



Abogacía

**“Los derechos del embrión como sujeto de derecho
en el contexto de las TRHA”.**

Bengolea Romina Flavia

2013

RESUMEN EJECUTIVO

Las Técnicas de Reproducción Asistida son una nueva forma de procrear y ellas incidieron en el derecho de familia, en el tema de filiación, en los derechos fundamentales y personalísimos del embrión y del niño. A través del análisis de la doctrina, la jurisprudencia y especialmente la normativa vigente y los proyectos de reforma, se intentará en este trabajo insinuar posibles conclusiones en aquellos temas controvertidos, como el estatuto jurídico del embrión , el comienzo de la existencia de la persona y el derecho a la intimidad de los progenitores vs derecho a la identidad del embrión y luego del niño ante la elección de una TRHA, como también en aquellos temas que su regulación jurídica es insuficiente , fundamentalmente la naturaleza jurídica de los embriones no implantados.

ABSTRACT

Assisted Reproduction Techniques are a new way to procreate and they affected the family law, the issue of parentage, in very personal fundamental rights and embryo and child. Through analysis of the doctrine, jurisprudence and especially the current regulations and reform projects, this paper will attempt to suggest possible conclusions in those controversial issues such as the legal status of the embryo, the beginning of the existence of the person and the right to privacy of the parents vs. right to identity of the embryo and then the child before choosing a TRHA, as well as on issues that legal regulation is insufficient, primarily the legal status of non-implanted embryos.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	6
OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS	11
CAPÍTULO 1: NOCIONES CONCEPTUALES BÁSICAS	13
1.1 Sujetos. Definiciones:.....	13
a) Embrión.....	13
b) Pre-embrión	14
c) Feto.....	15
d) Persona	15
1.2 Derechos Fundamentales. Definiciones	16
a) Concepto de identidad.....	16
b) Concepto de intimidad.....	17
1.3 Reproducción Humana Asistida.....	18
a) Definición científica.....	18
b) Definiciones de la doctrina.....	18
1.4 Técnicas de Fecundación Humana Asistida.....	19
a) Inseminación artificial (IA)	19
b) Fecundación in vitro (FIV).....	20
c) Fecundación por inyección espermática intracitoplasmática (ICSI)	20
d) Maternidad subrogada o sustituta.....	23
1.5 Fecundación Homóloga y Heteróloga.....	24
1.6 Conclusiones Parciales.....	25
CAPÍTULO 2: SITUACIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN.....	26
2.1 Embrión implantado en el seno materno.....	26
a) Comienzo de la existencia de la persona en nuestro actual Código Civil.....	26
2.2 Embrión no implantado.....	28

a) Naturaleza jurídica.....	28
b) Patentamiento y uso de embriones. Ley N° 24.481	33
2.3 Conclusiones Parciales.....	36
CAPÍTULO 3: DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS PRÁCTICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA.....	38
3.1 Derecho a la procreación.....	38
3.2 Derecho a la salud. Obras sociales.....	42
3.3 Derecho a la intimidad vs Derecho a la identidad.....	44
3.4 Impacto de las TRHA en el régimen de filiación.....	50
a) ¿Se puede hablar de un tercer tipo de filiación derivada de las TRHA?.....	50
b) Voluntad procreacional.....	53
c) Maternidad por sustitución- Turismo procreacional	55
3.5 Conclusiones Parciales.....	59
CAPÍTULO 4: LAS TRHA EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	60
4.1 Proyecto del Código Civil y Comercial. Análisis.....	60
a) Definición de TRHA	61
b) Embrión y persona humana con la introducción de las TRHA.....	62
c) Comienzo de la existencia.....	62
d) Derechos personalísimos: intimidad e identidad.....	64
e) Filiación.....	66
4.2 Conclusiones Parciales.....	67
CAPÍTULO 5: TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.....	70
5.1 La situación de los embriones no implantados y la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.....	70
a) Legislaciones que protegen al embrión: Alemania y Chile.....	70
b) Legislaciones que hacen prevalecer las TRHA sobre el interés del concebido	77

5.2 Conclusiones Parciales.....	82
CONCLUSIONES FINALES.....	84
BIBLIOGRAFÍA.....	87

INTRODUCCIÓN

La continuidad de la vida se organiza gracias al proceso biológico de la reproducción. Durante millones de años la reproducción humana estaba rodeada de misterio, desde la concepción hasta el momento del nacimiento. Sólo se producía a través de una relación sexual entre el hombre y la mujer, con la unión entre el ovulo y el espermatozoide (fecundación). Producto de esa relación, era el feto, que sólo era conocido después de producido el nacimiento. Este escenario se fue modificando paulatinamente con el avance de las nuevas tecnologías incorporadas por la biología y la medicina. (Minyersky, 2004).

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA) son una nueva forma de procrear, proveen opciones para aquellas personas que no pueden concebir a consecuencia de dificultades del sistema reproductivo del hombre o de la mujer, en la que se necesita del aparato reproductor, pero no requiere mantener relaciones sexuales para concebir. Ellas incidieron en el derecho de familia, en el tema de filiación, en los derechos fundamentales y personalísimos del embrión y del niño. La imposibilidad de concebir hijos en forma natural provoca en algunos casos, situaciones traumáticas para la pareja. La ciencia con su desarrollo, los coloca frente a una posible solución del problema, mediante la procreación humana asistida. Si bien hoy se resaltan los derechos y necesidades de la pareja de reproducir (el derecho a procrear) usando las TRHA, surge un interrogante: ¿Hay un “derecho al niño” concebido con el uso de estas técnicas? Nadie puede negar el derecho a procrear, a formar una familia, es algo natural y necesario para el avance de la sociedad, que pareciera absurdo su rechazo. Nuestra Constitución Nacional como también tratados y convenciones reconocen el derecho a constituir una familia, pero en la realización de este objetivo muchas veces se pierde de vista el “interés superior del embrión y el niño”. (Lloveras, Orlandi, Faraoni, Tavip, Verplaetse, Durán, 2005)

Las TRHA son variadas y su elección depende de las características y dificultades de la pareja, pero en esta elección podemos percibir una colisión entre el derecho a la intimidad que tienen los progenitores-terceros interesados (donantes) y el derecho a la identidad del niño por nacer concebido por las TRHA. (Turner Saelzer, Molina Pezoa, Momberg Uribe, 2000)

Estas nuevas técnicas de reproducción también impactaron en el régimen de filiación, donde se plantea junto a la filiación biológica y la adoptiva, una tercera, basada en la voluntad procreacional, denominada “maternidad por sustitución” o “maternidad subrogada”, conocida también como “alquiler de vientre” (Minyersky, 2004, p. 152). En nuestro país este tipo de contrato actualmente está prohibido (el proyecto de reforma ya lo incluye), el problema emerge cuando nuestros ciudadanos sí efectúan esta práctica, en aquellos países que lo permiten, es lo que se ha dado en llamar “turismo procreacional”, esta situación ha obligado a los tribunales argentinos a expedirse en el supuesto de convenios realizados y cumplidos, por ejemplo en La India por ciudadanos Argentinos que requerían la inscripción del niño como argentino en virtud de la nacionalidad de sus padres. Es necesaria una inminente legislación que aclare estas situaciones y que no queden en manos de tribunales o de decisiones particulares. (Lamm, E. 2012)

La falta de una legislación en el derecho argentino, que regule de manera integral el uso de las TRHA, permite desarrollar su práctica en cada centro privado de fertilización sin control estatal. Tal necesidad de regulación ya había sido señalada en el III Congreso de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1961:

Que las posiciones religiosas, filosóficas o morales con que se valore la inseminación artificial no obstan a su regulación legal, por cuanto la realidad humana debe ser recogida normativamente para fijar los principios que la regirán, sin que esto implique fomentar determinadas prácticas, sino responder a los fenómenos sociales que se producen¹.

El rol que juega el embrión o el niño concebido con el uso de las TRHA, no es sólo un “producto” del avance de la ciencia, sino una parte fundamental dentro del funcionamiento de estas técnicas y dependen vitalmente de ellas, desde el momento en que comienza la vida, el hijo se “independiza” de los procedimientos, en este caso asistidos científicamente, que permitieron su existencia y comienza a poseer un status jurídico propio, como sujeto de derecho. (Turner Saelzer, et al. 2000)

Cuando Vélez Sarsfield escribió el Código Civil, las TRHA no existían, eran algo impensado. La definición de persona por nacer que él nos brindó era la adecuada a su

¹ Recomendación N° 7 del III Congreso Nacional de Derecho Civil (1961) Tema N° 20 Las pruebas de la filiación y las conclusiones de la biología. Recuperado el 15/04/2013 de http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/2-ano/derecho-civil-i/aportes-teoricos/3_cong_nac_dcho_civ_1961.pdf

época, por lo tanto, las nuevas formas de concebir son un hecho nuevo, una categoría que no está contenida en el derecho actual, pero que sí se realiza en la práctica diaria de diferentes instituciones en nuestro país. Por eso es necesaria una reforma normativa que abarque estos temas de la realidad de hoy, dado que la ley está un paso atrás con respecto a las TRHA. Citando al Dr. Marcelo Feliú:

Si uno tuviera que comparar la diferencia de velocidad entre los tratamientos de fertilidad asistida, la ciencia de la fertilidad asistida o la medicina de reproducción asistida con la ley, sería como comparar a una Ferrari con un triciclo. La ciencia que ustedes desarrollan (refiriéndose a los médicos) le lleva años luz a la ley. Por lo tanto, ésta será una rama nueva del derecho y creo que se convertirá en una rama específica que esencialmente modificará los conceptos tradicionales sobre los temas involucrados. (2011, p. 42)

El presente trabajo tiene como finalidad principal comprender e identificar el uso de las TRHA y su régimen legal vigente (y en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial) en la sociedad de nuestro país, mirando especialmente el respeto de los derechos fundamentales del niño por nacer como sujeto de derecho. El uso de las TRHA ha puesto en crisis el actual sistema jurídico, una crisis que se manifiesta en uno de los temas más controvertidos: “el comienzo de la existencia de la persona” porque determina el status jurídico de los embriones, surgiendo aquí un primer interrogante ¿Qué son y qué régimen legal regula los embriones no implantados?

Actualmente existe un proyecto de reforma del Código Civil y Comercial que cuenta con media sanción en cámara de senadores, donde se regulan algunos aspectos de las prácticas de fertilización asistida, y que en su texto original consideraba persona al embrión implantado en el vientre materno e incluía la maternidad subrogada o “gestación por sustitución” (que una mujer ponga su cuerpo para gestar el hijo de terceros, ya sea de una pareja o de una persona sola). Sin embargo dicho proyecto de reforma ha sufrido cambios y modificaciones. Su texto original ha sido modificado, eliminándose la figura de la maternidad subrogada y considerando el comienzo de la vida desde “la concepción”. También el proyecto de reforma reglamenta la filiación producto del uso de las TRHA, tema que no habría sufrido modificaciones en su texto original. Recientemente² se sancionó además la ley de fertilización asistida en Argentina, en la cual se garantiza el

² Ley de Reproducción Médicamente Asistida. Sancionada el 5 de junio de 2013.

acceso universal a los procedimientos y técnicas de reproducción. A pesar de estas propuestas legislativas, aun nos encontramos con lagunas en determinados temas, dado que estos ordenamientos remiten a leyes especiales que todavía no se sancionan.

Una investigación llevada en forma metódica nos puede proporcionar claros conceptos de las cosas, hechos y fenómenos, nos puede facilitar la sistematización de nuestros conocimientos e ideas, y hacer posible finalmente, que descubramos las leyes o regularidades, a que está sometido todo lo que sucede o existe. (Hermann, 1965)

Dentro del marco metodológico se utilizará un “tipo de estudio o investigación” descriptivo y explicativo. Se efectuará una adecuada caracterización de las técnicas de reproducción asistida y su incidencia en el derecho actual, llevando adelante una recolección de información legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, como también la comparación de nuestra legislación con las legislaciones de algunos países europeos y latinoamericanos.

Se utilizará el método de la lógica cualitativa, permitiendo llevar adelante una construcción del conocimiento a través de la observación y análisis de la legislación (fuente primaria), jurisprudencia y doctrina (fuente secundaria) sobre la incidencia de las TRHA en los derechos fundamentales de embrión como sujeto del derecho.

El trabajo de investigación se desarrollará a través de cinco capítulos, con núcleos temáticos propios, que establecerán el contenido general del trabajo, arribando a conclusiones parciales y a una conclusión final.

En el primer capítulo se desarrollarán los aspectos generales del tema elegido, exponiendo las definiciones científicas y doctrinarias de embrión, pre-embrión, feto, y persona, como también los conceptos de identidad e intimidad. Por último se establecerán las definiciones de las principales TRHA, destacando los conceptos de “células madre embrionarias” y la “crio-conservación”.

En el segundo capítulo se dará lugar al tratamiento que realiza la doctrina y la legislación del actual Código Civil en base a dos núcleos temáticos: “Embrión implantado en el seno materno”, surgiendo aquí un tema de importancia fundamental, desde cuando se considera persona, partiendo de la normativa vigente. El segundo eje temático analiza la situación del

“Embrión no implantado”, girando aquí la investigación en el punto de establecer cuál es el status jurídico del embrión antes de su implantación en el vientre materno, surgiendo preguntas como ¿Cuál es la situación jurídica en Argentina del embrión no implantado? ¿Es considerado el embrión una persona o una cosa?, ¿Se permite la donación, uso y patentamiento de estos embriones en nuestro país? Se intenta dar una respuesta doctrinaria y normativa.

El tercer capítulo considera los derechos fundamentales en las prácticas de procreación asistida, observando el derecho a la procreación, el derecho a la salud reproductiva (ley 26.862) y la colisión entre el derecho a la intimidad de los progenitores-terceros interesados y el derecho a la identidad del niño por nacer concebido por las TRHA. El capítulo culmina con el análisis del impacto de las TRHA en el régimen de filiación, considerando la voluntad procreacional y lo que se denomina “Turismo Procreativo”.

A lo largo de los capítulos, se examinan fallos jurisprudenciales, algunos de los cuales ilustran la doctrina y la normativa vigente, mientras que otros vienen a dar una solución a las lagunas que presenta el derecho.

El cuarto capítulo está destinado a la observación y análisis de las disposiciones que establece el “Proyecto de Reforma de Unificación del Código Civil y Comercial”, el cual introduce las TRHA a la normativa de fondo, dejando algunas lagunas. En este capítulo también se incluirá el análisis de las modificaciones incorporadas por la cámara de senadores al texto original del proyecto.

El último capítulo mostrará el tratamiento que lleva adelante la legislación comparada, dividiendo su análisis en dos grupos: aquellas legislaciones que protegen al embrión ante el uso de las TRHA como Alemania y Chile y otras como España que en su normativa prevalecen las TRHA sobre el interés del concebido.

Este trabajo en su conjunto pretende acercarnos a la regulación específica que tienen hoy las TRHA en nuestro país y las consecuencias que producen estas técnicas que se llevan adelante en la sociedad, muchas de ellas no reguladas, dejando un vacío legal y vulnerando los derechos fundamentales del embrión. Se proponen posibles soluciones, basadas en fallos jurisprudenciales, posturas de la doctrina y en el derecho comparado.

OBJETIVO GENERAL Y OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

OBJETIVO GENERAL:

- Analizar la incidencia del uso de las TRHA respecto al status jurídico del embrión y a los derechos fundamentales que tiene el “niño por nacer” como sujeto de derecho.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Analizar científica y doctrinariamente el concepto de embrión, pre-embrión, feto.
- Describir el significado de las diferentes técnicas de fecundación humana asistida.
- Distinguir la naturaleza jurídica del embrión implantado en el seno materno del que todavía no se encuentra implantado.
- Analizar la normativa argentina sobre el patentamiento y uso de embriones, destacando especialmente la situación jurídica de los embriones congelados.
- Explicar el alcance del derecho que asiste a los padres y terceros (donantes) a su intimidad, a procrear, en relación con el derecho a la identidad del niño por nacer.
- Identificar la regulación legal de un tercer tipo de filiación derivada del uso de las TRHA, basada en la voluntad procreacional relacionándolo con el nuevo concepto de “Turismo Procreativo”.
- Comparar los derechos de la madre “biológica” vs la madre “legal”.
- Analizar las soluciones que nos brinda la jurisprudencia a través de sus fallos, ante las posibles lagunas que nos ofrece nuestro sistema legal.
- Examinar las reformas que propone el proyecto de unificación del código civil y comercial con respecto al tema, evaluando el impacto que produciría en la legislación y en la sociedad.

- Observar en el derecho comparado la regulación del uso de las TRHA en relación con los derechos personalísimos del niño por nacer, los embriones no implantados y la filiación.

CAPÍTULO 1: NOCIONES CONCEPTUALES BÁSICAS

En este primer capítulo, para la realización de los objetivos propuestos, se expondrán conceptos científicos y doctrinarios, que por breves que pudieran resultar, son de obligado desarrollo. El objetivo no es hacer un trabajo desde el punto de vista médico ni ético, sino al sólo efecto de aclarar conceptos que más adelante son mencionados, y poder determinar la problemática jurídica que plantea la procreación humana asistida.

1.1 Sujetos. Definiciones:

a) Embrión

El diccionario de la Real Academia Española define a embrión como: **1.** Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie. **2.** En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo. **3.** Estadio que va desde la creación del cigoto hasta la formación de los órganos y tejidos que constituyen el feto; es la primera etapa del desarrollo de un ser vivo. **4.** Principio, todavía sin forma definida, de una cosa.³

El Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación de España⁴, establece que bajo la denominación de embrión se entiende “una serie de estadios del desarrollo que comienzan cuando se forma el huevo o cigoto y culminan cuando el organismo adquiere la forma característica del individuo adulto, a partir del cual se le denomina feto.”

Para la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER)⁵ denomina embrión a la etapa que se inicia con la implantación del pre-embrión en el útero.

Adorno (2004) establece que según la biología, el embrión es un ejemplar viviente; un ser organizado que vive una existencia propia y que no puede ser dividido sin ser destruido y si es capaz de dividirse, resultan varios individuos de la misma especie. Y establece que, debe observarse que en las dos primeras semanas de vida del embrión humano, él puede dividirse y dar lugar a varios individuos (gemelos), lo que es posible hasta la aparición del

³ Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 13/09/2013 de <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=jECSrfTWmDXX2pILfdiJ>

⁴Conclusiones y Recomendaciones del Comité de expertos sobre Bioética y Clonación (1999). Recuperado el 10/11/2013 de <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4655/850/#1>.

⁵ Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER). Recuperado el 14/11/2013 de http://www.samer.org.ar/publicaciones_normativas_preembriones.php.

sistema nervioso (lo que tiene lugar el día 14º luego de la fecundación). Este fenómeno, continua explicando, conduce a algunos autores a sostener que, al poder dividirse el embrión, no es individuo y por tanto no es persona.

Desde el punto de vista de la genética, la fecundación es el proceso por el cual se unen un óvulo y un espermatozoide para dar lugar a un nuevo organismo.

Luego de la fecundación nace un ser único e irrepetible, con características genéticas propias, aportado éste material genético por cada uno de los progenitores.

b) Pre-embrión:

El término pre-embrión es un concepto incorporado por algunos científicos al debate bioético con intención de diferenciar los primeros 14 días de desarrollo del embrión o cigoto humano del resto. Se trataría de la primera etapa de desarrollo denominada “etapa embrionaria”. Esta etapa abarcaría desde la constitución del cigoto, por la unión del óvulo y el espermatozoide, hasta el inicio de su diferenciación celular, que se estima que ocurre hacia el séptimo día posterior a la concepción (cuando comienza a anidarse en la pared uterina). Los científicos que establecen este concepto fundamentan su postura, que durante los primeros días de desarrollo, el embrión se puede dividir espontánea o artificialmente y constituir dos embriones idénticos (gemelos monocigóticos). De este modo, la etapa pre-embriónica duraría hasta su anidación completa, hacia el día 14º, momento que coincide con la formación de la línea primitiva o cresta neural, momento a partir del cual ya no tiene más posibilidad de dividirse formando dos gemelos monocigóticos. Iniciada la diferenciación celular, con la formación de la línea primitiva o cresta neural, el pre-embrión pasaría a llamarse embrión, pues ya no puede subdividirse sin morir. (Vega Gutiérrez, 2004)

Otros científicos no admiten esta distinción, por considerarla carente de fundamento científico. Para éstos la etapa embrionaria abarca desde la concepción hasta los 90 días de gestación, en que el embrión se denomina "feto". Esta posición sostiene que aquellos que pretenden incorporar el concepto de pre-embrión es una forma de poder justificar las diferentes investigaciones que se realizan en el embrión, sin que existan trabas éticas y legales. (Vega Gutiérrez, 2004)

El concepto de pre-embrión es una definición que pertenece al campo de la biología y la medicina, dado que comprende para algunos los primeros días de gestación, desde la concepción hasta el séptimo día, para otros esta etapa carece de fundamento.

c) Feto: (Del lat. fetus, cría).

Según la medicina es un ser en desarrollo intrauterino, se suele hablar de embrión hasta que alcanza una morfología con rasgos humanos, lo cual ocurre al final del segundo mes. Por lo tanto, el periodo fetal se extiende desde las ocho semanas hasta el nacimiento. Durante la vida fetal no se forman órganos o tejidos nuevos, sino que se produce la maduración de los ya existentes⁶.

Es la etapa que le continúa al embrión en el proceso de gestación, según la medicina, aunque feto y embrión en muchas ocasiones se usan como sinónimos.

d) Persona: (Del lat. persona)

Desde la biología y la medicina⁷: Individuo de la especie humana producto del nacimiento.

El concepto de “persona”, como se analiza en el capítulo segundo, es un concepto cultural. Se nace humano (un ser físico y biológico) y se llega a ser persona. Por el camino, el individuo tendrá que adquirir las habilidades y comportamientos propios de la persona, que fundamentalmente son:

- la conciencia de sí mismo
- la racionalidad
- el sentido del bien y del mal

Desde este punto de vista, la persona sería un producto social, resultado de la vida en común con los otros humanos, de la convivencia y el aprendizaje.

⁶ Diccionario genético. Recuperado el 10/09/2013 de <http://ciencia.glosario.net/genetica/feto-fetus-4965.html>.

⁷ Diccionario médico-biológico de la Universidad de Salamanca. Recuperado el 10/11/2013 de <http://dicciomed.eusal.es/palabra/persona>.

1.2 Derechos Fundamentales. Definiciones

a) Concepto de Identidad

Según la Real Academia Española⁸, identidad se debe entender como el conjunto de elementos y circunstancias que permiten afirmar que una persona es la que dice ser o la que se busca.

Fernández Sessarego lo define como “conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona de la sociedad” (1992, p. 113). Este conjunto de atributos tienen un contenido o acepción estática, perpetua e inmutable (atributos de identificación y el origen genético-biológico): nombre, características físicas, edad y también otra acepción dinámica, variable en el tiempo, relacionado con la personalidad (proyección histórico-existencial): desarrollo psico-emocional, educación, formación religiosa y ética, ideas, su cultura.

Otros autores como Zannoni agregan, a estas dos acepciones una tercera, la filiatoria, que según el autor es un concepto jurídico: “es la que resulta del emplazamiento de una persona en un determinado estado de familia con relación a quienes aparecen jurídicamente como sus padres” (1998, p. 320). Este autor también expresa:

“...el concepto de identidad filiatoria como pura referencia al presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria (...) la verdad biológica no es un valor absoluto cuando se la pone en relación con el auténtico interés superior del menor en cada caso concreto, de acuerdo con sus circunstancias”. (Zannoni, 1998-C, 1179)

Puede concordar o no con la identidad genética. Un ejemplo es cuando se usa una TRHA con gametos del dador, donde existe un aporte biológico que no corresponde a la identidad filiatoria que la ley le otorga al recién nacido.

Esta posición es compartida por Gil Domínguez, Famá y Herrera (2006), cuando con claridad advierten que la biología no es la única verdad que prima en el derecho de la filiación, sino que esta se combina con la cultura, lo social, lo psicológico. Aquí es donde se conjugan las fases estática y dinámica que integran la identidad de una persona según Fernández Sessarego (1992).

⁸ Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 10/11/2013 de <http://lema.rae.es/drae/>

b) Concepto de Intimidad

La intimidad es la zona abstracta, espiritual, íntima que una persona reserva para un grupo acotado de gente, generalmente su familia y amiga. Sus límites no son precisos y dependen de distintas circunstancias.

Aquellos actos y sentimientos que se mantienen fuera del alcance del público forman parte de la intimidad o privacidad de una persona. Es importante destacar que la intimidad está protegida por la ley. La intimidad puede estar asociada a cierta información que no se desea que trascienda.

Se menciona generalmente que todo hombre tiene una esfera de actuación en el ámbito público y otro privado. Este ámbito privado tiene su fundamento en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional:

Artículo 18: "(...) el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados"

Artículo 19: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Este derecho también se encuentra protegido, luego de la reforma constitucional de 1994, en diversos tratados internacionales : Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, art. 5⁹, Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 12¹⁰, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, art. 17¹¹, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11¹², Convención sobre los derechos del niño, art. 16¹³.

En el Código Civil también se alude al derecho a la intimidad en su artículo 1071 bis:

"El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal,

⁹ Artículo 5: Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

¹⁰ Artículo 12: Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

¹¹ Artículo 17: 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹² Artículo 11: Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

¹³ Artículo 16: 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”¹⁴.

Este artículo promueve una protección integral al ámbito de la intimidad de una persona, cuando sufre una perturbación, a través de una acción (publicando, difundiendo, mortificando, perturbando) por parte de un tercero, en ese ámbito protegido por la ley.

Luego volveremos sobre estos conceptos cuando se trate el tema sobre el derecho a intimidad de los padres y el derecho a la identidad del niño.

1.3 Reproducción Humana Asistida.

a) Definición Científica.

La fecundación es “la fusión del óvulo femenino con el espermatozoide masculino que se efectúa normalmente por la cópula carnal. Pero puede también producirse la fecundación llevando artificialmente el semen a la vagina”¹⁵. Artificial, asistida aluden en este caso, a que la fecundación se realiza, no de manera natural (coito) sino que interviene la mano o arte del hombre, se produce con ayuda de medios mecánicos¹⁶. Podemos definir a la **fecundación humana asistida** como el proceso mediante el cual se forma un nuevo individuo a partir de la unión de los gametos femenino y masculino, con ayuda de medios mecánicos.

b) Definiciones de la Doctrina.

Iñigo, Levy y Wagmaister definen “que la reproducción humana es asistida cuando no es el resultado de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico científicas que la hacen posible” (1994, p. 551).

Bossert y Zanonni, establecen un concepto directamente sobre una de las técnicas y no en general de la reproducción humana asistida, lo definen: “La inseminación artificial es el método por el cual la mujer puede ser fecundada sin mediar acto sexual. Previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero (inseminación

¹⁴ Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 21.173 B.O. 22/10/1975

¹⁵ Diccionario Jurídico. Recuperado el 10/11/2013 de <http://derecho.upla.edu.pe/pdf/diccionariosorio.pdf>

¹⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado el 10/11/2013 de <http://lema.rae.es/drae/?val=artificial>

intracervical) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina)” (2008, p.469).

Kemelmajer de Carlucci, Fama y Lamm, entienden que las THRA, “no debe ser definida legalmente porque quedaría obsoleta, generando interpretaciones diversas, contradictorias, todo lo cual atenta contra la seguridad jurídica...” (2011, p. 2), esto evita que la norma quede estática. Manifiestan que la mayoría de las legislaciones extranjeras no las definen, dan como ejemplo la Ley 14/2006 de España que en su art. 2 no define la THRA, sino que enumera las técnicas que pueden realizarse. Finalmente expresan las autoras que si hay que definir, parece más acertado conceptuar a la reproducción asistida como: “la obtención de la reproducción de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico-biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre o mujer” (Kemelmajer de Carlucci et al. 2011, p. 2).

El actual Código Civil como el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, no nos ofrece una definición de Reproducción Humana Asistida, ni sobre las diferentes técnicas.

La nueva Ley N° 26.862, “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, sancionada y promulgada en Junio de 2013, establece:

ARTÍCULO 2° — “Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación”.

1.4 Técnicas de Fecundación Humana Asistida.

a) Inseminación artificial (IA)

La Inseminación Artificial, es el método mediante previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero o directamente en el interior del útero para acortar la distancia que deben recorrer los espermatozoides hasta llegar al ovocito (Bossert y Zannoni, 2008, p. 469). Lo artificial en este proceso es solo la forma de introducción del semen al cuerpo de la mujer, más no la fecundación misma. Dentro de las técnicas de reproducción asistida es la más sencilla.

b) Fecundación in vitro (FIV)

Las técnicas de fertilización in Vitro son aquellas en las cuales la fertilización se produce fuera del cuerpo de la mujer. Se traduce literalmente como “fertilización en vidrio”.

Es una modalidad de reproducción asistida en la cual la unión de gameto femenino y masculino, es decir la fecundación se lleva a cabo en una probeta de laboratorio, se produce la célula huevo o cigoto, hasta que se desarrolle como embrión y, de los embriones resultantes, se transfiere al útero de la receptora un número determinado de estos últimos (generalmente hasta tres por seguridad, ya que puede provocarse un nacimiento múltiple) (Jáuregui y Mac Donnell, 2012, p. 27)

El proceso de fertilización es totalmente natural ya que el óvulo será penetrado naturalmente por uno de los espermatozoides y así se formarán los embriones que luego serán transferidos a la cavidad uterina.

c) Fecundación por inyección espermática intracitoplasmática (ICSI)

Cuando la muestra espermática es muy pobre y se sospecha que es poco posible que los espermatozoides puedan fertilizar solos, se utiliza la técnica de ICSI (inyección espermática intracitoplasmática) en donde se inyecta un espermatozoide en cada ovocito. Vale decir se favorece el proceso de fertilización¹⁷.

Características básicas a ambas técnicas

En estas dos últimas técnicas, los pasos para lograr la fecundación son iguales, la diferencia radica que en la FIV la unión del óvulo y el espermatozoide es de manera natural, en cambio en ICSI se realiza de manera artificial.

Pasos de la FIV/ICSI:

- Hiperestimulación ovárica controlada
- Recuperación de los ovocitos¹⁸.
- Fertilización y cultivo embrionario.
- Transferencia embrionaria.

¹⁷ Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER). Recuperado el 13/11/2013 de http://www.samer.org.ar/publicaciones_normativas.php

¹⁸ Ovocito: célula reproductora femenina. Al nacimiento un ovario contiene entre 1 y 2 millones de ovocitos, en la pubertad quedan reducidos a unos 500.000 y solamente unos 400 son ovulados, uno por mes, hasta la menopausia, degenerando todos los demás. Instituto de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad. Recuperado el 10/11/2013 de <http://www.fecunditas.com.ar/glosario.html>

- Mantenimiento de la fase lútea¹⁹.

Una vez que los óvulos son recuperados se examinan en el laboratorio y se clasifican según su madurez. Ese mismo día se incuban los espermatozoides junto con los óvulos en la estufa a la temperatura misma que la corporal de la mujer.

En el caso que la muestra espermática sea de muy pobre calidad se utilizará un equipo denominado micromanipulador que permite tomar los espermatozoides e inyectarlos directamente en el ovocito y la técnica de denominará ICSI.

Luego de unas 18 horas los óvulos son examinados para ver si fueron fertilizados. Continúa el cultivo en el laboratorio durante 48 a 72 horas.

La transferencia embrionaria es un procedimiento sencillo pero importante. Se efectúa en forma ambulatoria sin necesidad de anestesia y se cargan los embriones en un catéter blando que se pasa por el cuello uterino para depositar los embriones en la cavidad uterina. (Minyersky, 2004)

Al hablar de FIV e ICSI surgen conceptos que se relacionan con ambas técnicas y que son utilizados en los siguientes capítulos (especialmente al analizar el patentamiento y uso de embriones) sin llegar a ser un estudio pormenorizado, se considera pertinente realizar algunas consideraciones con respecto a ciertos temas relacionados con el desarrollo del presente trabajo.

La **célula** es la estructura más pequeña capaz de realizar por sí misma tres de las funciones vitales: nutrición, relación, reproducción. Todos los organismos vivos están formados por células. En el núcleo de las células se encuentra el ADN o material genético²⁰.

Las **células madre** son células que se encuentran en todos los organismos multicelulares y que tienen la capacidad de dividirse y diferenciarse en diversos tipos de células especializadas y de auto-renovarse. Pueden utilizarse para probar nuevos medicamentos,

¹⁹Fase lútea: es la tercera fase del ciclo menstrual, empieza después de la ovulación y hasta el día antes del periodo menstrual. Se caracteriza por la aparición en el ovario, tras la liberación del óvulo, de un tejido muy rico en colesterol, de color amarillento, que da nombre al cuerpo lúteo. Este tejido comienza a formar grandes cantidades de progesterona, cuya función principal es la de preparar al endometrio, engrosando sus paredes, para alimentar al huevo fecundado hasta que este último pueda nutrirse de la sangre materna a través de la placenta. En el caso de que no se produzca la fecundación, se caracteriza por el síndrome premenstrual, una etapa que se distingue por síntomas de depresión, tensión mamaria, cambios de humor e irritabilidad, entre otros. Instituto de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad. Recuperado el 10/11/2013 de <http://www.fecunditas.com.ar/glosario.html>

²⁰ Diccionario médico de la Universidad de Salamanca. Recuperado el 25/09/2013 de <http://dicciomed.eusal.es/palabra/celula>

emplearse para casos de Parkinson y Alzheimer, lesiones medulares, quemaduras, lesiones de corazón o cerebrales, diabetes, osteoporosis y artritis²¹. Las células madre se clasifican: “embrionarias” si se encuentran en el embrión o “adultas” si encuentran en tejidos y órganos adultos.

Las **células madre embrionarias**, se pueden obtener de los fetos abortados y de los embriones que están en la fase de blastocisto (entre los 5 y 14 días desde su concepción) Esos embriones pueden provenir de: embriones sobrantes de fecundaciones artificiales; embriones fecundados in vitro con la única finalidad de experimentar con ellos o embriones creados por clonación. No se derivan de los huevos fertilizados en el cuerpo de una mujer. La utilización de estos embriones conlleva a una problemática ética, social, moral, pues supone acabar con la vida de los embriones de los que se obtienen las células. (Glorio, 2009)

Como un aporte interesante, pero que no concierne a este trabajo, el doctor Roberto Glorio (médico dermatólogo y master en biología molecular de la UBA), propone una alternativa que evitaría la destrucción de embriones, con la utilización de una metodología, todavía experimental, aplicada en animales que consiste en la introducción de 4 genes en el genoma.

Hoy está en auge las células madre del cordón umbilical y líquido amniótico son relativamente fáciles de obtener y no presentan controversia ética.

Cuando se realiza la fecundación in-vitro, se extraen varios óvulos para ser fecundados en el laboratorio y luego ser implantados en el vientre materno. Los embriones concebidos in vitro en número que exceden la posibilidad de una transferencia simultánea al cuerpo materno (embriones supernumerarios) se congelan con el propósito de una repetición de la transferencia embrionaria en el caso de fracaso del primer intento, para ser utilizarlos en embarazos posteriores o son utilizados como células madre embrionarias. Los embriones sobrantes son **crio-conservados o crio-preservados**. Esta técnica consiste en utilizar el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o de un organismo y poderla mantener en condiciones de “vida suspendida” durante mucho tiempo. El almacenamiento

²¹ Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante. Recuperado el 25/09/2013 de http://www.incucai.gov.ar/cph/celulas_madre.jsp.

de los embriones se hace en nitrógeno líquido a una temperatura de 196 grados centígrados bajo cero. Llamado comúnmente como el “**Congelamiento de embriones**”.

Las ventajas que marca la medicina son:

- Que permite tener una alternativa para los embriones que no se desean transferir para evitar el riesgo del embarazo múltiple.
- Permite incrementar las tasas de embarazo del procedimiento. Esto último se debe a que se están transfiriendo embriones logrados en ciclos previos.
- Disminuyen los costos ya no es necesaria la hiperestimulación ovárica, la recuperación ovocitaria y la fertilización.

En no más del 10% de los procedimientos hay embriones para criopreservar. La mayoría de los embriones se detienen naturalmente antes del sexto día de desarrollo, lo que determina que sean embriones no viables.

Según Dr. Sergio Pasqualini del Centro Médico HALITUS²²:

“un embrión es una persona en potencia porque no todos los embriones logran desarrollarse y formar personas. De 1000 embriones, esperaríamos obtener al descongelarlos 52 embarazos, de los cuales no se sabe cuántos llegarían a término. No son entonces 1000 bebés. Y además, de 1000 embriones sin congelar se esperan 44 embarazos. Son menos porque no son todos de buena calidad, en cambio, al utilizar congelados son siempre los de mejor calidad. Lo que no quita que aun cuando la mayor parte tiene chances de no ser personas, el trato es para todos por igual porque no se sabe cuál avanzará y logrará desarrollarse”.

El embrión congelado puede durar así por varios años, sin embargo países han legislado su limitación en la crio-conservación, como España que establece un límite de 5 años.

d) Maternidad subrogada o sustituta

Múltiples son las denominaciones que se dan al contrato por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo un embarazo para entregar el hijo a otra persona. En este sentido podemos hablar de “alquiler de vientres”, “maternidad por otro”, “maternidad por sustitución” y “gestación por otro”. En realidad no es una nueva técnica reproductiva sino más bien un arreglo social donde una mujer fértil acuerda a gestar un embrión por cuenta de otra persona. Es decir una mujer lleva en su vientre un ser humano, con el compromiso

²² Instituto Médico Halitus. Recuperado el 15/09/2014 de <http://www.halitus.com/noticias>

de entregárselo a otra mujer, hombre o pareja, después de ocurrido el nacimiento, dado que existe un acuerdo previo de hacer una delegación o sustitución de la maternidad para compensar una deficiencia reproductora. (Medina, 2012)

Puede ser parcial donde el óvulo proviene de la mujer gestante para luego ser fecundado con semen o completa donde la mujer gestante recibe en su útero un embrión de una pareja para luego entregarles la criatura después del parto.

Finalmente cabe mencionar otros avances científicos en el campo de reproducción asistida como el diagnóstico prenatal para detectar algunas enfermedades genéticas y malformaciones congénitas así como la terapia congénita; acción destinada a remediar enfermedades hereditarias. Las técnicas también abren caminos a alternativas muy controvertidas como la ectogénesis (diseño/creación de un humano individualizado) así como la clonación.

1.5 Fecundación Homóloga y Heteróloga.

Dentro de las prácticas de inseminación asistida, debemos distinguir aquellas en las que la fecundación se produce dentro del seno materno o fuera de él. En ambos casos, pueden realizarse con gametos de la pareja o del obtenido por dación de un tercero. Se clasifican en:

a) Homóloga: Es la más antigua y “es la que se aplica a los cónyuges o parejas estables, porque el semen que se inyecta a la mujer es el del esposo o pareja, durante el período fértil del ciclo ovárico de la mujer y puede ser corpórea o extracorpórea. También se la denomina Inseminación Artificial Intraconyugal (I.A.C). (Bossert- Zannoni, 2008)

b) Heteróloga: es la que se hace si el cónyuge o pareja varón es estéril, “se utiliza semen que se obtiene de un tercero, fresco o congelado y almacenado en un banco de semen. Se la denomina también Inseminación con Semen de Dador (I.A.D)”. (Bossert et. al, 2008)

1.6 Conclusiones Parciales.

La fecundación es el proceso por el cual se unen un óvulo y un espermatozoide para dar lugar a un nuevo organismo, el embrión. El concepto de embrión tiene varias acepciones con alcances diferentes dependiendo del fin que persigue cada ciencia que lo estudia.

La fecundación hoy es posible artificialmente con la implementación de alguna TRHA, la elección de ella depende de la insuficiencia a suplir en los progenitores.

La técnica de reproducción asistida más sencilla es la inseminación artificial. Las técnicas de fecundación in Vitro son aquellas en las cuales la fertilización se produce fuera del cuerpo.

En el análisis de los derechos fundamentales se rescatan dos conceptos básicos: identidad e intimidad. Desde la concepción, el humano es un ser único, irrepetible e irremplazable cuya organización genética es original y le otorga al ser humano una identidad innata, que se transforma y desarrolla a lo largo de la vida.

CAPÍTULO 2: SITUACIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN.

Determinar el momento en que se da inicio a la vida humana significa otorgarle al individuo protección jurídica que lo acompañará durante toda su vida. Determinar ese instante preciso del comienzo del “por nacer” no es tarea fácil y establece una diferencia sustancial entre el embrión implantado en el seno materno de aquel que no se encuentra implantado. Durante el desarrollo del capítulo se analizará dicha diferencia y las consecuencias que produce en el ámbito del derecho cada una de las situaciones.

2.1 Embrión implantado en el seno materno.

a) Comienzo de la existencia de la persona en nuestro actual Código Civil.

Unos de los temas controvertidos es el que se refiere al comienzo de la existencia de la persona, porque determina el status jurídico de los embriones y por ende su calidad de sujeto de derecho.

Como se analizó en el primer capítulo varias son las definiciones de “Embrión”, según se le reconozca o no el respeto por su dignidad humana. El embrión puede ser entendido como un mero conjunto de células; puede ser considerado por otro lado, como una persona potencial, un organismo multicelular con la aptitud de desarrollarse biológicamente; como, también, puede ser considerado de manera diferente, según se encuentre implantado en el útero de una mujer o no. Esta última opción es la que considera nuestro derecho. (Gabardi, 2010)

Ciencias como la biología, la medicina, la genética hablan y establecen las diferencias entre embrión, pre-embrión o feto, nuestro derecho por el contrario, el código civil actual no menciona en sus artículos estos conceptos (solo en la nota del artículo 64 incorpora la palabra feto), sino que lo describe como “personas por nacer”, deduciendo que este término alude al embrión y al feto, sin hacer distinción en su evolución, como sí lo realizan otras ciencias. Así en la Sección primera “De las personas en general” contempla la normativa de las personas de existencia visible y jurídica. El artículo 30 nos define “Persona”:

Artículo 30: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones”.

Luego de definir el término “persona” para nuestro derecho, el Código Civil incluye en sus artículos siguientes la regulación sobre las “personas por nacer”.

Artículo 51: “Todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

Artículo 63: “Son personas por nacer las que, no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno”.

Artículo 64: “Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieran de adquirir bienes por donación o herencia”.

Artículo 70: “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”.

Como surge de los artículos, dada la época en que se sancionó el código, no se incluyeron las TRHA. Analizando dicha normativa, sólo son personas por nacer las que se encuentran concebidas en el vientre materno, es decir se considera persona (ente capaz de adquirir derechos y obligaciones) al embrión implantado. No son personas futuras como surge de la nota del art. 63 C.C., sino personas que ya existen y por eso están sujetas a representación. El proyecto de reforma del Código Civil del año 1998, establecía una idea diferente con respecto al comienzo de persona humana; sólo mencionaba que su existencia comenzaba desde la “concepción” pero sin la expresión “en el seno materno”, siguiendo los lineamientos, en aquel momento, del Pacto de San José de Costa Rica y de la ley 23.849 por la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño y se aclara que niño es todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. (Jáuregui- Mac Donnell, 2012)

El proyecto de reforma de 2012, en su texto original coincidía con la idea establecida en el Código redactado por Vélez Sarsfield con respecto al comienzo de la vida, pero recientemente dicho texto ha sufrido modificaciones adhiriendo a la postura defendida por el proyecto de 1998.

En la reglamentación del actual Código Civil, el embrión que se encuentra implantado en el seno materno goza de protección legal y hasta puede adquirir derechos si se produce su nacimiento con vida.

Acorde con la normativa del Código Civil, se puede citar un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2002, conocido como el caso “Portal de Belén”²³, en el cual la Corte precisó que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano, otorgándole personalidad a la persona por nacer.

2.2 Embrión no implantado.

a) Naturaleza jurídica.

La reproducción humana hace tiempo atrás sólo se producía a través de una relación sexual entre el hombre y la mujer, con la unión entre el óvulo y el espermatozoide (fecundación). Hoy las Técnicas de Reproducción Asistida ofrecen una nueva forma de procrear, proveen opciones para aquellas personas que no pueden concebir a consecuencia de dificultades del sistema reproductivo del hombre o de la mujer, en la que se necesita del aparato reproductor, pero no requiere mantener relaciones sexuales para concebir.

La implementación de las TRHA, han traído como consecuencia, grandes debates morales, éticos, sociales, religiosos y jurídicos. Sin perjuicio del debate entre los distintos especialistas en cuanto a la conveniencia o no de las nuevas técnicas de fecundación, lo que respecta a los objetivos de este trabajo, si bien tenemos en cuenta lo aportado por las diferentes ciencias, el punto de análisis es como inciden estas técnicas en el mundo del derecho.

Hay técnicas como la Inseminación Artificial, que no cambian la situación del embrión, dado que lo diferente es la forma de concebirlo, lo artificial en este proceso es sólo la forma de introducción del semen al cuerpo de la mujer (reemplaza al coito), más no la fecundación misma, el óvulo, el embrión siempre se encuentra dentro del seno materno. Hay otras técnicas que modifican el escenario planteado hasta el momento en la sociedad (como la fecundación in-vitro, crioconservación) donde su uso y realización se producen a diario en instituciones, y que muchas de ellas quedan al margen de una regulación por las lagunas que contiene nuestro sistema legal.

²³ “Portal de Belén asociación civil c/ superior gobierno de la provincia de Córdoba” – amparo – Expte. n° 2301032/36.

La normativa de nuestro actual código no es suficiente para regular las TRHA, estas técnicas no están contempladas, en cuanto que su utilización, era impensada para la época en la que se dictó el Código Civil de Vélez Sarsfield.

Surgen preguntas a responder respecto a ese embrión no implantado: ¿Es considerado una persona o una cosa? ¿Puede adquirir derechos como los embriones implantados en el seno materno? Para responder a estas preguntas se analizarán distintas posiciones doctrinarias.

Autores como Tobías y Llambías consideran que el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho. Tobías (2012) sostiene que hoy las ciencias biológicas permiten afirmar que el embrión es un humano, se haya concebido en el seno materno o formado mediante las técnicas de fecundación in-vitro y en ambos casos los embriones tienen la “condición de humanidad”, la misma “sustantividad humana”. También critica el proyecto en tanto utiliza la terminología “persona humana” y no le reconoce esa calidad al embrión, lo que, según sostiene, sería contradictorio. Llambías (2003) dice que la sola circunstancia de que la concepción se haya producido fuera del seno materno, no constituye obstáculo para considerar que ese embrión también es persona.

Una postura contraria es defendida por Jáuregui y Mac Donnell (2012), quienes concluyen que el embrión es un ser vivo, nuevo, pero no es una persona humana, condición que se generaría a partir de su implantación en el vientre de la mujer, antes de la implantación carecen de posibilidad de desarrollo, por lo tanto, reconocerles ciertos derechos para su conservación y destino, no significa acordarles derechos por los cuales se los deba considerar personas. Se trataría de un ser biológico de otro tipo, una masa de células sin forma humana reconocible, que aún, hasta tanto no sea implantado, no puede ser considerado sujeto. Para nuestro derecho el punto de partida es la implantación en el seno materno, en el cual el embrión comienza su desarrollo sin interferencias hasta su muerte natural (pérdida del embarazo) o inducida (aborto) o su nacimiento, a diferencia del embrión no implantado que queda siempre en ese estado mientras sea criopreservado. Estos autores citan en su trabajo un importante fallo que dictó el Supremo Tribunal Federal del Brasil, que estableció que el embrión no es persona. Entre sus fundamentos estableció:

“Hay tres realidades que no se confunden: el embrión es embrión, el feto es feto y la persona humana es persona humana. Por lo tanto, no hay persona humana embrionaria, sino embrión de persona humana, y dado esa potencialidad para tornarse en persona humana es meritoria y suficiente para merecer protección, como embrión no como persona” Además, se sostuvo, respecto al embrión in- vitro que: “no es una vida camino a otra forma de vida virginalmente nueva, porque carece de las posibilidades de adquirir las primeras terminaciones nerviosas, sin las cuales el ser humano no tiene posibilidad como proyecto de vida autónoma e irrepetible” (Jáuregui y Mac Donnell, 2012, pág. 30-31)

Dr. Roberto Arribére (2011) expuso que el huevo fecundado hasta que no es transferido, no es persona, sino él habla de la potencialidad de ser una persona. Con respecto a este tema de la potencialidad ofrece un ejemplo ilustrativo:

“Yo soy potencialmente Presidente de la República. Si me presento a elecciones y me eligen, seré Presidente de la República. Pero en este momento, ¿soy Presidente de la República? No. El pre-embrión in- vitro, potencialmente, podrá ser una persona, pero en el momento en que está en el tubo, no es persona. Sí es una vida humana que transferida al útero, se anidará, tendrá los avatares de la gestación y, con buena suerte, nacerá una persona viva” (2011, p. 17).

Dentro de ésta línea de pensamiento, se enrola el Dr. Lorenzetti al afirmar “cuando el embrión no está implantado, no es persona, no nace, y por lo tanto no hay consecuencias jurídicas y por eso no se lo incluye en el Código Civil”. (Citado por Weiss, 2012) Él propone que para proteger a los embriones no implantados se deberá sancionar una ley especial. Por su parte la Dra. Kemelmajer De Carlucci, compartiendo la misma línea de pensamiento que el Dr. Lorenzetti, sostuvo que “la reproducción humana asistida tiene que tener una regulación específica” y también cuestionó a quienes sostienen que los embriones son personas al señalar que esto sólo es así cuando son implantados (Citado por Weiss, 2012)

Una postura interesante es la que desarrolla el Dr. Mendoza (2011), él considera que la mayoría de la doctrina cuando habla este tema lo realiza planteándose una pregunta: ¿El embrión es una persona o una cosa? Y las respuestas surgen de una manera radical, donde existen dos extremos opuestos e irreconciliables, o es persona o es una cosa. El Dr. Mendoza parte primero de otra pregunta como base ¿el embrión es humano, o no es humano? Sí, el embrión es sin duda alguna humano, sus orígenes son los gametos masculino y femenino humanos quienes le dan la vida. Una vez respondida esta pregunta, surge una segunda ¿el embrión humano es persona? No es lo mismo preguntar si el embrión es humano, o si es persona.

Este autor mexicano plantea:

“Toda persona es humana, sin embargo, no todo lo humano es persona, el cabello de una persona, o un órgano vital como podría ser el corazón, son tan humanos como el embrión mismo, sin embargo ninguno es persona. La confusión radica en que el concepto de persona es una ficción jurídica, algo que los hombres inventamos desde el derecho para decir que; quien es persona es sujeto de derechos y quién no lo es, es objeto de derechos. Sin embargo, esta distinción entre persona y cosa -surgida hace más de dos mil años- , hoy es insuficiente para enfrentar el inusitado avance desplegado por la biología. Resulta difícil pensar que un óvulo fecundado -que tiene aproximadamente el tamaño del punto que hay al final de esta frase-, sea lo mismo que un niño, que un adulto e inclusive que un feto en gestación” (Mendoza, 2011, p. 3)

En su investigación establece que los conceptos de “concepción” y “fecundación” no tienen el mismo significado y algunas posturas caen en el error al considerarlos sinónimos como la Iglesia católica. Son dos acontecimientos sucesivos pero diferentes. La fecundación es el proceso por el cual se unen un óvulo y un espermatozoide para dar lugar a un nuevo organismo. La concepción es el proceso durante el cual se concibe o empieza a gestarse un hijo en el útero de la madre.

Así como establece esta diferencia, también concibe que no hay un solo concepto de persona, depende desde que óptica (la psicología, la sociología, la filosofía, la teología, la medicina, etc.) se analice, para las ciencias jurídicas Persona Humana y la Persona Jurídica no son lo mismo.

Este autor arriba a las siguientes conclusiones:

- La persona a la que el derecho hace alusión, es una ficción jurídica, una creación de los seres humanos (homos) en un régimen social y jurídico determinado, esta persona es diferente al ser humano como tal. El Hombre (homos) ha existido aún antes de la aparición del derecho.
- Su postura no es radical cree que el embrión humano no es una persona humana como ficción jurídica, pero ambos deben ser protegidos por la ley con legislaciones independientes (Mendoza, 2011)

Tratando de responder la pregunta de inicio, si el embrión no implantado es considerado una persona o una cosa, de acuerdo a lo regulado en el código y compartido por cierta parte de la doctrina, los embriones que todavía no se encuentran implantados en el seno materno no son considerados personas, ni tampoco gozan de los derechos que amparan a las

personas por nacer, sino es necesario una legislación específica, porque no pueden quedar al margen del derecho o a la voluntad de las partes.

Otra postura de la doctrina, plantea la idea de considerar al embrión no implantado como una cosa susceptible de aprehensión, sujeto a propiedad, y por ende, sujeto al dominio de la persona.

Dentro de esta postura se encuentra Figueroa Yañez (2003, pág. 294), “quien entiende que los gametos (células sexuales) separados del cuerpo de la persona que los produjo son cosas corporales, muebles que ingresan al patrimonio de la persona de cuyo cuerpo proceden”. Según estas características se pueden trasladar de un lugar a otro y tienen un valor de uso, son cosas consumibles y comerciables (limitado sólo a la donación según la ley chilena).

Según el autor, está situación de los gametos es semejante a los embriones no implantados, esos embriones son cosas corporales muebles y son objetos del derecho. El ovulo y el espermatozoide se convierte en cosas al ser separados del cuerpo que los origina. Cuando se produce la unión entre ellos a través de la fecundación, no se altera la naturaleza jurídica que los caracteriza. Ese embrión ha ingresado al patrimonio de ambos padres en partes iguales y ellos actúan como dueños de esa cosa, de acuerdo a lo permitido por la ley. Pero ello no significa, aunque conserve la naturaleza jurídica de una cosa, que sea el embrión no implantado tratado de esa manera, como el resto de los objetos del derecho. Es necesario una legislación específica para este tipo de cosa, dado que llevan en si la potencialidad de llegar a ser persona. (Figueroa Yañez, 2003)

Como se citó anteriormente, Jáuregui y Mac Donnell (2012) conciben que el embrión no implantado es una masa de células sin forma humana, que tiene potencialidad de llegar a ser una persona, cuando se produzca la implantación en el cuerpo de la mujer, hasta que este hecho no sucede, es una cosa. Al embrión, si bien se lo considera una “cosa” no se le puede aplicar la regla general que regula este tema, dado que deberían estar fuera del comercio y ser su tráfico de forma cautelosa y restringida, cuestiones que se tendrán que resolver con la ley especial a dictarse.

La doctora Nelly Minyerski (2011) afirma que desde el punto de vista jurídico las cosas en nuestro Código son muebles y semovientes, por ejemplo: un vaso es una cosa mueble y un auto es un semoviente. Ella indica que si las personas humanas se las describe como una cosa y de acuerdo a que tipo, se puede asemejar a un vaso o a un auto. Pues concluye afirmando que no es cualquier cosa, si bien no es una persona, tampoco es cualquier cosa, sino que es una cosa que tiene vida humana y una vida potencial.

b) Patentamiento y uso de embriones. Ley N° 24.481.

Uso y patentamiento son dos situaciones jurídicas diferentes. La palabra “uso” alude a la utilización, manipulación, transferencia, crío-conservación, preservación y toda otra acción que se realice sobre el embrión para alcanzar un resultado determinado.

El patentamiento, es el derecho al uso, es el derecho de prohibir a cualquiera todo acto sobre su invención, es decir el embrión o la célula madre embrionaria o células madres embrionarias patentadas. Hay que destacar que el concepto de patente surge con un corte netamente económico, para proteger las invenciones surgidas como consecuencia de la revolución industrial. Fueron consideradas, las patentes, como un mecanismo de incentivo a la innovación y el progreso tecnológico. Por tal motivo, el Estado reconoce a su titular un derecho exclusivo para impedir el uso de su invención por parte de terceros no autorizados. (Iglesias Darriba – Rivera, 2012)

Hasta hace un tiempo atrás solo se patentaban “materia inanimada”, pero en la década del cincuenta con el descubrimiento de la molécula de ADN y sus técnicas, comenzaron a producirse invenciones que involucran secuencias de ADN y convertirse en materia patentable. El problema surge que estos objetos no cumplían con los requisitos de patentabilidad establecidos hasta el momento.

Cada ordenamiento jurídico establece su regulación, aceptando o prohibiendo el patentamiento de embriones y su uso. Así, por ejemplo, EEUU admite plenamente este tipo de prácticas.

En Argentina, lo concerniente a las patentes se encuentra regulado por la “ley de patentes de invención y modelos de utilidad”, N° 24.481. Dicha ley en su artículo 7 establece claramente la prohibición de patentar embriones:

Art. 7º. “No son patentables: (a) Las invenciones cuya explotación en el territorio de la República Argentina deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente; (b) La totalidad del material biológico y genético existente en la naturaleza o su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos genéticos relativos al material capaz de conducir su propia duplicación en condiciones normales y libres, tal como ocurre en la naturaleza; (c) Las plantas y los animales, excepto los microorganismos y los procedimientos esencialmente biológicos para su producción, sin perjuicio de la protección especial conferida por la Ley 20.247 y la que eventualmente resulte de conformidad con las convenciones internacionales de las que el país sea parte”²⁴.

Con respecto al “uso” de embriones y las células madre embrionaria no existe en la Argentina una regulación legal específica. Sí se ha legislado, algunos temas a través de diversas normas y decretos. El Estado Argentino constituyo como órgano descentralizado del Ministerio de Salud de la Nación un organismo, el INCUCAI²⁵ con la misión de impulsar, normatizar, coordinar y fiscalizar las actividades de donación y trasplante de órganos, tejidos y células en nuestro país. Dentro de esta normativa se encuentra la Ley 26.066 del 2005 sobre “Trasplantes de Órganos y Tejidos”, el decreto 512/95 que trata la obtención e infusión de la células progenitoras hematopoyéticas²⁶, el decreto 1125/2000 que incorpora al listado de prácticas autorizadas, la ablación e implantación de cordón umbilical y placenta después del nacimiento. A lo que respecta a los objetivos de este trabajo, la ley N° 25.392 crea el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas para trasplantes de médula ósea, sangre periférica o cordón umbilical.

Ahora con respecto a la crioconservación de embriones excedentes de los procedimientos de fecundación in vitro que se realizan a diario en nuestras instituciones, persiste un vacío legal. No tienen un destino cierto: podrían ser implantados, donados, utilizados con fines científicos o, incluso, descartados, sin que el Estado regule esa práctica.

Hoy nos encontramos en la realidad con instituciones que no solo ofrecen bancos de óvulos y espermatozoides, sino también la posibilidad de congelar óvulos propios para preservar la fertilidad o directamente la crioconservación de embriones propios. Ante esta oferta hay clínicas que van más allá y ofrecen la “embriodonación”, consiste que una pareja done embriones propios para que sean gestados, alumbrados y criados como hijos propios por otras parejas. También es posible solicitar embriones a la carta, generados a partir de

²⁴ Información Legislativa y Documental. Recuperado el 20/09/2013 de <http://infoleg.mecon.gov.ar>.

²⁵ Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante.

²⁶ Son células cuya función es la de producir las células de la sangre que se encuentran en la médula ósea.

material genético de terceros que la clínica seleccionará para que haya parecido físico entre el embrión y sus padres. (Oliva, 2012)

El nuestro ordenamiento jurídico-positivo establece en la Constitución Nacional, en el artículo 19, última parte: “Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Es decir “Todo lo que no está prohibido, está permitido” según Kelsen. Ante el vacío legal y esta normativa del art. 19 podríamos concluir que la crioconservación y la embriodonación estarían permitida como el uso científico de los embriones sobrantes hasta su destrucción. Aquí toma un papel primordial la actividad de los jueces, dado que en muchos casos son ellos los que establecen a través de su razonabilidad que es lo permitido y que lo prohibido, ante la ausencia legal.

La jurisprudencia ha entendido a través de sus fallos que los embriones sobrantes no deben ser destruidos.

En 2008 la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata en los autos caratulados “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”²⁷ fijo determinadas pautas sobre la manipulación de embriones humanos. Una pareja en nombre y representación de su hijo menor discapacitado presentan acción de amparo contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) y la Obra Social Mutual para Agentes Municipales (O.A.M.), con el motivo que ambas solidariamente cubran en un 100% los tratamientos de fertilización asistida necesarios, a fin de permitir a la pareja tener un nuevo hijo que resulte histocompatible²⁸ con su hermano enfermo, a través del sistema de fertilización asistida con selección de un embrión no portador de la enfermedad granulomatosa crónica²⁹ y que dicho embrión sea histoidéntico a su hijo para intentar su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica, para lograr la cura de la enfermedad que hoy padece el niño. Unos de los puntos que estableció este tribunal fue que tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes, se debía asegurar el respeto hacia su condición humana y proceder a la inmediata

²⁷ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. Expediente N° 11.578 del registro de Cámara Expediente N° 78.002 del Juzgado Federal N° 2, Secretaría N° 1. Sentencia de fecha 29/12/2008.

²⁸ Capacidad de los tejidos para ser compatibles entre sí, debido a múltiples factores orgánicos, biológicos o genéticos

²⁹ Es un trastorno hereditario en el cual células del sistema inmunitario llamadas fagocitos no funcionan apropiadamente, lo cual lleva a que se presente una infección continua y grave.

crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad. También se dejó explícito que los embriones crioconservados gozan de los derechos humanos por lo tanto se prohíbe expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y su descarte o destrucción.

Otras voces se pronuncian por la adopción prenatal de los embriones congelados y así brindarles un útero para que puedan continuar su desarrollo. Lo esencial es priorizar la protección y esta opción sería una salida digna en lugar de provocarles la extinción por descongelación. (Oliva, 2012)

2.3 Conclusiones Parciales

De acuerdo a lo analizado podemos concluir que nuestro derecho considera al embrión persona por nacer, con aptitud para gozar de derechos, cuando se encuentra implantado en el vientre materno. Ahora para aquellos embriones que se encuentran en probeta nuestro derecho presenta un vacío legal, sometiendo dicha regulación a una ley específica que parece que nunca llega.

La doctrina se encuentra dividida; hay quienes consideran que el embrión es una persona y otros (mayoría) una cosa “especial”, dado que es una cosa con potencialidad de ser una persona.

La jurisprudencia, si bien no define si el embrión es persona o cosa, sí le otorga derechos humanos y prohíbe su destrucción.

A nuestro entender y luego de analizar las diferentes posturas, sostenemos que al embrión - dentro o fuera del vientre materno- se lo debe considerar una persona, es decir una persona por nacer, para lograr respeto y protección de su vida. Desde el momento que se unen los gametos femeninos y masculinos hay vida, hay un ser nuevo. Sí ese embrión se congela, la unión ya se ha producido. Consideramos que para lograr una protección y evitar que se usen con fines científicos o se destruyan, es necesario atribuirles la categoría de “personas”, dado que si lo pensamos como una cosa, pierden importancia y pasan a ser algo vulnerable.

Es innegable la necesidad una legislación para los embriones crio-preservados, en cuanto que este vacío legal lo posiciona por debajo de una cosa, sin tener ninguna protección.

CAPÍTULO 3: DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS PRÁCTICAS DE PROCREACIÓN ASISTIDA

Ejercer el derecho a la procreación implica el ejercicio de un derecho humano y debe desarrollarse en un ámbito de libertad, fundado en una voluntad procreacional responsable. Pero el ejercicio de éste derecho debe ser ejercido respetando: el derecho del concebido a nacer y el interés superior del niño. En este capítulo se analizará cada uno de estos derechos incluyendo el derecho a una salud reproductiva.

3.1 Derecho a la procreación

Toda sociedad se traza objetivos, para lograr su avance, su crecimiento desde diferentes puntos, uno es el interés en el crecimiento de su población. Toda sociedad se constituye con grupos, uno de ellos es “la familia³⁰”, es un grupo natural y necesario. Nuestra Constitución Nacional reconoce el derecho a constituir una familia:

Art. 14 bis: “...la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.”

También art. 75 inc 22 de la C.N. mediante el cual se reconocen a los tratados y convenciones internacionales orden jurídico nacional, donde en ellos³¹ se muestra el derecho a fundar una familia como un “Derecho Humano”.

Esta familia también tiene sus propios fines, uno de ellos es la “procreación”, preguntas que surgen ¿Hay un verdadero “Derecho a la Procreación”? Si esto es así ¿Es considerado un derecho humano? La Dra. Graciela Medina³² (1996), plantea el interrogante, si entre los derechos personalísimos existe un derecho a la fecundación. Para responder a esta pregunta –sostiene la Dra. Medina- se han generado dos líneas de trabajo: 1) Una tesis que niega la existencia de un derecho subjetivo y 2) otra tesis que acepta que existe un derecho personalísimo a la procreación.

La **primera tesis** se basa en que: a) la fecundación es un hecho de la naturaleza y por lo tanto excluido de la libertad del hombre, b) No existe un derecho al niño, c) El niño no

³⁰ Entendiendo por familia: un matrimonio y sus hijos, madres o padres solos con sus hijos, parejas de mujeres o de hombres con hijos.

³¹ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención de Derechos del Niño.

³² Abogada, graduada con Medalla de Oro de la Universidad de Mendoza. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Mendoza. Juez de Cámara de la Sala III en lo Civil y Comercial Federal.

puede ser considerado un medio para obtener un fin, por más importante que este sea, d) Que entre los derechos y deberes del matrimonio no existe el de la procreación y sí el del cumplimiento del débito conyugal, e) El hombre y la mujer tienen la libertad de procrear o no procrear en forma natural, pero esta libertad no debe ser confundida con un derecho. Esta postura limita la libertad de procrear a través de los métodos de reproducción asistida. La crítica que realiza la doctora a esta primera tesis, es que si es cierto que no existiera un derecho a la procreación, entonces no resulta razonable reconocerlo cuando se trata de procreación por métodos naturales y desconocerlo cuando se trata de métodos asistidos.

La **segunda tesis** sostiene la existencia de un derecho personalísimo a la procreación, que consiste en la libertad de procrear, cuando quiero, como quiero y con quien quiero. En la doctrina Nacional, sostiene Medina, que ha sido el Dr. Santos Cifuentes quien admite el derecho a la procreación asistida en todos los casos, en su obra “Derechos Personalísimos” que data de 1995 (pág. 449). Cifuentes afirma que “La decisión procreativa individual debe ser ampliamente respetada, y a la elección de estas técnicas no debe ser controlada ni limitada por la sociedad ni por el derecho” y los autores Arson de Glinberg, y Silva Ruiz (1991, Tomo B) no admiten ninguna limitación a la utilización de estas técnicas por entender que esta opción le compete a cada individuo usando una de sus facultades: la libertad.

Ante este análisis doctrinario (pensamiento de la mayoría de la doctrina jurídica argentina) y lo establecido en la Constitución Nacional y los tratados internacionales, se puede arribar a una primera conclusión, que el “Derecho a procrear” es un verdadero derecho personalísimo, vital, e inherente a cada persona humana, de cada pareja que integra la familia y que estas pueden usar diferentes técnicas ante el problema de la esterilidad, para poder lograr y contribuir al desarrollo social.

Cabe plantear un segundo interrogante, en este ejercicio del derecho a procrear, ¿El concebido goza de algún derecho? Continuando con el trabajo de la Dra. Medina la conclusión a la que arriba es la siguiente:

“Existe un derecho a la procreación y que este sea ejercido respetando: a) El derecho del concebido a nacer; b) El interés superior del niño; c) El derecho de todo niño de tener un padre y una madre y una vida familiar normal; d) El respeto del patrimonio genético de la humanidad” (en el sentido de condenar las selecciones de caracteres raciales o prácticas eugenésicas)”. (Medina, 1996, pág. 300)

Deben considerarse, diferentes fallos nacionales³³ como internacionales que establecen como un derecho personalísimo a la salud reproductiva manifestando: que negar a uno de los afiliados la cobertura integral para los tratamientos de fertilización "in vitro", violenta los derechos de los accionantes a decidir respecto de su vida y la conformación de su familia, pero por sobre todo la potestad de gozar en plenitud de su derecho a la salud.

Un Fallo de la Corte I.D.H. en 2012 subraya la preferencia del derecho a procrear³⁴. El 3 de febrero de 1995 el Ministerio de Salud de Costa Rica, a través de un Decreto Ejecutivo, autorizaba la práctica de la Fecundación in-vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución.

La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada "Instituto Costarricense de Infertilidad". En ese lapso nacieron 15 costarricenses. En el 2000 la técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica.

El 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad, contra el decreto ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, alegando que el decreto violaba el derecho a la vida humana, dado que ella se inicia desde el momento de la fecundación. También aludían al mayor porcentaje de malformaciones que al registrado en la fecundación natural y cualquier reglamentación sería de difícil implementación y control por el Estado.

El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema dio lugar a la acción y anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo, determinando que las prácticas de FIV "atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano" y "que el embrión humano es persona desde el momento de la fecundación, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte".

³³ Cámara Civ. y Com. Salta, Sala III "P., A. Y. y F., S. Instituto Provincial de Salud de Salta s/acción de amparo" 26/02/2013.

³⁴ Corte I.D.H. "Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica". Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Cita: MJ-JU-M-76725-AR | MJJ76725 | MJJ76725. Recuperado el 20/09/2013 de <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>.

Luego de dicha sentencia los peticionarios que habían iniciado los procedimientos médicos para llevar adelante la técnica de la FIV, debieron suspender los procesos y, en algunos de los casos, siguieron con la implementación de la técnica en el extranjero, especialmente en España.

El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso contra el Estado de Costa Rica.

A partir de allí, Costa Rica devino, según afirma posteriormente la Corte IDH, en el único país del mundo que prohíbe la FIV.

La sentencia de la Corte IDH declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los artículos 5.1³⁵, 7.1³⁶, 11.2³⁷ y 17.2³⁸ en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de los peticionarios. Dicha sentencia se fundamentó:

1. El derecho a la vida privada está estrechamente relacionado con el derecho a la familia y a su desarrollo accediendo a los servicios de salud reproductiva. El hecho de que las víctimas tuvieran que interrumpir sus tratamientos médicos o viajar a otros países para poder acceder a la fecundación in vitro, constituyó una interferencia en su vida privada y familiar.
2. El embrión no puede ser tratado jurídicamente de manera igual a una “persona” para efectos del artículo 4.1 de la Convención. Además, la “concepción” en el sentido del mismo artículo, tiene lugar recién desde el momento en que el embrión se implanta en el útero. También la Corte hizo alusión a una protección gradual e incremental de la vida según su desarrollo.

³⁵ Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal. Inc 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

³⁶ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal. Inc. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

³⁷ Citado anteriormente.

³⁸ Citado anteriormente.

3. Tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones de manera que se trata de un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.

La Corte, le ordenó al Estado adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la fecundación in vitro y las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto, regular los aspectos que considere necesarios para la implementación de la fecundación in vitro y pagar indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.

A través de este análisis se desprende que los Estados y los Organismos Internacionales establecen entre sus objetivos principales, prevalecer y proteger el derecho a la constitución de una familia y a procrear, para lograr el avance de toda sociedad. Si para llevar adelante estos derechos es necesario el uso de las TRHA (ante situaciones de infertilidad, reconocida como una enfermedad por la Organización Mundial de la Salud) ese uso no puede estar prohibido por una ley o decreto, de lo contrario se estaría atentando contra la libertad personal y creando una situación de discriminación entre los progenitores que sí pueden ejercer el derecho de procrear por medios naturales, de aquellos que por razones de infertilidad no podrían tener sus propios hijos, si no es a través de uso de alguna de las técnicas de reproducción.

3.2 Derecho a la salud. Obras sociales

La Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) define a la “salud” como el estado de completo bienestar psicológico, físico y social y no solo la ausencia de enfermedades o afecciones³⁹. Hoy la salud es considerada como un derecho fundamental donde dejó de ser un estado individual de la persona para pasar a ser un asunto social, económico, político, reflejando el compromiso de una sociedad para lograr equidad y justicia.

El concepto de salud se ha modificado, ampliado, la salud es resultado de determinantes tales como la biología humana, el ambiente, el sistema sanitario y los estilos de vida, incorporándose el concepto de salud reproductiva.

³⁹ Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 12/11/2013 de <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo define a “salud reproductiva” como el completo bienestar psicológico, físico y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. Esta definición plantea la plena capacidad de cada persona de vivir y disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgo y con libertad para procrear. Este concepto se complementa con otra definición “la atención de la salud reproductiva” definida como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva⁴⁰.

Argentina, en Junio de 2013 sancionó la ley 26.862⁴¹ de “Reproducción médicamente asistida”, cuyo objeto principal es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

La norma establece en su artículo 7 quienes son los beneficiarios de dicho procedimientos:

Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, 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.

En relación con el artículo citado, su decreto reglamentario N° 956/2013 establece claramente que toda persona mayor de edad puede acceder a alguna técnica de reproducción “sin requisitos o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado”. El Decreto entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a “todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo”.

La intención del legislador es de ampliar derechos y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; aceptando las diferencias y la diversidad cultural, promoviendo una sociedad más democrática y justa.

La ley define en su artículo 2 qué se entiende por reproducción médicamente asistida (analizado en el capítulo I), lo cual se considera un avance dado que tanto nuestro actual código como el proyecto de reforma no aludían a él. Uno de los puntos principales es la

⁴⁰ Salud Reproductiva. Consejo Ejecutivo de la Organización Mundial de la Salud. Recuperado el 13/11/2013 de <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/21085/1/seb11315a1.pdf>

⁴¹ Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado el 10/11/2013 de <http://www.infojus.gov.ar/>

cobertura integral e interdisciplinaria, que comprende el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida. Quedando incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos. También quedan comprendidos en la cobertura, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos. Señala que la cobertura prestacional la deben brindar los establecimientos asistenciales de los tres subsectores de la salud: público, obras sociales y privado, menciona la ley, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

3.3 Derecho a la intimidad vs Derecho a la identidad

Como se abordó en el título anterior, si bien se considera que existe un “Derecho a la procreación” éste se debe ejercer respetando el derecho superior del niño por nacer. Ahora ¿estos derechos cambian ante el uso de las TRHA? ¿No se está vulnerando los derechos del embrión que se encuentra congelado? ¿Ese derecho a la procreación incluye elegir qué embrión nace y cuál se congela?

Las TRHA muestran situaciones que eran impensables en el tiempo de la sanción del Código Civil y muchas de ellas se llevan adelante en la práctica diaria, entrando en un campo no regulado por nuestros legisladores. Una de las situaciones que requieren una observación minuciosa es el hecho de que la sexualidad ha dejado de ser la única fuente de la reproducción. Con el uso de las TRHA hay conceptos como el de madre biológica, fecundación, concepción que son reformulados. Hoy la fecundación se puede realizar en una probeta, con utilización de gametos que no pertenecen a la pareja o pertenecen solo a uno de ellos, y el tiempo también juega un rol importante, dado que la fecundación y la concepción en el seno materno, puede ser inmediato o dilatarse. Ante este contexto la identidad genética entre embrión y progenitores, base del vínculo filiatorio por naturaleza, se quiebra y modifica el concepto de identidad. En esta modificación podemos vislumbrar

una posible colisión entre el derecho de los donantes de material genético y de los progenitores a mantener el secreto de cómo fue gestado, (derecho a la intimidad), y el derecho del hijo a tener acceso a sus orígenes (uno de los aspectos del derecho a la identidad). Ambos derechos son de rango constitucional. (Lloveras-Orlandi-Faraoni-Salomón-Verplaetse-Durán, 2007)

La identidad personal como lo define Sessarego “es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona de la sociedad” (1992, p. 113) mereciendo tutela jurídica, y el sujeto tiene derecho a ser representado fielmente en su proyección social. Tiene derecho a conocer su verdad personal, dado que su verdad forma parte de ese conjunto de características que lo identifican, sin alteraciones ni distorsiones de sus atributos estáticos ni dinámicos, que lo distinguen de los demás.

Nuestra Constitución mediante la incorporación en el artículo 75 inciso 22 en 1994, otorga jerarquía constitucional a un conjunto de tratados de Derechos Humanos que desde el Derecho Internacional buscan la efectiva protección y materialización del derecho de la identidad.

Uno de ellos es la Convención sobre los Derechos del Niño que afirma en su art. 7 y 8:

Artículo 7: 1. 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 lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas, 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

Con iguales alcances, cabe mencionar el Pacto de San José de Costa Rica (Art. 17 inc. 5⁴², 18⁴³ y 19⁴⁴), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (Art. 2⁴⁵, 3⁴⁶, 7⁴⁷), entre otros.

⁴² Artículo 17. Protección a la Familia. Inc. 5: La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

⁴³ Artículo 18. Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

⁴⁴ Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Como bien lo citan las diferentes legislaciones ambos derechos a la “identidad” y a la “intimidad” están protegidos, pero en la práctica, en la realidad diaria ¿Cómo armonizar ambos y mantener un equilibrio? Es aquí donde la fecundación asistida heteróloga, desde una perspectiva de conflicto de valores, intereses y derechos, plantea por un lado, la protección y cumplimiento del “derecho a la identidad” (tanto estático como dinámico) del hijo concebido mediante la práctica médica; y por el otro lado (con igual jerarquía constitucional) el “derecho a la intimidad y protección personal” de aquellos donantes de espermias y/o óvulos necesarios para la concepción.

Una primera cuestión a plantear con respecto al derecho a la identidad en su faz biológica, según la normativa vigente⁴⁸, es uno de los primeros límites a este derecho, y es el reconocimiento de una esfera de intimidad y el principio de autonomía protegida de la madre gestante. Esta situación se produce cuando la madre niega darle a conocer la identidad del padre o del dador. (Alves Manso, Araujo, Alcione, Lauar, Grace, Barbosa, Macreidy, Henriques Aires, 2012)

En el Derecho comparado, la jurisprudencia no es unánime. En Holanda la Cámara de Apelaciones de Arnhem, en 1994, se pronunció por la protección de la intimidad y autonomía de la madre. Su hija había iniciado acciones contra su progenitora solicitando la revelación de la identidad de su padre en base a su derecho a la identidad biológica. Dicho tribunal fundamentó su decisión de proteger el derecho a la intimidad de la madre, dado que había concebido a su hija como consecuencia de un abuso sexual agravado por el acceso carnal, lo que reconoció como una experiencia traumática. En 1998 su posición cambió y en esta oportunidad hizo lugar a la pretensión de una mujer de conocer su identidad biológica, en contra la institución religiosa que la había criado. Otro ejemplo de

⁴⁵ Artículo 2: Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

⁴⁶ Artículo 3: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

⁴⁷ Artículo 7: Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

⁴⁸ El Art. 255 del C.C. establece que cuando un menor es registrado como hijo de padre desconocido, el Ministerio Público "deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre; en su defecto, podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo".

citar es en Múnster (Alemania) donde resolvieron en 1990 que la madre de un hijo de 18 años de edad debía informarle el nombre de los cuatro hombres con quienes había tenido relaciones en la época de la concepción, para que aquél pudiera investigar su origen biológico. (Alves Manso et.al. 2012)

De acuerdo a estos ejemplos se puede vislumbrar que la inclinación hacia el derecho de identidad o de intimidad depende ser analizado en el caso concreto. Pero ¿En manos de quien tendría que quedar la guarda de la información necesaria para la “identificación” como sustento del derecho de la identidad? ¿Del legislador, en manos del estado, de los centros médicos, o en su caso de los padres que concibieron al hijo? Según autores es el legislador que debe resolver la cuestión protegiendo y amparado la intimidad y anonimato de la o del donante de óvulos o espermias, ya que su identificación no hace a la esencia, ni estática ni dinámica, del hijo concebido por aquellos.

En el derecho comparado las soluciones adoptadas no son homogéneas. En legislaciones de países como Suecia, Alemania y Suiza se hace prevalecer el derecho de la persona nacida por inseminación artificial a conocer la identidad del donante al alcanzar la mayoría de edad. Las acciones de filiación, como la impugnación de la paternidad posterior, no son posibles, siempre que hubiere existido consentimiento previo informado al cónyuge. Por otra parte, legislaciones como la inglesa, restringen a determinados datos la información a la que puede acceder la persona concebida una vez alcanzada la mayoría de edad. A su vez, la ley española (la cual será analizada en el capítulo IV) establece que la donación será anónima y que la revelación de la identidad del donante se ha supeditado a situaciones de peligro para la vida del hijo o de conformidad con leyes procesales penales. (Alves Manso et.al. 2012, p.19)

En Latinoamérica la doctrina brasilera introduce un nuevo término “la paternidad socio-afectiva” diferenciándola de la paternidad biológica derivada de la inseminación artificial heteróloga. Sostienen que la paternidad socio-afectiva se construye por lazos de afecto, amor y cuidado, y el donante anónimo del semen no puede ser considerado "padre" en la connotación actual de este término. Esta realidad exige de la obligación de proporcionar alimentos o incluso dar afecto a la persona generada a partir de su material genético. Si

queda reservado al hijo el derecho a conocer a su padre biológico, ya que, de lo contrario se habría afectado su personalidad y su autodeterminación. (Alves Manso et.al. 2012)

En la Argentina existe una tentativa de regular la cuestión en el actual Proyecto de Reforma del Código Civil, lo cual será analizado en el capítulo IV.

Cuando se utiliza una técnica de reproducción con material genético propio de la pareja (casado o no) y la futura madre es quien lleva adelante el embarazo, estamos frente a una situación descripta en la normativa vigente.

En cambio, cuando interviene material genético de un dador anónimo o se acuerda con una mujer que ceda su vientre con el fin de ser fecundada con material genético propio de la pareja o con óvulo propio y semen del hombre que integra la pareja, nos enfrentamos a una situación no descripta por la norma argentina. (Lloveras et al., 2007)

El anonimato del dador lleva a analizar las diferentes corrientes doctrinarias existentes en torno a ese tema.

Una primera opinión, tiende a privilegiar el anonimato de los dadores. Las razones que argumentan es que esta característica proporciona seguridad al dador de que no se presenten en el futuro acciones filiatorias, protegiendo su derecho a la intimidad, como a la vez evitar ciertas intromisiones del dador en la vida familiar de la pareja que ha recibido la donación. Por último fundamentan su postura en las posibles perturbaciones psicológicas y emocionales que le podría acarrear al niño nacido por fertilización asistida, conocer su identidad biológica, siempre dejando la posibilidad de acceder a esta información en caso de necesidades terapéuticas. Esta corriente predomina en la doctrina italiana, Código de Québec, Código Civil Francés, y algunos proyectos de nuestro país (Laferriere-Storani). La segunda corriente compuesta por la doctrina francesa, alemana, española y norteamericana, promueven el interés del niño a conocer su procedencia biológica y la identidad de sus padres genéticos, por encima del derecho a la intimidad del dador. Sostienen que tal conocimiento no genera responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole. (Lloveras et al., 2007)

En nuestro país no hay una posición clara sobre la posibilidad de implementar las acciones de filiación ante una relación heteróloga. En el marco legal vigente podemos analizar las siguientes situaciones posibles:

1. *Acción de filiación extramatrimonial por parte del hijo contra el dador o dadora del material genético*: podrá ejercer libremente esta acción. El dador o dadora de gametos no está exento de afrontar una acción de filiación dado que esta es irrenunciable e imprescriptible (art.251 del C.C.).

2. *Dación de semen para fecundar a una mujer casada*: el hijo primero deberá impugnar la paternidad del marido de la madre presumida por ley y luego entablar la acción de filiación contra el dador (Arts. 252, 253, 254 y 259 CC). El marido de la madre que no prestó consentimiento, puede asimismo impugnar su paternidad matrimonial.

3. *Acciones del marido de la madre cuando prestó consentimiento*: aquí la doctrina se encuentra dividida. Un sector de la doctrina considera que el consentimiento no representa una renuncia tácita a impugnar la paternidad matrimonial, ya que el art. 251 CC prevé que este derecho no se extingue por prescripción ni por renuncia. Por otra parte, al ser materia de orden público no es disponible por las partes. Otra postura considera que el consentimiento implica renuncia tácita porque nadie puede contradecir sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada y plenamente eficaz, a la vez que no puede alegar su propia torpeza.

En cuanto al dador estaría legitimado para accionar impugnando la paternidad extramatrimonial del hijo concebido con su aporte genético (art. 263 CC).

4. *Supuesto de la dación de óvulos*: una mujer dona sus óvulos para ser implantado (luego de haber sido fecundado con el semen del marido de quien recibe dicho óvulo) en el útero de otra, hábil para desarrollar el embarazo. El art. 242 CC establece que la maternidad se establece por el parto, presunción que hasta hace no mucho tiempo se consideraba iure et de iure en función de que no había otra forma de concebir que no sea la natural. Pero con la incorporación de las TRHA esta presunción dejó de ser absoluta. Un sector interpreta que es una presunción “juris tantum”, siempre pasible de impugnación y en contraposición

encontramos a quienes opinan que el fenómeno del parto surte efectos plenos y definitivos para la determinación de la maternidad. (Lloveras et. al., 2007)

3.4 Impacto de las TRHA en el régimen de filiación.

a) ¿Se puede hablar de un tercer tipo de filiación derivada de las TRHA?

Nuestro código civil plantea la filiación a partir del art 240 estableciendo:

“La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este código”

La filiación es el vínculo biológico o jurídico entre un sujeto y sus progenitores que deviene en el emplazamiento de estado y en la generación de un conjunto de deberes y derechos. Según el código civil actual este vínculo puede darse por naturaleza o por adopción, creando una distinción definida entre ambos que puede llegar a ser aún más diferente y compleja en el caso de la filiación asistida, de la cual actualmente no hay una regulación específica.

La filiación por naturaleza está presidida por ciertas máximas, en las cuales se basa nuestra actual normativa, el vínculo biológico que determina la maternidad es el parto⁴⁹. Así lo establece el artículo 242, la maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento (el parto de la mujer) y la identidad del nacido (ese niño que dio a luz esa mujer es el que más tarde se inscribe como su hijo).

Con respeto a la determinación de la paternidad matrimonial, el Art. 243 nos dice:

“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario”.

Aquí la atribución de paternidad tiene carácter imperativo, queda atribuida ministerio legis al marido cuando nazca el niño después de celebrado el matrimonio, sin necesidad de reconocimiento expreso, salvo la posibilidad posterior de impugnar la paternidad. Este artículo también establece que esta presunción de paternidad tiene un límite, hasta los

⁴⁹ Parto (Del lat. partus) salida del feto y de sus anexos del claustro materno. Diccionario médico-biológico de la Universidad de Salamanca. Recuperado el 25/09/2013 de <http://dicciomed.eusal.es/palabra/parto>

trecientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. El código también establece en su Art. 247 la determinación de la paternidad extramatrimonial, la cual “queda determinada legalmente por el reconocimiento del padre o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal”. (Bossert y Zannoni, 2008)

Estas máximas hoy con el avance de las TRHA han quedado desactualizadas, hay niños que hoy nacen sin necesidad de una relación sexual, por siguiente puede suceder que quien aporta el elemento genético, puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. Lo biológico no comprende siempre lo genético (por ejemplo la mujer que acude a la donación de óvulos o los casos de gestación por sustitución), ni lo genético comprende siempre lo biológico (puede suceder que una persona aporte únicamente material genético, por ejemplo donación de semen o que se utilice material genético del hombre que quiere tener un hijo, pero el embarazo se produzca a través de las TRHA. (Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, 2012)

A esto se le suma los nuevos tipos de familia que se constituyen hoy con la presencia de dos mujeres o dos hombres y que acuden a las TRHA para satisfacer su necesidad de tener un niño y el derecho debe adecuar su normativa a esta nueva realidad.

Continuando con lo que establece el código en el art 240, el otro tipo de filiación es a través de la “adopción” plena o simple, donde el vínculo entre el niño y los progenitores se constituye a través de una sentencia judicial. Al comparar esta filiación, con la que nace al hacer uso de las TRHA, tampoco podríamos aplicar su normativa vigente.

Ante esto se hace ineludible una regulación que contemple esta nueva forma de filiación, al surgir en la práctica cotidiana de nuestra sociedad el uso de las TRHA, tema que ha sido contemplado en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, cuyo análisis se realizará en el Capítulo IV.

Retomando la pregunta de nuestro título ¿Se puede hablar de un tercer tipo de filiación derivada de las TRHA? La primera respuesta que surge es que este tipo de filiación que surge con el uso de las TRHA es diferente a los dos planteados actualmente por nuestro código y que su normativa es imposible de ser aplicada analógicamente, dado que se parte

de puntos distintos. En la filiación por naturaleza se parte del acto sexual y si por dicho acto se produce la procreación, determina el nacimiento del vínculo materno y paterno, se funda en el elemento biológico (que comprende el genético); en cambio en la filiación derivada de las TRHA el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo. En la filiación por naturaleza puede que el hombre no haya deseado tener un niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico (que en estos casos comprende el genético), a través de la relación sexual. (Kemelmajer de Carlucci, et. al. 2012)

En las TRHA el vínculo puede surgir sin el acto sexual, como sucede por ejemplo en la FIV, asimismo se puede dar que quien aporta el material genético (donante) no sea el que aparece como progenitor. En las TRHA el vínculo de filiación se basa en el consentimiento previamente prestado, es imprescindible el elemento volitivo.

Otra diferencia clave es el régimen de impugnación de la filiación. En la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico, como lo establece el art 258:

“El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esa circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba”.

Estas pruebas que presenta el marido pueden ser: que él se encontraba en prisión, se encontraba ausente, por enfermedad, impotencia, etc., durante el período de la concepción. Otra de las situaciones que puede ocurrir como causa de la impugnación de la paternidad, es el “adulterio” respecto al cual Bossert y Zannoni (2008) establecen que sin llegar a probar el adulterio previamente, basta con acreditar la exclusión del vínculo biológico determinado por la procreación (por ejemplo una prueba de ADN).

Al usar alguna técnica de reproducción el punto de partida es el elemento volitivo (el consentimiento previamente prestado) y dicho consentimiento dado niega la posibilidad de impugnar.

Si realizamos una comparación con la filiación que surge por la adopción, en un primer momento podemos ver una similitud dado que en ambos tipos de filiación existe el

“elemento volitivo”, como determinante del vínculo, pero al analizar dicho consentimiento vemos que es diferente. En las TRHA dicho consentimiento debe ser manifestado previo a la gestación, dado que el niño va a ser concebido como consecuencia de esa voluntad. En cambio en la adopción, la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida y el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño. Otra diferencia es que en la adopción falta el vínculo genético, y esta situación no siempre ocurre con las TRHA. Tanto en la FIV o la ICSI el material genético es el de los propios progenitores, solo que es asistida la fecundación, aun en el caso de donación de gametos, con uno el vínculo genético existe. (Kemelmajer de Carlucci, et. al. 2012)

Como conclusión, se destaca que estamos ante la presencia de un nuevo tipo de filiación, que puede tener ciertas similitudes, pero que requiere una regulación específica, adecuada a las situaciones que surgen como consecuencia del uso de las TRHA en la sociedad.

b) Voluntad procreacional.

Como se abordó, la filiación en las TRHA tiene como elemento típificante la “voluntad procreacional”, pero ¿Qué significa?

Citando la doctrina de las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, (2012) ellas en su trabajo hablan de tres criterios que dan lugar a tres verdades (la genética, la biológica y la voluntaria) en materia de filiación aludiendo a las expresiones del profesor Philippe Malaurie⁵⁰, que es destacable mencionar, para llegar a una definición de voluntad procreacional.

Si nos remontamos a la época de la sanción de nuestro código, la única forma de procrear era a través de la relación sexual entre un hombre y una mujer. Si esta mujer quedaba embarazada era con sus propios óvulos y la gestación del embrión se desarrollaba en su vientre hasta el parto. El hombre que dejaba embarazada a la mujer lo realizaba con su propio material genético. Con este escenario lo biológico comprendía siempre lo genético en una misma persona, y en la mayoría de los casos también lo volitivo, salvo que el embarazo se produzca por una relación casual, donde estaría ausente la voluntad de

⁵⁰ Profesor francés de Derecho Privado. En la actualidad es profesor emérito en la Universidad de Paris II de la Panthéon-Assas .

procrear, pero aún en estos casos la maternidad y la paternidad quedaba establecida por lo biológico y lo genético.

Esta situación tan clara y segura, hoy no lo es, con el uso de las TRHA y las verdades ahora se pueden presentar en diferentes personas.

- a) Verdad genética: Lo relevante es haber aportado el material genético. Es un puro reduccionismo geneticista.
- b) Verdad biológica: El origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes. La verdad biológica importa un plus respecto de la verdad genética, dado que motiva un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon. En la procreación por medios naturales, respecto del hombre, consiste en haber tenido relaciones sexuales; respecto de la mujer, no sólo en la relación sexual, sino en haber gestado durante nueve meses.
- c) Verdad voluntaria o consentida: la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo: la voluntad procreacional. (Kemelmajer de Carlucci, et. al. 2012, p. 20)

Al relacionar estas tres verdades con las TRHA debemos analizar cada caso en particular y que técnica se usó para determinar que verdad está presente. Puede darse diferentes situaciones que se encuentren las tres, dos o solo una de las verdades. Pero a la hora de implementar un técnica, la verdad que siempre estará presente es la voluntaria o consentida, como elemento relevante, es decir, es la voluntad o decisión de que ese ser nazca, como menciona Rivero Hernández “no sólo en cuanto causa eficiente, última e infungible es la voluntad, sino porque los elementos biológicos y/o genéticos, pueden ser sustituidos. Lo que nadie puede suplir, para un nacimiento, es el acto de voluntad de una pareja o persona sola” (Rivero Hernández, 1988, p. 146)

Con las TRHA el vínculo de filiación se puede establecer gracias a la voluntad que toma la persona de ser progenitor. Ante este nuevo tipo el concepto de filiación que nos brinda la normativa vigente debe cambiar para adecuarse a esta nueva realidad, la doctrina y la jurisprudencia comienzan a hablar de “parentalidad voluntaria” o “voluntad procreacional”

como un acto jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos y no, exclusivamente, de características genéticas. (Kemelmajer de Carlucci, et. al. 2012)

c) Maternidad por sustitución- Turismo procreacional

Una de las TRHA es la denominada “maternidad por sustitución” o “maternidad subrogada” conocida como “alquiler de vientre”. En este tipo de técnica, como fue definida en el primer capítulo alude a un “acuerdo de voluntades” y mirando la legislación comparada nos encontramos con diferentes situaciones desde aquellas que lo prohíben, otras le imponen sanciones penales a quienes realizan el convenio, también nos encontramos con estados que lo facilitan y lo publicitan a otros que lo aceptan y lo regulan detalladamente. Las TRHA han dado lugar a lo que se denomina “turismo procreativo o reproductivo” , con esta expresión se alude a parejas (heterosexuales, homosexuales, incluso hombres y mujeres solas) que no pueden procrear por diversas razones, viajan a países donde las TRHA (como la fecundación in vitro o maternidad subrogada) se encuentran reguladas o no, pero la facilitación de su realización (selección del hospital o clínica; la selección de la madre incubadora; la donación de gametos, parto, certificados y documentos legales necesarios para inscribir la filiación del nacido en el Registro Civil correspondiente) promueve este turismo. Nos encontramos con países, como la India o Ucrania, que favorecen estos tipos de convenios, los posibles progenitores recurren allí por la facilidad de su realización y su bajo costo. En cambio otros, como España por ejemplo, prohíbe este tipo de convenios, pero es uno de los países en Europa más elegidos para el uso de las técnicas de donación de gametos de donante (absolutamente anónima) al ser uno de los países con una legislación extensa, detallada aunque rigurosa y con técnicas de avanzadas calidad. (Medina, 2012; Farnós Amorós, 2010)

Actualmente en la Argentina este tipo de contratos están prohibidos por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres, por tener como objeto la entrega de un niño que constituye un objeto ilícito. Sin embargo la teoría de la nulidad no da respuesta a los conflictos que se presentan cuando el contrato se realiza y se cumple espontáneamente y se debe determinar la nacionalidad o la filiación materna. Estas situaciones han obligado a los tribunales nacionales a expedirse en supuestos de convenios realizados por ciudadanos

argentinos (dentro o fuera del país), con consecuencias que necesitaban una respuesta inminente. (Lamm, 2012)

Algunos fallos ilustran las lagunas que presenta nuestra legislación, donde lo jurisprudencial viene a resolver casos de la realidad que sin una ley específica igualmente se practican.

En 2010 la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú⁵¹, resolvió una cuestión no contemplada en la regulación de nuestro derecho. La causa nace cuando una mujer que había aportado el óvulo para la fecundación “in vitro” del menor, interpuso demanda de impugnación de la filiación de la mujer que había dado a luz y, consecuentemente, aparece como madre legal del niño en la partida de nacimiento. La misma alegó el vínculo biológico contra quien fuera emplazada legalmente como madre, quien en realidad es la madre gestacional.

El juez de primera instancia, en igual sentido que el Ministerio Público Fiscal, estimó que la demandante carecía de legitimación activa para impugnar la filiación del niño. Consideró que la actora carecía de legitimación, en atención a la norma del art. 262⁵² el Cód. Civil, en tanto dispone que la acción intentada por la madre sólo será procedente cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo y la jurisprudencia requiere que deben darse razones que descarten su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular, con lo cual, habiendo sido admitido por la actora tanto su conocimiento como su participación en los hechos que dieran lugar a la situación planteada, ello impide que pueda reconocérsele legitimación a tal fin.

La actora apeló, calificándola de arbitraria, en tanto obstruye el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad objetiva, al impedir cualquier investigación que la aclare; aludió a los principios constitucionales en juego para fundar la necesidad de flexibilizar los principios procesales que rigen en materia donde está en juego la identidad de la persona; calificó de simplista a la solución por omitir tratar los fundamentos brindados al interponer

⁵¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “Bernardini, Mariel Aurora c. Flores Cardenas, Cindy Rocio” 14/04/2010. LA LEY Litoral 2011 (marzo), 161 con nota de Néstor E. Solari Cita online AR/JUR/75333/2010.

⁵² Art. 262. La maternidad podrá ser impugnada en todo tiempo por el marido o sus herederos, por el hijo y por todo tercero que invoque un interés legítimo. La mujer podrá ejercer la acción cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo. (Artículo sustituido por art. 2º de la Ley N° 23.264 B.O. 23/10/1985.)

la acción y de absurda en cuanto entiende que la existencia de la persona como sujeto de derecho comienza desde su nacimiento y con ello limita el ejercicio de la patria potestad desde aquel, siendo que el punto de partida de la institución de la patria potestad parte desde la concepción. Se afirmó, que la falta de concordancia entre la madre genética y la gestante no debe alterar el principio de concordancia entre lo genético y lo legal que pregona la ley 23.264 y que la presunción que contiene el art. 242⁵³ Código Civil, es iuris tantum y debe resolverse armónicamente con los arts. 253, 261 y 262 del mismo cuerpo legal por cuanto además, ha quedado rezagado ante los avances científicos omitiendo supuestos que de no ser considerados alteran la intencionalidad de la ley 23.264 máxime cuando el art. 242 implica la excepción al principio de que el emplazamiento en el estado filial se crea por el reconocimiento voluntario; y se agregó que a partir de la entrada en vigencia de la ley citada, se prioriza el derecho de toda persona de contar con un emplazamiento en el que la verdad biológica o genética coincida con la legal, que la decisión del sentenciante deja como única alternativa que sea el menor quien deba interponer la acción al cumplir catorce años y, con ello, hacerse partícipe de los pormenores de su gestación y vulnerable en su formación, y que el párrafo contenido en el punto 2º del resolutorio debería acompañarse de la designación de un tutor ad litem para que represente al menor en el proceso.

Finalmente, la Cámara hizo lugar al recurso de apelación interpuesto y revocó el decisorio de recurrido, disponiéndose que haciendo lugar la acción incoada.

Para ello se argumentó que quien invoca ser la madre biológica del menor en virtud de haber aportado el óvulo para su fecundación "in vitro", se encuentra legitimada para ejercer la acción de impugnación de la maternidad contra quien aparece legalmente como madre de aquél, pues no se encuentra excluida por el art. 262 Código Civil, el cual debe interpretarse de modo armónico con el art. 261 del mismo cuerpo legal.

⁵³ Art. 242. La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido. (Artículo sustituido por art. 19 de la Ley N° 24.540 B.O. 22/9/1995.)

Este caso presenta la problemática que surge entre la “madre biológica” (la que aporta el ovulo en este caso o también en aquellos es la gestante) y “la madre legal”. Se pueden analizar diferentes situaciones:

- La “madre biológica” aporta solo el ovulo (caso planteado) pero la gestación la lleva a cabo “la madre legal” la que aparece ante el derecho como representante de ese niño. Si nos guiamos por la máxima del derecho (Art. 242), madre es quien lleva adelante el parto, es decir la madre legal, pero ese niño no tendrá sus genes, porque el ovulo pertenecía a la madre biológica. El art. 242 señala dos características para determinar la maternidad: la prueba del nacimiento (Parto) y la identidad del nacido. Aquí la identidad del nacido no corresponde con la madre legal, dado que si vemos el concepto de identidad en su acepción estática son los atributos de identificación y de origen genético-biológico.
- La madre biológica aporta el material genético y también lleva adelante el embarazo hasta el parto. En este contexto la madre legal se encuentra en una situación desfavorable a la luz de la normativa que regula hoy el tema de la determinación de la maternidad.

Uno de los problemas que acarrea el Turismo reproductivo, es cuando los padres que llevaron adelante una TRHA y desean llevar al niño a su Estado de residencia, y procuran la inscripción del certificado de nacimiento extranjero, surge el inconveniente que estos Estados (India, Ucrania, Rusia) no le otorgan la nacionalidad a los niños extranjeros nacidos en su territorio. Ante esta situación los padres deben solicitar al representante de su país de origen (cónsul) algún documento de viaje, generalmente pasaporte para poder sacar al menor del país, he aquí donde se suscita el inconveniente, porque generalmente es denegado, dado que esos padres realizaron esta práctica en violación del orden público y el fraude a la ley de su país.

Se puede citar el caso⁵⁴ de un matrimonio homosexual de hombres argentinos que decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India. El problema es que la India no

⁵⁴ Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad de Buenos Aires, 22/3/2012 “D.C.G. y G.A.M. v. GCBA s/amparo Microjuris on line, MJ-JU-M-66984-AR | MJJ66984 | MJJ66984.

otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. Según la normativa vigente en la India, a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre (quien aportó el gameto masculino) y como nombre de la madre, la leyenda “madre subrogante o madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india de la criatura, por lo que si al niño no se le confiere la nacionalidad argentina, adquiere el status de “apátrida”. La única vía era una resolución judicial expedida por una juez competente de la República Argentina que ordenara la inscripción en los registros del Estado argentino del niño nacido en India, y así otorgarle la nacionalidad argentina. Se dio lugar al amparo en base al interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares y se autorizó a las autoridades del Registro del Estado Civil y capacidad de las personas de la Ciudad de Buenos Aires a proceder a la inscripción del nacimiento del niño.

3.5 Conclusiones Parciales

El uso de las TRHA en la sociedad ha ido en aumento y hoy nos encontramos con una variedad de técnicas y formas que se adecuan a la necesidad de los futuros padres. Ante esta realidad apremia una reforman en la legislación que incluya estas prácticas y sus consecuencias.

Concluimos que hay un tercer tipo de filiación que se basa en la voluntad procreacional, y que se diferencia claramente de las otras dos. Este nuevo tipo de filiación establece cambios en las formas para determinar la maternidad y la paternidad y las máximas que nos ofrecía el código dejan de ser “iure et de iure” a ser “iuris tantum”.

A los padres los asiste el derecho a procrear, pero al realizar este derecho se ve avasallado el derecho del embrión, primero al elegir cuál va a tener la suerte de nacer y cuál va a permanecer congelado. Luego si ese embrión se desarrolla y nace, el derecho a la identidad del niño, puede quedar relegado a un segundo plano dado que se privilegia el derecho a la identidad de los progenitores o del dador, sin tener en cuenta el interés superior del niño.

CAPÍTULO 4: LAS TRHA EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil Argentino fue sancionado en 1869 respondiendo motivos jurídicos y políticos de la época. Dotó de unidad y coherencia a la legislación civil y también consolidó la independencia política del país, a través de la independencia legislativa, y la unidad nacional, por la supremacía del código sobre la legislación provincial. Pero la sociedad avanza y el código debe adecuarse a los cambios sociales, políticos y económicos. La reforma más importante que sufrió el código fue producto de la Ley N° 17.711, de 1968. Hoy estamos ante un nuevo proyecto de reforma que según sus fundamentos, es una derogación del Código elaborado por Vélez y sustituido por otro totalmente nuevo, que pretende combinar y complementar, el Derecho Privado (Civil y Comercial). En el capítulo cuarto se analizarán las disposiciones que establece el proyecto de reforma y los últimos cambios incorporados en su texto original, con respecto a la inclusión de la TRHA en el derecho positivo.

4.1 Proyecto del Código Civil y Comercial. Análisis.

En el año 2011 a través del decreto N° 191 se crea una comisión encargada de la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, presidente de la comisión, Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci. Ellos exponen en los fundamentos del proyecto, la idea que “un código, como cuerpo de leyes, debe estar de acuerdo con las tendencias y modos de ser de la sociedad a la que está destinado a regir, encauzando las relaciones jurídicas entre los individuos”, surgiendo aquí la imperiosa necesidad de modificar el código de Velez Sársfield de 1869 dado que el modo y forma de vida de la sociedad de esa época ha variado, y el código se debe adecuar a esta nueva realidad. Siguiendo con los fundamentos, establece la comisión redactora del proyecto que “el derecho privado, en su conjunto, fue afectado por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas”. Una de las modificaciones relevante fue la reforma constitucional del año 1994, y con ella la jerarquía que asumieron los Tratados de Derechos Humanos. (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, 2012).

Este proyecto de reforma oscilaba entre la innovación y la conservación en el derecho de familia, dado que conservaba su postura del comienzo de la existencia de la persona y por otro lado innovaba en incorporar figuras como la maternidad subrogada. Más allá de razonables disensos que producía el proyecto original en algunos, aspectos parciales, fue bien recibido, y esperaba su sanción. Pero recientemente algunas modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo al texto original del proyecto y las sugeridas por la Comisión Bicameral cambian sustancialmente el espíritu del proyecto, apareciendo las primeras voces en contra, como la del presidente de la comisión redactora, el Dr. Lorenzetti que junto a sus colegas manifestaron que "esto que se aprobó no es nuestro código, no tiene nada que ver con lo que elaboramos después de casi un año de trabajo y en consulta con un centenar de expertos de todo el país"⁵⁵. Lorenzetti y Highton manifestaron también que ellos habían elaborado una reforma integral del código, y no cambiar un artículo por otro, por lo tanto consideran que "se le terminó dando media sanción a otra cosa" (Citado por Rivera, 2013)

Otras voces que se manifestaron en contra de los cambios introducidos, es la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER), manifestando que es un "franco retroceso que atenta contra los resultados, los derechos reproductivos de las personas y parejas infértiles y es contradictorio con la Ley de cobertura de los tratamientos de reproducción medicamente asistida que este mismo congreso votó"⁵⁶. Además fundamentan su postura manifestando que dicha reforma contradice a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el Caso Costa Rica dijo expresamente que el embrión no implantado no es persona.

Las modificaciones realizadas al proyecto original serán analizadas en los sucesivos subtítulos.

a) Definición de TRHA

El proyecto, igual que el código actual, no incorpora una definición de TRHA, ella la podemos encontrar en la Ley N° 26.862, "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", sancionada y promulgada en

⁵⁵ Portal Público de Noticias. Argentina en Noticias. Recuperado el 30/11/2013 de <http://www.argentina.ar/temas/codigo-civil/23934-reforma-del-codigo-civil-la-corte-molesta-con-los-cambios-en-el-proyecto-original>

⁵⁶Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER) (2013) Recuperado 30/11/2013 de <http://www.samer.org.ar/>

Junio de 2013 (analizado en el capítulo I). El proyecto comienza a introducir este término, específicamente en el título primero al regular la “persona humana”, significando uno de los cambios más importantes en esta materia entre el vigente Código Civil y el Proyecto del año 2012.

b) Embrión y Persona humana con la introducción de las TRHA.

Al analizar el Proyecto, la primera diferencia que surge con el actual Código es la eliminación de la definición de persona que nos brinda el artículo 30 del Código Civil. Dicha decisión no se aclara en los fundamentos del proyecto 2012, pero sí lo realizaba el proyecto del 98, que según la doctrina tuvo gran influencia sobre el nuevo. Recordando los fundamentos del proyecto de reforma del año 98, sus redactores tomaron la decisión de suprimir el concepto de persona, argumentando que:

La noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano, por el solo hecho de serlo; y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da la falsa idea de que la personalidad del sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley; el Derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin. (Alegría, Alterini A., Alterini J., Méndez Costa, Rivera, Roitman, 1998, p. 2)

Otra de las diferencias es el abandono de la definición de “personas por nacer” ya que se comienzan a usar las expresiones “persona humana” y “embrión” cuando se hace referencia a las TRHA, concepto que el código actual no menciona.

c) Comienzo de la existencia.

El comienzo de la existencia de la persona humana es un tema controvertido, y este es uno de los puntos que ha sufrido modificaciones con la última reforma introducida en el proyecto original.

En el Libro Primero, parte general, título I comienza a regular a partir del artículo 19 la normativa referida a la “Persona Humana” y el capítulo I se titula “Comienzo de la existencia”.

El proyecto de reforma original manifestaba en su artículo 19:

“Comienzo de la existencia. 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”.

Como se desprendía claramente de dicho artículo, la existencia de la persona humana comenzaba con la concepción en el seno materno, es decir continuaba manteniendo el principio que establece el código actual, sin manifestar ningún cambio al respecto, y ampliaba la concepción a través del uso de alguna TRHA con la implantación del embrión en la mujer.

Con la reforma al proyecto original esta situación se modificó, estableciendo ahora el artículo 19 que la persona humana comienza desde la concepción, eliminando la condición de que sea en el seno materno y también eliminando la aclaración en cuanto a los casos de técnicas de reproducción asistida. Esta redacción coincide con el proyecto del 98, dado que ese proyecto hablaba que la existencia comenzaba desde la concepción sin la expresión “en el seno materno”.

Lo novedoso en el proyecto, y que continúa en el texto de la última reforma es que reconoce la persona concebida por medio de alguna TRHA, situación que no encontramos en el código actual.

Con respecto al embrión no implantado, tanto en el proyecto original como en los cambios recientemente incorporados, su situación no cambia, se continúa sin una reglamentación delegando su regulación a una ley especial que no se dicta.

SAMER y “Sumate a dar Vida⁵⁷”, son algunas de las organizaciones que consideran que la modificación del artículo 19 es una “brutal vuelta atrás”, un retroceso frente a la sanción de la Ley de Fertilización Asistida, y se preguntan ¿Por qué volver a dejar un vacío legal? ¿Por qué impedir que muchas parejas puedan concretar el deseo de tener un hijo y formar una familia? El Código de ética en reproducción asistida, redactado por una comisión del SAMER considera que en la Fertilización Humana Asistida, el embrión, antes de ser implantado, no es una persona. Sí bien merece un respeto y tiene un status bioético que no permite utilizarlo para fines de investigación ni de experimentación, ni crear un embrión con otro objeto que no sea el nacimiento de un bebé sano, pero de ninguna manera debe considerarse una persona. Claudio Chillik, quien fue titular de SAMER, destaca que:

⁵⁷ Asociación Civil de pacientes con dificultades para concebir,

Otorgar el status de persona a un embrión no implantado implica por ejemplo que no se puede congelar, porque no se puede congelar personas. En rigor, directamente no se podría hacer fecundación in vitro porque se crearían ‘personas’ de las cuales muchas no van a llegar a nacer’. (Citado por Taubaso, 2013)

Al referirse a los derechos y obligaciones que puede adquirir el embrión incluye en la redacción del artículo 21 “al concebido o el implantado en la mujer”, estableciendo como condición “nacer con vida”. Este artículo estaría reemplazando al actual artículo 70 el cual en su redacción incorporaba “nacer con vida, aunque fuera por instante”. El artículo 21 culmina su redacción estableciendo que “El nacimiento con vida se presume”. Aquí se continúa con el texto original.

Con respecto a la duración del embarazo mantiene el mismo principio que el actual código, tiempo máximo trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días.

d) Derechos Personalísimos: intimidad e identidad.

Una decisión positiva fue incluir en el Proyecto un capítulo específico de los “Derechos y actos personalísimos”. El capítulo comienza con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad. Se regula el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos.

Los derechos personalísimos tienen como pilar fundacional permitir al hombre su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros. (Saltzer, 2012 p. 43)

Vélez Sarsfield no legisló sobre el tema en ese momento por no considerarlo necesario, no porque lo desconociera, él había mencionado estos derechos en la nota al artículo 2312:

“Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales como ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in jure.”

Navarro Floria (2012, p.108) sostiene que esos “derechos personales”, no exteriores sino interiores al hombre, son los que hoy conocemos como derechos personalísimos.

En lo respecta a los objetivos de este trabajo, se hará referencia a dos derechos personalísimos: intimidad e identidad.

Con respecto al primero de ellos menciona en su artículo 52 derecho a la “intimidad personal o familiar” cuando establece:

“Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”.

De este modo está protegiendo dos ámbitos propios y necesarios de toda persona: su intimidad propia y la intimidad de su familia. Su protección específica se encuentra en el artículo 1770 del proyecto, que refleja lo establecido en el artículo 1071 bis del Código.

El concepto de intimidad incluye varios aspectos y todos ellos están protegidos por la ley, como la protección de los datos personales, la intimidad corporal como defensa ante los procedimientos invasivos, sean médicos o relacionados con las fuerzas de seguridad, privacidad de las comunicaciones, intimidad domiciliaria o territorial.

Con respecto al derecho de la intimidad de los progenitores ante el uso de las THRA en el capítulo de los derechos personalísimos no ha incluido ninguna disposición, si se encuentra alguna disposición en la regulación de “Filiación”.

Al analizar si el derecho a la identidad ha sido incluido en el proyecto, pensando si el concebido por alguna TRHA lo ampara el derecho de acceder a sus orígenes biológicos, especialmente en la fecundación heteróloga y en la gestación por sustitución, nos encontramos con el artículo 564 que establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 564.- Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede:

- a. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.
- b. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud”.

De dicho artículo se desprende que el concebido por alguna TRHA podrá acceder a los datos del donante sólo ante dos situaciones: en caso de riesgo para su salud, sin necesidad de intervención judicial y también cuando se invocan otras razones debidamente fundadas, que serán evaluadas por la autoridad judicial. En los fundamentos no explican cuáles

podrían ser estas “otras razones” simplemente mencionan que ya no son administrativas y que se prestará atención a los intereses en juego.

Si bien la doctrina y jurisprudencia consideran como un verdadero derecho humano el derecho a conocer los orígenes (derecho a la identidad), el proyecto se inclinó hacia el anonimato del donante, con las dos excepciones analizadas. (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, 2012)

e) Filiación.

En el Título V el proyecto establece la reglamentación con respecto a la filiación y en su primer artículo establece una de las primeras diferencias con el actual código:

“Artículo 558: Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de DOS (2) vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

Como surge a simple vista el proyecto incorpora un tercer tipo de filiación, sosteniendo que el vínculo que une a un sujeto con sus progenitores puede tener lugar no solo por la naturaleza (vinculo biológico), por adopción sino que también por el uso de las TRHA especialmente cuando se utiliza la fecundación in-vitro y la gestación por sustitución.

El capítulo II establece específicamente “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. Los artículos 560 y 561 ponen el acento en la voluntad procreacional de los progenitores para la creación del vínculo filial. Como se analizó en el capítulo anterior, las diferencias entre los tipos de filiación legisladas en el código y este nuevo tipo son claras y definidas.

El artículo 561 del proyecto establece:

“Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Este artículo es claro al determinar que el consentimiento da origen al vínculo filial por el uso de las TRHA y quien presta el consentimiento “previo, informado y libre” es el que

aparece como progenitor. En la filiación por naturaleza la impugnación se funda en la falta de vínculo biológico, como lo establece el art 258 del Código Civil, aquí en el proyecto al regular las TRHA, y especialmente las TRHA heteróloga siempre falta el vínculo genético; la filiación se determina sobre consentimiento previamente prestado y el este consentimiento dado protege la posibilidad de impugnar.

El artículo 562 incorporaba la figura de la maternidad o gestación subrogada, situación impensada en la época de la sanción del código. Este artículo reconocía como punto central la voluntad procreacional expresada por consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen que luego deberá ser homologado en Sede Judicial. El artículo también establecía los requisitos para que el juez pueda homologar dicho acuerdo, para ello se necesitaba constatar que la gestante actué en forma altruista (que no haya recibido un pago), que ya tenga un hijo propio, que posea “plena capacidad, buena salud física y psíquica” y que no aporte ningún gameto; respecto de los futuros padres se deberá comprobar que al menos uno de ellos esté imposibilitado de concebir un hijo de manera natural y que haya aportado alguno de los gametos (óvulo o espermatozoide). Asimismo, se imponía como limitación que la gestante sólo podría someterse a éste procedimiento, como máximo, en dos oportunidades. En los fundamentos del proyecto original surge que la presencia de todos estos requisitos es para lograr la certeza de que la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que el uso de alguna TRHA no es usado como un mero capricho sino como última alternativa para concebir un hijo propio. También se incluía en este artículo, el “Interés superior del niño”. Este principio se encuentra incluido de manera expresa en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) y alude a la plena satisfacción de sus derechos. (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, 2012)

Esta figura de la maternidad subrogada fue directamente apartada del texto original del proyecto de reforma.

4.2 Conclusiones Parciales.

Igual que el código actual, el proyecto establecía en su texto original, que la vida humana comenzaba con la implantación del embrión en el vientre materno. De esta manera los

embriones no implantados, no eran considerados personas. Pero esta redacción, aceptada por las organizaciones relacionadas con reproducción asistida, sufrió modificaciones el 28 de noviembre en una sesión de la cámara de senadores, y con ellas también se le dio un cambio al espíritu del código. Esta nueva redacción se adhiere a la postura establecida en el proyecto del 98, “la existencia de la persona comienza desde la concepción”. Esto nos coloca ante la idea de concebir vida fuera del seno materno; de esta forma se estaría incorporando a los embriones no implantados, pero se continúa remitiendo su regulación a una legislación especial.

La necesidad de reforma del actual Código Civil es necesaria, pero tampoco se considera conveniente realizar cambios de una manera apurada por el solo hecho de reformar. Toda reforma responde a necesidades sociales, económicas, políticas, culturales, que impulsan el cambio. Si bien coincidimos en algunos de los cambios propuestos, esta media sanción se realizó, a nuestro entender, solo respondiendo a una necesidad política y siguiendo las influencias de la iglesia católica, cuya postura, si bien es importante, no es la única, debiéndose escuchar además otras voces.

Considerar la existencia de la persona desde su “concepción”, lo consideramos afortunado, dado que se le otorga al embrión un status que de otra forma no sería respetado, dado que el dictado de la legislación especial no se produce, y día tras días se continúa su manipulación. El fundamento que brindan las asociaciones ligadas a la reproducción asistida, de que con estos cambios no podrán realizarse las TRHA, no fundamentaciones compartido por nosotros, dado que si miramos una de las legislaciones del derecho comparado como Alemania (analizada en el capítulo 5) comprobamos que se protege al embrión y al mismo tiempo se permite el uso de las TRHA; lo que sí se prohíbe es la crioconservación. Con esta técnica se privilegia el derecho a la intimidad de los progenitores que deciden qué embriones quedan congelados, cuánto tiempo o qué hacer con ellos ante su decisión de no implantarlos. Como sostuvimos en el segundo capítulo desde el momento que se une el óvulo con el espermatozoide hay un nuevo ser dentro o fuera del seno materno y en ambos lados puede prosperar o no.

Una decisión desacertada es la quita de la figura de la maternidad subrogada, práctica que se desarrolla por nuestros ciudadanos dentro o fuera del país.

Con respecto a los derechos personalísimos al inclinarse por el anonimato del donante se privilegia una vez más el derecho a la intimidad de los progenitores y donantes, por sobre el derecho a la identidad del concebido por alguna TRHA. Si bien en los fundamentos se pregona el interés superior del niño, al redactar la normativa se estableció el anonimato del donante y solo dos excepciones para conocer los datos. Una excepción, es si corre riesgo la salud del niño, donde aquí no es necesaria la intervención judicial. Pero si no existe problema de salud, el derecho a la identidad, a conocer su origen, queda en manos de la decisión de un juez, basándose en razones fundamentadas. Por lo tanto si esas razones son desestimadas por el juez, el derecho a conocer su origen se verá limitado, influyendo dicha limitación en la acepción estática y dinámica de la identidad de ese niño.

El proyecto es claro al establecer un tercer tipo de filiación, basado en la voluntad procreacional, resaltando con énfasis el consentimiento “previo, informado y libre”.

La utilización de las TRHA por parte de la población argentina es una realidad que acontece diariamente, y nuestra legislación no puede quedar al margen e ignorarla.

CAPÍTULO 5: TRATAMIENTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

Al realizar un análisis en la legislación comparada de algunos países europeos, es posible comprobar que desde hace algún tiempo cuentan con una normativa respecto a la TRHA. Entre ellos podemos citar a España, que en 1988 dictaba su primera ley N° 35 sobre reproducción humana asistida, unos de los textos más avanzados en el mundo en esta materia. Ante la imperiosa transformación de la sociedad surge una reforma integral en el 2003, con la Ley 43 y en el 2006 se realiza la última modificación a estas leyes, sancionando la ley N°14 sobre técnicas de reproducción humana asistida. En dicha ley aparece una fuerte postura a favor de la defensa de los derechos de la madre, aún en detrimento de los derechos del niño. Otro país pero con una legislación proteccionista del embrión es Alemania que sanciona en 1990 su “Ley de protección del embrión”

Los países latinoamericanos a diferencia de los europeos carecen de un legislación sistemática sobre procreación asistida; solo existen algunos principios generales dejando lagunas. Al realizar una mirada hacia América podemos analizar la situación legislativa, doctrinaria y jurisprudencial en Chile, país que considera que el embrión no es objeto de un derecho de propiedad.

5.1 La situación de los embriones no implantados y la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Legislaciones que protegen al embrión: Alemania y Chile.

Alemania

El 13 de diciembre de 1990, Alemania sanciona la "ley de protección del embrión" N° 745/90⁵⁸, pretendiendo con esta reglamentación dotar al embrión de un status jurídico definiendo lo que se entiende por “embrión” y enunciando las prohibiciones fundamentales, sancionadas penalmente, que aseguran al embrión una protección mínima, principalmente frente a los investigadores. Se trata de una ley precisa y técnica. La intención del legislador alemán es clara, proteger la vida humana desde el comienzo, por lo tanto las manipulaciones genéticas deben encontrar límites definidos.

⁵⁸ Ley de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90. Biblioteca del Congreso Nacional (Chile) Recuperado el 22/11/2013 de <http://comunidad.vlex.com/dergenetico/AlemaniaLey75490.html>

Esta ley fue dictada sobre la base del Informe Benda. Este informe fue redactado en 1985, junto con otros como el informe Warnock en 1982 del Reino Unido, con el fin de regular la utilización de las técnicas de reproducción asistida. El Informe Benda, en coherencia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, propuso una fuerte protección de la vida humana embrionaria desde la fecundación, prohibiendo su criopreservación y la fecundación heteróloga. (Dobernig Gago, 2000)

La Carta Fundamental, base de toda la legislación germana, contempla en su artículo 1 el respeto a la dignidad de la persona humana. En el Código Civil, por su parte, en su artículo 1, contiene la cláusula general de atribución de personalidad al nacimiento, conforme a la cual no se es persona, ni por lo tanto sujeto de derechos, sino desde que se nace. Sin embargo, no contiene ninguna cláusula general de reconocimiento de derechos (subordinados al nacimiento) a favor del concebido, limitándose al establecimiento de una serie de disposiciones sobre su situación jurídica. Ante esta orientación amplia los embriones concebidos con alguna THRA quedaban desprotegidos, por lo tanto en 1990 se sanciona la ley de protección del embrión. (Canales, 2004)

La ley N° 745/90 en su artículo primero y segundo legisla sobre la “Utilización abusiva de las técnicas de reproducción y del embrión” estableciendo penas privativas de libertad a todo aquel que realice una actividad prohibida por esta ley.

Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
- 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;
- 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo;
- 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;
- 6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;

7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

2. Será sancionado con las mismas penas:

1) Quien favoreciera la penetración artificial de un espermatozoide humano en un óvulo humano, o.

2) Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo.

3. No serán sancionadas:

1) En los casos contemplados en el parágrafo 1, incs. 1,2 y 6, la mujer de la cual proviene el óvulo o el embrión, ni aquella a quien se hubiera transferido el óvulo, o a quien se hubiera previsto transferir el embrión.

2) En los casos contemplados en el parágrafo 1, inc. 7, la madre de sustitución, ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva.

4. En los casos contemplados en el parágrafo 1, inc. 6 y parágrafo 2, la tentativa es pasible de sanción penal.

Art. 2.- Utilización abusiva de embriones humanos.

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o una multa quien enajenará un embrión humano concebido en forma extra-corporal, o extranjera de una mujer un embrión, antes del período de la anidación en el útero, o lo cediera, adquiriera, o utilizara para un fin distinto al de su preservación.

2. Será sancionado con las mismas penas quien provocara el desarrollo extra-corporal de un embrión humano para un fin distinto al de provocar un embarazo.

3. La simple tentativa es pasible de sanciones penales.

Se desprende de ambos artículos que la fecundación in vitro sólo puede tener por finalidad provocar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo y es obligación la transferencia a la madre de todos los embriones obtenidos, que no pueden ser más de tres en un mismo ciclo. Con estas disposiciones se pone fin al problema de los embriones supernumerarios y la creación de los "bancos de embriones", dado que la norma prohíbe la práctica de dejar algunos embriones en stock, en previsión de una falla en la primera tentativa. Estos artículos también establecen la prohibición de la maternidad subrogada o sustituta al sancionar quien practicara una fecundación a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

El artículo primero comprende también en su normativa, quienes no son pasibles de las sanciones, la mujer a quien se le transfiere el óvulo o embrión, apuntando como principales destinatarios de las sanciones a los médicos y biólogos.

El artículo 3 sanciona el hecho de fecundar artificialmente un óvulo humano con un espermatozoide en función de sus cromosomas sexuales. Es decir se prohíbe la predeterminación del sexo del niño. Este artículo establece una excepción, cuando se persigue evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

La ley regula en su artículo cuarto el tema del consentimiento, estableciendo penas para quien procediera a fecundar artificialmente un óvulo o a transferir un embrión sin el consentimiento de la mujer o del hombre cuyo esperma fue utilizado.

Pero las disposiciones legales serían ineficaces si se limitaran a proteger al embrión, olvidando las manipulaciones que pueden tener lugar sobre los gametos. Es por ello que la ley en su artículo 5 prohíbe la modificación deliberada de la información genética de los gametos.

Art. 5.- Modificación artificial de células sexuales durante el curso de la gametogénesis.

1. Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años, o de una multa, quien hubiera modificado artificialmente la información genética contenida en célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis .

2. Será sancionado con las mismas penas quien utilizara para una fecundación un gameto humano cuya información genética hubiera sido artificialmente modificada.

3. La simple tentativa es pasible de sanciones penales.

4. El parágrafo 1 no es aplicable en los siguientes casos:

1) Modificación artificial de la información genética contenida en una célula sexual humana en cualquier estadio de gametogénesis, cualquiera sea el cuerpo de cual se extrajo: un conceptus muerto, un ser humano vivo o muerto, si está excluido:

a) que ella será transferida a un embrión, un feto, o un ser humano, o.

b) que ella produzca un gameto.

2) Inoculación, tratamientos de quimioterapia, de rayos u otros que no tengan por objetivo la modificación de la información genética de la célula sexual humana durante el curso de la gametogénesis.

La solución se explica por las consecuencias irreversibles que podrían acarrear tales manipulaciones para las generaciones futuras, ya que no debe descartarse la posibilidad de errores que provocarían malformaciones graves, que se transmitirían a los descendientes del individuo en cuestión. (Adorno, 1994)

Por su parte, el artículo 6 prohíbe el provocar artificialmente la formación de un embrión humano con una información genética idéntica a la de otro embrión, a la de un feto, o de un adulto vivo o muerto. Se sanciona así la práctica de la clonación, es decir, la duplicación deliberada de un ser humano.

El artículo 8 en su párrafo primero define al embrión:

Art. 8.- Definiciones

1. En el espíritu de la presente ley, hay "embrión" desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo término se aplica a toda célula totipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo.

Para los legisladores alemanes dos son los requisitos que establecen para que exista el embrión, "fecundación" y "susceptibilidad de desarrollo". Con respecto a esta última exigencia, la ley presume que el embrión, dentro de las primeras 24 horas de vida, es susceptible de desarrollo. Una excepción está prevista si se advierte que al fin de ese período el embrión no supera el estadio unicelular. Otra característica de este artículo es asimilar al embrión a toda célula totipotente⁵⁹ que se desprenda de él.

Debe asimismo advertirse que, si bien la noción legal de "embrión" sólo se aplica al óvulo fecundado después de la fusión de los pronúcleos, ello no significa que antes de la fusión se encuentre desprotegido, el artículo 8, párrafo 3 establece:

3. En la presente ley, por "célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis", se entiende cualquiera de las células situadas en una línea de desarrollo que conduce al óvulo fecundado, así como los óvulos y espermatozoides del ser humano que proviene de esa célula. También se aplica al óvulo, desde la introducción o intrusión del espermatozoide hasta la fecundación acabada, con la fusión de los núcleos.

Incluye al óvulo desde la penetración del espermatozoide en la noción de "línea germinal", protegida por el artículo 5. (Adorno, 1994)

De esta ley se desprende que el ser humano, antes del nacimiento, no debe ser considerado como una "cosa" y por tanto no puede ser objeto de un derecho de propiedad. También pretende limitar la producción de embriones sobrantes prohibiendo la fecundación de más

⁵⁹ Se llaman células "totipotentes" a las que conforman el embrión, dentro de las dos primeras semanas de vida de éste. Son "totipotentes" porque cualquiera de ellas, separada del embrión, es capaz de desarrollarse y dar lugar a otro embrión, genéticamente idéntico al de origen. Diccionario médico-biológico de la Universidad de Salamanca. Recuperado el 23/11/2013 de <http://dicciomed.eusal.es/palabra/totipotente>

óvulos de los que puedan ser transferidos a una mujer en el curso de un ciclo. Además, se prohíbe el comercio de embriones al sancionar la venta, disposición, adquisición o uso de embriones para cualquier fin distinto de su conservación. Por último la ley, señala que con la fecundación se inicia el desarrollo de una nueva vida humana. (Canales, 2004)

Hay un supuesto que ha quedado fuera de las previsiones del legislador, es aquel de la producción, por cualquier causa, de embriones sobrantes respecto de los cuales no se decida una implantación en la mujer de la que se ha extraído el óvulo. Ante esta situación se plantea una doble alternativa: admitir la donación de embriones, lo cual es contrario a la intención del legislador, o dejarlos morir, con lo que se enfrentaría el principio de tutela de la vida humana desde la fecundación que inspira el cuerpo legal. Aquí nos encontramos con un vacío legal, que deberá la jurisprudencia resolver en cada caso concreto. (Adorno, 1994)

Chile

La Constitución Política de Chile en su artículo 19 inc. 1 y el Código Civil en los artículos 75, 77 y 243 denominan al individuo de la especie humana que ha comenzado su existencia, pero que aún no ha nacido como “el que está por nacer”.

Con respecto a la regulación de las THRA en Chile existe una antigua regulación administrativa sobre técnicas de FIV (Resol. Exc. N° 1072/1985: “Normas aplicables a la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria”) que es sólo aplicable a los centros de reproducción asistida del sistema público. (Lecaros, 2012) No existe una regulación integral con respecto al uso de las THRA, sino normas dispares que de una u otra manera se relacionan con la reproducción asistida, como una regulación administrativa de uso casi nulo, la ley 20.120 del 2006 sobre “la investigación científica en seres humanos, su genoma y prohibición de la clonación” y la ley N°19.585 de 1998 que modificó el sistema de filiación, introduciendo un nuevo artículo el 182 al Código Civil que viene a regular los efectos filiatorios cuando se aplican técnicas de reproducción asistida con o sin donante.

El 22 de septiembre de 2006 se promulgó la ley 20.120⁶⁰, que legisla sobre “la investigación científica en seres humanos, su genoma y prohíbe la clonación”. En su artículo primero establece “proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción”, no determina si es desde el seno materno, desde esta redacción estaría incluyendo a los embriones en probeta. También se protege la integridad física y psíquica del ser humano, como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas.

La clonación humana ha sido un tema de discusión con fines terapéuticos, recibiendo un unánime rechazo, la clonación humana con fines reproductivos. Finalmente la ley prohíbe la clonación humana cualquiera sea el fin perseguido, también prohíbe la utilización de células troncales embrionarias humanas, dado que el parlamento chileno optó por la alternativa de proteger la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción. (Santos Alcántara y Venturá-Juncá del Tobar, 2007)

La idea de defender la vida ha quedado de manera clara y precisa plasmada en el artículo 6 que establece:

Artículo 6: El cultivo de tejidos y órganos sólo procederá con fines de diagnósticos terapéuticos o de investigación científica. En ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos.

Esta ley, como bien lo establece en su primer artículo, la vida de los seres humanos se protege, desde el momento de la concepción, con este principio se ha generado una importante discusión con respecto al congelamiento o criopreservación de embriones en Chile. Este principio generó la duda de si también (igual que la clonación) quedaba prohibida la criopreservación de embriones que realizan la mayoría de los centros de Medicina Reproductiva. A raíz de esto se presentó en el Senado un proyecto de ley sobre Reproducción Humana Asistida que en su artículo 9 expresa que “a partir de la entrada en vigencia de esta ley, la técnica de criopreservación de embriones quedará prohibida”. Además este proyecto de ley tiene su énfasis puesto en la protección de la vida humana embrionaria desde su fecundación y en el interés superior del niño concebido por estas

⁶⁰ Ley 20.120, Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Recuperado el 26/11/2013 de <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=253478>

técnicas, sin hacer alusión a la autonomía reproductiva y el bienestar de la mujer. “Es posible alinearlos dentro de las legislaciones más restrictivas en el derecho comparado”. (Lecaros, 2012). Este proyecto continúa sin su aprobación.

Con respecto a la nueva ley de filiación que introdujo modificaciones al Código Civil chileno recogió expresamente el principio del interés superior del niño en el art. 222:

Art. 222. Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

Este principio fue admitido como criterio para ser aplicado en diversas normas. Con respecto a la filiación el nuevo artículo 182 del Código Civil manifiesta:

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. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

Lo que está indicando implícitamente la norma es que regula la filiación de los niños concebidos por parejas heterosexuales (“el padre y la madre”), no necesariamente matrimonial, mediante estas técnicas con gametos propios o con gametos donados. “El legislador estaba consciente que regulaba situaciones ya consumadas y que no entraba a la regulación de fondo de estas técnicas, lo que en rigor correspondía a un proyecto de ley específico existía en el Parlamento, siendo finalmente archivado en el 2002.

Legislaciones que hacen prevalecer las TRHA sobre el interés del concebido España.

La Ley española N° 35/1988 fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones de los países europeos, sobre técnicas de reproducción asistida, pero dado el importante avance científico y el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción se hizo imperiosa la necesidad de una reforma. Así la Ley 45 del 2003, vino a modificar la Ley 35 de 1988, pero sólo dio una respuesta parcial a las exigencias de la sociedad. Dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor, aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero dicha ley pronto se vio superada en la realidad, y como específica en los

motivos⁶¹ de la Ley 14 del 2006, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida vio la pronta reforma de la legislación vigente, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual.

En primer lugar, en el artículo 1 inc. 2, define el concepto de preembrión, entendiendo por tal (para los efectos de dicha ley) al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

La ley 35/1988 ofrecía una lista cerrada de cuáles eran las técnicas permitidas, esta nueva ley adopta un criterio más abierto al mencionar en su anexo las técnicas con acreditación científica y clínica, ellas son:

1. Inseminación artificial.
2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.
3. Transferencia intratubárica de gametos.

Se produce una evolución en la utilización de las THRA no solo como una solución a la esterilidad, sino también su actuación en el diagnóstico genético preimplantacional. A través del diagnóstico es posible la prevención de enfermedades genéticas que en la actualidad carecen de tratamiento, otorgando la posibilidad de seleccionar preembriones para salvar la vida de algún familiar enfermo. El artículo 12 determina que el diagnóstico preimplantacional solo se podrá practicar la detección de enfermedades hereditarias graves y otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. El artículo 13 establece que el único fin para intervenir el preembrión vivo in vitro, es para tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables. Este artículo en su inc. 2 estipula los requisitos indispensables para realizar la intervención:

Artículo 13:

Inc. 2. La terapia que se realice en preembriones in vitro sólo se autorizará si se cumplen los siguientes requisitos:

⁶¹ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Gobierno de España. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado el 23/1/2013 de http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292

- a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola haya sido debidamente informada sobre los procedimientos, pruebas diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapia propuesta y las hayan aceptado previamente.
- b) Que se trate de patologías con un diagnóstico preciso, de pronóstico grave o muy grave, y que ofrezcan posibilidades razonables de mejoría o curación.
- c) Que no se modifiquen los caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o de la raza.
- d) Que se realice en centros sanitarios autorizados y por equipos cualificados y dotados de los medios necesarios, conforme se determine mediante real decreto.

Todo posible usuario de alguna de las técnicas (mayores de 18 años y con plena capacidad de obrar) o donantes (18 años, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar) deben ser informados detalladamente de los aspectos biológicos, jurídicos, éticos y económicos de las técnicas. Una vez brindada la información la parte interviniente (la mujer y si está casada su cónyuge) deberá prestar su conformidad por escrito. Este consentimiento puede ser revocado por la mujer receptora de la técnica en cualquier instancia del procedimiento antes de su transferencia embrionaria.

El artículo 5 alude específicamente a los “donantes y los contratos de donación”, estableciendo la autorización de la donación de gametos y preembriones, a través de un contrato gratuito, formal y confidencial, concertado entre el donante y el centro autorizado. Otras de las características que fija la ley es que la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial y si hubiese una compensación económica, sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación. Un punto importante que fija este inciso es el anonimato del donante, estableciendo:

Artículo 5. Donantes y contratos de donación.

Inc. 5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

El principio es el anonimato del donante y los hijos nacidos solo podrán obtener información general sobre los donantes, pero no de su identidad. Como excepción a este principio en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, dicha revelación tendrá carácter restringido.

Esta ley también establece el máximo de hijos nacidos, generados con gametos de un mismo donante, no deberá ser superior a seis. Los donantes deberán declarar en cada donación si han realizado otras previas, así como las condiciones de éstas, e indicar el momento y el centro en el que se hubieran realizado dichas donaciones.

Como vimos esta ley establece un concepto de preembrión y regula el diagnóstico preimplantacional, a estos temas se le suma en el artículo 11 la “Crio-conservación y otras técnicas coadyuvantes de las de reproducción asistida”. Establece que se podrán crio-conservarse semen, ovocitos y tejido ovárico, preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo. Con respecto al tiempo de conservación la ley ha previsto que si se trata de semen durante la vida del varón de quien procede, en el caso de ovocitos, tejido ovárico y preembriones sobrantes, hasta el momento en que se considere por parte de 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. En todo caso, serán los progenitores determinar el destino que debe darse a los preembriones como al resto de material genético. Los diferentes destinos posibles que establece la ley son:

- a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.
- b) La donación con fines reproductivos.
- c) La donación con fines de investigación.
- d) El cese de su conservación sin otra utilización.

Si se opta por el este último destino, en el caso de los preembriones y los ovocitos sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

Para la utilización de cualquiera de los supuestos de posibles destinos será necesario el consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge. La ley también establece que en el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente.

Unos de los posibles destinos es la donación con fines de investigación, así los artículos 14 y 15 nos hablan de la utilización de gametos y preembriones con fines de investigación. Con respecto a los gametos utilizados en investigación o experimentación, la ley marca una prohibición, dado que no podrán utilizarse para su transferencia a la mujer ni para originar preembriones con fines de procreación. Con respecto a la investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, establece requisitos que deberán tenerse en cuenta para su autorización, ellos son: a) el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación y sus implicaciones, b) el preembrión no se haya desarrollado in vitro más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado, c) la investigación se realice en centros autorizados, d) que se realicen con base en un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias competentes.

La ley en su artículo 7 determinó las pautas para la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, aludiendo que se regulará por las leyes civiles, marcando las excepciones de las especificaciones establecidas en los artículos 8, 9 y 10 de esta ley.

El artículo 116 del Código Civil marca una presunción legal: “se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación personal”. Sobre tales bases la fecundación asistida heteróloga, con participación de un donante, la filiación de ese hijo será la de la mujer progenitora y el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y

expreso; y no podrán impugnar tal filiación. Se le otorga al hijo el status de hijo matrimonial, aun en los casos que se haya utilizado material genético sólo de donantes y ninguno de los cónyuges. (Berrocal Lanzarot, 2007). La ley también ha previsto el supuesto de filiación no matrimonial a través de una fecundación heteróloga de la mujer, donde el requisito primordial es el consentimiento previo (que no se presume) del varón no casado.

El artículo 8 culmina manifestando que si por alguna razón se revela la identidad del donante, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.

Con respecto a la “gestación por sustitución” o “madres de alquiler” la ley es clara al considerarlo nulo de pleno derecho a este tipo de contrato por el que se convenga la gestación. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Por lo tanto la madre será la gestante y no la mujer que ha realizado el encargo y ha pagado por ello. La filiación paterna tampoco recae en quien realizó la contratación o pago por ella, no obstante queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. (Berrocal Lanzarot, 2007)

5.2 Conclusiones Parciales.

La legislación alemana es una de las más protectoras del embrión en el mundo, porque según afirma la gran mayoría de la doctrina consultada, el recuerdo de la barbarie nazi ha marcado la conciencia colectiva. La protección del embrión es clara y contundente imponiendo penas a todo aquel que atenta contra la vida del embrión. Se prohíbe específicamente la crio-conservación de embriones y la maternidad subrogada.

Las políticas públicas de reproducción humana en Chile adolecen de un déficit importante en la medida que no se ha legislado sobre las TRHA. Lo que encontramos es una ley del 2006 que legisla sobre “la investigación científica en seres humanos, su genoma y prohíbe la clonación”, la cual establece que la vida de los seres humanos comienza desde el momento de la concepción. Con respecto a la crio-conservación hay un proyecto de ley que prohíbe su realización, pero todavía no se dictó su aprobación. Este país también ha fijado pautas para la filiación producto del uso de las TRHA, estableciendo que son los progenitores quienes se sometieron a ella destacando el interés superior del niño.

España es uno de los países precursores en legislar el uso de las TRHA en Europa. Es una normativa abierta e innovadora incorporando la figura del pre-embrión y el diagnóstico genético preimplantacional. También regula donación de gametos y preembriones y la gestación por sustitución. Con respecto al tema de la filiación, establece que el hijo nacido tras tratamientos de reproducción con gametos donados (semen de donante, ovodonación, donación de embriones), a todos los efectos legales es inscripto como hijo de la pareja que se ha sometido al tratamiento.

En Europa la mayoría de los países regulan las TRHA y lo realizan en forma de regulación y no de restricción, algunos países protegiendo más al embrión como Alemania, otros con una regulación más amplia como España. En Latinoamérica la regulación de las TRHA de manera integral es una materia pendiente.

CONCLUSIONES FINALES.

Las Técnicas de Reproducción Asistida son una nueva forma de procrear, proveen opciones para aquellas personas que no pueden concebir a consecuencia de dificultades del sistema reproductivo del hombre o de la mujer, en la que se necesita del aparato reproductor, pero no requiere mantener relaciones sexuales para concebir.

Cuando se habla de TRHA se entrecruzan aspectos biológicos, médicos, éticos, sociales, jurídicos, y cada uno tiene una visión del tema respondiendo a la su formación.

Al producirse la fecundación, la unión entre el óvulo y el espermatozoide, comienza la vida de un ser nuevo, único e irrepetible, con características propias. Los conceptos de pre-embrión, embrión y feto responden a los diferentes estadios en la evolución biológica del nuevo ser. Estas diferencias tienen una gran importancia en las ciencias biológicas y médicas. Nuestro derecho actual no incorpora en su normativa ninguno de estos conceptos, habla de personas por nacer. El proyecto de reforma comienza a utilizar el concepto de embrión.

Un tema controvertido es determinar desde cuando comienza la vida humana y la protección jurídica. El actual código establece que la vida comienza con “la concepción en el seno materno”. Postura que establecía también el proyecto de reforma, aunque dicho proyecto sufrió modificaciones recientemente en su texto original, estableciendo que la vida comienza con la “concepción”. Ante este cambio surgen interrogantes ¿es posible concebir vida fuera del vientre materno? ¿Los embriones congelados serían personas? ¿Qué derechos los asiste?

El embrión, el feto o el niño por nacer no puede defenderse, los embriones cuyo ciclo vital está suspendido y expuesto a un futuro incierto, no pueden decidir, si se sostiene que todos gozan de los derechos humanos, es indispensable reconocer que la vida humana debe ser defendida siempre, desde el momento mismo de la fecundación. De otra manera, las circunstancias y conveniencias de los progenitores y terceros interesados se imponen sobre los derechos de los que no pueden defenderse ni decidir.

El embrión humano no implantado tiene un estatuto ontológico difícil de establecer, no se lo reconoce como una persona humana actual, pero sí potencial. El embrión, a diferencia

de las cosas, es potencialmente una persona. Entonces, si se dan ciertas condiciones va a ser una persona en el futuro, por eso su vida tiene valor. Consideramos que si al embrión no se lo coloca en un status de persona nunca se le otorgará el respeto y la protección a su vida, permitiendo su manipulación. Es necesario que la técnica, la ciencia y el derecho a procrear de los progenitores y terceros se encuentren al servicio de la dignidad personal del embrión.

Desde un análisis de la eficiencia de las técnicas de medicina reproductiva se justifica criopreservar embriones, dado que la estimulación para la ovulación de la mujer, se realiza una sola vez, en el cual se aspiran los óvulos, se los extrae, produce la fecundación y, finalmente, son implantados algunos y el resto criopreservados para una utilización futura. Pues queda la gran duda de si el uso de esta técnica cumple con las obligaciones de respeto y protección del embrión. Los embriones que no son transferidos, según cual sea la decisión de sus progenitores, pueden ser donados para su transferencia a una mujer que no ha logrado procrear de otra forma, proceso conocido como “adopción” de embriones, pueden ser donados para su uso en investigación o en el entrenamiento en estas técnicas, pueden quedar criopreservados de manera indefinida, o pueden ser desechados después de algún plazo. Ante estas opciones se está mirando cual es el interés de los progenitores, ¿quién protege al embrión?

La realidad es que en casi todos los países se practica distintos tipos de técnicas de reproducción y la gran mayoría de los centros de medicina reproductiva actualmente realizan criopreservación de embriones. No todos los países tienen legislación con respecto a las TRHA y las que existen, especialmente en Europa van, desde una protección absoluta del embrión, prohibiendo su criopreservación, como es el caso de Alemania, a aquellas que tienen una amplia regulación resaltando el derecho a procrear y formar una familia por encima del derecho del embrión. En América Latina sólo Costa Rica no ha aceptado aun la realización de técnicas de fertilización asistida, el resto de los países carecen de una legislación integral.

La mayoría de las legislaciones resaltan el anonimato de los donantes, creemos que es un derecho básico de la persona engendrada por alguna TRHA de acceder a la identidad de sus padres genéticos.

Ante el uso de la TRHA surge un nuevo tipo de filiación basado en la voluntad procreacional, y que éste tipo se diferencia claramente de la filiación natural y la adoptiva.

El avance de la ciencia es una realidad y la sociedad hace uso de esos avances, por lo tanto el derecho no puede quedar ajeno a esta situación. Legislar las TRHA de manera integral, es una necesidad, pero dicha regulación debe contemplar los intereses no solo de los progenitores sino también del “por nacer”.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ADORNO R. (1994) El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro. Revista chilena de derecho, vol. 21, nº 2. Recuperado 22/11/2013 de <http://www.muerte.bioetica.org/doc/doctrinal.htm>
- ADORNO, R. (2004) El embrión humano, ¿Merece ser protegido por el Derecho? Recuperado el 10/09/2013 de <http://www.bioetica.org/umsa/doctorado/I-21-Producto.pdf>
- ALEGRÍA H., ALTERINI A., ALTERINI J., MÉNDEZ COSTA M., RIVERA J., ROITMAN H. (1998) Fundamentos del Proyecto de Código Civil. Recuperado el 30/11/2013 de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>
- ALVES MANSO, R.; ARAÚJO D., ALCIONE M.; LAUAR A., GRACE R.; BARBOSA C., MACREIDY V.; HENRIQUES AIRES, C. Directora: VITULIA I. (2012) Fecundación heteróloga: implicaciones en la identidad y autonomía de las personas. Investigación acreditada: UMSA.2011-2012. Código I-21. Doctorado en Cs. Jurídicas y Sociales. Recuperado el 29/09/2013 de <http://www.bioetica.org/umsa/doctorado/I-21-Producto.pdf>
- ANDRADE, A. (2009) El derecho a conocer "la verdad biológica" en conflicto con otros derechos fundamentales. Publicado en DJ 17/06/2009, 1609.
- ARSON DE GLINBERG, G. y SILVA RUIZ, P. (1991) La Libertad de Procreación, La Ley, Tomo B.
- BERROCAL LANZAROT, A. (2007) Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido. Revista de la escuela de Medicina Legal. Universidad de Madrid. Recuperado el 25/11/2013 de <http://www.matronasasturias.es/wp-content/uploads/ley-14-2006-26-mayo-tecnicas-reproduccion.pdf>
- BOSSERT, G., ZANONNI, E. (2008), "Manual de Derecho de Familia", Astrea, Bs.As., 6ta edición.

- CANALES P. (2004) El estatuto jurídico del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia. Biblioteca del congreso nacional de Chile departamento de estudios, extensión y publicaciones. Depesex/bcn/serie estudios Año xiv, n° 297. Recuperado el 23/11/2004 de http://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf
- CIFUENTES, S. (2004) El genoma humano y el Derecho Civil, preferentemente en el área de la persona. En S. BERGEL y N. MINYERSKY (Eds) *Genoma Humano (1° Ed.)*. (pp. 203-217) Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- CIFUENTES, S. (2008) *Derechos Personalísimos*, 3ra ed., Buenos Aires. Astrea.
- DOBERNIG GAGO, M. (2000) El derecho comparado en la reproducción asistida. Universidad Iberoamericana, Ciudad de México. Recuperado el 28/11/2013 de <http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/files/2013/08/Informe-Seminario-Reproducci%C3%B3n-Humana-Asistida-2012.pdf>
- FARNÓS AMORÓS E., (2010) European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting. InDret Revista para el análisis del derecho. Recuperado el 01/09/2013 de http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1992), *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires.
- FIGUEROA YAÑEZ, G. (2003, 2004) El comienzo de la vida humana. El embrión como persona y como sujeto de derecho. En S. BERGEL y N. MINYERSKY (Eds) *Bioética y Derecho (1° Ed.)*. (pp. 283-311) Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- GABARDI, M. (2010) *Embriones humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación*. Investigaciones Universidad de Belgrano. Recuperado el 01/09/2013 de http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/410_Gabardi.pdf
- GHERSI C. (2012). ¿Qué modelo de familia queremos los argentinos? El Proyecto de Código Civil y Comercial: un modelo de disgregación y no de pertenencia. Cita: MJ-DOC-5998-AR | MJD5998.

- GIL DOMÍNGUEZ, A.; FAMÁ, M. y HERRERA, M. (2006) Derecho Constitucional de Familia, Buenos Aires, Ediar.
- GLORIO, R. (2009) El dilema ético de las células madre. Revista Dermatología Argentina Vol 15, No 4 (2009). Recuperado el 05/09/2013 de <http://www.dermatolarg.org.ar/index.php/dermatolarg/issue/view/69>
- GONZÁLEZ MAGAÑA I. (2012) La acción de impugnación filiatoria determinada por técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial y su relación con la Constitución Nacional. Cita: MJ-DOC-6057-AR | MJD6057.
- HERMANN, M (1965) Investigación económica. Su metodología y su técnica 2ª Ed., México. Recuperado el 10/05/2013 de http://bioderecho.org.mx/wp/?page_id=1657
- IÑIGO, DELIA, LEVY, LEA Y WAGMAISTER, (1994) “Reproducción humana asistida”, Enciclopedia de Derecho de Familia, Tº III, Universidad, Bs. As., pág. 551.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI A.; HERRERA M.; LAMM E. (2012) Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Cita: MJ-MJN-68565-AR.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA M.; LAMM E. (2012) Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. Revista de Derecho Privado- Bioderecho. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia d la Nación. Año I - N°- 1 ISSN 2250-8015. Pág. 3- 45. Recuperado el 01/05/2013 de www.infojus.gov.ar
- LAMM E. (2012) Gestación por sustitución. Revista para el análisis del derecho, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina, N° Edición 3.12. Recuperado el 01/05/2013 de <http://www.indret.com/es/index.php?str=tecnicas%2Bde%2Breproducci%25F3n%2Basi%2Bstida&a=10&fc=194&sn=8>
- LECAROS, A. (2012) “Los problemas éticos y jurídicos de la reproducción humana asistida”. Observatorio de bioética y derecho. Facultad de Medicina y Facultad de

Derecho, de la Universidad del Desarrollo, Chile. Recuperado en 27/11/2013 de <http://medicina.udd.cl/observatorio-bioetica-derecho/files/2013/08/Informe-Seminario-Reproducci%C3%B3n-Humana-Asistida-2012.pdf>

- LEVY, L. Y IÑIGO D. (2003) Identidad, filiación y reproducción humana asistida. En S. BERGEL y N. MINYERSKY (Eds) *Bioética y Derecho (1° Ed.)*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- LLAMBÍAS, J. (2003) Tratado de Derecho Civil-Parte General, 20ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- LLOVERAS N.; ORLANDI O.; FARAONI F.; TAVIP G.; VERPLAETSE S.; DURÁN V. (2007). El derecho de identidad en las prácticas de procreación asistida. Revista del CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Anuario N° 10, pág. 229- 241. Recuperado el 01/05/2013 de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Argentina/cijs-unc/20110618041948/anuario-CIJS-X.pdf>
- MEDINA G. (2012). Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado. Revista de derecho de familia y de las personas. La Ley on line. AÑO IV • N° 8, Pág. 3-18
- MEDINA G. WINOGRAD, C (1996), Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y jurisprudencia comparada. LexisNexis Jurisprudencia Argentina. JA 2000-IV-1078
- MEDINA, G. (2001) Uniones de Hecho. Homosexuales. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni.
- MENDOZA C. H. (2011) La Reproducción Humana Asistida: Un análisis desde la perspectiva biojurídica. ¿Embrión o persona humana? El caso de México. Revista de Bioética y Derecho, N° 11 - Septiembre 2007. Recuperado el 15/09/2013 de <http://www.bioeticayderecho.ub.es>

- MINYERSKY, N. (2004) Bioética y Derecho de Familia. En S. BERGEL y N. MINYERSKY (Eds) *Genoma Humano (1º Ed.)*. (pp. 131-179) Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- OLIVA L. (2012/01/29) Un debate congelado. La Nación. Recuperado el 01/09/2013 de <http://www.lanacion.com.ar/1443933-un-debate-congelado>.
- PUCCINELLI O. (2013). El sistema interamericano avala las técnicas de fertilización asistida. (A propósito de una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condena a Costa Rica) Cita: MJ-DOC-6167-AR | MJD6167
- QUIÑONES ESCÁMEZ A. (2009) Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España) Revista para el análisis del derecho, N° Edición 3.09. Recuperado el 01/09/2013 de <http://www.indret.com/es/index.php?str=tecnicas%2Bde%2Breproducci%25F3n%2Basistida&a=10&fc=194&sn=8>
- RIVERA J. (2013/11/17) Código Civil y Comercial: modificaciones que cambian el espíritu del proyecto. Infobae. Recuperado 30/11/2013 de <http://opinion.infobae.com/julio-cesar-rivera/2013/11/17/proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-modificaciones-que-cambian-el-espíritu-del-proyecto/>
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (1988), La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial, Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28/09 a 2/10/1987), La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Madrid, Ed. Trivium.
- SAMBRIZZI E. Situación de los embriones crioconservados obtenidos antes de la eventual entrada en vigencia del Proyecto de Reformas al Código Civil.
- SANTOS ALCÁNTARA, M. y VENTURÁ-JUNCÁ DEL TOBAR, P. (2007) El inicio de la vida de un nuevo ser humano desde la perspectiva científica biológica. Revista de

la Universidad Católica de Chile N.º 72. Recuperado el 26/11/2013 de <http://escuela.med.puc.cl/publ/arsmedica/ArsMedica18/Inicio.html>

- TAUBASO D. (2013/11/21) Cómo afectan las modificaciones en el Código Civil a la Fertilización Asistida. Perfil. Recuperado el 30/11/2013 de: <http://blogs.perfil.com/infertilidad/2013/11/21/como-afectan-las-modificaciones-en-el-codigo-civil-a-la-fertilizacion-asistida/#more-435>
- TOBÍAS, J. (25/06/2012) “La persona humana en el Proyecto”, en Revista Jurídica La Ley. Recuperado el 01/09/2013 de www.laley.com.ar
- TURNER SAELZER S.; MOLINA PEZOA M.; MOMBERG URIBE R. (2000) Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo. Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Vol XI. Recuperado el 01/05/2013 de http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502000000100002&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950.
- VEGA GUTIÉRREZ, J. (2004) “La experimentación con humanos”. Recuperado el 01/09/2013 de <http://www.bioeticaweb.com/content/view/45/737/>
- VILLAGRA A. (2002). El concepto de persona y el derecho en los albores del tercer milenio. Revista del CIJS, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UNC. Anuario N° 6, pág. 199- 215. Recuperado el 01/05/2013 de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Argentina/cijs-unc/20110804111041/anuario-CIJS-VI.pdf>
- WEISS T. (2012/08/31) El nuevo Código Civil y la reproducción asistida. Perfil. Recuperado el 01/09/2013 de: <http://blogs.perfil.com/infertilidad/2012/08/31/el-nuevo-código-civil-y-la-reproducción-asistida/>
- ZANNONI, E. (1998), Adopción plena y derecho a la identidad personal - la verdad biológica: ¿nuevo paradigma en el derecho de familia?, La Ley, 1998-C, 1179.
- ZANNONI, E. (1998), Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires.

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Civil Argentino
- Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica).
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley Nacional N° 26.061: Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.
- Ley Nacional de Fertilización Asistida.
- Declaración Universal de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos.
- "Ley de protección del embrión" N° 745/90 (Alemania)
- Ley N° 20.120 “La investigación científica en seres humanos, su genoma y prohíbe la clonación” (Chile)
- Ley Española N° 14.

Jurisprudencia

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “Bernardini, Mariel Aurora c. Flores Cardenas, Cindy Rocio” 14/04/2010. LA LEY Litoral 2011 (marzo), 161 con nota de Néstor E. Solari Cita online AR/JUR/75333/2010.
- Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad de Buenos Aires, 22/3/2012 “D.C.G. y G.A.M. v. GCBA s/amparo Microjuris on line, MJ-JU-M-66984-AR | MJJ66984 | MJJ66984.
- Corte I.D.H. “Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica”. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Cita: MJ-JU-M-76725-AR | MJJ76725 | MJJ76725, <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	Bengolea Romina Flavia
E-mail:	roflabe@yahoo.com.ar
Título de grado que obtiene:	Abogada

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	“Los derechos del embrión como sujeto de derecho en el contexto de las TRHA”.
Título del TFG en inglés	"The rights of the embryo as a subject of right in the context of the TRHA".
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	PIA
Integrantes de la CAE	CARO LEOPOLDO MARIA CECILIA ROSSI SILVINA
Fecha de último coloquio con la CAE	03/12/2013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Contenido: Copia TFG, resumen, abstract, formulario descriptivo del TFG. Tipo de archivo: 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:

- Si, inmediatamente**
- Si, después de mes(es)**
- No autorizo**

Bengolea Romina Flavia

Firma del alumno