

## PONENCIA

### Libro I

siguiente: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

### Libro II

sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza".

#### I. Introducción

Análisis del artículo 19 del proyecto de unificación y reforma del Código Civil argentino.

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

¿El derecho civil reconoce la personalidad al ser humano o la concede? El primer punto a considerar es el referido al sentido mismo de la noción de persona humana en el Código Civil. Se trata de determinar si la personalidad jurídica del ser humano es una herramienta en manos del legislador para utilizar en función de ciertos intereses u objetivos o si, por el contrario, se trata del reconocimiento de una realidad preexistente.

La cuestión sobre el comienzo de la existencia comenzó a plantearse seriamente a partir del nuevo panorama presentado por los avances de la ciencia y la biología. Se produjo una desconstrucción de la reproducción humana donde ya no están íntimamente unidos el acto sexual y la procreación. Por la acción de los contraceptivos se amputó a las relaciones sexuales la consecuencia de la procreación, y por la acción de la reproducción humana asistida se hizo posible la procreación de individuos sin la relación sexual correspondiente.

Los grandes avances que ha producido la ciencia en los últimos años han generado un panorama que en muchos casos el derecho no ha acompañado o no ha alcanzado. Porque no todo lo que la ciencia innova es lícito, moralmente bueno o dignifica al hombre, es deber del Derecho realizar un análisis crítico y en su caso regular o limitar lo que la ciencia propone. Con esta postura no nos estamos oponiendo a los avances de la ciencia, simplemente reconocemos al Derecho su papel de regulador de las conductas sociales para lograr una convivencia pacífica y para llevar al hombre a

realizarse como persona; y la ciencia no está por fuera del ámbito del Derecho, surge en el marco de una sociedad, por lo tanto sus postulados no pueden ser tomados como absolutos e irrefutables. La tecnología debe servir al progreso del hombre. Se afirma que las transformaciones introducidas por los descubrimientos biológicos de los últimos treinta años son revolucionarias<sup>1</sup>. Por efecto de la capacidad de intervenir en los procesos reproductivos y hereditarios, hoy se puede pensar seriamente en la posibilidad de intervenir y cambiar intencionalmente la naturaleza biológica de los animales y del hombre mismo. Su naturaleza revolucionaria radica en que si bien hemos sido una especie que crea entornos pasa su supervivencia, ahora nos encontramos frente al problema de convertirnos en una especie que se crea a sí misma, pasando hacia un nivel de autodeterminación consiente.<sup>2</sup>

1 Gorki Gonzales Mantilla. *La consideración jurídica del Embrión In Vitrio*. Biblioteca del derecho contemporáneo

2 Grobstein, C. *From chance to purpose. An of external Human Fertilization*. London, Addison-Wesley publishin Company, 1981.

3 Ectogénesis son informes de embriones mantenidos en cultivo de laboratorio durante un período de hasta siete días. Se ha expresado la preocupación ética de que tales prácticas puedan llevar al cultivo externo de embriones hasta alcanzar el desarrollo de un recién nacido.

Son dos los grandes acontecimientos de la ciencia que han marcado las premisas: El desarrollo de la ingeniería del ADN (ácido desoxirribonucleico) o genética y la fecundación in vitro como tecnología reproductiva usada en el ser humano. A través de la primera se puede pensar en la posibilidad de dirigir y guiar el proceso evolutivo de la especie humana. La fecundación in vitro, por otro lado, constituye el pasaje obligado que abre camino a las demás tecnologías reproductivas: gestación subrogada, clonación, ectogénesis<sup>3</sup>.

Son estas las razones que permiten valorar como revolucionarios los descubrimientos en la biología, y que implican para el derecho un imperativo de mantenerse actualizado para dar respuesta crítica, centrada en el BIEN del hombre frente a estos avances.

En este artículo nos proponemos realizar un somero análisis sobre las técnicas de reproducción humana asistida, luego una consideración del status del embrión obtenido como consecuencia de la Fecundación In vitro, todo a la luz de proyecto de código que pretende establecer una valla desde donde comenzaría a ser persona el individuo, y realiza una injusta discriminación entre los embriones según el modo en que fueron concebidos.

## **II. La reproducción humana asistida**

Las técnicas de reproducción humana asistida son métodos que surgieron con el propósito de suplir la esterilidad de la persona humana. Actualmente existen una gran variedad de éstos métodos. Los dos más conocidos y difundidos son La inseminación artificial (IA) y la fecundación in vitro (FIV), que a su vez puede ser homóloga o heteróloga según intervengan o no terceros (donantes de gametos) ajenos a la pareja solicitante.

**La inseminación artificial:** Es el método por el cual la unión del espermatozoide y el ovulo se realiza dentro del cuerpo de la mujer, pero el proceso es llevado a cabo por un médico. La IA es técnicamente simple; consiste en depositar artificialmente semen en la mujer para que luego se produzca la fecundación.

**La Fecundación In Vitro (FIV):** Son los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía distinta de la unión natural del varón con la mujer. La FIV se ha convertido en uno de los más exitosos métodos para el tratamiento de infertilidad. Se calcula que a nivel mundial ya han nacido alrededor de 1.2 millones de niños con éste método. Durante la FIV se unen artificialmente el óvulo materno con el espermatozoide paterno en una probeta, para posteriormente insertar el embrión ya formado en el útero de la mujer.

La FIV se inicia con la inducción –mediante medicación- de una ovulación múltiple en la mujer, ya que ésta normalmente sólo produce un óvulo en cada ciclo menstrual. Luego se colocan esos óvulos y fuera del vientre materno se ponen en contacto con los espermatozoides obtenidos del varón. Después de que la fecundación se ha dado in vitro, los nuevos embriones serán implantados en el útero de la madre artificialmente por los médicos, quienes implantarán más de uno para asegurar el éxito del procedimiento. Los embriones “sobrantes” de la FIV (concebidos pero no transferidos al útero de la madre) son congelados para su almacenamiento, o descartados o usados para la experimentación. Son estos embriones los que según el artículo 19 del proyecto de unificación y reforma del código civil no gozan de ninguna protección jurídica, ya que el legislador arbitrariamente les niega el carácter de personas dejándolos en un total desamparo, sin brindarles ninguna protección jurídica lo que podría generar abusos y manipulación por el total desamparo al que son sometidos estos individuos.

En caso de que más de un embrión se implante exitosamente, el médico y la paciente discuten si ésta desea aceptar más de un bebé o si prefiere la eliminación de los embriones “extras”. Si la madre altruistamente decide llevar a término el embarazo de varios embriones, está expuesta a un riesgo más alto de complicaciones médicas.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Luis E. Raez. Riesgos y problemas de la fecundación in vitro, desde la clonación hasta la destrucción de embriones.

Nos vamos a abocar a un análisis de la FIV, porque consideramos que es la que genera la situación de desamparo del embrión, objeto de análisis del presente artículo. Más allá de las complicaciones técnicas de la FIV como los riesgos médicos para la mujer al ser sometida a la hiperovulación o un eventual embarazo múltiple, el principal problema que generan estos métodos es la posible cosificación de la vida, usada como “materia humano de experimentación”. Y además se da el paso jurídico y social desde la existencia de una sola maternidad-paternidad a una cooperativa de progenitores y constructores de la concepción. Este punto lo desarrollaremos más adelante cuando veamos la FIV heteróloga.

Otro aspecto cuestionable de la FIV es que por cuestiones de la imperfección de la técnica, se deben fertilizar más de un embrión por el riesgo a que un único no “prenda”. Ésta construcción de más embriones de los que pueden ser necesarios, genera un “sobrante” de embriones que pueden ser suprimidos o destinarse a la experimentación.

...”Los embriones supernumerarios son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o medico, reducen en realidad la vida humana a simple “material Biológico” del que se puede disponer libremente”...

Juan Pablo II

Esto equivale a rebajar la experimentación con embriones al nivel de la experimentación en animales, con lo cual se llega simple y llanamente a la negación del carácter humano del embrión mismo. Si bien las técnicas de FIV fueron propuestas con la intención de remediar la infertilidad de la pareja, intención altamente humana y respetable, por encima de las intenciones, la tecnología tiene su dinámica propia y ha abierto también sucesivas posibilidades de rebajamiento del embrión humano<sup>5</sup>, desconociendo un punto de partida fundamental de toda ciencia que es reconocer y respetar el valor inalterable de la vida humana...

Naprotecnología

<sup>5</sup> Elio Sgreccia, *Manual de bioética. Fundamentos y ética biomédica*.

#### **La FIV heteróloga**

Esta variante de la FIV se configura cuando interviene un tercero ajeno a la pareja para permitir la fecundación y nacimiento del embrión in vitro. La intervención puede ser de dos tipos: como donante de gametos ya sea de óvulo o de esperma; o a través de la práctica de la llamada surrogate mother, madre de alquiler o sustituta.

Cualquiera de estas formas de intervención configura un abuso y plantean cuestiones morales y jurídicas muy profundas.

En primer lugar, respecto del niño concebido por estos medios. Estas intervenciones atentan contra su derecho a la identidad, creando una filiación ficta. Los donantes tienen derecho a permanecer en el anonimato, y el vínculo filial se establece con los padres que “encargaron” al niño, bajo la nómina de la “voluntad procreacional” de los padres. Al analizar este aspecto, nos damos cuenta que en realidad estas técnicas de fecundación artificial están centradas en el interés de los adultos de tener descendencia, creando una especie de derecho al hijo. Se cosifica e instrumentaliza al nuevo ser, y lo que es peor se atenta contra su dignidad humana por la forma en que es “creado”. En este aspecto no se sigue el principio reconocido por numerosos tratados internacionales de jerarquía constitucional en donde se declara que se debe respetar el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. Este interés está frustrado por el deseo de los adultos de tener un hijo, y tenerlo a costa de cualquier cosa. La voluntad procreacional no puede violar el Derecho inviolable del niño a construir su verdadero vínculo filial. Por lo tanto construir fictamente vínculos jurídicos

de maternidad o paternidad en base a la sola voluntad (voluntad procreacional), borrando la realidad biológica de esa persona es una solución constitucional y moralmente refutable, mas si tenemos en cuenta el principio rector de respetar el interés superior del niño y su derecho absoluto a la identidad que no puede ser caprichosamente suprimido o alterado.

En segundo lugar, se pone en duda la validez de los actos jurídicos configurados por la donación de gametos y el "alquiler" de vientre. Todo parece indicar que el objeto de estos contratos no es lícito ni moral ni disponible por la voluntad privada.

La maternidad subrogada en particular, es un acuerdo mediante el cual algunas mujeres mediante una retribución han llevado a término por cuenta de terceros la gestación de embriones fecundados IN VITRIO con óvulo y esperma de otras personas comitentes. Se origina así una manipulación de la copropiedad de un hijo que recibe el patrimonio genético de dos personas, mientras recibe la sangre, el alimento y la comunicación vital intrauterina (con consecuencias incluso psicológicas y psíquicas) de otra persona, la madre sucedánea. Todo esto configura abusos tanto contra la unidad del matrimonio, como contra el hijo, que llega a ser tratado así como un ejemplar animal y no como una persona que tiene el derecho de reconocer a sus propios padres y de identificarse con ellos.<sup>6</sup> Pareciera que éste acuerdo constituye una locación de servicio; la gestación sería el servicio prestado por la madre sustituta (locadora). Pero también podría configurarse una compraventa, cuya finalidad es la entrega del "producto" y entonces el objeto del contrato sería el niño. La práctica indica que parte del dinero se entrega al final del embarazo, después del parto. Y si el hijo nace deforme, la pareja que lo encargó puede rechazarlo pues ¿por qué aceptar y pagar un producto que no satisface la demanda?<sup>7</sup> Se da una mercantilización del cuerpo de la mujer y una comercialización de la procreación con una gran industria de la fertilización con carácter global y sin ningún tipo de regulación.

<sup>6</sup> Elio Sgreccia, Manual de bioética. Fundamentos y ética biomédica

<sup>7</sup> M.L. DI PIETRO, Analisi comparata delle leggi e degli orientamenti normativi in materia di fecondazione artificiale, a.c.

En la instrucción Donum Vitae se considera éticamente inaceptable la maternidad subrogada "sustitutiva" por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: porque es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana (DV p.II, n.3). Además con éste método se ataca no sólo a la unidad conyugal sino también a la unidad paternal, a la estrecha relación entre padres e hijos.

En tercer lugar, la FIV puede dar lugar a un salto hacia la Eugenesia, definida por Francis Galton como la ciencia que trata sobre todas las influencias que mejoran las cualidades innatas de una raza, y también con aquellas que las desarrollan hasta la mayor ventaja. Esta finalidad eugenésica en las técnicas de FIV se vislumbra desde un primer momento en la selección de donantes. El objetivo de esta selección es el de dar a la pareja que lo solicita no sólo el hijo deseado sino además el mejor hijo. Un interesante caso se dio en EEUU, en la universidad de Stanford. En su periódico universitario "The Stanford Daily" apareció un anuncio donde una pareja solicitaba una "genio donante de óvulos" para ayudarnos a construir nuestra familia, obtendrá una

excelente compensación. El anuncio además proponía un ejemplo de donante de óvulos ideal: Mujer de 21 años, estudiante de la Universidad de Stanford, con un promedio de calificaciones, casi perfecto SAT, varios premios en la escuela secundaria y la universidad. Ella sería donante de óvulos con el fin de ayudar a traer un niño al mundo con los mismos dones especiales que posee.<sup>8</sup>

8 The Stanford Daily, An independant publication. Volumen 241 issue33. www.stanforddaily.com

Pero este nuevo impulso al recurso eugenésico es perseguido no solo con la selección de donantes, sino también con la selección de los gametos y de los embriones con la posterior eliminación de los embriones que no poseen las características requeridas. Entonces hay un criterio de superioridad que busca eliminar a quienes estén por debajo de ese criterio. Aparentemente estas prácticas guardan una estrecha analogía con lo que sucedió en los campos de concentración de la Alemania nazi, donde se buscaba purificar la raza humana, eliminando lo que estuviera por debajo del criterio.

### III. El embrión en estado de pre-implantación

El estatuto Moral del embrión pre-implantado

Un tema central y de previa consideración sobre el embrión pre-implantado, es el de su Estatuto. Entendemos por estatuto de individuo o persona humana aquél mediante el cual se reconoce al individuo una dignidad de la que emanan los derechos atribuibles a todos los seres humanos.

Existen opiniones totalmente divergentes respecto al momento en el cual el embrión se convierte en un verdadero ser humano o persona humana. Sobre esto se han desarrollado diferentes teorías sobre el momento que se lo puede considerar Persona Humana: Algunos identifican a la **concepción** como el indicador del inicio de la vida humana; otros en la **anidación**, cuando el embrión se implanta en el útero materno ( aproximadamente en la segunda semana de gestación); el **inicio de la actividad cerebral**; cuando desarrolla la **capacidad de experimentar dolor**; cuando es posible la **viabilidad** fuera del útero ( aproximadamente en la vigésima cuarta semana de gestación); en el **nacimiento** o en una **fase sucesiva** a su nacimiento.

En muchos casos esto no es una cuestión científica sino filosófica o antropológica.

La gran variedad de momentos considerados como inicio de la existencia como individuo humano hace muy difícil la discusión sobre el estatuto del embrión. Resulta necesario indagar qué criterios se usa, y qué antropología toman las distintas posturas como punto de partida para llegar a las conclusiones que llegan. Según Willem Jacobus Eijk en su artículo titulado "Los criterios de la individualidad orgánica y el estatuto bioantropológico del embrión preimplantatorio", los criterios utilizados se dividen en dos grandes grupos:

**Criterios extrínsecos** que no derivan del embrión en cuanto tal sino de factores externos a él. Encontramos tres criterios de este tipo:

1. Las relaciones humanas: El embrión se convierte en individuo humano desde el momento en que instaura relaciones con otros individuos humanos. Un ejemplo de esto es el embrión que fue querido y buscado por los padres. En el caso en que no se haya dado una intencionalidad de los padres en concebir un hijo, o que éste haya sido un accidente, el embrión no tendrá un estatuto específicamente humano.

2. La ley positiva: El embrión se convierte en individuo humano desde el momento en que es reconocido como tal por la ley positiva: Es evidente que la ley positiva protege y garantiza los derechos objetivos de todos los individuos. Sin embargo ciertas cuestiones que tienen que ver con reconocimiento de derechos no pueden ser producto del consenso democrático, porque son inherentes al individuo y hacen a su dignidad de persona humana. Acá se aplica la tan popular frase "Los derechos humanos NO se plebiscitan" Sería extremadamente peligroso que una sociedad determinase a través de la consecución de un consenso, qué estatuto se debe atribuir a las personas humanas o a ciertas fases del desarrollo. Se correría el riesgo de que las mayorías no respeten el derecho de las minorías o que los más fuertes se organicen y desprecien el derecho de los más débiles. Cuando una mayoría parlamentaria decreta la legitimidad de la eliminación de la vida humana aún no nacida, aunque sea por ciertas condiciones, ¿Acaso no adopta una decisión tiránica respecto al ser humano más débil e indefenso? El valor de la democracia se mantiene o cae con los valores que encarna y promueve: Fundamentales e imprescindibles son la dignidad de la persona humana, y el respeto por sus derechos inviolables e inalienables.

3. La posibilidad de desarrollo: El embrión solo puede ser considerado un individuo humano si subsiste la posibilidad de un desarrollo ulterior: Según este criterio, el estatuto del embrión que fue concebido por fecundación in virio sería el de una persona posible, ya que si no es implantado en el útero materno, no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir. El embrión que fue destinado a ser transferido al útero materno tendría un estatuto superior: el de una persona potencial, con la posibilidad efectiva de desarrollarse. Según estas premisas entonces el estatuto del embrión pre-implantado depende exclusivamente de la voluntad y arbitrio de los progenitores y del médico que lleva adelante las técnicas FIV los cuales sin ningún límite pueden decidir sobre el destino de estos seres.

Criterios intrínsecos se remiten a algunas características del embrión mismo. Ellos son:

1. La independencia del cuerpo de la madre: el embrión se convierte en un individuo humano desde el momento en que deja de ser una parte del organismo de la madre

2. La naturaleza biológica humana: el embrión es un individuo humano por el simple hecho de ser biológicamente un ser humano

3. La individualidad: el embrión se convierte en individuo humano sólo desde el momento en que ya no puede dividirse dando vida a un gemelo o unirse a otro embrión



4. El ser persona: el embrión se convierte en individuo humano, cuando llega a ser persona humana

5. La finalidad intrínseca: El embrión, aunque no sea todavía individuo humano, debe ser respetado como tal por su finalidad intrínseca, o sea, por el hecho de que llegará a serlo.

En los últimos años se ha desarrollado una corriente que sostiene que existe un proceso de humanización gradual o crecimiento gradual de la dignidad del embrión, lo que implica condicionar la protección del embrión a su grado de desarrollo. En efecto se distinguen varias fases del desarrollo vital pre-natal entre la concepción y el nacimiento. Se pueden diferenciar tres estadios diferentes: Pre-embrión (o cigoto), embrión y feto. La primera de estas fases, antecedida por la fecundación en la cual se produce la fusión entre los gametos tiene una duración aproximada de 14 días, hasta su implantación en la cavidad uterina. La segunda, se refiere al embrión propiamente dicho y comprende la fase posterior a la implantación del cigoto en la matriz hasta dos meses y medio después, en cuyo periodo se produce el desarrollo de los órganos como el cerebro y el corazón, y las estructuras corporales, cabeza, tronco y miembros (organogénesis). Se reservaría el nombre de feto para la fase más avanzada del desarrollo embriológico, se designa con este término al embrión con apariencia humana y con órganos formados.

Cabe aclarar no obstante estas divisiones, que las células del embrión en su estadio inicial (pre-embrión o cigoto) tienen cualidades únicas, a causa de la posesión de un código genético capaz de dirigir a la célula para transformarse en un adulto. El embrión precoz debe ser considerado un ser único e indiviso, además posee una unidad orgánica-genética, funcional y ontológica. Ésta unidad permite afirmar que todo lo que el hombre llegará a ser, está ya embrionariamente en aquel punto de partida (fecundación) porque así lo tiene ordenado en su propio código genético.

Es decir que la evidencia de estadios vitales cronológica y biológicamente diferenciables, no niega la presencia de vida humana antes de la implantación del embrión in vitro en el útero.

Independientemente de la cosmovisión que cada uno adhiera, a la luz de los logros más recientes de la medicina y la embriología, se pueden establecer algunos puntos esenciales reconocidos universalmente por todos:

El embrión humano en la fase de pre-implantación es

1. Un ser de la especie humana
2. Un ser individual distinto a la madre
3. Un ser que posee en sí la finalidad de desarrollarse en cuanto persona humana y a la vez la capacidad intrínseca de realizar ese desarrollo.

¿Se puede sostener que el embrión humano en la fase de pre-implantación es ya una persona? La respuesta a esta pregunta se trata de una interpretación filosófica, no científica. Pero a partir de datos biológicos de los que se dispone, no existe ninguna razón significativa que lleve a negar que el embrión sea ya persona en esta fase, partiendo de una interpretación de tipo sustancial del concepto de persona, es decir, referida a la misma naturaleza humana en cuanto tal, rica en potencialidades que se expresarán a lo largo de todo el desarrollo embrionario y también después del nacimiento.<sup>9</sup>

#### **IV. Conclusión**

Podemos concluir sosteniendo que el embrión in vitro es una vida humana que debe protegerse por razón de tal, como bien jurídico tutelado en orden a su especial estado de indefensión. Resulta inadmisibles negarle protección jurídica, por el contrario de deberá instituir limitaciones, prohibiciones y sanciones específicas que eviten cualquier tipo de manipulación, "cosificación" o cualquier otro destino distinto a su finalidad intrínseca que es la posibilidad de desarrollarse.

El artículo 19 del proyecto de Unificación y reforma del Código Civil niega el reconocimiento de persona al embrión no implantado, y no establece ningún tipo de protección legal, realiza una injusta discriminación entre las personas según el origen de su concepción. Estos aspectos pone en duda la constitucionalidad de dicho artículo.

Por otro lado prescribe: ..." sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado." Sin embargo, al analizar el proyecto de ley que recientemente recibió media sanción en Diputados (27/6/12), la situación de DESAMPARO de los embriones no implantados se intensifica enormemente. Se trata de un proyecto de muy mala factura técnica y que es inconstitucional:

Por ignorar la dignidad del embrión humano y sus derechos fundamentales, al tratarlo como una "cosa",

Por vulnerar el derecho a la vida al legalizar unas técnicas que tienen altas tasas de muerte de niños concebidos,

Por manipular la identidad de los niños a través de la donación de gametos,

Por no contener ninguna sanción ni administrativa ni penal para proteger los derechos fundamentales,  
Por ignorar el derecho a la objeción de conciencia, tanto personal como institucional.  
El Estado Argentino paladín en la defensa de los Derechos Humanos no puede desconocer y despreciar el derecho a la vida y a la dignidad de la persona humana en sus primeras etapas de vida. Si un pueblo no respeta a los más vulnerables y no protege a los más débiles, está condenado al fracaso.

***Nicolás Santander***