

UNIVERSIDAD
SIGLO 21

ESTATUS JURÍDICO DE EMBRIONES
CRIOCONSERVADOS, SUS ASPECTOS
TÉCNICOS LEGALES, DOCTRINALES Y
JURISPRUDENCIALES.

ABOGACÍA

ALUMNA: LASAGNO, G. ANTONELA.
LEGAJO N°: VABG21964.
TIPO DE PROYECTO: PIA

Año: 2016

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del estatus jurídico del embrión crioconservado, desde una perspectiva interpretativa integral de los conceptos de persona, vida humana y concepción, a partir de la inclusión en el Código Civil y Comercial de las TRHA, para evidenciar la anomia normativa y relacionarla con el derecho comparado. Por otra parte comprender el alcance y la incidencia de éstas prácticas en la voluntad procreacional y la filiación, como así también establecer los actos jurídicos que tienen por objeto dirimir el destino de los embriones.

No obstante se consideran las cuestiones de fondo que trae aparejada la instrumentalización de la vida como un bien de consumo, evidenciando una nueva realidad que no se puede silenciar, por lo que dispensar un trato especial no debiera estar subordinado a la condición de anidación del embrión en el vientre materno. Las TRHA constituyen un proceso intencionado, que guarda estrecha relación con el genoma humano, el cual debe ser protegido por el derecho, a los fines de evitar un desmedido e irreflexivo avance científico que menoscabe su dignidad.

Palabras Claves: *Estatus jurídico, Embrión, Crioconservación, Vida Humana, Persona, Concepción, Consentimiento, Filiación.*

Abstract

This paper work aims at analyzing the legal status of cryopreserved embryo, from a holistic perspective of interpretive concepts of person, human life and conception, from the inclusion in the Civil and Commercial Code of TRHA, for evidence of anomie regulations and relate comparative law. Otherwise understand the scope and impact of these practices on the procreational will and affiliation, as well as establishment of legal acts aimed at resolving the fate of the embryos.

Notwithstanding the substantive issues that brings about the instrumentalization of life as a consumer good, showing a new reality that can not be silenced, so dispensing special treatment should not be subordinated to the condition of implantation of the embryo they are considered in the mother's belly. The TRHA constitute an intentional process, which is closely related to the human genome, which should be protected by law, in order to avoid excessive and reckless scientific breakthrough that impairs his dignity.

Keywords: *Legal Status , Embryo, Cryopreservation , Human life, Person , Conception , Consent affiliation .*

INDICE

1. Introducción.....	Pág.1
2. Capítulo I: Comienzo de la existencia de la vida humana y las TRHA....	Pág.5
2.1. Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Breve reseña histórica....	Pág.5
2.1.1. <i>Definición.....</i>	Pág.6
2.1.2. <i>Tipos de procedimientos.....</i>	Pág.7
2.1.2.1. Baja Complejidad: IA, homóloga y Heteróloga.....	Pág.7
2.1.2.2. Alta Complejidad: FIV y GIFT.....	Pág.8
2.2. Aspectos generales de la fecundación y/o concepción.....	Pág.9
2.3. Estadios del desarrollo embrionario.....	Pág.11
2.3.1. <i>Estadio pre-embrionario.....</i>	Pág.11
2.3.2. <i>Estadio embrionario.....</i>	Pág.13
2.3.3. <i>Estadio fetal.....</i>	Pág.14
2.3.4. <i>Esquema del desarrollo embrionario humano aceptado antes y después de las FIVET.....</i>	Pág.14
2.4. Diversas teorías respecto del inicio de la vida humana.....	Pág.14
2.4.1. <i>Teoría de la fecundación.....</i>	Pág.14
2.4.2. <i>Teoría de la singamia.....</i>	Pág.15
2.4.3. <i>Teoría de la implantación o anidación.....</i>	Pág.16
2.4.4. <i>Teoría de la formación del sistema nervioso central.....</i>	Pág.17
2.5 Congelamiento de embriones. Procedimientos y destino.....	Pág.17
2.6 Consideraciones Finales.....	Pág.20
3. Capítulo II: Estatus Jurídico del Embrión Crioconservado. Regulación Nacional.....	Pág.24
3.1. Recepción en el Código Civil e interpretación de la reforma en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	Pág.24
3.1.1. <i>Comienzo de la existencia de la persona.....</i>	Pág.24
3.1.2. <i>Embrión ¿Cosa o sujeto de derecho?.....</i>	Pág.31
3.1.3. <i>Ley 26.863 de Fertilización Médica Asistida.....</i>	Pág.36
3.2. Consideraciones Finales.....	Pág.41

4. Capítulo III: Relaciones jurídicas y/o contractuales respecto de los actos dispositivos con embriones crioconservados.....	Pág.45
4.1. Consentimiento y voluntad procreacional en Argentina.....	Pág.45
4.2. Precedentes Jurisprudenciales Internacionales sobre el consentimiento y la disposición de embriones.....	Pág53
-Tribunal: Supremo Tribunal de Derechos Humanos. Año: 2006. Autos Caratulados: “ <i>Evans v. The U.K</i> ”.....	Pág.53
-Tribunal: Tribunal Supremo de Tennessee. Fecha: 01/06/92. Autos Caratulados: “ <i>Davis, Junior Lewis vs. Davis, Mary</i> ”.....	Pág.55
-Tribunal. Cámara de Apelaciones de New York. Fecha: 07/05/98. Autos Caratulados: “ <i>Kass vs Kass</i> ”.....	Pág.55
4.3. Contrato de donación vs ¿adopción prenatal?.....	Pág.57
4.4. Sucesión y filiación post-mortem,¿ <i>Se puede dar vida después de la muerte?</i>	Pág.58
4.5. Consideraciones Finales.....	Pág.61
5. Capítulo IV: Regulación de las TRHA y la manipulación con embriones analizadas desde el derecho comparado.....	Pág.65
5.1. Tratados internacionales y legislación de organismos supra-estatales no vinculantes relativa a la utilización de embriones.....	Pág.65
5.2. Regulación normativa en el derecho anglosajón y continental Europeo...Pág.69	
5.2.1. <i>Francia</i>	Pág.70
5.2.2. <i>Reino Unido</i>	Pág.71
5.2.3. <i>España</i>	Pág.72
5.2.4. <i>Alemania</i>	Pág.74
5.2.5. <i>Suiza</i>	Pág.75
5.2.6. <i>Italia</i>	Pág.75
5.3. Consideraciones finales.....	Pág.77
6. Capítulo V: Evolución jurisprudencial Nacional e iniciativas para superar el vacío normativo: Proyectos de Ley.....	Pág.80
6.1.1 Tribunal: Sala I de la Cám. Civil de la Capital Federal. Fecha: 03/12/99. Autos Caratulados: “ <i>Rabinovich Ricardo David s/Medidas precautorias</i> ”.....	Pág.80

6.1.2	Tribunal: S.C.J de la Prov. Mendoza. Fecha: 30/07/2014. Autos Caratulados: “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.”	Pág.81
6.1.3	Tribunal: C.S.J.N. Fecha: 05/03/2002. Autos Caratulados: “Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”.....	Pág.82
6.1.4	Tribunal: Cam.Federal Apel., La Plata. Fecha:29/12/08. Autos Caratulados: “N.N y otra c/I.O.M.A y otra s/Amparo”....	Pág.82
6.1.5	Tribunal: Cam.Nac.Apel.Civ. Fecha: 13/09/11.Autos Caratulados: “P.,A c/S., A.C. s/Medidas precautorias”...	Pág.83
6.2	Iniciativas para superar el vacío normativo: Proyectos de Ley.....	Pág.84
6.2.1	“Aplicación de técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Senadora Giri, Haidé.....	Pág.84
6.2.2	“Creación de tutor general de embriones y ovocitos protonucleados de la Nación y modificando el Código Civil al respecto”. Senador Falco, Luis.....	Pág.85
6.2.3	“Protección al embrión no implantado”. Diputado Obiglio, Julián.....	Pág.86
6.3	Consideraciones Finales.....	Pág.86
7	Conclusión.....	Pág.87
8	Bibliografía.....	Pág.91

1. INTRODUCCIÓN

En virtud del inusitado crecimiento de las biomedicinas y biotecnologías se ha generado un sinnúmero de interrogantes en el ámbito jurídico respecto del estatus jurídico del embrión *in vitro*, evidenciando la necesidad de propiciar un marco normativo que se ajuste a los procedimientos de técnicas reproductivas, dotándolas de licitud y tutela, sin que signifiquen la instrumentalización de la vida humana para otros fines o intereses que menoscaben su dignidad.

A nivel Nacional con la puesta en vigencia de la ley 26.862 de Fertilización Médica Asistida y del Código Civil y Comercial, se han incorporado algunos aspectos de las TRHA, precisamente en este contexto cabe preguntarse si esta regulación resulta suficiente a los fines de brindar protección legal a los embriones en estado de crioconservación.

Estas prácticas han acudido a un interés general de un sector de la sociedad que ha visto frustradas u obstaculizadas la posibilidad de procrear, constituyendo un medio para la concreción de sus proyectos de vida. Entre los distintos mecanismos existe la posibilidad de fecundar extracorporalmente los óvulos mediante las FIV (técnica de Fertilización “*in vitro*”), por medio de una superovulación provocada, extrayéndolos y fecundándolos con los espermatozoides (de la pareja o un tercero donante). Posteriormente se procede a la cualificación de los embriones, algunos se transfieren al útero y otros, los “sobrantes” son congelados en bancos privados especializados a tales fines, sujetos a la voluntad de las partes intervinientes para dirimir su destino.

La crioconservación de embriones plantea una serie de cuestionamientos sobre sus efectos legales, la falta de tutela especial y el estatus jurídico, posicionándolos en un estado de incertidumbre normativa, que pese a los esfuerzos de los legisladores y juristas, aún no han podido superar.

En principio se plantean las distintas corrientes doctrinarias que difieren en cuanto a la determinación del “inicio de la vida”, de aquellas que la definen como el “inicio de la vida humana”, como así también se discute el momento de la “concepción”.

Cronológicamente debemos remontarnos a la redacción del Código Civil por Dalmacio Vélez Sarsfield en el año 1871, donde en sus artículos 63 y 70 establecía que la existencia de la persona comenzaba con la concepción en el seno materno, sin embargo en esa época el codificador no tenía en miras la fertilización “*in vitro*” ni otro

medio para concebir que no sea el natural. Asimismo la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación no ha logrado zanjar esta cuestión, ya que en su artículo 19, si bien elimina el aditamento “en el seno materno”, estipula que el comienzo de la existencia es con la concepción y posteriormente el artículo 20 establece los términos de la misma, entre los plazos máximo y mínimos para la duración del embarazo. Un interrogante que se plantea es ¿Por qué se eliminó la extensión “en el seno materno”? Una interpretación sería porque se puede concebir por otros mecanismos, aunque el legislador no dejó en claro el criterio seguido, solo dejó en evidencia que no hay una postura precisa al respecto. Cabe destacar que el proyecto inicial de reforma, se refería a la concepción en el seno materno. Inmediatamente sugería la creación de una ley especial para los embriones no implantados. Finalmente la redacción fue modificada casi en su totalidad quedando dicha recomendación como una disposición transitoria segunda en el Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante, aún no hay ley que se expida sobre esta cuestión.

Por otro lado la reforma incluyó en su cuerpo normativo reglas generales de filiación con respecto a las TRHA, dándole trascendental importancia a los consentimientos informados y voluntad procreacional.

A raíz de la problemática planteada se cuestionaron una serie de nociones, que pusieron en boga la temática que abordaremos en el presente trabajo sobre el estatus que debe reconocérsele a los embriones en estado de congelamiento. Si consideramos, a los embriones, como una “cosa” y no como un “sujeto de derechos”, según nuestro ordenamiento jurídico, ¿Podrían ser susceptibles de apreciación económica, comercializarse y ser objeto de los actos jurídicos según el régimen general?. Entonces ¿Podría ser que constituyan parte del patrimonio relicto en una sucesión?, ¿Podría darse vida después de la muerte?. Ante la separación de ambos cónyuges ¿Cuál es el destino de los embriones crioconservados que contienen material genético de ambas partes?.

Es evidente que al no existir una regulación especial, se corren los límites y se abre un abanico de controversias judiciales poniendo en miras no solo el estatus de los embriones criogenizados, sino también el consentimiento y la voluntad procreacional de los potenciales progenitores.

La ley de Fertilización Medicamente Asistida 26.862, si bien procuró dar regulación a estos procedimientos, no ha logrado completar el vacío legal vigente. Por esta razón en el desarrollo de la TFG se abordará el articulado de dicho cuerpo

normativo, como así también la incidencia del derecho comparado y la jurisprudencia a fin de dar paliativamente una solución.

El trabajo constará de cinco capítulos, en los capítulos I y II se darán nociones generales sobre los distintos estadios del embrión, el comienzo de vida humana y se explicarán los procedimientos y tipos de TRHA. También se buscará, desde una perspectiva jurídica, dilucidar el estatus jurídico del embrión crioconservado, según la regulación legal vigente y las divergentes posturas doctrinarias.

En el capítulo III, se analizarán el instituto de la donación, y su proximidad a la idea de una adopción prenatal como sugieren algunos autores, teniendo en cuenta la cosificación del embrión como objeto de las relaciones jurídicas. También se centrará el análisis en la voluntad procreacional y el consentimiento informado.

Por otra parte en los capítulos IV y V se estudiará la existencia de diferentes Tratados internacionales que integran el marco regulatorio nacional y recomendaciones de organismos supraestatales respecto del uso y manipulación con embriones, como así también la evolución jurisprudencial en Argentina, de fallos que sentaron precedentes en distintos tribunales, los cuales se enunciarán y complementarán con derecho comparado y sentencias en tribunales extranjeros.

Las TRHA son una realidad que no se puede silenciar, regular la manipulación de embriones significa limitar las practicas desmedidas, reconociéndoles un único fin: el embarazo, evitando de este modo que se conviertan en un medio con fines de lucro y se utilice, comercialice o industrialice la idea de “hijo” como producto humano fabricado y seleccionado.

Capítulo I: Comienzo de la existencia de la vida humana y las TRHA.

2. Capítulo I: Comienzo de la existencia de la vida humana y las TRHA.

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida han revolucionado las ciencias biomédicas asistiendo a un interés social que subyace ante la imposibilidad de concebir un hijo por medios reproductivos naturales, producto de la infertilidad humana, que hoy legislativamente se encuentra reconocida como enfermedad, a los fines de garantizar la cobertura médica de estas prácticas, el fácil acceso y financiamiento.

En la actualidad, tras el impacto en el ámbito jurídico, luego de un lento y gradual proceso de incorporación legislativa de las TRHA, se han originado una serie de dilemas que enfrenta nuestro sistema legal. Principalmente surgen conceptos referidos al principio de la vida humana, que han ocasionado incertidumbres jurídicas, por cuanto existen tantas posturas al respecto como inexactitudes en su aplicación. Si se entiende que hay vida desde la concepción, pudiendo ser fuera del seno materno como en la aplicación de las TRHA por medio de la FIV (Fecundación in vitro), el primer interrogante que se plantea es ¿Será correcto emplearlo como sinónimo de “anidación”?; por otro lado si la vida comienza con la fecundación ¿Se podrá determinar a ciencia cierta cuál es el momento en el que se considera que esa vida pertenece a la especie humana?.

Precisamente este capítulo se centrará el análisis en estos conceptos, para introducirnos en las acepciones jurídicas al respecto.

2.1 Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Breve reseña histórica.

Las TRHA se remontan al siglo XVIII, en el año 1776, cuando Spallanzani fue el primero en observar los efectos de la congelación sobre espermatozoides. En 1799, Hunter obtuvo la primera gestación de la mujer con semen del marido. Asimismo Mantegazza, en el año 1886, propuso la creación del primer banco de semen congelado y el año 1889, Dickinson practicó en los Estados Unidos la inseminación artificial con semen de un donante. Estas investigaciones fueron progresando a tal punto, que se comenzó a gestar la idea de *fecundación humana in vitro* que data del año 1893 hasta que, años más tarde, en 1948 los investigadores lograron la primera fertilización extracorporal del óvulo humano (Bolzan, 1993).

Luego de años de investigaciones, Daniel Petrucci se propuso la ambiciosa tarea de fecundar óvulos humanos y mantenerlos con vida el mayor tiempo posible, y tras varios intentos fallidos, se logró un gran número de fertilizaciones in vitro.

Con el paso del tiempo, gracias a la labor de un grupo de investigadores entre los años 1965 y 1970, se fueron perfeccionando y aplicando el uso de estas técnicas a parejas que padecían esterilidad.

Finalmente en el año 1978, producto del trabajo de un equipo inglés, nace el primer “bebe de probeta”. Desde ese entonces se han producido a nivel mundial, numerosos nacimientos por medio de estas técnicas que comprenden tanto la inseminación intra-uterina como la fertilización in vitro.

2.1.1 Definición.

La procreación asistida ha dado origen a la instrumentalización y tecnificación en el inicio de una nueva vida, cuyo objetivo lo constituye la consecución del embarazo. Es un conjunto de procedimientos y técnicas de baja y alta complejidad, que tienen por fin la unión del óvulo con el espermatozoide, tanto dentro como fuera del útero. Comprende las distintas variables, dentro de las cuales se incluyen la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) como la fertilización in vitro con trasplante de embriones o transferencia intratubaria de gametos.

Soto Lamadrid la define diciendo: “... Desde el punto de vista puramente biológico, la inseminación artificial es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado”(1990, Pág.20)

En el transcurso de los años y en la actualidad muchas parejas debieron acudir a estos métodos ante la imposibilidad de poder concebir por medios naturales, asociado a factores de infertilidad o esterilidad por disfunción de sus órganos sexuales o bien porque sus gametos son defectuosos.

Es habitual encontrar emparentado el concepto de esterilidad al de infertilidad, aunque sus causales son diversas y varían en función del sexo.

Se considera que una pareja es *estéril* cuando en el período de un año, sin la utilización de un método de barrera, no han podido llevar a cabo la fecundación. Mientras que se considera que la pareja es *infértil* cuando en el transcurso de un año, sin ningún método anticonceptivo, se lleva la fecundación a cabo pero se interrumpe el embarazo y se abortan los embriones fecundados (Carlson, 2015).

“La infertilidad en nuestro medio, sería sinónimo de paciente que consigue la gestación pero no alcanza el parto y la esterilidad es aquellas en la que el paciente no consigue la gestación de ninguna de las maneras sin ayuda médica” (Carlson, 2015, Pág. 21).

Estos procedimientos, a través de asistencia médica y mecánica en el que se induce la fecundación de los gametos femenino y masculino intra o extracorporalmente, han sustituido los procesos biológicos naturales de reproducción, permitiendo la creación de un nuevo ser humano sin necesidad de unión sexual.

2.1.2 Tipos de procedimientos.

Las TRHA se clasifican en dos grandes grupos; por un lado la inseminación artificial y por otro la fecundación *in vitro*.

- | | | |
|------------------------------------|---|---|
| 1. Inseminación Artificial (IA) | } | a- Inseminación Artificial Homóloga (IAC)
b- Inseminación Artificial Heteróloga (IAD) |
| 2. Fecundación “ <i>In vitro</i> ” | } | a- Con trasplante de embriones (FIVTE)
b- Transferencia intratubaria de gametos (GIFT) |

2.1.2.1 Baja Complejidad.

La *inseminación artificial* es un procedimiento en el que se introduce esperma en el aparato genital de la mujer pudiendo ser en el cuello del útero (intracervical) o bien directamente en el interior del útero (intrauterina) para procurar la fecundación.

Las técnicas de baja complejidad son aquellas en las que no se requiere la extracción del óvulo para ser fertilizado, pero necesitan de la integridad anatómica de por lo menos una trompa de Falopio y una buena concentración de espermatozoides móviles. El proceso consiste en principio en estimular la ovulación en la mujer, por medio de una inyección de HCG (Human chorionic gonadotropin). Esta hormona permite acelerar el proceso ovulatorio, cuando la mujer tiene problemas de infertilidad y también para aumentar el conteo de esperma en el hombre. Al cabo de 36 horas de la aplicación se procede a la inseminación artificial, en la que a través de una cánula se

depositan espermatozoides en el interior del útero (Técnicas de reproducción asistida, sf)¹.

Asimismo esta práctica puede subclasificarse en homóloga o heteróloga, dependiendo de quién sea el aportante del semen utilizado para la fecundar el óvulo, pudiendo ser el esposo o pareja estable de la mujer o un tercero al que se lo denomina donante.

La *inseminación homóloga* es aquella en la que se inocular semen en la mujer, perteneciente a su esposo o pareja, durante el periodo fértil del ciclo ovárico, pudiendo ser corpóreo o extracorpóreo. Se practica en los casos en los que la fecundación, a pesar de ser los cónyuges ambos fértiles, no es posible a través del acto sexual, producto de una serie de factores y anomalía que tienen relación con problemas de disfunción, anatómicas, hormonales, entre otras. Por otro lado en la *inseminación heteróloga* se fecunda el óvulo con el espermatozoides de un tercero donante, al cual debe acudir por medio de los llamados “bancos de espermatozoides”, que conservan y clasifican los gametos de acuerdo con las características del donante y que por lo general gozan de anonimato, sin perjuicio de que con las modificaciones legislativas vigentes, se puede voluntariamente acceder a esa información (Zanonni, 1998).

2.1.2.2 Alta Complejidad.

La fecundación *in vitro* (FIV) o extracorporal, como la transferencia *intratubaria de gametos* (GIFT) se encuentran clasificadas como prácticas de alta complejidad, ya que sus procedimientos revisten mayor dificultad que los mencionados ut supra. La FIV consiste en la extracción de células germinales masculinas y femeninas puestas en contacto de manera artificial, logrando la fusión fuera del clastro materno, para luego ser trasplantado a éste para que siga el curso natural del embarazo (Córdoba, Torres, 2000).

Las FIV suelen practicarse cuando existen obstrucciones en las trompas llamadas obstrucción tubárica. El procedimiento consta de una superovulación provocada en la mujer, para la extracción de los óvulos y su posterior fecundación con semen del marido o de un tercero. Una vez fecundados se trasladan al útero un cierto número de embriones (dos, tres o cuatro a los sumo) para iniciar su anidación (Zanonni, 1987).

¹Técnicas de fertilización asistida. (s.f) . Nascentis especialistas en fertilidad. Recuperado el 16/09/2015, en http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida

La secuencia de etapas sucesivas en la fecundación in vitro con transferencia de embriones es la siguiente:

“1. Tratamiento hormonal para producir una ovulación múltiple. 2. Obtención de óvulos por laparoscopia.

3. Capacitación de los espermatozoides recolectados.

4. Fecundación in vitro.

5. Desarrollo del cigoto in vitro.

6. Transferencia de embriones a la mujer.

7. Desarrollo del embarazo.” (Cruells, 2005, pág. 152)..

El Dr. Cruells (2005) considera que mediante el uso de las FIVET se logra resolver la esterilidad de la pareja, logrando un éxito de 10 a 30 % de acuerdo a iniciales y actuales datos estadísticos. Y por otro lado entiende que mediante este proceso se puede realizar un diagnóstico del embrión previo a la implantación, en el que se puede seleccionar el sexo y descartar enfermedades hereditarias, que garantizará hijos sin taras genéticas. Pero como aspectos negativos enumera una serie de consecuencias:

1. Elevada mortalidad de embriones, en el mejor de los casos de 70%, que implica (por ahora) esta complicada técnica. 2. Alto costo por tratamiento, que puede triplicarse de acuerdo al porcentaje de fallas y subsecuentes (hasta dos) intentos. 3. La existencia de embriones sobrantes puede representar un grave problema moral, social y ético por su futuro destino: • Almacenados por congelación. • Incineración al cabo de cierto tiempo sin uso. • Investigación biológica o genética. • Utilización en tratamientos medico quirúrgicos. • Ofrecimiento a la industria cosmética o al mejor postor. (Pág. 152)

Otra variante, quizás menos invasiva, es *la transferencia intratubaria de gametos* que consiste en colocar en cada una de las trompas de Falopio dos óvulos, extraídos por laparoscopia, y espermatozoides para que se fecunden en el ámbito que naturalmente lo harían. Al respecto “...Los defensores de esta técnica argumentan a su favor que el proceso de fecundación se produce de una forma más natural y que se evita el manejo de embriones en el laboratorio, por lo que sería imposible la congelación de embriones...” (Balda, 1999, Pág. 56).

2.2 Aspectos generales de la fecundación y/o concepción.

La manipulación de embriones es el resultado de las técnicas de fertilización *in vitro*, pero han generado nuevos cuestionamientos y replanteos no solo en el ámbito de la medicina sino también en el jurídico.

La ciencia no pone en duda que la vida, como síntesis de la fecundación, se produce a partir de la formación del embrión. Tal como señala Zanonni (1998) “al momento mismo de la fecundación ha de surgir una realidad nueva y distinta, con potencialidad propia y autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético” (Pág. 528).

Precisamente en este punto surge un interrogante que es ¿Desde cuándo se puede considerar que esa vida comienza a ser humana?. Esta respuesta sin duda es la más controvertida hay quienes determinan que, si bien la vida comienza con la fecundación, no se culmina antes del proceso de anidación, puesto que la unicidad e individualización del ser no existe en las etapas anteriores a ésta, y que el desarrollo de pre-cigoto, el cigoto y el pre-embrión transcurren en la incertidumbre biológica y ambiental. Por otro lado determinar que existe “potencialidad humana” en el pre-embrión, como se señala en muchas ocasiones, podría constituir un ser potencialmente vivo o muerto, en contraposición con lo real (Palacios, 2002).

Ahora bien, hay autores como Córdoba y Torres (2000) que utilizan el término de concepción como sinónimo de fecundación, es decir cuando se produce la fusión por penetración del gameto masculino en el óvulo, dentro o fuera del seno materno, dando origen al huevo o cigoto, primera célula del organismo vivo producto de la “concepción” y establecen que desde ese momento hasta que empieza la vida fetal a los noventa días, se denomina embrión. Con este fundamento se intenta desechar la idea a la que adhieren la mayoría de las posturas científicas sobre la etapa “pre-embriónica”.

Es usual también que al término concepción se lo relacione con el de anidación, pero es de destacar que éste último no es el que se suele utilizar en el ámbito jurídico, aunque a los efectos resultaría adecuada su implementación, ya que cuando el codificador definía concepción no tenía en miras las TRHA, mediante las cuales actualmente se puede hablar de concebir fuera del seno materno, y el término “anidación”, más precisamente, como el momento en el que el embrión se aloja en las paredes del útero.

Brevemente es importante destacar el complejo proceso de la fecundación y sus etapas.

Cada célula somática del organismo humano posee 46 cromosomas distribuidos en 23 pares homólogos (uno de ellos aportado por el padre y otro por la madre), las células sexuales poseen solo 23 cromosomas, es decir la mitad del patrimonio genético

que una célula somática. Esto permite que al fusionarse den origen al cigoto con 46 cromosomas. Cada gameto posee información genética exclusiva y específica, durante la gametogénesis tiene lugar la división celular llamada meiosis por la que se realiza una especie de distribución independiente y al azar de un miembro de cada par de cromosomas dentro de cada gameta. El segundo mecanismo durante la meiosis es la recombinación, en la cual se intercambia el material genético entre cada par de cromosomas homólogos en un único entrecruzamiento, generando la variabilidad genética de la especie. Una vez formado el cigoto comienzan a dividirse en numerosas células dando origen al embrión y cada una de esas células se denomina blastómero. Aproximadamente en el estadio de 16 a 32 células forman la mórula (por ser similar a una mora) y aparece una cavidad llena de líquido llamada blastocele, y se considera que a partir de ese momento (96 horas 4 días aproximadamente) el embrión se denomina blastocito y se implanta al cabo de tres a ocho días que es el tiempo que le lleva viajar por la trompa y anidar (Carlson, 2015).

En relación a lo expuesto anteriormente, Bolzan (1993) concluye que desde la unión del óvulo con el espermatozoide que da origen al cigoto, se posee una constitución genética única e irrepetible (genotipo) de la vida humana y distinta a la de sus progenitores, e interpreta que en primer lugar tiene movimientos propios y capacidad para dividirse la cual se encuentra en su código genético sin depender de la madre.

2.3 Estadios del desarrollo embrionario.

El desarrollo embrionario está compuesto por distintas etapas, en la actualidad se incorporó el concepto de pre-embrión para sumarse a los dos estadios posteriores del embrión y feto. Hay quienes consideran que este término no existe, sino que fue un fundamento científico a los fines de poder investigar desmesuradamente con embriones; es por esta razón que consideran que la etapa embrionaria abarca desde la concepción hasta los noventa días donde se lo denomina con el nombre de feto.

2.3.1 Estadio pre-embionario.

Quienes son partidarios de la existencia del concepto “pre-embrión”, establecen que este estadio comprende desde el momento desde que se fusiona el espermatozoide con el óvulo durante la fecundación dando origen al “cigoto”, posteriormente la formación de la “mórula” en el proceso de segmentación, hasta la formación del

blastocito que contiene una capa superficial con líquido y una masa celular en su interior.

Se estipula que este proceso transcurre en el lapso de los primeros catorce días , aproximadamente dos semanas, desde la fecundación. Algunas posturas consideran que en este periodo el pre-embrión carece de valor intrínseco, es decir que es una cosa. Otras suponen que si bien existe vida humana, no hay todavía individuo, por esta razón distintas legislaciones han limitado que la manipulación con embriones no se extienda más allá de este lapso de tiempo determinado (Zanonni, 1998).

La comisión de Warnock, en Reino Unido, en su informe sobre “Fecundación y Embriología Humana” (1984)² receptó los primeros lineamientos en base a esta teoría, en el que define que el “embrión” experimenta un cambio sustancial a partir de los catorce días, después del cual gozará de plena protección jurídica frente a la manipulación. Estipulando que:

Ningún embrión humano derivado de fecundación in vitro (congelado o no) puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación, si no es traslado al cuerpo de una mujer; tampoco se le puede utilizar como objeto de investigación más allá de los catorce días a partir de la fecundación. Este período de catorce días no incluye el tiempo durante el cual el embrión esté congelado (¶ 12).

Este concepto no ha tenido asidero científico y ha generado divergencias más que convergencias, por lo que la ESHRE (European Society for Human Reproduction and Embryology) (2001)³ intentó aminorar este término y suplirlo por “*embrión preimplantacional*” diciendo que:

Para evitar confusión y terminología especial la cual puede llevar a incertidumbre en la mente pública, y con el conocimiento de que hay muchas otras definiciones para la entidad que resulta de la fecundación durante el desarrollo hacia el feto, hemos decidido utilizar el término genérico de “embrión” el cual se refiere a las etapas de la fecundación y a la formación del disco embrionario (¶16).

² Recomendaciones de la Comisión de Warnock (Reino Unido), contenidas en el “*Informe de la Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana*” (Londres, julio 1984). Recuperado el 15/08/15, en: http://www2.uah.es/bioetica_alcala/INFORME%20WARNOK.pdf

³ ESHRE Task Force On Ethics And Law, “*I. The moral status of the pre-implantation embryo, Human Reproduction*”, Oxford Journals, Oxford University Press núm. 16, Oxford, 2001, pág.1046-1048, Recuperado el 17/8/15, en: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/16/5/1046.full>

Ahora bien, no se puede decir con exactitud que exista un periodo pre-embriionario, al respecto el Doctor Herranz, considera que se ha inventado esa locución, no por ser una realidad biológica distinta, sino para convalidar o neutralizar la pérdida o destrucción de embriones producto de las TRHA, Herranz (1994) explica que:

La palabra preembrión es un truco semántico para expropiar al embrión no sólo de su condición humana, sino de su entidad biológica. Es además un arma dialéctica ciertamente eficaz, que sirve para imponer silencio a los que disienten del punto de vista oficial. (pág.132).

2.3.2 Estadio embrionario.

Existen dos corrientes muy diferenciadas que subyacen en las distintas acepciones de lo que se entiende por “embrión”, por un lado concordante con la teoría de la existencia del pre-embrión, se define a esta etapa como aquella en la que transcurre entre la segunda y la octava semana de vida, donde comienzan a formarse la estructura básica del embrión y aparecen los primeros indicios de formación de órganos. Por otro lado los que niegan que exista este término, conciben que el embrión es *per se*, desde la fecundación o desde la singamia (según la postura que se arroge), y no por una terminología ficta que intenta entrañar la manipulación desmedida con ellos.

Según la Real Academia Española, esboza dos definiciones “1. m. Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie.2. m. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo.”. Es de destacar que hace alusión por un lado al embrión como ser vivo desde la fecundación, pero también hace la distinción de su existencia desde la concepción en la especie humana, dejando en evidencia las distintas discrepancias en cuanto al estatus jurídico del mismo, no logrando definirlo con precisión.

La admisión del estado pre-embriionario importa el no reconocimiento de vida desde ese momento, sino desde la anidación. Por esta razón se interpreta que hay un reduccionismo de la vida humana en este término o la perspectiva de que exista, es un proceso en el que, según Lorenzetti (1997):

Discute la doctrina si es persona o no, pero nadie afirma que sea una cosa sin más. Puede ser una cosa con una dignidad especial, que consiste en que puede llevar, o no, a la existencia de una persona. Hay vida o proceso de vida, pero todavía se discute si hay persona.(¶190).

Por otra parte la ley alemana sobre “*Ley de Protección del Embrión*” (745/90, 1990), en su Artículo 8 definió que

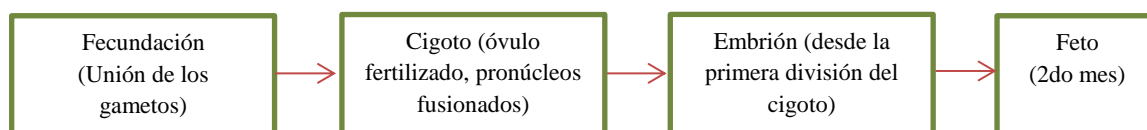
Hay "embrión" desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo término se aplica a toda célula totipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo. (art.8)

2.3.3 Estadio fetal.

Esta etapa acontece entre la novena semana de gestación y el nacimiento, donde se produce la madurez arquitectónica y funcional de distintos órganos y sistemas permitiendo la compatibilidad con la vida extrauterina. En este periodo el feto crece cerca de veinte veces su longitud original y los órganos y sistemas corporales se vuelven complejos, desarrollan sus sentidos y hasta experimentan el dolor (Hib, 1994).

2.3.4 Esquema del desarrollo embrionario humano aceptado antes y después de las FIVET.

a- Enfoque “clásico” (antes de la FIVET).



b- Enfoque “actual” (Posterior al desarrollo de las FIVET).

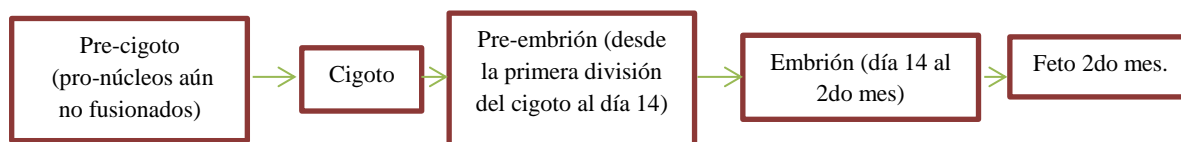


Figura 1: Esquemas del desarrollo embrionario humano.

Fuente: Bolzan, A.D.(1993), “*Reproducción Asistida y Dignidad Humana*”. Buenos Aires: San Pablo.

2.4 Diversas teorías respecto del inicio de la vida humana

Es necesario establecer un instante preciso en el que pueda determinarse los comienzos de la existencia del individuo de la especie humana, razón por la cual han surgido diversos posicionamientos que a continuación se analizarán.

2.4.1 Teoría de la fecundación.

Esta corriente propone y sostiene que una vez que el ovocito es fecundado dando lugar a la célula diploide con el que se inicia el desarrollo embrionario, se inicia vida de un nuevo individuo, constituyendo un proceso largo y complejo que se prolonga desde la fecundación del óvulo (que tardará aproximadamente 24 horas) hasta la fusión de los pronúcleos que dan como resultado el cigoto (Hib, 1994)

Cierta similitud con la teoría de la singamia, genera que en reiteradas ocasiones se las confunda como una sola, pero parte de la diferencia de que ésta postura hace hincapié a priori en el proceso de fecundación (es decir la penetración del espermatozoide con el óvulo), aunque aún no se hayan fusionado los pronúcleos, que es básicamente lo que distingue una de la otra.

Partidarios de esta teoría consideran que producida la fecundación inclusive como sucede en las FIV, estamos en presencia de un ser humano en potencia, donde se encuentre requiere protección por la ley incluso si se halla en una placa de laboratorio. También algunos autores equiparan que es igualmente reprochable la conducta de destruir un embrión recién formado, que la ejercida al feto próximo a la madurez (Yañez, 2003).

Es posible establecer que hecho de la “fecundación” no da lugar a un genoma independiente ni único, en virtud de que en este proceso no se ha podido fusionar los pronúcleos dando lugar a un único código genético, como si ocurre en la etapa de la singamia.

2.4.2 Teoría de la singamia.

Este proceso se da entre las 18 y 20 horas posteriores desde que el espermatozoide penetró el óvulo, dando lugar a la fusión de los pronúcleos, a este mecanismo natural se lo conoce como singamia a partir del cual se forma el cigoto con una nueva y única identidad genética, que a su vez redistribuye su material citoplasmático, se inicia las divisiones celulares mitóticas y se produce la segmentación. Gorni (2003) establece que:

Sin perjuicio de que la fusión de los dos pronúcleos masculino y femenino no es instantánea, la célula que los contiene recibe el nombre de "ovocito pronucleado" ya no es ni el espermatozoide ni el óvulo, y es ese ovocito pronucleado el que marca el inicio de la vida humana. Nos encontramos ante un ser dotado de humanidad que ha comenzado su propio ciclo vital, pues la ontogénesis (desarrollo) es un proceso gradual, caracterizado, principalmente, por su progresividad creciente, para alcanzar un fin estructural y funcional (§ 21).

Según Serra (2004) existen dos características importantes del cigoto, por un lado es que existe y actúa desde la singamia como un ser ontológicamente unitario, y con una precisa identidad. Por otro lado el cigoto está intrínsecamente orientado hacia un desarrollo bien definido. Su orientación e identidad son esencialmente consecuencia de la información genética de la que está dotado. Esta información es el fundamento a la

pertenencia del cigoto a la especie humana y de su singularidad individual o identidad, contiene su programa codificado completo que lo dota de potencialidad morfogénica que se realizará autónomo y gradualmente durante el proceso. La potencialidad no significa una mera posibilidad sino representa la capacidad intrínseca del ser.

Sobre esta teoría también funda sus argumentos Lacadena (conocido genetista Español) en su obra “La Naturaleza Genética del Hombre: Consideraciones en torno al aborto” (1983)⁴, determinando que:

Al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto, que reúne, ya desde el mismo instante de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que, de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfieran con el proceso, a partir del momento en que empiece a funcionar el primer gen en dicha célula inicial única, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto (§ 5).

2.4.3 Teoría de la anidación.

La implantación del embrión en las paredes del útero ocurre entre el séptimo y decimocuarto día después de la fertilización, en este instante el llamado blastocito consigue anidar en las paredes uterinas consolidando su relación con el útero de la mujer, en ese instante pasa a denominarse propiamente embrión (Yañez, 2003).

Los partidarios de esta teoría analizan que antes de efectuarse la implantación, el cigoto carece de dos características: la unicidad y la unidad. Una vez implantado la vida queda individualizada y desde ese momento se inicia un proceso de diferenciación de las células y tejidos.

Como contrapartida hay quienes consideran que esta acepción no es así, porque que el cigoto puede vivir gracias a sus propias reservas que son aportadas la mayor parte de las sustancias y componentes necesarios, la madre aporta el ambiente propicio para el desarrollo. El embrión no es un parásito que vive a expensas de otro ser, y biológicamente hablando, su constitución genética lo define como ser humano (Bolzan, 1993).

⁴ Lacadena, J. (1983) “*La Naturaleza genética del Hombre: Consideraciones en torno al aborto*”. Madrid: Cuenta y Razón. Recuperado el 15/08/15, en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mktfIo8ATrQJ:www.cuentayrazon.org/revista/doc/010/Num010_004.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar

2.4.4 Teoría de la formación del sistema nervioso central.

Para esta corriente al inicio de la vida humana se le aplica el mismo criterio aceptado para determinar el momento de la muerte, según el cual se entiende por muerte, como lo establece el Artículo 23 de ley 24.193⁵, la ausencia irreversible de respuesta cerebral, reflejos cefálicos e inactividad encefálica. Lo que diferencia esta postura, entre otras cosas, de las anteriores es la capacidad de sentir dolor y experimentar el sufrimiento, determinando el inicio de la vida humana ya que sin cerebro ni sistema nervioso es imposible pensar que el embrión pueda percibir algún tipo de estímulos. Es de destacar que la actividad cerebral en el embrión humano comienza aproximadamente a los 48 días siguientes a la fecundación.

Según Yañez (2003), quien critica esta posición, determinar el “quantum” de la actividad cerebral del embrión, es decir, cuanta actividad cerebral deberá alcanzar el embrión para el inicio la vida humana, es un fundamento subjetivo ya que señala que para algunos el cerebro se desarrolla con la primera diferenciación del sistema nervioso central, para otros cuando se distinguen las primeras cinco regiones cerebrales, como así también existen posturas que refieren a la aparición de arcos reflejos y para otros, finalmente, cuando hay movimientos espontáneos de brazos y piernas.

2.5 Congelamiento de embriones. Procedimientos y destino.

La crioconservación de embriones es un procedimiento relacionado directamente con las TRHA, y como consecuencia se congelan generaciones de “embriones sobrantes” por meses y años, en muchos casos su destino está contractualmente establecido para diversos fines y en otros, a raíz de circunstancias sobrevinientes, se quedan en una clara situación de incertidumbre.

La criogenia tiene sus inicios en el año 1947 cuando comenzaban los primeros experimentos con mamíferos. Pero la cúspide de estas prácticas llegó de la mano de Whittingham y sus colaboradores, que deciden hacer numerosos experimentos criogenizando embriones de ratones y humanos, que provenían de las FIV. Estas investigaciones fueron progresando, y después de varios intentos fallidos o mejor dicho fetos muertos, se llegó, en el año 1984 a la obtención del primer nacimiento proveniente de un embrión congelado.

⁵ Ley 24.193 “*Trasplante de órganos y tejidos*” actualizada por ley 26.066. B.O : 17/01/1992.

Actualmente estas prácticas han sido mejoradas y se han producido miles de embarazos en el mundo, pero aún no se ha podido superar científicamente la gran cantidad de embriones perdidos durante el proceso.

Las TRHA y más precisamente la fecundación “in vitro” exige la manipulación con embriones. Como se ha señalado anteriormente la fecundación extracorporal se realiza extrayendo óvulos maduros mediante una superovulación. Una vez que se fertilizan todos, se procede a la transferencia intrauterina de entre dos a cuatro embriones, se considera que si el número es inferior a tres, disminuye la posibilidad de embarazo, si es mayor a cuatro aumenta la probabilidad de embarazos múltiples. Algunos de los embriones son introducidos en el seno materno para su anidación y otros, los “sobrantes”, son destinados para crioconservar.

La embriones se guardan por varios meses y años, en tanques que contienen nitrógeno líquido a -196°C , en el estadio de dos a ocho células o en estado de pronúcleo (o precigoto) o cigoto (Bolzan, 1993).

Estos bancos de embriones actúan como depósitos. Luego de que se fecundan los óvulos varios de ellos son transferidos a la mujer, pero si ésta no queda gestante, puede congelarlos sin necesidad de una nueva laparoscopia, para ser utilizados cuando la pareja considere oportuno. Al respecto Lombombarda expresa que “...implica demorar arbitrariamente la gestación de los embriones, deteniéndolos en su movimiento molecular, y eventualmente sometiéndolos a un elevado índice de riesgo de muerte en caso de que se los descongele en alguna ocasión” (2011, pág.49)

Hay cinco etapas importantes en el proceso de criopreservación: “1) Exposición inicial al crioprotector. 2) Bajar la temperatura a -0°C . 3) Almacenamiento. 4) Descongelamiento y, por último, 5) Dilución y retiro del crioprotector con el retorno al microambiente fisiológico normal”(Llerena, 2015,¶ 20).

El objetivo de crioconservar este remanente de embriones consiste en “ahorrar costos en las técnicas de reproducción, bajo el lema de *a más cantidad producida, menor el costo de inversión*, evitar la destrucción de embriones supernumerarios y congelar los restantes para una transferencia” (Varsi, 1999, pág. 208).

Según Bolzan, Alejandro⁶ (1993) considera que estos procedimientos tienen una baja tasa de sobrevivencia y que la congelación daña los blastómeros, culminando unos pocos con el embarazo.

Según el portal de medicina reproductiva de España VITA⁷ (2015) publica estadísticas con respecto a la tasa de éxito en las FIV con ovocitos criopreservados, y como se pudo analizar del 100 % de los embriones congelados, solo el 31,7 % producen el embarazo y el 17,9 % llegan a término. Detectando un alto porcentaje de abortos de 27,7 % y registrándose una alta tasa de embarazos únicos 80,8 %. Estos parámetros también estarán subordinados a otras variables que tienen que ver con la edad de la mujer y su etapa fértil, como así también si los ovocitos son donados o si son de la pareja.

El aspecto más controvertido concerniente a este tipo de prácticas se da respecto a su destino y el poder de disposición que tienen las parejas y los centros privados de fertilización con material genético.

En primer lugar las parejas pueden utilizarlos nuevamente, constituyendo una especie de reserva biológica, dando lugar a hermanos de distintas edades, pero fecundados en un mismo momento. Por otro lado pueden donarlos, es decir, darle la posibilidad a otra pareja, distinta de la que aportó los gametos, para la consecución del embarazo. También pueden ser utilizados para investigación o bien descartarlos por consentimiento de los propietarios, como también por su inviabilidad o por riesgo genético comprobado. En este sentido “Los investigadores concluyen que las parejas con embriones criopreservados a menudo conciben en el ciclo inicial, pero las tensiones de los tratamientos fallidos conducen a la destrucción de sus embriones o a dejar de responder al programa de criopreservación” (Varsi, 1999, pág.209).

La Academia Nacional de Medicina (1995) asegura que:

La crio-conservación de embriones impone a los mismos un destino incierto, porque produce la muerte de hijos en etapa embrionaria en un porcentaje variable de acuerdo a los distintos centros de fertilización asistida y porque no garantiza la transferencia de todos ellos al útero materno, lo cual significa selección y

⁶ Bolzan, Alejandro licenciado en biología facultad de Ciencias Naturales y Museo de la Universidad de La Plata. Realiza investigaciones en el CONICET en el campo de la genética humana y animal, como así también en el campo de la reproducción humana asistida y manipulación genética.

⁷ “*Tasas de éxito de las técnicas de fecundación humana asistida*” en VITA Medicina Reproductiva. España. Recuperado el 18/09/15, en: <http://www.vitafertilidad.com/es/noticia/23/tasas-de-exito-en-las-tecnicas-de-fecundacion-in-vitro/>

descarte. Esto implica desinteresarse de la suerte de estos embriones, a los que no se les reconoce ningún valor intrínseco (§ 5).

Finalmente algunos embriones mueren por no resistir el proceso de congelación-descongelación.

Estos procedimientos en la actualidad se encuentran al libre arbitrio de las partes, contando con unos pocos lineamientos al respecto, no obstante dejan un amplio vacío legal en el que cuesta dilucidar cuales son los límites.

2.6 Consideraciones finales.

Conforme al desarrollo del presente capítulo comprender y determinar el momento en el que se da inicio a la vida humana, resulta complejo, en virtud de que distintas teorías establecen parámetros diferentes para cimentar sus argumentos.

De las posturas mencionadas la mayormente receptada es la de la “anidación”, admitida por el Código Civil y Comercial de la Nación, sin perjuicio de que la teoría de la singamia, a partir de las TRHA, ha cobrado gran relevancia por entender que luego de la fecundación *in vitro* y la fusión de los pronúcleos, se da origen a un cigoto con una única identidad genética perteneciente a la especie humana.

El cigoto es un embrión humano que comienza a proliferar paso a paso en su estadios de desarrollo, este periodo comprende desde la fecundación, tras la fusión de los pronúcleos gaméticos originando el núcleo del cigoto, hasta la séptima u octava semana de desarrollo, en la que comienza la etapa fetal, antes del cigoto solo hay gametos y a partir de la singamia conserva una identidad genética propia invariable durante la vida de cada individuo, propia y diferente a la del padre y la madre.

Para la biología no hay dudas de que la vida de un ser vivo, pluricelular, con reproducción sexual, como es el caso de los seres humanos, se inicia al constituirse la identidad genética, propia y singular a la que corresponden las características orgánicas de la especie. Es decir con la fecundación o concepción (fusión de los gametos materno y paterno) se constituye el cigoto que es ya una nueva vida.(Jouve, 2011, Pág.101).

No existe razones para suponer que el cigoto, embrión o feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción, es un ser perteneciente a la especie humana lo que lo diferencia del resto de las especies, con un único material genético que lo caracteriza e individualiza. Al respecto Lejeune, Jerome (genetista) coincide con

la idea de que existe un ser humano desde el momento mismo de la fecundación donde a la célula femenina le llega la información que se contiene en el espermatozoide (1993).

Así mismo la Academia Nacional de Medicina (1995) entre sus recomendaciones entiende que:

La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno. (¶1).

Por otra parte es erróneo equiparar a la concepción el concepto de anidación, ya que la anidación es el momento en el que el embrión se aloja en las paredes uterinas y la concepción del embrión puede darse fuera del seno materno mediante las técnicas de fecundación.

Las técnicas de reproducción asistida, en sus distintas variantes, representan la instrumentalización de la vida humana y por esta razón se ha querido minimizar el concepto de embrión, remplazando este término por el de “pre-embrión” para los primeros estadios de su desarrollo. Llama la atención que la normativa no recepta la expresión como tal, cuando a embriones *in vitro* refiere, sino por el contrario. Esto demuestra que pese a los esfuerzos parlamentarios, aun es difícil diferenciar el origen de la vida humana como “sustrato biológico” distinto de la “personalidad” con la se lo reviste jurídicamente.

Rotonda y Loyarte sostienen que:

No puede haber duda alguna respecto a que la sustancia embrionaria humana o preembrión no queda captada por la noción de vida humana dependiente (entendiendo por tal el embrión de más de catorce días de evolución ya implantado en el seno materno o el feto), pero, ello no obstante, es una realidad viviente de la especie humana, genéticamente única, que merece respeto especial, mayor que el que se le otorga a cualquier otro tejido humano, no solo por su capacidad potencial de engendrar un individuo sino por el significado simbólico que numerosas personas le otorgan. (1995, p. 69).

La crioconservación de los embriones de ningún modo puede constituir un sistema de producción industrializada de la vida, en el que prevalece el deseo procreacional y se elude un mecanismo jurídico que los tutele, porque como se ha desarrollado en este capítulo, no se puede abstraer un sustrato biológico con material

genético del valor intrínseco que posee, como tampoco de los riesgos que trae aparejado su desmedida manipulación.

Por esta razón se puede concluir que “La incidencia del conocimiento genético sobre el ser humano reclama una profunda reflexión del jurista, encaminada a brindarle tutela jurídica frente a los acuciantes riesgos que derivan de la aplicación de los nuevos recursos biotecnológicos.”(Lombarda, 2011, p.14)

Capítulo II: Estatus Jurídico del Embrión Crioconservado. Regulación Nacional.

3. Capítulo II: Estatus Jurídico del Embrión Crioconservado. Regulación Nacional.

Con el avance de la ciencia la posibilidad de manipular embriones, sus componentes genéticos y generarlos en base a diferentes estructuras distintas a las naturales, por medio de la fecundación asistida y sus variantes técnicas, genera una serie de replanteos sobre todo en el ámbito jurídico, creando un nuevo paradigma, encaminándose a una onda expansiva incontenible, que crece a pasos agigantados en asincronía con las distintas regulaciones normativas de los países.

Estas investigaciones sobre el genoma humano esenciales en el desarrollo embrionario, surgentes de ésta dinámica creciente y abrumadora de las biotecnologías, nos enfrenta e introduciría, sin duda alguna, a un nuevo derecho, el cual se está gestando en términos generales y a futuro como un derecho genómico, que enmendaría las especulaciones y brindaría mayor seguridad jurídica a la problemática.

El estatus es definido según la Real Academia Española como “Situación relativa de algo dentro de un determinado marco de referencia”⁸ justamente es aquí donde converge el problema, porque el embrión tiene una situación relativa según los distintos sistemas de referencia. Precisamente el estatus jurídico del embrión concebido extracorpóreamente es un aspecto controvertido, abarcando interrogantes que comprenden desde el destino de los embriones supernumerarios, el control estatal sobre las técnicas de fertilización y la necesidad de propiciar un marco normativo que supla el vacío legislativo de nuestro derecho positivo.

3.1 Recepción en el Código Civil e interpretación de la reforma en el Código Civil y Comercial de la Nación.

3.1.1 Comienzo de la existencia de la persona.

Para comprender la doctrina civilista Argentina tradicional basada en Freitas (autor del anteproyecto de Código Civil para Brasil, conocido como el Esbozo) y adoptado por el Código Civil de Vélez Sarsfield respecto del inicio de la existencia de la persona humana, es necesario interpretar los artículos más relevantes para el abordaje de la temática desde su génesis.

⁸ Real Academia Española. “*Diccionario de la lengua española*”. Recuperado el 17/08/15, en: <http://www.rae.es/>

Por un lado en la sección primera, título tercero “*de las personas por nacer*”, se encuentra el artículo 63 en el que establece que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. Se delimita el momento a partir del cual se considera que empieza la existencia de las personas visibles y conforme al artículo 70 , título cuarto “*de la existencia de las personas antes del nacimiento*”, especifica que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubieran nacido...”. Por otra parte se establece que la época de concepción queda fijada entre el máximo y mínimo de la duración del embarazo (Art. 76 CC), que se presume que es entre los trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día de nacimiento (art. 77 CC).

De los artículos mencionados se puede apreciar que el comienzo de la persona es a partir de la concepción en el seno materno. Esta redacción se remonta al año 1871, en el cual el legislador no tenía en miras los avances científicos y las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Por lo que el término de concepción es empleado como sinónimo de anidación, sin prever que en la actualidad existen otras formas de concebir como ocurre con las TRHA, donde la etapa de fertilización inicial ocurre fuera del claustro materno.

El primer problema que se plantea es la fecundación extracorporal, es decir aquellos embriones que se concibieron en una probeta. En un primer momento se intentó darle aplicación a criterios relacionados con la fecundación intrauterina sin resultados favorables, porque claramente no son supuestos de hechos análogos y por otro lado, porque el derecho necesita aplicar ficciones jurídicas (muchas veces apartándose de lo real), a situaciones o hechos jurídicamente relevantes, modificando sus conceptos o incluso cambiando el lenguaje (aunque sea científico) para poder readaptarlos la normativa. Es por esta razón que la mayoría de los juristas intentan evitar la petrificación de la norma eludiendo definiciones, sino más bien estableciendo premisas con presunciones como ocurre con el término “concepción” y sus plazos.

Para algunos autores en la concepción hay una etapa que comenzaría con el proceso de "singamia" y otra etapa a partir de la anidación, es decir de la consolidación del embrión en la pared del útero. Antes de la primera, considera que no argumentos para sostener el comienzo de un proceso de identificación de una vida, y que, a partir de la singamia hay suficientes elementos como establecer una protección relacionada con el congelamiento y tratamiento de embriones. Por otro lado entienden que partir de la

anidación puede hablarse de un momento relacionado con un nuevo ser (Lorenzetti, 1997).

Por otra parte LLambías (1964) supone que Vélez hizo una adaptación del derecho a la realidad biológica que se presentaba en aquel momento y que desde la fecundación del óvulo materno es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana existente antes de su nacimiento, ya que esto último solo cambiaría el medio del desarrollo del nuevo ser.

La teoría de la anidación, como se explicó anteriormente, es aquella en que se considera que la vida humana comienza a partir del día 14, desde la fecundación cuando el cigoto se fija en las paredes del útero. Esta postura es la que adopta el Código Civil, para definir que antes de dicho plazo no existe vida humana, lo que permite admitir la “cosificación” del embrión humano no implantado y sus prerrogativas en cuanto a la manipulación con ellos.

Según Lorenzetti (2014) “persiste la falta de criterio unánime acerca del momento mismo de la concepción, debate en el que, aun ante los avances y procesos científicos, no se puede establecer un momento preciso sobre cuando acontece la concepción”(pág. 89). Es evidente que se está ante un término difícil de definir por cuanto escapa al ámbito jurídico. Por otro lado esta postura deviene desde sus orígenes como una tradición en cuanto a su aplicación, ya que no hay una diferenciación entre “vida humana” de “persona humana”, por esta razón los embriones en estado de criogenia carecen, desde el marco legal, de valor ontológico desde una perspectiva intrínseca.

Por otra parte se establece que son personas todos los entes que presentes signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes (Art. 51, CC). En el presente artículo se entiende que todo “ente” es atribuido de personalidad y por lo tanto sujeto de derechos y obligaciones, susceptibles de adquirirlos y contraerlos (art. 30 CC), ahora bien, es posible hacer la distinción de que no todo ser humano es persona en sentido estricto, ya que la personalidad es una atribución legal, distinto de su soporte biológico que es la vida humana, que en definitiva es lo que diferencia al ser humano de una cosa o de un animal. Es decir que los signos de humanidad son rasgos característicos de la especie dotados por el derecho de personalidad con capacidades *per se*.

Es de destacar que la condición para que la persona goce de tutela jurídica, se encuentra subordinada a que sea “concebida” en el seno materno, y no así por sus signos

inequívocos de humanidad, es decir que lo primero es una condición de lo segundo y no al revés.

Este análisis nos revela cierta incongruencia, en virtud de que en la actualidad las técnicas de fertilización in vitro proclaman el inicio de la vida humana extrauterinamente, siendo una realidad que no se puede soslayar. Nadie podría negar que tras la fecundación y posterior proceso de singamia exista un ente, que si bien no reviste calidad de “persona”, presenta signos característicos de la especie humana, y que se encuentra fundamentalmente en su código genético. Con lo cual se podría interpretar que de aplicarse estos principios, primero se es persona y después ser humano, dando lugar a posiciones encontradas respecto de que tratamiento legal y biológico se le debe dar a los embriones en estado de congelamiento.

Es evidente que el derecho no ha podido resolver el problema que trae aparejado el surgimiento de la vida, sin embargo tampoco ha podido establecer la existencia de un bien jurídico protegido como lo es el embrión en estado de crioconservación. “Para la sociedad puede ser tan pernicioso suprimir la persona como dañar un ente que todavía no alcanza el estatus pero cuya manipulación o supresión tiene efectos individuales o macrosociales que se contraponen con lo que se considera socialmente aceptable”(Lorenzetti, pág.69)

Es imprescindible que el avance científico este acompañado de un progreso tutelado y sostenido, es evidente que cuando el codificador con buen criterio incorporó el artículo 51, hizo expresa referencia a todo ente que presente “signos inequívocos de humanidad” para distinguir aquellas “cosas” corrientes de las que, probablemente, tengan una categoría superior y que podrían ser portadoras de una dignidad especial, como los embriones.

-Interpretación de la reforma en el Código Civil y Comercial.

En el año 2014 fue aprobado y promulgado en el Congreso de la Nación, mediante ley 26.994, el “Código Civil y Comercial de la Nación” cuya puesta en vigencia fue el 1 de Agosto de 2015. Como era de esperar se incorporaron al cuerpo normativo nuevas definiciones un tanto más simplificadas y coloquiales, se modificaron institutos, se incorporaron otros, y se incluyeron las Técnicas de Reproducción Humana asistida.

El artículo 19 del Código Civil y Comercial, título uno “*persona humana*” capítulo uno “*comienzo de la existencia*” define “*Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*”. Como se puede

observar, en relación con el anterior artículo 63 del CC. Se ha suprimido la añadidura “*en el seno materno*”. Se podría presumir a priori que la modificación se sustancia en la incorporación de las TRHA en el nuevo código, dando lugar a la presunción, ya que como se analizó, no hay una definición explícita a partir del cual es el momento de concepción, o mejor dicho donde se puede concebir, más aun cuando existe la posibilidad de que sea extracorpórea. Sin lugar a dudas esta supresión tiene una razón, ya que no podríamos decir que esta redacción haya sido un capricho del legislador.

El haber quitado la mención “en el seno materno” en el artículo 19 del CCCN y la expresión utilizada en el artículo 561 (CCCN) “concepción en la persona”, según Lorenzetti se funda en que:

Decir que el embrión *se implanta en la persona*, y no en la mujer, es la postura legislativa más acorde con la ley 26.743 de Identidad de Género, cuyo eje vertebral para el cambio de la identidad de género se basa en la “identidad autopercebida”, sin la obligación de apelar de manera previa a intervención quirúrgica alguna de “reasignación” de sexo. (Pág. 99).

Ahora bien, la pregunta que subyace es ¿habrán considerado la posibilidad de que la concepción se dé en otra persona que no sea el de la mujer?

Por otra parte el motivo por el que no se esclarece que se entiende por concepción tiene que ver con un análisis integral y sistémico del texto civil, la ley 26.862 y el conocido fallo “Atravia Murillo y otros vs. Costa Rica”⁹ del 28 de Noviembre de 2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para Argentina, en la que se discutió el término “concepción” receptado por la interpretación de la Corte Interamericana, de los artículos 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica¹⁰ relativo al derecho a la vida, “protegido, en general, a partir del momento de la concepción”, y el artículo 1.2 que dispone que “persona es todo ser humano”. Entendieron que la definición de la CADH (Convención Americana de Derechos Humanos) resultaba acorde a un momento en el que no existía la posibilidad de fertilización in vitro, diferenciando dos lecturas del término “concepción”, por un lado la fecundación del óvulo por el espermatozoide y por el otro la implantación del óvulo fecundado en el útero, inclinándose el tribunal por ésta última. Es decir que tanto para la Corte Interamericana como para el Código Civil y Comercial de la Nación el embrión *in vitro*

⁹ CIDH “Atravia Murillo y otros vs. Costa Rica”, de 28/11/12, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 27/11/15, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf

¹⁰ “Convención Americana de los derechos humanos” (Pacto de San José de Costa Rica), 18 de Julio de 1978.

no es persona, no obstante se utiliza el término concepción como sinónimo de anidación, dos términos diferentes para hacer referencia a un momento determinado, no es menos importante destacar su uso también se lo emplea para definir lo que acontece en un tubo de ensayo, es decir la concepción extrauterina.

De conformidad con lo anterior es que el artículo 20 es el que establece los términos de duración del embarazo y época de la concepción:

Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día de nacimiento.

Queda definido que la concepción, en los términos taxativos del mencionado artículo, es en el claustro materno, sin precisar el momento puntual en el cual se produce, asimilando este concepto al de “embarazo” como una sola cosa, cuando en realidad no lo son. En razón de lo que el artículo 19 deja entrever, y valorándolo integralmente con el artículo 20, se podría considerar que es una prolongación a la dogmática instaurada por el Código de Vélez Sarsfield, en base a la ficción presuntiva de Freitas, que ante la imposibilidad de saber el momento preciso de la concepción estipuló un plazo de cuatro meses, lapso en el que se supone la concepción como actualmente quedó receptado. Nada nuevo esclarece ni define, como tampoco incorpora explícitamente la definición de fecundación in vitro (ni sus variantes) como modo alternativo de concepción.

Es de destacar que el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación¹¹ en la redacción original del artículo 19, antes de ser modificada, estaba conformado de la siguiente manera:

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.

Si bien no agregaba nada nuevo en cuanto a la definición de concepción, si incluía dos cuestiones fundamentales, por un lado la incorporación de los mecanismos de reproducción humana asistida como modo y por otro la importancia de una ley

¹¹ Artículo 19 “*Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*”. Presentado por la Senadora Fagetti, María, el 23 de Febrero de 2011. Decreto 191-20.

especial que regule los procedimientos con embriones no implantados, dándole una mayor prelación a los mismos.

Al respecto Aida, Kemelmajer de Carlucci en una disertación que dio en la ciudad de Río Gallegos el 18 de Junio del 2015, sobre las modificaciones del Código, del cual ella participó en su elaboración, manifestó estar desconforme con el texto finalmente sancionado, por cuanto en su original redacción y en el cuerpo del artículo 19, se impulsaba a la necesidad de crear una ley que pudiese suplir el estado de incertidumbre de los embriones crioconservados (quedando dicha disposición como transitoria segunda) y por otro lado, que su texto original no daba lugar a tantas imprecisiones e interpretaciones equívocas respecto del comienzo de la existencia de la persona.

Por otra parte el artículo 21 establece “*Nacimiento con vida. Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida...*” (CCCN). Así mismo siguiendo este razonamiento, llama la atención el último párrafo del artículo 561, en el capítulo referido a las “*reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*” que establece formas y requisitos del consentimiento, estipulando que “*... El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.*”

El sentido gramatical de estos párrafos revela cierta ambigüedad, si se establece que la concepción es solamente en el seno materno o el de una persona, el implantado nunca fue concebido, circunstancia que es jurídica y biológicamente inadmisibles. Razón por la cual se podría interpretar que el legislador acepta la existencia de la concepción extracorpórea. Otra lectura, de conformidad con lo que interpreta el Dr. Lorenzetti (2014), sería el reconocimiento de la concepción producto del acto sexual distinto del que se produce por la implantación del embrión en el útero, lo que resulta, a nuestro criterio, una distinción sin sentido si es que el legislador entendió que concebir es en el seno materno no habría de importar el medio ya sea natural o artificial.

Si se acepta como válida la conclusión arribada en el párrafo precedente, se debe dejar de considerar como sinónimos a los conceptos de concepción y embarazo tal como está redactado en el artículo 20 del CCCN.

3.1.2 Embrión ¿Cosa o sujeto de derecho?.

Con la reforma del Código Civil y la ley 26.862 (Reproducción médicamente asistida, 2013)¹², se han incorporado las TRHA, a las cuales se les ha otorgado trascendental importancia, sustanciándose en el acceso integral a las técnicas médico-asistenciales. Este marco normativo no se ha pronunciado sobre los aspectos concernientes a la crioconservación de embriones, representando un silencio a voces, y que aún sigue siendo un tema de debate. Al carecer de una ley especial que regule la materia, subsidiariamente se debe aplicar las disposiciones que le dan un trato ordinario, es decir, el mismo que se le da a las cosas, evidenciando un estado de incertidumbre jurídica.

Los gametos (una vez extraídos) y los embriones, son, para nuestro derecho positivo, jurídicamente cosas, sin distinción. Esta falta de diferenciación iguala dos términos que son biológicamente distintos, porque ni el espermatozoide ni el óvulo pueden considerarse el mismo ser vivo que aquel al cual le dieron origen, el embrión.

Para comprender el contexto legal que se aplica al estatus de los embriones, es menester citar los artículos que lo definen. Por un lado el Código Civil y Comercial establece en su artículo 16, que los bienes materiales se llaman cosas, que integran el patrimonio de los titulares y son susceptibles de valor económico. Por otra parte se establece que el objeto de los actos jurídicos:

(...) no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea (...) (Art. 296 CCCN).

Así mismo el artículo 1004 del CCCN, determina que el objeto de los contratos no puede ser:

(...) hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean. Cuando tengan por objeto derechos sobre el cuerpo humano se aplicarán los artículos 17 y 56.

¹² Ley N° 26.862 “Reproducción Médicamente Asistida”. Honorable Congreso de la Nación Argentina. B.O 25 de Junio de 2013.

Del análisis de los mencionados artículo se puede interpretar que el estatus jurídico que detentan los embriones criopreservados, como mencionamos anteriormente, es el de “cosa” a secas. Es decir, no tienen ningún valor intrínseco proclive a una protección legal más específica, sino que da lineamientos generales sobre el objeto de los actos jurídicos en general y de los contratos, tomando como parámetros diferentes limitaciones impuestas por la moral y las buenas costumbres, consagrando la dignidad de la persona y de los derechos ajenos, impidiendo aquellos actos prohibidos, etc, que subsidiariamente y en un análisis interpretativo integrador debe aplicarse. También se incorpora el artículo 17 que especifica que:

(...)los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según dispongan leyes especiales.

Se puede erigir que los embriones tienen un valor de uso, y como tal pueden ser consumibles, y en caso de no quererlos, pueden ser donados, que si bien el código y la ley de fertilización (análisis al que remitimos en el punto 3.2), contemplan esta posibilidad, nada dicen respecto del descarte ni de los plazos en los que se pueden crioconservar los embriones, como tampoco limitan el número de embriones a fecundar.

Siguiendo estas consideraciones Yañez (2003) estima que no es posible aplicarle a los embriones el estatus jurídico del derecho de bienes, y que por ser vida humana, no es posible aplicar disposiciones destinada a cosas más o menos prescindibles. Reclama un tratamiento legal especial, aunque la naturaleza jurídica sea realmente de cosas. Y agrega que “lo que está en juego en el caso de los embriones in vitro es la vida y la dignidad de la especie humana”(pág. 295).

Por otra parte Miguel Angel Soto Lamdrud expresa “Estamos profundamente convencidos de que el cigoto producido por la vía extracorpórea merece de protección efectiva, más allá de los límites difusos de la moral y las buenas costumbres; lo que no podemos admitir que no sea objeto, ni tampoco sujeto de derechos” (1990, pág. 270).

Después de analizar el estatus que se le adjudica al embrión, es importante considerar, lo que con mucha prudencia el legislador incorporó, bajo el título de “derechos y actos personalísimos”, el Artículo 57 (CCCN), que determina que “*Prácticas prohibidas*. Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. Es sumamente importante esta

prohibición ya que se hace en referencia a las prácticas eugenésicas, para marcar un límite a las biotecnologías aplicadas a la vida.

La prácticas que actualmente utilizan las TRHA y que están permitidas, es lo que se conoce como “Diagnóstico preimplantacional” (DPI) que consiste en un análisis genético y selectivo del embrión fuera del seno materno, por medio de una microbiopsia donde se permite seleccionar los embriones libres de defectos genéticos, malformaciones o con genes de patologías no hereditarias, procediendo a su descarte. “El diagnóstico preimplantacional permite detectar y escoger, en consecuencia, el sexo, la raza y determinadas características físicas del nuevo ser, etc”.(Córdoba, 2000, pág.18).

Según la exégesis de Lamm, Eleonora (2015) sobre este artículo es que “..la norma prohíbe alterar o producir una alteración genética, no seleccionar, que es lo que sucede precisamente en el diagnóstico genético preimplantacional..” continua “ ..Su objetivo es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología mediante la selección del embrión no afectado” (pág. 138).

Es importante aclarar que los DPI se asemejan a algunas formas de eugenesia negativa, es decir aquella que hace un examen selectivo no solo del embrión sino también de sus gametas antes de la fecundación. En el procedimiento se le da preeminencia a los embriones buenos y se procede al descarte de los malos. Hay un criterio de selección y descarte que no es el que naturalmente ocurriría en el seno materno, sino que el patrón genético del futuro feto estará subordinado al buen gusto y criterio de sus “creadores”.

Al respecto un fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, caratulado “*Rabinovich Ricardo David s/ Medidas precautorias*”¹³ (03/12/99), el cual se profundizará su análisis más adelante, en el que el Dr. Rabinovich solicitó la inmediata intervención del ministerio pupilar en protección de los embriones en bancos de crioconservación cuyas vidas de los incapaces pudiesen resultar comprometidas. La Cámara dictaminó que los embriones humanos son personas y optó por extender su protección a los congelados, obligando a la Secretaría de Salud a realizar un censo sobre los embriones no implantados y los conservados.

¹³ Sala I de la Cám. Civil de la Capital Federal, “*Rabinovich Ricardo David s/ Medidas precautorias*”, fallo: LL 2001-c-824 . Fecha: 3/12/99. *Diario Judicial*. Recuperado 19/05/2015, en: http://www.diariojudicial.com/contenidos/1999/12/06/noticia_0007.html

Por otro lado una de las decisiones fue "...prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción o experimentación..."(IX, 2do) como así también estableció que cualquier acto de disposición sea con autorización judicial e intervención del ministerio pupilar con excepción a los implantados en el seno materno.

El fallo de segunda instancia es contundente en lo que hace a la protección de cualquier indicio de vida humana, y al mismo tiempo, deja en claro la tarea que deben llevar a cabo los legisladores que es la de regular las situación de esos embriones.

Si bien son discutibles los fundamentos con los se arribó a este dictamen, no es menos cierto que ante la duda de lo que debe aceptarse como tal, se decidió con prudencia brindarle a los embriones un trato semejante al de las personas.

El punto controversial radica en la utilización de las técnicas biogenéticas con fines de investigación científica a las se arriba por medio de la experimentación, que como tales no han tenido en miras la transferencia de embriones al útero materno, sino más bien la manipulación de gametos y embriones para poder diagnosticas enfermedades genéticas hereditarias, malformaciones, suprimir o alterar genes. Este aspecto constituye uno de los más delicados sobre todo porque importa tomar partido sobre el momento en el que el embrión debe ser considerado persona, sujeto de derecho y la licitud de las investigaciones con ellos. Lo trascendental es que en la actualidad es posible hacer diagnósticos desde el momento mismo de la concepción, mediante un estudio de herencia genética del embrión, abriendo las puertas a lo que se conoce como "terapia génica", que aunque solamente está permitida a los fines de corregir defectos genéticos y patologías graves, roza la delgada línea de lo "licito" o posiblemente permitido sin llegar a lo eugenésico (Zannoni, 1998).

El Dr. Zarraluqui entiende que todo ser humano tiene derecho a la salud y a participar del progreso científico como los beneficios que deriven de él, incluso de las terapia génicas cuyas ventajas se verán en el fututo, sin embargo dice:

El estado actual de los conocimientos en la materia, aconsejan mantenerse con prudencia a la expectativa de la evolución de la investigación, puesto que se ignoran cuáles pueden ser los efectos en el hombre, sujeto pasivo de la acción sobre el genoma y sobre el hombre como género. La protección de la humanidad y la línea genética de sucesión generacional son valores indiscutibles que deben ser protegidos frente a agresiones incontroladas (1996, Pág.127).

Desde un marco regulatorio para limitar estas prácticas, una resolución del Parlamento Europeo el 16 de Marzo de 1989 sobre “Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética”¹⁴ abordó diferentes puntos, entre los cuales se destaca:

- En relación con la intervención de la ingeniería genética con la línea germinal humana: Prohibir intentos de recomponer arbitrariamente el programa genético (27); Exige penalización de transferencia de genes a células germinales humanas (28); Expresa el deseo de que se defina el estatuto jurídico del embrión humano, con objeto de garantizar una protección clara de la identidad genética (29); Determinan que una modificación parcial en la información hereditaria constituye una falsificación en la identidad de la persona (30).
- En relación con la investigación realizada con embriones: establecen que el cigoto requiere de protección y no puede ser objeto de experimentación en forma arbitraria (31); Determinar y definir el campo de aplicación de la investigación del diagnóstico y las terapéuticas, particularmente las prenatales de manera que las intervenciones sobre los embriones humanos vivos o sobre fetos o bien los experimentos sobre éstos estén bien justificados, solo si presentan utilidad directa (32); Solo utilizar fetos y embriones con fines de diagnóstico (35); Prohibición de mantenimiento con vida por métodos artificiales de embriones humanos con fin de efectuar, en el momento oportuno, extracción de tejidos u órganos (36); que se persiga penalmente la utilización de embriones o fetos con fines comerciales e industriales (38); Solo se crioconservarán embriones humanos por un tiempo limitado para la implantación solo destinados al embarazo (39); Se prohíbe el tráfico con embriones crioconservados para fines científicos, industriales o comerciales (40).

En este contexto se pone de manifiesto la falta de un plexo regulatorio propicio para el desarrollo de las tecnologías aplicadas a la reproducción humana. Actualmente la legislación Argentina no se ha pronunciado por una ley especial para el embrión no implantado, el campo de aplicación del Diagnóstico preimplantacional, tampoco los plazos para crioconservar embriones ni el número de óvulos permitidos para fecundar.

¹⁴ Resolución Parlamento Europeo “*Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética*” 16/03/89.España. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 17/11/15, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/3.pdf>

No se trata de una puja entre el la ciencias médicas y el derecho, sino de imponer límites para que no se industrialice la salud, en base a una competitividad irreflexiva y cosificante, que comprometa la dignidad humana y las generaciones futuras.

3.1.3 Ley 26.863 de Fertilización Médica Asistida.

La ley de Fertilización Médica Asistida (26.862)¹⁵ fue sancionada el 5 de Junio del año 2013 y promulgada el 25 de Junio del mismo año, después de un largo derrotero parlamentario de proyectos debatidos, se pudo proclamar y consolidar el derecho a la procreación, dando origen a un tercer tipo de filiación (además de la biológica o natural y adoptiva) que es la voluntaria o consentida.

El puntapié inicial que incentivó esta regulación fue sobre la base de los compromisos internacionales asumidos por el estado nacional y las garantías referidas a la eliminación de toda forma de discriminación entre hombres y mujeres para el acceso a los servicios de atención médica, la planificación familiar, embarazo y parto, derechos reconocidos por la Convención de la Asamblea General de las Naciones Unida (18 de Diciembre de 1979)¹⁶ para la “Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, como así también la ley 26.845 “Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en el ámbito en el que desarrollen sus relaciones interpersonales”¹⁷, que le permite decidir sobre su salud sexual y reproductiva. Por otro lado “Programa Nacional de Salud sexual y Procreación Responsable” (Ley 26.673)¹⁸ Se asegura el derecho a beneficiarse del progreso científico a través de las prescripciones contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) y en el artículo 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹ “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda

¹⁵ Ley N° 26. 862 de “*Reproducción Medicamente Asistida*” Sancionada por el Senado y Cámara de Diputados 5 de junio 2013, Publicada en el B.O el 26 de junio de 2013, Recuperada el 20/11/12, en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/216700/norma.htm>

¹⁶ Convención de la Asamblea de las Naciones Unidas “*Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer*”, 18 de Diciembre de 1979, Recuperado el 25/11/15, en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

¹⁷ Ley 26.845 “*Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer en el ámbito en el que desarrollen sus relaciones interpersonales*” Sancionada en el Senado y Cámara. de diputados de la Nación Argentina, el 11 Marzo 2009, promulgada 1 de Abril 2009. Recuperada el 27/11/15, en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

¹⁸ Ley 26.673 “*Programa Nacional de Salud sexual y Procreación Responsable*” Sancionada en el Senado y Cámara. de diputados de la Nación Argentina el 30 Octubre de 2002, promulgada el 21 Noviembre de 2002, Recuperada el 27/11/15, en <http://www.msal.gov.ar/saludsexual/lev.php>

¹⁹ Ley 23.314 “*Pactos internacionales de Derechos Económicos y Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su protocolo facultativo*” Sancionada en el Senado y Cámara. de diputados de la Nación

persona a: b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones” y el ejercicio del derecho de fundar una familia, de conformidad con el artículo 17 de la Convención Americana, que debe ser aplicado a la luz del 5º párrafo de la Observación General N° 19²⁰ del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, estableciendo que:

El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, éstas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias, ni obligatorias.

Por su parte, la Observación N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²¹, en especial sus párrafos 8 y 11, garantizan el más alto nivel de salud y en la nota al párrafo 14 se garantiza la salud genésica, que incluye (conforme alguna doctrina), las técnicas de procreación asistida, en tanto permiten la concreción de un proyecto y planificación familiar.

Como consecuencia de lo reseñado anteriormente de contenido normativo supranacional y luego un proceso expansivo en el orden interno, en donde diversos antecedentes jurisprudenciales fueron delineando el camino hacia la incorporación legislativa de las TRHA, finalmente fueron receptadas en Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo número dos, titulado “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, significando una importante evolución en el marco normativo de nuestro país, adecuándose al contexto actual.

El objetivo del legislador, al sancionar esta ley, fue el de garantizar el acceso integral a todas las personas igualmente, a los procedimientos médico-asistenciales para la reproducción medicamente asistida. Para perseguir dicho fin se implementó el Programa Médico Obligatorio (PMO) exigiendo al sector público, a las obras sociales, entidades de medicina prepaga y a cualquier agente que brinde servicios médicos asistenciales (verbigracia asociaciones Mutuales), a ofrecer cobertura integral e

Argentina el 17 Abril 1986, promulgada el 06 de Mayo del 1986, Recuperada el 27/11/15, en: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>

²⁰ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación general N°19 “La familia Artículo 23” 39 ° periodo de sesiones, año 1990. Recuperado el 27/11/15, en:

<http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen2.html#familia>

²¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14 “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)” 22° período de sesiones, año 2000. Recuperado el 27/11/15, en: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#disfrute>

interdisciplinaria a sus afiliados, socios etc, independientemente de la figura jurídica que detenten.

Como único requisito se establece que sean personas mayores de edad y que hayan prestado el correspondiente consentimiento informado, pudiendo ser revocable hasta antes de que se proceda a la implantación del embrión en la mujer.

En el Artículo 2 se determinan los procedimientos y las técnicas de reproducción humana asistida, comprendiendo las de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Pareciera ser que el mencionado artículo tiene como fin inmediato el acceso a las TRHA y como mediato la consecución del embarazo.

Por otra parte establece un registro donde deberán estar inscriptos todos los establecimientos sanitarios habilitados incluyendo los bancos de gametos y/o embriones (art.4).

Esta ley es el primer lineamiento legislativo que contempla o por lo menos menciona, la existencia del embrión concebido extracorpóreamente, fundando el primer precedente legal previo a lo ya vigente, regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación. A pesar de este plexo normativo, aún persiste un vacío legal importante respecto del estatus jurídico de los embriones crioconservados.

El poder ejecutivo reglamentó y complementó esta normativa con la aplicación del decreto 956/13²² con fecha 19 de Julio de 2013, en su artículo 2 define las técnicas de baja complejidad dentro de las cuales se destaca : inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante; y por otro lado las de alta complejidad que comprenden la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos.

Al respecto Kemelmajer de Carlucci, Fama y Lamm, entienden que las “Técnicas de reproducción asistida (TRA), no debe ser definida legalmente porque quedaría obsoleta, generando interpretaciones diversas, contradictorias, todo lo cual atenta contra la seguridad jurídica...”, esto evita la petrificación de la norma (2011, pág.2).

²² Decreto Reglamentario 956/13 de la ley 26.862 “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. B.O 23/07/2013 , recuperado el 20/11/15, en: <http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=21264>

Del artículo mencionado se puede apreciar que hay aspectos no han sido contemplados, dentro de los cuales se destacan el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) y la subrogación de vientres. Se advierte, por otro lado, que el decreto reglamentario no aclara algunas dudas que surgen respecto de la cantidad de óvulos a fecundar, limitación en el número de embriones a transferir o criopreservar, prevención de embarazos múltiples y manipulación con embriones.

Con respecto al DGP sentó precedente, respecto de su falta de incorporación en la ley, el fallo “L.E.H. y otros c/O.S.E.P. s/ amparo”²³ en donde la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por mayoría, rechazó el recurso de inconstitucionalidad presentado por los recurrentes y, en consecuencia, confirmó la sentencia dictada por la Quinta Cámara en lo Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial, que había denegado la cobertura integral del tratamiento de fertilidad solicitado por los actores. Dentro de los argumentos se esgrime que la prestación es de muy alto costo, que se protege la vida del embrión humano desde la concepción sea dentro o fuera del seno materno, y que de aceptarse la aplicación de los procedimientos de DGP sería atentar contra su protección, a pesar de que tampoco se había establecido el destino de los embriones sobrantes con precisión y seguridad científica. Por otro lado destaca que el DGP no está contemplado ni en ley 26.862 ni en el decreto reglamentario, razón por la cual es válida la negativa de la prestadora de servicios de salud. Finalmente el caso fue llevado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁴ que si bien declaró procedente el recurso, confirmó la sentencia apelada.

Por otro lado el artículo 8 del texto reglamentario dispone que se podrán acceder a cuatro tratamiento anuales con prácticas de baja complejidad y hasta tres de alta complejidad, con intervalos de tres meses entre cada uno. Así mismo los embriones y gametos que se utilizarán deben provenir de bancos exclusivamente inscriptos y no podrán tener valor lucrativo o comercial.

²³ S.C.J de la Prov. Mendoza “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.”.Fallo: 221.605/50.235 . Fecha:30/07/2014.*Info Jus*. Recuperado el 19/05/2015 en: <http://www.infojus.gob.ar/suprema-corte-justicia-local-mendoza-leh-otro-recurso-extraordinario-inconstitucionalidad-221605-50235-eh-osep-accion-amparo-apelacion-inc-fa14190019-2014-07-30/123456789-910-0914-1ots-eupmocsollaf>

²⁴ CSJN “L.E.H. y otros c/O.S.E.P. s/ amparo” 01 Septiembre de 2015. *Todo sobre la Corte*. Recuperado el 22/11/15, en: <http://todosobrelacorte.com/wp-content/uploads/2015/09/LHE-sentencia-CSJN.pdf>

Asimismo establece que no es condición la infertilidad o la imposibilidad de concebir para acceder a estas prácticas, cuestión que posibilita poner a disposición y al alcance de todos el acceso a las TRHA, sin que el requirente sea infértil o estéril, constituyendo un auxilio para parejas que no puedan concebir por medios naturales pero también una alternativa para aquellas que, pudiendo naturalmente, no quieren, ya no como una necesidad sino por conveniencia, en base a factores subjetivos de la pareja que lo llevan a tomar la decisión de optar por las técnicas de fertilidad.

Con respecto a los beneficiarios estipula la ley que deben ser, como se mencionó anteriormente, mayores de edad, pero existe una excepción que se encuentra establecida en el artículo 8 de dicho cuerpo normativo, en donde establece que los menores de 18 años pueden acceder a la guarda de gametos y tejidos reproductivos “...aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro...” Es decir que ante la previsión de una imposibilidad futura de procrear puedan conseguir un embrión, cuya utilización dependerá de las contingencias del beneficiario. Lo llamativo es que esta ley deja confusos los límites de edad para el acceso a las TRHA en etapa reproductiva, por ejemplo se observa que no hace mención al máximo de edad en el que persona puede acceder a estas técnicas, sin ver comprometida su integridad física y psíquica como así también la del futuro bebé.

El Dr. Donoso (2014) explica que:

El embarazo antes de los 20 y después de los 35 años, se asocia a un mayor riesgo materno y perinatal. El embarazo en menores de 20 años o embarazo adolescente, además del mayor riesgo biológico que implica, genera una situación de riesgo social para el recién nacido y la madre, siendo un importante problema de salud pública en la mayoría de los países, especialmente para aquellos en desarrollo. El embarazo en mujeres de 35 o más años se asocia a un aumento del riesgo de presentar una serie de patologías propias de la gestación y una mayor frecuencia de patologías maternas crónicas, que traen como consecuencia una mayor probabilidad de muerte materna y perinatal (pág.168)

Es claro que del análisis de los artículos más representativos tanto de la ley como del decreto reglamentario, no alcanzan para resolver con profundidad los aspectos aquí vertidos, es decir lo inusual es que el objeto de la prestación justamente este incluido dentro de un marco desregulado. No parece adecuado que ante el requerimiento

que conllevan las técnicas biomédicas (por su magnitud y complejidad) estén de manera irrestricta, imperando un relativismo en donde no existen verdades con eficacia plena sino con validez subjetiva, sustentándose en distintos intereses.

Passo (2010) supone que:

(...) Se va instalando progresivamente en la sociedad una mentalidad utilitarista donde las técnicas de reproducción artificial representan la oportunidad de ejercer un control eficiente sobre la maternidad, cada vez más postergada en el tiempo y sobre la calidad biológica del hijo concebido. (Pág. 49)

Finalmente es importante que se complemente esta ley con una regulación que se expida, entre otros temas relevantes, sobre tres eje fundamentales en relación con los embriones: por un lado la creación y uso de embriones para la reproducción; por otro la congelación de los embriones sobrantes de una fecundación in vitro; y por último el uso de embriones para la investigación y experimentación.

3.2 Consideraciones finales.

El Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de Fertilización Medicamente Asistida han suplido parcialmente la necesidad de un marco regulatorio para las TRHA. Si bien la nueva redacción ha incorporado novedosas disposiciones, no ha innovado con respecto a algunos términos referidos al inicio de la vida humana, concepción y anidación.

En este contexto normativo señala que el comienzo de la persona (agregándole el calificativo de “humana”) acontece desde la concepción, si bien no aclara que se entiende por “concepción” cuando se trata de personas nacidas por las TRHA, da continuidad a la dogmática de Vélez Sarsfield tal como lo previó con los mismos términos, extensión y limitaciones (es decir bajo la condición del nacimiento con vida). Es de destacar que es necesario remitirse a la ley 26.862 y a lo dictaminado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el fallo “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” (28/12/2012), para una comprensión integral de lo que se entiende por el comienzo de la existencia de la persona humana, que en este sentido la Corte concluyó que comienza con la implantación del embrión y, por ende, si el embrión no está implantado no es persona humana.

Se evidencia que no se ha podido subsanar la carencia de un tratamiento legal especial que regule ciertos aspectos como el máximo y el mínimo de edad para acceder a estos procedimientos, los plazos para crioconservar embriones, la disposición de los

“sobrantes”, como así tampoco la limitación en el número de óvulos fertilizados y de embriones implantados, si bien el CCyC en su norma transitoria segunda remite a una ley especial, aún no se han expedido al respecto.

Por otro lado el Diagnóstico preimplantacional merece una especial mención, puesto que por medio de esta técnica se conciben un gran número de embriones, que luego son clasificados como una suerte de “control de calidad”, en donde algunos, los que presentan características deseadas son transferidos y los que no, es decir los sobrantes, son eliminados, descartados. En principio hay quienes consideran que el fin es erradicar enfermedades o anomalías genéticas en el futuro bebé, pero su aceptación roza la delgada línea de lo eugenésico, si entendemos por tal que se pueda mejorar la raza eliminando embriones “no aptos” o por no cumplir con los parámetros de “hijo a la carta” que los padres desean. Es tan confuso el límite que la misma ley de fertilización y su decreto reglamentario han omitido la incorporación del DGP dentro de sus prácticas de alta complejidad y consecuentemente la Corte Suprema de Justicia dictaminó en el fallo “*L.E.H. y otros c/O.S.E.P. s/ amparo*” (01/09/15) denegarle a la parte peticionante el acceso al tratamiento de fertilización y DGP, así mismo evidencio la falta de regulación manifestando que

(...)Deviene inadmisibile que sean los Jueces o Tribunales (...) quienes determinen la incorporación al Catálogo de Procedimientos y Técnicas de Reproducción Humana Autorizados, una Práctica Médica (...) la misión de los Jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al Legislador, ni juzgar sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por otros Poderes, en ejercicio de sus facultades (...). (Cons. 10).

A pesar de que el Código les brinda el estatus jurídico de “cosa” a los embriones, es de destacar que el decreto reglamentario 956/13 y el Artículo 17 del CCCN, los dota de ciertas prerrogativas diferenciándolos del trato común y ordinario que normalmente se les daría, por cuanto el mismo no puede comercializarse ni tener fines de lucro.

Por otra parte la prohibición de las prácticas eugenésicas implica una limitación a la manipulación con embriones concebidos in vitro, dejando entrever, aunque no explícitamente, un reconocimiento al valor intrínseco y privilegiado como portadores de vida humana.

Consecuentemente se suscitan hechos sociales, legales y éticos preocupantes derivados de esta actividad, al respecto Cruells (2005) considera que:

(...)los investigadores deben responder:

- Momento en que debe interrumpirse el desarrollo embrionario y procedimiento a seguir con estos embriones.
- Utilización, evolución permitida y destino final de estos embriones.
- Selección, adquisición y posible comercio de gametos, óvulos fecundados y probables fetos humanos.
- Seguridad de lograr productos a término ¿cuál sería su destino?.(Pág. 152).

Es evidente que el embrión constituye una realidad nueva, siendo absurda cualquier digresión en contrario, dispensarle un trato especial no debe de abdicar, máxime si la concepción puede acaecer mediante la manipulación de células genéticas en un laboratorio. Podrá la ciencia, con buenas razones, determinar que la individualidad y viabilidad del embrión no finaliza hasta el proceso de anidación, mas no parece correcto que el derecho subordine la protección del genoma humano a semejante exigencia. Por otro lado entendemos que el proceso de fecundación artificial (como bien lo dice la palabra) es un proceso intencionado y no natural para la concreción de un fin que es el embarazo, por lo que todo lo que implique ese propósito debe estar minuciosamente regulado, evitando así un desmedido e irreflexivo avance científico en menoscabo de la dignidad humana.

Capítulo III: Relaciones
jurídicas y/o
contractuales respecto
de los actos
dispositivos con
embriones
crioconservados.

4 Capítulo III: Relaciones jurídicas y/o contractuales respecto de los actos dispositivos con embriones crioconservados.

Las TRHA han transformado el concepto de familia tradicional, poniendo en auge nuevos conceptos jurídicos. La voluntad procreacional surge como un tercer tipo filiatorio, y su importancia radica en la formalización del consentimiento, que no solo contiene cuestiones procedimentales e informativas, sino que además prevé actos dispositivos futuros por medio de una declaración unilateral de las partes. Actualmente hay carencia de una regulación específica que establezca de manera clara y precisa bajo que formalidades debe ser prestado, sobre todo en lo que respecta al destino de los embriones crioconservados. En este capítulo se analizarán las diferentes falencias de forma y fondo de los CI, como así también su incidencia en precedentes jurisprudenciales internacionales.

La importancia del elemento volitivo trasciende el derecho de familia a la esfera sucesoria, con la incorporación en la reforma del CC y C del artículo 2279, que regula, aunque de manera carente, la concreción del proyecto parental después de la muerte. La filiación post-mortem podrá darse tanto en la transferencia de embriones *in vitro* como en la fecundación de gametos crioconservados del fallecido.

Finalmente se abordará el instituto de la donación en contraposición con el de la adopción, partiendo de dos acepciones distintas respecto del estatus jurídico del embrión y adecuación a la normativa vigente.

4.1 Consentimiento y voluntad procreacional en Argentina.

La “revolución reproductiva” por medio de las TRHA, ha producido importantes cambios que impactan directamente en el ámbito jurídico en el que terminologías “clásicas” e institutos que regulaban distintos aspectos del derecho han quedado obsoletos, sobre todo en lo referido con el fuero de familia.

Por un lado nos referimos a una reproducción asexual, es decir que tanto la reproducción como la sexualidad hoy transcurren por dos caminos diferentes, demandando un encuadre normativo contemporáneo y dando origen a diferentes tipos filiatorios que antes eran inconcebibles pero que, debido a los crecientes avances científicos, debieron readecuarse, desde la maternidad en mujeres que padecen esterilidad, como la paternidad de hombres con la misma enfermedad, maternidad sin

paternidad (y viceversa), paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual, inclusive pueden ser madres aquellas mujeres de edad avanzada ya que no existen limitaciones al respecto. Se entrelazan varias situaciones y nuevos planteamientos jurídicos que hacen repensar el concepto de familia tal como se lo admitía.

Antes de las técnicas de reproducción asistida, solo existía la procreación por medios naturales, lo biológico comprendía necesariamente lo genético y era imposible disociarlos. Posterior a las TRHA lo biológico ya no comprende lo genético ni lo genético comprende lo biológico. Si antes se podía diferenciar lo biológico de lo voluntario actualmente se vislumbran tres criterios bien diferenciados lo genético, lo biológico y lo voluntario (Kemelmajer, Herrera, Lamm, 2012).

El elemento volitivo o voluntad procreacional pasa a tener un rol importantísimo jurídicamente, Lamm (2012) explica que:

(...) mientras que en la filiación por naturaleza el conflicto es entre lo biológico y lo volitivo, en la filiación derivada de las TRHA el conflicto es entre lo genético y lo volitivo. Ahora bien, lo biológico importa un plus respecto de lo genético; y como lo genético carece de ese plus adquiere más importancia y relevancia lo volitivo. (pág. 81).

Por otra parte entiende que el elemento volitivo tiene importancia superlativa en la filiación derivada de las TRA, de modo que deberá darse preponderancia a éste cuando los tres elementos (biológico, genético y volitivo) no coincidan, prevaleciendo la consentida por sobre la genética.

El CCyC establece en su artículo 562, en relación con la voluntad procreacional, que:

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

La *verdad voluntaria* surge a partir de la inclusión de las TRHA, no subordinada a los elementos genético ni biológico, sino basada en el consentimiento previo prestado, que a diferencia de la adopción, en el que la voluntad se presta respecto de una persona ya nacida, en las TRA tiene lugar antes del nacimiento y previo a la gestación.

Por otra parte en la adopción existe una historia previa del nacido respecto de sus orígenes biológicos, distinto de la filiación por medio de estas técnicas, que si bien el nacido producto de las FIV en el caso de ser heterólogas (cuando existe un Gameto de un tercero donante que no es de la pareja que se somete al tratamiento), tienen derecho a acceder a la información sobre sus orígenes genéticos, pero no se establece un vínculo filial que genere obligaciones, puesto que como se dijo con anterioridad no existe una historia previa con el donante, sino que éste solo se desprende de su material genético.

Para el Código Civil y Comercial resulta irrelevante la verdad genética a los fines de la voluntad parental, pero reivindica el derecho al acceso a la información en el artículo 563, relativas a las personas nacidas por el uso de las TRA con gametos de un tercero, cuya información deberá constar en un legajo para la inscripción del nacimiento. Así mismo el artículo 564 establece que su contenido, el cual consiste en información de los datos médicos del donante (relevantes para la salud), en el caso de razones fundadas evaluadas por autoridad judicial, deberá revelarse al peticionante la identidad del donante.

Este vínculo filial no admite la presunción de paternidad, al menos de los que surge del plexo normativo del CCyC, sino que se funda en un consentimiento con posibilidad de impugnación solo en el caso de no haber consentido. Al respecto el Artículo 566 establece que “..La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.”

A los fines filiatorios de las TRHA es importante destacar que madre será quien lo da a luz y del hombre o mujer que hayan brindado consentimiento previo, independientemente del aporte genético por lo que se privilegia la relación materno-filial del embrión-útero y de aquel que brindó su consentimiento expresando su voluntad procreacional como modo de reconocimiento del hijo.

El consentimiento es un elemento fundamental que importa en la consecución y fines de las TRA, por esta razón el CCyC ha incorporado formas y requisitos para su conformación, los cuales se encuentran en los siguientes artículos:

-Artículo 560:

Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de

las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

-Artículo 561:

Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

Según Amorós (2012) el consentimiento informado es:

(...)un concepto jurídico que se refiere al proceso de formación de la voluntad de un paciente competente y se dirige a la aceptación o al rechazo de un tratamiento determinado, a partir de la información suministrada por el facultativo sobre los riesgos y beneficios. Su finalidad principal es, por tanto, favorecer la participación del enfermo en el proceso asistencial y promover la corresponsabilidad en la toma de decisiones clínicas. (Pág. 74).

Por otra parte entiende que en la planificación que deriva de las TRA, el consentimiento es pieza clave para establecer la filiación, como así también sus requisitos formales que se expresan normalmente en el acto inicial.

Como requisitos formales el código establece que el consentimiento provenga de los centros de salud a tal efecto y que esté debidamente protocolizado o certificado, requisito ineludible en el que deben constar ambos.

Por otro lado el consentimiento debe ser:

-Previo: anterior al proceso de las TRHA (inseminación o implantación).

-Informado: debiendo versar sobre aspectos médicos y legales, es decir, las consecuencias filiales del consentimiento.

-Libre: Sin vicios en la voluntad (coerción, violencia e intimidación) (Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lloveras, 2014).

En cuanto a al contenido y requisitos del consentimiento informado al que hacer referencia el artículo 561, remitiendo a disposiciones especiales, contenidas en la ley de Fertilización Medicamente Asistida 26.862, la cual en su artículo 7 deriva a la ley

26.529²⁵ referido a los “Derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud” (19/11/09), en la que en su capítulo III, aborda específicamente los requisitos que debe contener el consentimiento informado. El artículo 5, de la mencionada ley, establece que el CI es una declaración de voluntad efectuada por el paciente y que la información suministrada por los profesionales y centro médico debe ser clara, precisa y adecuada, la cual contendrá sobre: estado de salud, procedimientos y objetivos, beneficios esperados, riesgos, molestias y efectos adversos, especificación de los procedimientos, riesgos y beneficios del procedimiento, consecuencias previsibles.

Así mismo el decreto reglamentario 956/2013 expresa en su artículo 7, que “...el consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción medicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas...”.

Conforme al análisis de los artículos del Código Civil analizados el consentimiento deberá renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. A priori este primer consentimiento sirve para la extracción y/o fertilización del óvulo, sin perjuicio de que ante la crioconservación de los mismos o el posterior uso de los mismos, deberá renovarse.

Según Kemelmajer (2014) el término “*utilización*” comprende no solo el uso posterior de la pareja ya sea inseminando (en el caso de los gametos) o implantándolo (en el caso de los embriones), sino que también la donación, el descarte o utilización para investigaciones.

Es importante destacar que la renovación del consentimiento es una cuestión fundamental ya que en el caso de los embriones en estado de criogenia tanto el semen y el óvulo constitutivos del embrión, cuando los aportantes son la propia pareja, deberá ser actualizado conjuntamente, de lo contrario el procedimiento se interrumpirá. Por otra parte en el caso de que exista un tercero donante, solo será necesario el consentimiento de quien aporte el otro gameto.

Como se explicó anteriormente en la voluntad procreacional no existe la presunción de paternidad, eso significa que se tiene voluntad o no se tiene para someterse a las TRA, y que, por otro lado, en ninguna caso se puede constituir un consentimiento implícito o tácito porque es un acto personalísimo, por esta razón es que puede ser revocado.

²⁵ Ley 26.529 “*Derecho del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud*”, Sancionada 21/10/09; Promulgada de hecho el 19/11/09; B.O del 20/11/09.

Esta situación ocasiona controversias en el caso de los embriones en estado de crioconservación, cuando los aportantes son la pareja, debido a diferentes contingencias que podrían devenir posterior a su fecundación. Más no se ven impedimentos, para que la otra parte del proyecto parental, que no sea la parte receptora la que también puede revocar su consentimiento, para que en el caso de declinar su voluntad de proseguir y solo cuando no haya aportado gametos, impida la continuación del procedimiento, ya que tal circunstancia solo modificaría la situación filiatoria inicial.

Si bien existen lineamientos generales que regulan los consentimientos informados, es necesario que además incluyan, en un documento aparte en base a un acuerdo bilateral, otras consideraciones en lo atinente a las TRHA, y sobre todo en lo referido a la crioconservación de embriones, en cuanto a su destino y en particular qué hacer ante circunstancias sobrevinientes como la separación, divorcio, muerte e incapacidad de una de las partes, entre otras contingencias que abarcan desde modificación en la situación económica de la pareja, hasta la no localización de las partes, falta de pago en el mantenimiento de crioconservación, etc. Todo esto a expensas de una ley que complemente el régimen jurídico de las TRHA regulando específicamente la criogenia de embriones.

Amorós (2012) considera que los acuerdos con sobre la FIVTE, la disposición con embriones y la crioconservación en el mismo documento de un consentimiento informado es un exceso de información, además que da lugar a cuestionamientos sobre el real carácter de “informado”. Además considera que “...la atención de las partes se centrará más en entender la compleja y extensa información que contienen los formularios de CI, que en las previsiones concretas relativas a la disposición de preembriones para el caso de divorcio o desacuerdo de las partes...”(pág. 237).

Es importante destacar que el consentimiento es un acto unilateral y revocable, mientras que cualquier acuerdo o contrato es de carácter vinculante para las partes en el que prima la autonomía de la voluntad. Los CI que elaboran los centros privados de crioconservación, a falta de una regulación más rigurosa, suelen extralimitarse y se asemejan más a un contrato de adhesión, en donde los requirentes de la práctica en su necesidad de concretar su proyecto familiar, firman de conformidad a cláusulas en las que los centros y profesionales suelen eximirse responsabilidad, trasladarla y/o limitarla, como así también arrogarse derechos sobre el material que crioconservan.

Este tipo de consentimientos constan generalmente de dos partes, la primera suministra información médica sobre la técnica de criopreservación de embriones, la

misma abarca desde *definiciones* (crioconservación, gametos, etc), *objetivos* dentro de los cuales se destacan evitar embarazos múltiples y el descarte de embriones, la *explicación sobre de la técnica y etapas* del procedimiento, los *beneficios* que se esperan, *riesgo y efectos secundarios* y algún tipo de información adicional. En algunos modelos estos ítems se encuentran bien diferenciados de la segunda parte, y al finalizar este apartado se presta conformidad del paciente en el que consiente haber sido informado y haber comprendido los datos suministrada por el centro de acuerdo a lo establecido por el artículo 59 del CCyC. Hasta aquí el consentimiento conserva fielmente su condición de tal, mientras que en la segunda parte parece más inexacta en cuanto a sus formas y discutibles en cuanto a su contenido.

De los consentimientos, objeto de análisis a modo representativo, uno es el suministrado por el SAMER²⁶ (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva); mientras que el otro es otorgado por Fecunditas²⁷ (Instituto de Medicina Reproductiva) ambos convergen en plantear una serie de preguntas sobre actos de disposición respecto del destino de los embriones.

En esta segunda parte del consentimiento hacen mención a “aspectos legales” o a “condiciones particulares”, donde se establecen una serie de acuerdos en el que se suelen anexar un contrato de almacenamiento, por otro lado se establece que ante determinado tiempo y el cese de pago por parte de los depositarios, el banco se compromete a notificarlos fehacientemente sobre el incumplimiento, y que, ante determinado lapso de notificados y sin responder al requerimiento, el centro podrá disponer de los embriones de la siguiente manera, de acuerdo a la opción que marque el propietario:

1. Que los embriones sean donados a otra pareja/persona con fines reproductivos.
2. Que los embriones criopreservados sean donados con fines de investigación.
3. Que cese la criopreservación de embriones.

²⁶ SAMER (Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva) “*Consentimiento informado Criopreservación y almacenamiento de embriones. Pareja.*” Recuperado el 20/12/15, en: <http://www.samer.org.ar/pdf/CRIOPRESERVACION%20EMBRIONES%20%20PAREJA.pdf>

²⁷ Fecunditas (Instituto de Medicina Reproductiva) “*Consentimiento para criopreservación de embriones*” Pág. 43-46. Recuperado el 20/12/15, en: http://www.fecunditas.com.ar/consentimientos_informados_esp.pdf

Por otra parte se establece que ante cualquier tipo de contingencia, ya sea divorcio o separación de la pareja, muerte de uno o ambos y desacuerdos respecto de continuar con el tratamiento, también se los hace escoger una opción de las anteriormente mencionadas o bien, designar a una persona para que decida.

Por ejemplo el consentimiento otorgado por Fecunditas establece que en caso de separación o divorcio pueden disponer (según lo que marque el interesado): el padre, la madre o el centro (curiosa es la terminología empleada sobre todo si se entiende que los embriones son cosas). En caso de muerte de alguno de los integrantes de la pareja elegirá el destino el sobreviviente o el centro, pero en el caso de que fallezcan ambos pueden decidirlo los hijos mayores de edad, un familiar (a designar) o el centro (pág. 45).

Sin embargo, en concordancia con el artículo 561 del CCyC y del artículo 7 de la ley 26.862, establecen que estos consentimientos pueden ser libremente revocables mientras que no se hayan transferidos los embriones en la mujer. Asimismo establecen que cualquier cambio en los datos como así también cualquier decisión de los propietarios, deberán notificarse por medio fehaciente.

Es de destacar que por más disposición que se acuerde en este consentimiento informado respecto de la quién podrá tomar decisiones sobre el destino de los embriones ante cualquier contingencia o bien ante la falta de consentimiento de uno de los integrantes de la pareja, no se procederá a continuar con el proceso de crioconservación, resultando un destino incierto el de los mismos, ya que para cada proceder el centro privado necesitará un consentimiento nuevo, lo que, en varias ocasiones, genera discordancias entre las partes. Esta colisión de intereses generan conflictos que son judicializados, debido a la falta de claridad sobre la preminencia de derechos, por un lado el derecho a la procreación y por el otro la negativa de continuar con el tratamiento, lo cual lleva a consideración que nadie puede ser forzado a ser padre en contra de su voluntad, aun cuando haya mediado consentimiento informado en un principio.

Ahora bien, los formularios que las parejas o personas solas completan se ven desnaturalizados y, a nuestra opinión, parecieran una mezcla de consentimiento, con contrato de adhesión en donde las cláusulas (dispuestas unilateralmente) son ventajosas para quien las emite, y actos de última voluntad (testamento), como así también se observan disposiciones obsoletas que carecen de sentido, por ejemplo aquellas que

determinan actos de disposición “futuras” en caso de divorcio o separación vincular, es decir, no se pueden advertir y contemplar situaciones sobrevinientes y aleatorias.

Estas cláusulas no son negociables y deberían estar regulados los convenios por medio de una ley, lógicamente conformados en un documento aparte y con el asesoramiento letrado correspondiente.

El consentimiento confluye en un acuerdo de voluntades que por su carácter bilateral se diferencia de los actos de aceptación de un tratamiento médico, la donación de órganos o la formalización de una directiva o documento de voluntades anticipadas, que solo vinculan a la persona que efectúa la declaración, por lo tanto revocable (Amorós, 2012).

Amorós (2012) por otra parte considera que estos acuerdos no se verían invalidados ante circunstancias sobrevenidas que las partes acordaron inicialmente, sino por aquellas extraordinarias, que por medio de la cláusula implícita “rebus sic stantibus” (mientras las cosas sigan como estaban, al momento de celebración), ante cualquier alteración sustancial, dan lugar a la modificación de las disposiciones estipuladas. Es decir que si bien rige el “pacta sunt servanda”, no significa que el acuerdo no pueda variar, siempre que las modificaciones no sean arbitrarias ni perjudiciales para alguna de las partes.

4.2 Precedentes Jurisprudenciales internacionales sobre el consentimiento y la disposición de embriones.

-Tribunal: Supremo Tribunal de Derechos Humanos. Año: 2006. Autos Caratulados: “*Evans v. The U.K.*”.

El criterio adoptado por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina respecto del consentimiento como modo de exteriorizar la voluntad procreacional y su posibilidad de revocación, se encuentran receptados en la mayoría de los ordenamientos de otros países que han regulado las TRA, y no han podido sortear los vacíos legales ni las controversias llevadas a conocimiento de los tribunales.

Un caso de gran impacto en el Reino Unido fue el que llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), caratulado “*Evans v. The U.K.*” (2006)²⁸ en el que Natalie Evans y su pareja J. el 12 de Julio de 2000 inician un tratamiento de fertilidad en

²⁸ STEDH “*Evans v. The U.K.*” (2006) 6339/2005.2006\19. Poder Judicial República de Costa Rica. Recuperado el 18/06/15, en: <http://www.poder-judicial.go.cr/>

una clínica privada. La mujer se realizó estudios preliminares en el que le descubrieron graves tumores por lo que debía practicarse una ovariectomía bilateral (extirpación de ambos ovarios). El médico le aconsejó obtener algunos óvulos antes de la ablación. Antes de proceder al tratamiento se les hizo firmar a la pareja un consentimiento por medio de unos formularios, y que conforme a las disposiciones de ese país, podrían revocarlo siempre que los embriones no fueran implantados. Ante esta situación la señora Evans, al entender que no iba a poder generar más óvulos planteó, a quien fuera su pareja, la posibilidad de crioconservar sus óvulos, ante lo cual él le respondió con una negativa en el que le argumentaba que no iban a separarse, por lo que no lo consideraba necesario. El 12 de Noviembre de 2001 la pareja acudió a la clínica y se fecundaron once óvulos de los cuales se crearon y conservaron seis embriones. El 26 de Noviembre del mismo año le extrajeron los dos ovarios y le dijeron que debía esperar dos años antes de la implantación de los embriones en el útero. En el año 2002 la pareja finaliza, y el señor J. notificó a la clínica por escrito que los embriones debían ser destruidos, ante lo cual el centro de salud debió notificar a la Sra. Evans que iban a destruirlos en virtud de la ley sobre fecundación y embriología Británica que así lo prevé. La demandante apeló la resolución para que J. restaurase su consentimiento, cuya petición fue rechazada como así también en la vía recursiva, por lo que la interesada acudió al TEDH (Kemelmajer, Herrera, Lloveras, 2014).

Dentro de los argumentos más importante esgrimidos en la demanda y resueltos por el Tribunal, se encuentran: *violación al derecho* a la vida del embrión, lo cual el tribunal determinó negar reconocimiento alguno sobre los derechos en cuestión puesto a la falta de consenso sobre el inicio de la vida, ocasionando una falta de reconocimiento sobre la calidad de sujeto al embrión. *Violación a la vida íntima y familiar*. Tribunal rechazó este argumento alegando que J. actuó de buena fe antes de someterse al tratamiento, que no hay consenso internacional sobre la reglamentación de las FIV y utilización de embriones, por lo que se le concede a cada estado un amplio margen de apreciación, por otra parte determina que dentro de los formularios hay una serie de compromisos de debieron suscribir, como también se les ofrecía posibilidad de retraer su voluntad de continuar antes de la implantación del embrión.

Finalmente el TEDH, le negó la maternidad porque no puede transgredirse la ley como tampoco forzar una paternidad no querida, más aún cuando estos tratamientos se basan en la voluntad procreacional que en definitiva es una decisión conjunta. Evidentemente el perjuicio ocasionado en la Sra. Evans es irreversible, debido a su

impedimento de ser madre, pero ella conocía (por haber sido informada) que el consentimiento de ambos, del mismo modo que en lo dispuesto por la legislación Argentina, es condición *sine qua non* para proceder al implante de los embriones crioconservados al útero.

-Tribunal: Tribunal Supremo de Tennessee. Fecha: 01/06/92. Autos Caratulados: “*Davis, Junior Lewis vs. Davis, Mary*”.

Otro *leading case* fue el de “*Davis vs. Davis*” (01/06/92)²⁹ Suprema Corte del estado de Tennessee, en el que se discutía el destino y titularidad de 7 embriones crioconservados. El caso tuvo lugar luego de la demanda de divorcio de Junior Davis y Mary Sue Davis, ambos se habían sometido a un procedimiento de fertilización. En el momento de la ruptura matrimonial no hubo acuerdo respecto de la custodia de los embriones. En principio la Sra. Davis solicitó la custodia con intenciones de quedar embarazada, mediando oposición del ex marido quien invocó su petición de mantenerlos en estado de crioconservación, ya que no quería ser padre fuera del matrimonio. Consecuentemente el tribunal de primera instancia decidió permitirle a la Mary Davis la custodia para posterior implantación. El tribunal de apelaciones revocó esta resolución, dándole prioridad a la petición de Davis Junios por ser titular de un derecho constitucional, de no ser padre de un hijo contra de su voluntad. Posteriormente el caso fue llevado a la Suprema Corte en el que Mary Davis pidió que se revisara la situación, con una modificación en sus pretensiones, ya que había contraído nuevas nupcias por lo que ya no deseaba utilizar los embriones para sí, sino darlos en adopción a otra pareja.

Como resultado se dictaminó que ante la disputa, teniendo en cuenta la preferencia de los progenitores, debía considerarse lo previamente establecido por ellos. Si faltase acuerdo previo, debía prevalecer la decisión de parte que no desea procrear, salvo que la contraparte no tenga posibilidades razonables por medios distintos de procrear y, en ese caso, debería favorecerse el uso de embriones. Pero en razón de la controversia planteada, ante la intención de donar por una de las partes prevaleció el

²⁹ TS Tennessee “*Davis, Junior Lewis vs. Davis, Mary*” (01/06/92). 842 S.W. 2d. 588. *Universidad de Mendoza*. Recuperado el 18/06/15, en:

<http://www.um.edu.ar/catedras/claroline/backends/download.php?url=L0FURU5FTy0gRkVDVU5EQUNJ004uZG9j&cidReset=true&cidReq=FCSATE>.

interés del Sr. Davis de destruir los embriones en estado de criogenia, con la deferencia de la Corte en aclarar que, si bien no los considera individuos, tampoco son cosas, y les reconoció una categoría intermedia que les da derecho a un respeto especial por su condición.

En este caso se evidencia la importancia de establecer y reglar el destino de los embriones que quedan en estado de incertidumbre jurídica, contemplando determinadas situaciones, sobre todo cuando ninguna de las partes lograsen ponerse de acuerdo.

Estas circunstancias desvirtúan el fin del consentimiento informado ya que, como se explicó ut supra, el mismo no se constituye como tal y, que en su afán de tener éxito en el tratamiento, están lejos de entender las implicancias que en caso de separación o divorcio puedan llegar a tener.

-Tribunal: Cámara de Apelaciones de New York. Fecha: 07/05/98. Autos Caratulados: “*Kass vs Kass*”.

Otro caso en el que un tribunal debió pronunciarse sobre el destino de embriones criopreservados y acuerdos al respecto fue el precedente “*Kass vs Kass*” (07/05/98)³⁰ en la Cámara de apelaciones de Nueva York, Estados Unidos. La pareja había firmado un acuerdo, que si bien era inconsistente y ambiguo, estipulaba el destino que debía darle a los embriones crioconservados ante cualquier contingencia ya sea oposición de una de las partes, muerte, etc. El mismo determinaba que ante la imposibilidad de tomar alguna decisión debían ser donados para investigación.

Luego de varios intentos de frustrados de embarazo, la pareja inició el divorcio. La Sra.Kass Solicitó la implantación de los embriones y el tribunal dictaminó a su favor fundamentando que la mujer es quien puede decidir si procrear o no. Sin embargo la recisión fue apelada, y el Tribunal de alzada resolvió que el acuerdo preexistente era claro y debía respetarse y que la cláusula sobre la disposición con embriones era válida, vinculante y por tal debía ejecutarse, siendo una sentencia favorable a la contraparte que exigía que se cumpliera lo acordado.

Es importante aclarar que los acuerdos en caso de existir, deben limitarse y reglamentarse, ya que no puede existir un acuerdo que obligue a procrear porque devendría inválido por ir en contra del interés público.

³⁰ C.Apel. “*Kass vs Kass*” 07/05/98. 696 N.E.2d 174. Recuperado el 18/06/15, en: https://scholar.google.com/scholar_case?q=Kass+v.+Kass&hl=en&as_sdt=806&case=14938404874386785087&scilh=0

4.3 Contrato de donación vs ¿Adopción prenatal?.

La embriodonación es una técnica incluida dentro de TRHA, como alternativa para aquellas parejas que han visto frustradas sus posibilidades de concebir sus embriones después de varios intentos, como así también que por diferentes factores sobrevinientes decidan darlos en donación a personas solas o a parejas que deciden encarar un proyecto parental, o simplemente para fines de investigación.

La donación de embriones constituye un contrato gratuito y formal con el centro autorizado a tales fines. El mismo nunca podrá tener carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de aquellas retribuciones o compensaciones por gastos derivados del proceso (artículo 8, pár. 9no, decreto reglamentario 956/13)

El Código Civil y Comercial en su Artículo 1542 define que “hay donación cuando una de las partes se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y ésta lo acepta”. Del texto se deduce la obligación del donante de transmitir gratuitamente la cosa, con el requisito de que la otra parte acepte, estableciendo el criterio general del consentimiento como parte de la contratación. Por consiguiente el artículo 976 dispone que la oferta caduca con la muerte o la incapacidad del donante, y en concordancia con el artículo precedente, parece soslayar la posibilidad de que la oferta pueda ser aceptada post-mortem, como sí lo era admitida por el Código de Vélez Sarsfield. En este caso la posibilidad de donar el embrión post-mortem no se podría concretar si nos remitimos a la letra de la ley.

Por otro lado el contrato de donación es unilateral dado que genera obligaciones para el donante a título gratuito, asegurando al donatario una acreencia sin tener una prestación a su cargo, sin perjuicio de existir las donaciones con cargo y las remuneratorias, que son onerosas. Asimismo requiere de cierta formalidad por cuanto exige la escritura pública bajo pena de nulidad para la donación de bienes inmuebles, muebles registrables y prestaciones periódicas y vitalicias. En el caso de los embriones estarían comprendidos en calidad de bienes muebles registrables, ya que cuentan con un banco de almacenamiento a tales fines en el que deben ser inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de la Salus (ReFES), dependientes del Ministerio de Salud (Art.8, par.7, decreto reglamentario 956/13).

Otro rasgo tipificante de este tipo de contrato es que quien tiene plena capacidad para disponer puede donar, prohibiendo que los cónyuges, que están bajo el régimen ganancialidad, puedan donarse entre sí. En el caso de los conyuges que son ambos

propietarios del embrión, no regiría el contrato de donación en virtud de pertenecer a un bien ganancial, y por tal en el caso de divorcio y posterior liquidación conyugal, los mismos constituirían una parte indivisa, por lo que deberán acordar cual es el destino que pretenden para los embriones. Mientras que para el caso de fallecimiento el cónyuge superviviente es heredero forzoso del causante.

La gratuidad impide que se exijan los vicios redhibitorios, pero en casos excepcionales cuando medie dolo del donante, deberá responsabilizarse y responder por los vicios ocultos de la cosa. En el caso concreto de los embriones donados, por analogía podría suceder que exista un eventual reclamo al donante por los vicios ocultos, si el embrión da origen a un ser humano con algún tipo de malformación o enfermedad, si se prueba que al momento de donarlo actuó dolosamente, conociendo que, por ejemplo, que el embrión adolecía de un defecto genético.

Es posible que se aplique de manera análoga la ley 24.193 de “Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos” en la que en partes hacen referencia a “dador” y no donación, ya que al hablar de donación debería adecuarse a todos los requisitos previstos, circunstancia que en la praxis no se cumple.

Al respecto el abogado Roberto Arribere (nota diario clarín 5/02/10)³¹, explica que es incorrecto incluso hablar de donación "Cuando se trata de material biológico que es fruto de los procesos derivados de las nuevas técnicas de reproducción se habla de 'dación'. Es un acto unilateral, que no requiere aceptación previa por parte del receptor. Tampoco los embriones son 'adoptados', porque estaríamos hablando de una adopción prenatal y, según la Constitución, sólo se pueden adoptar nacidos vivos"(pár.14).

Los embriones sobrantes son considerados cosas, principalmente por esta razón es que la adopción prenatal no es pertinente y por otro lado, de reconocérseles personalidad se penalizaría las TRHA y se prohibiría la obtención de embriones in vitro, cosa que en la práctica es inadmisibles.

4.4 Sucesión y filiación post-mortem, ¿Se puede dar vida después de la muerte?.

La filiación post-mortem surge como un nuevo precepto en la reforma del CC y C. El anteproyecto de la Comisión Redactora (2012) lo había regulado en el artículo 563, que decía:

³¹ Elustondo, G. “Sin leyes ni reglas, avanza la adopción de embriones en el país”, 05 de Febrero de 2010. Clarín. Recuperado en: <http://edant.clarin.com/diario/2010/02/07/um/m-02134710.htm>

Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento. b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso.

Finalmente este artículo fue eliminado, sin perjuicio de que éste tipo filiatorio fue incorporado en el libro quinto “Transmisión de derechos por causa de muerte”, artículo 2279, al establecer que: “Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante: ...c) *las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561 ...*”.

En primer lugar la fecundación post-mortem tiene lugar cuando un hombre deja semen o embriones formado con su aporte genético y el de su esposa o conviviente en un banco de crioconservación. Después de su fallecimiento la mujer puede fecundar los gametos o implantarse el embrión y el hijo que nazca de ese acto será heredero de aquel hombre, siempre y cuando haya cumplimentado los requisitos del artículo 561 y 562, respecto del consentimiento informado y su protocolización (Ferrer, 2013).

Es de destacar que el mencionado artículo no hace distinción entre gametos y embriones, es decir, que se puede fecundar un gameto o bien implantar un embrión crioconservado. Por otro lado el mencionado artículo tampoco estipula un tiempo prudencial en el que se puede realizar la transferencia embrionaria después del fallecimiento del causante, como sí lo estipula el artículo 563 del anteproyecto.

En este contexto normativo no habría inconvenientes para que el niño producto de las TRHA y de la filiación post-mortem pueda suceder, siempre que medie la voluntad procreacional del fallecido.

Kemelmajer de C., Herrera y Llovera (2014) consideran que el derecho sucesorio desde ésta perspectiva abordada, era uno de los principales problemas jurídicos que se generaba ante la falta de regulación, ya que la justicia solo podía

autorizar la transferencia de material genético de una persona fallecida al cónyuge superviviente, pero el interrogante se planteaba respecto de la capacidad para suceder en caso de que no se concrete el embarazo y por otro lado los derechos y deberes que se generan entre el niño y la persona fallecida.

Un precedente importante fue en resuelto por el Tribunal de Familia de Morón caratulado “G.A.P s/autorización”³² (21/11/11) en el que una pareja acudió a un centro de fertilización asistida por imposibilidad de concebir ya que la mujer tenía una poliquistosis ovárica. El matrimonio prestó consentimiento para criopreservar embriones para un posterior implante, y en el mismo periodo al marido de la pareja le diagnosticaron un linfoma de Hodgkin, y en 13 de Marzo del mismo año (2011) se produjo su fallecimiento. Ante la negativa del centro de proseguir con el tratamiento la mujer acudió a la justicia para que se prosiga con el tratamiento ya que consideraba que no había impedimento alguno de implantarse material genético crioconservado. El tribunal resolvió a favor de la mujer determinando que existió consentimiento por parte del difunto y que, pese a saber de su enfermedad, nunca lo revocó.

Regular la sucesión post-mortem, según sostiene Kemelmajer de Carlucci et al. (2014), era necesario ante el fallecimiento repentino de una persona el pleno tratamiento de TRHA, esto no solo favorece el nacimiento de más niños, sino que a su vez evita conflictos en materia sucesoria.

Los críticos entienden que esta regulación promueve el nacimiento de hijos huérfanos, distorsionando su medio familiar. En esta línea Ferrer (2013) afirma que:

La técnica post mortem es predominantemente descalificada en la doctrina comparada, por el motivo de que se crea un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole un padre de ultratumba, lo cual constituye una aplicación desviada de la finalidad terapéutica propia de las técnicas y además tiende a satisfacer un deseo egoísta”(pág. 578).

Sin ser obstinados en el pensamiento, las generaciones venideras nacerán en un contexto acompañado de nuevos paradigmas jurídicos, y en este sentido la idea de las familias tradicionalmente constituidas fueron virando y readecuándose a nuevos contextos sociales, en donde se proyectan nuevas perspectivas en miras a las familias “monoparentales”, ensambladas, homoparentales, etc.

³² Tribunal de Familia N° 3 de Morón, "G., A. P. s/ Autorización", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, RDF 2012-III-119.

Las familias monoparentales pueden ser originarias como sucede en la adopción y en las TRHA, en el que una mujer sola puede ser madre sin un padre o de modo derivado en el que uno de los dos progenitores es el que asume los deberes derivados de la relación paterno-filial (Kemelmajer De Carlucci, Herrera, Lamm 2012).

Si bien el CCyC exige como requisito el consentimiento, no es menos relevante considerar que, como lo resuelto en el caso analizado precedentemente, pueda ser implantado el embrión sin necesidad del que causante haya dejado autorización escrita, ya que al haberse sometido a las TRHA y haber expresado su voluntad, deja suficiente convicción de su deseo de consolidar su proyecto parental. Si bien la presunción no rige, hasta que no haya una legislación que contemple prerrogativas y restricciones de los consentimientos informados y/o acuerdos respecto de los embriones criopreservados, quedará a consideración de la justicia pronunciarse sobre cada caso concretamente.

Otro aspecto importante es el plazo para la implantación del embrión luego de la muerte del causante, no contemplado el artículo 2279 del CC y C, en razón de los intereses que puedan presentar los herederos del causante y terceros interesados (acreedores), ya que la existencia de este “heredero en potencia” genera una situación de incertidumbre respecto a una posible declaratoria de herederos y la partición del acervo sucesorio. Situación que podría subordinar intereses patrimoniales a una condición incierta y futura, es decir, que el niño sea concebido.

Finalmente la inclusión de la filiación post-mortem revela la importancia del elemento volitivo plasmada en un documento que así lo contemple, para que el futuro hijo ostente una filiación legítima y su capacidad para heredar.

4.5 Consideraciones Finales.

Las TRHA han incidido directamente en el derecho de familia, y su incorporación en el CC y C puso de manifiesto un cambio en el paradigma jurídico. Nos encontramos ante una realidad diferente, que se fue incorporando, aunque paulatinamente, en un contexto normativo del que se carecía, pero que aún falta complementar.

El tradicional concepto de familia fue evolucionando, y las técnicas de reproducción se han impuesto, logrando disociar los elementos genético, biológico y el volitivo.

Nociones nuevas como la voluntad procreacional reclaman un complejo marco regulatorio que complemente de manera precisa e integral al consentimiento informado.

Por otra parte entendemos que dicha regulación debe comprender los lineamientos para las distintas prácticas en particular que son las que están comprendidas en la ley 26.862, entre ellas la crioconservación de embriones, sin perjuicio de lo ya establecido en los artículos 560 y 561 del CC y C respectivamente.

El consentimiento informado como modo de exteriorización de la voluntad, se encuentra desvirtuado, su contenido suele ser demasiado extenso y abarcativo dificultando la fácil comprensión de los objetivos, riesgos y beneficios, y aunque el fin sea a modo informativo, contienen disposiciones que vinculan a las partes y a los centros privados, respecto del destino de los embriones en caso de contingencias sobrevinientes y aleatorias, acuerdos que deberían estar estipulados en un documento adjunto, aun cuando las partes puedan revocarlo unilateralmente, siendo trascendental que las cláusulas puedan ser pactadas y no preestablecidas como ocurre en la práctica, en donde los consentimientos se asemejan más a un contrato de adhesión.

Al respecto los precedentes internacionales analizados “Evans vs The UK” (2006) y “Davis, Junior Lewis vs. Davis, Mary” (1992), denotan el alcance y la implicancia del consentimiento y el sentido de la correcta valoración e interpretación de la voluntad procreacional de la pareja que se somete a estas prácticas para la concreción de su proyecto parental, aunque en algunos casos el perjuicio de no concebir pueda ser irreparable, queda claro que nadie puede ser forzado a una paternidad no querida, es por esta razón que dicho consentimiento puede ser revocado hasta antes de la implantación del embrión. Por otro lado el caso “Kass vs Kass” (1998) pone de manifiesto la necesidad de brindar un marco regulatorio a los acuerdos en el caso de que existan.

Otro progreso importante en nuestra legislación es la filiación post-mortem, la posibilidad de dar vida después de la muerte. Aún faltará regular algunos aspectos a tener en cuenta, entre ellos estipular un plazo para proceder al implante puesto que median derechos sucesorios de herederos y derechos de terceros acreedores, que podrían verse afectados. Así mismo el fallo “G.A.P s/autorización” (2011) demuestra que, en caso de fallecimiento, aunque no conste autorización expresa, los jueces pueden valorar la voluntad procreacional y darle continuidad a los procedimientos de reproducción asistida.

Por otro lado la posibilidad de decidir el destino de los embriones, incluye, entre otros, el contratos de donación, debido a que nuestro ordenamiento jurídico le otorga a los embriones el estatus “cosa”, en contraposición con la idea de adopción prenatal, sin perjuicio de que se les reconoce implícitamente ciertas prerrogativas, por

ejemplo carecer de valor económico como así también de la posibilidad de ser vendidos. Lógicamente la adopción prenatal tendría sentido solo si se les reconociera a los embriones personalidad, lo cual impediría que los mismos fueran descartados o utilizados para otros fines.

Capítulo IV: Regulación de las TRHA y la manipulación con embriones analizadas desde el derecho comparado

5. Capítulo IV: Regulación de las TRHA y la manipulación con embriones analizadas desde el derecho comparado.

En materia de regulación internacional se ha intentado darle un enfoque legislativo integral a las TRHA. El derecho comparado oscila entre la permisividad y la restricción, no existiendo un consenso respecto de las prácticas que tienen como fin la manipulación con embriones y la crioconservación, estableciéndose lineamientos generales que son receptados por países como Argentina, en donde la regulación es relativamente nueva y aún no ha logrado zanjar los vacíos legales. Esta dispersión del derecho obliga al legislador a aminorar la brecha entre las ciencias reproductivas con la realidad y readecuar la ley interna a los valores impartidos por los tratados internacionales y las recomendaciones de organismos supraestatales. En el presente capítulo se analizarán las diferentes perspectivas normativas a los fines de comprender la importancia y trascendencia que tienen las técnicas reproductivas en el ámbito jurídico.

5.1. Tratados internacionales y legislación de organismos supra-estatales no vinculantes, relativa a la utilización de embriones.

Los tratados internacionales han tenido un importante impacto en la jurisprudencia Nacional y fueron objeto de controversias relacionadas con el estatus de los embriones, teniendo en cuenta su interpretación y la amplitud de las legislaciones.

De los artículos que objeto de análisis y diversas interpretaciones es el Artículo 6 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”³³ (10/12/1948) en su redacción establece que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica” y complementariamente el artículo 1 (inciso 2do) de la “Convención Americana de los derechos humanos” (Pacto de San José de Costa Rica, 1978)³⁴, que expresa “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Se puede observar que se unifican los conceptos de “humano” con el de “persona” o sujeto jurídico, como aquel que es titular de derechos. Esta asimilación arraiga el concepto de ser humano al de persona, por lo tanto pasible de derechos y

³³ Artículo 6, Asamblea General de las Naciones Unidas “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, 10 de Diciembre de 1948. Paris.

³⁴ Artículo 1 (inc.2) de la “*Convención Americana de los derechos humanos*” (Pacto de San José de Costa Rica), 18 de Julio de 1978.

protección jurídica. El término persona es una creación jurídica, mientras que el de “ser humano” tiene su acepción desde el punto de vista biológico, en el cual sus comienzos se inician con la fecundación y el desarrollo embrionario, en donde el portador de ADN es el que pertenece a la especie humana.(Barra, s.f).

Es de destacar que la doctrina jurídica que considera el término de “pre-embrión” implica la no aceptación de humanidad, para poder permitir la manipulación e investigación con los embriones, etapa inicial que abarca hasta el día 14 de desarrollo, periodo a partir del cual, si bien cuenta con ciertas prerrogativas, sigue detentando, indistintamente su estadio de desarrollo, el estatus jurídico de “cosa”. Es decir que la ley no afirma que posterior a ese lapso de días el embrión no es humano, sino que positivamente afirman que el pre-embrión no lo es.

Otro de los artículos de gran implicancia en el ámbito jurídico es el artículo 4 inciso 1ro (sobre derecho a la vida) de la “Convención Americana de los derechos humanos” (Pacto de San José de Costa Rica, 1978)³⁵ el mismo establece que “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Esta disposición fue objeto de controversia en el caso “Atravía Murillo y otros vs. Costa Rica”, (28/11/12)³⁶ en el que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se pronunció y esclareció el alcance y la extensión del término “concepción”, dejando sin efecto la prohibición costarricense que impedía el acceso al procedimiento de FIV a personas casadas no permitiendo la crioconservación de embriones o gametos, por entender que los embriones tienen derecho a la vida y que en dicho proceso se causaba una elevada pérdida de embriones. La Corte ratificó que el acceso a las TRHA debe ser garantizado legalmente, y no denegadas arbitrariamente. Por lo que condenó a Costa Rica por la violación de diversos artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por un lado concluyó que el embrión no implantado no es persona humana, que si bien es susceptible de protección no detenta estatus de persona. Al respecto explica que:

La “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no

³⁵ Artículo 4 (inc.1) de la “Convención Americana de los derechos humanos” (Pacto de San José de Costa Rica), 18 de Julio de 1978.

³⁶ CIDH “Atravía Murillo y otros vs. Costa Rica”, de 28/11/12, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 27/11/15, en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf

habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (pár. 265 de la sentencia).

No obstante la Corte reconoció que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida y que es una cuestión valorada de diversas formas, aunque no se le de prevalencia a “cierto tipo de literatura científica” al momento de interpretar el alcance de la Convención Americana. (pár.185).

Es de destacar que los autores que defienden la teoría de que el embrión fuera del útero tienen personalidad, suelen citar para fundamentar sus argumentos el artículo 1 de la “Convención sobre los derechos del Niño” (1989)³⁷ ratificada por Argentina, en la que se establece que “Se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”, aludiendo que dicho artículo dota de calidad de ser humano al niño en su estadio pre-natal “sin distinción de etapas o distinción debidas a su evolución biológica” (Barra, s.f) .

Las legislaciones deben readecuarse constantemente a los avances científicos, y no circunscribirse solamente a conceptos jurídicos, porque las ciencias biomédicas requieren de una regulación que limite, prevea y se nutra de los nuevos virajes de las biotecnologías. Actualmente existen investigaciones en las que se crearon úteros artificiales, de hecho los primeros experimentos fueron realizados con cabras y ratones. Al respecto Yosinori Kuwabara³⁸ logró después de una década de investigaciones, crear un útero artificial en el que se colocaban cabras prematuras logrando una gestación de hasta de tres semanas, una de las cuales llegó a término pero pocos días después falleció por insuficiencias cardio-respiratorias³⁹. Por su parte Helen Hung – Ching Liu⁴⁰, desarrolló un útero con paredes con tejido endometrial en el que implantó embriones de ratones, algunos llegando a término, y se aventuró a implantar embriones humanos, que

³⁷ Artículo 1 de la “Convención sobre los derechos del Niño”, Naciones Unidas, Asamblea General, 20 de Noviembre de 1989, Ratificada por Argentina. Ley 23.849.

³⁸ Yoshinori Kuwabara, Doctor, investigador y Presidente del departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Juntendo (Japón).

³⁹ “Útero Artificial Nace y el mundo de la matriz comienza”. S.f. Nuevas Mentes. Recuperado de: <http://www.nuevamentes.net/2015/02/el-utero-artificial-nace-y-el-mundo-de.html>

⁴⁰ Helen Hung – Ching Liu, directora del laboratorio de endocrinología reproductiva en el Centro de Medicina Reproductiva e Infertilidad de la Universidad de Cornell, Nueva York.

llegaron a desarrollarse hasta el décimo día. Tuvo que abandonar el proyecto por la disposición que establece investigar con embriones hasta el día 14⁴¹.

Con estos avances hablar de ectogénesis ya no resulta ser sacado de una película de ciencia ficción, es una realidad que desnaturalizará a futuro, no muy lejano, el concepto de “concepción” intrauterina, si se entiende como tal la anidación del embrión en el útero de la mujer, virando a la “concepción” extrauterina o intrauterina artificial, es decir prescindiendo del cuerpo de la mujer.

Continuando con el análisis precedente existen dos recomendaciones importantes de mencionar efectuadas por el Consejo Europeo. Una es la recomendación N° 934 (1982)⁴² Relativa a la Ingeniería Genética, en el que se hace hincapié sobre la incidencia de las investigaciones y experimentaciones en las características genéticas hereditarias, estableciendo que el perfeccionamiento de estas técnicas no deben menoscabar el derecho a la vida ni la dignidad humana. También determina que cualquier procedimiento que tenga como fin la manipulación con embriones debe contar de los consentimientos correspondientes por partes de los tutores. Entre sus disposiciones más destacables impulsa a los países europeos a reevaluar los avances de la comunidad científica y a adoptar un sistema de vigilancia y control como así también una mayor reglamentación proclive a evaluar los riesgos que traen aparejados estos procedimientos.

Por su parte la recomendación 1046 (1986)⁴³ sobre el Uso de los Embriones y Fetos Humanos con Fines de Diagnósticos, Terapéuticos, Científicos, Industriales y Comerciales instituye el reconocimiento de la herencia genética. Establece que la experimentación no solo debe ser regula por la ciencia sino también por pautas médicas, sociales y éticas.

El artículo 5 entiende por vida humana lo siguiente:

(...) a partir del momento de la fertilización del óvulo, la vida humana se desarrolla en forma continua y no es posible hacer una neta distinción entre las primeras fases (embriónicas) de su desarrollo y que, por lo tanto, es necesario hacer una definición de la situación biológica del embrión.

⁴¹ Zoltan, “Llegaron los úteros artificiales, su polémica también” (14/08/14). Vice. Recuperado en: http://www.vice.com/es_co/read/llegaron-los-teros-artificiales-su-polmica-tambin11

⁴² Consejo Europeo, “Recomendación 934 Relativa a la Ingeniería Genética”, 26 de Enero de 1982. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la Ingeniería Genética.

⁴³ Consejo Europeo, “Recomendación 1046”, 24 de Setiembre 1986. Asamblea Parlamentaria Sesión 18ª relativa a Uso de los Embriones y Fetos Humanos con Fines Diagnósticos, Terapéuticos, Científicos, Industriales y Comerciales.

Deja en claro el momento desde el cual considera, esté órgano, que la vida humana comienza, es decir desde la fertilización, sin perjuicio de que insta a los estados a definir el alcance de su protección legal.

Por otro lado especifica que los embriones y fetos deben ser tratados con el respeto hacia la dignidad humana y que su uso y obtención de material debe estar estrictamente regulado, como también debidamente justificados los fines de diagnóstico y terapéuticos.

En concordancia Yañez (2003) considera que la ley debe considerar a los embriones de manera especial para otorgarle un trato privilegiado, mediante un estatuto específico.

La UNESCO en su “*Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos*” (1997), se pronuncia de manera similar a las recomendaciones del Consejo Europeo, consagrando el derecho al acceso indiscriminado de las biotecnologías, y determinando que en sentido simbólico genoma humano es patrimonio de la humanidad por lo que merecerá especial respeto. Por otra parte limita la investigación y experimentación con embriones que contraríen la dignidad humana, como por ejemplo la clonación.

Según lo analizado se observa que no existe una unificación de criterios, la normativa es dispersa y en muchos casos ambigua. Lo que no se puede negar, más allá de las discrepancias, es la necesidad de impartir acuerdos mínimos entre los estados de los distintos continentes para otorgar protección jurídica a los embriones in vitro y crioconservados, incluso si eso implica penalizar conductas o limitar las prácticas, a los fines de preservar los intereses inherentes de la propia humanidad.

5.2. Regulación normativa en el derecho anglosajón y continental Europeo.

El progresivo desarrollo de las ciencias reproductivas han repercutido en el ámbito jurídico. Las leyes de los países tienden a impulsar el progreso de las TRHA y en algunos casos a limitarlas, aunque con criterios disímiles, fueron propiciando un marco normativo que contempla y regula distintos aspectos importantes respecto de la manipulación con embriones.

Según Varsi (1999) existen legislaciones más utilitaristas que otras, por cuanto aceptan libremente las TRHA como así también la crioconservación, impulsando el desarrollo tecnológico y la inversión científica sin tomar en cuenta la protección del ser

humano, y por otro lado tesis conservacionistas que las prohíben expresamente y mixtas, como aquellas que si bien las prohíben, solo las permiten para casos especiales.

5.2.1. Francia.

El Código Civil Francés en el capítulo II titulado “Del Respeto por el Cuerpo Humano” regula una serie de disposiciones generales referidas a la manipulación con embriones, que atentan contra la integridad de la especie humana.

El artículo 16-4 prohíbe las prácticas eugenésicas y la clonación, sin perjuicio de las investigaciones que se lleven a cabo con el fin de evitar y prevenir enfermedades genéticas, prohibiendo que las mismas generen cambios genéticos en la descendencia. Otro artículo a destacar es el 16-5 que establece los acuerdos que le confieran valor patrimonial al cuerpo humano, sus partes o productos, son nulos.

Para complementar los preceptos impartidos por el Código, Francia tiene una ley que es la N° 2004-800 llamada “*Ética y Biomedicina*” (6 de Agosto de 2004)⁴⁴, plantea una serie de requisitos para el acceso a las TRHA entre ellos se mencionan que el hombre y la mujer que accedan deben estar vivos, en edad fértil, casados o en convivencia con un plazo de al menos dos años antes de la transferencia embrionaria. Por otro lado establece que la inseminación o transferencia embrionaria puede ser interrumpida en caso de muerte de un miembro de la pareja, demanda de divorcio o separación vincular o por revocación del consentimiento. De aquí se puede inferir que no se permite la filiación post-mortem como si sucede en Argentina, y que ante esta contingencia, la ley en su artículo L2141-1, estipula que en caso de muerte de ambos o en el caso de que uno sobreviva puede consentir donarlos o bien dar por fin a la criopreservación. Así mismo artículo 2141-3 establece que la pareja debe concebir con al menos un gameto de alguno de ellos, es decir que no contempla la subrogación de vientres.

Del mismo modo que el Código Civil Argentino y sus leyes complementarias prohíben el uso de embriones con fines comerciales e industriales, esta ley hace mención a la misma restricción en el artículo L2141-8.

⁴⁴ Ley n° 2004-800 “*Ética y Biomedicina*”, 6 de Agosto de 2004, Francia. *Legisfrance*. Recuperado el 18/06/15 en: http://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=es&prev=search&rurl=translate.google.com.ar&sl=fr&u=http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do%3FcidTexte%3DJORFTEXT00000441469&usg=ALkJrhgupSvPTtQexR0iEt2g3KXhM-m3w

En Francia está permitida la investigación con embriones hasta los 14 días después de la fertilización, siempre y cuando no se dañe la integridad del embrión. No obstante la crioconservación no podrá exceder los cinco años.

Por otra parte se refleja un importante hincapié en los controles de los centros médicos y de la información que deben brindarle a los interesados, abarcando desde la confirmación de sus motivaciones para someterse a las prácticas reproductivas, hasta la información más completa que el paciente pueda tener incluyendo legislación y reglamentación vigente.

Uno de los aspectos más interesantes es que además de regular el funcionamiento de los centros y organismos específicamente dedicados a la procreación asistida, penaliza el incumplimiento de tales requisitos legales.

5.2.2. Reino Unido.

El Reino Unido cuenta con una ley de “*Fertilización Humana y Embriología*” (1ro de Noviembre de 1990 modificada en el año 2008)⁴⁵ bastante completa, en la que se regula diversos aspectos relevantes para el ejercicio de éstas prácticas.

En principio define conceptos como el de embrión, entendiendo por tal como aquel “*embrión humano vivo*” considerándolo así desde la etapa de fertilización. También la ley establece que su ámbito de aplicación será cuando el embrión se encuentre fuera del cuerpo, regulando también su almacenamiento el cual no podrá exceder los diez años y definiendo que se entiende por crioconservación. Así mismo prohíbe, al igual que la legislación Francesa, que se almacenen o utilicen embriones una vez que aparezca la línea “*primigenia*”, que ocurre en el periodo luego de los 14 días desde la fecundación, momento en el cual se mezclan los gametos (Artículos 3 inc. c y 4).

Por otro lado el Artículo 5 de dicho cuerpo normativo crea un órgano especializado llamado “*Consejo de Fertilización Humana y Embriología*” que es el que controla el cumplimiento de la ley por parte de los centros privados, como también por medio de un comité especial que fiscaliza acuerdos y permisos relacionado con las prácticas.

Entre otros términos, se destaca la definición de madre y padre, y regula la subrogación de vientres, dilucidando que el niño producto del procedimiento será hijo

⁴⁵ Ley de “*Fertilización Humana y Embriología*”, 1ro de Noviembre de 1990, Reino Unido. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 18/06/15 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/81.pdf>

del matrimonio por medio de la adopción, ya que se considera “madre” a aquella que esté embarazada o lo haya estado como resultado de la implantación del embrión o espermatozoides y óvulo. Determina que ninguna mujer podrá recibir los tratamientos sin tener en cuenta el bien estar del niño, incluida la necesidad de un padre, evidenciando una trascendental importancia a la figura paterna. Respecto de la gestación por sustitución Lamm (2011) entiende que el sistema inglés es más protector de la gestante, ya que luego de transcurrir seis semanas del nacimiento del niño la mujer podrá decidir si quedarse con el hijo, implicando que la gestante también sea madre y se enfrente con la figura de maternidad subrogada. Sin duda alguna estamos ante una ley con un sistema conservacionista de los vínculos materno y paterno filiales.

Por otra parte antes de la reforma de 2008, la presente ley no admitía la transferencia post-mortem, ya que consideraba que nunca podría ser padre del niño, el hombre cuyo espermatozoides o embrión hubiese sido utilizado luego de su fallecimiento. Luego de la última modificación incorpora la posibilidad de que el hombre quede registrado como padre del hijo, siempre y cuando haya dado su consentimiento.

Los consentimientos son reglamentados y prevé la información que deberán contener, como también estipula un documento para cada procedimiento y en el caso de la crioconservación establece plazos de almacenamiento, lo que se va a hacer con los embriones en caso de fallecimiento o incapacidad, también posibilita la revocación de los mismos o su modificación y toda la información y asesoramiento necesario para los requirentes del tratamiento. Así mismo aclara que cualquier acto de disposición necesita de su consentimiento correspondiente.

Hay dos cuestiones que son novedosas respecto de su incorporación en la ley, por un lado regula la objeción de conciencia y delitos relacionado con los procedimientos con embriones, y por el otro la responsabilidad civil en caso de niños generados por TRHA con minusvalía congénita, por acción u omisión en la selección, crioconservación o uso del embrión fuera del cuerpo, posibilitando como única eximente de la responsabilidad que en el momento de la implantación los padres conocieran esta posibilidad.

5.2.3. España.

La legislación Española cuenta con un complejo cuerpo normativo en materia de TRHA y crioconservación embrionaria, por medio de la ley N°14 (26 de Mayo de 2006) que introduce y define el concepto de “pre-embrión” a diferencia de las leyes analizadas

precedentemente, abarcado un periodo de 14 días desde que se fecunda. Comprende ciertas prohibiciones como la clonación y autoriza la transferencia de hasta tres embriones por cada ciclo menstrual.

Por otra parte imparte ciertas directrices que deberán observarse por parte de los centros de fertilización, como por ejemplo, el deber de informar a la mujer o pareja sobre las tasas de éxito, riesgos y condiciones a la que se someterán.

Regula el contrato de donación de embriones determinando que el mismo nunca podrá tener carácter lucrativo o comercial, así mismo garantiza la confidencialidad y el secreto del proceso, pero admite la posibilidad de que el hijo pueda acceder solamente, ante circunstancias extraordinarias, a información relacionada con el donante pero nunca su identidad (artículo 5).

Respecto de quienes pueden someterse a las técnicas establece que mujeres mayores de 18 años con independencia del estado civil y su orientación sexual (Artículo 6).

La determinación de la filiación está dada por medio del consentimiento de acceso a las TRHA, aunque la fecundación sea con gametos de donantes, el mismo debe ser renovado cada dos años y en caso de no renovar, luego de las intimaciones pertinentes, el centro puede disponer de los embriones. En relación con la filiación post-mortem establece como regla general que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto legal alguno a la relación entre el nacido por aplicación de las TRHA si el material genético no se hallare en el útero de la mujer al momento del fallecimiento del hombre. No obstante, contempla que el marido podrá prestar su consentimiento por medio de una escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor sea utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento (Artículo 9).

La presente ley establece que cualquier contrato de gestación por sustitución es nulo, la filiación de los hijos nacidos por esta práctica estará dada por el parto.

En cuanto a la crioconservación de embriones se determina que el tiempo de almacenamiento es indefinido siempre que se renueve consentimiento cada dos años y estipula que los pre-embryones se pueden destinar al uso de la pareja, para donación con fines reproductivos, donación con fines de investigación o cese de criopreservación. En cualquiera de los casos, el centro deberá contar con autorización, igualmente en el caso de que la pareja o persona sola desee modificar alguno de los destinos citados.

A diferencia de lo que ocurre con la legislación Argentina, en España está regulado el Diagnóstico preimplantacional, en el que interviene una autoridad sanitaria a quien se deberá comunicar la necesidad de este diagnóstico. El fin del mismo podrá ser detecciones de enfermedades o alteraciones genéticas que puedan comprometer la viabilidad del embrión. La ley establece una serie de requisitos, entre ellos, que no se modifiquen caracteres hereditarios (Artículo 12).

Por otra parte permite la utilización de pre-embriones con fines de investigación, impidiendo que las mismas se lleven a cabo con embriones con más de 14 días de desarrollo, a su vez regula que las mismas se basen en proyectos debidamente autorizados por autoridades sanitarias (Artículo 15).

Finalmente se imparten una serie de requisitos para los centros privados y se crea una comisión de carácter consultivo permanente, un registro nacional de donantes y prevé determinadas infracciones ante el incumplimiento de los requisitos de la ley.

Esta ley vino a modificar a su antecesora que era la ley N° 35⁴⁶, que a su vez fue complementada por el decreto reglamentario 413⁴⁷. Si bien la mayoría de las disposiciones se mantienen como antes, se establecía un plazo máximo de 5 años para la criopreservación de embriones (artículo 12), posteriormente con la reforma ese plazo es irrelevante mientras se actualice el consentimiento de los titulares.

5.2.4. Alemania.

En Alemania predominan dos leyes por un lado la de “*Protección de Embriones*” (1990)⁴⁸ y, por el otro la de “*Garantía de la Protección del Embrión en relación con la Importación y la utilización de Células Troncales Embrionarias de Origen Humano*” (2002)⁴⁹ que le brindan a los embriones una tutela jurídica y una serie de garantías, desde su fecundación extrauterina hasta su conservación.

La primera de las leyes mencionadas sanciona las prácticas abusivas que tengan como fin la manipulación con embriones, con aplicación de penas privativas de la

⁴⁶ Ley 35 “*Técnicas de Reproducción Asistida*” (1988) modificado por decreto 413. España. *Genética y Bioética*. Recuperado el 15/06/15. En: http://cerezo.pntic.mec.es/~jlacaden/webmec12/legi_esp02.html

⁴⁷ Decreto n° 413: Establece requisitos técnicos y funcionales para autorización y homologación de centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida. Iro de Marzo de 1996. España. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 17/06/15, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/23.pdf>

⁴⁸ Ley “*Protección de Embriones*”, 13 de Diciembre de 1990. Alemania. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 16/06/15, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/5.pdf>

⁴⁹ Ley de “*Garantía de la Protección del Embrión en relación con la Importación y la utilización de Células Troncales Embrionarias de Origen Humano*”, 28 de Junio de 2002. Alemania. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 17/06/15, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/6.pdf>

libertad. Establece la prohibición de fecundar un óvulo con un objetivo distinto al del embarazo, y en caso de fertilizarlos solo se podrán transferir hasta tres embriones por ciclo no más. También está prohibida la subrogación de vientres, enajenación de embriones y solo es admitida la crioconservación en el caso de que resulte necesario para diferir la implantación, entre otras disposiciones.

Por otra parte veda la posibilidad de seleccionar el sexo del embrión y modificar su información genética. Así mismo no está permitida la posibilidad de transferencia embrionaria post-mortem.

La segunda de las leyes citadas hace una justificación, en su artículo primero, de la finalidad que tuvo en miras su implementación, estableciendo que el estado tiene la obligación de "...respetar y proteger la dignidad humana y el derecho a la vida, así como de garantizar la libertad de investigación...", por lo que se prohíbe la obtención de células troncales embrionarias o la generación de embriones con ese fin.

5.2.5. *Suiza.*

Suiza cuenta con una Constitución (1999)⁵⁰ que legisla, entre otras cosas, aspectos relacionados con la protección a la salud, medicina reproductiva e ingeniería genética.

En su artículo 119 prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético humano y tutela la dignidad humana bajo distintos principios, entre ellos:

- Prohíbe la clonación e intervención de células germinales y del embrión.
- Las TRHA solamente pueden ser utilizadas para suplir problemas de enfermedades graves o hereditarias y no pueden modificar características del embrión. Impide la experimentación con embriones.
- La fertilización in vitro está permitida si el embrión es transferido de inmediato a la mujer, además en el caso de que sean supernumerarios deberán implantarse todos y los embriones sobrantes no pueden ser crioconservación.

5.2.6. *Italia.*

La ley 40 "Procreación Médica Asistida" (2004)⁵¹ Italiana es restrictiva en la regulación de las TRHA. En principio establece que tiene como fin favorecer y solucionar problemas reproductivos derivados de la esterilidad e infertilidad, pero que

⁵⁰ "Constitución Federal de la Confederación Suiza", 18 de Abril de 1999. Suiza. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 17/06/15, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/88.pdf>

⁵¹ Ley n°40 "Normas en Procreación Médica Asistida", 19 de Febrero de 2004. Italia. *Biblioteca Jurídica Virtual*. Recuperado el 18/06/15, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/60.pdf>

se recurrirán a ellas en los casos donde resulte imposible remover las causas impeditivas (Artículo 1 y 4).

Por otra parte solo podrán acceder parejas compuestas por personas mayores de edad, sexo diverso, casadas o convivientes, en edad fértil y ambos vivos (artículo 5). El mencionado artículo descarta la posibilidad de que personas homosexuales y solteras puedan acceder a las técnicas reproductivas e impide la fertilización y transferencia post-mortem.

Determina como prohibición la fertilización heteróloga (donación de gametos), como también la experimentación e investigación con embriones, solo esta última será admisible si la finalidad es terapéutica y de diagnóstico. Sin perjuicio de ello la prohibición comprende: Producción de embriones con fines de experimentación, prácticas eugenésicas, la clonación, fecundación de embriones con gametos de diversas especies, producción de híbridos y quimeras (Artículo 13).

Asimismo impide la destrucción embrionaria y crioconservación, salvo en casos cuando por fuerza mayor grave y debidamente documentada se imposibilite la transferencia de embriones y limita dicha transferencia al número de tres embriones (Artículo 14).

Por otro lado regula la objeción de conciencia, y en relación con los consentimientos informados, establece que los establecimientos privados deben brindar de modo detallado los métodos, tasas de éxito y riesgos, como también informar a la pareja sobre las posibilidades de recurrir a la adopción.

Dentro de las prohibiciones se encuentra el diagnóstico preimplantacional (DGP), por considerarlo como una forma eugenésica.

Cabe destacar que la Corte Constitucional Italiana declaró por medio de sentencia N° 151/2009⁵², la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la ley N° 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” (Normas de Procreación Médica Asistida, 2004) en lo relativo a la fecundación heteróloga donde la normativa impedía a un matrimonio acceder a un tercero donante, como así también aquel artículo que limitaba la producción de embriones al número de tres.

⁵² Corte Constitucional Italiana, Sentencia N° 151/2009⁵², Inconstitucionalidad de ley N° 40 “*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*” <http://www.cortecostituzionale.it/comunicatiAttualita.do>

5.3 Consideraciones finales.

El derecho comparado con sus distintos criterios y extensiones pone de manifiesto ciertas consideraciones y protección jurídica al embrión, por su propio valor intrínseco, más que por ser un objeto de interés o una mera cosa, viéndose reflejado en los tratados internacionales y en las recomendaciones de organismos supra-estatales como el Consejo Europeo, otorgándole trascendental importancia al genoma humano, al embrión como a la manipulación con ellos.

Existen legislaciones más restrictivas en cuanto a la regulación jurídica en la creación de embriones supernumerarios y su criopreservación. Una postura minoritaria está representada por países Europeos como Alemania, Suiza e Italia, prohibiendo estas prácticas por medio de disposiciones fundadas en la protección de la vida humana desde la fecundación.

Mientras que legislaciones mayoritarias como Francia, Reino Unido y España las autorizan pero impartiendo una protección gradual del embrión, prevaleciendo el derecho a la procreación. Confluyen en la permisividad respecto de la disposición de embriones, la crioconservación, la donación para fines reproductivos y de investigación (hasta los 14 días, donde comienza el inicio de la llamada “línea primigenia”) y la destrucción de embriones, como así también se observan coincidencias en cuanto a la limitación en el número de tres embriones a implantar por ciclo.

Por su parte Francia no admite la fecundación post-mortem, mientras que el Reino Unido y España sí, pero por otro lado los tres países no han podido regular la maternidad subrogada.

Si bien Argentina todavía carece de una ley especial en materia de embriología, sus disposiciones respecto de las TRHA se asemejan al sistema Español, aunque esta legislación es más extensa y compleja, regulando por ejemplo el diagnóstico preimplantacional, cuestión sobre la cual no se ha pronunciado ni en la ley nacional de fertilización 26.862 ni en su decreto reglamentario 956/13.

Por otra parte países como Alemania tienen importantes restricciones en su normativa referida al embrión y genoma humano y parte de su génesis tiene relación con su historia y los vestigios que dejó la segunda guerra mundial, en donde los abusos en las prácticas médicas tenían como objeto la investigación y experimentación con seres humanos, dejando una sociedad escéptica de los progresos científicos en esta sensible temática. Por esta razón es que consideramos que esta ley tiene cierta rigidez,

haciendo un importante hincapié en la prohibición de las prácticas eugenésicas, la gestación por sustitución, la crioconservación de embriones (con algunas excepciones) y la filiación post-mortem. Italia y Suiza, aunque con sus variantes, se han pronunciado de manera análoga a la ley Alemana.

Si bien no existe un criterio unánime, la legislación mundial va teniendo que readecuarse, aunque de manera extemporánea, a los avances de las ciencias reproductivas, al respecto Lorenzetti (2014) expresa que:

Conocer y analizar la experiencia del Derecho Comparado como insumo de gran interés para la elaboración de una normativa a nivel nacional, que si bien debe respetar las pautas y principios culturales, se trata de un tema donde el avance de las ciencias médicas es similar en el mundo y, por ello, ahondar sobre el desarrollo legislativo en otros países –más allá de las diferentes tradiciones jurídicas- presenta una singular relevancia (pág.92).

Es por esta razón que la impronta del problema y las consecuencias que conlleva la desregulación sobre los embriones y su crioconservación en las TRHA en Argentina, aviva una necesidad imperante de legislar, sin menospreciar la temática que como se vio es de gran incidencia a nivel mundial.

Capítulo V: Evolución Jurisprudencial Nacional e iniciativas para superar el vacío normativo: Proyectos de Ley.

6. Capítulo V: Evolución jurisprudencial Nacional e iniciativas para superar el vacío normativo: Proyectos de Ley.

La jurisprudencia Argentina fue pronunciándose sobre las distintas controversias planteadas a partir de la manipulación con embriones. La falta de tutela jurídica o definición respecto del estatus jurídico del embrión, trajo consigo un importante número de litigios en los que se han planteado cuestiones que tienen que ver con conceptos y teorías respecto del inicio de la vida y la concepción. Por otro lado, antes de la incorporación de las TRHA en el CCyC, existía todavía más incertidumbre, por lo que, a los fines de conseguir una ley que tutele mejor las TRHA, comenzaron a surgir diversos proyectos de ley que se pronunciaban sobre la problemática. Esta puja legislativa ha quedado relegada, pero es interesante analizar los diferentes aspectos que se proponían regular.

6.1.1 Tribunal: Sala I de la Cám. Civil de la Capital Federal. Fecha: 03/12/99. Autos Caratulados: “*Rabinovich Ricardo David s/Medidas precautorias*”.

El doctor Rabinovich solicitó que se de intervención al Ministerio Púpilar para la protección de un conjunto incierto pero determinable de incapaces, denunciando que, según noticias periodísticas, se practicaban técnicas de congelamiento de personas por nacer con diversas finalidades, sin ningún tipo de control.

El juez de primera instancia dispuso que estas prácticas que intervienen en las primeras fases de la vida humana, generaban la necesidad de una tutela que requiriera el debido control de la autoridad pública y que, a falta de éstas por omisión del legislador, las debía ejercer el órgano jurisdiccional, ordenando que cada práctica a realizarse debía ser puesta a consideración del juez Civil. Dicho dictamen fue apelado por Fecunditas SRL y otros institutos en conjunto.

La Cámara de Apelaciones determinó que la concepción podía ser dentro o fuera del seno materno y que con ella comenzaba la existencia de la persona. Arribó a ésta conclusión haciendo un análisis del derecho nacional vigente, tomando en cuenta no solo la normativa Civil, sino también la normativa Penal, específicamente haciendo hincapié en los artículos 85 y 88, donde se regula el tipo penal que castiga el delito de aborto, cuyo bien jurídico tutelado es vida en su condición de persona, conforme al artículo 30 del Código Civil.

También fundó su postura en los Pactos Internacionales con Jerarquía Constitucional, especialmente en el artículo 1 de la “Convención de los Derechos del Niño”, que fue ratificado por Argentina mediante ley 23.849, en la cual se establece que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción hasta los dieciocho años de edad. El mencionado artículo, objeto de varias críticas, no establece si la concepción podría tener lugar dentro o fuera del seno materno.

Este fallo también brinda un tratamiento específico a la cuestión del ovocito pronucleado, argumentando que al mismo se le debe dar un tratamiento semejante al de persona dado que científicamente es difícil determinar la humanidad o no, y que ante la duda, se le debe respetar su vida e integridad como si fuese persona.

La solución dada por el tribunal tras otorgarle el estatus jurídico de persona a los embriones y ovocitos pronucleados criopreservados, fue la de ordenar un censo que determine la existencia de los mismos en instituciones públicas y privadas, además de prohibir toda acción sobre ellos que implique su destrucción o experimentación.

Por último ordenó que toda práctica que no sea la de implantarlos en el seno de la mujer aportante de los gametos, sea puesta a consideración del juez de la causa.

6.1.2 Tribunal: S.C.J de la Prov. Mendoza. Fecha: 30/07/2014. Autos Caratulados: “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.”

En el presente fallo la Sala Primera, de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza debió pronunciarse sobre la pretensión llevado a conocimiento, en el que un matrimonio debió someterse a las TRHA, producto de la infertilidad que padecía el hombre de la pareja. Luego de fracasar en tres oportunidades con las técnicas de baja complejidad, el médico de cabecera le recomendó acceder a las de alta complejidad, incluyendo el procedimiento de Diagnóstico Preimplantacional por la sospecha de que los cromosomas del padre pudieran derivar en una malformación al niño.

El litigio se origina cuando la obra social le deniega a la pareja la cobertura integral a este tratamiento.

Dentro de los aspectos más relevantes de las sentencias tanto de primera como de segunda instancia se encuentra el rechazo a la pretensión del matrimonio, argumentando que los embriones son sujeto de derecho, tomando como postura que la concepción puede ser extracorpórea, en razón de ello el diagnóstico preimplantacional implicaría experimentar con los embriones dando la posibilidad de descartarlos, circunstancia que para la jurisdicción, violaría derechos humanos fundamentales.

Los demandantes interpusieron un recurso extraordinario utilizando, entre otros argumentos, el fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica” (28/11/12) en el que se establece que la concepción tiene lugar con la anidación del embrión en el seno materno. La Suprema Corte de Justicia con voto de la mayoría decidió denegar la pretensión de la parte actora, y específicamente el voto ampliatorio del Dr. Pérez Hualde determinó que la sentencia de la CIDH llevado a consideración, no es aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, aludiendo a la reserva aclaratoria efectuada por ley 23.849 , Artículo 1 de la “Convención sobre los Derechos del Niño”, ratificado por Argentina , en el cual la concepción puede darse fuera del seno materno y por ello, en el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.

6.1.3 Tribunal: C.S.J.N. Fecha: 05/03/2002. Autos Caratulados: “*Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*”.

En el presente fallo se trajo a consideración de la Corte determinar si el fármaco “*Imediat*” denominado anticoncepción de emergencia posee efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión, determinando la necesidad de precisar si la concepción se produce con la fecundación o si por el contrario se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno.

El voto mayoritario de la Corte remitiéndose a distintas publicaciones científicas, sostiene que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los gametos, es decir con la fecundación, en razón de que tan pronto se encuentran los veintitrés cromosomas masculinos y femeninos, está reunida la información genética suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Por otra parte aclara que “la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación”(Cons. 4, último párrafo).

En razón de estos argumentos prohibió la venta y producción del fármaco por ser abortiva.

6.1.4 Tribunal: Cam.Federal Apel., La Plata. Fecha:29/12/08. Autos Caratulados: “*N.N y otra c/I.O.M.A y otra s/Amparo*” .

En este precedente, los padres de un niño discapacitado que sufre una enfermedad crónica, interpusieron acción de amparo a fin de lograr que su obra social cubra el tratamiento de fecundación asistida necesario para tener un nuevo hijo que

fuera histocompatible con su hermano enfermo y de ese modo, se pueda realizar un trasplante de células.

El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo impetrada. La Cámara modificó el fallo apelado, solo respecto al destino que debía darse a los embriones sobrantes de la práctica autorizada.

En este dictamen la Cámara Federal mantuvo la postura tomada por la Corte Suprema de Justicia en el fallo “*Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*” (05/03/2002), en cuanto al estatus jurídico del embrión, y , respecto de los ovocito pronucleados, adoptando la doctrina referida en el fallo “*Rabinovich Ricardo David s/Medidas precautorias*” (03/12/99), en el cual determina que la duda debe ser resuelta en favor de considerar la existencia del comienzo de la vida y por ende darle el trato de persona.

La ciencia al momento de decidir la cuestión en crisis no era conteste al determinar exactamente el momento de la concepción. La Cámara no receptó la teoría que marca el comienzo de la vida cuando el embrión se anida en la pared uterina, considerando pertinente establecer que vida requiere de protección desde el mismo instante que comienza a existir un nuevo ser, ya que cuenta con un código genético único e irreplicable. Por otra parte los embriones no transferidos deben estar alcanzados por la misma protección legal, independientemente de que se encuentren fuera del útero materno, considerando que permitir el descarte de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos y su utilización en el campo experimental conlleva un atropello contra la dignidad de la persona.

6.1.5 Tribunal: Cam.Nac.Apel.Civ. Fecha: 13/09/11. Autos Caratulados: “*P.,A c/S., A.C. s/Medidas precautorias*”.

En el decisorio apelado autoriza a la señora A.P a implantarse los embriones producto de las TFHA a las que se sometió justo con su marido A.C.S, en virtud de que el matrimonio no podía concebir hijos. A si es como, según manifiesta, recurrieron a un centro médico donde se les practicó primero un tratamiento de inseminación artificial que no dio resultado y luego tres intentos de fecundación in vitro, siendo el tercero de éstos el que logró su objetivo, ya que de cuatro embriones que le fueron implantados en esa oportunidad, solo uno prosperó y culminó con el nacimiento de T.C, el 17 de Agosto de 2006. En la operación efectuada fueron fecundados varios óvulos, tres de los cuales no fueron implantados por exceder el número científicamente aconsejable, quedando

otros dos embriones del segundo intento, con pocas posibilidades de supervivencia. Los cinco embriones se crioconservaron a una temperatura de -200 °C, en el IFER, instituto que reviste de carácter de guardador de los mismos, con miras a una futura implantación o para su donación prenatal a terceros.

Con posterioridad la pareja se separa de hecho y el marido se opuso a continuar con la implantación. Dicha decisión impide que el instituto proceda, por considerar que debe ser consensuado por ambos progenitores. Es por esta razón de la peticionante, solicita por medio de medida cautelar, la implantación pese a la negativa de su marido.

La solución a la que arribó la Cámara no se basó estrictamente en una cuestión científica ni de fondo, simplemente aplicó la “Teoría de los actos propios”, puesto que el apelante en el consentimiento informado al que suscribió al momento de realizarse las prácticas iniciales, sabía a qué se sometía con la finalidad de concretar el proyecto parental, conviniendo que para el caso de que exista falta de acuerdo, y ante la disolución del matrimonio, se acudiría a la justicia para que decida sobre el destino de los embriones en estado de criopreservación.

Es de destacar, que la Cámara Federal, toma la postura de la CSJN al entender que la vida comienza con la concepción, sin importar si ella es adentro o fuera del seno materno, siendo en virtud de ello, que estableció que los embriones criopreservados deben gozar de la tutela de una ley que contemple su condición de ser humano.

6.2 Iniciativas para superar el vacío normativo: Proyectos de Ley.

6.2.1 Aplicación de técnicas de Reproducción Humana Asistida”. Senadora Giri, Haide⁵³.

La legisladora intenta darle un tratamiento integral a las TRHA, definiendo los procedimientos que la componen como así también su finalidad que es la de intentar procrear un hijo biológico. Prevé el instituto de la donación de gametos y embriones.

Este proyecto está dirigido a mujeres capaces de prestar su consentimiento libremente, para el sometimiento a éstas técnicas entendiendo que las mismas constituyen un método contra la infertilidad.

⁵³ Proyecto de ley sobre “*Aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*” presentado por la Senadora Haide, Giri, el 03/08/06 en el Senado de la Nación. Expediente N° 2733/06, Archivado el 29/07/08. *Honorable Senado de la Nación*. Recuperado 14/06/15, en: http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=2733/06&nro_comision=&tConsulta=2

Este proyecto tiene un tinte limitativo, por cuanto no contempla la posibilidad de que una mujer “fértil” pueda acceder a las TRHA cuando no haya encontrado por diversas circunstancias o bien por elección con quien reproducirse naturalmente.

Por otra parte incorpora los conceptos de “pre-embrión” y “embrión”, distinguiendo las dos etapas del desarrollo embrionario, antes y después de los 14 días.

Al igual que la mayoría de los intentos legislativos, hacer referencia a la necesidad de un consentimiento informado que trate sobre las implicancias, riesgos y resultados previsibles. La conformidad solo estipula como formalidad que sea en un formulario escrito.

El proyecto tiene un capítulo dedicado especialmente a la criopreservación de gametos y embriones. En el caso de los embriones justifica el procedimiento para el caso de ser supernumerario o cuando se vea comprometida la salud de la mujer o sea perjudicial para los embriones.

Se estipula un plazo de 5 años, prorrogables por otro periodo, y en el caso de no ser utilizados por la pareja darlos en adopción prenatal.

Por último en el capítulo diez se prevén sanciones e infracciones que enumera específicamente como la prohibición de la clonación, la mezcla de gametos humanos con especies animales, sancionando con penas de carácter pecuniario a los organismos que permitan llevarlas adelante.

Ahora bien, los artículos 26 a 29 crean distintos tipos penales que determinan penas de hasta diez años de prisión a quienes manipulen o destruyan embriones, siendo estos tipos penales abiertos de dudosa constitucionalidad, los cuales al quedar los mismos en estatus de proyecto no merecen análisis al respecto.

6.2.2 “Creación de tutor general de embriones y ovocitos pronucleados de la Nación y modificando el Código Civil al respecto”. Senador Falco, Luis.⁵⁴

Este proyecto del año 2007, fue redactado en función de los que defienden la postura de que la vida tiene su génesis a partir de la fecundación, no importando que la misma acaeciera dentro o fuera del útero. Como finalidad tenía incorporar al Código de Velez Sarfield la figura del “Tutor General de Embriones y Ovocitos Pronucleados”, dándole funciones análogas a las del defensor oficial de menores, delimitando como su

⁵⁴ Proyecto de ley de “Creación de Tutor General de Embriones y ovocitos pronucleados de la Nación y modificando el Código Civil al respecto”, presentado por el senador Falco, Luis, el 28/12/06, en el Senado de la Nación. Expediente N° 4580/06. Archivado el 30/07/08. *Honorable Senado de la Nación*. Recuperado el 14/06/15, en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/avanzada>

principal deber el velar por el respeto a la vida, integridad física y dignidad de sus defendidos.

El Senador intentó legislar lo que la jurisprudencia determinó en el fallo “*Rabinovich Ricardo David s/ Medidas precautorias*”, respecto al reconocimiento de personalidad al ovocito pronucleado.

En los fundamentos el autor hizo hincapié en el fallo “*Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo*” (05/03/2002), en favor de considerar el estatus de persona al embrión no implantado.

Este proyecto adoptó una postura extrema, al considerar la génesis de la personalidad antes de la implantación en el seno materno, razón por la cual no consiguió el consenso necesario caducando su tratamiento, causando su archivo.

6.2.3 “*Protección al embrión no implantado*”. *Diputado Obiglio, Julián.*⁵⁵

Este proyecto es redactado con posterioridad a la ley 26.862 . En sus fundamentos el autor indica que el artículo 19 del Anteproyecto de unificación del CCyC encargaba una ley especial para la protección de los embriones criopreservados.

El diputado entendió que los embriones humanos no son cosas, siendo que tienen individualidad y humanidad, por lo tanto deben tener una protección especial, y por otro lado que los mismos son titulares de los derechos humano fundamentales.

Del articulado surge la prohibición de la eliminación deliberada, la comercialización, la industrialización y la experimentación destructiva de los embriones, previendo una serie de sanciones administrativas a quienes no respeten los resguardos de la ley.

6.3 *Consideraciones Finales.*

La jurisprudencia Argentina fue evidenciando una necesidad legislativa, de la que aún carecemos. Por un lado se han llevado a litigio cuestiones referidas al consentimiento, a la enfermedad hereditaria, a la disposición, a la llamada píldora del día después, pero todas convergen en un mismo sentido que es el estatus jurídico del embrión. Legislaciones internacionales han servido como basamento de algunos de los

⁵⁵ Proyecto de ley sobre “*Protección del Embrión no implantado*”, presentado por el Diputado Obiglio, Julián, el 01/10/13, en la H.Cámara de Diputados de la Nación. Expediente N°6803-D-2013. *Honorable Cámara de Diputados de la Nación*. Recuperado el 14/06/15, en: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=6803-D-2013>

fallos analizados, como ser el artículo 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el artículo 1 de la Convención de los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional, y el fallo “Artavia Murillo vs Costa Rica” con el pronunciamiento de la CIDH. Pero pese a este contexto normativo y jurisprudencia obrante, sigue colocándose en el centro del debate el término concepción, que el Artículo 19 del CCyC no aclara.

Los proyectos de ley no fueron viables aunque tengan algunos aspectos interesantes destacar, como aquel que regula la criopreservación, pero aún falta un criterio unánime, adoptando una posición intermedia, ya que dotar al embrión de personalidad significaría vedar el uso de las TRHA, cuestión que no resulta congruente con el progreso de las ciencias.

Nos encontramos ante un escenario judicial que reclama un marco normativo legal integral, y las exigencias que se deben formular los legisladores en el caso de los embriones no implantados, debe ser aún mayor.

7 . CONCLUSIONES

El estatus jurídico del embrión tiene su génesis desde las acepciones más básicas del derecho. Términos como “cosa”, “concepción” y “persona” confluyen en un debate radical acerca del valor de la vida humana. De acuerdo con las diferentes posturas analizadas, resulta predominante aquella que considera que los embriones en su primer estadio de desarrollo (etapa pre-embriónica) son meras cosas, careciendo de un valor intrínseco pasible de ser tutelado.

La noción de “concepción” impartida por el CC y C, se hace desde un análisis integral de la ley 26.862 de Fertilización Médica Asistida y su decreto reglamentario 956/13, incluyendo lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el leading case “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” (28/11/2012) en la cual se estableció que el término concepción surge a partir del momento de la implantación del embrión en el útero, constituyendo una *conditio sine qua non* para el embrión pueda desarrollarse.

Por otra parte nadie puede asegurar que un embrión preimplantacional sea persona, como tampoco puede ser asimilado a una cosa y brindarle un trato ordinario sin distinción alguna. Como expresa Beca (2014) “constituirían una condición intermedia

entre ser “algo” y ser “alguien”, con un valor especial vinculado al de la persona humana”(pág. 906). Sería razonable, entonces, que el derecho les reconociera una dignidad “conferida”.

El embrión si bien no es individuo, se encuentra individualizado respecto de otros seres vivos, hasta inclusive de sus progenitores, siendo portador de una estructura genética única.

El derecho no puede establecer verdades absolutas, pero si brindar respuestas convenientes y razonables. Que el embrión sea considerado cosa no implica que no posea una valoración moral. Su potencialidad fusionada con una manipulación abusiva y arbitraria, puede ser conducente a consecuencias indeseables. Asimismo no está corroborado a ciencia cierta que su congelamiento no produzca efectos colaterales a la salud de la persona futura, razón por la cual no se descarta que así sea, sin perjuicio de que la utilidad de la crioconservación radica en facilitar la implantación diferida y disminuir el riesgo de embarazos múltiples, que pongan en peligro la salud de la gestante.

La incorporación de las TRHA en el Código Civil y Comercial, marca un antes y un después en la legislación nacional, respecto del Código de Vélez Sarsfield, propiciando una regulación acorde al progreso de las ciencias reproductivas, pero carente y aletargado en algunos aspectos, constituyendo a la voluntad procreacional como una modalidad filiatoria distintas a la adoptiva y biológica.

Se reivindica el elemento volitivo por medio del consentimiento informado, al respecto Kemelmajer, Herrera y Lamm (2012) sostienen que:

Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo geneticista y/o biológico, por el contrario se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva determinada por la aportación del elemento volitivo: la voluntad procreacional. (Pág. 21)

Si bien el CC y C regula a los consentimientos, falta complementar con disposiciones que sistematicen su contenido, ya que no se puede igualar un consentimiento para acceder a la fertilización *in vitro*, por ejemplo, al que se otorga para el proceso de crioconservación embrionaria, como tampoco al de los actos de disposición.

No se puede pretender que los mismos confluyan en un mismo documento, que aunque puedan ser renovados o revocados, por su contenido y alcance no se asemejan a

otros tipos de consentimientos, ya que contienen cláusulas dispositivas futuras que tienen como fin determinar el futuro del material genético.

Por lo que sería fundamental que una ley específica impartiera pautas y directrices, evitando que se perjudiquen a alguna de las partes intervinientes, con condiciones que pueden resultar desventajosas.

Por otra parte es importante propiciar un plexo normativo definido, que estipule condiciones y limitaciones en la manipulación con embriones, como así también aquellas prácticas que los tengan como objeto, incluyendo la subrogación de vientres, crioconservación de embriones y el diagnóstico preimplantacional (actualmente sin una ley especial).

Es imprescindible regular la filiación post-mortem que tengan como fin la transferencia de embriones, establecer parámetros claros y plazos que propicien la consecución del embarazo y en este contexto fijar pautas respecto a las prerrogativas y/o restricciones de los consentimientos informados ampliando su aplicación a los posibles casos.

Por otro lado establecer y limitar el número de óvulos a fecundar, limitar el número de embriones a transferir o criopreservar, prevenir embarazos múltiples como también limitar la edad de aquellas personas que se quieran someterse a estos tratamientos evitando que se ponga en peligro la propia vida.

Para dirimir lo lícito de lo ilícito hay que partir de una norma que proteja y limite la investigación y destrucción de embriones, que importe una promesa de curar o aminorar los efectos de una grave enfermedad, ya que, en consecuencia ante la falta de disposiciones al respecto, los tribunales aplican el principio del Artículo 19 de la Constitución Nacional en la cual todo aquello que no está prohibido está permitido.

Urge la necesidad de propiciar políticas públicas que exijan un respeto especial al embrión tal como lo estipula el proyecto integral de las TRA (581 y 4058-D-14 OD 1003)⁵⁶, en su artículo 14 que establece:

A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe: a) La comercialización de embriones; b) La comercialización de gametos crioconservados; c) Toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su

⁵⁶ Proyecto de ley “581 y 4058-D-14 OD 1003”, 12/11/14 en la *Honorable Cámara de Diputados de la Nación*. Recuperado el 01/06/16, en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2014/PDF2014/SANCIONES/0581-D-2014.pdf>

descendencia; d) La utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

Los países que impulsan las TRHA como aquellos que las restringen parcialmente, no han dejado de regular dichos aspectos, por lo que no es pertinente que en Argentina se lleven a cabo prácticas de trascendental importancia como éstas, sin un marco normativo razonable.

De esta manera apreciar y prever las diferentes situaciones jurídicas relevantes para el derecho, no significa denegar el progreso de las ciencias biotecnológicas, sino garantizar una efectiva protección jurídica, constitucionalmente equilibrada y sistemáticamente razonable.

8. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina:

- Amorós, E. (2012) “*Consentimiento a la Reproducción Asistida, Crisis de Pareja y Disposición de Embriones*”, Barcelona: Atelier.
- Academia Nacional de Medicina (1995) Declaración sobre “*Fertilización in vitro*”. Academia Nacional de Medicina Buenos Aires. Disponible en: <http://www.acamedbai.org.ar/declaraciones/22.php>
- Bolzan, A. (1993) “*Reproducción Asistida y Dignidad Humana*”. Buenos Aires, Argentina: San Pablo.
- Balda, J. (1990) “*Procreación Humana Asistida, Aspectos Técnicos, Éticos y Legales*”. Madrid: Gafo.
- Bernal, C. (2010) “*Metodología de la Investigación administración, economía, humanidades y ciencias sociales.*” 3ra Ed. Bogotá.Colombia:Pearson.
- Beca, P. (2014) “*Aspectos Medico, Éticos y Legales de la Criopreservación del Embrión Humano*”. Rev Med Chile ; 142: 903-908.
- Barra, R. “*El estatuto jurídico del embrión. La solución Argentina*”, cit., ED, 187-1516. Disponible en: <http://www.staffcatholic.net/archivos/lexicon/estatutojuridico.pdf>
- Carlson (2015) “*Manual de Embriología*”. Buenos Aires, Argentina: Manu-medic.
- Córdoba, E.; Torres, J. (2000) “*Fecundación Humana Asistida. Aspectos jurídicos emergentes*”. Córdoba, Argentina: Alveroni.
- Donoso, E. (2014) “*La edad de la mujer como factor de riesgo de mortalidad materna, fetal, neonatal e infantil*” Revista Médica Chile 142: 168-174.
- ESHRE Task Force On Ethics And Law, “*I. The moral status of the pre-implantation embryo, Human Reproduction*” , Oxford Journals, Oxford University Press núm. 16, Oxford, 2001, pág.1046-1048, Disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/content/16/5/1046.full>
- Ferrer, F. (2013) “*El Derecho de Sucesiones en el Proyecto del Código Civil y Comercial*”. Rubinzal online. Disponible en: <http://www.rubinzalonline.com.ar/login>

- Gorini, J., (2003) “*La Doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. Algo más sobre la “píldora del día después”*”, LL Suplemento de Actualidad.P.2.
- Hib, J. (1994) “*Embriología Médica*”, 6ta Ed. México: Nueva Editorial Interamericana.
- Herranz, G. (1994) “*Ética de las intervenciones sobre el embrión preimplantado*”. Anuario Filosófico, 117-135. España. Disponible en: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/576>
- Jouve, N. (2011) “*Manantial de la Vida: Genes y Bioética. Inicio de la Vida y el Significado Biológico del Embrión*”. Madrid: Encuentro.
- Kemelmajer De Carlucci, Famá y Lamm, (2011)“*La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*”, LL, Bs.As.
- Kemelmajer De Carlucci, Herrera.M, Lamm E. (2012) “*Derecho Privado*”, Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., Lloveras, N. (2014) “*Tratado de Familia*” T. II. Buenos Aires. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Kazez, R.; Maldavsky, D.; Melloni, G. (2009) “Study of the discourse of two mothers of deaf female adolescents. Comparative analysis of the moment after being informed about the diagnosis”. Material presentado en la 40th. SPR Internacional Meeting,Santiago de Chile.
- Lamm, E. (2015) “*Código Civil y Comercial Comentado*” T. I. Buenos Aires, Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Lamm, E. (2012) “*La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*”. Revista bioética y Derecho. N° 24.
- LEJEUNE, J. “*¿Qué es el embrión humano?*”, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Rialp, Madrid, 1993.
- Loyarte, D. y Rotonda, A.E (1995) “*Procreación Humana Artificial: Un desafío Bioético*”. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Llambías, J. “*Tratado de Derecho Civil Parte General*”, Tomo I, Buenos Aires Ed. Emilio Perrot, 1964.
- Lombarda, P. (2011), “*Células madre, Derecho y Bioética*” s.d, Platense.

- Lorenzetti, R., (2014) “*Código Civil y Comercial de la Nación comentado*”. Buenos Aires. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Llerena, P. (2015) “*Criopreservación de gametos y embriones humanos*”. Disponible en: <http://www.redlara.com>
- Lacadena, J. (1983) “*La Naturaleza genética del Hombre: Consideraciones en torno al aborto*”. Madrid: Cuenta y Razón. Disponible en: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mkftIo8ATrQJ:www.cuentayrazon.org/revista/doc/010/Num010_004.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar
- Lorenzetti, R. (1997) “*La esfera íntima de la persona y la actividad medical. Definiendo la persona: el derecho a la protección de la personalidad*”, publicado en la obra *Responsabilidad civil de los médicos*, tomo 1, Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. Disponible en: <http://www.notivida.com.ar>
- Martínez Zorrilla, D. (2010). “*Metodología jurídica y argumentación*”. Madrid, España: Marcial Pons.
- Palacios, M. (2002) “*Reproducción Asistida Discurso y Recurso*”. Ed. Stella.
- Passo, E, (2010) “*El Embrión Humano, un fin en sí mismo*”. Buenos Aires: Dunken.
- Resolución Parlamento Europeo “*Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética*” 16/03/89.España.
- Real Academia Española. “*Diccionario de la lengua española*”. Disponible en: <http://www.rae.es/>
- Samperi, R. (2010) “*Metodología de la Investigación*” 5ta Ed.D.F. México.Mcgraw-Hill.
- Samperi, R., Collado. C, Baptista L. (2006) “*Metodología de la investigación*” 4ta Ed. D.F México. Mcgraw-Hill
- Samaja, J. (2004) “*Epistemología y Metodología. Elementos para la teoría de la investigación científica*”. Buenos Aires: Eudeba.
- Soto Lamadrid, M. (1990) “*Biogenética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho*”. Buenos Aires: Astrea.
- Serra.A. (2004) “*La Contribución de la Biología al Estatuto del Embrión*”.Bioetica web. Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com>
- *Técnicas de fertilización asistida.* (s.f) . Nascentis especialistas en fertilidad. Disponible en http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida
- Varsi, E. (1999) “*Filiación, Derecho y Genética*”. Lima, Perú: Fondo de cultura.

- Yañez, L., Estévez, A., (2003), *“Bioética y Derecho”*. Buenos Aires. Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Zanonni, E. (1987) *“Genética Actual y el Derecho de Familia”* Ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia.
- Zarraluqui, L. *“Genes en el estrado, Limites Jurídicos e Implicaciones Sociales del Desarrollo de la Genética Humana”*. Ed. Borillo. Madrid, 1996.
- Zanonni, E (1998) *“Derecho de Familia”* T. II. (3ra Ed.)Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Zurriarán, R. (2011) *“Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Determinación Legal de la Filiación y Usuarias en el Derecho comparado”* 201-214. Universidad de la Rioja. Disponible en: <http://www.aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/201.pdf>

Legislación:

- *“Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”* Del 23 de Febrero de 2011. Decreto 191-20.
- Código Civil. Vélez Sarfield.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Constitución Nacional.
- *“Convención Americana de los derechos humanos” (Pacto de San José de Costa Rica), 18 de Julio de 1978.*
- *“Convención sobre los derechos del Niño” ratificada por Argentina. Ley 23.849.*
- Consejo Europeo, *“Recomendación 934”*, 26 de Enero de 1982
- Consejo Europeo, *“Recomendación 1046”*
- *“Constitución Federal de la Confederación Suiza”*, 18 de Abril de 1999. Suiza
- Decreto 956/13.
- *“Declaración Universal de los Derechos Humanos”* Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de Diciembre de 1948. Paris.
- *“Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos”*. Conferencia General de la UNESCO, 29ª Reunión, 11 de Noviembre de 1997.
- Ley N° 26.862 *“Reproducción Médicamente asistida”*. Honorable Congreso de la Nación Argentina. B.O 25 de Junio de 2013.
- Ley n° 2004-800 *“Ética y Biomedicina”*, 6 de Agosto de 2004, Francia

- Ley de “*Fertilización Humana y Embriología*”, 1ro de Noviembre de 1990, Reino Unido. Ley nº14 “*Técnicas de reproducción humana asistida*”, 26 de Mayo de 2006, España
- Ley 35/1988 “*Técnicas de Reproducción Asistida*” modificado por decreto 413. España.
- Ley “*Protección de Embriones*”, 13 de Diciembre de 1990. Alemania
- Ley de “*Garantía de la Protección del Embrión en relación con la Importación y la utilización de Células Troncales Embrionarias de Origen Humano*”, 28 de Junio de 2002. Alemania.
- Ley nº40 “*Normas en Procreación Médica Asistida*”, 19 de Febrero de 2004. Italia.

Jurisprudencia Nacional:

- C.S.J.N ,Buenos Aires, “*Portal de Belén-Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo*”. Fallo: 325:292. 05/03/2002. Corte Suprema de Justicia Nacional. Disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/>
- CIDH “*Atravía Murillo y otros vs. Costa Rica*”, de 28/11/12, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf
- Cámara Federal Apelaciones, La Plata, “*N.N y otra c/I.O.M.A y otra s/Amparo*” . Fallo: LLBA 2009, 100. Fecha: 29/12/08. Poder Judicial Provincia de Buenos Aires. Disponible en: www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2014/10-22/A72611.doc
- Cámara Nacional de Apelaciones Civil “*P.,A c/S., A.C. s/Medidas precautorias*”. Fallo: LL 2011-E, 435. Fecha:13/09/11. Facultad de Bioingeniería. Disponible en: www.bioingenieria.edu.ar/
- Sala I de la Cámara Civil de la Capital Federal, “*Rabinovich Ricardo David s/Medidas precautorias*”, Fallo LL 2001-c-824. Fecha: 3/12/99. Diario Judicial .Disponible en: <http://www.diariojudicial.com>
- S.C.J de la Prov. Mendoza “*L., E.H. y OT. En J. 221.605/50.235 “L., E.H. C/ O.S.E.P. P/ ACCIÓN DE AMPARO P/ APELACIÓN s/ INC.”* Fallo: 221.605/50.235 Fecha:30/07/2014. Información Judicial. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar>

Jurisprudencia Extranjera:

- Apelación “Kass vs Kass” 07/05/98. 696 N.E.2d 174. Disponible en: https://scholar.google.com/scholar_case?q=Kass+v.+Kass&hl=en&as_sdt=806&cas_e=14938404874386785087&scilh=0
- STEDH “Evans v. The U.K” (2006) 6339/2005.2006\19. *Poder Judicial República de Costa Rica*. Disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/>
- TS Tennessee “Davis, Junior Lewis vs. Davis, Mary” (01/06/92). 842 S.W. 2d. 588. *Universidad de Mendoza*. Disponible en: <http://www.um.edu.ar/catedras/>

Proyectos de Ley:

- Proyecto de ley sobre “*Aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*” presentado por la Senadora Haide, Giri, el 03/08/06 en el Senado de la Nación. Expediente N° 2733/06.
- Proyecto de ley de “*Creación de Tutor General de Embriones y ovocitos protonucleados de la Nación y modificando el Código Civil al respecto*”, presentado por el senador Falco, Luis, el 28/12/06, en el Senado de la Nación. Expediente N° 4580/06.
- Proyecto de ley sobre “*Protección del Embrión no implantado*”, presentado por el Diputado Obiglio, Julián, el 01/10/13, en la H.Cámara de Diputados de la Nación. Expediente N°6803-D-2013.
- Proyecto de ley “581 y 4058-D-14 OD 1003”, 12/11/14 en la *Honorable Cámara de Diputados de la Nación*.

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O
GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

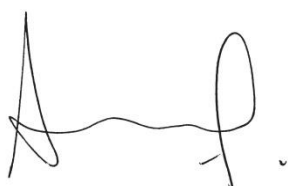
Autor-Tesista:	Lasagno, Georgina Antonela
DNI	33.176.409
Título la tesis	<i>“Estatus Jurídico de Embriones Crioconservados, sus Aspectos Técnicos Legales, Doctrinales y Jurisprudenciales.”</i>
Correo Electrónico	Antonela-l@hotmail.es
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de Edición	No corresponde

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21, según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis	SI
Publicación parcial	Otorgo consentimiento expreso para la publicación total de mi tesis.

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y Fecha: Río Gallegos, Lunes 5 de Diciembre de 2016.



Firma Autor-Tesista

Lasagno, G. Antonela

Aclaración Autor-Tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:

_____ certifica
que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de posgrado