



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

**EL INCIERTO FUTURO DE LOS EMBRIONES
CRIOCONGELADOS EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

2011

Alumna: Russo, Pamela Vanesa

Tutor: Dra. Orzabal, Josefina

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: 15 de Diciembre de 2011

Dedicatoria

Éste trabajo se lo debo en gran medida a todos mis afectos, comenzando por mi mamá quien fue y será siempre el motor de todo mis progresos personales, mi papá que ha confiado en mi desde el inicio de ésta carrera que hoy culmina y no ha dejado de alentarme con toda su energía, la que aumentaba cuando me veía flaquear. Mis hermanos que me han acompañado y padecido en mis épocas de exámenes y el desarrollo de ésta tesis, siempre con su mejor ánimo. Mi pareja, quien ha sido el más paciente y ha colaborado mucho para que llegue éste momento, siendo mi soporte emocional y mi compañero incondicional. A todos ellos muchas gracias y todo mi amor.

Agradecimientos

En éste espacio quiero dar gracias a muchos de mis profesores que me han dado con sus lecciones no sólo a nivel educativo sino personal, una nueva visión de la profesión, la cual va más allá del simple litigio.

Muy especialmente a la Dra. Orzabal quien supervisó éste trabajo y al Dr. Trucco por su colaboración.

Resumen

El presente trabajo se compone de tres capítulos, los cuales pretenden dilucidar en que posición jurídica se encuentra el embrión sometido a conservación por medio de la Técnica de Criopreservación. Ésta comprende el almacenamiento de embriones que se consideran sobrantes de fecundaciones in vitro de una determinada pareja, para ser o no utilizados por ésta en el futuro. Es una operatoria que produce controversia a nivel moral y legal ya que son pocas las legislaciones mundiales que dan un marco a éste tipo de práctica.

Muchos han sido los proyectos de ley a nivel nacional que trataron el tema de la Fecundación In Vitro pero ninguno se pronuncio acerca de los embriones conservados en nitrógeno. Sólo uno ha llegado a promulgarse en la ciudad de Buenos Aires pero sólo ha reglamentado la Reproducción Asistida. Es una ley innovadora, en nuestro ordenamiento, pues considera a la infertilidad como enfermedad y por lo tanto, incluida dentro de las prestaciones que deben ser cubiertas por las Obras Sociales; además plantea la posibilidad de acceder e a ésta práctica dentro del ámbito de los efectores públicos. Pero no determina cual es la situación jurídica de los embriones que existen al momento de su entrada en vigencia en los diferentes centros de fertilidad. Distinta es la situación a nivel europeo en el que el tema ha sido desarrollado, podemos mencionar la Ley Española que no sólo limita la cantidad de embriones a implantar por sesión de fecundación in vitro sino que prohíbe de manera expresa la clonación y manipulación de embriones, pero contradictoriamente acepta que sean donados para la investigación genética.

El punto de partida para determinar si el embrión es persona radica en la determinación de cuándo se es persona para nuestro ordenamiento, para lo cual es necesario determinar el momento de la concepción, ya que el Código Civil dispone que la existencia de la persona comienza con la concepción en el seno materno. El embrión

puede considerarse persona por nacer, con todas las consecuencias que implica pero cabe determinar si el hecho de que se encuentre dentro de una probeta modifica ésta consideración; si en algo perjudica la especial situación de que el embrión sea generado in vitro, fuera del seno materno.

Si nos situamos dentro de la tesis que lo considera persona es que podemos reconocerles el derecho a la vida, siendo el punto de partida de todos los demás. Esto va más allá de una cuestión moral ya que su existencia es una realidad que requiere de una solución inmediata. Si, como creemos correcto, se determina que el embrión es persona, debe cesar de inmediato la criopreservación por tiempo indefinido de miles de embriones que hoy día carecen de protección tanto de parte de sus padres, como del Estado, dándoles un destino acorde a su estatus de persona.

Estado de la cuestión

En un comienzo sólo se hablaba de fecundación in vitro sin tomar en cuenta que el proceso tenía ciertos efectos colaterales como la criopreservación de preembriones o embriones. Éste tema toma trascendencia ante la oferta de los institutos médicos que realizaban la fecundación, de preservar preembriones en caso de que la pareja decida realizar un nuevo tratamiento. La legislación nacional no contempla la fecundación in vitro, tan sólo una provincia ha legislado al respecto, la provincia de Buenos Aires, que no recepta la criopreservación de preembriones o embriones, se limita a plantear la necesidad de prestar tratamientos de Fecundación In Vitro en efectores públicos. Por el contrario a nivel mundial se han planteado posturas diversas algunos alientan la criopreservación hasta el punto de permitir la investigación con embriones y otros la permiten pero limitando el destino de éstos a la implantación. Algunos consideran el embrión como persona y otros como una cosa o un anexo del cuerpo de la madre y por lo tanto sometido al destino que ésta quiera otorgarle.

Marco teórico

Existen dos posturas marcadas: quienes consideran al embrión como persona, con independencia de la circunstancia en la cual se genere, es decir sea en forma natural o in vitro, dentro o fuera del seno materno y quienes lo ven como una cosa.

El Derecho Alemán es uno de los más rigurosos, considera que la personalidad se atribuye con el nacimiento con vida de la persona, sin hacer mención alguna al concebido no nacido, pero a su vez dispone en su ley de protección al embrión que será penado, incluso en su modo de tentativa acciones como: la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, la implantación de más de la cantidad legalmente permitida de óvulos (tres), implantar óvulos en una mujer diferente de la que lo ha aportado, destinarlos a un fin distinto que el de su desarrollo y protección, también se castiga su venta.

Los españoles en su Constitución determinan que todos tienen derecho a la vida pero su Código Civil plantea el inicio de la personalidad con el nacimiento con vida, lo cual no implica la defensa del concebido, haciendo la salvedad de que éste se considerará como nacido para todos los efectos favorables, siempre que tuviere figura humana y viviere al menos veinticuatro horas luego de su separación completa del cuerpo de su madre. Su ley sobre reproducción asistida autoriza a realizar intervenciones sobre el embrión siempre que tengan un fin terapéutico y pretendan evitar una enfermedad genética o impedir su transmisión, pero fija un plazo, el embrión no debe superar los catorce días de desarrollo, con independencia del tiempo que hubiere permanecido crio-conservado. Ésta autorización no impide que declaren al embrión como perteneciente a la raza humana, y que su bienestar prime sobre el interés social y científico. Su jurisprudencia refleja en un primer momento el desconocimiento del derecho a la vida del embrión, sostuvo incluso que la criopreservación no afecta la dignidad humana, pero luego del Convenio de Oviedo, sobre bioética, la promoción y

defensa de los derechos humanos, se pronunció a favor del derecho a la vida.

Francia va más allá de lo que plantea España, tomando al embrión como objeto o bien como sujeto pero dependiendo de su etapa de desarrollo. Se somete el reconocimiento de la personalidad al nacimiento con vida, pero para los efectos patrimoniales se retrotraen los efectos al momento de la concepción, que afecta la situación del embrión conservado en criogénesis, ya que puede permanecer en ésta condición durante años. El aborto se encuentra permitido si la mujer se encuentra en una situación de angustia tal que le resulte imposible llevar adelante el embarazo, teniendo como fecha límite las diez semanas de gestación. Si bien se pronuncian a favor del reconocimiento de la personalidad del embrión, éste queda totalmente desprotegido durante las primeras diez semanas de su vida. Otra de sus contradicciones se ve en el caso de la destrucción de los embriones en el caso de que superen el período de conservación permitido, cinco (5) años, igual destino tienen cuando la pareja no desee implantarlos y no puedan ser receptados por otra pareja.

En Argentina no tenemos una normativa que determine cuál es el destino de los embriones congelados, sólo contamos con nuestra Constitución Nacional que se pronuncia a través de los Tratados Internacionales con rango constitucional que plasman el derecho a la vida del ser humano desde el momento de la concepción, para nosotros ya que así lo determina nuestra Condigo Civil. Pero nada se ha previsto en cuanto al destino de los embriones que permanecen conservados por medio de criogénesis en los distintos institutos de fertilización asistida, que sólo cuentan con una reglamentación interna, que solo se ocupa de poner a salvo los intereses contractuales. La jurisprudencia ante semejante vacío legal se ocupó, cuando su decisión se solicito, de pronunciarse a favor del derecho a la vida de los embriones conservados. Uno de sus últimos fallos determino que el embrión es persona desde el momento de su concepción y que los padres que deseen beneficiarse con las Técnicas de Fecundación In Vitro son

responsables de las consecuencias del empleo de las mismas.

Introducción

El tema del presente trabajo se relaciona con diversas áreas de nuestro derecho como el Derecho Constitucional, en tanto incluye Tratados Internacionales que se pronuncian a favor del derecho a la vida del hombre; el Derecho Civil determina desde que momento debe considerarse que hay persona y por lo tanto merecedora de todos los derechos que se reconocen como tal; el Derecho Penal que condena la muerte de otro ser humano, y por lo tanto debería también reprimir la muerte del embrión que es persona. Si se condena el homicidio no puede permitirse la muerte de una persona que no tuvo siquiera la oportunidad de desarrollarse y mucho menos de vivir. La condena del aborto no es suficiente pues debe tratarse de un embrión implantado y anidado, es decir que se encuentre la mujer embarazada, para que se condene la conducta de matarlo.

La verdadera cuestión se centra en determinar desde qué momento se considera que existe persona para el derecho. Ya que nuestro Código Civil determinó que la misma comienza con la concepción, estaría todo claro, pero no es así. La primera de las cuestiones que remarcan quienes no se encuentran a favor de la personalidad del embrión es que sólo se menciona al embrión concebido dentro del seno materno, el embrión que se somete a criopreservación es obtenido y conservado por medio de la unión de los gametos extracorpóreamente, dentro de un ambiente controlado en un laboratorio. La personalidad del no nacido se acepta para los derechos patrimoniales que lo beneficien desde su concepción, bajo la condición de que nazca con vida, al mantener al embrión por un tiempo no determinado mediante criopreservación, la seguridad jurídica se vería afectada pues nunca podrían quedar firmes los derechos sucesorios ya que en cualquier momento podría implantarse y nacer, siendo plenamente acreedor de los beneficios de la herencia.

Por lo tanto la pregunta que debemos responder es: ¿Desde qué momento

merecen protección desde el punto de vista jurídico los embriones criocongelados?

Los embriones son personas para el Código Civil desde el momento en que se produce la unión de los gametos femeninos y masculinos, dotándolo de una carga cromosómica única e individual, por lo tanto es desde ése mismo instante que tienen derecho a la vida. Ésta es la única respuesta coherente con nuestro ordenamiento.

Si bien no existe legislación en Argentina que contemple la situación de los embriones sobrantes de las fecundaciones in vitro, no implica que dejemos su suerte librada al arbitrio de los sujetos privados que llevan adelante los tratamientos, quienes no sólo no se encuentran capacitados para hacerlo, sino que además no son objetivos.

Nuestros legisladores deben darse a la tarea de demostrar que los embriones son personas, reconocidas como tales por nuestro ordenamiento, en consecuencia titulares del derecho a la vida y los demás derechos que de ella se desprenden. Además deberán analizar cuál es la solución ajustada a derecho para los embriones sobrantes en los tratamientos de fecundación in vitro y actuar en consecuencia obligando a las clínicas de fertilización asistida a cumplir con la normativa que resulte, castigando severamente a quienes no lo hagan.

Capítulo I

TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

SUMARIO: 1. Definición del pre-embrión y el embrión 2. Técnicas de Reproducción Asistida 3. Técnica de Fecundación In Vitro 4. Técnica de Criopreservación 5. Problemas que presenta la criopreservación 6. Proyectos de Ley Argentinos en materia de Fecundación In Vitro y Criopreservación 7. Ley de Reproducción Asistida de la Provincia de Buenos Aires, N° 14.208 y su Decreto Reglamentario 8. Derecho comparado: La Ley Española 14/2007 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

1. Definición del pre-embrión y el embrión

En un primer estadio se produce la fecundación, la unión del gameto femenino y el masculino que da origen a un cigoto, que es previo al inicio de la división que luego dará lugar al embrión.

El pre-embrión es el cigoto desarrollado, es decir dividido de a pares: en dos, cuatro, seis y así sucesivamente, hasta el día catorce (14) de gestación. Éste plazo responde al tiempo que demora el cigoto en anidar en el útero, proceso que se inicia a los siete (7) días de la concepción. El embrión comprende desde la fecundación hasta la sexta semana de desarrollo, superponiéndose a la etapa pre-embionaria, en que pasará a denominarse feto.

Según la Ley Española se entiende por preembrión “embrión in vitro construido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta los catorce días más tarde”.¹

La Ley Alemana sobre Protección del Embrión lo define en su artículo 8 inc. 1 bajo el título de “Definiciones” “En el espíritu de la presente ley, hay "embrión" desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares. El mismo término se aplica a toda célula topipotente extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo”.²

2. Técnicas de Reproducción Asistida

Son aquellas que tienen por objeto dar solución a los problemas de esterilidad.

Existen distintas técnicas de procreación asistida:

1. Inseminación Artificial, que consiste en introducir el semen dentro del útero, un

¹ Ley N° 14/2006, sobre Técnica de Reproducción Asistida en España [en línea]. [Disponible en Internet: www.boe.es] -

² Ley N° 745/90, de Protección del Embrión en Alemania [En línea]. [Disponible en Internet: www.bioeticaweb.com] -

procedimiento económico y sencillo. Existen dos tipos: la inseminación artificial homóloga, que se realiza con semen que procede de la pareja estable de la mujer a inseminar, y la heteróloga en la cual el semen proviene de un donante.

2. Fecundación In Vitro, tiene por fin la fecundación del óvulo fuera del útero para luego ser implantado dentro del mismo. Facilita la unión de ovulo y espermatozoide artificialmente dentro de un ambiente controlado, a diferencia de la natural que se produce dentro de las Trompas de Falopio.

3. Procedimiento Prost, sólo se toman el óvulo y el espermatozoides y se los coloca dentro de las Trompas de Falopio para que la unión se produzca naturalmente.

4. Transferencia del embrión a la trompa, el embrión, producto de un proceso realizado dentro del laboratorio es introducido por vía quirúrgica dentro de la Trompa de Falopio directamente, sin pasar por el útero. Si el embrión es transferido antes de la división celular se denomina Técnica ZIFT, si en cambio la división se ha producido recibe el nombre de Técnica TET.

5. Transferencia del ovocito a la trompa, se limita a colocar los ovocitos dentro de la zona en la que, por medio de la relación sexual natural, se encuentran los espermatozoides.

6. Disección, consiste en hacer un corte en el óvulo para facilitar la entrada del espermatozoide.

7. Inseminación suzi, toma la técnica anterior y además coloca varios espermatozoides, hasta diez, dentro de la cavidad creada.

8. Inseminación Intra Citoplasmática, penetra la membrana del óvulo colocando sólo un espermatozoide.

3. Técnica de Fecundación In Vitro

Es el proceso a través del cual se unen los gametos femenino y masculino y luego se implantan en el útero.

El semen que se extrae es purificado y luego añadido a los óvulos que han sido extraídos y mantenidos en un medio líquido. Una vez unidos son examinados por un periodo de 40 horas, los embriones que se han desarrollados normalmente son implantados en el útero.

Ésta técnica surge para dar respuesta y sobre todo la posibilidad de ser padres naturales a quienes no podían serlo. Pero desde sus comienzos no ha sido un proceso accesible y mucho menos económico. Muchas parejas sienten que sólo pueden realizarse como seres humanos si pueden procrearse naturalmente y no ven la adopción como una de sus primeras opciones.

Al optar por un procedimiento de éste tipo pocos son los que consideran los riesgos a que se expone la mujer, entre los cuales podemos mencionar la hiperestimulación ovárica y los embarazos múltiples. La hiperestimulación se propone lograr un mayor número de óvulos por ciclo. La obtención de embarazos múltiples gracias a la hiperestimulación producía hasta diez óvulos los cuales eran fecundados en su totalidad e implantados en gran número dando como resultado cuatrillizos o quintillizos que eran el blanco de halagos más que de preocupación. No todos los embriones implantados llegaban a término, incluso morían en avanzado estado de gestación, con el consiguiente riesgo para la madre y el trauma psicológico que significa la pérdida de un hijo. Aproximadamente la posibilidad de llegar a término con el embarazo es del 20%.

En cuanto al número de embriones que han de implantarse algunos se inclinan por colocar todos los embriones para evitar tener que decidir cuales se implantan y cuales no, además de evitarse la criopreservación, pero aumentando el riesgo para la madre y sus hijos. Hay quienes opinan que deben implantarse un número ideal para obtener un embarazo pero aun no han determinado cuál es ése número. La tendencia es implantar dos embriones y sólo excepcionalmente tres, pero algunos toman una escala

de tres a cuatro. El Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y de la Salud Francés dictaminó que lo ético es que se implanten dos embriones, la Ley sobre Protección de Embriones de Alemania penaliza tanto al que fecunda como al que implanta más óvulos, o embriones de los que se permite implantar. La legislación española, permite que sean fecundados solo los óvulos que llegarán a implantarse. Como se tiende a no criopreservar las técnicas de Fecundación In Vitro deben mejorarse siendo más costosa ya que al intentar un nuevo tratamiento debe comenzarse de cero (hiperestimulación hormonal y demás).

4. Técnicas de Criopreservación

La criopreservación de embriones radica en colocar los embriones logrados mediante alguna técnica de fecundación In Vitro, dentro de congeladores de nitrógeno líquido a una temperatura de 196° C bajo cero, que serán almacenados, luego descongelados, otorgándoles luego un desarrollo en las mismas condiciones que un embrión en estado natural. Se han hecho estudios que determinaron que por debajo de los 140° C se detiene la actividad biológica, por lo tanto podemos decir que los embriones criopreservados son seres humanos con su vida suspendida en el tiempo, para algunos indefinidamente.

Como dijimos anteriormente una mujer sana en edad fértil obtiene un ovulo por cada ciclo hormonal, lo cual es insuficiente para la FIV sumado al riesgo de que el embrión una vez implantado no llegue a término. Además de ésta causas existen otras de nivel humanitario como evitar que se someta nuevamente a la mujer a la hiperestimulación hormonal, y otra menos altruista y más financiera, los costos del tratamiento son muy altos para intentarlo nuevamente en un corto tiempo. En un comienzo se implantaban todos los embriones que se obtenían con la esperanza que la naturaleza hiciera su propia selección. Pero no tuvieron razón y se dieron embarazos múltiples, de los cuales muchos fetos murieron a una edad gestacional avanzada, lo que

aumentaba aun más el riesgo de vida de la madre.

La criopreservación surge como una solución, tanto para la muerte de los embriones sobrantes como para el riesgo de vida que representaba para la madre un embarazo múltiple, dejando a los embriones entre la vida y la muerte, suspendidos en el tiempo.

Los orígenes de ésta practica lo encontramos en 1984, cuando una pareja de 12 años de matrimonio, en la que la mujer era estéril a causa de una obstrucción en las trompas de Falopio, se la sometió a un tratamiento FIV del que se obtuvieron diez óvulos , se implantaron tres y congelaron los restantes. Como el procedimiento no tuvo éxito se descongelaron tres óvulos y se repitió el proceso esta vez con éxito dando un embarazo que llegó a término.

4.1. Métodos de criopreservación

Existen dos métodos de criopreservación:

1. Congelación Lenta, en el que se produce un descenso gradual y paulatino de la temperatura, hasta lograr la indicada en el protocolo.

1.1. Congelación Lenta con Dimetilsulfóxido, que utiliza embriones de cuatro a ocho células.

1.2. Congelación Lenta con Propanendiol, emplea embriones muy prematuros de dos pronúcleos- dos PN, comprende estadios de dos células y cuatro células. Es el que cuenta con un mayor índice de supervivencia una vez que se produce el descongelamiento, para ser implantado y el posterior embarazo.

1.3. Congelación Lenta con Glicerol, utiliza embriones en el quinto o sexto día desde la fecundación.

2. Congelación Rápida, existen diversos métodos:

2.1. Técnica de Vitricación, que básicamente consiste en sumergir los ovocitos en una solución viscosa que al ser sometida a temperaturas bajo cero se transforma en vidrio,

no es muy efectiva ya que se producen cristales que dañan las células, además los volúmenes de crioprotectores son elevados, transformándose en una sustancia tóxica para los embriones humanos, tornando desaconsejable tal método para la criopreservación de los seres humanos.

2.2. Técnicas Ultrarápidas, en las que se sumergen directamente los preembriones o embriones en nitrógeno líquido a 0°, en una primera instancia disminuyéndola luego.

5. Problemas que presenta la criopreservación

El inconveniente más importante que surge con el congelamiento de los embriones es el plazo, atento a que no existe legislación nacional que lo establezca tampoco hay un plazo máximo de congelamiento, dejando el tema en total anarquía, al criterio de los reglamentos de los diversos institutos que realizan el procedimiento.

El segundo inconveniente es el alto índice de mortalidad que tienen los embriones congelados, llega aproximadamente al 40%. Se desconoce en que momento se produce la muerte, si durante el proceso de congelamiento o al descongelarlos.

Como tercer inconveniente podemos mencionar que la congelación produce daños irreparables, pero desconociendo cuales pueden producirse a largo plazo.

Los que se encuentran a favor de la criopreservación centran su defensa en que éste procedimiento evita a la mujer iniciar el proceso de fecundación desde cero, abaratando los costos; evitando la destrucción de los embriones sobrantes, aquellos que no fueron implantados; además de la posibilidad, en los países cuyas legislaciones lo permitan, de realizarse investigaciones genéticas, clonación e incluso crear bancos de embriones, contemplando la donación de embriones.

En conclusión el embrión criopreservado se encuentra en un estado indefinido, con la incertidumbre de cuándo continuará su vida si es que lo hace, y si podrá desarrollarla normalmente, habida cuenta de los riesgos que anteriormente fueron mencionados. La criopreservación es contraria a la dignidad humana pues detiene el

desarrollo biológico natural que merece todo ser humano por su carácter de tal, exponiéndolo a lesiones inciertas y graves, privándolo de la acogida materna, beneficiando a terceros en desmedro de la vida que surge, poniendo de relieve las verdaderas intenciones. Es una decisión de poder que se impone sobre la vida del más débil e indefenso.

6. Proyectos de Ley Argentinos en materia de Fecundación In Vitro y Criopreservación

Existen varios proyectos de ley que se han presentado ante el Congreso Nacional, a continuación reseñaremos algunos.

El Proyecto de los Senadores Ricardo Lafferrière y Conrado Storani del año 1997 dispone que son destinatarios de las Técnicas de Reproducción Asistida los mayores de edad o menores emancipados plenamente capaces. Los cuales deben firmar un consentimiento informado en forma personal y por escrito previo a iniciar el tratamiento, que deberá constar por escrito cuando el material genético corresponda a un tercero. La maternidad y paternidad quedará atribuida a la persona que firme éste consentimiento. La muerte es causal de revocación automática del consentimiento.

Los centros especializados y los profesionales intervinientes deberán contar con la autorización especial para realizar las respectivas técnicas otorgada por la autoridad competente, además de autorización para congelar gametos y óvulos fecundados.

Se permite la dación de gametos, en forma anónima y gratuita, por persona mayor de edad y capaz; de lo que el centro debe llevar un registro en el que conste: los procedimientos realizados, si han tenido o no éxito, los datos personales de los pacientes, sus antecedentes genéticos y el médico que recibió la dación. Éste podrá ser consultado cuando existan causas que lo justifiquen o con el fin de evitar impedimentos matrimoniales, según el criterio judicial. Tendrán acceso al mismo el nacido, su representante legal o quien sea designado por el juez. El consentimiento formulado por

escrito puede ser revocado hasta el momento de la utilización de los gametos. Se prohíbe utilizar en más de cuatro oportunidades el material genético donado. Si no son utilizados pueden congelarse durante dos años desde que se han donado, prorrogables por el mismo periodo, cumplido el mismo el centro puede disponer del material. La maternidad de la mujer inseminada será reputada por el parto.

Los óvulos sobrantes podrán ser congelados por el término de tres años, a pedido de los destinatarios de los procedimientos pueden conservarse un año más. Sólo podrán ser implantados en una mujer para su anidación, cumplidos los respectivos términos de conservación. Si los pacientes no están de acuerdo en la conservación o no del material genético pueden dirigirse al juez para que decida.

En cuanto a la viuda puede ser inseminada con material genético de su esposo fallecido sólo dentro de los treinta días de su fallecimiento.

Éste proyecto también prevé la modificación de ciertos artículos del Código Civil a saber:

1. El artículo 63, incluyendo como personas por nacer a aquellos embriones implantados en el seno materno.
2. El artículo 70, suma como determinante del comienzo de la existencia de la persona la implantación del embrión dentro del seno materno. Además dispone que el óvulo cuenta con la protección de las personas por nacer.
3. El artículo 220, en el caso de matrimonio celebrado por hombre o mujer sin respetar la edad mínima, no podrá solicitarse la nulidad del mismo si la mujer se ha sometido a Técnica de Fecundación In Vitro, aunque el óvulo no estuviere implantado. Tampoco podrá solicitarse la nulidad del matrimonio en el supuesto de impotencia, si la mujer ha sido inseminada con material genético de su esposo, mediando consentimiento de ambos cónyuges para someterse al procedimiento.
4. El artículo 243 suma un párrafo que determina que no se presumirá la paternidad del

marido si se ha utilizado material genético de un tercero, y no hubiera expresado su consentimiento para el tratamiento o hubiere revocado el mismo.

5. El artículo 248 incluiría el consentimiento prestado por instrumento público para la inseminación como modo de reconocimiento de la filiación.

6. El artículo 254 contempla la no admisión de la acción de reclamación de estado de hijo contra la persona que donó material genético.

7. El artículo 3290, dentro del tema sucesiones, determina que la persona por nacer no podrá suceder al causante si no se encuentra implantado el óvulo al momento de la muerte.

8. La adición del artículo 3237 bis reflejando la situación de una clausula testamentaria que indique el destino de los gametos del testador, o de los óvulos fecundados, disponiendo que será nula.

El Proyecto de Romero Feris también del año 1997 es más restrictivo, pues permite sólo a los cónyuges mayores de edad las técnicas de reproducción asistida.

Además de la muerte plantea que el consentimiento puede ser revocado en la fecundación intracorpórea antes de la transferencia, y en la fecundación extracorpórea previo a la fecundación del óvulo.

Los institutos deben informar detalladamente en qué consisten los procedimientos para que los pacientes puedan hacer una elección razonada.

No se permite la conservación de óvulos fecundados, salvo que no sea un momento propicio para realizar la transferencia, debido al estado de salud de la madre, pero sólo podrán conservarse por el lapso que transcurra hasta que se encuentre apta. Tampoco la inseminación de la viuda con material genético de su esposo fallecido.

No puede utilizarse material genético de una tercera persona, ni la fecundación de óvulos humanos para un fin distinto de la procreación.

Se encuentra terminantemente prohibida la experimentación con óvulos

fecundados, sólo se permite su intervención en el caso de enfermedades graves previo consentimiento de ambos cónyuges y comunicación al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

En cuanto a los embriones existentes debe resolverse su situación optando los padres por implantarlos o someterlos a adopción prenatal.

El Proyecto de Martínez Almudevar de 2000, además de aclarar que se trate de parejas formadas por hombre y mujer exige que sean clínicamente aptos para las técnicas de reproducción asistida, sin que sea necesario que estén casadas, bastando una convivencia de hecho de al menos tres años. Para éstos últimos la firma del consentimiento representará el reconocimiento de la filiación extramatrimonial.

Limita la fecundación a tres óvulos por vez que deben ser implantados en su totalidad y en forma inmediata.

Prohíbe la conservación de los óvulos fecundados, a menos que medie muerte de madre o inconveniencia de la transferencia, y se efectúe durante el lapso de tiempo que transcurra hasta que estas circunstancias desaparezcan, en que se procederá a la implantación inmediata.

Se permite la intervención de los óvulos con fines terapéuticos siempre que se cuente con el consentimiento de los pacientes, debidamente informados sobre los procedimientos a realizarse. Se prohíbe la selección de sexo del niño, y también la clonación.

Prevé también la Adopción Prenatal para los óvulos fecundados huérfanos, que hubieren sido abandonados en los centros de fertilización, o bien cuando los padres hubieren expresado su voluntad de dar en adopción sus óvulos, ante autoridad competente o por instrumento público. Si sólo tuviere padre, éste podrá decidir si lo da en adopción simple o plena.

Condena a quien matare el óvulo previo a su implantación en el seno materno,

así como también al que insemine óvulos humanos con material de otra especie, u otra pareja, el que empleara clonación.

Crea dos organismos dentro del ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social:

1. Ente Nacional de Fiscalización y Control de Reproducción Humana Asistida, quien determinará los requisitos que deben cumplir los profesionales y centros especializados, incorporándolos a un registro, realizar estadísticas de los procedimientos realizados y el éxito que tuvieren, para su evaluación.
2. Comité Ético Interdisciplinario, que cuenta con siete miembros, de los cuales cuatro representarán al Estado y los restantes a los centros especializados.

El Proyecto de Roberto Ulloa, también de 2000 sólo permite la Fecundación In Vitro para matrimonios de hombre mujer. Es el primero que da un concepto de embrión determinando que es “*ente resultante de la penetración de un espermatozoide humano en un óvulo humano*”. Incrementa la pena que se aplicará a quienes fecunden más de tres óvulos por ciclo, o implante número mayor, empleare material genético de otra pareja, o lo haga luego de la muerte del marido, con fines de criopreservación.

El Proyecto de Jorge Villaverde prohíbe expresamente la criopreservación. Determinando que el embrión tiene derecho a la vida, su identidad, tanto biológica como jurídica, a su igualdad, intimidad y a tener una familia que lo incluya. Fija como plazo máximo para la implantación de los embriones que estuvieren criopreservados en la paciente, al tiempo de entrada en vigencia de ésta ley, en tres meses. Pasado el cual la autoridad de aplicación debe informar al Poder Judicial ésta situación, quien emplazará a la pareja para que procedan a la implantación en un plazo que no puede superar los treinta días, o bien indique si existe algún impedimento médico para llevar a cabo la misma, o si solicitan una extensión del plazo que no puede ser mayor a un año.

Si fuere el hombre quien se negare a la implantación el juez determinará que la misma se efectúe y se lo repute padre biológico. Si fuere la mujer o ambos, se procederá

a la adopción plena de los embriones criopreservados.

El Proyecto de Ricardo Branda también prohíbe la criopreservación pero indicando dos excepciones:

1. Muerte de la madre, en que puede recurrirse a la adopción simple o plena, la que corresponda.
2. Cuando la madre no se encontrare en un óptimo estado médico para la implantación inmediata, en que la conservación podrá extenderse por el tiempo necesario para que ésta situación sea superada.

El Proyecto de Luz Sapag presentado en el año 2005, determina que en caso de existir embriones sobrantes de las técnicas de Fecundación In Vitro se permitirá la criopreservación. Fija un plazo máximo de cuatro años para la conservación de los embriones, luego del cual los padres biológicos podrán decidir cual será su destino, pudiendo elegir entre implantarlos o autorizar su adopción prenatal, que será una adopción plena, perdiendo todos los derechos sobre el embrión.

En primer lugar determina que las técnicas de reproducción asistida serán aplicadas en casos de infertilidad y esterilidad adecuadamente diagnosticadas, siendo el último de los recursos. Sólo permite utilizarlas a matrimonios y parejas heterosexuales de al menos de 2 años, siendo ambos mayores de edad. Sostiene que cuyo fin es la producción de un proceso de fecundación humana.

Dispone que ambas técnicas deben ser realizadas por institutos debidamente autorizados por el Ministerio de Salud y por profesionales capacitados en el área. A su vez exige un consentimiento informado, que se realizara por escrito y se agregará a la historia clínica de la pareja.

En cuanto al consentimiento la pareja puede retractarlo previo a la signamia, es decir la unión de los gametos femeninos y masculinos. Se hará en forma expresa por uno o ambos integrantes de la pareja. Sobre la viuda dispone que puede arrepentirse del

procedimiento siempre que no hubiere comenzado vida humana, pero no especifica cuando se produce la misma.

El consentimiento otorga al menor todos los derechos de la filiación matrimonial o extramatrimonial según corresponda, privándolos de toda acción para impugnar tal filiación.

Deja librado al criterio de los médicos intervinientes el número de ovocitos a implantar, lo cual es un tanto vano pues principalmente éste es el interrogante a la hora de regular la criopreservación y el destino de los embriones sobrantes. Pero no obstante ello prohíbe la destrucción de los embriones fecundados, ya que los considera personas.

Impide la maternidad por subrogación otorgándole una pena de cuatro a ocho años de prisión al interviniente en un contrato tal, siendo el mismo nulo de nulidad absoluta, e inhabilitando al médico interviniente por el doble de la condena.

Por último plantea modificaciones al Código Civil, incorporando el concepto del concebido fuera del seno materno, en igualdad de condiciones que aquel concebido dentro del seno materno, como persona por nacer; y fijando desde éste momento el comienzo de su existencia como persona. Suma a las enunciadas el consentimiento para someterse a técnicas de reproducción asistida como reconocimiento de la filiación extramatrimonial, además de incorporarlo como inciso cuarto del artículo 248 sobre reconocimiento de los hijos.

Dentro del área penal, crea dos delitos que penan las prácticas de las técnicas descritas por personas que no cuenten con la debida autorización o el consentimiento de los progenitores. También rechaza la clonación y la manipulación genética, imponiéndole pena de hasta ocho años de prisión.

El Proyecto de los senadores Negre de Alonso, Rodríguez Saa y Basualdo da status legal al hijo nacido mediante la utilización de las técnicas de reproducción asistida, como hijo biológico de pleno derecho, con los efectos civiles de la filiación, sin

posibilidad de prueba en contrario, y sin que su condición de procreación o nacimiento conste de manera alguna.

Determina que la existencia de vida es establecida por la unión del espermatozoide con el óvulo.

Al igual que proyectos anteriores limita en tres los embriones a fecundarse en un mismo ciclo, y en un mismo número los que se transferirán, situación que debe darse en el acto.

Prohíbe la criopreservación, sin que interese su finalidad o causa, sancionando a los profesionales o instituciones que la realicen. Considerándola insegura puesto que más del 60% de los embriones congelados mueren, la poca información acerca de las consecuencias que el congelamiento tiene a largo plazo, incrementando los abortos espontáneos y las secuelas psicológicas y físicas en la mujer por la reiteración de la exposición a las técnicas. Poniendo hincapié en la violación del derecho a la vida y a la igualdad, puesto que se realiza una selección de los embriones más aptos dejando de lado otros que son tan humanos como los seleccionados. Mientras se mantiene el embrión congelado se le impide desarrollarse y tener una vida digna de respeto como cualquier otra.

Además se pronuncia contra la adopción prenatal, la maternidad subrogada y la destrucción de embriones.

Por otro lado el Proyecto de Haide Giri acepta la criopreservación. Define al preembrion como el lapso de tiempo que va desde la fecundación del óvulo hasta la implantación del mismo en la madre, y embrión desde éste momento.

En cuanto a la criopreservación, toma por separado espermatozoides y óvulos no fecundados, determina que deben implantarse todos los preembriones obtenidos que sean viables, salvo que por su número pongan en peligro la salud o vida de la mujer o de éstos, en que se permitirá su criopreservación. La criopreservación se mantendrá por un

periodo de cinco años, pudiendo ser implantados en cualquier momento. Si venciere el plazo sin que se implanten se intimará fehacientemente a los padres para que se pronuncien sobre la implantación, soliciten un nuevo período de cinco años de criopreservación o su adopción prenatal. Si hubiere decisiones dispares o falleciera algunos de los padres la decisión quedará en cabeza del juez.

Contempla el desecho de los gametos obtenidos, es decir espermatozoides u óvulos, si sus aportantes así lo quieren o fallecieren sin dejar disposición en contrario.

Ve la técnica de criopreservación como un remedio a corto plazo, pues si bien por el momento impide que se produzcan embarazos múltiples, evitando los riesgos que éstos conllevan, no puede ser una situación indefinida en el tiempo, no pueden quedar congelados para siempre, por lo que considera una solución más humana la adopción prenatal.

7. Ley de Reproducción Asistida de la Provincia de Buenos Aires, N°

14.208 y su Decreto Reglamentario

La Ley de Reproducción Asistida³ fue sancionada en la Provincia de Buenos Aires el día 2 de diciembre de 2010, en la ciudad de La Plata, siendo éste su ámbito de aplicación. Desde su primer artículo es innovadora ya que reconoce como enfermedad a la infertilidad, de acuerdo con los criterios sentados por la Organización Mundial de la Salud, dándole en consecuencia cobertura médica integral, la que se cumplirá mediante la Técnica de Fecundación In Vitro Homóloga, aquella en la que se unen gametos femeninos y masculinos de la pareja que se somete al tratamiento, quedando fuera los procedimientos que se realizan con material genético donado. Quedan comprendidas dentro de ésta regulación tanto las obras sociales como las empresas prestadoras de medicina prepaga, siempre dentro del ámbito de la provincia.

³ Ley N° 14.208 de Reproducción Asistida de la Provincia de Buenos Aires. [En línea]. [Disponible en Internet: www.gob.gba.gov.ar]

Se realza la importancia de las campañas de información y prevención de la infertilidad, además de los tratamientos que se encuentran a disposición.

Se propone garantizar el tratamiento médico asistencial a las parejas afectadas por la infertilidad en modo tal que les permita concebir su hijo biológico. Los diagnósticos y tratamientos serán realizados en clínicas y centros médicos; regulados, controlados y garantizados por el Estado, a través de la Autoridad de Aplicación, a todos los habitantes que cumplan con los requisitos exigidos. Esto es así porque el artículo 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires determina el reconocimiento del derecho a la salud, independientemente de los aspectos económicos, sociales o de cualquier naturaleza. Para garantizar el acceso a las técnicas de fecundación los tratamientos podrán realizarse dentro del ámbito de los efectores públicos, asegurándose el debido asesoramiento previo.

Dispone que sea el Ministerio de Salud quien funcionara como Autoridad de Aplicación, y como órgano consultivo al Consejo Consultivo Médico de Fertilidad Asistida, quien a su vez, será asistido por el Comité Asesor de Bioética Transdisciplinario.

Las parejas que pretendan acceder a los distintos tratamientos dentro de los efectores públicos deberán cumplir ciertos requisitos a saber: la mujer deberá estar comprendida entre los treinta (30) y cuarenta (40) años de edad, serán prioridad las parejas que no cuenten con hijos propios de la pareja, deben tener dos años de residencia en la provincia de Buenos Aires, que deberá ser acreditada al momento de solicitar el tratamiento. La pareja al momento de solicitar la práctica debe presentar una declaración jurada que contenga sus datos personales, una copia del documento nacional de identidad, que deberá ser certificada, declaración de cómo se encuentra compuesta su familia, deberán manifestar si cuentan o no con obra social o medicina prepaga. La Autoridad de Aplicación podrá requerir un informe ambiental si lo creyere necesario.

Se ha determinado que dada la importancia del derecho que se encuentra reconocido en la presente ley, hace imposible cualquier tipo de dilación en cuanto a la ejecución del mismo.

Si bien esta es una ley incompleta cuando es comparada con las demás de su especie a nivel mundial es un primer paso muy significativo hacia un tratamiento completo de una de las enfermedades más traumáticas que no solo hacen a la felicidad de una pareja sino a la perpetuación de la especie humana, dado los inconvenientes a nivel genético que tanto se ven hoy en día ha dejado de ser un mínimo porcentaje de la población la que padece problemas de infertilidad. Ahora bien nada menciona acerca de los embriones sobrantes que serán congelados o desechados luego que la pareja logre su cometido. Es un tema que considero humildemente no ha sido considerado dado que se contradice con los procedimientos de fecundación empleados hasta el momento.

Aunque era posible mencionar que los procedimientos deberían garantizar el derecho a la vida de los embriones que se emplearan en la fecundación como así también de aquellos que no se hubieren de emplear y resultaran sobrantes; la ley no lo hace.

Las Técnicas de Fecundación In Vitro son herramientas que empleadas con responsabilidad y respeto de la vida humana, de todos los que resultan partícipes de la misma, dan un remedio válido y certero a una enfermedad que aqueja a más personas cada día. No nos pronunciamos en contra de su implementación, sino que consideramos que deben llevarse a cabo teniendo en cuenta no sólo el derecho a la procreación, la salud, de las parejas que padecen de infertilidad sino también el derecho a la vida, desarrollo como personas, a la salud, a nacer y derecho a la identidad de los embriones que ellas mismas crean para solucionar su “problema”. No son material desechable, son seres humanos que cuentan con los mismos derechos y deberían tener las mismas oportunidades por las que sus padres pelearon y lograron reconocimiento.

8. Derecho comparado: La Ley Española 14/2007 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

España fue uno de los primeros países en legislar al respecto. El surgimiento de éstas nuevas técnicas como solución a los problemas de esterilidad de muchas parejas, puso a la luz la necesidad de crear una ley que regule su funcionamiento.

En 2003 se hizo preciso, realizar una modificación que se pronunciara sobre destino de los embriones que se encontraban conservados en los distintos centros, como “sobrantes” de los procedimientos de Fecundación In Vitro, en líneas generales limitó el número de ovocitos en tres por cada ciclo, lo que hacía más difícil el empleo de las técnicas pues debían ser más precisas y seguras para la mujer que decidía emplearlas. Prohibió la experimentación con embriones que fueren creados luego de su entrada en vigencia, que sólo podían destinarse a reproducción de la pareja donante o a donación, los anteriores podían ser destinados a investigación, además de los destinos mencionados anteriormente.

Da un concepto claro y preciso de preembrion definiéndolo como aquel que se ha fecundado por procedimiento In Vitro, que se forma por la unión de un grupo de células, resultado de la división de la célula primigenia, consecuencia de la unión de los gametos femenino y masculino; fecundado hasta el día 14 de su desarrollo.

En cuanto a las técnicas permitidas la primera ley de 1988 formó una lista cerrada de éstas, que eran las únicas autorizadas para emplearse, dejando afuera a las nuevas que irían surgiendo, por lo que la reforma de 2003 instituyó un sistema abierto.

Creo además un Registro de Donantes de gametos y preembriones, que incluirá los hijos nacidos de los donantes, parejas o mujeres receptoras, y un Registro de Centros de Reproducción Asistida, que tomará nota de las técnicas empleadas, embriones que se conservan en los distintos centros.

Se determina que sólo pueden emplearse las técnicas de reproducción asistida si

existen posibilidades razonables de éxito, que mantengan a salvo la salud, física y psíquica de la madre. Puede ser usuaria, receptora o donante en estos procedimientos de reproducción asistida la mujer mayor de 18 años, que tenga plena capacidad de hecho, siempre que haya prestado su consentimiento por escrito de forma libre, consciente y expresa. Si fuere una mujer casada debe acompañar además el consentimiento de su esposo, salvo que medie separación legal o de hecho, en forma comprobable fehacientemente. Cuando se tratare de una mujer casada con otra mujer, ésta última puede solicitar que al momento en que nazca se determina a su favor la filiación. El consentimiento puede ser retractado previo a la transferencia embrionaria.

En cuanto a la fecundación de la viuda se ha determinado que no podrá reconocerse como hijo del fallecido si al momento de la muerte el material genético de éste no se encontraba en el útero de la mujer. Sin embargo el marido puede prestar su consentimiento dejando previsto que en caso de su muerte se emplee su material genético hasta doce meses después de su fallecimiento, sólo para fecundar a su viuda.

En la ley 14/2006 se eliminan las diferencias sobre el destino de los embriones congelados y preservados dentro de los centros, previos y posteriores a la entrada en vigencia de la ley 14/2003 determinando que el destino de unos y otros será decidido por sus progenitores, previa autorización de las autoridades sanitarias competentes.

Se prohíbe expresamente la clonación de seres humanos

Se limita la transferencia de preembriones a un máximo de tres por cada ciclo.

Admite la donación de material genético, que deberá ser gratuita, formal y confidencial, plasmada en un contrato entre el donante y el centro, que sólo será revocable cuando el donante requiera el material para sí.

Se plantea el derecho de información de los hijos en cuanto a sus donantes sólo en forma general, sin especificar la identidad de los mismos, salvo que medien cuestiones de vida o salud del hijo, en que podrá solicitarse la identidad.

Dispone que será nulo el contrato de maternidad por subrogación, el cual permite a la mujer a renunciar a su filiación materna, para dejarla en cabeza de un tercero o contratante, la cual quedará determinada por el parto.

Permite la criopreservación de gametos por separado, durante la vida del varón en el caso de los espermatozoides. Los preembriones descartados por la mujer, sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro, podrán ser conservados en los bancos de los diversos centros, por un tiempo que los especialistas consideren prudente, con la aprobación de especialistas independientes, del centro de que se trate, mientras se mantenga la imposibilidad de transferirlos.

Los embriones criopreservados pueden tener como destino: su utilización por la mujer o su cónyuge, su donación, sea con fines reproductivos o de investigación, o bien el cese de su conservación sin dar utilización alguna, finalizado el plazo máximo de conservación. El destino que se elija deberá contar con el consentimiento informado, de la mujer o el varón si fueren gametos femeninos o masculinos según corresponda, si fueren preembriones de la mujer o de la mujer y el marido si fuere casada. Éste consentimiento puede revocarse en cualquier momento previo a su aplicación. Cada dos años como mínimo, en caso de preembriones, se solicitará la renovación o modificación del consentimiento prestado. Si durante dos renovaciones no pudiere obtenerse la renovación o modificación del consentimiento, demostrando en forma fehaciente tal imposibilidad, el centro puede disponer de los preembriones de acuerdo a los destinos previstos, siempre respetando la gratuidad y la ausencia de lucro.

Los centros de aplicación de las técnicas deben contar con un seguro que asegure su solvencia frente a posibles errores que pudieran cometerse en la criopreservación, al que tendrán derecho siempre que los progenitores hubieren cumplido con la obligación de renovación de consentimiento que les corresponde.

El embrión conservado sólo puede ser sometido a intervenciones si el fin de las

mismas es terapéutico, para lo cual debe contarse con: el consentimiento escrito de la mujer o de ambos integrantes de la pareja donante, previo informe detallado de la intervención y sus riesgos, además de los resultados que pueden obtenerse directa o indirectamente; el preembrion debe contar con menos de 14 días de desarrollo, sin contar el tiempo crioconservado; los procedimientos serán llevados a cabo por profesionales calificados, con el control de las autoridades competentes.

Una última modificación de la ley suprimió la diferencia entre los embriones anteriores a la reforma y los posteriores, supeditando el destino de ambos a la decisión de los progenitores, y eliminando el límite de creación de ovocitos.

Capítulo II

EL EMBRIÓN CONGELADO COMO PERSONA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

SUMARIO: 1. Concepción 2. ¿Desde cuándo existe persona para el derecho? 2.1. Dignidad humana 2.2. Código Civil 2.2.1. Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 2.3. Tratados Internacionales 3. El embrión como persona en términos jurídicos 3.1. Protección de Embriones en Alemania 3.2. Personalidad del embrión en el Derecho Español 3.2.1. Convenio de Oviedo 3.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de España 3.3. Comienzo de la personalidad legal en el Derecho Francés 4. Tutor especial de los embriones congelados 5. Destino de los embriones criopreservados 5.1. Muerte del embrión 5.2. Adopción prenatal de embriones congelados 5.3 Donación de embriones

1. Concepción

Como un primer concepto podemos decir que la concepción es la unión de los gametos femenino y masculino.

Interesa determinar cuál es el momento de la concepción para determinar desde cuándo hay vida y la misma merece protección jurídica. Existen diversas opiniones entre los autores a saber:

1. Teoría de la Fecundación, la cual sostiene que al mismo momento en que el espermatozoide penetra el óvulo, fecundándolo, lo dota de los cuarenta y seis cromosomas que se requieren para desarrollar un ser humano. Es decir que el cigoto desde su origen contiene la carga genética necesaria para formar una nueva persona, que contará con características únicas.
2. Hay quienes sostienen que desde la producción de los pronúcleos hay vida. Luego de que el espermatozoide penetra el óvulo, 18 horas después, se produce la singamia, que es la unión de los pronúcleos femenino y masculino, originándose el cigoto, que es quien marca el inicio de un nuevo ser humano con toda su carga genética.
3. Otros se enrolan en la Teoría de la Implantación o Anidación, que fija el momento de inicio de la vida cuando se produce la fijación del embrión en el útero materno, desde el séptimo día al catorce.
4. Ésta postura marca el comienzo de la vida con la formación del sistema nervioso central, alrededor del décimo quinto día, cuando las células ectodérmicas, la células de la notocorda van cambiando alargándose para formar la placa neural, formando luego la médula espinal.

En el proceso de la Fecundación existen tres características que se ponen en relevancia: una etapa de coordinación, en la cual las células que compondrán el nuevo ser humano se agrupan y desarrollan con el fin de formar la nueva vida; la segunda

etapa es de continuidad, la unión de los gametos sólo es el comienzo del proceso que se desarrollará en forma continua; hasta lograr su resultado; y por último una etapa gradual que marca el desarrollo paulatino del embrión. Ése nuevo ser humano se forma al instante, posee una marcada individualidad pero depende de un medio propicio para desarrollarse.

2.- ¿Desde cuándo existe persona para el derecho?

La palabra “Persona” deviene de la palabra latina que tiene igual escritura y significa máscara de actor, o personaje; a nivel jurídico es el hombre como sujeto de derecho.

En cuanto a los conceptos vertidos por los autores podemos mencionar:

- a. Kelsen sostuvo que mientras el hombre es una realidad natural, la persona es el centro de imputación de normas, una creación jurídica que nace mediante el otorgamiento de las facultades de ejercer derechos y contraer obligaciones. ⁴
- b. Persona es el sujeto activo o pasivo de una relación jurídica, capaz de adquirir derechos y obligaciones. ⁵
- c. La persona es una realidad física individual, que como miembro de la sociedad se constituye en sujeto de derecho y obligaciones. ⁶
- d. Es el ser capaz de derechos y obligaciones, sea como actor pasivo y activo en una relación jurídica. ⁷

Una persona es aquel individuo perteneciente a la especie humana, dotado de razón e inteligencia, libre albedrío que le permite decidir lo que quiere para sí.

Algunos sostienen que la persona sólo merece ser reconocida como tal en su participación como miembro de la sociedad, vista ésta como célula políticamente

⁴ Kelsen, H., La Teoría Pura del Derecho, 4ª Edición, Buenos Aires, Ed. Astrea.12/01/1946.

⁵ Brutau, P. Fundamentos de Derecho Civil I vol. 1, 1ª parte, España, Ed. Bosh. 01/01/1999

⁶ Martín Granizo, M. Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia I, Albácar López, J.L. 1992

⁷ Castán Tobeñas, J. Derecho Civil Español Común y Floral I, vol. 2, 15º Edición, España, Ed. Reus, 2007

organizada, quedando sometidos sus derechos al poder del Estado y las políticas que éste dicte para regular su actuación. Pero la persona es previa a la organización social y política, incluso anterior al derecho positivo, por lo que podemos vislumbrar que sus derechos surgen de la naturaleza humana. Por lo tanto el fin del derecho positivo es la protección, tutela, de los derechos y dignidad de la persona.

En el Derecho Clásico se consideraba al concebido como persona, perteneciente a la naturaleza humana, tal es así que el Digesto sostenía “Se protege al hijo concebido como si hubiera nacido siempre que se trate de ventajas propias, pues antes de nacer no puede favorecer a terceros”.

En el Derecho Romano se consideraba persona al concebido por medio de una ficción jurídica que lo tomaba como ya nacido, para que adquiriese derechos solamente, ya que la vida para los romanos comenzaba con el nacimiento. Como no podía nombrárseles tutor los concebidos eran protegidos en su vida, bienes y derechos por sus representantes, ya que aun no han nacido. El curador recibía el nombre de “Curator Ventris”, protegiendo al no nacido en su posibilidad de nacer con vida.

Entre los que se pronuncian contra el inicio de la persona desde su concepción se encuentran Engelhart, quien ve como característica principal al momento de considerar si es o no persona es la conciencia, por lo que aquellos que carecen de ésta no quedarían comprendidas en el concepto.

La jurisprudencia de EEUU se pronuncio acerca del tema en el caso “Roe vs Wade” se conoce como la decisión de la Corte Suprema que hizo legal el aborto en aquel país. Es el caso de una mujer soltera que quería abortar un embarazo no deseado, pero la ley sólo permitía por ese entonces el aborto terapéutico. El día 22 de enero de 1973, la Corte decidió que el derecho constitucional a la privacidad era “lo suficientemente amplia para incluir la decisión de una mujer de continuar o no con su embarazo. Se determinó que el aborto se permite libremente hasta los tres meses de

gestación, durante el segundo trimestre requiere autorización del Estado, y en el último sólo se permite el aborto terapéutico, que es aquel permitido en caso de peligro para la vida de la madre. De lo que puede concluirse que el ser humano no es tal hasta pasados los tres primeros meses. Si se tratare de un embrión in vitro, en su estadio de preembrión se consideraría que aun no es un ser humano. Luego de adquirir la calidad de embrión merecería protección legal, considerándose humano y por lo tanto persona.

2. 1. Dignidad humana

Es aquella que distingue al ser humano de los animales y las cosas, es la condición básica de la especie humana, que lo coloca por encima de las mencionadas, sin distinción en cuanto a su situación o posición social, desarrollo y el lugar que ocupa como ser social. Que es consciente de su moralidad, y el conjunto de facultades con el que cuenta para el respeto de los deberes que tiene consigo mismo y para con los demás, que lo hacen valorable y apreciado para sí mismo y los demás.

El hombre es digno por el sólo hecho de ser lo que es, sin que dependa de una serie de requisitos cumplidos o de características.

Según Kant la dignidad se encuentra en la capacidad de elección moral que tiene el ser humano, que constituye una constante, es decir el sexo, la raza, la inteligencia, el poder adquisitivo y demás pueden variar pero todos son iguales ante la elección de cumplir o no con la ley moral, guiados por el libre albedrío.

Según Ruiz Giménez Cortés⁸ existen cuatro niveles de dignidad:

a. Religioso, para quienes consideran que Dios nos ha hecho a su imagen y semejanza.

b. Ontológico, por lo que debe considerarse un ser inteligente y con voluntad propia, dotado de libertad.

⁸ Ruiz-Giménez Cortés, J. Artículo 10, Comentario a la Constitución Española de 1978, [En línea] [Disponible en Internet: www.aebioetica.org/rtf/06BIOETICA54]

c. Ético, pues goza de autonomía moral, para la evaluación de la norma en cuanto a la conducta que tendrá frente a ésta.

d. Jurídico-Positiva, que marca la vida en sociedad.

Roberto Germán Zurriarán⁹ sostiene que “la dignidad moral hacer referencia no al ser del hombre sino a su obrar”. Ve la dignidad como un concepto dinámico, que se compone de nuestro actuar razonado y libre. Sirviendo de base para los valores humanos sin constituir un valor en sí mismo. Determinando que la dignidad humana debe reconocerse al ser humano por el sólo hecho de ser hombre, mereciendo respeto desde el mismo momento de su concepción.

2.2. Código Civil¹⁰

En cuanto a los artículos que se refieren a la persona podemos mencionar:

a. El artículo 63 “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”. Sólo se refiere a los concebidos dentro del seno materno por la época en la que se sancionó el Código, ya que Vélez no pudo siquiera imaginar los avances de la ciencia. La nota al artículo determina que no son personas futuras sino que existen dentro del vientre de su madre, desde el momento de su concepción. Salvat sostuvo que es un error considerar al embrión como persona, ya que sólo sería una parte de la madre, pues de ella obtiene sus nutrientes y vida. Orgaz por su parte considera que la personalidad comienza con el nacimiento, siendo ése momento en el que el ser humano adquiere individualidad y autonomía. Por el contrario la Ley 10.903 sobre Patronato de menores, que reforma el artículo 63 del Código Civil que determina que son persona por nacer las que permanecen en el seno materno, sin haber nacido aun, sienta claramente que la patria potestad es ejercida desde la concepción.

b. El artículo 70 “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las

⁹ Roberto Germán Zurriarán, La dignidad del Embrión humano Congelado, Revista Médica de la Universidad Navarra. Volumen 51°

¹⁰ Código Civil, Ed.2004, Buenos Aires, Zavalía, 2004.

personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. Hace expresa mención al hecho de que la persona comienza desde el momento de la concepción, la única salvedad que podemos hacer es que circunscribe el ámbito de la misma al seno materno, siendo que hoy en día puede lograrse incluso fuera de él, gracias a las Técnicas de Fecundación In Vitro.

c. El artículo 64 “Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”.

d. El artículo 51 “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

e. El artículo 57 “Son representantes de los incapaces: 1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;...” El artículo 56 determina que a través de sus representantes los incapaces pueden adquirir derechos y contraer obligaciones.

f. El artículo 74 “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”, se refiere a la calidad de personalidad jurídica, no de persona, a nivel de ser humano. Ésta conclusión es poco feliz ya que anula la personalidad que el embrión tiene durante su desarrollo y que el mismo código otorga desde la concepción. Lo cierto es que no desaparece la calidad de persona del embrión sino que se deja sin efecto el acto gratuito que se celebró en su beneficio.

g. El artículo 264 “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado” No hace distinción sobre el lugar de concepción, en igual situación se encontrarán los concebidos en el seno materno como aquellos que lo fueron

in vitro.

h. El artículo 3290 ‘El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle’. Reconociéndole su personalidad jurídica desde el momento en el que es concebido.

i. El artículo 3733 ‘Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos’. Reafirma el reconocimiento como persona jurídica y la posibilidad de adquirir derechos. En conclusión en nuestro Código Civil se es persona desde la concepción, entendida como la fusión de gametos, que dan origen a un nuevo ser humano individual y singular, merecedor de ser considerado sujeto de derecho.

2.2.1 Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998

El Proyecto de Reforma del Código Civil incluye ciertas normas referidas a dispone en su artículo 505, referido a nulidad del matrimonio por impotencia que puede ser solicitada por los cónyuges *“siempre que la esposa no haya sido sometida a una técnica de reproducción asistida con el consentimiento expreso de ambos cónyuges”*. Lo que no aclara es si con sólo iniciar el tratamiento se cumple la condición o debe arribarse a algún resultado.

En cuanto a la existencia de las personas dispone que se produce con la concepción, dejando de lado la frase “en el seno materno” comprendiendo de esta manera los embriones creados in vitro.

Considera que la vida del ser humano debe protegerse desde la concepción hasta la muerte, sea que se encuentre dentro o fuera del seno materno, independientemente de su grado de desarrollo gestacional, pues de lo contrario quienes no han cumplido su periodo gestacional y nacen en forma prematura merecerían un tratamiento diferente, siendo que son tan humanos como quien cumplió su periodo gestacional.

2.3 Tratados Internacionales

a. El preámbulo de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU*¹¹ determina que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y en su artículo 1º establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, al mencionar que todos los seres humanos se encuentran dotados de razón y conciencia los considera persona, asignándoles dignidad. Por último su artículo 6 determina “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, entendiéndose que la persona debe ser reconocida como tal por el sólo hecho de ser humano, respetándose sus derechos.

b. El preámbulo del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*¹² afirma “Considerando que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, “Reconociendo que éstos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

c. La *Convención sobre los Derechos del Niño*¹³ en su artículo 1º dispone que “Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En nuestro país debe entenderse que ésta

¹¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Constitución de la Nación Argentina, 14ª Edición, Buenos Aires, Ed. A-Z editora S.A., 1997

¹² Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, , Constitución de la Nación Argentina, 14ª Edición, Buenos Aires, Ed. A-Z editora S.A., 1997

¹³ Convención sobre los Derechos del Niño, Constitución de la Nación Argentina, 14ª Edición, Buenos Aires, Ed. A-Z editora S.A., 1997

protección se extiende desde la concepción.

d. La *Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹⁴, más conocido como Pacto San José de Costa Rica, en su Preámbulo determina “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del derecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Su artículo 3 se titula “Derecho al reconocimiento de la personería jurídica. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, reconocimiento que le permite adquirir derechos y obligaciones. El artículo 5 dispone, bajo el título “Derecho a la integridad personal. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. La persona merece la protección de su integridad física desde el momento de su concepción, desde su hora cero, cuando se da la unión de los gametos femeninos y masculinos.

e. La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*¹⁵, dispone “Considerando. Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen, que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. En su artículo VII titulado “-derecho de protección a la maternidad y a la infancia. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”. De éste modo otorga protección a la persona desde que se encuentra gestándose.

¹⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), Constitución de la Nación Argentina, 14ª Edición, Buenos Aires, Ed. A-Z editora S.A., 1997

¹⁵ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Constitución de la Nación Argentina, 14ª Edición, Buenos Aires, Ed. A-Z editora S.A., 1997

Todos los Tratados mencionados reconocen que la personalidad jurídica no es una creación de la norma sino que responde a la calidad del ser humano por el sólo hecho de ser tal.

3.- El embrión como persona en términos jurídicos

En el instante en el que se produce la unión de los gametos femenino y masculino inicia una nueva vida, diferente de la de la madre y el padre, que cuenta con todos los elementos para desarrollarse como un ser humano pleno. Éste proceso se produce indistintamente ante una fecundación biológica o una in vitro, con el mismo resultado una vida nueva. El óvulo y el espermatozoide están provistos de la mitad de los cromosomas necesarios para formar la primera célula que dará origen al nuevo ser, al que acompañarán toda su vida, transformándolo en un nuevo ser biológicamente diferente de sus padres.

El embrión se encuentra en una situación similar, sino igual al de la persona por nacer, con la diferencia de que no fue concebido en el seno materno, sino en un laboratorio, pero tanto uno como el otro tienen las mismas oportunidades de desarrollarse.

La primera célula contiene el ADN exclusivo del nuevo ser que se gesta, destruirlo es aniquilar un futuro miembro de la familia. Ésta carga genética contiene todos los elementos que harán a la fisonomía del nuevo ser, luego de dieciocho días de su concepción su corazón comienza a latir, tres días después se genera su sistema nervioso, veintidós días más tarde se forma el esqueleto completo y tres días después se registran los impulsos eléctricos en el cerebro.

Algunos sostienen que son sólo una cosa, materia, que por sí misma no cuenta con la capacidad de desarrollarse, viéndolo como una persona sólo en potencia, pero no es exacto pues contiene la información genética y la capacidad de desarrollarse al igual que un embrión cuya concepción se ha dado en el seno materno.

Entre quienes no consideran al embrión como ser humano merecedor de protección desde su concepción, se encuentra la legislación española, la inglesa y la sueca, las cuales permiten la congelación, investigación y donación de los embriones hasta los 14 días de gestación. El acto de congelación en sí mismo es cruel; pues someter a una persona a un confinamiento helado durante un periodo indefinido en el tiempo, aun cuando legislaciones como la española otorguen un plazo máximo para la criopreservación, la persona se encuentra en un estado de vida suspendida, que lesiona su dignidad, desde un punto de vista filosófico posee autonomía, no así biológicamente, ya que depende de su madre, pero el recién nacido también, y nadie duda de su calidad de ser humano.

El embrión merece respeto por ser un ser humano más, único e irrepetible.

3.1 Protección de embriones en Alemania

El respeto de la dignidad del ser humano es la piedra fundamental de la legislación alemana. Ley Fundamental de la República Federal de Alemania¹⁶ dispone en su artículo 1º que la personalidad será atribuida con el nacimiento, convirtiéndose en sujeto de derecho, sin enunciar cláusula alguna sobre los derechos del concebido, refiriéndose a él sólo en ciertas disposiciones aisladas que definen su situación jurídica.

La Ley sobre Protección de Embriones alemana, n. 745/90, tiene como destinatarios principales a los médicos y biólogos, reprime la utilización abusiva de las técnicas de reproducción asistida, la implantación más de tres óvulos en un mismo ciclo, o de óvulos de una mujer en el cuerpo de otra, o fuere destinado a un fin distinto que el de su protección. Considera que en las primeras veinticuatro horas el embrión es viable, haciendo obligatoria la transferencia de todos los que se obtengan, no más de tres por ciclo. No permite la conservación de embriones, tampoco el descarte de los óvulos

¹⁶ Ley N° 745/90, de Protección del Embrión en Alemania [En línea]. [Disponible en Internet: www.bioeticaweb.com]-

considerados “sobrantes”.

Se castiga tanto la enajenación del embrión concebido extracorpóreamente, como la extracción del mismo previo al período de anidación, para colocarlo en otra mujer, o para un fin distinto que el de su preservación. También será penado el que permitiera el desarrollo de un embrión extracorpóreamente para un fin distinto que el de provocar un embarazo.

Es una legislación tan severa que basta la tentativa para ser penado.

3.2. Personalidad del embrión en el Derecho Español

La Constitución Española¹⁷ en su artículo 15 determina “*Todos tienen a la vida y a la integridad física y moral*”. Su Código Civil¹⁸, en el artículo 29 dispone “*el nacimiento determina la personalidad*”, lo cual no implica la inminente defensa del concebido que aun no ha nacido. Sigue diciendo el artículo 29 “*...pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*” esto impide que se considere al embrión como una mera cosa a la que se aplicarían las reglas del derecho de propiedad. Las condiciones que debe reunir el concebido son: “*tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”.

La Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida dispone que no podrán hacerse intervenciones sobre el embrión a menos que se trate de aquellas cuyos fines sean terapéuticos y se trate de impedir una enfermedad o impedir su transmisión. Deben cumplirse ciertos requisitos previos a la intervención como ser: que la mujer, si estuviere sola, o la pareja hayan sido debidamente informados sobre los procedimientos y pruebas, sus riesgos y consecuencias, los cuales deberán aceptar. Además debe tratarse de de patologías graves o muy graves, siendo la intervención la

¹⁷ Constitución Española, [En línea] [Disponible en Internet: www.boe.es/aeboe/consultas]

¹⁸ Código Civil Español, [En línea] [Disponible en Internet: www.boe.es/datos]

posibilidad concreta de curación o mejoramiento en la calidad de vida. Para realizar éstas prácticas el instituto debe contar con la autorización de la autoridad sanitaria.

En cuanto al preembrión sumado al consentimiento requiere que los donantes renuncien a cualquier derecho, patrimonial o de otra naturaleza, que derive de las investigaciones. Es requisito primordial que el embrión no haya superado su día catorce de desarrollo luego de la fecundación, sin tener en cuenta el período de criopreservación. Las intervenciones deben realizarse de acuerdo a un protocolo aprobado por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida si fuere un proyecto de desarrollo y aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida o del órgano correspondiente si se tratare de células troncales embrionarias.

En conclusión da amplios márgenes a los institutos de medicina reproductiva para que realicen investigaciones con el pretexto de hallar la solución a enfermedades genéticas o al menos mejorar la calidad de vida.

3.2.1. Convenio de Oviedo

El Convenio de Oviedo¹⁹ es un tratado firmado por los Estados miembros de la Comunidad Europea e impulsado por el Consejo de Europa, relaciona la bioética con la defensa y promoción de los derechos humanos. Fue firmado en abril de 1997 en la ciudad de Oviedo en España. En su artículo primero determina que su objeto es proteger al ser humano tanto en su dignidad como identidad e integridad, asegurar el respeto a sus derechos y libertades fundamentales respecto a la biología y la medicina.

Éste convenio sólo permite la intervención de embriones si su fin es de carácter preventivo, diagnóstico o terapéutico, es decir si se efectúa en miras de prevenir o dar solución a un problema genético y así evitar que el gen defectuoso sea transmitido de generación en generación.

¹⁹ Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, [En línea] [Disponible en Internet: www.bioeticas.net/leg/001.htm]

Declara como indudable que el embrión pertenece a la raza humana, es un ser humano, determinando que su bienestar prevalecerá sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia. .

En cuanto a la experimentación con embriones «in vitro», si la misma está permitida por la ley del lugar, debe garantizarse la adecuada protección del embrión. Prohíbe expresamente la creación de embriones humanos con fines de experimentación.

3.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal

Constitucional de España

Para el Tribunal Supremo feto y embrión se encuentran en un pie de igualdad, ambos son dependientes de su madre pero tienen una condición humana que se diferencia de ésta, merecedora de protección legal. Por lo que el mencionado tribunal sostiene que “el nasciturus tiene derecho a la vida”.

El Tribunal Constitucional no reconoce el derecho a la vida del embrión ni el feto, determinando que la criopreservación no afecta la dignidad humana. Pero ésta opinión es anterior al Convenio de Oviedo, hoy en día se enrola dentro de las doctrinas humanistas que se valen de fundamentos filosóficos a la hora de apostar por la vida del no nacido.

Podemos concluir que la jurisprudencia española se aleja del común de las legislaciones mundiales que protegen la vida del ser humano, desde el mismo momento en que se produce su concepción.

3.3. Comienzo de la personalidad legal en el Derecho Francés

El Código Civil Francés²⁰ no determina cual es el comienzo de la personalidad legal, sino que establece reglas en distintas disposiciones como el artículo 725, en el que se determina que *“para suceder es necesario existir en el momento en que se abre la*

²⁰ Código Civil Francés, [En línea] [Disponible en Internet: www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html]

sucesión. Por tanto son incapaces de suceder: 1º El que aún no ha sido concebido;... ”; el artículo 906 sobre donaciones *“Para tener capacidad de recibir entre vivos, basta con haber sido concebido en el momento de la donación. Para tener capacidad de recibir por testamento, basta con haber sido concebido en el momento de la muerte del testador. No obstante, la donación o el testamento sólo tendrán efecto cuando el niño nazca viable”*; por último las acciones de filiación *“No se recibirá ninguna acción en cuanto a la filiación de un hijo que no haya nacido viable”*, previsto en el artículo 311.4).

Somete el reconocimiento de la personalidad al nacimiento con vida, negando la misma al nacido muerto, al embrión o feto no viable, con una salvedad, en cuanto a los efectos patrimoniales y la protección de la familia la adquisición se retrotrae a la fecha de la concepción. El hecho de que la fecundación se produzca in vitro no altera en nada la aplicación de ésta retroactividad, que en cambio se ve afectada si el embrión es sometido a criopreservación.

La legislación francesa referida a la interrupción del embarazo y a la extracción y trasplante de órganos²¹ toman al embrión como objeto o sujeto de derecho de acuerdo a la etapa de desarrollo en la que se encuentre. Por su parte el artículo 16.4 del Código Civil Francés prohíbe los actos que atenten contra los seres humanos, en especial la eugenesia y la modificación genética.

En un principio el Código Penal Francés sancionaba el aborto, cualquiera sea el medio por el cual se hubiere provocado, sin que interese el periodo gestacional, o el consentimiento de la mujer. Planteaba el respeto y la protección del ser humano que estaba gestándose. En la actualidad la ley permite el aborto hasta la décima semana de embarazo, cuando la mujer se encuentre en una situación de angustia, superado éste plazo sólo se permite el aborto terapéutico o el eugenésico. Aunque el Comité Nacional

²¹ Leyes Nº 1975 y 1979 del Derecho Francés sobre Interrupción del embarazo y Extracción y trasplante de órganos, respectivamente, [En línea] [Disponible en Internet: www.politique-eau.gouv.fr]

de Ética se pronunció manifestando que el embrión es persona humana y como tal merece respeto, queda totalmente desprotegido durante las primeras diez semana de embarazo.

El Consejo de Estado formuló una recomendación que indicaba prohibir las modificaciones del genoma humano y realizar clonaciones, pero a su vez sugirió la destrucción de los embriones conservados por un plazo mayor a cinco años.

El Código de Salud Pública sanciona el uso de embriones conservados para fines industriales, de investigación o bien para la producción de experimentos, sólo se permite la realización de estudios con el consentimiento de sus progenitores, cuando no representen un daño para el embrión y se realice con fines médicos.

En el caso de que un médico de fe de que el embrión tienen fuertes probabilidades de padecer una enfermedad grave e incurable, que previamente haya sido diagnosticada en alguno de sus progenitores, puede realizarse un diagnóstico prenatal.

En caso de embriones supernumerarios o bien en el caso de que sus progenitores no deseen implantarlos, cuando no se dieron las condiciones para que otra pareja los recepte, cumplido su plazo de conservación, cinco años, pueden ser descartados.

Luego de éstas consideraciones podemos concluir que el embrión en el derecho francés no es más que una cosa que recibe protección del derecho pero limitadamente ya que pasado el tiempo de conservación pueden ser descartados sin ninguna culpa.

4. Tutor especial de los embriones congelados

El fallo Rabinovich, Ricardo David s/ Medidas Precautorias del Juzgado en lo Civil de la Capital Federal es el que motivó la determinación de la necesidad de la creación de la figura de tutor especial de los embriones congelados.

En 1993 el Dr. Ricardo Rabinovich Berkman, abogado especialista en Derecho Médico, toma conocimiento a través de diversos artículos de la existencia de Institutos que se ocupaban de llevar adelante Técnicas de Reproducción Asistida sin regulación

alguna, con el agravante de mantener embriones, ovocitos, óvulos y espermatozoides congelados, de los cuales no existían registros públicos ni control de ningún tipo.

Solicitó la intervención del Ministerio Pupilar en los casos en que se encuentren involucrados embriones para su congelamiento, u otro destino que no sea su implantación para desarrollo en el cuerpo de una mujer. A fines de 1999 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil puso fin a la discusión pronunciándose a favor de la vida de éstos embriones, manifestando que son personas, impidiendo tajantemente la destrucción y experimentación. Determinó además que toda decisión acerca de los embriones debe contar con la intervención del juez de Primera Instancia, excepto que se trate de la implantación en el útero materno, con la participación del Ministerio Público de Menores.

Se previó además un censo de los embriones congelados, para determinar su cantidad, y los Institutos que los albergaban, pero fue tristemente frustrado por éstos, quienes se refugiaron en garantías constitucionales de libertad de trabajo, derecho de propiedad, e intimidad de los datos de las parejas que decidieron conservar sus embriones. Otros se escudaron en el compromiso de confidencialidad que mantenían con sus clientes-pacientes, uno condicionó su cumplimiento a la conformidad prestado por los dadores. En conclusión ninguno de los institutos cumplió con el requerimiento judicial, por lo que quedó sembrada la incertidumbre en torno a cual es el número de embriones y ovocitos congelados, y sobre todo quienes eran los responsables de éstos.

La figura de tutor de los embriones se justifica legalmente en el artículo 377 del Código Civil Art. 377 *“La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”*. Aunque no es del todo exacto ya que el embrión cuenta con quienes ejerzan la patria potestad, quienes han donado el material genético. Por lo tanto quedarían comprendidos dentro de la figura de “Tutor Especial”,

previsto en el artículo 397 inciso 1° “Art. 397. Los jueces darán a los menores, tutores especiales en los casos siguientes: 1° Cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren”. En el artículo 381 se prevé la “inspección y vigilancia del Ministerio de Menores” respecto del ejercicio de la tutela especial. Los embriones, siendo incapaces, además cuentan con la tutela promiscua del Ministerio de Menores, como parte legítima y necesaria de aquellos asuntos en los que participen.

Ésta figura se ha instaurado sin dejar de lado la responsabilidad de los padres, que toman una postura cómoda poniendo en manos de los institutos a su hijos, pues aunque no se lo mencione, éstos son el producto de la unión del material genético de los integrantes de la pareja, quienes en caso de decidir la implantación son los padres, ya que recibirá el título de hijo al igual que aquel óvulo implantado sin congelar o bien aquel que se ha desarrollado mediante un proceso natural.

5. Destino de los embriones criopreservados

Existe un gran número de embriones conservados por medio de técnicas de criopreservación que merecen tener un destino, ya que no todos cumplen con su fin primordial, otorgar a la pareja donante la posibilidad de convertirse en padres.

Si bien se menciona que el daño que pueden sufrir al descongelarse o incluso en estado de criopreservación, es potencial no es así, pues se han realizados estudios que revelaron la interrupción de un gran número de embarazos productos de la implantación de embriones conservados por un largo plazo, y en menor medida de aquellos con un plazo mínimo de conservación.

El avance de la ciencia ha puesto de relieve la necesidad de crear material genético para ser destinado a la cura de patologías genéticas, quienes aplican éstas vieron en la criopreservación la posibilidad de utilizar embriones congelados para la experimentación. Un periodista que cubría los Juicios de Núremberg sostuvo que si los

prisioneros nazis morirían de igual manera, al menos lo haría sirviendo a la ciencia, y que ellos mismos estarían de acuerdo con esto. Por suerte la dignidad humana está más valorada en éstos años y se considera que todo ser humano es portador de dignidad humana, merecedora de protección legal y moral por igual entre quienes tienen un origen gestacional natural o in vitro.

Se ha llegado al extremo de considerar que la solución a la superpoblación embrionaria era prohibir la realización de Técnicas de Reproducción Asistida, lo cual sería un retroceso inútil.

Algunos sugieren que los embriones congelados sean destruidos luego de haber sido conservados por períodos prolongados, como por ejemplo en España se considera fecha límite de conservación un plazo de cinco años.

En Uruguay el Dr. Montaro sostuvo que los embriones no pueden ser descartados, tirados a la basura, el ser humano merece ser protegido desde que se produce su concepción. Existe sólo una clínica que ofrece el servicio de congelar óvulos. Como solución a la superproducción de embriones congelados la Clínica Cerhin ideó un plan en el que parejas que cumplen ciertos requisitos, tener la mujer menos de treinta años y encontrarse en un estado hormonal óptimo, reciben un tratamiento gratis a cambio de la donación de parte de sus óvulos fecundados.

La Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida en su artículo 15 dispone en cuanto a las investigaciones con embriones sobrantes se autorizará solamente si se cumplen ciertos requisitos a saber: el consentimiento escrito de la pareja, que se ha dado luego de recibir la correcta explicación sobre los resultados que se persiguen con la investigación y sus consecuencias; el embrión no debe superar el plazo de 14 días de gestación, salvo el tiempo de criopreservación. En el caso de embriones viables, es decir aptos para la implantación dentro del seno materno ya que cuentan con los dos pronúcleos, uno proveniente de la madre y el otro del padre, se

permite la investigación siempre que sea para realizar un diagnóstico, sea con fines preventivos o terapéuticos, siempre que no se modifique genéticamente el mismo. Si se pretende realizar investigaciones cuyo fin no sea el diagnóstico puede realizarse en embriones no viables, no aptos, aquellos que cuentan con uno o tres pronúcleos, siempre que se demuestre que el estudio no puede ser realizado en animales; el procedimiento debe además realizarse de acuerdo al plan presentado y aprobado por la Comisión Nacional Multidisciplinar, como autoridad de control. Se permiten también investigaciones que hacen a la viabilidad de los embriones, su desarrollo y el mejoramiento de las técnicas de fecundación y criopreservación. Se encuentra autorizada la investigación de las causas de la infertilidad, anomalías en el material genético, y demás que hacen al perfeccionamiento de los procedimientos.

Francia dispuso que sólo pueden realizarse estudios con finalidad terapéutica siempre que no afecten al embrión, si se llevaren a cabo manipulaciones en contra de éstas indicaciones se impondrán sanciones penales. La pareja que decide conservar sus embriones tiene un periodo de hasta cinco años para implantarlos.

En Alemania sólo se permite la manipulación de los embriones para evitar la transmisión de enfermedades genéticas.

El derecho con el que cuentan las parejas de concebir no es un derecho absoluto, pues el derecho del embrión a desarrollarse en un ambiente idóneo, el útero, hace a la dignidad de éste como ser humano, es la base de los subsiguientes derechos.

5.1 Muerte del embrión

Es el destino que mayormente siguen los embriones, ya sea por la imposibilidad de continuar económicamente con su conservación por parte de la pareja a la cual pertenecen, mueren al ser descongelados para su implantación luego de un periodo prolongado de criopreservación o bien se procede a su descarte, por que ha transcurrido el tiempo máximo de conservación sin que se les haya dado un destino o por ser ésta la

voluntad de la pareja, aunque es la misma muerte que en los dos primeros casos, con otro nombre.

No mueren como consecuencia del mero hecho de descongelarlos sino por no recibir un trato adecuado, o la implantación en el útero materno, aunque el proceso de descongelamiento produce en la mayoría de los casos daños a los embriones que no pueden ser valorados en el momento de llevar a cabo el procedimiento sino luego mientras se produce su desarrollo.

Permitir que mueran sin hacer nada al respecto significa que la sociedad ha fallado, no ha podido darles la protección adecuada permitiéndole que se desarrolle dentro del útero de la mujer donante o bien de otra que estuviere dispuesta a anidarlo.

Para determinar la valoración que suele darse a los embriones podemos ilustrarnos con un ejemplo: si tuviéramos un grupo de embriones congelados sobre los cuales sus donantes genéticos hubieren decidido donarlos para investigaciones, los mal llamados embriones sobrantes, en el segundo grupo se encuentran embriones que se encuentran a la espera de ser implantados, supongamos que por un error humano son destruidos éstos en lugar de los embriones del primer grupo. Desde un punto de vista ecuánime el daño es el mismo si se destruye el primer grupo o el segundo, pero en la realidad los padres de los embriones conservados para ser implantados en un futuro no consideraran lo mismo, pues se han destruido, quitado la posibilidad de vida, a sus futuros hijos.

Otro punto de conflicto es determinar la muerte del embrión, no es una tarea sencilla puesto que en sus primeras etapas de desarrollo se hace caso imposible realizar un juicio acertado acerca de la viabilidad del mismo.

Por lo tanto en algunos casos someter al embrión a criopreservación es condenarlo a muerte, o al menos restringir al mínimo sus posibilidades de tener una vida sana y naturalmente desarrollada.

5.2 Adopción prenatal de embriones congelados

No es un título correcto ya que sólo pueden adoptarse aquellos nacidos vivos, el embrión aunque ha de ser considerado un ser humano, para algunos, no ha nacido aún eso es claro. Pero no deja por esto de ser la solución que más se ajusta al respeto del derecho a la vida del embrión, permitiéndole desarrollarse de manera natural dentro de un útero. En España receptan el instituto de la adopción, pero utilizan un término más apropiado “*cesión de gametos o embriones*”, sólo se encuentra regulado para los embriones que no superen el plazo de cinco años de criopreservación, para aquellos que lo superan no hay regulación alguna. El periodo prolongado de congelación, acrecienta los riesgos de muerte del embrión, pero es una situación que no puede definirse fácilmente, ya que no puede aseverarse que un embrión este muerto porque tenga cierto número de células muertas.

El principio que sostiene que la maternidad será determinada por el parto, hoy en día no es del todo cierto pues hay hijos que nacen de una mujer a la que no pertenecen genéticamente. La mayoría de las mujeres que aceptan donar sus óvulos a una pareja determinada, no permiten que éstos sean donados nuevamente a otros.

Sólo puede considerarse la adopción plena, siendo la única que corta los lazos genéticos definitivamente, impidiendo acciones de filiación, reconocimiento, patria potestad o alimentos; adquiriendo a su vez todos los derechos y obligaciones que hacen al status de hijo natural de la pareja adoptante. A su vez impone un impedimento para el matrimonio que deberá ampliarse hasta los padres genéticos.

Dentro de los requisitos para el otorgamiento de la guarda se encuentra la citación de los progenitores, para que manifiesten su consentimiento, si tenemos en cuenta que el embrión es ser humano desde el momento de la unión de los gametos, esto deberá cumplirse, por lo que sería necesario citar a los padres genéticos del embrión para que consientan, en este caso no la adopción sino la implantación del embrión, en

un plazo límite.

En cuanto al período de guarda será cumplido durante el embarazo, pero no debería permitirse si aun se están llevando adelante tratamientos de fecundación. La misma será otorgada a una pareja que padezca de infertilidad comprobada medicamente, sobre un embrión que se encuentre huérfano de padre y madre, en caso de que sólo sea huérfano de uno de sus padres, será el que queda vivo quien otorgue su autorización.

Una vez que la pareja decide someterse a un tratamiento de fecundación in vitro, es consultada sobre el destino que deberá darse, sería lógico que manifestaran que donan sus embriones sobrantes, para evitar a otros los trastornos por los que ellos pasaron. Pero el paso del tiempo no confirma ésta decisión sino que la revierte en el ochenta por ciento de los casos. Muchas parejas no aceptan la idea de que sus hijos genéticos sean criados por otras personas que ellos no puedan supervisar. Otro problema está dado por la baja tasa de viabilidad de los embriones congelados, la mayoría muere al ser descongelados o bien no pueden completar su anidación.

Es sencillo imaginar que con la debida información y concientización puede emplearse la adopción como solución al descarte de los embriones sobrantes de las técnicas de fecundación in vitro, ahora la pregunta sería si debe hacerse en forma identificatoria o anónima. Ambas opciones tienen sus fundamentos: si se llevara a cabo en forma anónima se respetaría el derecho a la privacidad de la pareja, si se hiciera en forma identificatoria se pone de relevancia el derecho a la identidad de los niños.

La adopción no es una mala opción siempre que se encuentre el equilibrio justo entre el derecho de la pareja a ser padres y el derecho del embrión a conocer su verdadera identidad.

5.3 Donación de embriones

El CC determina que *“habrá donación cuando una persona por un acto entre vivos transfiere de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de la cosa”*. Si

nos guiamos por éste concepto debemos determinar que se entiende por cosa, dentro del mismo cuerpo legal el mismo corresponde a “*todo objeto material susceptible de tener un valor*”, ahora bien si lo que se transfiere es la propiedad sobre la misma vale aclarar que la misma consiste en el dominio absoluto sobre una cosa, legalmente sólo se permite donar aquellas cosas que pueden ser vendidas.

Siendo los embriones personas en potencia no son propiedad de nadie, por lo que no podrían transferirse, pues la patria potestad que ejercen los padres sobre los hijos no puede compararse con el dominio absoluto que representa la propiedad, es más bien un cúmulo de derechos y obligaciones.

A pesar de éstas contradicciones legales la donación se presenta como una opción atractiva para aquellas parejas que han intentado en reiteradas oportunidades tratamientos de fertilidad fracasando una y otra vez, no sólo a nivel humano evitando el desgaste que representa para la mujer reanudar la hiperestimulación sino también a nivel económico, ya que es más barato.

Existen dos tipos de embriodonación: la primera en la cual las parejas que decidieron no utilizar los embriones los donan a una persona o pareja determinada o bien los dejan a cargo de la clínica y ésta los emplea en otra fecundación; y la segunda en la que la pareja recibe un embrión fresco, es decir no congelado, de donantes anónimos. A éstos embriones que son aportados por parejas que previamente los han criopreservados se les realizan estudios de infectología, genética, e inmunología, con el fin de asegurar a la pareja que recibe el embrión donado cierto nivel de salud. Dentro del consentimiento que se firma al someterse a la técnica elegida, se determina el destino que ha de darse a los embriones una vez que se ha decidido interrumpir la criopreservación, muchas veces ante la imposibilidad de continuar abonando la cuota de criopreservación.

Las parejas en su mayoría no tienen inconveniente en donar sus embriones para

investigaciones, pero se muestran renuentes a darlos a otras parejas.

La legislación alemana no prohíbe expresamente la donación de embriones pero castiga la implantación de material genético en el cuerpo de una mujer distinta de la que lo aportó, así como también prohíbe la extracción de un embrión previo a su implantación completa dentro del seno materno cuyo fin sea distinto de la conservación.

Existen además en nuestro ordenamiento ciertos inconvenientes para aplicar éste instituto a saber:

a. La donación debe ser aceptada por el destinatario de la misma, quedando a la deriva, nuevamente, los embriones donados que aun no han sido aceptados. En igual situación quedan los embriones que no tienen un destino definido ya que sus padres biológicos han fallecido o bien no respondieron a la intimación judicial, que algunos proponen, para dar destino a sus embriones.

b. El artículo 1790 dispone *“Si alguno prometiere bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos”*, por lo que no puede pretenderse que los padres genéticos del embrión suscriban un contrato que disponga la donación del mismo luego de su fallecimiento.

c. Tampoco la donación puede hacerse en beneficio de una persona indeterminada, como lo serían los futuros padres de los embriones donados.

Capítulo III

DERECHO A LA VIDA DEL EMBRIÓN CONGELADO

SUMARIO: 1. Derechos del embrión 2. Derecho a la vida 2.1 Vida 2.2 Orígenes del Derecho a la vida 2.3 Tutela de la vida humana 2.4 Derecho a la vida en los Tratados Internacionales 2.5 Derecho a la vida en la Constitución Nacional 2.6 Derecho a la vida en el Derecho Comparado 3. El derecho a la vida de los embriones congelados 3.1 Fallo “P.A. c/ S.A.C. s/ Medidas Precautorias” 4. Conclusión 5. Propuesta

1. Derechos del embrión

Para considerar siquiera éste tema debemos situarnos dentro de la postura que considera el embrión como ser humano desde el momento de su concepción, marcada por la unión de los gametos femeninos y masculinos; tomándolo como un ser diferente de los elementos que lo componen, es decir depende para su existencia del aporte de dos seres humanos, pero hecho el mismo, surge un nuevo ser independiente de quienes lo originaron.

En el Derecho Romano al nasciturus se le reconocían una serie de derechos, pero sin considerarlo aun como sujeto de derechos, pues la capacidad de derecho era adquirida como consecuencia del nacimiento con vida, a saber:

- a. Derecho a la vida, en virtud del cual si la madre cometía alguna falta penada con la muerte, ésta quedaba en suspenso hasta que el niño naciere, como refuerzo de ésta protección se creó la figura del curator ventris, quien era responsable de la seguridad e integridad del nasciturus. Además el delito de aborto era tipificado, no como protección de la vida del nasciturus sino como resguardo del derecho del padre a procrear.
- b. Derecho a la libertad: el hijo que hubiere nacido dentro del matrimonio era libre, en cambio el que nacía de madre soltera tenía la condición de ésta al momento del nacimiento.
- c. Derecho Sucesorio: como podría darse en la actualidad el hijo concebido sucede a su padre premuerto, dando la posesión provisional de los bienes a su madre.
- d. Derecho a la Ciudadanía: si el hijo se concibiera dentro del matrimonio tendrá la ciudadanía de su padre, si fuera concebido fuera del matrimonio la de su madre.

El hecho de que el embrión no cuente con una imagen visible, que al momento de regular sus derechos no se tenga el cuerpo de la persona delante, y se lo considere dependiente de su madre, en cuanto a su nutrición, no significa que no exista. Tampoco

podemos como lo han argumentado algunas teorías exigir un nivel de desarrollo determinado, por ejemplo aquella que comienza a considerarlo persona en el momento en el que se desarrolla la cresta neural, lo que permite considerar un posterior surgimiento de un cerebro, como elemento diferenciador de los demás seres humanos.

El ser humano para su desarrollo depende de todos sus órganos, por lo que poner uno sobre el otro es cuanto menos tener un pensamiento obtuso, debiendo protegerse todas las etapas en el desarrollo del embrión, incluyendo todos los órganos que lo compondrán, de igual manera, en el mismo nivel de importancia.

También es erróneo ubicar como punto de partida de la protección del embrión en la anidación, convencidos de que debido a la relación que se establece con la madre el mismo no se desprenderá, pues puede darse un aborto en cualquier etapa y además el embrión merece respeto desde que llega al cuerpo de la mujer.

Igual de incorrecto es demorar la protección del embrión hasta que dé muestras de unidad y unicidad, pues si protegemos al ser humano que resulta luego de plasmadas éstas condiciones, debemos con más razón velar por la unión que lo genera.

Sumados a los derechos reconocidos por los romanos se le han reconocidos los siguientes:

- a. Derechos Personalísimos de primera categoría: Dignidad (conciencia, intimidad, etc.); Derecho a la Vida; Derecho a la libertad física.
- b. Derechos Personalísimos de Segunda categoría: Nombre; Domicilio; Imagen.
- c. Derechos Personales: Derecho a la Información; Derecho de Asociación.
- d. Derechos Patrimoniales

Puede concluirse que el embrión no tienen más ni menos derechos que aquellos que se le reconocen a la persona una vez desarrollada como tal, siendo a su vez el resultado de un embrión desarrollado lo cual no deja de ser interesante...

2. Derecho a la vida

2.1. Vida

El concepto de vida es en sí mismo una noción abstracta, cuando se refieren a ella es para incluir a los vivientes es decir no se trata de cosas materiales sino de seres, sujetos vivientes.

Para que podamos hablar de la existencia de vida en un sujeto determinado debe presuponerse la existencia de un sistema complejo que cuente con elementos propios y de su medio circundante, con los cuales interactúe y que le permitan poner en funcionamiento ese sistema de modo tal que cumpla con su ciclo vital, se desarrolle y finalmente se agote y muera.

Todo ser viviente, en mayor o menor medida de complejidad cuenta con este sistema, el hombre se diferencia de otro ser vivo en que posee racionalidad; la cual le permite tomar una decisión en concordancia con el medio en el que se desarrolla, teniendo noción de sí mismo, priorizando su supervivencia, sin descuidar la existencia y desarrollo de las demás cosas que lo rodean, pudiendo gracias a su libertad de acción determinar su voluntad de acuerdo a las decisiones que ha tomado.

2.2 Orígenes del Derecho a la vida

El derecho a la vida puede definirse:

- a. Plena realización de todos los derechos humanos. Podemos encontrar una norma que encierre éste pensamiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual sostiene que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos se efectivicen plenamente. El Derecho a la vida se ocuparía de la existencia de todos los seres humanos, con dignidad y plenamente.
- b. Es aquél que comprende tanto la integridad moral como psicosomática de la persona humana.

Algunos de los caracteres del derecho a la vida son:

- a. Natural y vitalicio, ya que se trata de un hecho inalterable que se produce independiente de cualquier reconocimiento hasta el momento en que la vida se agota.
- b. Universal, siendo propio de todas las personas por igual, por el mero hecho de serlo.
- c. Irrenunciable, ya que no depende de la voluntad de su titular.

La ley positiva reconoce una serie de derechos que hacen a la personalidad, los cuales deben ser ejercidos en plena libertad, para lo cual se requiere vida, que es el presupuesto lógico para el ejercicio de las diversas potestades que se le reconocen desde el Derecho Natural al ser humano por el sólo hecho de serlo. Por lo que podemos decir que la vida es la cualidad innata que le pertenece al ser humano por su condición de tal.

La valoración de la vida humana dependerá de la sociedad que la pondera, es decir no será el mismo dentro de una sociedad democrática que dentro de una autoritaria. En una sociedad democrática el hombre es el centro, ya que todo el fin del gobierno es el logro de su desarrollo, en libertad y dignamente, por lo tanto la vida es junto a la libertad el bien más valioso. Por el contrario en un sistema autoritario, el hombre no es más que uno de los elementos en la búsqueda del bien supremo, es decir sólo constituye un instrumento empleado para la concreción de un objetivo general y superior.

Sin vida, no pueden existir los demás derechos como la libertad y más aún sin derecho a la vida el hombre deja de contar con uno de sus atributos más preciados su dignidad.

2.3 Tutela de la vida humana

El derecho a la vida es más que la tutela jurídica de la vida humana, ya que de su respeto dependen los demás derechos que persiguen el bienestar de la persona y su reconocimiento como sujeto de derecho.

La protección a través del derecho a la vida, presupone la existencia de vida

humana, y la necesidad de su tutela desde que se origina. Lo que nos lleva una vez más a considerar cuándo hay vida humana y algo aún más complejo desde cuándo.

Si no se respetase el derecho a vivir se avalaría la extinción de la especie, por más extremista que esto parezca, ya que si no respetamos la vida de un humano en vías de desarrollo, aunque sea potencialmente como algunos sugieren, con qué criterio condenamos el homicidio de otro que ha llegado a su etapa adulta.

El surgimiento de una nueva vida humana se inicia con la concepción, que es un proceso que no se produce en un solo acto sino que es más bien un proceso que se desarrolla en diferentes estadios, los cuales ocurren en un lapso temporal determinado. Como hemos referenciado en anteriores capítulos del presente trabajo el pre-embrión es aquel que se ha formado desde la unión de los gametos femenino y masculino, dividiéndose de a pares hasta el día catorce en que se transforma en embrión, etapa que comprende desde la concepción, extendiéndose hasta la semana seis de su desarrollo, en que pasará a denominarse feto.

En el proceso de fecundación se toma material genético recibido de ambos progenitores, que se funden formando el cigoto, el cual no sólo es diferente de los demás seres humanos en cuanto a su composición, sino que también es totalmente independiente de las células que lo conformaron. La identidad genética es única e irrepetible en toda la raza humana, casi a lo largo de toda la historia de ésta. Es decir que estamos frente a un ser único e irrepetible.

El ser humano no sólo cuenta con el derecho a la vida, sino a vivirla dignamente, es decir que no requiere el otorgamiento del derecho a la vida sino a que se respete un derecho que con el que cuenta por naturaleza, desde su origen.

Éste derecho no depende del reconocimiento de tal o cual ordenamiento del Estado, tampoco puede ser derogado, sino que hace a la naturaleza misma del ser como humano que es, y el respeto que merece su dignidad de tal.

2.4. Derecho a la vida en los Tratados Internacionales

El derecho a la vida es mencionado en todos los tratados que responden al tratamiento de los Derechos Humanos, he aquí un breve relato de los artículos que lo mencionan.

La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), determina que la protección del derecho a la vida debe otorgarse al ser humano desde el momento mismo de su concepción. Razonamiento que nos pone una vez más ante la encrucijada de determinar cuál es el momento de concepción, pero en el artículo 7.1 dispone *“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*. Como hemos aclarado anteriormente es una idea que no coincide con nuestro ordenamiento por lo tanto en la Ley 23.849 que incorpora la Convención a nuestra legislación se realizó la reserva en cuanto al punto de arranque de la protección que se le otorga al niño, como tal, sosteniendo que la misma se inicia desde la concepción hasta los dieciocho años.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3 otorga a todo individuo derecho a la vida y lo amplía en su artículo 6 dispone: *“Todo ser humano tiene derechos, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”*, éste artículo no hace más que afirmar el reconocimiento de personalidad jurídica a la par que se reconoce la personalidad ontológica del ser humano.

La Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio hace mención en su artículo II dentro del concepto de delito de genocidio las medidas destinadas a impedir los nacimientos, por lo que puede inferirse su intención de proteger el derecho a la vida de los concebidos.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dentro del artículo 6 dispone *“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará*

protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre su artículo 1º esboza que el derecho a la vida lo tiene todo ser humano, unido a su derecho a vivir libremente y a su integridad, lo cual haría imposible pensar en dañar si quiera al embrión aunque sea al contenido en una probeta.

2.5. Derecho a la vida en la Constitución Nacional

El derecho a la vida estuvo plasmado a nivel constitucional desde los orígenes de nuestro país. Primeramente fue recepcionado por el Decreto de Seguridad Individual de 1811, más luego en el Estatuto Provisional de 1816, el cual contó con la aprobación del Congreso de Tucumán, y las Constituciones de 1819 y 1826.

El Decreto de Seguridad Individual establecía que todo ciudadano tiene un derecho sagrado a la protección de su vida, no sólo toma al ser humano como centro de la acción política, sino que además le asigna a su vida el título de sagrado, muestra de la incidencia de la religión en el inicio de nuestra vida institucional, marcándola como un bien del “Supremo”, algo que debía protegerse por encima de los demás derechos.

El Estatuto Provisional de 1815 toma el derecho a la vida como un atributo fundamental, colocándolo dentro de su artículo primero.

El Estatuto Provisional de 1816, el cual fue aprobado por el Congreso de Tucumán, reconoce la vida como derecho de todos los habitantes, que no necesita mayor explicación.

La Constitución de 1819 imponía el respeto del derecho a la vida de los ciudadanos, garantizándole su goce plenamente.

El Derecho a la Vida no se encuentra enunciado en nuestra Constitución Nacional pero esto no le impide ser considerado el derecho supremo, debiendo ser respetado por el individuo y el Estado. A pesar de esta omisión en su artículo 75 inc. 23 bajo el Capítulo Cuarto, referido a la Atribuciones del Congreso, se estipula que es

deber de éste ‘Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia’”. La mención por parte de éste artículo del embarazo, implica el reconocimiento del derecho a la vida del ser humano incluso antes de nacer, como así también su derecho a un desarrollo saludable. La vida humana, tomada como derecho, tienen una amplia protección pero no por ello debe considerarse que cuenta con carácter absoluto pues como todo derecho cuenta con una regulación que determina los alcances de su ejercicio.

2.6. Derecho a la vida en el Derecho Comparado

En la legislación de México existe la “Declaración de los derechos del Concebido”²², presentada en éste país en 2007 por especialistas en derecho, bioética, medicina, impulsados por un miembro del clero monseñor Pedro Agustín Rivera Díaz y su propuesta de reseñar lo que consideraba eran los derechos del concebido. Ésta propuesta reformada por los especialistas no sólo se presentó a nivel nacional sino que llegó hasta Organización de las Naciones Unidas.

Enumera una serie de principios que determinan primeramente que todo ser humano concebido, hombre o mujer, con o sin discapacidades se encuentran en un pie de igualdad en cuanto al goce de sus derechos. Reconoce al concebido como único e individual, debido a su exclusivo código genético; que por el sólo hecho de pertenecer a la raza humana se le reconocen todos los derechos que le corresponden como humano, tanto a nivel nacional como internacional, entre los que se encuentra el derecho a la vida. Hace responsables en primer término a los padres de velar por el respeto de su derecho a la vida del concebido; haciéndolo extensivo a la sociedad toda y sus

²² Declaración de los Derechos Humanos del Concebido, [En línea] [Disponible en Internet: www.zenit.org]

representantes. Fija la igualdad de oportunidades, desarrollándolas en un plano de libertad y respeto de su dignidad.

Éste es uno de los pocos documentos que pone en cabeza de los padres del embrión humano, la responsabilidad de velar por el reconocimiento y respeto de la vida de éste y la posibilidad de desarrollarla dignamente.

A su vez se aprobó la reforma del primer artículo de la Constitución Política del Estado de Sonora, el cual determina que existe derecho a la vida desde el mismo momento de la concepción, reputándose al concebido como nacido para todos los efectos legales, hasta el momento de su muerte. Se garantiza el derecho a la vida a todo individuo que pertenezca a la raza humana con lo cual se incluye al concebido no nacido. Determinándose que desde la unión cromosómica es que nace una nueva estructura celular que cuenta con la carga genética suficiente para desarrollar un nuevo individuo único, diferente de la madre que lo aloja en su útero. El que sea diferente no significa que sea independiente, depende del cuerpo de su madre para desarrollarse pero es un ser plenamente individualizado, con vida propia.

La Legislación Chilena toma como persona a todos los individuos de la especie humana, sin distinción alguna, pero determina que su existencia legal como persona comienza con el nacimiento, por lo que el concebido no nacido quedaría fuera de ésta calificación, y por lo tanto no sería sujeto de derecho. Esto no significa que no reciba protección, sino que la misma es otorgada por la ley y ejercida por la justicia de oficio o bien a instancia de cualquier particular que tome conocimiento de un peligro para la vida del concebido, puesto que al no contar con personalidad por no haber nacido aún, carece de representantes legales. El Código Civil lo protege de modo indirecto determinando que deberá protegerse a la mujer de cualquier pena que pudiere poner en peligro al ser que lleva en su seno, hasta el momento del nacimiento. Al igual que en la legislación argentina quedaría por determinar si ésta norma incluye a los embriones

que se crean en laboratorios mediante la unión de gametos que luego son colocados en probetas. El Código Penal castiga la muerte del no nacido dentro del vientre de su madre o la acción que provoque su expulsión del seno materno, sin resolver el tema de los embriones de probeta.

En Francia se protege el derecho a la vida de toda persona, pero sin dar precisiones de lo que considera vida. En 1975 se sanciona la Ley Veil que despenaliza el aborto, lo que nos plantea el interrogante de conocer la naturaleza jurídica del concebido. Hay opiniones doctrinarias que van desde considerarlo nacido siempre que convenga a su interés, retrotrayendo su personalidad jurídica al momento en el que se considera aproximadamente que se produjo su concepción; hasta considerarlo persona potencial o condicional, es decir que sería persona si naciera con vida. La ley hace una distinción entre los embriones que superan las diez (10) semanas de gestación quienes reciben protección legal de aquellos que no los cuales están totalmente indefensos, el reconocimiento de protección que se hace a los primeros no significa en modo alguno que sean considerados personas. Cumplido el plazo de diez (10) semanas sólo se permite el aborto terapéutico, es decir aquel que se practica en miras de proteger la salud de la madre; y el eugenésico cuando el no nacido padece de una enfermedad incurable y consideran que llevar a término el embarazo no es más que prolongar la agonía del mismo. En realidad para los franceses el embrión no es más que una parte del cuerpo de su madre, careciente de todo derecho subjetivo, incluso permite a la madre que si siente un estado de angustia tal ponga fin al embarazo, índice que sólo ella determina. Pero si el niño es extraído del cuerpo de la madre y permanece con vida aunque más no sea instantes fuera del cuerpo de su madre, todo atentado contra él por parte del médico lo harían responsable civil y penalmente, situación casi imposible de verificar. La realidad es que se permiten abortos incluso en periodos gestacionales avanzados, lo cual deja en estado de total indefensión a la persona concebida no nacida.

En el Islam por su parte se consideran una serie de derechos en cabeza del embrión a saber:

- a. Derecho al linaje; es una forma de vida muy estricta por lo cual no se considera otra forma de engendrar hijos que no sea dentro del matrimonio, condenando las relaciones sexuales extra matrimonio.
- b. Derecho a un ambiente sano; con lo cual se pretende que el embrión tenga un desarrollo saludable dentro de su primer ambiente que es el útero materno.
- c. Derecho a una herencia genética sana; éste es un concepto que puede parecer extraño para nuestra cultura pero como la religión islámica en mucho se mezcla con la legislación, insta a la elección de la pareja con la cual casarse y tener hijos lo más alejada posible con el fin de evitar que sean parientes. No es más que una protección para la salud y desarrollo del nuevo ser ya que existen estudios que determinan los riesgos de malformaciones genéticas en los embarazos producto de una relación entre parientes consanguíneos.
- d. Derecho a la vida, plasmado a través de varios principios que determinan el derecho a un desarrollo pleno del embrión, condenando su aborto.

El Código de Familia del Salvador determina que él no nacido merece la protección de la ley y tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción, toma como primer derecho a respetarse el derecho a nacer, luego de un desarrollo sano.

En síntesis casi todos los países están de acuerdo en que el derecho a la vida debe ser reconocido desde el momento de la concepción, tomando como persona al concebido no nacido, dotándolo de los atributos que a éstas se les confieren.

3. El derecho a la vida de los embriones congelados

“El siglo XXI se nos presenta como una extraña paradoja, los derechos humanos han alcanzado nivel planetario...Nunca la muerte de personas inocentes había sido prodigada en la historia con tanta desaprensión...Éste humanicidio cósmico no se habría

producido si los hombres no hubieran extraviado la genuina visión del derecho, recibida de los griegos, romanos, judíos y cristianos, y no hubieran llevado hasta extremos apocalípticos el pecado de la soberbia, pretendiendo erigirse en supremos y absolutos creadores de normas negadoras de Dios y el orden natural”; éste es el pensamiento de Alberto Rodríguez Varela²³ en su artículo sobre el derecho a la vida.

La humanidad esencialmente nace de la carga genética que contiene un determinado ser humano, en el embrión esto no es diferente, se encuentra dotado de la misma carga genética que un hombre desarrollado y nacido. Tanto el espermatozoide como el óvulo por sí solos son incapaces de vivir independientes de los seres humanos que lo producen, es de su unión que se genera una nueva vida.

Muchos han opinado que en su estado de pre-embrión no debe ser considerado como un ser sensible, no tendría sensibilidad al dolor, al sufrimiento. Podría llegar a pensarse que biológicamente no existen impedimentos para experimentar con embriones que fueran desechados por sus progenitores genéticos, siempre que el mismo no supere el periodo de catorce días a partir del cual se considera que el embrión adquiere su identidad y por lo tanto se transforma en una persona única e individual. Pero existe vida desde que se une el espermatozoide con el óvulo, lo generado no es un ser humano en potencia sino un ser que existe y sólo le resta desarrollarse. Se han expresado opiniones que sostienen que ni siquiera existe la categoría de pre-embrión, que sólo es un concepto cuyo fin es justificar la manipulación de seres humanos en desarrollo.

Se ha dicho también que el embrión es una parte del cuerpo de su madre, pero esto carece de toda lógica ya que es un ser independiente. Su composición genética es única, su desarrollo independiente, sólo toma del cuerpo de su madre alimento y aire. Es meramente una dependencia circunstancial, lo cual puede comprobarse por la existencia de la fecundación in vitro en la que se da origen a nuevo ser con la sola

²³ Rodríguez Varela, Alberto, El derecho a la vida, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, [En línea] [Disponible en Internet: www.ancmyp.org.ar/user/files/El_derecho_humano]

confluencia de los gametos femenino y masculino, no resultando ésta de una relación sexual de los sujetos aportantes del material genético, que más luego fusionado formarán un nuevo ser humano. El embrión resultante se compone de iguales características personales que uno originado luego del coito, con la salvedad que deberá ser implantado en un útero para continuar su desarrollo.

Un situación que parece hacer caer la individualidad del embrión, uno de los caracteres que le permite calificar como ser humano, es la posibilidad de gemelos o mellizos. Debemos recordar que desde su inicio, con la unión de gametos, el nuevo ser que se origina lleva adelante sus primeras etapas de desarrollo dividiéndose una y otra vez hasta determinado punto de su desarrollo, por lo que el ser humano gemelar que se origina en la primera unión sólo tiene la posibilidad de dividirse formando otro ser humano nada más, es su única diferencia con alguno de los demás embriones, llegado a su máximo desarrollo tendremos dos seres humanos que compartieron en algún momento la misma carga genética, no por ello dejan de ser dos individuos diferentes, con proyectos de vida diversos y la posibilidad de seguir una vida independiente.

Nuestro Código Penal determina que el objeto de protección es la vida humana, sin hacer referencia al grado de desarrollo en el que el ser humano se encuentre. Dentro de su Capítulo “Delitos contra la vida” se incluye el delito de aborto el cual tipifica el atentado contra la vida del no nacido, la distinción entre homicidio y aborto la da el nacimiento, que delimita el carácter de sujeto pasivo de uno u otro delito. Para nosotros esta distinción no tiene mucho sentido, sea un embrión o un niño nacido, es una muerte idéntica, es decir debería condenarse tanto la muerte del nacido como del no nacido por igual, es la muerte de una persona, sea que ésta se encuentre dentro o fuera del seno materno, como ocurre con los embriones congelados. Pero contrario a nuestro pensamiento no se considera acción abortiva la que procura impedir la fecundación del óvulo, la destrucción del óvulo fecundado fuera del seno materno. Zannoni afirma que

ésta acción quedaría comprendida dentro del delito de aborto, ya que la conducta tipificada por éste delito es la destrucción del embrión, impidiéndole continuar su desarrollo dentro del seno materno. Éste delito no se ve como tal en todas las legislaciones por ejemplo en Dubái se ha considerado que los golpes que recibe la mujer estando embarazada que dañen al niño que se encuentra en gestación no son considerados daños al embrión, ya que éste carece de vida autónoma por lo tanto son sólo daños contra la mujer que es el único sujeto.

Ahora bien sobre el tratamiento de los embriones en nuestras clínicas de fertilización podemos decir que cuentan con consentimiento informado que lejos de dar protección al derecho a la vida de los mismos los someten al antojo de sus padres. Primeramente se extraen óvulos y espermatozoides de la pareja, luego se realizan los intentos que se hubieren pactado en el contrato para lograr un embarazo, logrado el cual por lo general quedan “embriones sobrantes” los cuales pueden: conservarse por medio de la criopreservación, que tiene un costo de mantenimiento anual, abonado por los padres de los mismos; donarse para ser implantados en otras parejas que padezcan de infertilidad y deseen optar por la implantación de material genético donado; o por último y más aberrante, la destrucción de los mismos. Si no estuvieran de acuerdo en el destino que debe darse pueden pactar recurrir a la justicia.

El llamado “descarte de embriones” no sólo se produce una vez logrado el embarazo deseado, previo a la implantación se hace una supuesta selección entre los mejores candidatos para llevarlo adelante entre los embriones obtenidos. No es posible mayor desprecio por el derecho a la vida de estos futuros seres que ni siquiera cuentan con la posibilidad de ser implantados; ésta práctica mortal recibe el triste nombre de reducción embrionaria. Nadie debería tener el poder de decidir qué ser humano merece morir y cual contar con la posibilidad de desarrollarse, y si así fuese al menos debería realizarse en procura de la defensa del más débil, situación totalmente contraria a la que

se realiza con ésta práctica que busca seleccionar al embrión más fuerte y mejor posicionado según los criterios médicos para anidar en el útero y completar el embarazo. Ubiquémonos dentro de la postura de elección del embrión con mayores posibilidades, ésta selección embrionaria es realizada por un ser humano, falible, quien puede equivocarse y afectar no sólo el derecho a la vida de los embriones que descarta, sino también el derecho de los padres a obtener las mayores posibilidades de embarazo. Es a todas luces una pésima postura, tanto a nivel humano como ético, incluso técnico ya que no es cien por ciento efectiva.

El embrión no sólo cuenta con derecho a la vida sino también a un nacimiento en condiciones de salubridad adecuadas, en un ambiente sano, y a conocer quiénes son sus progenitores. Éste último tema adquiere una especial relevancia en el caso de material genético donado, puesto que muchos de los embriones criopreservados encuentran su destino en la implantación en una mujer distinta de la que aportó sus óvulos y un padre distinto de aquel que los fecundó. Ésta situación no sólo es compleja en cuanto a la identidad del niño, sino además su patria potestad y manutención, cuestiones que no son menores. Sin mencionar que su ciclo vital se ve severamente afectado debido a que no nace a la par de su creación, es decir puede permanecer indefinidamente congelado, por lo que dos embriones creados en el mismo momento pueden nacer con años de diferencia.

El embrión es el comienzo de un nuevo ser, individuo de la especie humana desde el inicio de su proceso gestacional. Cuenta con las mismas características que el individuo desarrollado es decir: tienen un nuevo y único genoma que contiene la información necesaria para su existencia, no es uno más de una serie de embriones generados en serie, sino que cada uno es diferente.

Resulta impensable que el derecho al bienestar individual, prime sobre el derecho a la vida, condicionándolo. Pero tomando en cuenta las acciones que hemos

conocido en el desarrollo de éste trabajo no es aventurado pensar que no sólo se busca, como se ha dicho en un principio, dar la posibilidad de procrear a parejas impedidas de hacerlo en forma natural, sino que además se busca seleccionar los “mejores hijos”, siendo ésta aseveración no sólo reprochable desde el punto de vista moral sino además natural, es la misma naturaleza quien se ocupa de hacer ésa selección. Además los embriones son seleccionados según los parámetros de un seleccionador que no deja de ser un ser humano que ha podido desarrollarse gozando de los derechos que pretende privar a los embriones que desecha.

3.1. Fallo “P.A. c/ S.A.C. s/ Medidas Precautorias”

En la ciudad de Buenos Aires, en el mes de septiembre de 2011, se expedido la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a favor del derecho a la vida de los embriones crio-conservados.

Los hechos se sucedieron de la siguiente manera: en 2003 se produce el matrimonio entre el Sr S. y la Sra. P, luego de intentar tener hijos en forma natural sin lograrlo, en 2005 deciden someterse a un proceso de fecundación in vitro en el Instituto de Ginecología y Fertilidad; para lo cual firman un consentimiento informado en el que consta que los embriones que no sean utilizados serán sometidos a crio-preservación, comprometiéndose la pareja a otorgarles un destino, que decidirían en forma conjunta, en caso de no desear un nuevo embarazo. En él también renuncian a desechar los embriones.

Independiente de la voluntad de los padres se producen entre quince (15) y veinte (20) embriones para destinar a la fertilización.

Luego de un intento sin éxito, logran un embarazo, produciéndose el nacimiento de su primer hijo en agosto de 2006, quedando congelados cinco (5) embriones. En octubre del mismo año deciden separarse. Luego de ésta separación la mujer intenta una nueva implantación, para la cual requiere la conformidad de quien era su marido, de

quien se encuentra separada de hecho. Éste se niega, no pudiendo el Instituto médico realizar el procedimiento. Se llega a la justicia por medio de una medida cautelar de protección de persona, en la cual la jueza se pronuncia diciendo que el Instituto de Ginecología y Fertilidad deberá abstenerse de afectar de alguna manera a los embriones congelados de la pareja y que el trámite que se imprimirá será el de juicio sumarísimo propio para cuestiones de derecho constitucional como la naturaleza jurídica de los embriones congelados. Asume la representación de los embriones congelados el señor Defensor de menores e Incapaces de Primera Instancia.

El aquo resuelve permitiendo la implantación, a favor del derecho a la vida, resolución apelada por el padre de los embriones. Éste se agravia diciendo que la sentencia no hace mención a la naturaleza jurídica de los embriones, lo cual no es correcto ya que determina su derecho a la vida por lo tanto se los considera persona. Manifiesta también que no se ha respetado su derecho a no ser padre y que la actora había dado su consentimiento en el caso de separación, para la adopción prenatal. Sostiene que dentro de las condiciones pactadas en el contrato se determinó que en caso de cesar en el pago del mantenimiento de la conservación o en disparidad de opiniones en cuanto al destino, autorizaban la donación de sus embriones a otra pareja con su condición.

Lo cierto es que el apelante ha reconocido el contrato firmado en el que se somete a un tratamiento de fecundación, aceptando las consecuencias del mismo, también que en caso de embriones sobrantes decidiría el destino de los mismos de acuerdo con su mujer. Su deseo de ser padre se encuentra plasmado en el contrato firmado, por lo tanto no puede ir contra su propia voluntad, la cual expresa en el consentimiento, y reafirma con el aporte de su material genético. En cuanto a la adopción prenatal, nos deja en la misma situación ya que su mujer no está de acuerdo con éste destino, así que debería dirimirse en sede judicial, lo que se ha realizado.

La apelación decide confirmar el fallo de primera instancia y permitir la implantación de los embriones.

Éste fallo se pronuncia sobre una cuestión básica, tema de nuestro trabajo, el derecho a la vida de los embriones congelados; determinando que son personas desde su concepción y por lo tanto tienen derecho a vivir. Quienes se someten a éste tipo de procedimiento deberían ser conscientes y sobre todo responsables de la decisión que toman, no debe ajustarse la técnica sólo a la conveniencia de la pareja, ya que son adultos y pueden defenderse por sí mismos, sino que debe mirarse principalmente al indefenso que con desaprensión llaman embrión, y es desde ese momento es su hijo. Exigen su derecho a ser padres, fijándolo a la Constitución, pues bien su hijo tiene derecho a la vida dentro de la misma Constitución y sí no son ellos quienes lo defiendan será la sociedad toda a través del Estado quien los represente y les otorgue la posibilidad de una vida plena.

4. Conclusión

La protección del embrión debe iniciar con el comienzo de la vida del mismo, con la concepción, abarcando su derecho a la vida, a la dignidad y a la salud; impidiendo que se realicen manipulaciones, aunque se lleven a cabo con el fin de mejorarlo genéticamente. Entendiéndose por concepción la unión de los gametos femeninos y masculinos, que se produce cuando el espermatozoide penetra el óvulo, completando la información genética que dará sus características humanas únicas al nuevo ser.

El embrión debe recibir la misma protección que el nacido, bajo la condición, en cuanto a los derechos adquiridos, de nacer con vida; siendo sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Si bien nuestro Código Civil sólo menciona al concebido en el seno materno, las Técnicas de Reproducción Asistida han provocado el debate acerca de la inclusión del concebido fuera del útero. Si se ve racionalmente no se advierten diferencias entre un embrión natural y el embrión in vitro, su composición cromosómica es idéntica, así como sus posibilidades de vida.

La situación del embrión cambia cuando es sometido a la criopreservación, en la esperanza de continuar su desarrollo en un futuro, incierto vale aclarar. Es sometido a los tratos más crueles, es una persona indefensa que carece de representación legal, pues si sus padres lo han dejado librado a su suerte, que podemos esperar de aquellos que lo mantienen en nitrógeno líquido a cambio de un canon, y que no se hacen cargo de la responsabilidad que les cabe por la vida que mantienen paralizada, y además pretenden disponer de ésta como si fuere un cosa. Este estado de suspensión del desarrollo natural priva al embrión de un ciclo vital ordinario y que merece por su condición de ser humano.

En el ámbito de los Tratados Internacionales el embrión es protegido desde su

formación asegurándole la posibilidad de nacer y desarrollarse plenamente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de ONU toma como base de la libertad y la justicia, el reconocimiento de la dignidad de la persona, considerando que todo ser dotado de conciencia y razón es digno. La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que el reconocimiento de los derechos esenciales como el derecho a la vida y a la identidad; son consecuencia de los atributos de la persona humana. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, impone la protección de la mujer embarazada, de modo tal que ella pueda llevarlo adelante y por añadidura la del embrión.

En cuanto al Derecho Comparado se ven diversas posturas. Alemania atribuye la personalidad con el nacimiento, pero a su vez castiga la enajenación del embrión, su extracción previa al término del plazo de anidación para implantarlo en otra mujer o con un destino distinto al de su preservación.

El Derecho Español en su Constitución protege la vida, la integridad física y moral; en su Código Civil toma al concebido como nacido, para los efectos que le sean favorables, bajo la condición de que cuente con forma humana y sobreviva veinticuatro horas luego de separado del seno materno. Hay un doble tratamiento pues si bien el embrión es protegido por la Constitución y el Código Civil, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida permite el descarte de embriones.

Francia llega al extremo de considerar al embrión como cosa ya que cumplido el término de conservación se procede automáticamente al descarte, ya que somete el reconocimiento de la personalidad al nacimiento con vida del embrión.

Volviendo al Derecho Argentino, la jurisprudencia del caso Rabinovich sacó a la luz una situación que era desconocida por el común de la población, el gran número de embriones que se encontraban congelados en las diversas clínicas de Reproducción Asistida. Se resolvió que debía llevarse a cabo un censo de los embriones congelados el

cual quedó truncado por la falta de colaboración de los centros médicos, escudados en el derecho de privacidad de sus pacientes y la confidencialidad que debían respetar. Esto es insostenible, el derecho a la vida e identidad del embrión se encuentran por encima de la confidencialidad o a la privacidad de los pacientes. La figura del tutor especial en cabeza del Dr. Rabinovich quedó sin efecto al poco tiempo de su creación.

En un gran porcentaje los embriones se encuentran destinados a morir, por una mala conservación, o la imposibilidad de continuar su criopreservación por cuestiones económicas, a consecuencia del proceso de descongelamiento; o bien sus padres no desean hacer uso éstos, y deciden no implantarlos pudiendo darles un destino definido o no; que puede ir desde dejarlos morir hasta donarlos.

Se intentó disminuir los porcentajes de mortalidad utilizando el instituto de la adopción, pero sólo puede emplearse la adopción plena, ya que es la única forma de cortar los vínculos con la familia biológica, sin dejar de respetar el derecho a la identidad del embrión. Otra solución planteada fue la donación, opción incorrecta ya que coloca al embrión en el status de cosa, permitiendo que sea transferido de persona a persona. Los padres tienen sobre sus hijos patria potestad, que lejos de ser derechos sobre sus hijos, es un cúmulo de obligaciones, entre las cuales se encuentra dar la posibilidad de vivir a los embriones que decidieron congelar.

Permanecer inmóvil ante la muerte de los embriones es síntoma de que la sociedad ha fallado como protectora de su célula primigenia que es la familia impidiendo que el nuevo ser se desarrolle plenamente.

Consentir que deben sacrificarse embriones en pro del avance de la ciencia es considerarlos cosas de las que puede prescindirse, dejando de lado totalmente el respeto de la dignidad humana.

Es indudable la necesidad de legislación sobre este tema pero de una que contemple los avances de la ciencia, no bajo la utopía de que vayan a la par en

desarrollo, sino al menos que contenga parámetros amplios pero definidos, que permitan el avance sin el costo de la propia vida que pretende mejorar.

5. Propuesta

Podría decirse que lo necesario es una norma que contemple el caso de los embriones congelados pero no me parece correcto, sino más bien que de una vez se declare que los embriones son personas, con independencia del ámbito en que se produjo su concepción o la etapa de su desarrollo.

En cuanto a las fecundaciones in vitro, no puede permitirse que los institutos médicos que las realizan sean quienes las reglamenten, el Estado a través del Ministerio de Salud deberá crear un estatuto mediante el cual se regule ésta práctica. En el deberá incluirse la fiscalización de las prácticas, la obligación de presentar informes periódicos que sirvan para formar estadísticas para determinar el éxito de éstas técnicas relativamente nuevas; además de un archivo de las conformidades expresadas por las parejas que reciben el tratamiento. Si bien la superestimulación ovárica es parte del tratamiento no es excusa para la producción de una cantidad elevada de embriones que luego se pretendan conservar, lo prudente sería fecundar no más de tres embriones, pero con la advertencia de que todos tienen derecho a la anidación, por lo tanto deberán implantarse. En caso de que no se logre un embarazo que llegue a término prever como opción que si es el deseo de la pareja acepten adoptar un embrión de los que se encuentran en criopreservación. La criopreservación no puede permitirse, atenta contra el derecho a la vida del embrión, ya que aumenta los riesgos de muerte o malformaciones.

Si la pareja que decide someterse a la técnica de fecundación se separa luego de la fecundación del embrión, el proceso deberá continuarse, pues son padres desde el momento en que el embrión es concebido; si aun no se han unido los gametos pueden retirar su conformidad, decidiendo que harán con su material genético. Si es la mujer

quien se niega a portar el embrión no quedará más remedio que la adopción plena, no por una cuestión de diferencia entre géneros sino por la imposibilidad de obligarla físicamente a llevar adelante un embarazo.

Los embriones que se encuentren crioconservados deberán ser sometidos a la adopción plena, si bien el término no es el correcto, ya que como dijimos la adopción puede darse en personas nacidas, es la única solución que respeta el derecho a la vida y les da una oportunidad.

Es imposible contemplar todas las situaciones que pueden darse, ya que no se puede imaginar que nos depara el avance de la ciencia mañana, pero al menos tratar de reparar los errores que al momento se han producido y no han provocado más que indiferencia ante la muerte de muchos seres humanos.

Bibliografía

1.- Bibliografía General

- a. Código Civil Argentino
- b. Ley 45-2003 española sobre técnicas de reproducción asistida
- c. Ley de Protección del Embrión en Alemania n. 745/90
- d. Constitución Nacional
- e. Constitución de la Provincia de Santa Fe
- f. Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto San José de Costa Rica
- g. Declaración Universal de los Derechos Humanos
- h. Convención para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio
- i. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- j. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

2.- Bibliografía Especial

- a. Bender, Florentino V. Izquierdo, “La adopción de embriones y la legislación argentina” VI Congreso Iberoamericano de Academias de Derecho, Problemas jurídicos actuales sobre la vida y la muerte, Trabajo académico. (En línea).
Disponible en www.acj.org.co
- b. Neyro, Dr. José, “Criopreservación embrionaria y aspectos jurídicos de las tras” (En línea). Disponible en www.neyro.com/crio.html
- c. Lipcovich, Pedro, “Dos proyectos en gestación”. Revista Página 12 (revista en línea) Año 2006, septiembre. Disponible en www.pagina12.com.ar
- d. Llano, Carlos, “Fecundación artificial: de medicina a industria” (En línea).
Disponible en www.aceb.org
- e. Pino, Verónica, “La polémica de la FIV: La barrera teórica frente a la experimentación y estudios en embriones no implantados”. Regulación jurídica de las Biotecnologías. Equipo de Docencia e Investigación. (En línea).

Disponible en www.biotech.bioetica.org/i27.htm

- f. Meli, Ana Carolina, “La fecundación asistida y las técnicas de fertilización”, 1º Jornadas Nacionales de Bioética y Derecho, Año 2000, 22 y 23 de agosto, Buenos Aires, Argentina. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. (En línea). Disponible en www.aaba.org.ar/bi170p22.htm
- g. Cano, María Eleonora, “Tutor especial a los embriones congelados”, Aequitas virtual. (En línea). Disponible en www.salvador.edu.ar
- h. Zurriarán, Germán, “La dignidad del embrión humano congelado”, Revista Médica Navarra, (Revista en línea), volumen 51, Año 2007. Disponible en www.unav.es/revistamedicina/51_1/.../6-LA%20DIGNIDAD.pdf
- i. García Fernández, Dora, “Dilemas éticos y jurídicos en torno a los embriones humanos congelados”, (En línea). Disponible en www.unav.es/revistamedicina/51_1/.../6-LA%20DIGNIDAD.pdf
- j. Alfa y Omega, “Manipular la vida humana es inaceptable”. (En línea) disponible en www.comiteprovida.org/articulos.../bioetica/
- k. Dr. Rabinovich-Berkman, Ricardo, “Embriones cogelados: Un desafío surrealista”, Revista Persona, (Revista en línea) Disponible en www.revistapersona.com.ar
- l. Drs. Pommer, Ricardo; Begoña Arguello B.; Díaz-Fontevilla, Marina; Martínez, Claudia; Fuentes, Ariel; Furma, Irene; Palomino, Alberto; Soto, Emiliano; Sovino, Hugo; Devoto, Luigi. “Criopreservación de pronúcleos: Rol en el programa de fertilización asistida”, Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, (Revista en línea), Año 2003; volumen 68. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0717-75262003000400003&script=sci_arttext
- m. Peyrano, Guillermo F. “El derecho a la vida y el comienzo de la vida humana”,

Lexis Nexis-Jurisprudencia Argentina, Boletín del 2 de Abril de 2003/JA 2003-II, fascículo n. 1

- n. Ordoqui Castilla, Gustavo, “Derecho a la vida humana”, Enciclopedia de Bioética, Disponible en: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/tods-las-voces/129-derecho-a-la-vida-humana>
- o. Zambrano, María del Pilar y Sacristán Estela B., “El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia argentina”, Disponible en: <http://www.lexisnexus.com.ar/Noticias/MostrarNoticiaNex.asp>
- p. Dr. Herranz G., ¿Es racional oponerse al uso de embriones humanos para fines de experimentación?, Disponible en: www.bioeticaweb.com/content/view/106/737
- q. Ugarte, José Joaquín, “Momento en el que el embrión es persona humana”, Disponible en: www.cepchile.cl/dms/archivo_3435
- r. Stith, Richard, “¿El embrión como persona? El aporte fundamental del Derecho”, Disponible en: www.aebiotica.org/rtf
- s. Chacin Fuenmayor, Ronald de Jesús. “El embrión es vida humana”, Disponible en: www.saber.ula.ve/bitstream
- t. Badeni, Gregorio, “Derecho a la vida y aborto”, Disponible en: www.uca.edu.ar/uca/common/grupo54/files/03.pdf
- u. Carranza Latrubesse, Gustavo, “Fertilización Asistida, aproximaciones a su problemática jurídica”, Disponible en: www.acaderc.org.ar/.../fertilizacion-asistida-aproximaciones

Índice

1. Resumen.....	Página 3
2. Estado de la cuestión.....	Página 5
3. Marco teórico.....	Página 6
4. Introducción.....	Página 9

Capítulo I

Técnicas de Reproducción Asistida

1. Definición del pre-embrión y el embrión.....	Página 12
2. Técnicas de Reproducción Asistida.....	Página 12
3. Técnica de Fecundación In Vitro.....	Página 13
4. Técnica de Criopreservación.....	Página 15
4.1. Métodos de criopreservación.....	Página 16
5. Problemas que presenta la criopreservación.....	Página 17
6. Proyectos de Ley Argentinos en materia de Fecundación In Vitro y Criopreservación.....	Página 18
7. Ley de Reproducción Asistida de la Provincia de Buenos Aires, N° 14.208 y su Decreto Reglamentario.....	Página 26
8. Derecho Comparado: La Ley Española 14/2007 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	Página 29

Capítulo II

El embrión congelado como persona desde el punto de vista jurídico

1. Concepción.....	Página 34
2. ¿Desde cuándo existe persona para el derecho?.....	Página 35
2.1. Dignidad humana.....	Página 37
2.2. Código Civil.....	Página 38
2.2.1. Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998.....	Página 40
2.3. Tratados Internacionales.....	Página 41
3. El embrión como persona en términos jurídicos.....	Página 43
3.1. Protección de embriones en Alemania.....	Página 44
3.2. Personalidad del embrión en el Derecho Español.....	Página 45
3.2.1. Convenio de Oviedo.....	Página 46
3.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional de España.....	Página 47
3.3. Comienzo de la personalidad legal en el Derecho Francés....	Página 47
4. Tutor especial de los embriones congelados.....	Página 49
5. Destino de los embriones criopreservados.....	Página 51
5.1. Muerte del embrión.....	Página 53
5.2. Adopción prenatal de embriones.....	Página 55
5.3. Donación de embriones.....	Página 56

Capítulo III

Derecho a la vida del embrión congelado

1. Derechos del embrión.....	Página 60
2. Derecho a la vida.....	Página 62
2.1. Vida.....	Página 62
2.2. Orígenes del Derecho a la vida.....	Página 62
2.3. Tutela de la vida humana.....	Página 63
2.4. Derecho a la vida en los Tratados Internacionales.....	Página 65
2.5. Derecho a la vida en la Constitución Nacional.....	Página 66
2.6. Derecho a la vida en el Derecho Comparado.....	Página 67
3. El derecho a la vida de los embriones congelados.....	Página 70
3.1. Fallo “P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias.....	Página 75
4. Conclusión.....	Página 78
5.Propuesta.....	Página 81

Bibliografía

1. Bibliografía General.....	Página 83
2. Bibliografía Especial.....	Página 83