho de todo niño de tener un padre y una madre, con lo cual no podrán realizarse 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

⁸ Recordemos que en el Derecho Romano podía ser entregado en pago de deudas.

⁹ MEULDERS KLEIN, ob. cit., p. 645.

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 paterna y materna. 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 nuestro país 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 (art. 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.

Debiendo destacarse que la Convención también 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 Niño¹⁰.

¹⁰ 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»”.

Finalmente, la Convención asegura prioridad al interés superior 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 desdoblarse la maternidad¹¹.

VI. 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, ha llevado adelante una investigación¹² 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.

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 por mujeres solteras; treinta por parejas heterosexuales 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.

¹¹ Pero también creemos que de realizarse estas prácticas los problemas que ellas presentan han de resolverse teniendo en cuenta el interés del menor.

¹² *The Washington Post* del 30-10-97.

VII. Legislación comparada

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

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

Una tercera razón está constituida por la ausencia de padecimientos físicos que les 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 Grove¹³, 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 a 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 Dinamarca¹⁴, por ejemplo, se realizaron encuestas acerca de si el pueblo danés consideraba que los homosexuales podrían ser buenos padres¹⁵. Los resultados dados a conocer por la prensa mostraban una opinión favorable. Aunque la Ley de Inseminación Alternativa fue

¹³ Parte integrante del Centro Adventista Shady Grove, ubicado en Washington, D. C.

¹⁴ En el año 1989 se sancionó en Dinamarca la Ley 372 del 7-6-89 sobre el Registro de Parejas hetero y homosexuales.

¹⁵ *Associated Press* del 29-10-97.

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 penalizada¹⁶.

Ley de Aragón

La ley de Aragón relativa a parejas estables no casadas¹⁷ permite que las parejas heterosexuales adopten y accedan a las técnicas de fecundación asistida, pero no da iguales derechos a las parejas homosexuales.

Ley de 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 inconstitucional¹⁸.

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.

¹⁶ MINOT, *Conceiving parenthood...* cit., p. 135.

¹⁷ Ley 6/1999, promulgada el 26-3-99.

¹⁸ Ver comentario del precedente en el punto VIII. *Jurisprudencia comparada*.

Dinamarca

El Acta del Parlamento N° 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 de PACS¹⁹, 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. Éste 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 puede 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.

¹⁹ Promulgada el 15-11-99 como ley 99.944 relativa al pacto civil de solidaridad y al concubinato.

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 permitiendo que las parejas registradas accedan a dichas técnicas.

Gran Bretaña

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

No se deberá proporcionarle 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.

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 que permite a las parejas homosexuales contraer matrimonio con los mismos derechos que las heterosexuales, entre ellos el acceso a las técnicas de fecundación asistida²⁰.

Estados Unidos

Algunos Estados de Estados Unidos ofrecen protección legal específica para las mujeres solteras que quieren procrear a través de la inseminación artificial²¹. En Oregon, por ejemplo, un tribunal avaló una ley que establecía que un hombre que donaba su espermia a una

²⁰ *El País Digital* del 13-9-2000.

²¹ DEMIAN, codirector, *Adoption, foster care, donor insemination, surrogating parenting options for same-sex couples*, Partners Task Force for Gay & Lesbian Couples, may 2000.

mujer distinta de su esposa perdía sus derechos paterno-filiales con el menor. Como cada Estado posee una normativa distinta con respecto a la donación de esperma, es aconsejable conocer los efectos y las responsabilidades de los padres en cada uno de los Estados. A continuación ofrecemos un cuadro que ilustra la complejidad y variedad de las leyes sobre donación de esperma en los Estados norteamericanos²².

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

²² Informa Demian que el cuadro fue construido por el sitio Lesbian Moms en 1998.

Características	Estados
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 como 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

Vermont

La ley de Vermont equipara a los miembros de las uniones civiles a 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 menor²³.

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 la maternidad. Asimismo, ha creado un programa de ayuda a las mujeres solteras o 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 menores a nacer. Esto impide que con posterioridad surjan disputas en torno a los derechos parentales sobre el menor.

VIII. Jurisprudencia comparada

1. *Relativa al acceso de lesbianas a las técnicas de fecundación asistida*

Australia

"*J. M. vs. QFG & G. K.*"²⁴

El siguiente caso llegó a la Corte de Queensland por medio de una apelación presentada por una mujer soltera que se había sentido discriminada cuando un especialista se negó a inseminarla artificialmente.

²³ MSNBC, 19-6-98.

²⁴ "J. M. vs. QFG & G. K." [1998] QCA 228 (18-8-98).

La apelante J. M. era una mujer que mantenía una relación homosexual y los demandados, por un lado, un obstetra y ginecólogo, especializado en los tratamientos de infertilidad y medicina reproductiva, y por el otro, una compañía que agrupaba a obstetras y ginecólogos. La mujer presentó en 1991 su primera queja ante la Comisión Antidiscriminatoria, sosteniendo que los demandados la habían discriminado al negarse a brindarle un tratamiento de inseminación artificial, debido a sus relaciones sexuales con otra mujer. Dicha queja fue luego tratada por el Tribunal Antidiscriminación.

La Corte de Queensland fue cauta a la hora de analizar el campo de su decisión: antes de fallar aclaró que sólo se ocuparía de analizar la interpretación de algunas secciones de la Ley Antidiscriminación, y que bajo ningún punto de vista opinaría acerca de si las lesbianas tenían o no derecho a someterse a tratamientos de fecundación asistida: ello era tarea del Poder Legislativo.

Según la Corte, éstos eran los hechos relevantes:

La apelante era una mujer de 24 años que mantenía desde hacía cinco años una relación lesbiana con una mujer mayor. El presidente del Tribunal contra la Discriminación había definido a la relación como “estable y exclusiva”. Su pareja tenía una niña, a la que había concebido mediante técnicas de fecundación asistida. La pareja se había mudado a Brisbane en 1994. Con anterioridad, la apelante había participado en un programa de donantes de esperma para inseminación artificial en Canberra, pero había resuelto que la experiencia era demasiado costosa tanto emocional como financieramente.

Sin embargo, en 1994, la apelante se contactó con un grupo identificado como QFG. Éste era una compañía que nucleaba a un número importante de médicos, entre los que se encontraba el demandado. El primer contacto que la apelante tuvo con el grupo fue a través de un coordinador, que le ofreció los servicios del obstetra demandado. Como resultado de ese primer encuentro, la apelante concertó una cita. Según sus dichos, en dicha ocasión el demandado le manifestó que él podría atender a una lesbiana que estuviera legalmente casada con otro hombre o en pareja con otro hombre, pero no a una lesbiana que mantuviera una relación estable y exclusiva con otra mujer. El demandado, por su parte, señaló que su negativa obedeció a que él sólo atendía a

aquellas personas infértiles, y que la apelante no lo era. Sin embargo, cuando el presidente del Tribunal le preguntó si la hubiera atendido de ser la apelante infértil, el demandado señaló que no hubiera habido diferencia en su respuesta, debido a que resultaba psicológicamente imposible que ella concibiera, aunque fuese médicamente normal.

Tanto en el Tribunal Antidiscriminación como en la Corte de Queensland la apelante señaló que los demandados la discriminaron en virtud del atributo descrito como “actividad sexual ilegal”, lo que en estos casos se traduce como “actividad homosexual”. La Corte, a diferencia del Tribunal, entendió que mantener una relación lesbiana no es equivalente a una actividad, es un estado. La “actividad” es la “actividad sexual” que puede o no estar presente en la relación.

La Corte definió a la *discriminación directa* como la acción de tratar a una persona con determinado atributo de una manera menos favorable que a otro que no lo posee. De esta forma, para el Tribunal sólo habría discriminación directa si y sólo si la razón sustancial de la negativa a tratarla se debiera a su condición de lesbiana o a las actividades sexuales homosexuales que ella practicaba. El presidente del Tribunal resolvió que la negativa del profesional basada en las actividades sexuales lesbianas de la apelante no identificaban ningún atributo en concreto, y que lo que más se le acercaba era el del “lesbianismo”. Pero, en definitiva, ésta no había sido la razón esgrimida por el demandado para negarse a las técnicas.

La Corte de Apelaciones analizó el caso con otra óptica: el Tribunal había fallado en la apreciación de los hechos y en el derecho. El tribunal de alzada se concentró entonces en la leyes del Departamento de Salud de Queensland. Éstas *restringen la clase de servicios que buscaba la apelante a parejas casadas o a parejas de hecho heterosexuales, en las que el hombre consiente expresamente el tratamiento*. En consecuencia, la Corte decidió reenviar el caso al Tribunal Antidiscriminación, a fin de que revisara su fallo sobre la base de la ley en cuestión.

La situación en Australia ha cambiado en estos últimos años. Como consecuencia de una reforma legislativa las mujeres solteras o lesbianas tienen, a partir de un fallo que resolvió que la ley estatal de Victoria violaba con su negativa la Ley contra la Discriminación, la posibilidad de acceder a las técnicas de fecundación asistida. El caso que permitió

este cambio fue llevado adelante por un especialista en técnicas de fecundación asistida, en nombre de una de sus pacientes, Lisa Meldrum. El especialista argumentó que la ley de Victoria contradecía la Ley Federal contra la Discriminación. El juez Ross Sundberg concluyó que la sección de la Ley de Reproducción Asistida de Victoria que restringía tal tratamiento a las mujeres casadas o en uniones de hecho heterosexuales se encontraba en conflicto con la Ley contra la Discriminación.

*“McBain vs. State of Victoria”*²⁵

El peticionante era un ginecólogo de Victoria que se especializaba en técnicas de fecundación asistida y fertilización *in vitro*. Su paciente, Lisa Meldrum, era una mujer lesbiana soltera que buscaba obtener un tratamiento de inseminación artificial. El especialista recurrió a los tribunales porque consideraba que la mujer tenía derecho a obtener tal tratamiento a pesar de la restricción que imponía la Ley de Fecundación Asistida.

La Corte resolvió que no era necesario que las mujeres estuviesen casadas o en parejas heterosexuales para que pudieran acceder a las técnicas de fecundación asistida. De esta manera, el doctor McBain podía proveerle el tratamiento a su paciente.

En resumen, la Corte sostuvo que:

1. La sección 8 de la Ley de Fecundación Asistida en tanto restringe la aplicación de los tratamientos a la mujer que:
 - a) Está casada y vive con su marido de una manera genuina;
 - b) vive con un hombre con quien mantiene una relación heterosexual estable,es inconsistente con la Ley contra la Discriminación, en la medida en que ésta prohíbe la discriminación en razón del status marital y sexual.
2. En consecuencia, la sección en cuestión se vuelve inmediatamente inoperante.
3. El peticionante puede realizar legalmente el tratamiento solicitado.

²⁵ “McBain vs. State of Victoria” [2000] FCA 1009 (28-7-2000).

2. Relativa a reclamación de paternidad por donante

Los bancos de esperma revelan información general acerca de los donantes, tal como la raza, el color de pelo, la historia clínica, la educación y la ocupación, pero sólo dan a conocer información específica cuando el donante es un “donante Sí” (*Yes donor*). En estos supuestos el donante firma un acuerdo por el cual se establece que al cumplir el niño 18 años podrá acceder a esos datos. En cambio, un “donante No” (*No donor*) permanece anónimo de por vida.

Es conocido un caso de Oal Lawn, Chicago, en donde un amigo de una pareja lesbiana que había donado su esperma para que una de ellas pudiera concebir reclamó luego sus derechos sobre el menor. La pareja lesbiana argumentó, entonces, ante los tribunales que un donante de esperma no tenía derecho a reclamar la paternidad.

Hasta el momento ningún tribunal norteamericano le ha reconocido derechos paterno-filiales a los *donantes No*²⁶. Distinto es el caso de los *donantes Sí*, quienes en la mayoría de las disputas legales obtienen una sentencia favorable. Estos casos fundan su resolución en que un donante de esperma conocido tiene derecho a ser oído para determinar la intención de las partes al momento de la inseminación y su posterior conducta. Normalmente, los tribunales de New York señalan que:

1. Es importante que los derechos se reclamen durante la infancia del menor.
2. Es un factor importante el hecho de que haya existido alguna promesa por parte de la madre de que el donante desempeñaría el rol de padre.

Sin embargo, en otros precedentes se le negaron tales derechos a un *donante Sí*.

“*Leckie vs. Voorhies*”²⁷

En este caso de Oregon la Corte aplicó un criterio por el que un *donante Sí* no tendría por qué tener derechos paterno-filiales con el menor.

²⁶ THOMAS, S., en *National Journal of Sexual Orientation Law*, vol. 2, issue 1.

²⁷ “*Leckie vs. Voorhies*”, case N° 60-92-06326 (Cir. Ct., Lane Cty. 1993).

En este supuesto el señor Leckie había renunciado a sus derechos como padre. El acuerdo sólo le permitía tener ciertos derechos de visita, siempre y cuando ello no perturbara a la pareja lesbiana y siempre y cuando mostrara la misma simpatía por el primer hijo de la pareja, con el que él no tenía ninguna relación biológica. La madre del menor y su pareja especificaron en el acuerdo que ellas estaban felices de que el donante formara parte de sus vidas, “no como un padre, sino como un buen hombre que sirviera de modelo para sus hijos”.

Cuando el niño cumplió 3 años, el señor Leckie afianzó el acuerdo original firmando una nueva declaración por la que reiteraba que renunciaba a cualquier derecho sobre el menor, pero que le aseguraba seis horas por mes de visitas. Como resultado de su conducta, en 1992 la madre prohibió que continuara visitando a los niños, y el señor Leckie inició una acción por paternidad.

La madre sostuvo que de acuerdo a las leyes de Oregon, el *donante* Sí no tenía ningún derecho sobre el menor, y que esa ausencia de derechos era constitucional, a menos que el donante pudiera probar que había acordado con ella ejercer sobre el niño los derechos y deberes derivados de su supuesto rol de padre.

La Corte favoreció la posición de la madre y prohibió, por el interés del menor, que el señor Leckie continuara visitándolo. El donante sostuvo, entre otras cosas, que el niño sabía que él era el padre, y que tanto su hijo como el hermano de su hijo creían que él era el ex marido de la madre biológica.

La Corte creyó que la madre era excelente y que en definitiva la relación que el donante mantenía con los niños no difería de la que cualquier otro adulto amigo de la casa tenía con ellos. Finalmente, afirmó que no era una condición necesaria para el mejor desarrollo del niño que mantuviera contacto con su madre o padre biológico. El hecho de que el donante fuera conocido por el niño no le aseguraba automáticamente derechos sobre él.

Hasta el momento ningún tribunal ha encontrado que la mera relación biológica sea suficiente para reconocer derechos paterno-filiales con el menor²⁸.

²⁸ THOMAS, cit. en nota 26.

*"Jhordan C. vs. Mary K."*²⁹

En este caso el donante de espermatozoides que había accionado reclamando la paternidad de un menor obtuvo una decisión favorable. El criterio que se utilizó en el caso anterior no le era aplicable, pues la inseminación no se había realizado ni en contexto clínico ni por un especialista.

La Corte examinó las intenciones y la conducta de las partes. De esta manera, llegó a la conclusión de que no era claro que el donante no mantuviera una relación paterno-filial con el menor; por el contrario, todo parecía indicar que sí la mantenía. El donante había adquirido mobiliario para el niño y había constituido un fondo de reservas para cuando fuera mayor.

El donante alegó que la madre le había prometido que él se ocuparía del menor por lo menos tres veces por semana. La Corte, además, sostuvo que reconocerle los derechos al donante no interferiría en la relación de la pareja lesbiana, ni en su relación con el menor.

IX. Maternidad por sustitución³⁰

1. *Concepto*

Existe maternidad por otro (o maternidad por sustitución) cuando una mujer acepta que se le implante el embrión de otra pareja para lograr su desarrollo y darlo a luz, con el compromiso de entregar al niño a sus padres biológicos.

2. *Supuesto excluido*

No hay maternidad por sustitución cuando la mujer acepta ser inseminada con el semen de un hombre que no es su esposo y procrear un hijo, el que, una vez nacido, es entregado al padre renunciando la madre a los derechos materno-filiales.

²⁹ 179 Cal. App. 3d 386, 224 Cal. Rptr. 530 (1986).

³⁰ MEDINA, Graciela y ERADES, Graciela, *Maternidad por otro y alquiler de úteros*, en J. A. 1990-IV-18; GIRAUD, François, *Meres porteuses et droits de l'enfant*, Paris, 1987.

Decimos que en este caso no hay maternidad por otro porque la madre portadora coincide con la madre genética.

En cambio, en el concepto dado en el punto 1 existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y la gestante, que es lo característico en la hipótesis que ahora estudiamos.

Estados Unidos

Aproximadamente se cree que en los Estados Unidos existen entre uno y tres millones de padres *gays*, aunque la mayor parte de ellos tienen hijos en relaciones heterosexuales. Señala Michael Shernoff³¹ que los hombres *gays* que tienen el deseo de ser padres comúnmente no saben cómo conciliar sus necesidades biológicas y emocionales en torno a la paternidad con su realidad como homosexuales.

Todos los estudios que se realizaron en torno a la paternidad *gay* se concentraron en las actitudes de estos hombres como padres, pero sólo unos pocos analizaron el impacto que esta clase de paternidad tenía sobre los menores. Shernoff llevó adelante un estudio sobre veinticinco parejas *gays* a partir del material que obtuvo en sesiones de carácter clínico en Manhattan durante quince años. A todas las parejas se les preguntó qué razones tenían para querer ser padres, los obstáculos que encontraban en el camino por ser *gays*, y qué ayuda les habían prestado los servicios y los profesionales de la salud en su búsqueda. El estudio le permitió concluir que no existían motivos distintos –o distintivamente homosexuales– para ser padres.

Si bien la adopción puede ser una opción para que los miembros de una pareja *gay* puedan ser padres, muchos prefieren ser padres biológicos y no adoptivos. Explica Shernoff que algunos han llegado a acuerdos con amigas que acceden a ser inseminadas por uno de ellos y convertirse en madres sustitutas. Sin embargo, estos convenios son muy inestables, sobre todo porque, como vimos, algunos ordenamientos los consideran ilegales y otros los creen inejecutables. En Estados Unidos existen once Estados en los cuales el convenio no es considerado un

³¹ SHERNOFF, Michael, *Gay men choosing to be fathers*, Partners Task Force for Gay & Lesbian Couples, 1996.

delito, aunque en ellos no se puede solicitar judicialmente su cumplimiento. En otros cinco Estados se prohíben, aunque sean gratuitos³².

California

Si bien no existen estadísticas que indiquen el número de parejas *gays* que han recurrido a los contratos de alquiler de vientres, la Coalición Internacional de Padres Lesbianas y Gays ha estimado que probablemente existan más de dos mil casos.

El 20 de junio de 1998 se obtuvo la primera sentencia en el mundo que favorecía los derechos de una pareja *gay* involucrada en un acuerdo de sustitución. Los abogados de la División Reproductiva de Beverly Hills consiguieron que un tribunal local reconociera los derechos parentales acordados en un contrato de sustitución.

La sentencia fue pronunciada por la Corte Suprema de Los Ángeles, y resolvió que los dos hombres que conformaban la pareja *gay* tenían iguales derechos sobre el niño que recién había nacido. Los sentenciantes resolvieron que bajo la Constitución y la ley lo importante es siempre el interés superior del menor.

La niña en disputa fue el resultado de un arreglo de reproducción asistida entre una pareja de *gays*, que mantenía una relación estable y prolongada, y una mujer, que prestaría su vientre. Esta mujer, que estaba casada y tenía cuatro hijos, fue inseminada con el esperma de uno de los miembros de la pareja. Con anterioridad a este fallo, la totalidad de los precedentes no otorgaba derechos a ambos miembros de la pareja, sino que siempre lo hacía a favor del que había aportado su esperma.

A partir de este precedente, el padre no biológico podrá tener derechos como segundo padre y podrá solicitar que su nombre aparezca en la partida de nacimiento del menor. Ésta es quizás la decisión más permisiva que se haya realizado sobre este tema hasta el momento³³.

³² MARTIN, A., *The lesbian and gay parenting handbook: Creating and raising our families*, Harper Perennial, New York, 1993.

³³ Parent's Network NewsWrap for the week ending august 22nd, 1998 (as broadcast on this way out program #543, distributed 24-8-98) (compiled & written by Cindy Friedman, with thanks to Brian Nunes, Jason Lin, Graham Underhill, Martin Rice, Rex Wockner, Chris Ambidge, Greg Gordon & Lucia Chappelle).

Los acuerdos de sustitución comenzaron a darse a conocer a partir de esta situación. *Los Angeles Times*³⁴, por ejemplo, ha ilustrado la situación de Richard Hoffberg y Tom Ragagli, quienes esperaban su primer hijo para el 4 de julio de 1998. Su caso no pasó desapercibido, pues era el primero en la historia de los Estados Unidos en que un niño nacería con “dos padres biológicos”. Esta pareja *gay* oriunda de West Hollywood contribuyó con material genético de ambos miembros para concebir a un niño, y esto fue lo que provocó un gran debate. El doctor Scott, responsable de la técnica utilizada, explicó que el niño fue concebido utilizando la fertilización *in vitro* con algunos pequeños cambios: algunos óvulos de la mujer que prestó su vientre fueron fertilizados con esperma tanto de Hoffberg como de Ragagli, hasta que cada uno contó con ocho células.

En ese punto, se tomó una sola célula de cada embrión con el objeto de determinar el sexo. Un embrión femenino originado por el esperma de Hoffberg fue fusionado con un embrión femenino originado por el esperma de Ragagli, formando un solo embrión. Este embrión fue luego implantado en el útero de la mujer. Los estudios que se realizaron a lo largo de todo el embarazo no mostraron inconvenientes.

X. 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 a nacer.

³⁴ *Los Angeles Times* del 3-4-98.