

## **LIBRO SEGUNDO: DE LAS RELACIONES DE FAMILIA**

Derecho a la identidad en los niños concebidos por fecundación artificial

Orientadoras Familiares Mariela Blanco, Amalia Bonelli y Silvia De Benedetti

### **CUATRO PILARES**

#### **Introducción**

Tomamos como marco conceptual para esta exposición lo manifestado en nuestra Constitución Nacional, que a partir de la reforma de 1994, incluyó como atribución del Congreso de la Nación la de: *"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad."*

#### **Algunas consideraciones generales**

Basándonos en lo ordenado en la Constitución Nacional y teniendo en cuenta lo dispuesto en el título I, capítulo I, artículo 19° del proyecto de modificación al Código Civil, se establece que la existencia humana comienza con la concepción en el seno materno.

Esto también lo afirma la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 6° al manifestar que *"todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en todas partes y sin distinción de condición alguna"*. Teniendo en cuenta lo antes expuesto sostenemos que la ciencia enseña que la vida humana comienza desde el momento de la concepción, en la que se configura un ser humano nuevo, único e irrepetible.

No obstante ello, vemos como un acto de discriminación la segunda parte del artículo 19° en el que se sostiene que *"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"*. En este sentido opinamos que, como no hay diferencias ontológicas entre los embriones y a algunos se les niega su status básico y a otros no, es de este modo que se comete un acto de injusticia ya que a algunos se los considera personas y a otros se les niega este derecho.

Asimismo cabe preguntarse por la situación jurídica de estos embriones humanos no implantados, que quedan en un estado de absoluta desprotección, abriendo muchas posibilidades de atentar contra la vida de verdaderos seres humanos inocentes e indefensos.

Sería conveniente que, paralelamente a la sanción de la ley de esta reforma, se apruebe una ley especial de protección del embrión no implantado (con el fin de evitar infracciones

presentes y/o futuras contra la dignidad de la vida humana) y no dejar este vacío legal por tiempo que no se puede determinar.

Cabe aclarar que se plantean muchas cuestiones morales en relación a los embriones no implantados y que estos no se salvan omitiendo su dignidad y sus derechos, por eso se hace imprescindible la inmediata sanción de una ley que los proteja.

Hacemos una mención especial a las dudas que nos genera la poca claridad en relación a la protección de los derechos del niño. No obstante destacamos que, en el artículo 26° queda expresado claramente el derecho que tiene el menor de edad a *“ser oído en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”*. Los interrogantes se plantean en el tipo de decisiones a las que puede acceder a decidir un menor de edad, ya que, al ser tan amplia la afirmación pueden incluirse varias cuestiones en la que sería conveniente que cuenten con la asistencia de sus progenitores.

En este mismo artículo 26° se establece que los adolescentes (persona menor entre 13 y 16 años) pueden decidir por sí *“respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”* y más adelante sigue *“a partir de los 16 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”*. Compartimos en parte estas disposiciones ya que hay tratamientos, que no siendo invasivos, pueden requerir el consentimiento de sus padres.

Retomando lo expresado en la Constitución Nacional, en relación a que se debe *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, ...”* es que remarcamos la necesidad de ser una sociedad que, principalmente, privilegie los derechos e intereses de los niños por sobre los de los adultos.

Con esto queremos señalar que en la regulación de algunos efectos de las técnicas de fecundación artificial, dado que se privilegia un supuesto “derecho al hijo”, por sobre los derechos del hijo a la vida, al respeto y a su dignidad como persona, como así también a tener padres.

Es común que este tipo de técnicas prioricen la selección de los embriones más aptos descartando al resto y este proyecto no prevé que se evite este injusto acto.

Igualmente, se vulnera el derecho a la identidad cuando queda sujeto a la voluntad de los adultos y se discrimina así entre categorías de hijos con más o menos derechos según el modo en que fueron concebidos.

Por último, y haciendo una única mención al tema de adopción si bien se avanza, no se privilegia el interés superior de los niños, que consiste en tener padres. **La adopción debe tener en mira ese interés integral de los niños, y no el deseo de los adultos.**

## **Algunas opiniones sobre Fertilización Asistida**

En la Constitución Nacional se contempla el derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido éste como el equilibrio psico-físico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75 inc. 22).

Como introducción definatoria podemos afirmar que las técnicas de fecundación artificial son procedimientos encaminados a la concepción de un ser humano por una vía distinta de la unión sexual entre varón y mujer.

Vale afirmar que, dependiendo del lugar donde se produce la concepción se clasifican en intracorpóreas (la concepción se produce dentro del cuerpo de la mujer) o extracorpóreas (se produce fuera del cuerpo de la mujer) y que según el origen de los gametos, se clasifican en homólogas (los gametos provienen del matrimonio que se somete a las técnicas) o heterólogas (los gametos provienen de terceros).

En cuanto a las finalidades de las técnicas de fertilización asistida ya no se limitan a situaciones de esterilidad o infertilidad y comprenden finalidades como: concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad; evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo; concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo; concebir un hijo por pura "voluntad procreacional", ya sea para que el hijo posea ciertas características deseadas o en atención a particulares razones de los progenitores o concebir embriones a los fines de experimentación.

No obstante esto, creemos que no todo lo que es técnicamente posible y deseado en el manejo de la vida es necesariamente ético y respeta su dignidad.

En el derecho comparado podemos ver que existen países que han limitado los daños provocados por el uso de estas técnicas, restringiendo el acceso a ellas a los matrimonios formados por varón y mujer, y prohibiendo la crioconservación de embriones, entre otras restricciones. Es particularmente grave la posibilidad de fecundación post-mortem, ya que no es aceptable permitir deliberadamente orfandades amparadas por la ley.

Haciendo una breve referencia a la defensa de los derechos de las mujeres es necesario reconocer un mínimo avance, en este sentido. Pero al mismo tiempo, resulta ofensiva a la dignidad de las mujeres y de los niños la posibilidad de la existencia del alquiler de vientres. No es consistente con las tradiciones jurídicas, principios, valores y costumbres de nuestra sociedad. Es nuestro parecer que hay una cierta degradación de la mujer y que puede generar mucha más desigualdad por la explotación para estos fines de mujeres pobres. De esta manera no se atiende al vínculo psicológico que se establece entre la madre gestante y su niño.

Cabe mencionar que el proyecto de ley, que propone modificar el Código Civil, regula sólo los efectos filiatorios de la fecundación artificial no contemplando objeciones de fondo éticas y jurídicas que merecen ser tenidas en cuenta en este tipo de técnicas y que, de manera general, podrían enumerarse:

- Cosificación del niño por nacer y la introducción de una lógica productiva en la transmisión de la vida humana, disociando la sexualidad y la procreación.
- Afectación del derecho a la vida de los niños concebidos por estas técnicas, ya sea por su eliminación deliberada, como por las altas tasas de mortalidad que presentan las técnicas para lograr un nacimiento vivo.
- Afectación del derecho a vivir de los niños, por la crioconservación de embriones.
- Afectación del derecho a la identidad de los niños, sobre todo por la aplicación de las técnicas heterólogas.
- Violación del derecho a la igualdad, los embriones a transferirse son seleccionados.

El artículo 564 del proyecto, referido a la información en las técnicas de reproducción asistida, dispone que: *“la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.*

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

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

Por lo antes dicho se establece que la donación será anónima, manteniéndose en secreto los datos acerca de la identidad del donante no teniendo el niño acceso a esta información de no mediar la autoridad judicial o cuestiones de salud.

Cabe aclarar que, tanto para la ciencia como para el derecho, el embrión concebido por estas técnicas, ya sea dentro o fuera del seno materno, es persona por nacer. Como dijimos anteriormente esto también se refleja en la Constitución “persona es todo ser humano” (cfr. art. 75 inc. 22, Constitución Nacional y Pacto de San José de Costa Rica, art. 1 inc. 2).

También en la Convención de los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional, se reconoce que la existencia de la persona comienza desde la concepción y por el Código Civil el embrión humano recibe el nombre de “persona por nacer” y está sujeto desde la concepción a la patria potestad (arts. 63, 70 y 264).

A continuación, y como parte de la exposición se comparte un informe del Ministerio de Sanidad de Italia del año 2011, con referencia a datos del 2009, brinda estadísticas oficiales sobre la efectividad de las técnicas extracorpóreas:

- 39.775 parejas comenzaron un ciclo de FIVET o ICSI
- Hubo 43.257 extracciones, obteniéndose 285.042 óvulos, con un promedio de 6,6 óvulos por extracción.
- Se obtuvieron en total 99.258 embriones como resultado de la fecundación
- De estos, fueron transferidos 91.921 embriones de la probeta al útero materno.
- Se implantaron con éxito 9.940 embriones de los transferidos. Sólo el 3.5% de los óvulos extraídos y sólo el 10% de los embriones iniciales terminaron implantándose.
- los nacidos vivos fueron 8.043. Es decir, de los embriones totales (99.258) sólo nacieron el 8.1%.
- Con respecto a la cantidad de óvulos extraídos (285.042), si sólo 8043 resultaron en un nacimiento, quiere decir que la tasa de éxito por óvulo extraído es más baja aún:  $8043 / 285.042 = 0.028$ , aproximadamente un 3%
- Sin considerar todavía que 7.337 embriones fueron crioconservados

Fuente: [http://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_publicazioni\\_1568\\_allegato.pdf](http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_1568_allegato.pdf)

En este punto cabe preguntarse qué sucede con los embriones crioconservados y que no se encuentran contemplados en este proyecto.

Brevemente se puede decir que la crioconservación de embriones consiste en el congelamiento de embriones para poder disponer de una reserva de los mismos en caso de necesitar nuevos intentos de transferencia de ser que fracasan intentos anteriores. Por este motivo son concebidos fuera del cuerpo de la madre numerosos embriones planteándose el siguiente dilema: si todos son sus “transferidos” en una misma oportunidad, se corre el riesgo de un embarazo múltiple, mientras que si se transfieren “algunos” de éstos (seleccionados por el médico), surge el interrogante de qué hacer con los “sobrantes”.

Otros datos que pueden aportarse:

Eficacia de la Reproducción Humana:

Tasa de concepción por ciclo menstrual en una pareja joven, sana, con relaciones sexuales frecuentes, sin medidas anticonceptivas es:

45%.....10% se pierde imperceptiblemente en la menstruación

.....10% se pierde como aborto clínico

25% (tasa de fertilidad efectiva)

Luego de los 35 años es del 20%

Luego de los 40 años es del 15%

Nadie puede dudar que el deseo a tener un hijo es, en sí mismo, totalmente legítimo y signo afirmativo de un amor conyugal que quiere crecer y ser completo en todas sus expresiones.

No obstante es conviene que el comprensible y lícito "deseo de un hijo" no se transforme en un pretendido "derecho al hijo", incluso "a toda costa".

Consideramos necesario que sean apoyados todos los esfuerzos que la medicina moderna pueda poner en marcha para intentar la curación de las diversas formas de esterilidad.

Cómo se realiza la técnica de fertilización asistida:

1. Inducción de la ovulación

2. Inseminación artificial

En estos dos métodos no se producen embriones congelados.

### Fertilización in vitro

1. GIFT Transferencia de gametos

2. ICSI (en esta el espermatozoide se inyecta dentro del citoplasma de cada óvulo).

3. ZIFT Transferencia de embriones

- a) Se eligen los 2 o 3 más aptos para ser implantados en el útero de la futura madre con la esperanza que alguno de ellos pueda llegar a término, ya que generalmente no todos lo logran.
- b) Se congela el resto para ser usados en caso de fracasar el primer intento ó, si éste tuvo éxito, para engendrar futuros hijos

Se trata de vidas humanas que pueden:

- 1) Guardarse para un posterior "uso" personal
- 2) Donarse a otras parejas infértiles (también llamada "adopción prenatal")
- 3) Permitir su "uso en investigación - experimentación científica" o simplemente.
- 4) Destruirlos ("debemos ejercitar los deseos de los padres").

Cuando son numerosos los embriones que se implantan, proceden a una "reducción selectiva", para no llamarlo aborto selectivo de vida humana, con la excusa de mejorar la esperanza de vida para aquellos que sobrevivan a tal "selección".

¿Qué sucede con el congelamiento?

1. El proceso de congelación es tóxico.
2. Los embriones descongelados pueden tardar más tiempo en alcanzar el estadio de blastocisto.
  1. Hay pérdida de viabilidad de hasta el 50% o más de sus células.
  2. Del 70% de supervivencia de los embriones crioconservados, sólo el 50% culmina su desarrollo".
  3. Al menos un 20% de los embriones no resiste la congelación (muere).

¿Qué se utiliza para el congelamiento?

Nitrógeno líquido, con lo que se consigue una temperatura de 196°C bajo cero.

Ideal "- 273°C", es decir el cero absoluto, pero debería usarse hidrógeno líquido, que es sumamente costoso y altamente explosivo, razón por la cual es una sustancia que únicamente se utiliza como combustible en la NASA.

El proceso de envejecimiento celular continúa, lenta pero inexorablemente, ya que no se pueden cumplir adecuadamente los procesos de reparación celular por lo cual muchas células mueren con el tiempo, y lo mismo ocurre con los embriones, los cuales, como vemos, están condenados a muerte.

Sostenemos que deben ser respetados los derechos del embrión:

- 1) a nacer

2) a continuar su desarrollo luego de la concepción a fin de lograr su integridad física y psíquica

3) a ser tratado como persona y no como objeto susceptible de ser destruido, congelado o comercializado

4) a no ser discriminado por enfermedad

5) a no ser manipulado.

Los embriones o aún los ovocitos pronucleados son sujeto de derechos y por lo tanto deben arbitrarse las medidas que aseguren su dignidad, su vida y su identidad.