UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

EMBRIONES SOBRANTES CONGELADOS

¿COSAS O PERSONAS?

Trabajo Final de Grado

Universidad Empresarial Siglo 21

Por MARIANA RICHETTA

Abogacía

2013

Agradecimientos:

En especial a mi marido Tomás y a mi pequeño hijo Ignacio

que con paciencia y amor han sabido

entenderme y apoyarme cada vez que lo necesité.

A mi familia, madre, hermanos, a mi cuñada Gaby

y a mi vecina incondicional Chany

que siempre estuvieron para ayudarme con el cuidado de mi hijito.

A mis amigas del alma que supieron comprender mi ausencia .

A mis hermanos Pablo y Marcelo que no tenían mucha confianza

en que terminara esta vez mis estudios universitarios. Pude!

A mi querido viejo que desde el cielo ha estado presente.

A la escritora y pintora Liliana Marescalchi que tuvo el gran gesto de

leer mi tesis y corregir la gramática y ayudarme a ordenar la

gran cantidad de información que iba plasmando semana a semana.

A la Dra. Silvia Marrama, autora del libro “Fecundación in Vitro y Derecho”

quien orientó mis primeros pasos de la investigación.

Al Padre Ariel Manavella que desde Roma estuvo siempre presente

contestando cada uno de mis correos electrónicos y facilitándome material.

A los docentes y personal de esta Universidad por su ayuda constante.

Gracias a todos los que aportaron su granito de arena

para que hoy pueda concluir esta etapa tan importante.

RESUMEN

Este trabajo final de graduación es una investigación sobre la problemática que se genera a raíz de los usos de Técnicas de Reproducción Asistida, que permiten fecundar más embriones de los que serán transferidos a la mujer, resultando varios de ellos sobrantes y admitiendo como solución inmediata su crioconservación.

La falta de legislación específica para reglamentar y establecer límites a la utilización de estas técnicas, ha llevado a los centros médicos que las practican a crear bancos de embriones donde se encuentran almacenados miles de ellos, congelados a 196° bajo cero, esperando por un destino no muy promisorio.

Para la realización de este trabajo fue necesario un abordaje interdisciplinario, ya que la temática abarca aspectos biológicos, médicos, bioéticos, morales, jurídicos y hasta religiosos. Lo cierto es que, del material de investigación existente sobre técnicas de reproducción asistida y en especial de la crioconservación de embriones, podemos afirmar que se presentan lineamientos diferentes, apoyados en distintas posturas que responden a las disciplinas antes mencionadas.

Los países que tienen regulada la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son permisivos de las mismas, o restrictivos, estableciendo limitaciones precisas que tienden a la tutela del embrión desde la concepción. Revisaremos ambas posturas para poder comparar las diferencias principales.

Es necesario y urgente que Argentina adopte una posición al respecto del comienzo de la vida humana ya que ello permitirá establecer si los embriones congelados son cosas o personas, y en este último caso, brindar la protección jurídica necesaria y acorde para salvaguardar sus derechos.

Palabras clave: comienzo de la vida, concepción, embriones, estatus jurídico, crioconservación, bioética.

ABSTRACT

This final graduation work is an investigation into the problems generated as a result of the use of assisted reproduction techniques, which allow for the fertilization of more embryos than are transferred to the recipient, generating an excess of embryos and an immediate solution for their cryopreservation.

The lack of specific legislation to regulate and set limits on the use of these techniques has led medical centers to the creation of embryos banks where thousands of them are stored frozen at 196 degrees below zero, waiting for a not very promising destination.

It was necessary to take an interdisciplinary approach to this work as the subject covers biological, medical, bioethical, moral, legal and even religious topics. The truth is that the existing research material on assisted reproductive techniques, and especially of the cryopreservation of embryos, show different guidelines which are supported in different approaches that correspond to the above disciplines.

The countries that have regulated the implementation of the Assisted Human Reproduction Techniques are permissive or restrictive in their approaches setting precise limitations that tend to the protection of the embryo from conception. We will review both positions in order to compare the main differences.

It is necessary and urgent that Argentina adopts a position on when human life begins as this will determine whether frozen embryos are things or persons, and in the latter case, provide the necessary legal protection that safeguards their rights.

Keywords: beginning life, conception, embryos, legal status, cryopreservation, bioethics.

EMBRIONES SOBRANTES CONGELADOS
¿COSAS O PERSONAS?

Por Mariana RICHETTA

I. INTRODUCCIÓN 8

II. MARCO METODOLÓGICO 11

1. Planteamiento del Problema 11

2. Objetivos 11

2.1. Generales 11

2.2. Específicos 12

III. DESARROLLO 13

CAPITULO 1: EL EMBRIÓN HUMANO 13

1.1. Concepción: Diferentes teorías médicas 14

1.2. La persona según la biología y la filosofía 16

1.3. Tutela Jurídica 18

1.3.1. En la Constitución Nacional y el Código Civil Argentino 18

1.3.2. En el Proyecto de Reforma del Código Civil 20

1.3.3. En los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. 22

1.3.4. En la legislación comparada 23

1.4. Antecedentes jurisprudenciales 25

CAPITULO 2: FECUNDACIÓN ARTIFICIAL 30

2.1 Fertilización in vitro 31

2.1.1 Antecedentes 31

2.1.2. Concepto 33

2.1.3 Descripción de la técnica 33

2.1.4 Problemática de las TRHA 35

2.1.4.1 Embarazo múltiple y selección embrionaria 35

2.1.4.2 Daños ocasionados a la mujer. 39

2.1.4.3. Crioconservación y daños producidos a los embriones 41

2.2 Tener un hijo: ¿un don o un derecho? 43

CAPITULO 3: CRIOCONSERVACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS 46

4.1 Diferentes posturas 47

4.1.1Postura Clásica, Ético-Moral 47

4.1.2 Postura Bioética 50

4.1.3 Postura Jurídica 53

4.1.4 Postura Religiosa-Cristiana 59

4.2 Posibles destinos de los embriones crioconservados 63

4.3 Posibles soluciones para evitar su muerte: la adopción prenatal 64

CAPITULO 4: LEGISLACIONES PERMISIVAS Y RESTRICTIVAS 68

5.1 Legislación Europea 69

5.1.1 Análisis de la Ley Española 14/2006 sobre Reproducción Asistida 71

5.1.2 Análisis de la Ley Alemana de Protección de Embriones de 1990 75

5.2 Legislación Latinoamericana 78

5.3 Vacío legal en nuestro ordenamiento 81

5.4 Criterios seguidos en los proyectos presentados en el Senado. 83

IV. CONCLUSIONES 87

IV. LISTADO DE REFERENCIAS CITADAS 89

1. Bibliografía 90

2. Legislación 95

3. Jurisprudencia 96

I. INTRODUCCIÓN

La crioconservación[1] o congelamiento de embriones es una práctica común, aparejada a las técnicas de fertilización *in vitro.* A través de la misma, se somete a los embriones "sobrantes" que no han sido implantados en el útero materno a una situación de incertidumbre respecto de su destino final.

La legislación Argentina no los contempla. El Código Civil en su art. 63 establece que será persona por nacer "la que no habiendo nacido está concebida en el seno materno". El embrión sobrante es producto de una técnica artificial realizada fuera del útero materno por lo tanto, no podemos encuadrarlo dentro de este artículo.

En el Proyecto de Reforma del Código Civil, el art. 19 extiende la tutela, determinando que comienza la existencia de la vida, no solo para los concebidos en el seno materno sino también para los concebidos fuera de él. Pero para estos últimos la protección se inicia desde el momento de la implantación en el útero. ¿Y los embriones que no han sido implantados? Tampoco el Proyecto de Reforma los contempla.

En la legislación comparada encontramos dos posturas diametralmente opuestas de regulación de las técnicas de fertilización asistida. Las mismas son de tipo permisivas o bien restrictivas.

A modo de ejemplo, en España, la Ley 14/2006[2] de tipo permisiva en su art. 11, establece que los padres pueden elegir entre cuatro destinos diferentes para estos embriones: 1) Uso propio; 2) Donación con fines reproductivos; 3) Donación con fines de investigación; 4) Cese de su conservación.

Otros países como Alemania, tienen una política restrictiva de regulación de las técnicas de reproducción asistida. La ley vigente[3], en su art. 1 sanciona con pena de hasta tres años o multa a quienes utilicen abusivamente las técnicas de reproducción. Consideran que incurren en abuso quienes procedan a transferir a una mujer el óvulo de

1La crioconservación embrionaria es un procedimiento de congelación de embriones, que se realiza cuando se ha podido obtener una cantidad de embriones mayor a la que se desea transferir. Esto evita la necesidad de volver a estimular los ovarios, realizar una nueva punción y aplicar medicación. Con lo cual, si la primer transferencia del embrión al útero no prospera, los embriones crioconservados son descongelados y se realiza una nueva transferencia. Cfr: MARRAMA, S. Fecundación in vitro y derecho. (Paraná, 2012). Edit. Dictum Ediciones. Pág.135.

2 Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. "Ley 14/2006 del 26 de Mayo, sobre Técnica de Reproducción Humana Asistida". Recuperada el 20/09/2012 de: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292.

3 Ley alemana de protección al embrión N° 745/90 del 13/12/1990.

otra, o a fecundar artificialmente un óvulo con fines distintos a los de comenzar un embarazo, a quienes procedieran a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo, como así también a quienes fecundaran más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo, entre otros supuestos.

En nuestro país un embrión que es transferido al útero materno, será una persona por nacer pero un embrión que se congela no tiene estatus jurídico.

Esto posibilita a los laboratorios y centros de reproducción asistida la libre manipulación de los mismos. Podemos observar en distintas páginas web de dichas instituciones, que la crioconservación de embriones se ofrece deliberadamente como un paso más de la técnica[4].

Cabe preguntarse si la producción de embriones sobrantes es una consecuencia inevitable de la aplicación de la técnica de fertilización *in vitro.* Al respecto, El Dr. Roberto Nicholson, Médico Ginecólogo Especialista en Medicina de Reproducción, afirma que de ninguna manera, cuando se hace una Fertilización In Vitro, hay que obligadamente congelar óvulos o embriones.[5]

Evidenciando la urgente necesidad de la regulación de dichas técnicas, es que el trabajo de investigación estará orientado a la recopilación de información para poder determinar el estatus jurídico de los embriones congelados y establecer qué tratamiento otorgarles: ¿estamos ante cosas o personas? y consecuentemente si correspondiese, delimitar cuáles son sus derechos.

El Trabajo Final de Grado consta de cuatro capítulos. En el primero de ellos nos referiremos al embrión humano. Abordaremos las diferentes posturas que determinan a partir de qué momento podemos hablar de comienzo de la existencia. Su tratamiento en la legislación nacional, Tratados Internacionales y legislación comparada.

---

4 A modo de ejemplo, en la página web del Instituto Bernabeu de medicina reproductiva (España), encontramos una descripción del porqué de congelar embriones, de cuáles son sus ventajas. Sostienen que cuando se tiene embriones congelados, se conservan para el futuro buenas posibilidades de conseguir un embarazo con un mínimo esfuerzo. En muchos casos, el tratamiento con los embriones "frescos" termina en embarazo y los congelados pueden ser utilizados unos años mas tarde para completar la familia de las parejas evitando la necesidad de volver a someterse a todo el proceso.
Instituto Bernabeu – "Congelación de Embriones y transferencia de embriones congelado". Recuperado el 30/10/2012 de http://www.institutobernabeu.com/es/3-1-9/pacientes/fertilidad/congelacion-de-embriones- criotransferencia/vitrificacion/#p3.
5 Dr. Roberto Nicholson. Médico Ginecólogo especialista en Medicina de la Reproducción (Fertilidad/Esterilidad). "Criopreservación de Embriones". Recuperado el 30/10/2012 de http://robertonicholson.com.ar/?page_id=447.

Resulta imprescindible introducirnos en el conocimiento y la descripción de una de las técnicas de fertilización artificial: la Fecundación *In Vitro.* Por ello en el capítulo 2 desarrollaremos su concepto para conocer el procedimiento por el cual se generan los embriones sobrantes que luego son congelados.

En el capítulo 3 sobre crioconservación de embriones, analizaremos las distintas posturas que existen sobre esta temática desde los diferentes puntos de vista: ético-moral, bioético, religioso y jurídico. Analizaremos un caso sin precedentes que se ha planteado en nuestro país al respecto y estudiaremos el destino posible de los embriones congelados, en especial la adopción prenatal.

En el último capítulo, describiremos la legislación europea y la latinoamericana sobre regulación de las técnicas de reproducción asistida. Cuando abordemos la primera, expondremos los dos sistemas de regulación de técnicas de fertilización artificial utilizados en el mundo: permisivos (España) y restrictivos (Alemania).

En nuestro país se han presentado varios proyectos de ley de regulación de técnicas de fertilización asistida. Evaluaremos algunos de ellos para conocer la opinión de nuestros legisladores con respecto a la normativa en cuestión.

II. MARCO METODOLÓGICO

1. Planteamiento del Problema

Cuando una pareja se somete a una técnica de fertilización artificial, como lo es la Fecundación *in vitro*, se extraen y fecundan varios óvulos[6] no existiendo un límite en cuanto a la cantidad.

Si la implantación de un embrión es exitosa y se produce el embarazo, se presenta el siguiente problema: ¿qué hacer con los embriones sobrantes congelados? En el caso que los padres se divorcian o separan: ¿qué hacer con esos embriones que había guardado la pareja?

Estas técnicas traen aparejadas una serie de cuestiones que quedan inmersas en un vacío legal absoluto, ya que no están reguladas en forma específica en nuestro ordenamiento.

No está determinado el estatus jurídico que deberían tener los embriones congelados que no se transfieren al útero materno, tampoco cuáles son sus derechos y que protección merecen.

Si se considerara que son personas por nacer, se estarían vulnerando y violando los derechos más fundamentales de un ser humano, como es el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho a la salud y la dignidad misma del embrión. En nuestro país, la ausencia de normativa reguladora de estas técnicas deja librado a la voluntad particular, de los padres o de los Centro médicos, el destino de esos embriones.

2. Objetivos

2.1. Generales

- Analizar cuál es la situación jurídica de los embriones congelados sobrantes producto de una Inseminación Artificial.

6 Entre 5 y 15. Cfr: MARRAMA, S. Fecundación in vitro y derecho. (Paraná, 2012). Edit. Dictum Ediciones. Pág.38.

- Determinar cuáles son sus derechos en el marco de la regulación existente y cuál sería la solución jurídica más apropiada aplicable a su situación.

2.2. Específicos

- Especificar el momento del inicio de la vida humana según las distintas teorías.
- Explicar las técnicas de fecundación artificial existentes, en especial la Fecundación *In Vitro* y analizar los diferentes destinos que pueden tener los embriones congelados sobrantes de estas técnicas.
- Analizar las modificaciones propuestas por el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil y Comercial, con respecto a tutela de la persona por nacer.
- Analizar la relación entre lo que ha determinado la jurisprudencia en sus diferentes resoluciones y determinar si se enmarcan dentro de las normas actuales protectoras de las personas. Cómo ha entendido la jurisprudencia que debe tratarse el congelamiento y destino de los embriones sobrantes producto de la inseminación artificial.
- Describir los derechos del embrión a la luz de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.
- Comparar los sistemas permisivos y restrictivos de técnicas de fertilización artificial vigentes en otros países y analizar los proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación, con estado parlamentario.
- Identificar las opiniones doctrinarias más relevantes sobre congelamiento de embriones.

III. DESARROLLO

CAPITULO 1

EL EMBRIÓN HUMANO

1.1. Concepción: Diferentes teorías médicas

Resulta de vital importancia determinar el momento preciso en el cual comienza la existencia de la vida humana. Para ello es necesario acudir a las ciencias médicas y a la biología que estudian esta temática.

La determinación de ese momento trae aparejada la consecuencia, desde una perspectiva netamente jurídica, de poder establecer a partir de cuándo se deben desplegar todas las tutelas y protecciones que la ley prescribe para las personas.

Existen varias teorías sobre el comienzo de la vida humana y sus denominaciones difieren según los autores, pero las que comúnmente se mencionan son: la Teoría de la fecundación, Teoría de la Singamia, Teoría de la implantación o anidación y la Teoría de la formación del sistema nervioso central o aparición del surco neural.

Analicemos brevemente cada una de ellas.

La Teoría de la Fecundación es aquella que entiende que el embrión humano es persona a partir del momento en que se unen el gameto femenino (óvulo) y el masculino (espermatozoide). Quienes defienden esta teoría, aseguran que ese preciso instante marca el comienzo de la vida. El cigoto[7] reúne toda la información genética necesaria para la formación del individuo. Se afirma que "ya estamos ante una persona en acto, toda vez que durante el desarrollo se completan sus potencialidades presentes desde el inicio" (Correa, 2001).

Para describir la Teoría de la Singamia, es necesario que conozcamos los momentos que ocurren desde la penetración del espermatozoide al óvulo.

El proceso de fecundación tiene las siguientes etapas: 1) Penetración de la corona radiante; 2) Reconocimiento y adhesión; 3) Reacción acrosómica; 4) Denudación; 5) Penetración de la membrana pelúcida; 6) Fusión; 7) Bloqueo de la polispermia; 8) Reasunción de la segunda división meiótica por parte del ovocito; 9) Formación de los pronúcleos masculinos y femeninos; 10) Singamia y Anfimixsis.

7 En biología se denomina cigoto o huevo, a la célula resultante de la unión del gameto masculino (espermatozoide) y el gameto femenino (óvulo).

En esta última etapa llamada Singamia, es donde se produce la unión de los dos pronúcleos[8] de los gametos femeninos y masculinos, con toda la carga genética que ellos contienen. Por ello, esta teoría sostiene que la sola unión del óvulo con el espermatozoide no conlleva la formación de un nuevo ser. La unión de los pronúcleos se produce entre las doce y dieciocho horas posteriores a la penetración del espermatozoide al óvulo.

La Teoría de la Anidación establece que hablamos de persona cuando el huevo o cigoto se implanta o anida en el útero, ya que a partir de ese momento comienza la organogénesis, es decir, la formación del individuo. Esta implantación o anidación ocurre a los catorce días de la fecundación.

Los defensores de esta postura entienden que recién con la implantación del huevo en el útero comienza a existir el embrión. Comienza la gestación y se puede comprobar la realidad biológica del embrión[9].

Por su parte, los detractores de esta teoría, sostienen que aceptar que la vida del embrión comienza en el momento de la implantación, es dejar desprotegidos completamente a los organismos unicelulares que se formaron y que cuentan con un genoma[10] diferente e individualizado con respecto a sus padres.

Por último encontramos la Teoría de la formación del sistema nervioso central, conocida también como la Teoría de la aparición del surco neural.

Esta corriente afirma que el comienzo de la vida humana ocurre a partir del decimoquinto día de la evolución embrionaria, cuando aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral. Por lo tanto afirma que no se puede reconocer la calidad de persona a una entidad que carece de rudimentos cerebrales y de la cual no se puede afirmar certeramente que los poseerá (Leret, 2005).

---

8 El pronúcleo es el núcleo de los gametos. Posee la mitad del número de cromosomas de los núcleos de las otras células no reproductivas. Durante la fecundación los pronúcleos de un óvulo y de un espermatozoide se fusionan para crear el núcleo único del cigoto. Recuperado el 20/09/2012 de: http://es.wikipedia.org/wiki/Pron%C3%BAcleo.

9 Se habla de la realidad biológica del embrión, debido a que con la anidación se define tanto la unicidad como la unidad del embrión. Es decir, la calidad de ser único y a su vez uno solo. Esto es, porque hasta el momento de la anidación pueden ocurrir naturalmente dos procesos: la fisión gemelar, que hace que de un embrión se generen dos, y la fusión, que es el proceso inverso, por el cual dos embriones se unen generando un único o nuevo embrión.

10 El Genoma es la totalidad de la información genética que posee un organismo o especie en particular. El Genoma Humano es el genoma del Homo Sapiens, es decir, la secuencia de ADN contenida en 23 pares de cromosomas que se encuentran en el núcleo de cada célula humana.

1.2. La persona según la biología y la filosofía

En el punto anterior desarrollamos lo que las ciencias médicas y biológicas consideran en relación al comienzo de la vida humana. Las distintas teorías explicadas determinan diferentes momentos para establecer el inicio de la existencia de la persona.

Pero como afirman ciertos autores, cuando es necesario precisar si el embrión es una persona, se abandona el campo de la biología para dar lugar a la filosofía, entendiendo que la biología no puede por sí misma resolver el interrogante sobre el estatuto del embrión o determinar a partir de qué momento se puede investir al mismo con el título de persona (Andorno, 2004).

El referido autor entiende que el biólogo podrá describir el proceso vital que comienza con la fecundación del óvulo. Pero será el filósofo quien, a través de los datos aportados por la biología, deduzca las conclusiones relativas al estatus personal. Será él quien nos diga qué es la persona y en todo caso, si esa noción es aplicable al embrión.

Una definición clásica de persona, nos la provee Boecio[11]. "La persona es la sustancia individual de naturaleza razonable".

¿Qué es un individuo?

Explica Andorno (2004), que para la biología, un individuo es un ejemplar viviente que pertenece a una especie dada, un ser organizado que vive una existencia propia y que no puede ser dividido sin ser destruido. Pero también ocurre que si estos ejemplares fuesen capaces de dividirse, resultarían varios individuos de esa especie. Ejemplo de ello lo constituyen los organismos simples como las amebas que se reproducen por división y nadie duda que también sean individuos.

El embrión humano, en las primeras dos semanas posteriores a la fecundación, puede dividirse dando lugar a varios individuos, como en el caso de los gemelos, lo que

11 Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio (Roma,ca. 480 – Pavía, 524/525) fue un filósofo romano. Acumuló tanto poder que despertó los celos del partido filogótico, por lo que fue acusado de conspirar a favor del Imperio bizantino. Fue encarcelado, torturado y decapitado por haber intentado proteger al Senado. Su obra más famosa es, Consolatio philosophiae. Se trata de un diálogo entre el propio Boecio y Filosofía, personaje alegórico femenino que se le aparece a Boecio para aclararle el problema del destino, de por qué los malvados logran recompensa y los justos no. El tema se relaciona directamente con la caída en desgracia del propio Boecio, por lo cual se piensa que esta obra fue compuesta en la cárcel durante el largo año que pasó antes de ser ejecutado.

es posible hasta la aparición de los rudimentos de lo que será su sistema nervioso central, a los catorce días desde la fecundación.

Este fenómeno de división del embrión, es lo que conduce a ciertos autores a sostener que si el embrión puede dividirse, no es un individuo y por lo tanto tampoco una persona.

Lacadena (1999), explica que el proceso de desarrollo de un embrión se divide en una serie de etapas que representan situaciones biológicas diferentes. La de división celular es la más crítica, ya que es en esa instancia donde puede ser cuestionada la individualización del nuevo ser. Es decir, si el mismo presenta o no las propiedades de unicidad, ser único e irrepetible genéticamente, y de unidad, de ser una sola cosa.

Desde la fecundación hasta el día catorce, en el cual se produce la anidación, el cigoto se va dividiendo y puede ocurrir que aparezcan las llamadas “quimeras”.

Las quimeras pueden ser cigóticas o postcigóticas. El mencionado autor describe a la primera como resultante de la doble fecundación, por ejemplo de dos ovocitos con dos espermatozoides, que se fusionan y dan lugar a dos informaciones genéticas diferentes pero que dan lugar a un individuo compuesto por células con distinta información genética, y las segundas se presentan cuando por ejemplo, dos embriones muy tempranos, de cuatro, ocho o dieciséis células, se fusionen generando un solo embrión con diferntes cargas genéticas.

Por ello, desde una perspectiva genética, tanto la unicidad como la unidad no quedarán definidas sino hasta el decimocuarto día a partir de la fecundación, y como explica Lacadena, esto habilita a que ciertas personas se muestren partidarias de manipular embriones, destruirlos o eliminar los que han sido congelados, fundamentando que, en esta etapa el embrión, al no estar individualizado, no tiene el estatuto de persona y como consecuencia, no habría reproches ni éticos ni jurídicos.

Pero como mencionáramos anteriormente, algunos individuos pueden dividirse y dar lugar a otros individuos. Y justamente es ésta noción la que nos permite determinar que el término “individuo” no necesariamente implica indivisibilidad.

Por lo tanto, individuo, desde la perspectiva biológica es una masa viviente cuya forma es hereditariamente obligatoria, una unidad integrada de estructuras y funciones.

Para la Filosofía, el individuo es mucho más que eso. Individuo es lo que existe en sí como ser singular. Lo que Aristóteles llamaba la "substancia concreta". El individuo (este embrión), es lo contrario no del ser indivisible sino del ser universal (los embriones) (Andorno, 2004).

El embrión encuadra dentro de las dos descripciones de individuo, ya sea la biológica o la filosófica. Es un ser organizado, con estructuras y funciones que se coordinan entre sí para lograr un mismo fin. El embrión tiene una existencia propia.

No es una parte o un órgano de su madre, ya que las técnicas de fecundación in vitro, nos han demostrado que la concepción puede tener lugar fuera del seno materno.

La posibilidad de que el embrión humano sea susceptible de reproducirse por división dentro las dos primeras semanas posteriores a la fecundación, no debe conducirnos a negarle la calidad de individuo. Desde los primeros momentos de su desarrollo tiene la potencialidad de convertirse en uno o más personas, pero es sin lugar a dudas, un individuo humano (Andorno, 2004) .

En cuanto a su naturaleza razonable, así como un recién nacido ya es un ser parlante, dotado de un lenguaje oral desde el comienzo, a pesar de que aún no pueda expresarse a través de las palabras, el embrión ya es un ser racional, aunque no esté capacitado aún para formular razonamientos. La razón está en acto, no solamente en potencia (Sambrizzi, 2012).

1.3. Tutela Jurídica

1.3.1. En la Constitución Nacional y el Código Civil Argentino

Para nuestra ley, la persona existe desde la concepción. El art. 63 del Código Civil establece que son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. En la nota a este artículo Vélez Sarsfield señala que "las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen

personas futuras no habría sujeto que representar". De esta manera, pone énfasis en la existencia y la realidad de las personas por nacer.

En el art. 70 establece que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido.

En ambos artículos, se menciona el seno materno como el lugar donde ser produce la concepción y esto se explica por el momento histórico en el que el Código Civil fue redactado, ya que Vélez no imaginaba la posibilidad de la concepción fuera de él.

Autores como Sambrizzi (2012) entienden que si bien el art. 70 del Código Civil habla de la concepción en el seno materno, no debe entenderse que se configure una limitación a este único supuesto específico, debido a que, como anteriormente mencionáramos, la norma fue redactada en una época dónde no se conocía ninguna otra posibilidad de concepción. Resultante de ello, debe entenderse que cualquiera que haya sido el lugar donde se produjo la concepción, el producto de la unión de los gametos femeninos y masculinos, debe ser considerado una persona, por aplicación del principio de analogía.

Nuestra Constitución Nacional, en su art. 16 proclama la igualdad ante la ley, y el art. 51 del Código Civil determina que "son personas de existencia visible todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades y accidentes". Con lo cual, en el caso de personas por nacer, concebidas fuera del seno materno por utilización de técnicas de fertilización artificial, estos preceptos deberían resultar suficientes para la determinación de la personalidad jurídica del embrión.

Es importante remarcar que la Constitución Nacional le otorga a los Tratados Internacionales jerarquía constitucional, por lo tanto, los preceptos que de ellos se desprenden y que también se enrolan en la defensa de la vida desde la concepción, deben ser respetados como la letra misma de nuestra Carta Magna.

1.3.2. En el Proyecto de Reforma del Código Civil

Las modificaciones que propone el Proyecto de Reforma del Código Civil han abierto un debate doctrinario profundo.

En la redacción de su art. 19 establece que "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado."

La segunda frase es una de las incorporaciones que propone la reforma, y que viene a responder a una realidad, cual es, la necesidad de regular el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante, TRHA.

El art. 19 involucra dos cuestiones que están íntimamente vinculadas. En primer lugar, cuándo comienza jurídicamente la existencia de la persona y en segundo, la situación de los embriones no implantados.

Sambrizzi (2012), considera que, de acuerdo a lo establecido por este artículo, los embriones obtenidos por cualquiera de las técnicas de reproducción artificial que no se implanten en el cuerpo de una mujer, no son consideradas personas humanas, sino cosas. Violando claramente la Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional, que establece que deberá entenderse por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años. En ningún momento se hace distinción alguna con respecto al lugar donde fue concebido, si dentro o fuera del seno materno, o si el embrión obtenido a través de TRHA fue o no implantado en la mujer. Por lo tanto, de acuerdo a la Constitución Nacional, en todas las situaciones antes mencionadas, el embrión humano es un niño.

Señala además el mencionado autor, que de aprobarse el artículo tal cual está redactado, resultaría que el embrión obtenido y no implantado sería un niño para la Constitución Nacional pero no sería una persona para el Código Civil, situación completamente incompatible e inconcebible.

Recordemos que el artículo 19 determina que para los concebidos a través de técnicas artificiales, comienza su existencia desde la implantación en el útero materno y deja librada la suerte de los embriones no implantados a una "ley especial".

Creemos que sería conveniente revisar la letra de este artículo y en todo caso modificarlo otorgando el mismo estatus jurídico a los embriones, sean implantados o no, ya que han sido concebidos y por ende, son personas. Por ello, coincidimos con Sambrizzi, en cuanto a la incompatibilidad de lo establecido en la Constitución Nacional que a través de los Tratados Internacionales con jerarquía de primer rango, considera que la existencia comienza a partir de la concepción, sin distinguir si lo es dentro o fuera del útero materno.

Bergel (2012), realiza un análisis respecto al artículo 19, y considera que frente a la realidad de los avances de la ciencia, es necesario tratar en planos jurídicos diferentes a los embriones implantados de los que no lo están.

Este autor sostiene y fundamenta esta postura, explicando que de otorgarles igual tratamiento, se producirían importantes efectos:

- No podría admitirse el empleo de TRHA, debido a que los embriones no implantados serían personas humanas descartadas, y en el mejor de los casos, quedarían crioconservadas a la espera de un destino completamente incierto.
- Tampoco debería admitirse lo que se conoce como diagnóstico preimplantatorio[12] en tanto que ello traería aparejado seleccionar a una persona y descartar a otras.
- Sería imposible destinar los embriones sobrantes para investigaciones médicas, por cuanto ello implicaría manipular personas humanas.

En consecuencia, remarca el autor, si se establece un tratamiento jurídico equitativo para los embriones implantados y los no implantados, deberían prohibirse todas estas prácticas.

12 El Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), consiste en el estudio de ADN que se realiza a los embriones humanos para seleccionar aquellos que tengan determinadas características (como por ejemplo el sexo) y/o eliminar aquellos que sean portadores de algún defecto congénito.

Lafferriére & Franck (2012), entienden que las diferencias entre los embriones son producto de la voluntad de los adultos que decidieron someterse a las TRHA y no de los seres humanos que han sido concebidos mediante las mismas. La personalidad jurídica de los embriones queda en manos de los legisladores que tratan de satisfacer ciertos intereses. No representa ninguna novedad que aún sin ley y desde hace varios años, en Argentina, se proceda a la crioconservación y vitrificación de embriones. Esto trae aparejado que el derecho positivo ya ha desprotegido a los embriones humanos no implantados y por lo tanto el proyecto de reforma simplemente sincera una situación de hecho existente que ha de ser pacíficamente aceptada.

Sambrizzi E. (2012), sostiene que no existen dudas, ni doctrinaria ni legalmente, con respecto al hecho de que los embriones crioconservados que existen actualmente en nuestro país, son efectivamente personas. En el caso de aprobarse el art. 19 tal como está redactado, el autor considera que sería irrazonable que por el hecho de no encontrarse implantados en el útero de la mujer, como indica la norma, los mismos pasaran a ser considerados cosas, a pesar de haber comenzado su existencia como personas.

Marrama (2012), admite que la crioconservación de embriones lleva implícita una condena: “desacelerar bruscamente su desarrollo y permanecer a 196 grados centígrados bajo cero, en un hábitat que violaría la dignidad de esta vida incipiente”.

Lo cierto es que, actualmente el embrión sobrante que se congela, está desprotegido y no goza de ningún estatus jurídico. Hasta que una ley específica no regule esta cuestión y determine exactamente qué es un embrión, habrá quienes lo consideren una persona y otros un simple conjunto de células que pueden manipularse libremente y que quedan a merced de la voluntad de sus padres o de los centros dónde se encuentran almacenados.

1.3.3. En los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

En el orden internacional, encontramos diferentes Convenciones y Declaraciones que amparan al ser humano desde la concepción, defendiendo el derecho

a la vida y a la dignidad. Pero específicamente, los derechos del embrión sobrante congelado, tampoco están regulados de manera expresa.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 1 inc.2, dispone que: "Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano", y en su art. 4 Inc.1. que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que ese derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción".

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece que se entiende por niño a "todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los 18 años de edad", colocando al niño como sujeto de derecho con la consiguiente obligación de brindarle protección y considerarlo no como una parte del padre o de la madre, ni como un objeto, sino como un sujeto en sí mismo, una persona.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su preámbulo alude a "todos los miembros de la familia humana", a "todos los seres humanos" (art. 1), a "toda persona" (art. 2) y a "todo individuo" (art. 3), y afirma que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica", y "Todo individuo tiene derecho a la vida".

En el mismo sentido se pronuncian la Convención Americana de Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida…" (art. 4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana…"; el Pacto de San José de Costa Rica, promulga en el art. 5 Inc. 1 que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral." Siguen esta línea la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, entre otros.

1.3.4. En la legislación comparada

En el capítulo 4 abordaremos en detalle el análisis de la legislación de los países europeos y latinoamericanos. Sin perjuicio de ello, podemos anticipar que en

Latinoamérica no hay leyes especiales que regulen las TRHA, en tanto en Europa encontramos dos posturas opuestas, una regulación de tipo permisiva y otra que, sin bien permite las técnicas, las limita en muchos aspectos.

En España rige la ley 14/2006 de Reproducción Humana Asistida que aprueba la práctica del diagnóstico preimplantatorio[13] como método de selección embrionaria en embriones con altas probabilidades de padecer algún tipo de patología genética o embriones sanos que se seleccionan buscando compatibilidad con un tercero, los llamados "niños medicina"[14]. También se aprueba la utilización de embriones con fines de investigación, y la crioconservación de embriones no se limita en ningún aspecto. Desde la fecundación y hasta los catorce días, para la ley española, no hay embrión y por lo tanto tampoco ser humano (Muttarrasso, 2009).

La ley especial a la cual hace referencia el texto del proyectado art. 19 del Código Civil, deberá afrontar el desafío de sentar una postura cuando tenga que definir lo que es un embrión (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, & Lamm, 2012).

En Alemania, el Parlamento aprobó en 1990 la Ley de Protección de Embriones. La misma determina que el óvulo fecundado es apto para desarrollarse como un ser humano desde la fusión de los pronúcleos, proceso que ocurre entre las doce y dieciocho horas posteriores a la penetración del espermatozoide al óvulo.

Esta ley es una de las más restrictivas en cuanto a la posibilidad de investigación con embriones, reconociendo como único y exclusivo destino de todo óvulo fecundado, su posterior desarrollo gestacional. La normativa se completa con sanciones para quienes fecunden óvulos con un propósito diferente al de producir un embarazo en la mujer que ha aportado el gameto y se establece una pena privativa de la libertad de hasta tres años o una multa quienes transfirieran un óvulo fecundado de una mujer en otra diferente, rechazando de plano la maternidad subrogada[15]. Se limita el número de

13 El Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP), consiste en el estudio de ADN que se realiza a los embriones humanos para seleccionar aquellos que tengan determinadas características (como por ejemplo el sexo) y/o eliminar aquellos que sean portadores de algún defecto congénito.

14 Conocidos también con el nombre de "bebé medicina" o "bebé medicamento". Esta técnica consiste en implantar a la madre, después de una selección genética, embriones compatibles con los de su otro hijo para que el futuro niño pueda aportar células madre con las que intentar curar la enfermedad del hermano mayor.

15 Este procedimiento se da cuando una a una mujer le implantan un embrión que no es suyo y una vez que da a luz, debe entregarlo a la pareja que se lo ha "encargado" previamente. Existen dos tipos de procedimientos: 1) Madres portadoras ("Alquiler de útero"): en el cual una mujer acepta que se le transfiera un embrión ajeno generado in vitro que ha sido concebido con los gametos de la

óvulos fecundados a implantar, reprimiendo penalmente a quien implante más de tres en la misma mujer y dentro del mismo ciclo.

1.4. Antecedentes jurisprudenciales

En Argentina, la jurisprudencia ha venido a solucionar y a dar certeza sobre ciertos aspectos no regulados expresamente.

Mencionaremos cuatro casos:

- Un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal de fecha 3-12-99[16];
- Un fallo de la Corte Suprema de Justicia del año 2002[17];
- Un fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata del año 2008[18];
- Un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal de fecha 13-09-11[19];

El primer caso data de la década del 90, cuando el Abogado especialista en Derecho Médico Ricardo Rabinovich, inicia actuaciones en Buenos Aires para que se diera inmediata intervención al Ministerio Pupilar, para que brindara protección a un conjunto incierto pero determinable de incapaces, cuyas vidas o salud física o psíquica podían resultar comprometidas.

En la denuncia, manifestaba que, según noticias periodísticas en diferentes ámbitos de nuestro medio, se practicaban técnicas de congelamiento de personas, con diversas finalidades y fuera de todo control por parte de aquel Ministerio o de jueces competentes.

pareja que encarga el niño. 2) Madres sustitutas ("Maternidad sustituta"): se insemina a una segunda mujer con el semen del marido de la mujer estéril. La madre subrogada asume plenamente el papel de madre, puesto que el niño es suyo desde el punto de vista biológico y gestacional; ella no se limita a llevarle en su seno y darle a luz, sino que el niño ha sido concebido gracias a su propio aporte genético. Recuperado el 25/10/2012 de: http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada

16 CNCiv., sala I, "R., R. D. s/medidas precautorias", ED, 185-408 (1999).

17 C.S.J.N., "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucre c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación", E.D. 197-13 (2002).

18 CFApel. de Mar del Plata, "L.,H.A. y otra c. I.O.M.A y otra", L.L on line, AR/JUR/20958/2008.

19 CNCiv., sala J, "P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias", L.L, AR/JUR/50081/2011.

El fallo de Primera Instancia dispuso que hasta tanto no se dictase la legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, fuese puesta a consideración del juez en lo civil, para que mediante su intervención, se autorizase el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman. De esta manera, estableció una norma general, en la cual se requería autorización judicial para realizar este tipo de actividades.

Contrariamente la Cámara, consideró necesario tomar medidas a fin de asegurar la tutela jurídica de los embriones y ovocitos pronucleados[20].

Una de las medidas fue que el Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires llevara a cabo un censo de embriones no implantados y de ovocitos pronucleados existentes a la fecha en el ámbito de dicha ciudad.

También se estableció prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos que implicase su destrucción o experimentación; que toda disposición de éstos se concretase con intervención del Juez de la causa y con la participación del Ministerio Publico, y finalmente, que se hiciera saber al Ministerio de Justicia de la Nación, la imperiosa necesidad de una legislación que brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de estas técnicas.

El segundo caso, del año 2002, es uno de los fallos más relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha sentado importantes precedentes en la cuestión.

En el mismo, la Corte resolvió revocar la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social a los Laboratorios GADOR S.A., para que fabrique, distribuya y comercialice la píldora abortiva “Inmediat”, más conocida como “la píldora del día después”.

La jueza de Primera Instancia hizo lugar a la acción de amparo incoada por entender que el fármaco atentaba contra la vida porque posee un mecanismo operativo que después de la concepción impide el implante o elimina al embrión recién

20 Ovocitos pronucleados: a las 16 horas de producida la inseminación de los óvulos en un procedimiento de Fertilización In Vitro, el óvulo presenta los núcleos de ambos gametos, femenino y masculino, enfrentados. Ha habido fertilización pero el material genético de ambos gametos todavía no se ha unido. El ovocito pronucleado también suele ser llamado pre-embrión. Se espera 24 o 48 horas para transferirlo al útero materno. Recuperado el 01/11/2012 de http://www.fiszbajn.com/imayvide/imag_gran/foto18.htm

implantado. El resultado es la muerte de una persona humana, como así también por considerar que las normas jurídicas positivas protegen la vida desde la concepción.

La demandada, Laboratorios Gador S.A, recurre la sentencia y el Tribunal de Alzada resuelve hacer lugar a la misma. El argumento se basó en que no procedía el amparo porque no habría ilegalidad manifiesta en la conducta de la demandada y se trataba de cuestiones "opinables".

Lo cierto es que, se sostuvo que la cuestión a determinar era la siguiente: a) Si la fecundación del espermatozoide y el óvulo constituye per se el acto de la concepción o el comienzo de la vida humana(...) ; o b) Si también se requiere para el inicio de la vida la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno", expresando que sería "procesalmente imposible la ponderación integral, definitiva y total del asunto en el estrecho marco de un proceso sumarísimo, y humanamente desmedida la pretensión intelectual de una resolución con esos alcances" y que estas cuestiones no deben discutirse en los Tribunales, sino en otros ámbitos intelectuales.

Los tres votos sostuvieron que la cuestión era resolver el momento en que comienza a existir el ser humano.

De esta manera, la actora (Portal de Belén), llega a la Corte por medio de un recurso extraordinario, sosteniendo en su argumentación -entre otros fundamentos- que "…el comienzo de la vida tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación..." "...tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo....que el niño deba después desarrollarse en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación..."

Finalmente la Corte declara que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la C.N. y por lo tanto se configura así una situación excepcional que revela la necesidad de ejercer la vía del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en

juego. Aplicando así el principio *pro homine*. Se revoca la sentencia apelada y se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al estado Nacional –Ministerio de salud y Acción Social- que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco abortivo.

El tercer caso, del año 2008, es el de un matrimonio con un hijo único de 4 años que padece de una enfermedad congénita que no tiene cura farmacológica. La única cura sería a través de un trasplante de médula ósea de un hermano histocompatible[21]. Por lo que solicitan el dictado de una medida cautelar que ordene al Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A) de la provincia de Buenos Aires, a dar cobertura total al tratamiento de fertilización in vitro, diagnóstico implantatorio y posterior implante de embriones histocompatibles. Es decir, se busca generar un embrión que sirva para curar la enfermedad del hermano (niños medicina). Esto traería aparejada la situación de que iban a producirse varios embriones y el dilema era qué hacer con los sobrantes. Para ello la Cámara tuvo que tomar una postura con respecto a la determinación del comienzo de la vida, ya que como veremos en detalle en el desarrollo del trabajo, existen distintas teorías al respecto.

Lo cierto es que, la Cámara resolvió reconocer el amparo jurídico a los embriones desde el momento mismo en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, arribando a la conclusión de que con la integración en el óvulo del ADN del espermatozoide se inicia un proceso irreversible de plasmación de un individuo y dispuso que los embriones sobrantes debían ser crioconservados.

El último caso, del año 2011, se origina en una disputa entre dos ex cónyuges que, durante su matrimonio recurren a la fecundación in vitro para tener su primer hijo, y dejan embriones crioconservados para una segunda transferencia.

Luego el matrimonio se divorcia y la mujer solicita al centro de fertilización que se le transfieran los embriones. No contaba con la conformidad del ex esposo, por lo

21 La histocompatibilidad es la relación entre los tejidos de un donador y los del receptor, de tal forma que pueda prender un injerto de órgano del primer individuo al segundo. El éxito depende de los patrimonios genéticos del donador y del receptor: el injerto prenderá si los patrimonios son idénticos (es decir, si comprenden los mismos genes de histocompatibilidad) o algo diferentes. Si estas diferencias son importantes, el injerto será rechazado por el receptor.

que recurre a la justicia y el ex marido se opone a que se lleve a cabo la transferencia, dejando a salvo que los embriones fueran dados en adopción para no destruirlos.

Finalmente se hace lugar al pedido de la mujer, sosteniendo que la eventual adopción de los embriones por terceros no había formado parte de la cuestión sometida a consideración del tribunal, dejando en claro, que el propio demandado había aceptado la naturaleza personal del embrión al proponer que fuera dado en adopción prenatal. Este caso lo analizaremos en profundidad en el Capítulo 3.

CAPITULO 2

FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

2.1 Fertilización in vitro.

Las técnicas de fecundación artificial han abierto una línea de debates -entre otros- jurídicos, éticos y morales, y varios sectores se oponen a su práctica porque sostienen que se trata de una catástrofe pre natal, una especie de homicidio consentido, tolerado y hasta organizado por el legislador civil (Faggioni, 2012).

La fecundación *in vitro* particularmente, ha presentado serios problemas al Derecho. Éstos se relacionan, por un lado, con el legítimo deseo de las parejas de tener un hijo, y por el otro, el respeto a la vida embrionaria y a la identidad genética del niño por nacer (Andorno, 1994).

2.1.1 Antecedentes

Hablar de fecundación artificial, implica referirnos a una amplia gama de técnicas y procedimientos, que tienen por objetivo aumentar las posibilidades de lograr la concepción prescindiendo del acto sexual.

Existen varias técnicas de fecundación artificial. Desde el punto de vista técnico, se pueden diferenciar dos grupos:

1. Las técnicas de fecundación "in vivo" o intracorpóreas, en las cuales la fecundación se produce en el cuerpo de la mujer a través de la inseminación del semen;
2. Las técnicas de fecundación "in vitro"[22] o extracorpóreas, en las cuales el óvulo se extrae y se lo fertiliza por el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer.

En el año 1920 se comienzan a realizar estudios sobre el esperma y en 1940 se instalan en Estados Unidos los primeros bancos de semen. Fue durante la época de la guerra de Corea cuando se afianza esta práctica.

22 El término in vitro es un término latín que significa en cristal. Los primeros experimentos biológicos en los que se realizaban cultivos de tejido fuera de los organismos vivos de los que procedían, se realizaban en unos recipientes de cristal, llamados tubos de ensayo o probetas. Actualmente, se utiliza el término in vitro para referirse a cualquier procedimiento biológico que se realice fuera del organismo en el que tendría lugar normalmente, para diferenciarlo de los procedimientos in vivo, que se llevan a cabo dentro del organismo. A los bebés concebidos a través de Fertilizaciones in vitro, se los denomina bebés probeta, refiriéndose a los contenedores denominados probetas, que se utilizan frecuentemente en los laboratorios. En la actualidad la fecundación in vitro se produce en las Placas de Petri, unas placas planas de plástico, sin embargo el nombre de Fertilización "in vitro" sigue conservándose.

Muchas de las esposas de los combatientes iban a ser inseminadas con el semen de sus maridos, lo que constituyó un fenómeno social, dejando de ser solo prácticas de laboratorio para convertirse en una realidad que se proyectaba hacia la sociedad toda (Vargas, 1993).

La inseminación artificial era hasta ese entonces, la única técnica conocida para poder ayudar a las parejas a tener sus hijos cuando el marido era estéril.

A fines de los años 70 aparece un nuevo método que permitía solucionar los problemas de esterilidad de la mujer[23]: la fecundación in vitro.

En el año 1978 se produce el primer nacimiento producto de una fertilización in vitro. La bebé llamada Louise Brown.

Posteriormente se incorporan nuevas variantes para solucionar la esterilidad: dadores de semen (para el hombre no puede producirlo o si el mismo resulta defectuoso), donantes de óvulos (para la mujer no puede producirlos), madres sustitutas (para el caso de que la mujer carezca de útero o tenga contraindicaciones graves para llevar a cabo el embarazo).

Otro de los avances de la ciencia fue el desarrollo de las técnicas de congelación. Los primeros experimentos se llevaron a cabo por el año 1980 y permitían conservar los embriones por varios meses y hasta años, lo cual permitía que algunos de los embriones conseguidos a través de la fecundación in vitro pudieran congelarse para posteriores transferencias

El autor citado anteriormente considera que, con la crioconservación se abre un abanico de posibilidades, tales como la donación de embriones para otras mujeres estériles y la conservación de embriones y semen permite que un hombre pueda procrear un hijo después de muerto, dando lugar a lo que se conoce como fecundación post mortem. Pero también la fecundación in vitro conlleva el problema de la manipulación de embriones.

23 Cuando la mujer, sufría de alguna lesión irreparable en las trompas de Falopio que imposibilitaba el transporte de los gametos, y por consiguiente, la fecundación.

2.1.2. Concepto

La fecundación in vitro (FIV), es una técnica mediante la cual el proceso de fecundación del óvulo por el espermatozoide se produce fuera del cuerpo de la madre. Es el principal procedimiento que se utiliza cuando hay problemas de esterilidad, ya sea femenina o masculina, o bien porque se hayan producido fallos repetidos en la fecundación sin conocer exactamente cuál es la causa.

2.1.3 Descripción de la técnica

La técnica de fecundación extracorpórea más utilizada es la fecundación in vitro con transferencia embrionaria (en adelante, FIVET), (Bernad Mainar, 2000).

El procedimiento consta de varias etapas, a saber: a) Estimulación ovárica; b) Extracción de los ovocitos; c) Fecundación; d) Cultivo de embriones; e) Selección; f) Transferencia de embriones.

A continuación describiremos brevemente cada una de las etapas.

a) Estimulación ovárica: en cada ciclo ovárico espontáneo de la mujer se produce ordinariamente un solo óvulo, lo cual es insuficiente para asegurar un rendimiento aceptable del procedimiento, por lo que se recurre a realizar una híper-estimulación hormonal al ovario de la mujer para lograr que maduren varios óvulos a la vez y poder extraer la mayor cantidad de ellos. Esto se logra con la administración de medicamentos específicos. Durante esta etapa la paciente es controlada a través de ecografías y análisis de sangre y orina para determinar el grado de preparación de los ovarios.

b) Extracción de los ovocitos: cuando la ovulación es inminente, la paciente es llevada al quirófano para poder realizar la punción de los folículos del ovario y obtener así los óvulos. Los mismos son clasificados según el grado de madurez que presenten.

c) Fecundación: los óvulos recogidos deben ser inmediatamente fecundados, pues son células de corta supervivencia. No se pueden conservar vivos por mucho tiempo ni resisten bien el proceso de crioconservación. Entre las 17 y 18 horas se podrá determinar si los óvulos han sido normalmente fecundados.

d) Cultivo de embriones: Una vez que el óvulo fue fecundado, el mismo se cultiva para que comience a producirse la división celular y la consiguiente conformación del embrión. Esta etapa tiene una duración de entre 2 y 5 días y debe ser llevada a cabo en condiciones óptimas porque de ello dependerá su calidad y su tasa de implantación.

e) Selección: en el año 2007, la Asociación para el Estudio de la Biología Reproductiva, realizó una clasificación con la que se pudiera evaluar a los embriones antes de ser transferidos. La misma se basó en los resultados obtenidos de estudios llevados a cabo en centros de reproducción nacionales y en la literatura científica publicada (ASEBIR, 2007).

El mencionado estudio determinó que existen 4 categorías de embriones a los fines de su selección antes de transferirlos al útero.

Los de categoría "A" que son los óptimos, los que tienen un desarrollo correcto y ninguna característica que indique un mal pronóstico. Estos embriones son siempre transferidos o crioconservados. En mujeres de menos de 35 años y ningún tipo de patología adversa o en receptoras de ovocitos, los embriones tipo A pueden tener entre un 40% de posibilidades de implantarse.

La categoría B la conforman los embriones clasificados como buenos. Tienen buena calidad y elevada capacidad de implantación, entre un 20% y 40% de probabilidades.

A los embriones de categoría C, se los denomina Sub-óptimos. Son los que presentan una serie de características que los hacen menos viables pero no son completamente descartables y serán transferidos si no se dispone de otro embrión de mejor morfología. La posibilidad de implantarse es de aproximadamente entre el 1-20%.

Finalmente, la categoría D, conformada por aquellos embriones no viables. Tienen una capacidad de implantación inferior al 1% y no son transferidos prácticamente nunca (Urries, 2010).

f) Transferencia de embriones: una vez seleccionados los embriones a transferir, y ello depende entre otros factores, de la edad de la mujer, de las consideraciones diagnósticas y de las limitaciones legales[24], los embriones que se consideren mejores se transfieren al útero de la mujer a través de un procedimiento con una cánula muy fina que se introduce a través de la vagina y el cérvix o cuello uterino, controlando este proceso a través de una visualización por ultrasonido. Dos semanas después, se podrá saber si efectivamente hay o no embarazo.

2.1.4 Problemática de las TRHA

La FIVET, como una de las técnicas de fecundación, trae consigo problemas relevantes. Algunos de los más importantes son los embarazos múltiples y la selección embrionaria, los daños ocasionados a la mujer y la crioconservación de embriones.

2.1.4.1 Embarazo múltiple y selección embrionaria

El embarazo múltiple puede tener lugar como consecuencia de la maduración excesiva de un número de óvulos si hablamos de una fecundación intracorpórea, o bien, porque se transfiera un número elevado de embriones en las técnicas de fecundación extracorpóreas como lo es la FIVET.

Sin lugar a dudas, un parto múltiple trae aparejados muchos riesgos y es un inconveniente para el médico ya que debe valorar la vida tanto de la madre como de sus hijos.

La selección embrionaria viene a representar la contracara del embarazo múltiple y se presenta como una solución que la ciencia ha encontrado para evitarlo.

Se seleccionan para transferir sólo los embriones más aptos, los de mayor calidad, los que garanticen en mayor porcentaje el éxito de la implantación.

Necesariamente surge la pregunta: ¿Qué se hace con el resto de los embriones?, tema del que nos ocuparemos en el capítulo 3, pero podemos adelantar que es preciso tener en cuenta que el óvulo fecundado no está destinado a ser una cosa, y debe ser

24 En Alemania, por ejemplo, la ley prohíbe transferir más de 3 embriones por ciclo.

reconocido como persona que tiene derechos que derivan del orden natural, entre ellos, el derecho a vivir, a nacer, a no ser objeto de manipulaciones, experimentos, congelaciones ni destrucciones. Con lo cual, se implante o no el embrión, es un nuevo individuo (Munilla Lacasa, 2012).

La selección de embriones puede tener varios fines: reproductivos, para el beneficio terapéutico de un tercero, con fines terapéuticos, eugenésicos o para determinar el sexo (Bellver Capella, 2002).

- La selección embrionaria con fines reproductivos: el mencionado autor sostiene que está comprobado que la calidad de los embriones transferidos es uno de los elementos decisivos para que la reproducción asistida sea efectiva. El autor indica que está demostrado que las transferencias de varios embriones a la vez incrementan el número de las gestaciones múltiples, y con ello, los riesgos para la vida y salud de los nuevos seres humanos a corto y largo plazo, y también para la gestante.

Existen legislaciones que regulan restrictivamente la cantidad de embriones a fecundar y también a transferir. En Alemania, directamente está prohibida la selección embrionaria. La ley impide que se fecunden más embriones de los que se vayan a implantar y también restringe la cantidad de los mismos a transferir estableciendo que no podrán ser más de 3 por ciclo.

- La selección embrionaria por razones terapéuticas: este tipo de selección de embriones consiste en someter a los mismos a un diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)[25] y posteriormente, descartar a aquellos que poseen alguna enfermedad genética. Este tipo de selección está prohibido en algunas legislaciones, como la alemana, mientras que en España está permitido. Algunos autores entienden que la ley debería prohibir la transferencia de estos embriones en tanto es responsabilidad de las autoridades sanitarias garantizar que la descendencia que se genere mediante estas técnicas sea sana. Por su parte, Bellver Capella (2002), opina que la prohibición de no transferir los embriones es una intromisión inaceptable tanto en la conciencia como en la libertad de la pareja, la cual, debidamente informada, debe tomar finalmente la decisión.

25 Procedimiento explicado en página 25.

- La selección embrionaria por el beneficio terapéutico de un hermano: se producen embriones in vitro para conseguir compatibilidad genética entre el niño enfermo y su hermano por nacer, que será donante de material hematopoyético[26] para lograr la cura de la enfermedad. Son llamados también niños medicina o niños de diseño.

El primer caso fue el nacimiento en el año 2000 de Adam Nash que fue producido in vitro para curar a su hermana Molly de 6 años quien padecía de una enfermedad denominada Anemia de Fanconi. Los padres de Molly buscaban concebir un embrión que fuese genéticamente compatible con su hija para posteriormente hacer un trasplante de médula ósea, ya que era la única posibilidad de que Molly pudiera seguir viviendo.

El 29 de agosto de 2000 nace Adam y la sangre de su cordón umbilical fue trasplantada a su hermana en la primera semana de octubre en un Hospital de Minnesota (Aznar, 2007).

- La selección embrionaria eugenésica: en febrero del año 2002, el mismo equipo médico que había logrado el nacimiento de Adam Nash para curar a su hermana Molly, lleva a cabo un procedimiento de selección embrionaria, pero con una finalidad diferente. Esta vez, una mujer portaba un gen que producía tempranamente la enfermedad de Alzheimer. Se somete a una FIV con el objetivo de seleccionar, a través de un diagnóstico preimplantatorio previo, los embriones que no fueran portadores de dicho gen. Como consecuencia nace una niña que no tenía el gen que producía la enfermedad de Alzheimer.

La Comisión Nacional de Reproducción Asistida de España, aconsejó que se fecunden y seleccionen embriones que, al ser compatibles con un hermano ya nacido, puedan servir de donantes.

En principio parecería que no hay nada objetable en cuánto a que un hermano done a otro. Las objeciones, como bien explica Serrano Ruiz-Calderón (2004), surgen cuando nos encontramos frente al hecho de que se produzca un ser humano en función

26 Es el proceso de formación, desarrollo y maduración de los elementos formes de la sangre (eritrocitos, leucocitos y plaquetas)

de otro, y además que se lleve a cabo mediante una selección que inexorablemente provoca la destrucción de un número elevado de embriones.

- La selección embrionaria para determinar el sexo: hasta el momento, todas las legislaciones existentes sobre regulación de TRHA prohíben seleccionar embriones con el único objetivo de elegir el sexo. En España, la ley lo permite, pero únicamente cuando la finalidad es terapéutica, es decir, para evitar que los padres transmitan una enfermedad letal o grave al feto como por ejemplo la hemofilia[27] o la distrofia muscular de Duchenne[28].

Es importante remarcar que el objetivo principal de las TRHA era superar la infertilidad. Pero debido al gran vacío legal en muchos estados, o debido a las legislaciones permisivas en esta materia, se pasó de ese objetivo a la selección de los embriones más aptos para que la implantación fuese exitosa o más conveniente para el fin que se tuviera en miras.

Sin lugar a dudas, como sostiene Lafferriere (2011), estas prácticas merecen serios reproches de carácter ético y jurídico, en tanto que se produce una arbitraria discriminación hacia los embriones considerados menos aptos, los que son eliminados. Esto representa una grave manipulación de la vida humana que se convierte en una cosa sometida a un control de calidad que lesiona la igualdad y la dignidad de cada vida humana en la etapa embrionaria.

27 La hemofilia es un trastorno hereditario de la sangre. La misma no se puede coagular normalmente en el lugar donde hay una herida o lesión. La hemofilia está causada por un gen anormal en el cromosoma X. Si una mujer es portadora del gen anormal en uno de sus cromosomas (las mujeres tienen un par de cromosomas X), ella no tendrá hemofilia, pero será portadora del trastorno. Eso quiere decir que puede pasar el gen de la hemofilia a sus hijos. Hay un 50% de probabilidades de que cualquiera de sus hijos pueda heredar dicho gen y nacerá con hemofilia. También hay un 50% de probabilidades de que cualquiera de sus hijas sea portadora del gen, sin que tengan hemofilia ellas. Recuerado el 15/06/2013 de http://my.clevelandclinic.org/es_/disorders/hemophilia/hic_what_is_hemophilia.aspx.

28 La distrofia muscular de Duchenne es causada por un gen defectuoso para la distrofina (una proteína en los músculos). Sin embargo, generalmente se presenta en personas con familias sin antecedentes conocidos de esta afección. Debido a la forma como se hereda la enfermedad, los hombres resultan afectados y no las mujeres. Los hijos de mujeres portadoras de la enfermedad (mujeres con un cromosoma defectuoso pero asintomáticas) tienen cada uno un 50% de probabilidades de tener la enfermedad y las hijas tienen cada una un 50% de probabilidades de ser portadoras. Recuperado el 15/06/2013 de http://www.adm.org.ar/enfermedades/distrofia-muscular-de-duchenne/.

2.1.4.2 Daños ocasionados a la mujer.

Otros de los inconvenientes que acarrean las TRHA están relacionados con los daños que se ocasionan a la salud física, psíquica y emocional a la mujer.

La Dra. Montanari (2012), médica genetista, explica que la decisión de la mujer de someterse a estos largos, costosos y traumáticos procedimientos, debe ser tomada después que el médico haya planteado estas cuestiones y sin olvidar que la mujer-paciente, es un individuo que goza a derechos y está sujeto a deberes relacionados con la propia vida y la salud, y también las del hijo que se pretende concebir. El equipo médico no puede ni debe desentenderse de esta situación ya que su principal misión bajo juramento es velar por la salud y la integridad de los pacientes: madre y feto.

La autora mencionada sostiene que existen diversos momentos en la aplicación de las TRHA que generan riesgos para la salud de la mujer.

En primer lugar, los derivados de la administración de medicamentos que estimulan los ovarios para la producción de una alta cantidad de ovocitos. Se utilizan drogas altamente invasivas, pudiendo ocasionar abortos espontáneos, poliquistosis ovárica y embarazos ectópicos entre muchos otros.

Superada la primera etapa, en el momento de la extracción de los ovocitos, también se presentan riesgos de daños en los ovarios. Se emplean técnicas que requieren de la introducción de una gran aguja en cada uno de los folículos donde se encuentran los ovocitos. Hay dos modalidades. En una se requiere anestesia general y se realiza una cirugía laparoscópica para extraer los óvulos. En la segunda modalidad no hace falta anestesia total y consiste en introducir la aguja a través de la pared abdominal hasta el folículo y esta operación es guiada mediante un ecógrafo que es introducido por la vagina o por vía uretral. La punción, por más que sea guiada, presenta riesgos de lesiones en la vejiga y en la uretra seguidas de hemorragias.

Una vez transferidos los embriones al útero la mujer deberá someterse a diversos análisis y controles para comprobar que los embriones siguen vivos. Si se consigue la implantación de los mismos, los riesgos se presentan en forma de abortos, embarazos ectópicos y embarazos múltiples.

En este último caso, es cuando el equipo médico suele sugerir la reducción embrionaria, y si la paciente no accede seguirá su curso un embarazo con altas probabilidades de riesgo tanto para la madre como para los embriones.

Finalmente, si el embarazo llega a término, el nacimiento tendrá lugar por cesárea y seguramente antes de que se completen las 40 semanas, lo que implica que será un bebé prematuro con los riesgos que esto supone.

Además, existen intervenciones no consentidas por las mujeres sobre sus cuerpos. Esto ocurre cuando se obtiene un número elevado de ovocitos, o la transferencia de un número mayor al acordado con el equipo médico, con la finalidad de que tenga mayor éxito la intervención.

Las mujeres, además de aceptar y dar consentimiento a una consecuencia incierta respecto del resultado de la TRHA, deben asumir los riesgos de lesiones corporales, que no han sido informados por los médicos pero que son implícitos a estos tratamientos, y es llamativo que no se contemple ni se informe de manera expresa y por escrito los riesgos de lesiones en el cuerpo de las mujeres que deciden someterse a una FIVET.

Esto sin lugar a dudas, nos lleva a situarnos en el ámbito de los deberes profesionales del médico y en especial el deber de información.

El médico tiene la obligación de advertir al paciente todos los riesgos que deriven de la aplicación de ciertos tratamientos o estudios, para que el mismo pueda evaluar y decidir si se someterá o no al tratamiento propuesto. El consentimiento informado, es justamente, la autorización que brindará el paciente una vez que ha obtenido toda la información necesaria y completa para la toma de la decisión. En el caso de que se omitiera brindar dicha información, se estaría violando la libertad del paciente y esto sería suficiente para configurar responsabilidad del médico que ha omitido la información (Bustamante Alsina, 1983).

Pizzarro & Vallespinos (1999), remarcan la importancia de esta cuestión, ya que en principio, el consentimiento del damnificado exluye la antijuridicidad de la conducta dañosa, pero para que opere esta eximente, es indispensable que el consentimiento del

paciente sea inequívoco, y esto implica que el mismo debe haber recibido toda la información necesaria sin ningun tipo de omisiones por parte del profesional médico.

2.1.4.3. Crioconservación y daños producidos a los embriones

Alterum non laedere, principio general del derecho que implica no dañar al otro.

Decíamos en el apartado anterior, que la mujer al dar su consentimiento para someterse a estas prácticas, exime de responsabilidad civil a los médicos en cuanto a los daños que se produzcan en su cuerpo derivados del procedimiento de las mismas. Recordemos que el consentimiento es una de las causas de justificación que enervan la antijuridicidad del hecho y que funciona como un eximente de responsabilidad por el daño ocasionado.

Ghersi (1997), opina que debe excluirse la doctrina de la aceptación de riesgos en los tratamientos de reproducción asistida.

Tener el conocimiento de que puede producirse un daño no significa su aceptación ni la pérdida del derecho a reclamar futuros perjuicios. Cuando el damnificado hubiese incluso aceptado determinado riesgo, deberá analizarse la relación de causalidad y verificar que no se haya producido el hecho o culpa de la víctima que permita eximir de responsabilidad a los médicos. Únicamente en este supuesto es que no correspondería una reparación integral. La exclusión de la teoría del riesgo en los daños ocasionados por TRHA es el lineamiento del moderno derecho de daños.

¿Pero qué ocurre con los daños causados a los embriones?

Centrándonos en la postura que determina que existe el comienzo de la vida desde el momento en que se produce la fecundación al óvulo, el embrión así formado, constituye una persona humana, que por tal tiene dignidad y debe ser respetado en su integridad. Goza de derechos y los mismos deben ser amparados. El embrión tiene derecho a ser transferido inmediatamente al útero materno, como así también a no ser discriminado por cuestiones de enfermedad o defectos físicos, a no ser objeto de experimentos, a no ser congelado y finalmente, derecho a nacer.

En cuanto a la eliminación de embriones no implantados, llamados vulgarmente embriones sobrantes, puede ocurrir que una vez producido el embarazo, el equipo médico decida eliminarlos. Como bien dice Sambrizzi(2010), además de la eventual responsabilidad penal que les pudiera ser atribuida a los profesionales del equipo médico, corresponderá una responsabilidad civil respecto a los padres, si la eliminación de esos embriones se hubiese realizado sin conocimiento ni autorización de éstos.

Los embriones no solo pueden ser eliminados antes de ser implantados. Si ya se ha producido un embarazo múltiple, algunos médicos suelen sugerir (para evitar que siga su desarrollo con las consecuencias ya mencionadas) lo que se denomina reducción embrionaria, que consiste en la instilación[29] intracardíaca de cloruro de potasio en el embrión por medio de una aguja que se introduce vía vaginal o abdominal guiada por ecografía, entre la semana 9ª y 12ª de gestación. Se produce la muerte inmediata por envenenamiento.

Afirma el autor mencionado que esto constituye un acto completamente inmoral, ya que se está eliminando voluntariamente vida humana.

Por último, otra de las problemáticas de las TRHA es la crioconservación de embriones, tema que desarrollaremos en profundidad en el próximo capítulo.

Vargas (1993), sostiene que a pesar de toda la problemática que presenta las TRHA, ya no es posible pensar en prohibirlas, ya que el número de niños nacidos a través de estas técnicas es elevado. Una pareja que ve frustrada durante muchos años la posibilidad de tener hijos, encuentran una solución sin entrar a plantearse todos los problemas jurídicos que acarrean las técnicas ni tampoco los problemas éticos que entraña el empleo de técnicas como la FIVET.

Finalmente, la Dra. Silvia Marrama afirma que “la posibilidad de producir un hijo mediante la técnica de FIVET implica la concepción de que la vida no es un don que se recibe sino algo que se fabrica cuando y como se desea” (Marrama, 2012, pág. 40).

29 Acción de añadir un medicamento líquido gota a gota sobre una superficie mucosa.

2.2 Tener un hijo: ¿un don o un derecho?

Para cerrar este capítulo, creemos importante y necesario hacer un repaso por las opiniones que se enrolan en diferentes posturas respecto a si las personas tienen derecho a tener hijos o si estamos hablando de un don.

En cuanto a esos embriones congelados que nunca tendrán un futuro, sería también equitativo poder plantear el interrogante: ¿Tienen los embriones derecho a tener padres y a crecer en un seno familiar?

En principio, las TRHA nacen para remediar la situación de los matrimonios estériles, pero con el correr de los años, se han convertido en un instrumento para satisfacer el "derecho a un hijo" y de esa manera colmar el deseo de autorrealización de una pareja, pero también de una mujer sola.

Es importante preguntarse si los avances y las posibilidades científicas que en la actualidad están al servicio de la reproducción sirven también al interés del futuro hijo.

Vega-Gutierrez (1995), se pregunta si el derecho a tener un hijo debe interpretarse como un derecho que debe ser cumplido a toda costa, o si bien es necesario equilibrarlo con otros que también son dignos de tutela jurídica. El mencionado autor entiende que el embrión tiene derecho también a una gestación, a un nacimiento a un patrimonio genético y a una familia normalmente constituida, entendiéndola como aquella formada por un padre y una madre, que le brinden un marco íntegro para el buen desarrollo de su personalidad.

Entendemos que la familia es una institución social. Y desde el punto de vista jurídico, la ley se encarga de regular el matrimonio y la filiación, ya sea biológica o adoptiva, por lo tanto adquirir la calidad de miembro de una familia depende de la ley y no de la voluntad de las personas. En nuestro país, se acepta el matrimonio igualitario, y por lo tanto, serán una familia "normalmente" constituida incluso la formada por dos personas del mismo sexo que se unan en matrimonio y tengan hijos adoptivos.

Losada (2010), considera que pensar que un hijo es un derecho propio implica necesariamente su cosificación. Todos venimos al mundo de manera tal que nos coloca en plano de igualdad con nuestros padres quienes no pueden hacer nada para elegir

cómo seremos, ni tampoco llamarnos a la vida en el momento que ellos deseen. Por lo tanto, no son los padres los que tienen derecho a tener hijos sino que son los hijos quienes tienen derecho a tener padres.

Por ello el legislador, al momento de regular lo referente a las TRHA, debe ser muy cauteloso ya que puede estar contribuyendo a consolidar leyes que dificulten la función principal del derecho como instrumento que debe estar al servicio del bien común.

La procreación asistida advierte problemas de valores. El pluralismo ideológico no debe ser fundamento para crear leyes vacías o libres de valores, ya que se perdería el punto de referencia ético de la procreación o del matrimonio y del interés familiar, ampliando los derechos subjetivos sobre la reproducción sin límite alguno. Se pone en juego el valor de la vida humana y la dignidad del hombre sin valorar suficientemente las consecuencias (Vega-Gutierrez, 1995).

El objeto principal de este trabajo es la determinación del estatus jurídico de los embriones sobrantes que son congelados. La mayoría de ellos morirán sin haber llegado a nacer.

Alguna de las soluciones que se proponen, es la adopción de los mismos por mujeres que estén dispuestas a ello. Sin analizar que el número de embriones congelados supera ampliamente la cantidad de mujeres que estarían dispuestas a recibirlos en su útero, debería prohibirse que sigan generándose nuevos embriones en todo el mundo, porque de lo contrario el problema nunca tendría fin.

Opina Losada (2010) que la única persona que tiene derecho a rescatar a esos embriones congelados, es la propia madre biológica. Si es un tercero quien lo hace, por más buena voluntad e intención que exista, el niño se verá violado en sus derechos por segunda vez, a través de la transferencia heteróloga de embriones, análoga a la FIV heteróloga y la maternidad subrogada .

Creemos que en caso que esos embriones congelados no fuesen reclamados por sus padres biológicos, antes que se destruyan o se destinen para investigación, un mal menor lo representaría la adopción prenatal teniendo en cuenta que los embriones

congelados son personas. Es un tema complejo y que excede el marco de este trabajo, pero si bien es cierto que todo ser humano tiene derecho a nacer, la propuesta de la adopción pre-natal, como indica Losada (2010), no puede representar más que una obligación moral. Dice el autor que la única que tiene derecho a rescatar a esos embriones congelados de un destino incierto, es la madre biológica. Y sostiene también que en cualquier otro caso, que un extraño genético lo haga, por más buenas intenciones que tenga, el niño se verá sometido por segunda vez a una violación de sus derechos a través de la transferencia heteróloga de embriones.

Quienes practican la FIVET , evidentemente tiene un buen motivo: proporcionar un hijo a un matrimonio que no tiene la posibilidad de obtenerlo en forma natural, pero la bondad del motivo tampoco justifica moralmente todas las consecuencias que conlleva. Tanto los profesionales médicos como la pareja que se somete a la FIVET conocen o en cierta forma son conscientes que habrá una pérdida inevitable de seres humanos en estado embrionario, y esto implica de alguna manera, una posición tomada, respecto a considerar al embrión no implantado como una persona. Por ello, deberían ser responsables, al menos moralmente, de esas muertes. Pero ocurre muchas veces, que la pareja no es informada correctamente, o recibe a medias la información referente a la pérdida de los embriones, y por esta misma razón, no puede ser juzgada con la misma manera que el equipo médico (Pardo, 1996).

CAPITULO 3

CRIOCONSERVACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS

4.1 Diferentes posturas

La crioconservación o congelamiento de embriones ha generado un problema ético muy profundo. La pregunta de fondo es cuál es el estatuto jurídico y moral del embrión.

Como manifiesta Theas (2011), el mismo puede ser considerado de tres maneras distintas: 1) el embrión humano es persona potencial y por lo tanto tiene derecho a gozar del respeto por su vida en cualquier etapa del ciclo vital; 2) el embrión no es una persona en potencia sino un grupo de células que aún no están definidas como un nuevo individuo; 3) el embrión humano antes de que sea implantado (14 días) es un organismo en una fase inicial de desarrollo, con una naturaleza incompleta y por lo tanto no debe ser tratado como una persona ya constituida.

De estas tres formas de considerar al embrión humano se derivará la aceptación o rechazo a la crioconservación de los mismos.

El procedimiento de crioconservación consiste en colocar a los embriones en nitrógeno líquido a una temperatura mayor a los 190° bajo cero y de esta manera frenar su desarrollo. Pero el problema que surge una vez congelados, es que debe decidirse en un tiempo razonable qué se hará con ellos, ya que un excesivo tiempo de congelación puede traer como consecuencia su muerte o, en caso de que sobrevivan devengan en inviables.

Existen diferentes posturas con respecto a la aplicación de estas técnicas. Las abordaremos para conocer cuáles son los argumentos que cada una plantea con respecto a la crioconservación de los embriones humanos.

4.1.1Postura Clásica, Ético-Moral

La postura clásica, ético-moral, sienta sus fundamentos sobre la base de la dignidad del embrión.

Los defensores de esta tesis aseguran que el embrión humano es una persona digna de ser tutelada desde el mismo momento de la concepción. Debe ser respetada como tal y tratada como un ser humano pleno.

Ciencias como la embriología y la genética moderna muestran que el desarrollo de la vida humana es un proceso. El mismo comienza con la unión del óvulo y el espermatozoide y termina con la fusión de los núcleos de cada una de las células sexuales que aportan cada una 23 cromosomas.

A partir de este momento, se da origen a una célula diferente, portadora de 46 cromosomas, 23 de la madre y 23 del padre, que recibe el nombre de huevo o cigoto.

Este cigoto, posee toda la información genética necesaria para conformar el nuevo ser, por ello, el desarrollo continuo e ininterrumpido de ese producto de la concepción hasta convertirse en un recién nacido, luego en niño, adolescente y adulto, nos indica que la vida humana está en constante evolución (Parra Tapia, 2006).

Es por eso, que quienes defienden esta tesis, procuran la tutela del embrión desde el mismo momento en que el espermatozoide penetra el óvulo.

Según Parra Tapia (2006), el Derecho hoy se encuentra en una situación imposible de ignorar, y que abarca los procedimientos médicos que tienen por finalidad fabricar vida humana fuera del seno materno, y también aquellos que permiten la manipulación de los embriones antes de la implantación en el útero. Por ello, la autora piensa que la protección debe ser integral y comenzar desde la unión de los gametos masculinos y femeninos, abarcando el período que muchos denominan de pre-embrión como así también condenar toda práctica que prolongue la estadía del embrión fuera del útero materno, para de esa manera darle la protección necesaria a todo ser humano.

La mayoría de la doctrina se enrola en esta línea de pensamiento. Por lo tanto, la crioconservación es considerada una técnica que no respeta la vida del embrión humano, ni su dignidad ni sus derechos. No solo porque se lo somete a temperaturas extremadamente bajas sino que también se detienen sus funciones vitales y se posterga su desarrollo, sin saber, si en algún momento futuro ese embrión podrá concluir su ciclo y su anidación en el útero de la madre.

Zurraráin (2007), propone la necesidad de determinar el significado de dignidad. Si el ser humano es digno desde el comienzo de su existencia y si la congelación de un embrión humano, es una acción apropiada a esa dignidad.

Para el pensamiento clásico, la dignidad de la persona humana se basa en la individualidad original y única. Es decir, la dignidad no se adquiere a través de alguna actividad, sino que es intrínseca al hombre por el hecho de serlo.

La dignidad de la persona se manifiesta desde su concepción hasta su muerte, de lo contrario, como dice el autor mencionado, "la noción de derechos humanos quedaría suprimida de raíz, puesto que si hay derechos humanos, el primero de ellos radicará en que nadie tenga la potestad para decidir si otro posee la categoría de persona, sino que su pertenencia a la especie humana sea suficiente para que sea considerada sujeto de derechos" (Zurraráin, 2007, pág. 32).

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se puede concluir que la congelación de embriones humanos, vista desde la postura clásica ético-moral, no es éticamente equitativa. A estos embriones, que no son transferidos al seno materno, se les interrumpe bruscamente su desarrollo y se los condena a permanecer a 196° centígrados bajo cero, en un hábitat no acorde a la dignidad que corresponde a un ser humano, incipiente, pero humano al fin.

La congelación de embriones resulta éticamente contraria al respeto por la dignidad humana, porque implica detener el desarrollo natural del embrión. El embrión congelado es un ser humano, titular de su vida biológica y también de las expectativas de desarrollo.

La crioconservación de embriones no busca un beneficio para los embriones mismos. El beneficio es para terceros. Terceros que manifiestan a través de su voluntad el deseo de ser padres. Pero el fin no debe justificar los medios. No corresponde decidir sobre la vida humana de los más débiles, porque estaríamos poniendo al embrión humano en la categoría de una cosa con fecha de caducidad.

En esta línea, Faggioni (2012), sostiene que la destrucción de criaturas inocentes, no puede de ninguna manera ser el precio a pagar para hacer nacer a otros. Que no se le atribuye al embrión precoz ningún valor, o se le da un valor inferior al de un feto que llega a término, y esto constituye una idea inaceptable de gradualidad en el valor de las vidas humanas.

4.1.2 Postura Bioética

El término bioética proviene del griego *bios* que significa vida y *ethos*, ética. Por lo tanto, la bioética es un neologismo que etimológicamente significa "ética de la vida".

Existe una bioética general que se ocupa de establecer los principios éticos básicos que deberán servir de inspiración a las acciones propias de la bioética. Luego está la aplicación práctica de esos principios a los casos concretos, bajo un perfil biológico, médico o jurídico, y es lo que se conoce como bioética aplicada.

Las áreas más importantes dónde se aplica la bioética son: la de la genética humana, la del embrión humano[30], la de procreación humana y la de vida humana en la fase terminal.

La postura bioética, en cuanto a la crioconservación de embriones, es similar a la clásica ético-moral. El establecimiento de etapas en la vida del embrión, como por ejemplo el período de pre-embrión, no es aceptado por los bioeticistas. Se sostiene que el hecho de establecer estas etapas, simplemente permiten a quienes las utilizan, autojustificarse para atentar contra la vida humana.

Blázquez (2004), explica claramente que cada vida humana es un valor en sí mismo que no puede ser cuestionado absolutamente por nadie. El fundamento ontológico de la dignidad de cada persona está dado por el hecho mismo de la existencia, con lo cual, nadie tiene la necesidad de justificar su existencia. El derecho de cualquier persona a seguir existiendo, viene dado por el solo hecho de existir y no por el reconocimiento que hagan los semejantes. De lo cual se desprende que nadie está investido de poder como para decidir la suerte de la vida de los demás.

El autor mencionado, entiende que la calidad de vida humana que debe ser promovida por la bioética implica, entre otros, la aceptación sin condicionamientos de la vida humana en cualquiera de las etapas de su desarrollo; la prevención de defectos genéticos únicamente con una finalidad terapéutica; la promoción del saneamiento

30 Donde nos situamos en este trabajo y que abarca la producción artificial de embriones para fines científicos o terapéuticos, diagnóstico prenatal, aborto y la crioconservación de los mismos.

hereditario a través de análisis previos de los padres antes de aventurarse a procrear de forma irresponsable y el no juzgamiento de la valía o minusvalía de la vida de nadie.

Decíamos anteriormente que la Bioética se rige por principios fundamentales y ellos son: 1) no maleficencia, 2) beneficencia (corresponde al médico), 3) justicia (corresponde a la sociedad) y 4) autonomía (corresponde al paciente).

El principio de no maleficencia hace referencia a que no debe provocarse ningún daño o maleficio a las personas que sean objeto de las intervenciones médicas, sean éstas de investigación, terapéuticas o diagnósticas. Según Zurraráin (2007), la crioconservación de embriones es contraria al principio de no maleficencia y es inmoral, en el sentido de que ninguna persona puede ser utilizada como medio para conseguir un fin, independientemente que sea legítimo y beneficioso.

Para quienes la vida comienza desde el mismo momento de la fecundación del óvulo es indiscutible que el embrión tiene los mismos derechos que una persona. Dos argumentos le dan base a esta postura: el primero que radica en considerar que el embrión tiene la potencialidad de convertirse en persona, y el segundo, que el embrión está vivo y tiene derecho a permanecer en ese estado y a desarrollarse (Theas, 2011).

La autora mencionada entiende que el principio de no maleficencia conduce a reconocer que no es lo mismo hacer el bien que evitar el mal, con lo cual, si se transfieren embriones que han sido congelados luego de un cierto tiempo y que presentan deterioro, difícilmente alcancen a desarrollarse normalmente y por lo tanto, se estaría produciendo un perjuicio al feto e indirectamente a sus padres.

El principio de beneficencia se refiere a que las intervenciones sobre los pacientes deben buscar su beneficio y bienestar, es decir, deben procurar la curación de las dolencias y aliviar el sufrimiento.

En la FIVET hay al menos dos momentos cuestionables sobre la situación clínica y biológica de la madre que pone de relieve estos dos principios. Es el caso en que ninguno de los embriones transferidos a la madre en el primer intento se implante. En dicha situación la madre debería someterse nuevamente a la estimulación hormonal

con todas las consecuencias nefastas que ello implica, seguida del procedimiento invasivo de aspiración de los ovocitos.

Significa un riesgo para la madre cada uno de estos eventos de obtención de ovocitos, por ello, podría decirse que el principio de no maleficencia, entendido como la no generación de daños al paciente, y el principio de beneficencia, como procurar alivio del sufrimiento y buscar el bienestar del paciente, podría llegar a considerarse como válida la fecundación de más de tres ovocitos y el congelamiento de los no transferidos a la madre.

El principio de autonomía se pone de manifiesto en el consentimiento informado, que los pacientes deben expresar por escrito, una vez que han sido debidamente informados de los alcances de la intervención a los que se someten, de los riesgos que presenta y de las consecuencias previsibles y probables de la misma.

Cuando hay embriones congelados y los padres no pueden o no quieren implantarlos, se plantea un serio problema en tanto que, basándonos en el principio de autonomía, se supone que los pacientes tendrían el derecho a decidir libremente el destino de los embriones. Pero también es importante destacar que el profesional médico está obligado a explicarle a la pareja las alternativas posibles. Se ha sostenido que es obligación del médico respetar la conciencia y autonomía del paciente, una vez que haya brindado toda la información necesaria para que el mismo pueda tomar una determinación y en el caso de que se presentara un conflicto de intereses entre la conciencia del médico y la conciencia del paciente, el médico deberá respetar la conciencia del paciente con tal que no vaya en contra del derecho de vivir (Theas, 2011).

El cuarto principio de la Bioética es el de justicia. Justicia que se relaciona con la distribución equitativa de los recursos en el área de la asistencia sanitaria, cuando éstos son escasos, y radica en la no discriminación por criterios económicos, sociales, religiosos, entre otros. Pero también este principio abarca las discriminaciones que pudiesen sufrir los terceros, en nuestro caso los embriones, como consecuencia de intervenciones genéticas, manipulaciones y de toda actividad que se lleve a cabo sobre

ellos y que puedan ponerlos en una situación de desamparo y desprotección por ser considerados con un estatus jurídico y moral diferente al de una persona.

4.1.3 Postura Jurídica

En nuestro país existen pocos antecedentes jurídicos respecto a los embriones crioconservados.

Analizaremos a continuación un fallo del año 2011[31] que abrió un profundo debate doctrinario y que fue de gran trascendencia jurídica en torno a la defensa de la dignidad humana desde el momento de la concepción.

El caso trata de un matrimonio que se somete a un tratamiento de procreación asistida, y en el año 2006, producto del mismo, nace un hijo. Sobraron cinco embriones que no fueron transferidos, y con miras a una futura implantación o donación a terceros, los padres deciden crioconservarlos en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER) en la ciudad de Buenos Aires.

Posteriormente el matrimonio se separa de hecho, y luego se divorcia. En estas circunstancias, la madre de los embriones promueve en el año 2008 una medida cautelar de protección de persona (persona por nacer) en beneficio de los cinco embriones que se encontraban congelados, y solicita que se la autorice a implantárselos a pesar de la oposición que manifestaba el padre de los embriones.

La sentencia de primera instancia hace lugar a lo peticionado por la mujer, con lo cual el marido apela el fallo y la Cámara confirma la decisión del Inferior.

Los jueces sostuvieron que correspondía conceder la autorización a la mujer para implantarse los embriones crioconservados, desestimando la negativa del ex marido, por entender que éste se había obligado en forma completamente voluntaria a las implicancias y también a las posibles consecuencias del contrato firmado cuando iniciaron el tratamiento de fecundación asistida, en el cual, se había acordado específicamente cómo proceder en caso que se disolviera el vínculo matrimonial.

31 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2011-09-13 ~ P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias

El tribunal también determinó que en la fecundación que se produce fuera del útero no hay concepción en el seno materno, pero que ello no constituye un impedimento para que se aplique el art. 70 del Cód. Civil por analogía teniendo en cuenta lo que preceptúa el art. 16 del mismo cuerpo legal. El actual desarrollo de las técnicas biomédicas lleva a la afirmación de que también el concebido en tales condiciones debe ser considerado como persona para el derecho.

En el consentimiento informado que firmaron los padres, ambos se habían comprometido a determinar la futura disposición de los embriones de manera conjunta. Expresamente habían renunciado a su destrucción y en caso de que no se diesen las instrucciones conjuntas referidas o dejasen de pagar su costo de almacenamiento, marido y mujer autorizaban a donar tales embriones a una pareja infértil.

El instrumento firmado luego se extravía, pero no existía controversia sobre el mismo sobre sus términos y alcances, según puntualizaba el Tribunal.

Los padres, pactaron que, en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría el consentimiento de ambos para tratarlo con autoridad competente.

El demandado cuando manifestó su oposición al pedido de su ex mujer, consideró que la pretensión de la misma era contraria a lo pactado y que generaba en su persona la paternidad biológica de los hijos por nacer sin tener a la fecha, voluntad parental. Dijo también que no se estaba respetando "su derecho a no ser padre", como así también, "prescindir del consentimiento del padre resulta jurídicamente reprochable e inadmisible". Planteó dos cuestiones: el comienzo de la vida y la naturaleza jurídica de los embriones, manifestando para esta última, que ninguna de las posturas actuales concibe al embrión como persona. De manera subsidiaria propuso la aplicación del instituto de adopción embrionaria prenatal.

El Tribunal dijo que el objeto del proceso no era declarar cuál era la naturaleza jurídica de los embriones crioconservados, ni tampoco decidir sobre la adopción prenatal, sino, determinar si le otorgaba o no la medida cautelar peticionada por la actora, y en caso afirmativo, si se suplía por vía judicial el consentimiento paterno para

proceder al implante de los embriones, teniendo en cuenta el consentimiento informado que habían firmado en su momento.

Al desestimar la voluntad del padre, el Tribunal invoca la doctrina de los Actos Propios, para lo cual citó fallos que sostienen que, "…nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, y toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada", y propone en consecuencia, el rechazo de los agravios que formulara el apelante. En este caso, el padre aceptó la paternidad biológica desde el momento en que accedió a llevar a cabo el tratamiento de procreación asistida. La voluntad procreacional quedó claramente establecida cuando se realizó el suministro de material genético a sabiendas que lo hacía con la finalidad específica de fecundar los óvulos de su mujer (Tinant, 2011).

La sentencia se basó en dos argumentos: el respeto al derecho a la vida de los embriones crioconservados, a partir de la tesis de la concepción, y la irrevocabilidad del consentimiento informado que fue firmado por el padre.

Yuba (2011), entiende que si bien es correcta la aplicación de la teoría de los actos propios, el vacío legal que existe en nuestro país ante casos como estos, nos pone ante una situación familiar muy delicada que no puede ser desatendida. No existe el derecho constitucional a ser padres o a no serlo, lo que existe es el derecho del niño a ser criado, cuidado y educado en un ambiente familiar estable y armonioso. No existe el interés superior a ser padres, sino el deber y la función de ejercer la patria potestad orientada a la formación y protección integral de los hijos menores[32].

Debe necesariamente analizarse esta cuestión desde un punto de vista bioético, integral e interdisciplinario, para poder concluir de manera justa y equilibrada. El hecho de que el matrimonio separado de hecho, con demanda de divorcio en trámite y con un proceso de alimentos, no son hechos menores si se tiene en cuenta que lo que se busca es brindar al futuro hijo un ambiente familiar armoniosos, estable, para que se pueda desarrollar de manera integral, por lo tanto la implantación de los embriones motivada por la decisión de la mujer en oposición a lo querido por el ex marido, resulta una

32 Art. 264 del Código Civil.

decisión disvaliosa desde un punto de vista bioético y siguiendo los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño y de los Tratados de Derechos Humanos.

Tinant (2011), entiende que el pronunciamiento judicial ha sido correcto en cuanto a que protege el derecho a la vida de los embriones crioconservados y el derecho a ser madre de la peticionante, al autorizar a implantarse aquellos, pero, otros valores y bienes jurídicos que tienen menor jerarquía han quedado insatisfechos planteando interrogantes a futuro, obligando a una revisión sobre el alcance y la oportuna utilización de las TRHA y las consecuencias tanto personales como familiares que de ellas se desprenden.

El Dr. Eduardo Young, profesor consulto en reproducción humana de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y director del IFER, el instituto donde se llevó a cabo la fecundación artificial y la crioconservación de los embriones, sostuvo que el fallo del Tribunal fue ejemplificador, en tanto que la justicia tuvo que reemplazar al parlamento en su dictamen, puesto que el mismo está al menos como 25 años atrasado para dictaminar una ley sobre fertilización asistida. La justicia le dio la razón a la mujer porque se parte del principio de que para buscar un tratamiento de fertilización asistida, los miembros de la pareja firman un consentimiento en el que aprueban tener ese resultado, sean embriones que se van a colocar cuando son frescos , sean embriones que se congelarán, puesto que no se pueden poner todos porque el objetivo de las técnicas es lograr un embarazo pero evitando un embarazo múltiple (Dr. Young & Dr. Chillic, 2011).

Contrariamente, el Dr. Claudio Chillic, director del Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción y ex presidente de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, entiende que el fallo no es apropiado dado que el ex marido, firma un consentimiento dentro del marco de un vínculo de pareja y ese vínculo había dejado de existir al momento en que la mujer pretende la implantación de los embriones congelados. Al firmar el consentimiento poseía el deseo de ser padre, pero no posteriormente, con lo cual se está forzando a una persona a encontrarse con una paternidad que claramente no desea.

Estamos entonces ante un conflicto de derechos, por un lado la madre que creó el embrión con el que en su momento fue quien le dio el semen y su consentimiento, por otro, el padre, que no quiere tener otro hijo, y en tercer lugar, el derecho del futuro niño. El Dr. Chillic, explica que la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, ha expresado claramente que el embrión humano, no es persona, no es un niño, pero tiene potencialidad eventual de serlo, y ello ocurre en un 20% de los casos, tanto en forma natural como in vitro, y esto es lo que hace que se le dé un estatus ético y merezca respeto, que no se pueda crear un embrión para investigación, que no se pueda descartar embriones, pero de ahí a considerarlo un niño hay una enorme distancia.

"Lo fascinante de este fallo es que acá tenemos una pareja que se divorcia, entonces esto es una división de bienes, y ese embrión ¿es un bien material?, no, obviamente no lo es… ¿es un hijo que está bajo la patria potestad?, claramente tampoco lo es… entonces, esa situación intermedia es la que hace que tampoco nos pongamos de acuerdo" (Dr. Young & Dr. Chillic, 2011).

A continuación analizaremos una interesante nota al fallo que enfoca la cuestión desde otro punto de vista: la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial fundamentados en el art. 953 del Código Civil y en el principio constitucional de razonabilidad (Arias de Ronchietto, Basset, & Lafferriere, 2011).

El art. 953 del Código Civil establece que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio. No pueden ser objeto de un acto jurídico hechos ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes.

Los autores de la nota, entienden que el fallo es gravemente alertador ya que permite advertir que los actos jurídicos que componen la fecundación artificial[33], son claramente antijurídicos, en tanto que disponen sobre la vida y la muerte de las personas humanas por nacer. Sostienen que los mismos:

- Convierten a cada embrión –hijo y paciente- en un mero medio, cuando se afirma "que la razón por la que se crea más de un embrión no es la voluntad

33 Tales como la intensa estimulación ovárica, la inseminación de la mujer con los gametos masculinos, la producción supernumeraria de embriones, la selección preimplantatoria de embriones, la crioconservación y la eventual donación prenatal de los embriones crioconservados.

de los padres de tener igual cantidad de hijos sino la futura utilización para supuestos en que el implante no resulte favorable para un nacimiento, motivo por el cual se los mantiene crioconservados".

- Dejan librado el destino de los embriones a la voluntad de los padres o al hecho que "dejasen de pagar su costo de almacenamiento".
- Establecen la posibilidad de transferir hijos crioconservados a otra pareja a través de un mero contrato firmado por los padres, sin intervención judicial ni del asesor de menores o curador especial de los embriones.
- Tratan al embrión como una cosa al disponer su donación, ya que este contrato se aplica solamente a las cosas.
- Contienen cláusulas de renuncia a la posibilidad de destrucción de embriones. Cláusulas que no resultan legalmente válidas ya que no se renuncia a cometer un delito.
- Tienen como objeto a personas humanas por nacer, sobre las cuales se decide su crioconservación, deteniendo su normal desarrollo.

Con respecto a la nulidad de estos actos jurídicos, serían nulos de nulidad absoluta, por violar las disposiciones expresas del art. 953 y concordantes.

Dicho artículo, es "el corazón mismo del sistema ético-jurídico del Código Civil en materia de actos jurídicos". Señala claramente los límites a la autonomía de la voluntad del art. 1197 y se relaciona directamente con el art. 21 que establece que "las convenciones hechas por los particulares, no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

También es importante señalar, en cuanto a los derechos del niño, que la ley 26.061 en su art. 2°: "Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquier sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransmisibles".

Arias de Ronchietto, Basset, y Lafferriere (2011) finalmente concluyen que si se aplican los art. 953 y 21 del Código Civil y el art. 2 de la ley 26.061[34], los actos jurídicos que se realizan en el marco de las TRHA, presentan las siguientes características:

- Esos actos jurídicos, en especial la crioconservación de embriones, tienen como objeto a personas por nacer y por expresa disposición del art. 953 las personas no pueden constituirse como objeto de los actos jurídicos. Solo pueden serlo las cosas o los hechos.
- Si el objeto de un acto jurídico fuera un hecho, no debe ser contrario a las buenas costumbres. La crioconservación es un acto jurídico que tiene por objeto detener el crecimiento y desarrollo de la persona, o disponer para su futuro la donación de la misma, siendo esto totalmente contrario a las buenas costumbres.
- Los hechos no deben perjudicar a terceros. La crioconservación de embriones ciertamente los perjudica y los coloca en serio riesgo para su vida.

Los embriones no son queridos por sí mismos, sino en la medida en que haya un nacimiento vivo, ya que una vez que se consigue ese nacimiento, el resto de los embriones quedan en una situación de incertidumbre, muchas veces abandonados por sus padres.

Los autores concluyen que en Argentina, las técnicas de procreación artificial resultan actos contrarios a las buenas costumbres y por lo tanto, nulos de nulidad absoluta y proponen que sean suspendidas, al menos hasta que se sancione una ley de protección de embriones humanos y se dé a conocer al público el destino incierto de miles de embriones crioconservados.

4.1.4 Postura Religiosa-Cristiana

La postura de la Iglesia Católica, es clara y contundente. No solo rechazan la crioconservación de los embriones, sino también las TRHA.

34 Ley de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes

En el año 1987, la Iglesia Católica redactó un documento, firmado por quien en su momento era el Cardenal Joseph Ratzinger, posteriormente Papa Benedicto XVI, que lleva el título de "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y de la dignidad de la procreación". El título breve en latín es *Donum Vitae* (Cardenal Ratzinger & Arzobispo Bovone, 1987).

En su introducción se expresa que "los progresos de la técnica hacen posible en la actualidad una procreación sin unión sexual, mediante el encuentro in vitro de células germinales extraídas previamente del varón y de la mujer. Pero lo que es técnicamente posible no es, por esa sola razón, moralmente admisible".

Según la *Donum Vitae*, son lícitas aquellas ayudas médicas que permitan a los esposos superar algún tipo de problemas que le impidan la procreación, pero, siempre y cuando, se lleven a cabo a través del acto conyugal realizado dentro del marco del amor y abierto a la vida.

Las técnicas que persigan la procreación fuera del contexto matrimonial y que excluyan el acto sexual, son condenadas como inmorales. Según el Compendio de Catolicismo de la Iglesia Católica, promulgado en el año 2005 por el Papa Benedicto XVI, la inseminación y la fecundación artificiales son inmorales, debido a que las mismas disocian la procreación del acto conyugal con el que los esposos se entregan de manera mutua. Con ello se genera un dominio de la técnica por sobre el origen y destino de la persona humana. Sumado a ello, en el caso de las inseminaciones y fecundaciones heterólogas, se lesiona el derecho del hijo a nacer de padres conocidos por él y ligados por matrimonio, que son los únicos que tienen el derecho a llegar a ser padre y madre solamente el uno a través del otro (Comisión de Cardenales de Roma, 2005).

La *Donum Vitae* recalca a lo largo de todo el documento, que los embriones concebidos por las TRHA son producto de la ciencia más que del amor expresado a través de la relación sexual entre los esposos. El hecho de obtener el esperma masculino fuera del acto conyugal entre los esposos, por el recurso de la masturbación, es considerado a todas luces, inmoral. El documento explica, que existe una posibilidad de hacer un uso correcto de la inseminación artificial, y este sería cuando "el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél

alcance su finalidad natural". Esto implica que debería tomarse el esperma masculino no a través de la masturbación sino inmediatamente después de un acto sexual.

Se considera que cualquier técnica que pueda poner en peligro o causar un daño a los embriones, o que permita su manipulación, como la experimentación o la congelación o su producción con el único fin de obtener material biológico para investigaciones o para intentar nuevos embarazos, son inmorales.

La congelación de embriones, establece el documento, constituye una ofensa al respeto que se debe a los seres humanos, aunque se haga para garantizar la conservación del embrión vivo. Se los expone a riesgos de muerte o daños para su integridad física y se los priva temporalmente de ser receptados en el útero de su madre poniéndolos en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones.

La *Donum Vitae* ha sufrido varias objeciones. Entre ellas, la hipótesis que acepta que la esterilidad es una enfermedad y por lo tanto la ciencia debe tratarla de esa manera, ofreciendo todas las posibilidades que existan para conseguir el hijo deseado. Que no se puede obligarse a una pareja a vivir resignados a esta enfermedad en pos a unas pretendidas normas morales y que además la FIV da excelentes resultados, con muchos nacimientos de niños sanos.

Quienes defienden la postura de la Iglesia, afirman que el hecho de que haya buenos resultados no quiere decir que se esté siguiendo un camino moralmente correcto. Si bien las ciencias médicas pueden tratar la esterilidad, existe un tope, un límite que lo constituye el respeto a la dignidad de la persona humana, ya sea la de los esposos o la de los posibles hijos. Nunca resulta correcto el progreso de la ciencia si es en base a experimentos que violen la dignidad de otros seres humanos como los embriones. Una ciencia sin ética puede resultar muy peligrosa y permitir la destrucción de miles de seres humanos inocentes (Pascual, 2011).

En la tercera parte del documento, se concluye que se debe garantizar el respeto y la protección desde la concepción, y debe ser la ley la que prevea las sanciones penales adecuadas para quienes violen estos derechos, que debe prohibir explícitamente

que, seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación o destruidos.

Si bien es cierto que se vive en una sociedad pluralista, esto no es óbice para tolerar acciones injustas. Es necesario asumir e imponer a todos un mínimo ético para garantizar la convivencia social.

El Santo Padre, realizó un llamamiento a la responsabilidad de los científicos, dirigiéndose también a los juristas y a los gobernantes para que se ocupen de que los Estados y las instituciones internacionales reconozcan jurídicamente los derechos naturales de las personas por nacer y que se hagan tutores de los derechos inalienables de los miles de embriones congelados (Faggioni, 2012).

La *Donum Vitae* se complementa con otra instrucción publicada en el año 2008 por la Congregación para la Doctrina de la fe, que se denomina *Dignitas personae.*

En el año 1987, cuando se publicara el primero de los documentos, no se definía que el embrión humano fuese una persona, y ello, para no pronunciarse sobre esta cuestión tan filosófica. Pero en el segundo de los documentos mencionados, se declara que el embrión es persona, y se fundamenta esta aseveración en los conocimientos científicos y en la realidad ontológica de su existencia física.

Otro aspecto fundamental de la instrucción, es el respeto incondicional que se debe a cada persona en su origen exigiendo su no instrumentalización por terceros ya sea en laboratorios o por técnicas desarrolladas para ese fin. Se remite a la unión de los esposos como única forma digna para la generación de un hijo.

Con la *Dignitas Personae*, la Iglesia sale a defender y a proclamar los derechos inalienables de todos los seres humanos, ya sean embriones, fetos o niños no nacidos, alentando a los médicos a buscar otras soluciones para la infertilidad, que no vulneren la dignidad del matrimonio ni tampoco la de los hijos, recordando que el hombre es un fin en sí mismo y nunca un medio para servir a otros (Viladomiu Olivé, 2011).

4.2 Posibles destinos de los embriones crioconservados

Los embriones que ya han sido crioconservados, plantean la duda sobre qué destino se les dará finalmente. Para poder saber si un embrión que ha sido congelado sigue con vida es necesario descongelarlo y puede ocurrir que esté muerto, que muera durante el proceso de descongelación, que siga con vida y sea un embrión viable apto para implantar en el útero materno ó que siga con vida pero resulte inviable.

En los países que tienen regulada las TRHA se establecen los destinos posibles. En los que no hay legislación, queda a criterio de los padres y los centro médicos qué deberá hacerse con los mismos.

España, como veremos en el capítulo siguiente, es uno de los países que presenta una ley específica que regula las técnicas. Expresamente se determinan los destinos que pueden tener los embriones, permitiendo la crioconservacion y su posterior descongelamiento para:

- Utilización por la propia mujer o su cónyuge: descongelar un embrión para transferirlo al útero materno es brindar el respeto que se merece una persona. Descongelarlo con otra finalidad viola los derechos fundamentales de ese ser humano. Por eso podemos afirmar que de las opciones presentadas por la ley, las referentes a la descongelación para dejar morir al embrión o para destinarlo a investigación, no son éticas. El unico comportamiento que resulta éticamente correcto es la descongelacion par la transferencia al útero de la madre biológoca o bien a una madre adoptiva ya que de esa manera se favorecerá al desarrollo de ese pequeño ser humano (Ballesta, 2003).
- Donación con fines reproductivos: si el destino de los embriones congelados será la donación se deberá firmar un contrato que será gratuito, formal y confidencial. Nunca podrá ser de carácter lucrativo o económico. La compensación económica que se fije será para compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan generar por la donación y no podrán suponer incentivo económico. La donación será anónima. Se le debe garantizar a

los donantes la confidencialidad de sus datos. Solo excepcionalmente, los hijos tendrán derecho a conocer su identidad biológica cuando circunstancias extraordinarias que comporten un peligro para la salud o la vida del hijo o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes. Esta revelación tiene carácter restringido y no implica en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes y tampoco permite el derecho del hijo a una relación jurídica paterno filial.

- Donación con fines de investigación: en el caso que se optara por la donación para investigación, la ley prevee que los embriones sobrantes serán congelados y podrán ser utilizados en proyectos concretos de investigación en el mismo centro o trasladados a otra institución, siempre con el consentimiento de los progenitores. La ley no limita en absoluto esta opción, solo indica que deberá brindarse a los padres la información necesaria sobre el proyecto de investigación, sus fases, sus plazos y las posibles consecuencias.
- Cese de su conservación: sin otra utilización cuando pasen los cinco años que se establecen como plazo máximo para la conservación de los embriones por la ley y no se haya optado por ninguno de los posibles destinos mencionados anteriormente

Si analizamos las cuatro opciones que la ley presenta como posible destino de los embriones crioconservados, resulta a simple vista que representarían soluciones similares descongelar un embrión para transferirlo al útero de la madre que descongelarlo para dejarlo morir, ya que se deja librado a la voluntad de los padres optar por alguno de los destinos que se presentan como opciones de valores idénticos, cuando en realidad el primero representa un valor y el otro un disvalor.

4.3 Posibles soluciones para evitar su muerte: la adopción prenatal

Un problema de estas dimensiones se soluciona evitándolo, aminorándolo en la media de las posibilidades. La no producción de embriones humanos sobrantes es una decisión correcta pero que se contrapone a los intereses de los centros de FIV que para

alcanzar los objetivos con máxima eficacia, prestigio y competitividad, deben recurrir a la producción supernumeraria de embriones, y también con la de los pacientes que prefieren evitar los riesgos y gastos de tener que volver a iniciar el proceso una vez más si con el primer intento no se logró el embarazo.

¿Cómo comenzar a detener la producción de embriones humanos sobrantes? En primer lugar se debe hacer hincapié en la responsabilidad de la pareja, que se encuentra en una situación especial en la que ansiosamente desean un hijo. Hay una carga emocional muy intensa. En estas circunstancias es cuando el equipo médico debe brindar absolutamente toda la información necesaria, aquella que tenga algún significado ético, incluidos los riesgos y consecuencias de la decisión que tomen. Las parejas responsables y que hayan sido informadas correctamente no pueden desentenderse de las decisiones que les competen y que deben tomar con la mayor lucidez posible (Herranz, 2000).

Pero lo cierto es que hay miles de embriones congelados en los centros médicos y muchos padres no volverán por ellos. Es aquí que surge la adopción prenatal como una posible solución para esos embriones congelados que por algún motivo han sido abandonados por sus padres.

Pero es necesario preguntarse sobre la licitud de esta transferencia de embriones al útero de una madre que no es quien aportó los óvulos en la FIV.

Existen dos posturas al respecto.

Autores como Lucas, López Barahona, & Antuñano Alea (2011) están a favor de la adopción prenatal, entendiendo que la adopción por parte de los padres adoptivos es un acto positivo en sí mismo aunque le precedan actos negativos como el congelamiento y el abandono. Es un medio extremo para poder salvar la vida de los embriones congelados que indefectiblemente morirán si no se toma esta medida.

Los principales argumentos que se presentan a favor de la adopción prenatal son la dignidad del embrión y su derecho a ser gestado por la madre biológica o por una madre adoptiva, permitiendo de esta manera la supervivencia de unos cuantos embriones congelados y también resultaría beneficioso para responder a la gran

demanda de niños nacidos para adoptar. Las listas de espera en Argentina oscilan entre cinco y diez años. También se considera que la adopción prenatal sería biológicamente similar a la maternidad subrogada o de alquiler, pero con una naturaleza ética diferente debido a que no es lo mismo adoptar a un embrión congelado abandonado que alquilar el vientre de una mujer para gestar un hijo para terceras personas.

En otra postura, autores como Marrama (2012), consideran que el instituto es un acto contrario a la ley natural y debe ser prohibido por el ordenamiento jurídico positivo.

Sin embargo, la autora mencionada, considera que en caso de que los jueces tuvieran que decidir en estos casos deberían aplicar la teoría del mal menor, que implica que se tolere un perjuicio menor para no permitir que se cometa un mal mayor al no haber otra opción, como lo sería el dejar morir a los embriones congelados.

También sostiene que en caso de que se autorizara judicial o legislativamente la adopción prenatal de embriones crioconservados, deberían cumplirse ciertos requisitos con la finalidad de aminorar la gravedad de la cuestión desde el punto de vista moral y jurídico. Para ello sugiere que: la implantación sea efectuada por profesionales que nunca hayan realizado TRHA, que sea conocida públicamente su posición en contra de las mismas y los embriones deberían darse en adopción prenatal sólo a los matrimonios que cumplan estas mismas condiciones (no haberse sometido a TRHA y mantener una postura contraria a las mismas). Como requisito fundamental para que se implemente este instituto, debería ser la provisionalidad, en tanto que al mismo tiempo se debería penalizar y prohibir las TRHA para frenar justamente la producción de nuevos embriones sobrantes, de lo contrario sería un círculo vicioso que no tendría fin.

Consideramos, siguiendo a Lucas, López Barahona, & Antuñano Alea (2011), que si tenemos en cuenta el valor absoluto de la vida humana, la adopción de embriones congelados no se presenta como un acto ilícito si constituye una solución extrema para un mal que ya ha sido ocasionado por la maternidad/paternidad irresponsables.

La fecundación in vitro, la no transferencia al útero y la congelación del embrión son en sí mismos éticamente negativos, en tanto la descongelación del embrión puede

ser positiva o negativa, dependiendo no sólo del objeto que tenga el acto sino también de las circunstancias y del fin por el cual el sujeto está actuando. Si se descongela un embrión para ponerlo en el estado biológico natural y normal e implantarlo en el útero materno, o en última ratio, en el útero de una madre adoptante, estaremos frente a un acto de características positivas. Si por el contrario se descongelara un embrión para poder manipularlo o eliminarlo, o si al descongelarlo no se lo implanta en el útero, el acto sería en sí mismo negativo porque la descongelación en estos casos estaría provocando directamente la muerte del embrión.

CAPITULO 4

LEGISLACIONES PERMISIVAS Y RESTRICTIVAS

En este capítulo haremos un repaso por las legislaciones vigentes. Analizaremos en el primer apartado las leyes europeas, encontrando dos sistemas con posturas completamente diferentes. Luego describiremos la legislación aplicada en los países latinoamericanos para finalmente considerar los proyectos de ley presentados en Argentina.

5.1 Legislación Europea

En Europa encontramos dos tipos de legislaciones con posiciones totalmente opuestas. Un primer grupo donde el lineamiento básico es la preeminencia del libre acceso a las TRHA y un segundo grupo que propicia la primacía de la protección de la vida embrionaria y el interés del menor. Estos sistemas también suelen ser llamados permisivos y restrictivos respectivamente.

Algunos de los países que tienen legislaciones de corte permisivo son España[35] y Gran Bretaña[36], en tanto que Alemania[37], Austria[38], Suiza[39] e Italia[40] poseen regulaciones de tipo restrictivas.

Las legislaciones llamadas permisivas son aquellas que consideran ante todo el el deseo de tener un hijo y ello se transforma en el objetivo principal de las TRHA. Por ello es que existe mayor permisibilidad y menor cantidad de requisitos a la hora de acceder a algunas de las técnicas existentes.

No se requiere por ejemplo la necesidad de una pareja estable, permitiendo así que una mujer sola pueda acceder a ellas. Tampoco se le ofrece un trato y cuidado especial a la vida embrionaria y se permite la selección, congelamiento y destrucción de embriones hasta incluso su uso para experimentación. Para este tipo de leyes, tampoco cuenta el interés del menor, con lo cual se le conculca el derecho a que su padre y madre biológicos coincidan con su padre y madre legales, ya que se autoriza el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) de donantes.

35 Leyes españolas 35 y 42 de 1988, hoy reemplazadas por la ley 14 del 2006 “Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”.
36 Ley Británica de 1990 “Human Fertilisation and Embryology Act.”.
37 Ley Alemana de Protección de Embriones de 1990.
38 Ley de Medicina de la Reproducción de 1992.
39 Ley federal sobre la procreación médicamente asistida de 1998.
40 Ley N°40 del 19 de Febrero del 2004.

Las legislaciones de tipo restrictivo aceptan las TRHA pero lo hacen con ciertas limitaciones. Estas restricciones están dirigidas a lograr un cierto grado de equilibrio entre las TRHA y las exigencias ético-jurídicas de brindar protección a esa vida embrionaria humana como así también otorgarle tutela suficiente a ese niño que nacerá producto de una concepción artificial.

Las leyes de este tipo procuran atacar el problema desde el inicio, prohibiendo la fecundación de más óvulos del máximo establecido –normalmente tres- en cada ciclo y que deberán ser transferidos en su totalidad a la madre, evitando de esta manera la producción de embriones sobrantes. Se prohíbe también la experimentación con embriones, el diagnóstico preimplantatorio para seleccionar los mejores y la crioconservación. Se prohíbe también el uso de gametos de donantes anónimos con la finalidad de evitar la fragmentación de la maternidad/paternidad en individuos distintos de los que serán sus padres buscando de esta manera proteger los intereses del menor en cuanto a su identidad biológica.

Cuando se permite la fecundación con gametos donados en forma anónima se atenta contra el derecho del hijo a poder rastrear la identidad genética de su padre o su madre, y esto, en los últimos años se ha comenzado a catalogar como violatorio de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que dispone claramente que el niño tiene derecho "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"[41].

Teniendo en cuenta la disparidad en los aspectos legales antes mencionados, es que el Consejo de Europa se ha visto limitado al momento de redactar la Convención sobre Biomedicina y Derechos Humanos[42], con lo cual, en dicho instrumento se dan lineamientos generales. Entre ellos, se prohíbe la generación de embriones humanos para experimentación. No se prohíbe la experimentación con embriones sino el producirlos con ese fin. También se prohíbe la selección de embriones para elegir el sexo, salvo cuando sea para prevenir una enfermedad hereditaria grave relacionada con sexo.

41 Convención de los Derechos del Niño. Art. 7: "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de los posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos".

42 También conocido como Convenio de Oviedo. Es un tratado impulsado por el Consejo de Europa que relaciona la bioética con la defensa y promoción de los derechos humanos, especialmente en ámbitos nuevos como la biomedicina. Fue firmado en abril de 1997 en la ciudad de Oviedo (España).

En el año 1998 se aprobó un protocolo adicional a esta Convención que prohíbe la clonación con fines reproductivos, definiendo a la misma en su art. 1 como "toda intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto" (Andorno, 2009).

Proponemos un análisis de dos leyes, la española y la alemana. La primera dentro de la postura permisiva de las TRHA y la segunda de tipo restrictiva. La finalidad es comparar las diferencias que presentan.

5.1.1 Análisis de la Ley Española 14/2006 sobre Reproducción Asistida

La ley 14/2006 rige y regula en España las TRHA. Está conformada por veintiocho artículos y cinco disposiciones adicionales.

- Objeto: en el art. 1 se establece que el mismo es la regulación de las TRHA acreditadas científicamente[43] e indicadas médicamente. También la regulación de las técnicas aplicadas a la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas y la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.
- Preembrión: se introduce este término dentro de la ley. El período de preembrión va desde la fecundación del óvulo hasta los 14 días (fecha en la cual se deben transferir al útero). Hasta ese entonces, para la ley española no hay vida humana sino un conjunto de células resultantes de la división progresiva del ovocito.
- Diagnóstico Genético Preimplantacional: se permite la realización de la selección de embriones en determinados casos y bajo el debido control y la autorización de la autoridad administrativa para que puedan ser utilizados para salvar la vida de algún familiar enfermo. El art. 13.1 establece que las intervenciones que se realicen sobre el preembrión vivo in vitro, sólo podrán tener por finalidad el tratamiento de una enfermedad o para impedir su transmisión. El art. 12.1 establece de esta manera, que los centros autorizados podrán realizar el Diagnóstico Preimplantacional

43 Ellas son: Inseminación Artificial, Fecundación in vitro e inyección Intracitoplasmática de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donantes, y con transferencia de preembriones y Transferencia intratubárica de gametos.

para detectar enfermedades hereditarias graves que no permitan un tratamiento curativo posnatal, con el objeto de llevar a cabo la selección de embriones no aptos para la transferencia y cuando puedan detectarse otras alteraciones que sean capaces de comprometer la viabilidad del embrión.

- Límite de edad mínima pero no máxima: se determina como edad mínima la de dieciocho años para poder acceder a las técnicas, pero no se establece edad máxima a pesar de que se sabe científicamente que la maternidad a una edad clínicamente inadecuada puede traer aparejados riesgos tanto para la madre como para la descendencia.
- Prescindencia de estado civil e inclinación sexual determinados: el art. 6 establece que la mujer ser usuaria o receptora de las técnicas con independencia de su estado civil o de su inclinación sexual. Por su parte la disposición especial N° 5 determina que las personas con discapacidad también pueden acceder al uso de las técnicas porque de lo contrario se estaría incurriendo en discriminación por esta razón.
- Consentimiento Informado: implica que se les brinde el asesoramiento a quienes deseen acceder a las TRHA o a quienes sean donantes. Esa información debe alcanzar los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de tales técnicas. Esto constituye una obligación para los responsables del equipo médico que vaya a llevar a cabo la aplicación de la técnica. La mujer puede revocar ese consentimiento siempre y cuando no se hayan transferido los embriones al útero. Esto implica la suspensión de la técnica que se esté aplicando en cualquier momento excepto el citado anteriormente. Con lo cual, claramente puede observarse que puede haberse generado un embrión y posterior a esa etapa la mujer puede arrepentirse.
- Crioconservación de los embriones e Investigación con gametos y embriones: la ley en su art. 11 determina cuál es el procedimiento a seguir. Pero lo más relevante es la utilización, por parte de la ley, del término preembrión para diferenciarlo del embrión. En esos catorce días la vida humana queda completamente desprotegida porque para la ley no

hay un ser humano sino que se equipara al preembrión con el semen y con los óvulos. En el artículo antes mencionado se establece que "la crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida". De la lectura del artículo se desprende claramente que para la ley española tienen el mismo valor el semen, un óvulo o un embrión humano, llamado por ellos preembrión para minimizar y justificar la cosificación de los mismos.

- Destinos posibles de los embriones: en el art. 12 se establece en cuatro incisos los destinos que pueden tener los mismos. La ley permite la crioconservación y su posterior descongelamiento para utilización por la propia mujer o su cónyuge, para la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación y el cese de su conservación sin otra utilización cuando pasen los cinco años que se establecen como plazo máximo para la conservación de los embriones por la ley y no se haya optado por ninguno de los posibles destinos mencionados anteriormente[44].
- Falta de límite en la cantidad de óvulos a fecundar: con la finalidad de lograr una probabilidad mayor de éxito en las TRHA se elimina la limitación de óvulos a fecundar que establecía la Ley 45/2003 anterior, por la cual sólo podían fecundarse 3 óvulos por ciclo. De esta manera se deja a criterio médico la decisión de cuántos óvulos fecundar. La ley solo limita en tres el número de óvulos fecundados a transferir al útero materno, para evitar los embarazos múltiples.
- Clasificación de infracciones: en el art. 26 se clasifican las infracciones en "leves, graves y muy graves" y se prevé un sistema de sanciones y de determinación de responsabilidades. Es infracción leve el incumplimiento de las obligaciones o transgresiones de cualquiera de las

44 Desarrollamos este tema en profundidad en el Capítulo 3.

prohibiciones establecidas por la ley siempre que no se encuentren expresamente tipificadas como infracciones graves o muy graves. Se establece que serán infracciones graves –entre otras– la omisión de información o de estudio previos necesarios para evitar que se provoquen lesiones en los intereses de los donantes o usuarios de las técnicas o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias; la omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por la ley; la ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes; la retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto por la ley; la generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso; en el caso de la FIV la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo. Resultan infracciones graves el permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de catorce días siguientes a la fecundación del óvulo; la investigación con preembriones humanos sin cumplir los límites, condiciones y procedimientos autorizados por la ley; la creación de embriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a una mujer receptora; la transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con óvulos de distintas mujeres y la selección del sexo o la manipulación genética con fines que no sean terapéuticos o terapéuticos no autorizados.

- Sanciones: son de tipo pecuniarias y en algunos casos se suma la clausura o cierre del centro médico. En cuanto a la responsabilidad el art. 25 establece que cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan. Además los directores de los centros o servicios responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos.

Finalmente, podemos concluir que la Ley 14/2006 con su permisividad sigue contribuyendo a esta gran problemática de los embriones congelados. Al permitir la fecundación de la cantidad de óvulos que el médico considere y la limitación de transferencia de sólo tres de ellos, indefectiblemente se generan embriones sobrantes que serán destinados a la investigación. Como sostiene con acierto Berrocal Lanzarot (2007), esto lleva a que, de la misma manera que se autoriza la generación de embriones sobrantes para ser destinados a la investigación, se permita la comercialización, tráfico y uso industrial de embriones sin tener en cuenta que los mismos están vivos y son viables.

5.1.2 Análisis de la Ley Alemana de Protección de Embriones de 1990

La legislación alemana es una de las más protectoras del embrión humano e históricamente se entiende contraria a la experiencia vivida con las leyes eugenésicas[45] de la época de Hitler (Ferrer, S/F).

Ley Alemana de Protección de Embriones de 1990 consta de doce artículos a través de los cuales se dota al embrión de un estatus jurídico definiendo claramente lo que la Ley entiende por "embrión" y se prohíbe expresamente con sanciones penales, aquellos comportamientos que sean violatorios de ese estatus establecido. Se le asegura al embrión una protección desde su concepción evitando que los mismos puedan, so pretexto de ser considerados solo un conjunto de células, utilizados para investigación o manipulados de acuerdo a la voluntad de los padres o centros médicos.

Analicemos a continuación los lineamientos establecidos por esta ley:

- Utilización abusiva de las TRHA: el art. 1 establece qué comportamientos son considerados abusivos y contrarios a la Ley y determina que, quienes incurran en ellos, podrán ser privados de su libertad hasta tres años o pasibles de multas. Expresamente se prohíbe:
    a) La transferencia a una mujer de un óvulo que pertenece a otra;

45 La eugenesia nazi consistió en una serie de políticas sociales que situaron a la mejora de la raza por medio de la intervenciones y manipulaciones genéticas y métodos selectivos de humanos. Estuvo dirigido a aquellos seres humanos que los nazis identificaron como una "vida indigna de ser vivida", incluyendo pero no limitado a los delincuentes, enfermos mentales, discapacitados físicos, disidentes políticos, pedófilos, homosexuales, haraganes, dementes, religiosos y débiles, para la eliminación de la cadena hereditaria.

b) La fecundación artificial de un óvulo con fines distintos a los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
c) La transferencia a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;
d) La fecundación de más óvulos de los que se pueden transferir a una mujer en un mismo ciclo;
e) La extracción de un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer;
f) La fecundación artificial o transferencia de un embrión a una mujer dispuesta a entregar a terceros el niño en forma definitiva luego de su nacimiento (madre sustituta);
g) Favorecer la penetración artificial o introducir artificialmente un espermatozoide en un óvulo con un fin distinto al de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo.

La Ley Alemana con las disposiciones que se mencionan en c) y d) se propone conseguir claros objetivos: en primer lugar que no se generen embriones sobrantes, es decir, se prohíbe que se fecunden más embriones de los que se van a transferir al útero materno. Esto trae como consecuencia que no sea necesario realizar selección de embriones, porque en caso de que los tres llegasen a prosperar, la gestación podría llevarse a cabo sin problemas, ya que los riesgos graves tanto para la vida de la madre como la de los embriones por los embarazos múltiples se presentan con mayor cantidad de embriones implantados. En segundo lugar, si se pueden fecundar solo tres embriones por ciclo y los mismos, en su totalidad, deben ser transferidos al seno materno, no se generan embriones sobrantes y por lo tanto la crioconservación no se hace necesaria.

Es por ello que en la Ley de Protección de Embriones, no encontramos en su articulado la regulación del Diagnóstico Genético Preimplantacional (selección de embriones) ni la Crioconservación, salvo, en el art. 8 inciso 3, que determina que sólo el médico podrá llevar a cabo la conservación de un embrión humano, así como de un óvulo humano en el que ya haya sido introducido de modo artificial un espermatozoide humano.

- Significado de Embrión Humano: el art. 8 determina que se considera embrión al óvulo fecundado que es capaz de desarrollarse, a partir de la fusión de los núcleos de los gametos masculino y femenino[46]. Además cualquier célula totipotente[47] extraída de un embrión que en caso de concurrencia de las condiciones necesarias sea capaz de desarrollarse hasta convertirse en un individuo. La ley considera que dentro de las veinticuatro horas posteriores a la fusión de los núcleos se entiende que el óvulo fecundado es capaz de desarrollarse.
- Prohibición expresa de la elección de sexo: el art. 3 expresa claramente que está prohibido y se sanciona con prisión de hasta un año o con multa a aquél que intente fecundar un óvulo con un espermatozoide previamente seleccionado en función del cromosoma del sexo. Se exceptúa la prohibición en los casos en los que la selección del espermatozoide responda a la necesidad de preservar al niño de las enfermedades graves hereditarias que tienen que ver con el sexo.
- Donación de embriones: si bien no se prohíbe expresamente, se establecen dos excepciones. Se penaliza a quien fecunde un óvulo in vitro con una finalidad distinta de llevar a término un embarazo en la mujer de la cual se extrajeron los óvulos y se prohíbe extraer un embrión antes de su implantación en el útero con la finalidad de que sea transferido a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto que no sea su conservación.
- Utilización abusiva de embriones: el art. 2 prohíbe el comercio de embriones sancionando su venta, disposición o adquisición o uso para cualquier fin que sea distinto al de su conservación.
- Investigación con embriones: uno de los pilares de la ley alemana lo constituye la prohibición de investigación y experimentación con embriones. Como principio general se establece que queda prohibido

46 Esto ocurre entre las doce y dieciocho horas posteriores a la penetración del espermatozoide al óvulo.
47 Las células madre son células que se encuentran en todos los organismos multicelulares y que tienen la capacidad de dividirse y formar distintos tipos de células especializadas y de autorrenovarse para producir más células madre. Las células madre totipotentes pueden crecer y formar un organismo completo, es decir que pueden formar todos los tipos de células. La célula madre totipotente por excelencia es el cigoto, formado cuando un óvulo es fecundado por el espermatozoide.

fecundar o extraer embriones con una finalidad distinta a la de asegurar su supervivencia.

- Utilización de embriones para donación de sus tejidos o células: esta actividad no está regulada por la Ley de Protección al embrión sino por el Código Médico de 1987, el que expresamente dispone que solo se autoriza la donación previo consentimiento por escrito de los donantes, de tejidos embrionarios y células de embriones o fetos muertos.

5.2 Legislación Latinoamericana

Los países latinoamericanos carecen de legislación sistemática sobre TRHA. En el continente americano solo Canadá cuenta con una régimen establecido en la Ley sobre procreación asistida del 29 de marzo del 2004. En la mayoría de los países se utilizan los lineamientos que brindan el Código Civil, el Código Penal y la Constitución, además de los tratados internacionales.

Es interesante destacar que la tendencia de Latinoamérica es contraria a dos prácticas concretas que son la clonación y las investigaciones en la línea germinal (llamadas vulgarmente manipulación genética). Por este motivo el 8 de marzo de 2005, se firma una Declaración en la que se insta a los países parte a prohibir toda forma de clonación humana en la medida que sean incompatibles con la dignidad humana (Andorno, 2009).

A continuación haremos una breve recorrida por los países latinoamericanos que tienen algún tipo de norma legal vigente aplicable a las TRHA.

- Chile: en este país no existe una normativa específica que regule estas técnicas. El Código Civil chileno establece en su art. 55 que “son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”. En tanto, el art. 74 dispone que “la existencia legal de toda persona comienza al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”. Este artículo se aplica a los efectos civiles, principalmente patrimoniales. Pero el principio general, fuera de este ámbito, es el mencionado en el art. 75 sobre el comienzo de la vida que

determina que "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra". El art. 182[48] del mismo plexo normativo establece que "el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas" y agrega que "no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente ni reclamarse una distinta". La Constitución en su art. 19 establece que "la ley protege la vida del que está por nacer". En el año 2006 se dicta la ley 20.120 que prohíbe la clonación y la destrucción de embriones para obtener células madres.

- Uruguay: el Código Civil uruguayo no contiene normas que determinen inequívocamente el estatus jurídico del concebido. Solamente en su art. 21 se establece que "son personas todos los individuos de la especie humana". Sin embargo Uruguay es país firmante del Pacto de San José de Costa Rica que determina en su art. 1.2 que "persona es todo ser humano".
- Perú: la Constitución determina en su art. 2 que "el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece". El Código Civil mantiene el mismo principio en su art. 1. El Código de Niños y Adolescentes del año 2000 determina que los niños y adolescentes tienen derecho a la vida desde el mismo momento de su concepción y se garantiza la vida del mismo protegiéndolo de experimentos y manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico y mental. El Código Penal en su art. 324 sanciona a "toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos".
- Brasil: al igual que en Chile el Código Civil hace una distinción entre derechos civiles, principalmente los patrimoniales y los demás derechos del por nacer, determinando que "la personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida. Pero la ley pone a salvo desde la

48 Introducido por la Ley 19.585 en el año 1998.

concepción los derechos del nascituro". En Brasil rige para la aplicación de las TRHA la resolución 1358 del año 1992 adoptada por el Consejo Federal de Medicina que posee facultades normativas en las cuestiones médicas. Esta resolución se inspira en la legislación española y varias de sus normas son idénticas. Se utiliza el término preembrión, se autorizan las técnicas homólogas como heterólogas, no se requiere de la presencia de una pareja, también las mujeres solas pueden acceder a las mismas, se permite la selección de embriones y la crioconservación de los mismos y su posterior destrucción pasado un cierto tiempo y se autoriza la maternidad subrogada, vulgarmente llamada maternidad de alquiler. Las limitaciones que establece la resolución son la prohibición de la elección del sexo del embrión, fecundar óvulos humanos con cualquier otro fin que no sea la procreación humana, el número de óvulos fecundados a transferir a la mujer no deben ser más de cuatro, en caso de embarazos múltiples está prohibida la reducción embrionaria y la donación de gametos debe ser gratuita. La ley 11.105 de Bioseguridad del año 2005 introduce un polémico artículo ya que autoriza el uso de embriones sobrantes de la fecundación in vitro que estén congelados desde hace más de tres años para la obtención de células madre, convirtiendo a Brasil en el único país en Latinoamérica que permite la destrucción de embriones para este fin.

- Costa Rica: este país ha adoptado una regulación de las TRHA del tipo restrictivo como Alemania o Italia. En 1995 se aprueba el Decreto 24029-S de Regulación de la Procreación Asistida. El mismo, limita el número de embriones que pueden obtenerse en cada ciclo y deben transferirse en su totalidad a la madre biológica, no pueden destruirse ni congelarse. Las técnicas heterólogas se autorizan sólo en casos excepcionales y después de que se cumplan una serie de requisitos. No obstante, en el año 2000 la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró que este decreto era inconstitucional, entendiendo que la fecundación in vitro viola el derecho a la vida de los embriones que son concebidos fuera del seno materno ya que se los expone a un riesgo

desproporcionado de muerte. El Tribunal determinó que la fecundación in vitro atenta contra la vida humana y por ello el decreto que la autoriza es inconstitucional.

- México: tampoco este país cuenta con una regulación específica. El Código Penal contiene varios artículos relacionados a este tema, y se prohíbe entre otras prácticas, la disposición de gametos humanos con fines distintos a los autorizados por sus donantes, la inseminación artificial o transferencia de embriones sin el consentimiento de la mujer, las intervenciones o manipulaciones genéticas, la fecundación de óvulos humanos con un fin distinto a la procreación humana y la clonación.

5.3 Vacío legal en nuestro ordenamiento

Argentina no es la excepción de los países latinoamericanos y tampoco posee una ley específica que regule las TRHA. Existen más de 20 proyectos de ley sobre regulación de las TRHA que se han elaborado en los últimos quince años, pero ninguno ha obtenido la aprobación de las dos Cámaras y este vacío legal lo suple la jurisprudencia y la doctrina (Andorno, 2009).

Sin embargo, el pasado 5 de junio de 2013 fue promulgada la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida. La misma tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, pero en absoluto regula el fondo de la cuestión y nuestro país sigue sin sentar una posición clara al respecto.

La ley en su art. 4 establece que se creará un registro único en el que deben inscribirse todos aquellos establecimientos sanitarios que estén habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida y que quedan incluidos los establecimientos médicos en donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. En estos establecimientos se podrán llevar a cabo los tratamientos.

El Ministerio de Salud, será la autoridad de aplicación de la ley y en su art. 6 se determina que una sus funciones es arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas.

Como beneficiarios la ley entiende que lo son "toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer." Por lo tanto, si la mujer se arrepiente, vamos a estar en presencia de embriones sobrantes y la ley no regula qué hacer con ellos.

El art. 8 es el eje de la ley en tanto que determina que una serie de establecimientos e instituciones[49], independientemente de la figura jurídica que posean, deberán incorporar como prestaciones obligatorias y brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida[50].

Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos como así también los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos e incluso se prevé que los menores de dieciocho años también puedan acceder a la guarda de óvulos y espermatozoides, aunque no deseen llevar delante de manera inmediata el embarazo pero que por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometida en el futuro su capacidad para procrear.

El art. 9 prevé que a los fines de garantizar el cumplimiento de los objetivos de la ley, el Ministerio de Salud deberá proveer anualmente una asignación presupuestaria.

Hecho este breve análisis de la ley, queda claro que sigue siendo necesaria de manera urgente que nuestro país siente una postura respecto a las TRHA, sea permisiva o restrictiva, y lo correcto hubiese sido que se regulara primero el qué y no el cómo.

49 El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23-661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, como así también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados.

50 Esto incluye: inducción de la ovulación, la estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la ovulación, las técnicas de reproducción asistidas (TRA) y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante.

5.4 Criterios seguidos en los proyectos presentados en el Senado.

Desde el 01 de marzo de 2001 hasta el 01 de diciembre de 2011 no existen proyectos de ley con estado parlamentario que prohíban totalmente las técnicas de fertilización artificial (Marrama, 2012).

Los proyectos de ley con estado parlamentario sobre Regulación de técnicas de Reproducción Humana Asistida, son cuatro y todos son permisivos. Ellos son:

- Proyecto de la Diputada Ibarra (Expte. 6054-D-2011)[51].
- Proyecto de la Diputada Majdalani (Expte. 31-D-2012)[52].
- Proyecto de la Diputada González (Expte. 904-D-2012)[53].
- Proyecto de la Diputada Storani y otros (Expte. 1383-D-2012)[54].

De la lectura de los mismos podemos resumir lo siguiente:

- En las Disposiciones Generales, se permite que, antes de la implantación, se revoque el consentimiento dado por las personas para llevar adelante alguna de estas técnicas, con lo que se admite la eliminación del embrión humano concebido que no ha sido implantado.
- Se habla de la conservación de embriones viables humanos. El resto, es decir los considerados no viables, serían eliminados.
- Se admite la donación de gametos y embriones por la sola voluntad de los destinatarios de las técnicas (Storani, Majdalani, Ibarra) que se instrumenta a través de un contrato con el Centro que lleva adelante la técnica. En este punto particularmente, se evidencia que el embrión es concebido como una cosa, de lo contrario no podría nunca ser objeto de una donación por imperio del art. 1789[55] del Código Civil.

51 Ibarra Vidal, Lidia (2011). Cámara de Diputados de la Nación. Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida recuperado el 07/09/2012 de http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6054-D-2011.
52 Majdalani, Silvia Cristina y Garnero, Estela Ramona (2012). Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida recuperado el 07/09/2012 de: http:www1.hcdn..gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0031-D-2012.
53 Gonzalez, Silvia (2012). Honorable Cámara de Diputados de la Nacion. Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida recuperado el 07/09/2012 de http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=904-D-2012.
54 Storani, María Luisa y otros (2012). Honorable Cámara de Diputados de la Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida recuperado el 07/09/2012 de http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=1383-D-2012.
55 Art. 1789.- Habrá donación, cuando una persona por un acto entre vivos transfiera de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de una cosa.

- El consentimiento puede revocarse en tanto y en cuanto los gametos y/o embriones congelados estén disponibles. Algunos de los proyectos sostienen que la donación debe ser gratuita e incluso se le prohíbe al Centro Médico la promoción de incentivos económicos, lucrativos o comerciales. Otros, entienden que debe proceder una compensación económica por las "molestias físicas y gastos que puedan derivar de la donación".
- Se omite regular el destino de los embriones sobrantes donados que no sean implantados, permitiendo de esta manera la posibilidad al Centro Médico que disponga de ellos libremente.
- Algún proyecto propone un tope máximo de tiempo para la crioconservación de embriones en diez años. Otros directamente estipulan la obligación de descartarlos después que hayan transcurrido diez años sin que nadie los reclame.
- No se regula con la profundidad que amerita el tema sobre la Técnica a utilizarse en los TRHA. No se brinda información y se deja a criterio medico en "cada caso particular" la cantidad de óvulos a inseminar y la cantidad de embriones a transferir.
- La crioconservación de embriones, dependería pura y exclusivamente del criterio médico, en los casos que exista complicación médica o quirúrgica o a fin de evitar embarazos múltiples, con lo cual el destino los embriones sobrantes está supeditado a la voluntad de las personas.

Los proyectos claramente son de carácter permisivo de las TRHA y consideramos que en absoluto reconocen la personalidad de los embriones teniendo esto graves consecuencias. Se atribuye sobre los embriones congelados derechos que parecieran ser de propiedad y de esta manera se los cosifica.

La ausencia de regulación protectoria legitima a la manipulación y a la eliminación de los embriones.

Algunos autores opinan que los proyectos propuestos conducen a formas de aborto que intentan ser disimuladas y se oponen a las normas contenidas en la

Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales que reconocen y tutelan a la vida humana desde la concepción (Berti García & Nasazi, 2012).

Es importante destacar que hay otros proyectos, que no tienen estado parlamentario, y que proponen limitaciones y hasta prohibiciones con respecto a las TRHA, entre ellos:

- Proyecto del Diputado Avelín (Expte. S-97-0450).
- Proyecto del Diputado Britos y Del Valle Rivas (Expte. 430/95).
- Proyecto del Diputado Laferrière y Storani (Expte. 628/95).

El proyecto del Diputado Avelín propone la modificación de los artículos 63 y 70 del Código Civil. En el primero determina que son personas por nacer "las que no habiendo nacido están concebidas. Hay concepción cuando el espermatozoide penetra el óvulo". En el art. 70[56] propone agregar como segundo párrafo: "La misma regla se aplicará cuando la concepción se haya producido fuera del seno materno por fecundación extracorpórea".

El art. 5 del citado proyecto prohíbe expresamente "la fecundación artificial o fecundación humana médicamente asistida" y los define como los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diferente de la unión sexual del varón con la mujer. También se determina que quedan autorizados los medios técnicos que no sustituyan al acto sexual sino que faciliten y que sean una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural.

El proyecto Britos-Del Valle Rivas, no prohíbe ni rechaza las TRHA sino que propone reprimir y sancionar los abusos que pueden provenir de la utilización de las mismas y establecer pautas a las cuales deberán ajustarse los destinatarios y los Centros que las practiquen.

Se propone modificar los artículos 63 del Código Civil reconociendo el estatus de persona por nacer a las que fueron concebidas fuera del seno materno. También el proyecto prohíbe la fecundación e inseminación artificiales heterólogas, la maternidad

56 Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

subrogada, la manipulación genética de embriones humanos no implantados, la clonación y la crioconservación de embriones.

El proyecto Laferrière-Storani considera que el inicio de la vida ocurre cuando se implanta el óvulo fecundado en la mujer. Se permite la crioconservación de embriones y la donación de los mismos.

En su aspecto restrictivo, establece un máximo de tres óvulos a fecundar por ciclo y respecto a las personas que pueden acceder a las técnicas se admite solamente a las parejas formadas por varón y mujer.

Para concluir, es importante remarcar que, a pesar de haber varios proyectos con estado parlamentario, el Senado aún no le ha dado el tratamiento necesario para convertirlos en ley, y esto constituye un deber que no puede ser dilatado por más tiempo, más aún teniendo en cuenta que se ha aprobado la Ley que regula el acceso a las TRHA.

IV. CONCLUSIONES

Los avances científicos han permitido que el hombre, a través de técnicas médicas especializadas, pueda procrear de manera artificial, apartándose del proceso natural de procreación. La intervención de la medicina permite que una pareja pueda concebir un hijo, en aquellos casos en que naturalmente no puede lograrse.

Las técnicas utilizadas son la fecundación in vitro e inseminación artificial, ambas pudiendo ser homólogas, heterólogas o mixtas, GIFT, ZIFT y la maternidad subrogada. Decimos que las mismas son homólogas cuando se utilizan gametos que aportan los integrantes de la pareja y heterólogas o mixtas, en las cuales se utilizan gametos aportados por terceros.

Cuáles deben ser los límites a esta intervención humana, es una cuestión que ha sido abordada desde diferentes perspectivas y que se debate desde la biología, la medicina, la bioética y la teología.

En nuestro país, la ausencia de leyes específicas que regulen las Técnicas de Reproducción Asistida, permite que la voluntad de las personas que se someten a ellas, sea la que decide el destino de los embriones sobrantes que no han siso implantados. Esto conlleva a la posibilidad de congelar vidas humanas, y lo que es peor aún, que sea por tiempo indeterminado. Lo científicamente posible no implica que sea éticamente aceptable.

Es urgente la necesidad que se dicte una ley que regule las Técnicas de Reproducción Humana, que no deberían, como opinan algunos autores, ser prohibidas, sino limitar ciertos procedimientos que son a todas luces ilegítimos, más aún que se ha promulgado la Ley de acceso a estas técnicas. La misma debe ser acorde a los preceptos constitucionales y lineamientos de los Tratados Internacionales, que protegen al embrión desde la concepción, entendiéndola como tal, desde el momento que se unen los gametos masculinos y femeninos.

En ese instante ya hay vida, hay un ser único que se desarrollará llegando a ser una persona.

Por ello, creemos que es para que se dicte una ley acorde a la realidad de nuestro país, es necesario que los legisladores creen un escenario que sea propicio para la reflexión y en el que participen todos los integrantes del debate bioético y de esta manera se pueda analizar la situación en profundidad y con conocimientos certeros, para poder lograr un marco legal acorde a la necesidad real actual, pero teniendo siempre como línea rectora, el derecho a la vida y a la dignidad humana.

Con respecto a los miles de embriones que se encuentran congelados en los distintos centros de reproducción asistida, creemos conveniente que, en el caso que hayan sido abandonados por sus padres por el motivo que fuese, es preferible la adopción prenatal que su destrucción.

Consideramos que los embriones no implantados, no son un simple conjunto de células con la posibilidad de llegar a ser una persona, sino que lo son. Que levante la mano quien alguna vez no ha sido embrión!

Como analizamos en el desarrollo del trabajo de investigación, los países que tienen legislada la materia, adoptan posturas permisivas o restrictivas.

España, por ejemplo, presenta una legislación que se ve beneficiada por lo que se denomina “segmentación de estadios celulares”, y admite la manipulación de material genético, la llamada selección preimplantatoria. No limita la cantidad de óvulos a fecundar y permite la crioconservación de los mismos. La ley establece los posibles destinos de esos embriones y hasta prevé la simple destrucción de los mismos.

Alemania en cambio, posee una ley más restrictiva, que establece y limita la cantidad de óvulos que se pueden extraer, y determina que todos los óvulos que son fecundados deben ser implantados. La crioconservación solo se admite cuando sea necesario diferir la implantación por cuestiones médicas y convenientes para la mujer y el embrión.

Estamos convencidos, que es ésta la postura que debe adoptar nuestro país al regular una ley específica. Es necesario limitar la cantidad de óvulos a extraer y fecundar por ciclo. Y que cada uno que haya sido fecundado, debe indefectiblemente, transferirse al seno materno, evitando de este modo, la generación de embriones

"sobrantes" y su consecuente crioconservación, que los condenaría a un futuro incierto y no siempre digno. Deben ser considerados indefensas vidas que merecen trato digno y equitativo, con amparo de la ley.

Los legisladores, al momento de regular el tema, deben respetar la Constitución Nacional, la ley suprema de nuestro país.

Recordemos que en el año 1994 se realizó una modificación trascendental al incorporarse al plexo normativo varios tratados internacionales, que protegen ampliamente a la persona desde la concepción misma, garantizando el derecho a la vida.

Existen importantes antecedentes jurisprudenciales como lo es la causa promovida por el Dr. Rabinovich, cuya sentencia ordenó el inmediato censo de embriones y ovocitos pronucleados, con la finalidad de obtener datos precisos de la situación de los embriones congelados en nuestro país. Existen también varios proyectos de ley que hemos analizado en este trabajo, con lo cual, es imperante la necesidad de reanudar la discusión, retomando los trabajos realizados, analizar cada uno de ellos y finalmente dictar una ley especial acorde a las exigencias y necesidades de la actualidad.

IV. LISTADO DE REFERENCIAS CITADAS

1. Bibliografía

Andorno, R. (1994). El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro. *Revista Chilena de Derecho* , Vol 21 N°2, pp.321-328.

Andorno, R. (2004). *El embrión humano: ¿Merece ser protegido por el Derecho?* Recuperado el 15 de Mayo de 2013, de Bioética Web: http://www.bioeticaweb.com/content/view/140/739/

Andorno, R. (2009). *Técnicas de Procreación Asistida.* Recuperado el 24 de Junio de 2013, de Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México : biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2673/12.pdf

Arias de Ronchietto, C. E., Basset, U. C., & Lafferriere, J. N. (27 de 10 de 2011). Nota a Fallo. *El Derecho* , 247.

ASEBIR. (2007). Criterios de valoración morfológica de ovocitos, embriones tempranos y blastocitos humanos. *Cuadernos de Embriología Clínica* .

Aznar, J. (2007). *Niños de diseño* . Recuperado el 27 de Mayo de 2013, de Observatorio de Bioética - Universidad Católica de Valencia: http://www.observatoriobioetica.com/presentaciones/ninos_diseno_corta.pdf

Ballesta, F. J. (2003). *Ayuda a los embriones crioconservados.* Recuperado el 25 de Junio de 2013, de Catholic.net: http://es.catholic.net/abogadoscatolicos/449/947/articulo.php?id=14067

Bellver Capella, V. (2002). *Las respuestas del derecho a las nuevas manipulaciones embrionarias.* Recuperado el 01 de Junio de 2013, de Dialnet: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=646173

Bergel, S. (2012). El proyectado artículo 19 del Código Civil. Comienzo de la existencia de la persona humana. *La Ley* , 135.

Bernad Mainar, R. (2000). *Efectos Jurídicos de las nuevas técnicas de Reproducción Humana.* Caracas: Publicaciones UCAB (Universidad Católica Andrés Bello).

Berrocal Lanzarot, A. I. (2007). *Análisis de la nueva ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.* Recuperado el 25 de Junio de 2013, de Revista de la Escuela de Medicina Legal - Universidad Complutense de Madrid: http://pendientedemigracion.ucm.es/info/medlegal/5%20Escuelas/escumedlegal/revista/articulos_pdf/4_4_2007.pdf

Berti García, M., & Nasazi, F. (2012). *Embriones no implantados, proyecto de Código Civil y Proyectos de Fecundación Artificial.* Recuperado el 28 de Junio de 2013, de Centro de Bioética: http://centrodebioetica.org/2012/05/embriones-no-implantados-proyecto-de-codigo-civil-y-proyectos-de-fecundacion-artificial/

Blázquez, N. (2004). *La Bioética y los hijos del futuro.* Madrid (España): Vision NET.

Bustamante Alsina, J. (1983). *Teoría general de la Responsabilidad Civil.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Cardenal Ratzinger, J., & Arzobispo Bovone, A. (Febrero de 1987). *Instrucción DONUM VITAE, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.* Recuperado el 14 de Junio de 2013, de Página Oficial del Vaticano: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

Comisión de Cardenales de Roma. (2005). *Catecismo de la Iglesia Católica - Compendio.* Recuperado el 14 de Junio de 2013, de Página Oficial del Vaticano: http://www.vatican.va/archive/compendium_ccc/documents/archive_2005_compendium-ccc_sp.html

Correa, N. (2001). La Dignidad Humana vs. el Avance Científico. *La Ley* .

Dr. Young, E., & Dr. Chillic, C. (27 de 09 de 2011). Embriones Congelados. *Con sentido público.* (F. Pais, Entrevistador) 7. Buenos Aires.

Faggioni, M. (2012). *La cuestión de los embriones congelados.* Recuperado el 07 de Octubre de 2012, de Biblioteca Electrónica Cristiana: http://www.multimedios.org/docs/d000155/index.html.-

Ferrer, U. (S/F). *Bases ético-antropológicas de la legislación alemana sobre el embrión.* Recuperado el 26 de Junio de 2013, de Colegio de Bioética de Nuevo Leon: http://www.bioetica.com.mx/index.php?option=com_content&view=article&catid=48%3Ajurdico&id=203%3Abases-tico-antropolgicas-de-la-legislacin-alemana-sobre-el-embrin&Itemid=115

Ghersi, C. A. (1997). *Los derechos del hombre: daño y protección a las personas.* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Herranz, G. (2000). *Embriones sobrantes: un problema sin solución ética y practicable.* Recuperado el 18 de Junio de 2013, de Aceprensa: http://www.aceprensa.com/articles/embriones-sobrantes-un-problema-sin-soluci-n-tica-/

Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2012). El embrión no implantado. Proyecto de Código unificado. *La Ley* , 925.

Lacadena, J. (1999). *Sociedad Internacional de Bioética.* Recuperado el 24 de 09 de 2013, de El comienzo de la vida: El Estatuto del Embrión: http://www.sibi.org/com/lac.htm

Lafferriére, J. N., & Franck, M. I. (2012). La situación de los embriones no implantados en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* , 207.

Leret, M. G. (2005). *Derecho, Biotecnología y Bioética.* Caracas: CEC S.A.

Losada, A. (2010). *Derecho a tener hijos.* Recuperado el 22 de Septiembre de 2012, de Bioetica Hoy: http://www.bioeticahoy.com.es/2010/04/derecho-tener-hijos.html

Losada, A. (2 de Abril de 2010). *Lo que opina la Iglesia sobre la Fecundación In Vitro.* Recuperado el 14 de Junio de 2013, de Bioetica Hoy: http://www.bioeticahoy.com.es/2010/04/lo-que-opina-la-iglesia-sobre-la.html

Lucas, R., López Barahona, M., & Antuñano Alea, S. (2011). *La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones.* Recuperado el 18 de Junio de 2013, de Catholic.net: http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1648/articulo.php?id=26064

Marrama, S. E. (2012). *Fecundación in vitro y Derecho.* Paraná: Dictum Ediciones.

Montanari, D. (2012). *Fecundación Artificial, Consentimiento informado y mala praxis.* Recuperado el 28 de Mayo de 2013, de Comisión Bicameral - Honorable Cámara de Diputados de la nación: http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/tucuman/pdfs/TUC_024_TORINO_Maria_Ines.pdf

Munilla Lacasa, H. (2012). Embriones no implantados, una omisión que debe ser subsanada. *La Ley* , 1358.

Muttarrasso, V. (2009). *Antecedentes internacionales sobre la Fertilización Asistida.* Recuperado el 21 de Mayo de 2013, de Bioética Clínica: http://www.bioeticaclinica.com.ar/bioetica_publicaciones/bioetica_publicaciones.html

Pardo, A. (1996). *La Fecundación In vitro.* Recuperado el 22 de Septiembre de 2012, de Facultad de Medicina, Ciencias y Farmacia - Universidad de Navarra - Centro de Documentación de Bioética: http://www.unav.es/cdb/dhbapfivet.html

Parra Tapia, I. (2006). Consideraciones biojurídicas sobre la vida en el embrión humano. *Dikaiosyne - Revista de Filosofía práctica , 16*, 41.

Pascual, F. (2011). *Iglesia y Fecundación Artificial.* Recuperado el 14 de Junio de 2013, de Catholic.net: http://es.catholic.net/sexualidadybioetica/347/1649/articulo.php?id=33449

Pizzarro, R., & Vallespinos, C. (1999). *Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones.* Buenos Aire: Hammurabi .

Sambrizzi, E. (2012). Situación de los embriones crioconservados obtenidos antes de la eventual entrada en vigencia del Proyecto de Reformas al Código Civil. *Derecho de Familia y Persona* , 145.

Sambrizzi, E. (2012). *Sobre el comienzo de la existencia de la persona.* Recuperado el 16 de Mayo de 2013, de Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires: http://www.colabogados.org.ar/larevista/articulo.php?id=143&pag=75

Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2004). *Selección embrionaria: eugenesia positiva.* Recuperado el 27 de Mayo de 2013, de Biblioteca Universidad Complutense: http://eprints.ucm.es/11742/1/Selecci%C3%B3n_embrionaria_eugenesia_positiva.pdf

Theas, M. S. (2011). *La Bioética y el destino de los embriones congelados.* Recuperado el 06 de Junio de 2013, de Facultad de Medicina de la UBA: http://www.fmv-uba.org.ar/antropologia/Vol.%20VI%20Nro.%202%20a%C3%B1o%202011/THEAS%20-%20EMBRIONES%20-%20final.pdf

Tinant, E. L. (2011). Implantación de embriones crioconservados a la pareja pese a la oposición del marido. *La Ley* , 39.

Urries, A. (2010). *Seleccionando el mejor embrión.* Recuperado el 24 de Mayo de 2013, de Hospital Universitario Virgen de las Nieves - España: http://www.hvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2010_reprod_12_seleccionando_al_mejor_embrion_aurries.pdf

Vargas, M. G. (1993). *La fecundación in vitro y la filiación.* Chile : Editorial Jurídica de Chile.

Vega-Gutierrez, A. M. (1995). *Etica, legalidad y familia en las técnicas de reproducción humana asistida.* Recuperado el 31 de Mayo de 2013, de DADUN - Depósito Académico Digital Universidad de Navarra: http://hdl.handle.net/10171/17211

Viladomiu Olivé, I. (2011). *Dignitas Personae y Bioética.* Recuperado el 14 de Junio de 2013, de Catholic.net: http://es.catholic.net/abogadoscatolicos/449/991/articulo.php?id=40546

Yuba, G. (2011). Embriones congelados, fertilización asistida y serparación de los cónyuges. Necesidad de una ley de bioética. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* , 268.

Zurraráin, G. R. (2007). *La dignidad del embrión humano congelado.* Recuperado el 25 de Junio de 2013, de Universidad de Navarra: www.unav.es/revistamedicina/51_1/pdf/6 -

2. Legislación

Argentina:

- Código Civil.
- Constitución Nacional.
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 26.061 Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.
- Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida.

Chile:

- Código Civil.
- Constitución Nacional.

Uruguay:

- Código Civil.

Perú:

- Código Civil.
- Código Penal.
- Constitución Nacional.

Brasil:

- Resolución 1358 de1992.
- Ley 11.105 de Bioseguridad del 2005.

Costa Rica:

- Decreto 24029-S de Regulación de Procreación Asistida

España:

- Ley española 14/2006, sobre técnicas de reproducción asistida.

Alemania:

- Ley alemana 745/90 de Protección al Embrión.

Pactos y Convenciones:

- Pacto de San José de Costa Rica.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana de Derechos Humanos.

3. Jurisprudencia

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, Sala I, "R., R. D. s/medidas precautorias" del año 2003.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires, sala J, "P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias", del año 2011.
- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “L.,H.A. y otra c. I.O.M.A y otra”, del año 2008.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, del año 2002.

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	**Richetta, Mariana**
E-mail:	**marianarichetta@hotmail.com**
Título de grado que obtiene:	**Abogado**

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	**Embriones sobrantes congelados: ¿cosas o personas?**
Título del TFG en inglés	**Remaining frozen embryos: ¿things or persons?**
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	**PIA (Proyecto de Investigación Aplicada)**
Integrantes de la CAE	**González Unzueta, Cristina; Miguel, Federico**
Fecha de último coloquio con la CAE	**13/10/2013**
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	**Nombre de archivo: TFG-Mariana Richetta** **Archivo en formato PDF**

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- [x] **Si, inmediatamente**
- [ ] **Si, después de ….. mes(es)**
- [ ] **No autorizo**

Firma del alumno