

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PATAGONIA – SAN JUAN BOSCO

FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS

SEDE TRELEW

Trabajo final integrador: Especialización en Derecho Penal.

TÍTULO: “Lineamientos generales de una futura ley de protección del embrión humano no implantado”.

Alumno: Humberto González.

Director: Dr. Fernando Omar GÉLVEZ.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	4.
2. CONCEPTOS.....	7.
3. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA.....	10.
3.1. La fecundación.....	12.
3.2. La anidación.....	12.
3.3. Generación de órganos.....	13.
3.4. El criterio de la actividad cerebral.....	14.
3.5. Las técnicas de fertilización médicamente asistidas..	15.
3.6. El comienzo de la persona humana en el nuevo CCyC..	17.
4. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN.....	18.
4.1 Persona – Persona humana.....	23.
5. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	26.
5.1 Análisis de la legislación.....	27.
5.1.1. Francia.....	27.
5.1.2. Alemania.....	30.
5.1.3. Reino Unido.....	31.
5.1.4. España.....	33.
5.1.5. Colombia.....	37.
6. EL EMBRIÓN HUMANO EN LA JURISPRUDENCIA.....	39.
6.1. Estados Unidos.....	39.
6.1.1. Caso “Roe Vs. Wade” y otros.....	39.
6.1.2. Jurisprudencia estadual.....	41.
6.2. Argentina.....	42.
6.2.1. Fallo “Tanus”.....	42.
6.2.2. Fallo “Portal de Belén”.....	44.
6.2.3. Fallo “F. A. L. s/medida autosatisfactiva”.....	45.
6.2.4. Fallo “RAvinovich”.....	46.
7. ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBRIONARIO.....	50.
8. DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN NO IMPLANTADO..	53

9. ALGUNAS CONCLUSIONES..... 56.

BIBLIOGRAFÍA..... 58.

1. INTRODUCCIÓN

El embrión humano es el producto de la unión de la célula germinativa masculina, espermatozoide, y la femenina, el óvulo.

Esto, que es un fenómeno natural producido por la cópula del macho y la hembra, viene, desde ya hace un tiempo, siendo posible también a través de técnicas médicas que vienen a complementar este suceso y hoy, es habitual hablar de técnicas de reproducción medicamente asistida de baja y alta complejidad que se pueden realizar en el seno materno o fuera de él.

Por prácticas reproductivas debe entenderse al conjunto de técnicas que, desde el campo interdisciplinario de la medicina y la biología, proveen alternativas biomédicas a la ausencia involuntaria de descendencia entre individuos y parejas¹. No obstante, también da posibilidad, si la legislación lo permite, de la obtención de descendencia a quienes elijan, voluntariamente, esta forma de procrear.

La fertilización *in vitro* (FIV) cuya práctica comenzó sobre fines de la década de los setenta, es una técnica que permite, siguiendo una serie de pasos, obtener en el laboratorio un embrión humano para luego poder insertarlo en el útero gestante, conservarlo para una eventualidad futura o, para fines de investigación médica científica.

No hay duda que producida la unión de los gametos se está en presencia de vida, es más, con toda la información posible para desarrollar un nuevo ser.

Tan novedosa técnica médica necesariamente debe realizarse dentro de parámetros éticos y jurídicos aceptables. Esto ha dado lugar al nacimiento de una nueva disciplina científica conocida como bioética.

El derecho es básicamente una herramienta del cual se valen las personas para regular sus acciones en la interacción social. Es el Estado quien tiene el monopolio

¹ *La construcción narrativa de la infertilidad*, Lucía ARIZA en SEXUALIDAD, SALUD y SOCIEDAD, Rev. Latinoamericana ISSN 1984-6487/n° 18 Pág. 43.

de la creación y la aplicación de las normas jurídicas por una suerte de consenso básico que existe en toda sociedad.

A través de esta técnica se van regulando nuevos fenómenos sociales que posiblemente traigan algún tipo de conflicto, pues justamente la necesidad del derecho está en la interferencia intersubjetiva como planteaba el maestro Carlos Cossio.

Sin hesitación alguna que las nuevas técnicas de reproducción humana asistida deben ser reguladas para evitar conflictos de intereses, velar por el respecto a la vida y brindar seguridad jurídica a los operadores del sistema.

En nuestro país aún no existe una ley que regule la actividad descrita o, mejor expresada, la protección jurídica del embrión humano no implantado.

Si hacemos un rápido sondeo podemos ver que el nuevo Código Civil y Comercial protege la vida a partir de la concepción (Art. 19 C.C.y C.) y que el Código Penal protege, con las figuras del Aborto y el Homicidio, la vida desde la concepción hasta la muerte.

El término “concepción” no ha sido definido en nuestra legislación y ello plantea un debate abierto entre quienes lo identifican con la “fertilización” (unión de los gametos), que son las posiciones sostenidas en nuestro país, por personas afines a las posturas de la Iglesia Católica y, quienes expresan que concepción es anidación en el útero materno².

Por otra parte, tenemos la Ley 26862 de “acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.³

² Esta posición es la sostenida por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. Cit. por ARIZA, Lucía en *La Regulación de las tecnologías reproductivas y genéticas en Argentina*” *Cadernos pagu* (50), 2017: e175005 ISSN 1809-4449 Pág.23.

³ Sancionada 5-junio-2013 y promulgada de hecho el 25-junio-2013. La misma fue reglamentada por el Decreto 956/2013.

Esta norma, si bien crea un Registro Único de establecimientos que se dedican a esta práctica en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, habla de bancos receptores de gametos y/o embriones, de servicio de guarda de gametos, de la prohibición de su comercialización, pero no regula la actividad médico científica de producción, conservación, implantación, donación, investigación y/o cualquier otra actividad que se puede realizar con los embriones producidos en laboratorios.

Estas son las actividades que deben estar reguladas en un futuro por una ley especial. Debe determinarse la naturaleza jurídica del embrión y protegerlo con una norma jurídica. Ahora bien ¿es necesario la protección penal del embrión no implantado? o basta con una protección civil. Establecer los lineamientos generales para una futura ley de protección del embrión humano no implantado será el tema de investigación del presente trabajo qué, analizando el comienzo de la vida humana, los límites de su protección actual, lo establecido en el derecho comparado, se dará una respuesta para establecer cuáles deberían ser los lineamientos generales de una futura ley de esta naturaleza.

2. CONCEPTOS

El lenguaje del que se valen los hombres, es una capacidad de designación sectorizada de cosas, eventos o fenómenos para lograr aprehenderlos y comunicarlos. No es atrapar la esencia misma sino describirla. Esto último tiene el límite de la imprecisión y por ello, sobre todo cuando se habla de conocimiento científico, es fundamental determinar con la mayor precisión posible el lenguaje a utilizar.

Al respecto el Dr. Pedro Hoff dice: “Para que un texto jurídico refleje la realidad cotidiana, previamente, el jurista debe tener por comprendida a ésta. Esto difícilmente puede darse en el ámbito de la ingeniería genética y los avances tecnológicos, donde el ritmo arrollador de éstos ha dejado perplejo al jurista moderno, quien no puede vislumbrar con certeza la realidad jurídicamente articulable”⁴.

Pese a la dificultad indicada por este notable jurista, debemos precisar el alcance de algunos conceptos que luego se irán desarrollando con mayor precisión a lo largo del trabajo.

1. Fecundación: Es la fusión de un gameto masculino con uno femenino para formar un cigoto. A esta unión le sigue la formación de una membrana alrededor del óvulo impidiendo el ingreso de otro espermatozoide.

Este es el procedimiento que la ciencia médica ha logrado hacerlo dentro y fuera del seno materno y de manera inducida, si se quiere. Es un fenómeno biológico que la ciencia ha podido acaparar y producirlo en un laboratorio, pero básicamente el concepto es médico y no jurídico, por ello no se debe confundirlo con el de la concepción.

2. Concepción: Es un concepto discutido y muchos sostienen que es un concepto jurídico más que médico, aunque se mantiene que es un proceso posterior que consiste en la implantación del blastocito en el endometrio materno. El blastocito

⁴ Cit. por Sergio Manuel TERRÓN en “Hacia la protección jurídica del embrión humano in vitro. Avances de la ley 26862 de Reproducción médicamente y el proyecto del nuevo Código Civil. Id. SAIJ DACF140004.

presenta en esta etapa las características de un huevo en las últimas etapas de segmentación. Se caracteriza por ser una esfera hueca colmada de líquido y masa muscular interna en donde se desarrolla el embrión. El cigoto es una célula diploide que resulta de la fusión de dos gametos haploides.

No obstante, esta descripción, se deja constancia que existe parte de la literatura médica que identifica a la concepción como la finalización del proceso de fecundación. Se habla de proceso pues la fecundación tarda aproximadamente 24 hs. en llevarse a cabo y recién allí se puede identificar al cigoto.

3. Implantación, “anidación” o simplemente “nidación”: Es la inserción del óvulo fecundado en la pared del útero adonde se llega a través de las trompas de Falopio catorce días después de la fecundación en el proceso natural. Las células de la superficie externa del cigoto, destruyen las de la pared uterina e irrumpen en los tejidos de soporte, fijándose el embrión e iniciándose el proceso de desarrollo de la placenta. Esto impide que se produzca la menstruación.

4. Embrión: Es el huevo fecundado hasta el segundo mes de gestación. Luego se lo llamará “feto” hasta el término de la gestación.

5. Pre-embrión: Término utilizado, por alguna doctrina e incluso por alguna legislación, que identifica al cigoto desde su formación hasta la anidación⁵.

6. Crio-conservación: Se denomina así al proceso de conservación de embriones y gametos en un laboratorio, a efectos de poder ser implantado en un futuro en la persona gestante, ser donado a un tercero, ser utilizado para la experimentación o ser desechado después de haber pasado un lapso de tiempo.

7. Donación: Es la cesión de un embrión o pre-embrión, también de gametos masculinos o femeninos, según el alcance del concepto que se use. Tiene por objeto la creación de un nuevo embrión, la implantación en un útero receptor o también puede ser destinado para fines investigativos.

⁵ Término utilizado en el “Informe Warnock” producido por expertos en Inglaterra en Julio de 1982.

La característica que predomina en la donación es la gratuidad, todas las legislaciones se han expresado de manera unánime como así también la literatura especializada, porque entienden que no puede haber comercio en este proceso.

La recepción de la donación para gestación puede ser, según la legislación, para personas que no puedan procrear por sí (razones biológicas o médicas) o para quienes elijan esta forma de gestación.

8. Investigación: es el proceso médico por el cual se interviene en el embrión o en los gametos, con fines de detectar tempranamente cualquier enfermedad grave en el ser por nacer. Las legislaciones permisivas permiten este procedimiento, pero siempre que tengan la finalidad de evitar futuras enfermedades o malformaciones, no así la selección de sexo o el mejoramiento de la raza.

3. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

La vida ha sido definida por el Biólogo chileno Humberto MATURANA como “un sistema cerrado que está continuamente creándose a sí mismo y, por lo tanto, reparándose, manteniéndose y modificándose”. Agrega, “los seres vivos mantienen su forma mediante el continuo intercambio y flujo de componentes químicos. La autopoesis tiene que estar ocurriendo continuamente, porque cuando se detiene, morimos”⁶.

Si es difícil definir qué es la vida, también lo es determinar cuándo comienza y cuándo termina. En esto confluyen biólogos, médicos, juristas y filósofos, entre otros, que tratan de decirnos, de una u otra forma, como se produce este fenómeno en el cual el humano es uno más y de aparición tardía, en el escenario de la vida.

Desde el punto de vista jurídico, necesariamente, se deben crear normas jurídicas para proteger el fenómeno vida y esto no ha sido tan sencillo a lo largo de la historia.

Nuestro viejo Código Civil (ley 340) refería en su Art. 70 que: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya 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”. Es decir, el codificador (Dalmacio Vélez Sarsfield), en un solo artículo definía varias cosas, a saber: El comienzo de la vida, la adquisición de derechos o capacidad jurídica y las condiciones para adquirir esos derechos.

No obstante, la claridad del artículo no evitó ríos de tintas que vinieron a comentar estos fenómenos, para explicar o intentarlo, que era la concepción en el seno materno, la capacidad de hecho y de derecho y el nacimiento con vida.

El Art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia a partir del 01 de agosto de 2015 es más lacónico: “La existencia de la persona humana comienza

⁶<https://www.bbc.com/mundo/noticias-46959865> consultado el 27/04/2020.

con la concepción”. Esta, aparente y sencilla norma ya ha iniciado un profundo debate para determinar su alcance.

Por otro lado, debemos tener presente que el comienzo de la vida humana y la protección jurídica de la misma, son dos cuestiones sustancialmente distintas. Uno biológico – médico, otro jurídico⁷.

En el presente capítulo solo se abordará uno de estos tópicos, el comienzo de la vida humana en el mundo jurídico. Necesariamente para establecer ello, el derecho debe recurrir o tomar posición respecto a lo que la ciencia médica dice de cuándo comienza la existencia de la persona humana. Pero no sólo la ciencia médica establecerá ello sino otros actores que apuntan a criterios éticos y morales para decirnos cuando comienza la vida humana.

Existen distintas teorías que tratan de explicar este inicio, donde se confunden argumentos biológicos, médicos y jurídicos. En este espacio se mencionarán solo las principales.

⁷Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso Roe Vs. Wade, 410 U.S. 115, 157 (1973) (“No necesitamos resolver la difícil cuestión de cuándo comienza la vida. Si los que están formados en sus respectivas disciplinas de la medicina, filosofía y teología no logran llegar a consenso alguno, la judicatura [...] no está en situación de especular una respuesta”). Tribunal Supremo de Justicia del Reino Unido, Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto del juez Munby, párr. 54 y 60 (“No es parte de mi función, tal como lo concibo, determinar el momento en que comienza la vida [...]. Así, aún la biología y la medicina no pueden decirnos el momento preciso en que ‘la vida’ realmente empieza”). Corte Suprema de Justicia de Irlanda, Caso Roche Vs. Roche & Ors, Sentencia de 15 de diciembre de 2009, [2009] IESC 82, Voto del juez Murray C.J. (“En mi opinión, no debe ser un tribunal de leyes, confrontado con las opiniones más divergentes, aunque las más eruditas disponible en las citadas disciplinas, pronunciarse sobre la verdad de momento preciso cuando comienza la vida humana”); Voto del juez Denham J, párr. 46 (“Esto no es el arena adecuada para tratar de definir ‘la vida’, ‘el comienzo de la vida’, ‘el momento que el alma entra en el feto’, ‘vida en potencia’, ‘la singular vida humana’, cuando comienza la vida, u otros imponderables relacionados con el concepto de la vida. Esto no es el foro apropiado para decidir principios de la ciencia, la teología o la ética. Esto es un tribunal de leyes a que se ha sido solicitado interpretar la Constitución y tomar una decisión jurídica acerca de la interpretación de un artículo de la Constitución”). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006 (“Considera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no solo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”). TEDH, Caso Vo. Vs. Francia, (No. 53924/00), GC, Sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 84

3.1. La fecundación:

La fecundación es la unión de la célula germinativa masculina, espermatozoide, y de la femenina, óvulo. Este es un proceso que dura aproximadamente 24 Hs. El espermatozoide ingresa en la estructura del óvulo, pero en un primer momento, los núcleos se encuentran separados, hasta que finalmente se produce la singamia.

“La singamia es la unión de los conjuntos haploides de cromosomas maternos y paternos, transformándose en una verdadera “desaparición de fronteras” y el inicio de una combinación genéticamente nueva”⁸.

Esta es la posición de la Iglesia Católica. Expresa la Instrucción *Dignitas Personae* retomando lo expuesto en la Instrucción *Donum Vitae*: “El fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado, que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”⁹.

3.2. La anidación.

Este criterio toma como base la implantación del embrión en las paredes del útero de la madre o persona gestante. Ello se produce entre el séptimo y el decimocuarto día desde la fecundación.

Lacadena ha sostenido que el embrión preimplantatorio carece de INDIVIDUALIZACIÓN, por lo tanto, de UNIDAD y UNICIDAD como consecuencia de la posibilidad de los cambios a que está expuesto antes de la anidación, así por ejemplo la formación de gemelos monocigóticos. Por otro lado, sólo a partir de aquel momento podemos hablar del comienzo del embarazo, porque desde ese instante es posible diagnosticarlo¹⁰.

⁸ NOEMÍ G. de REMPEL “*LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN*”, Ed. Ediar 2016, Pág. 33.

⁹http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html consultado el 27/04/2020.

¹⁰(4) ROMEO CASABONA, Carlos. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid,

Esta es la posición que ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Artavia Murillo” al decir: “...la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”¹¹.

El biólogo italiano Daniele Petrucci hizo experimentos con embriones y los mantuvo con vida durante un lapso de 60 días en un tubo de ensayo. Al respecto, la Dra. María Vila Coro expresó: “la anidación en el útero materno no añade ni quita nada a la vida en sí misma; lo que hace es suministrarle condiciones ambientales óptimas para su desarrollo”¹².

3.3. Generación de órganos

Otra posición es la que asienta el inicio de la vida cuando el embrión no sólo está implantado en el seno materno, sino que se produce el desarrollo de la cresta neural que es el esbozo del sistema nervioso. Esto se produce después de los quince días de la fecundación.

1994, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. p. 149.

¹¹Par. 186 fallo “ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012”.

¹²VILA CORO, María, INTRODUCCIÓN A LA BIOJURÍDICA. Madrid, servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1995, Pág. 35.

Esta fue la posición de la Comisión Warnock, creada en el Reino Unido para legislar sobre la protección de la vida. Ella expresó: "...uno de los puntos de referencia dentro del desarrollo del individuo es la formación de la vena primigenia, La mayoría de los especialistas la sitúan alrededor del día quince después de la fecundación. Esto marca el inicio del desarrollo individual del embrión. La elección de ese límite es compatible con la opinión de aquellos que privilegian el fin de la fase de implantación como límite"¹³.

Otros autores expresan que la vida se individualiza cuando se desarrollan los órganos sexuales¹⁴.

Las críticas a esta posición dan cuenta que, aún ni recién nacido, el niño tiene todos sus órganos desarrollados y el sistema nervioso continúa evolucionando hasta los dos o tres años de edad.

3.4. El criterio de la actividad cerebral:

Esta postura toma como comienzo de la existencia humana, cuando el cerebro del embrión comienza a funcionar. Ello se produce, aproximadamente recién, a los dos meses del desarrollo del embarazo. La principal crítica es que existen, desde el comienzo del embarazo, las condiciones necesarias para el desarrollo de este órgano, por ello, las condiciones para el comienzo de la actividad cerebral estarían dadas desde mucho tiempo antes y no se puede esperar a que la actividad cerebral sea concreta porque existe un espacio de tiempo donde no sólo existe vida sino también las condiciones para el desarrollo de la misma. En consecuencia, no se puede dejar de proteger ese lapso de tiempo anterior a este fenómeno.

"Si el momento de la muerte puede determinarse por un electroencefalograma plano, los defensores de esta postura asumen que el inicio de la vida puede determinarse por la aparición de la actividad eléctrica encefálica"¹⁵.

Este criterio compatibiliza el seguido por muchas legislaciones que ubica la muerte con el fin de la actividad cerebral. Idéntica postura debiera adaptarse para el

¹³NOEMI G. de REMPEL, Ob. Cit., Pág. 42.

¹⁴VILA CORO, María. op. cit. p. 36.

¹⁵NOEMI G. de REMPEL Ob. Cit. Pág. 43.

comienzo, manifiestan. Las críticas refieren que el fin de la actividad cerebral tiene que ver con la irreversibilidad de la vida, en cambio el inicio de la actividad cerebral presupone la formación del surco neural o vena primigenia, siendo un proceso más en el camino ya iniciado.

3.5. Las técnicas de fertilización médicamente asistidas

Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), pueden clasificarse en baja y alta complejidad. La diferencia está en si se utiliza o no un laboratorio de embriología. Así se pueden distinguir:

a) Inseminación: es la colocación directa de espermatozoides seleccionados en la cavidad uterina. Es una técnica que se viene utilizando desde hace bastante tiempo¹⁶. Esta técnica plantea conflictos no médicos, pues puede realizarse con semen del marido, pareja no casada, ser efectuada *post mortem* con semen del marido o de un tercero donante anónimo o conocido, en una mujer sola o en una pareja homosexual.

b) GIFT (Gamete Intrafallopian Transfer): es la transferencia intratubaria de gametos. Se somete a la mujer a un estímulo hormonal de siete a diez días para que produzca mayor cantidad de óvulos maduros. Se extraen los óvulos a través de una punción ecográfica por vía vaginal y se lo mezcla con los espermatozoides. Posteriormente son transferidos a las trompas por guía laparoscópica o intracervicalmente bajo control guiado por ultrasonografía.

En la actualidad casi no se usa esta práctica y estaba indicada para la falla de migración espermática y en la esterilidad sin causas aparentes. La ventaja era la evitación de los peligros del cultivo *in vitro* cuando no se contaba con laboratorios altamente equipados.

c) FIV (fertilización *in vitro*): Las técnicas de fertilización *in vitro* y sus consecuencias, ampliaron el campo ontológico para analizar la vida como fenómeno. El proceso biológico de reproducción humana se puede hacer en un

¹⁶ Técnica utilizada por el Dr. John Hunter en 1790. Cit. por Noemí G. de REMPEL, Ob. Cit. Pág. 45.

laboratorio y luego, para completar el proceso gestacional, implantarlo en el seno gestante.

Este avance médico supone la solución para la infertilidad de uno o ambos padres y sin lugar a dudas una solución para la reproducción de la especie humana. No obstante, ello plantea varios debates éticos, morales y jurídicos sobre los límites de estas técnicas para que ellas no signifiquen un desmadre y provoquen el rechazo fundado en esos límites.

El proceso consta de seis etapas: la estimulación, la punción folicular, la preparación de los gametos en el laboratorio, la fecundación, el desarrollo embrionario y la transferencia.

Las dos primeras etapas se realizan de manera idéntica a lo descrito para la técnica GIFT, hasta la obtención de los gametos. La preparación de los gametos en el laboratorio implica el acondicionamiento tanto de los ovocitos como los espermatozoides. En la cuarta etapa los espermatozoides son colocados en contacto con los ovocitos en un recipiente de cultivo que contiene un líquido nutritivo y luego son colocados en incubadora a 37 grados centígrados. En la fase de desarrollo embrionario se evalúa si ha habido fertilización y si ésta fue normal. Es normal cuando se verifica la presencia de los dos pronúcleos (masculino y femenino). En esa etapa estará listo para: la transferencia a la trompa con la técnica PROST (*Pronuclei Stage Transfer*), crioconservarlo o descartarlo.

Desde un punto de vista médico la fecundación, producida en este caso en el laboratorio, es el comienzo de la vida humana. Un embrión en este estadio puede ser transferido al útero materno, crioconservado para hacerlo en otro tiempo o descartarlo. Es aquí donde se plantean los interrogantes bioéticos y jurídicos, en cuanto si esa vida merece la misma protección que un embrión implantado en el seno materno.

3.6. El comienzo de la persona humana según el nuevo código civil y comercial

Ya transcribimos el lacónico Art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial que ubica el comienzo de la persona humana en la concepción.

En el proyecto original entregado a la Presidente Cristina Fernández de Kirchner, en marzo de 2012, el Art. 19 estaba redactado de la siguiente manera: “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”. Luego, siguió una segunda etapa de revisión en el Poder Ejecutivo en el que este artículo no sufrió alteraciones y fue puesto a disposición del Poder Legislativo.

La Comisión Bicameral sometió a audiencias públicas distintos temas del nuevo Código y presentó su dictamen el 13 de noviembre de 2012. El art. 19 fue retocado y quedó de la siguiente forma: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer”, agregándose como disposición segunda transitoria: “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

Se suprimió la fórmula “en el seno materno” porque fue resistida por parte de la comunidad. Al haberse sancionado, en el interín, la ley de Identidad de Género N° 26743, que permite el cambio de género en el Registro Civil sin necesidad de acreditar ningún requisito bajo el concepto de “identidad autopercibida”, mantener la fórmula de seno materno podría traer contradicción si una persona que nació identificada con el sexo femenino, cambia su género, y queda embarazado.

Finalmente, en el Senado la redacción definitiva del Art. 19 quedó con la redacción de aprobación del CCyC: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Y en la disposición transitoria segunda se establece que: “La protección del embrión no implantado será objeto de una Ley Especial” (Corresponde al Artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Como pudimos apreciar en el desarrollo, concepción es un concepto más jurídico que médico. De acuerdo a lo expresado por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el caso “Artavia Murillo”, debe entenderse por concepción el momento de la “anidación” en el seno materno. Es decir, en apretada síntesis, que nuestro sistema jurídico afincaría allí el comienzo de la protección jurídica de la vida humana.

Ahora bien, esto deja a las claras que existe un lapso de tiempo entre la fecundación (unión de los gametos), dentro o fuera del seno materno, en el cual existe vida, pero no estaría alcanzado por la protección jurídica de la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación, ni por el Código Penal. ¿Podría ser esto posible?

No obstante lo especificado, es un tema aún no pacífico en la doctrina, así se expresa el Dr. ROSSATTI: “El texto del Art. 19 finalmente votado por el Congreso, que sólo habla de concepción sin distinguir si este acto se da dentro o fuera del seno materno, permitiría equiparar concepción con fecundación y reconocer vida en el embrión no implantado. Ello guardaría consistencia con la cláusula del Art. 57 del CCyC que – al regular los derechos personalísimos – reconoce la dignidad del embrión prohibiendo “...toda práctica destinada a producir una alteración genética (...) que se transmita a su descendencia”. Admitimos, no obstante, que la cuestión referida a si el embrión no implantado es o no es persona no quedó definitivamente zanjada desde el punto de vista jurídico y debió ser asumida por el legislador de un modo más exhaustivo, atendiendo a la relevancia del tema”.¹⁷

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN

Como ya fuera expresado, por embrión humano se entiende, aquella forma de vida humana desde la fecundación, dentro o fuera del vientre materno, hasta la finalización de la octava semana de gestación.

Determinar la naturaleza jurídica de algo significa, principalmente, decir qué es ese algo y si el mismo es sujeto de derecho o mejor expresado, es merecedor de una

¹⁷ Horacio ROSSATTI, Derecho a la Vida en Tratado de Derecho Constitucional 2° Ed., Rubinzal Culzoni editores, T. I Pág. 219.

protección jurídica. Esto se logra a través del dictado de una norma jurídica que indique que esa esencia, cosa o persona sea centro de imputación en derecho.

En la declaración de La Laguna (España) de febrero de 1994 – UNESCO, Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras – se consignó: “Art 3: Las personas pertenecientes a las generaciones futuras tienen derecho a la vida y al mantenimiento y a la perpetuación de la humanidad, en las diversas expresiones de su identidad. Por consiguiente, está prohibido causar daño a cualquier forma de vida humana, en particular con actos que comprometan de modo irreversible y definitivo la preservación de la especie humana, así como el genoma y la herencia genética de la humanidad, o tiendan a destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso”.

Finalmente, en la declaración definitiva de 1997 sobre esta temática este artículo fue desdoblado en varios, pero en lo que interesa, en su Art. 6 se expresó: “Ha de protegerse el genoma humano, respetándose plenamente la dignidad de la persona humana y los derechos humanos, y preservarse la diversidad biológica. El progreso científico y tecnológico no debe perjudicar ni comprometer de ningún modo la preservación de la especie humana ni de otras especies”.

Al respecto la Dra. María Dolores VILA - CORO¹⁸ expresó que este instrumento internacional no era más que una declaración de buena voluntad pues, los individuos de generaciones futuras no son sujetos de derecho. La ley no puede amparar lo que no existe y que el *nasciturus* tiene derecho a partir de la concepción.

Otros autores intentan fundamentar la protección del embrión asimilándolo a la idea de patrimonio de la humanidad¹⁹. Esto tampoco sería posible pues el patrimonio indica un bien exterior al sujeto por lo que no puede comprender al genoma humano. Concluye la Dra. VILA – CORO que el genoma humano se debe proteger no por ser patrimonio de la humanidad sino porque es la esencia de lo

¹⁸ La protección del genoma humano – María Dolores VILA – CORO 14/04/2004

¹⁹ Ver GROS ESPIEL “El patrimonio común de la humanidad y el genoma humano” Cit. por VILA CORO Ob. Cit.

humano hasta el punto de que si se modifica sustancialmente el genoma la especie humana dejaría de ser tal.

Lo que básicamente debe determinarse si la incipiente vida producida, en este caso en estudio, fuera del seno materno es merecedora de protección jurídica. El derecho básico que está en juego, es el derecho a la vida.

Nuestra Constitución Nacional no definió el término vida, ni tampoco, el de ser humano. Tampoco lo ha hecho el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código de Vélez si contenía una referencia en su Art. 51 y en la nota del Art. 70 por las que se aludía a los *rasgos de humanidad*.

El Art. 51 del Código Civil de Vélez definía a las personas de existencia visible como “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes...”. En un fragmento de la nota al artículo 70 el codificador comentaba: “En fin, para tener la capacidad de derecho el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, exteriormente apreciables; no debe ser, según la expresión de los romanos, ni monstrum ni prodigium; pero una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho. Los textos no nos dicen por qué signos se reconoce una criatura humana. Parece que la cabeza debe representar las formas de la humanidad”²⁰.

Los bienes del hombre que reciben protección del derecho son de distinta naturaleza. Están los referidos a su propia integridad como la vida, la integridad física, la libertad, el honor y los que protegen bienes externos al hombre como la propiedad y todo los que tengan valor económico y social. A los primeros se los llama derechos personales o de la personalidad y a los segundos derechos patrimoniales.

²⁰ Horacio ROSSATTI, Tratado de Derecho Constitucional, 2da. Ed., Rubinzal Culzoni editores, T I Pág. 212.

Nuestra legislación desde el Código de Vélez reconoce esta división entre bienes personales y patrimoniales y así también lo receptó el nuevo Código Civil y Comercial.

Ahora bien, nuestra legislación de fondo no reconoció derecho alguno al embrión humano no implantado, sino que ello lo dejó para que sea tratado por una ley especial. “La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno”²¹. “Art. 9 CCyC: Dispónese como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: ... Segunda: La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación)²².

No obstante, existen críticas de la doctrina pues el nuevo Código Civil y Comercial no siguió una lógica determinada en este tema. Tal inconveniente pudo haber surgido con los continuos retoques que se le hicieran a la redacción originaria del Art. 19 del CCyC y que ya fueron analizados.

La ley 26.862 de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida sancionada el 5 de junio de 2013 tiene por objeto, como lo indica su título, garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Si bien crea en el ámbito del Ministerio de Salud, un registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, nada refiere sobre la naturaleza jurídica del embrión ni sobre su protección.

Para determinar su naturaleza jurídica y adjudicarle derechos a esta incipiente vida ¿necesariamente debemos caer en la tipología bipartita de persona o cosa, para adjudicarles derechos personales y/o patrimoniales? O será necesario crear una tercera categoría para incluir a esta forma de vida que aún no ha sido implantado

²¹ Fundamentos del CCyC de la Nación – Título I Persona Humana Cap. 1 Comienzo de la existencia.

²² Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26994.

en el seno materno. Este es la posición del Derecho Francés al otorgarle al embrión una naturaleza fluctuante y por lo tanto no puede ser reducido a la lógica binaria de la clasificación de persona o cosa.²³

¿Cuál es la necesidad de pensar en esta tercera categoría? Entiendo que la primera necesidad o fundamento es que la manipulación del embrión sin límites jurídicos y éticos puede traer serios problemas, incluso la desnaturalización del ser humano, es decir, la posibilidad de transformarlo en otra cosa. Esta es la preocupación de la Dra. VILA – CORO cuando expresa: “La fecundación humana extracorpórea ofrece la posibilidad de manipular el genoma humano, con fines científicos; para complacer a los padres encargando los llamados “niños a la carta”; con el objeto de lograr razas mejor dotadas; produciendo híbridos o clónicos... La ciencia ya ha logrado producir los animales transgénicos o “knock out”, en los cuales se sobre expresa o elimina, respectivamente, del genoma del animal el gen elegido. Cabe pensar que si estas tecnologías serán extrapolables a la especie humana. Es también objeto de preocupación la posibilidad de aplicar terapia génica no solo en línea somática sino también en línea germinal. El riesgo que comportan estas técnicas no sólo atañe a individuos concretos, sino que pone en peligro la esencia específica del hombre..”²⁴.

Esta distinguida autora termina afirmando que el genoma humano es un elemento constitutivo de la especie humana. Esta tiene el derecho inherente a su dignidad, a la inviolabilidad de su genoma.

La ley 23.849 que aprobó la Convención sobre los derechos del Niño adoptada por la ONU, en su artículo 1° tercer párrafo refiere: “Con relación al Artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años”²⁵. Si tenemos en cuenta que a partir de la Reforma Constitucional de 1994 este instrumento internacional adoptó la categoría de rango constitucional (Art. 75 Inc. 22 de la Constitución

²³ Noemí G. REMPEL, Ob. Cit. Pág. 155.

²⁴ Dra. María Dolores VILA – CORO Art. Cit.

²⁵ Ley 23849 sancionada el 27-septiembre-1990.

Nacional), el Art. 19 del CCyC reafirma que persona humana se es a partir de la concepción, esto debe entenderse como anidación en el seno materno como lo reseñara el fallo “*Artavia Murillo*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Código de Vélez también traía una disposición análoga a pesar, de que cuando el codificador lo redactó no se conocía la posibilidad del desarrollo científico y técnico que permitiría la creación de la vida humana, incluso, fuera del seno gestante. El Art. 70 del viejo Código Civil refería que: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya 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”.

Con esta reseña queda claro que la vida humana en sus comienzos, desde la fecundación hasta la anidación, no es considerada persona, por lo tanto, no se les reconocen derechos ni tampoco está penada cualquier actividad que signifique algún daño para su integridad o terceros interesados. Urge por lo pronto determinar su status jurídico.

4.1. Persona – Persona humana

Desde antaño el derecho ha creado el concepto de persona para indicar, como dice Hans Kelsen, un centro de imputación de derechos y obligaciones. El destacado jurista austriaco nos dice: “Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la “persona” solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos: un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobra el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas”²⁶.

Quiere decir que no podemos confundir el concepto jurídico de “persona”, con el hombre o la existencia humana, porque lo primero es una asignación jurídica a un

²⁶ Hans Kelsen – *Teoría Pura del Derecho* – Ed. Universitaria de Bs. As. 1960 – Pág. 125

fenómeno para determinar derechos y obligaciones y lo segundo, es una cuestión biológica u ontológica si se quiere.

Determinado esto, quiere decir entonces que no es acertado hablar que nuestros legisladores y codificadores no protejan la existencia humana desde que la misma es tal, sino que sólo han tomado posición que la existencia humana tendrá protección a partir de determinado tiempo, esto es a partir de la concepción (Art. 19 CCyC). Es decir, la existencia humana no es persona hasta que ocurra ese lapso de desarrollo del embrión.

Este determinismo legislativo no le quita ni le agrega nada a la existencia humana, porque ello es una cuestión meramente jurídica.

Otro es el criterio médico de lo que es persona. Para ello, si analizamos una posición extrema, persona se es cuando se es capaz de reflexionar, de ser racionales y de tener sentimiento. Así lo expresa el Dr. H. Tristram Engelhardt: “No todos los seres humanos son personas, no todos son autorreflexivos, racionales o capaces de formarse un concepto de la posibilidad de culpar o alabar. Los fetos, las criaturas, los retrasados mentales profundos y los que se encuentran en coma profundo son ejemplos de seres humanos que no son personas. Estas entidades pertenecen a la especie humana, pero no ocupan una posición en la comunidad moral secular en sí mismos; no pueden culpar o alabar, ni son censurables ni loables; no toman parte principal en la empresa moral secular porque sólo las personas tienen esa posición”²⁷.

Es decir, no hay dudas, de que estamos en presencia de vida a partir de la fecundación y de vida humana si se trata de un cigoto formado por las células germinadoras masculina y femenina del hombre. Esa existencia tiene una individualidad distinta a la de sus progenitores y una potencialidad manifiesta de desarrollo si encuentra el ambiente adecuado para ello, hasta ahora, el útero materno. Quiere decir que no estamos en presencia de una simple cosa o un bien material susceptible de tener valor económico (Art. 16 del CCyC), sino del principio

²⁷ LOS FUNDAMENTOS DE LA BIOÉTICA – H. Tristram Engelhardt Ed. Paidós 1995 Pág. 155.

de la esencia de lo humano, que como tal tiene dignidad y derecho a que se le garanticen su integridad.

Trato digno y garantía de integridad evitando su manipulación, ya sea para mejorar su existencia o para cambiar sus características o, para ser usado con fines terapéuticos de terceros. Esta esencia merece ser tratada como tal y por ello el derecho debe preocuparse por brindarle protección. La norma a crearse debe establecer que, desde la fecundación, dentro o fuera del vientre materno, estamos en presencia de vida humana. Que su manipulación, sobre todo cuando el concebido es extracorpóreo, debe hacerse dentro de finísimos límites éticos y jurídicos. Esos límites no deben sobrepasar la barrera que signifique su transformación o menoscabo, salvo que sea en su propio bien.

Estamos en presencia de un ser vivo con potencialidad de desarrollo y ello amerita su protección. Por supuesto que la intensidad de protección de la ley no será la misma cuando hablamos de un humano en pie, esto que es una cuestión de política criminal que ya está vigente en nuestro sistema jurídico pues, no se castiga con la misma intensidad el homicidio (ser nacido) que el aborto (ser en desarrollo en el vientre gestante). Acá debe ocurrir lo mismo, debe tenerse presente que estamos ante un ser vivo en los inicios de su desarrollo y debe protegerse todo menoscabo que pueda sufrir esa vida, pero el *quantum* de pena debe ser menor que el del aborto.

Teniendo en cuenta todos estos pormenores estamos en condiciones de decir que el embrión humano no implantado es vida humana en desarrollo primigenio; que por lo tanto no estamos en presencia de una cosa, sino que, sin dudarlo, tenemos ante nuestra presencia una vida y como tal tiene individualidad, dignidad y merece protección jurídica para mantener su indemnidad.

5. LEGISLACIÓN COMPARADA

A continuación, se analizará la legislación comparada en lo atinente al tema en desarrollo. El derecho sigue a la realidad pues es en aquella donde se producen las situaciones problemáticas para regular. El tema de los avances médicos producidos sobre todo en la segunda parte del siglo XX y comienzo del XXI, ha sido muy amplio y vertiginoso, lo que ha producido una suerte de confusión en el mundo del derecho.

El tema de la fertilización asistida en humanos, cuya concreción se produjo en el año 1978 con el nacimiento de Louise Brown²⁸ en Inglaterra, no sólo significó un gran avance científico médico, sino que para el derecho representó una realidad amplísima de eventos y procedimientos que no eran alcanzados por las normas jurídicas existentes. Así, el status jurídico del embrión antes de la implantación, la crioconservación de embriones, la investigación sobre los mismos, la posibilidad de la donación e incluso lucrar con ellos, como terminar con su existencia – desechar -, son solo algunos de los temas que quedaron al margen del derecho.

Lo complejo de ello ha sido puesto de manifiesto por la doctrina, una y otra vez: “Esta dificultad se potencia cuando la normativa debe aglutinar, compaginar y armonizar conceptos y valores que exceden el propio ámbito de competencia jurídico para incorporar la verdadera multidisciplinariedad que implica la bioética. Pocos temas son tan demostrativos de esta dificultad como la tentativa de regular la asistencia médica a la reproducción, en particular en sus procedimientos extracopóreos”²⁹

Es así que diferentes países comenzaron a idear leyes que intentaron, de alguna forma, regular estos nuevos sucesos. En el análisis de esa legislación se pueden detectar tres grandes divisiones.

²⁸ Primer bebé nacido por técnica FIV. El hecho se produjo el 25 de julio de 1978 en el Hospital de Oldham, norte de Inglaterra.

²⁹ Noemí G. de REMPEL, Ob. Cit. Pág 161.

El primer grupo considerará al embrión *in vitro* como una vida humana y en consecuencia le otorgará los mismos derechos que la normativa otorgue a las personas. Es la postura más cercana a la posición de la Iglesia Católica.

Un segundo grupo, admite la distinción entre los fetos formados y los no formados en una suerte de formación progresiva de la persona humana. Es la visión de las religiones anglicana y judía, aunque ello no dista del trato digno que debe recibir el embrión como forma de vida humana en progreso.

Una tercera posición considera al embrión *in vitro* como un conjunto de células con potencialidad de desarrollo como ser humano, si es implantado en el seno materno. Antes de ello sólo serán un grupo de células sin ningún derecho³⁰.

5.1. Análisis de la legislación

5.1.1. Francia

Luego de un amplio debate producido en la década de 1980, sobre la necesidad de sancionar leyes que regulen los avances en las ciencias médicas por la introducción de nuevos progresos técnicos y científicos, se sancionaron las llamadas “leyes bioéticas” de 1994; leyes 94-653, relativa al respeto del cuerpo humano y 94-654, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal. Fueron sancionadas el 29 de julio de 1994.

Mediante la ley 94-653 se introduce el Art. 16 del Código Civil francés, estableciendo que “La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier ataque a su dignidad y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”. No especifica cuándo comienza la vida humana. El Art. 16.4 del Código Civil prohíbe todo atentado a la especie humana, en particular, las prácticas eugenésicas tendientes a la organización de la selección de personas y aquellos que tengan por finalidad hacer nacer un niño genéticamente idéntico a otra persona viva o ya fallecida.

³⁰ Noemi G. de REMPEL, Ob. Cit. Pág. 162

El embrión fecundado *in vitro* quedaba fuera de esta protección legislativa.

La ley 94-654 prohíbe la concepción humana *in vitro*, con fines de estudio, investigación o experimentación. Permite la crio-conservación por el espacio de cinco años, pero no para fines comerciales, es decir, la donación de embriones estaba aceptada. Admite el diagnóstico prenatal únicamente con fines de información, con el objeto de descubrir la afección, no para evitar el nacimiento. Se estableció la revisión quinquenal de la ley, atentos a los avances médicos producidos en el tema.

La Asamblea General del Consejo de Estado de 1999 realizó un informe, planteando la necesidad de encontrar el equilibrio entre el respeto al comienzo de la vida que conduciría a la prohibición de investigar sobre el embrión *in vitro*, y la necesidad de no restringir el derecho de las personas afectadas por enfermedades muy graves y que la investigación médica progrese para su beneficio.

La creación de embriones para investigación es contraria a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y la Biomedicina, conocida como el “Convenio de Oviedo” de 1997, por lo que el Consejo autoriza la investigación sobre embriones supernumerarios. Autoriza la donación para investigación con consentimiento de la pareja. Dicho informe fue aprobado el 29 de julio de 2004, siendo registrada como ley 2004-800.

Por esta ley se prohíbe la clonación terapéutica, se crea un nuevo delito que establece la punición de la clonación reproductiva y, la autorización por cinco años de la investigación sobre el embrión humano siempre que dicha investigación sea susceptible de permitir progresos.

Siguiendo la directriz de revisión periódica de esta legislación, atento a los nuevos avances médicos, en el 2009 comenzaron los debates tendientes a la eventual reforma de las leyes bioéticas. Finalmente, como resultado de esa revisión, se sancionó el 7 de julio de 2011 la ley 2011-814.

Esta nueva normativa alude a la donación de órganos, tejidos y células para trasplantes, la asistencia médica a la procreación, el diagnóstico prenatal y pre-

implantatorio, las cuestiones genéticas, la investigación sobre el embrión y las células madre embrionarias, además de la creación de la Agencia de Biomedicina (ABM).

Define la AMP (Asistencia Médica a la Procreación) como las prácticas clínicas y biológicas que permitan la concepción *in vitro*, la transferencia de embriones y la inseminación artificial. El listado de las prácticas permitidas será fijado por el Ministerio de Salud, según opinión de la Agencia de Biomedicina. Esto permite la inclusión de nuevas técnicas sin necesidad de reformar la ley.

Al definir los objetivos de la AMP, fija los parámetros ideológicos que se persigue tutelar. Así: remediar la infertilidad patológica médicamente diagnosticada o evitar la transmisión al niño o a uno de los miembros de la pareja de una enfermedad particularmente grave, prohíbe que estas técnicas sean utilizadas por razones de conveniencia, además de implicar la prohibición de la clonación reproductiva³¹.

Los destinatarios de las prácticas de la AMP quedaron regulados en el decreto del 11 de abril de 2008, por lo que sólo podrán ser destinatarios de ellas: las parejas heterosexuales, cuyos integrantes estén vivos, en edad de procrear, cuyos miembros presten consentimiento antes de la transferencia de los embriones y de la inseminación.

El 6 de agosto de 2013 se sancionó la Ley 75 modificatoria del Art. L. 2151-5 del Código de Salud Pública por la que se autoriza la investigación sobre el embrión y las células madres embrionarias. Es decir, que el embrión *in vitro* puede ser destinado a la investigación si la pareja decide no tener más hijos. Con esta modificatoria el Estado Francés da un vuelco ideológico importante.

La ley permite la investigación con autorización previa y en base a protocolos de investigación que establecen la pertinencia científica, que tuvieran una finalidad médica y con respeto de los principios éticos relativos a la investigación sobre el embrión y las células embrionarias.

³¹ NOEMÍ G. DE REMPEL, Ob. Cit. Pag 166.

Con este cambio, el Estado Francés adhiere al principio de la protección de la vida, aunque reconoce que ello no es un derecho absoluto.

5.1.2. Alemania

La ley alemana de Protección del Embrión 745/90 fue sancionada el 13 de diciembre de 1990 con vigencia a partir del 1° de enero de 1991. Es la ley más restrictiva de la Unión Europea.

El art. 8 denominado “definiciones” prescribe que habrá embrión desde que haya fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado a partir de la fusión de los núcleos celulares. Comienza la protección a partir de la singamia disponiendo que: se entenderá susceptible de desarrollo en el curso de las primeras veinticuatro horas siguientes a la fusión de los núcleos celulares, a menos que se hubiere constatado, antes del transcurso de ese período, la imposibilidad para el óvulo fecundado de desarrollarse más allá del estadio unicelular. Finalmente, dispone que se entenderá por célula sexual humana en cualquier estadio de la gametogénesis a cualquiera de las células situadas en una línea de desarrollo que conduce al óvulo fecundado, así como los óvulos y espermatozoides del ser humano que provienen de esa célula.

La ley trae varias figuras penales a las que sanciona con penas privativas de la libertad y multa. A saber: La utilización abusiva de técnicas de reproducción humana asistida (Art. 1°); la utilización abusiva de embriones (Art. 2°); interdicción de la selección de sexo (Art. 3°), salvo que sea para evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo; la fecundación y transferencia autoritaria de embriones y fecundación *post mortem* (Art. 4°); la modificación artificial de células sexuales durante el curso de la gametogénesis (Art. 5°); la clonación (Art. 5) y la creación de quimeras e híbridos (Art. 7°).

Se infiere que no está permitida la crioconservación de embriones a la luz del catálogo de conductas penadas. Limita a un número de tres la cantidad de óvulos y embriones a transferir a una mujer en un mismo ciclo. Veda la donación de órganos. Castiga también al que practicare una fecundación o transfiriere un

embrión a una mujer dispuesta a abandonarlo después del nacimiento o retirare un embrión antes de la implantación para transferirlo a otra mujer.

Las figuras penales citadas, según varios doctrinarios, pecan de criminalizar la medicina de la reproducción con una utilización abusiva del derecho penal. En muchas de las figuras penales no está claro cuál es el bien jurídico protegido³².

No obstante, lo restrictivo de la ley a las prácticas médicas de reproducción asistida, el Tribunal Supremo alemán (BGH) en sentencia del 6 de julio de 2010 determinó que no es delito realizar pruebas genéticas a embriones fecundados extracorpóreamente previas a su transferencia al útero materno, y dictaminó que el desarrollo de análisis vinculados al diagnóstico genético preimplantacional no vulnera la ley de protección del embrión ni la prohibición de experimentar con ellos. Con ese fallo ratificó una sentencia previa de la Audiencia Provincial de Berlín que en mayo de 2009 exculpó a un médico ginecólogo que había realizado esos test en embriones provenientes de parejas con antecedentes de enfermedades hereditarias a fin de identificar los embriones sanos antes de su transferencia al útero materno³³.

A pesar de ello, el 16 de noviembre de 2010 la Unión Cristiano demócrata alemana (CDU) aprobó la posición sostenida por la Canciller Federal Ángela Merkel que prohíbe los test genéticos en embriones fertilizados *in vitro*³⁴.

La Dra. REMPEL concluye, opinión que compartimos, que seguramente que la sombra de los horrores del nazismo en la materia de selección racial, discriminación y eugenesia, pesó fuerte en la hora de decidir esta legislación.

5.1.3. Reino Unido

Teniendo en cuenta que fue el país donde se inició con la técnica de Reproducción Humana Asistida, la comunidad científica, académica y religiosa inició un profundo debate sobre el tema a efectos de regular dicha situación.

³² Noemí G. de REMPEL, Ob. Cit. Pág. 182.

³³ Noemí G. de REMPEL, Ob. Cit. Pág. 185.

³⁴ Diario La Nación, 16 de noviembre de 2010: "Alemania prohíbe test genéticos en embriones".

Es así que el gobierno creó un Comité presidido por Mary Warnock, e integrado por profesionales de distintas ramas de las ciencias médicas y también de otras áreas, a efectos de que brinden una opinión fundada, teniendo en cuenta que el tema abarcaba consecuencias éticas, sociales y jurídicas importantes.

Este comité, que se conoce con el apellido de su Presidente, funcionó entre los años 1982 y 1984. En julio del año 1984 se presentó el “Informe Warnock”.

Recién en noviembre de 1990 se sancionó la Ley de Fertilización Humana y Embriológica. Se crea por esta ley el *Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)* (Autoridad de Fertilización y Embriología Humana).

Desde su sanción la ley, ha sufrido muchas modificaciones y/o adaptaciones, pero ha mantenido, a lo largo del tiempo, el concepto de “preembrión” que se obtiene por deducción. La ley inglesa considera que habrá embrión al momento de producirse la formación de la cresta neural o vena primigenia. Es decir, a partir de los catorce días posteriores a la singamia. La vida anterior en desarrollo corresponde al concepto de preembrión.

Este país, teniendo en cuenta el contenido de su legislación, puede ser catalogado como el que da al embrión *in vitro* un enfoque progresivo, en tanto decide comenzar su protección en un momento determinado de su evolución.

Esta legislación permite la investigación sobre embriones supernumerarios antes de que se produzca el desarrollo de la cresta neural. Está permitida la crioconservación por un período de cinco años y de diez para los gametos. Luego se pueden implantar en la mujer de quien proviene el óvulo, la donación a otra mujer para su implantación, la cesión para la investigación o la destrucción.

En 2008, fue el primer país en admitir la creación y utilización de embriones híbridos (humano-animal), solo para fines investigativos³⁵. La ventaja de esta técnica sería la de permitir hacer avanzar el conocimiento de las células madre embrionarias por una parte y los mecanismos de desarrollo de ciertas

³⁵ Noemí G. de REMPEL, Ob. Cit. Pág 192-193.

enfermedades humanas graves por el otro sin tropezar con los problemas ligados a la utilización de óvulos femeninos.

También en la reforma de 2008 se introdujo la autorización del diagnóstico preimplantatorio (DPI). A través de estas técnicas las parejas que saben que sus hijos por nacer, tienen un riesgo significativo de heredar una anomalía genética o enfermedad grave, puedan descartarlo. No está permitido la selección del sexo por razones no médicas.

5.1.4. España

La ley 35 fue sancionada el 22 de noviembre de 1988, siendo una de las primeras referidas a la Fertilización Asistida, de carácter permisiva, con base en el informe producido en 1986 por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial creada por el Congreso de Diputados.

En la exposición de motivos de la ley se distingue al pre-embrión o embrión preimplantatorio del embrión posimplantatorio y les otorga un tratamiento distinto a ambos. Designa como pre-embrión al “grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inició días antes y aparece la línea primitiva”³⁶. Embrión designa “a la fase de desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la orgagénesis o formación de los órganos humanos y cuya duración es de unos dos meses y medio más”³⁷.

La ley permite la posibilidad de investigación y experimentación en gametos y pre-embiones, no así en los embriones. Se pueden crio-conservar los gametos y pre-embiones por un plazo máximo de cinco años. Admite la donación anónima de gametos y pre-embiones y aprueba la fecundación *post mortem* del marido en los seis meses siguientes al fallecimiento, siempre que ello haya sido consentido previamente en escritura pública o testamento.

³⁶ Exposición de motivos ley 35/88.

³⁷ Exposición de motivos ley 35/88.

En el año 2003 se introduce una modificación en los Arts. 4 y 11 con la ley 45/2003.

Esta reforma es de carácter restrictivo y se expresa en la exposición de motivos: “la acumulación de un elevado número de pre-embriones humanos sobrantes cuyo destino está aún sin precisar (...) El objetivo de la reforma contenida en esta ley es el de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de pre-embriones humanos sobrantes cuyo destino no está determinado (...) Con el objetivo de evitar la generación de pre-embriones supernumerarios.... se establece que se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo”³⁸. Para ello se modifica el Art. 4 por el cual se establece que la práctica médica deberá evitar la gestación múltiple, la reducción embrionaria y la generación de pre-embriones supernumerarios. También se modifica el Art. 11 autorizándose la crio-conservación de gametos y excepcionalmente pre-embriones. En caso que, por razones médicas, esto último fuere necesario deberá preservarse durante toda la vida fértil de la mujer. Si ello no fuere posible será aceptada la donación con fines reproductivos.

En lo que respecta a los pre-embriones que ya estaban conservados los progenitores deben optar por lo siguiente:

- a) el mantenimiento de la crio-conservación hasta que sean transferidos a la mujer de quien provienen.
- b) la donación sin ánimo de lucro con fines reproductivos.
- c) la investigación.

Posteriormente, se sanciona la ley 14/2006. Mantiene la línea iniciada con la primera ley, esto es la protección del embrión diferenciándolo del pre-embrión. Mantiene la definición de embrión, es decir, a partir de la formación de la cresta neural. Veda toda forma de clonación reproductiva.

Finalmente, la investigación biomédica queda regulada con la ley 14/2007 del 3 de julio de 2007. Para que ello se produzca sólo se pide:

³⁸ Exposición de Motivos ley 45/2003.

- a) posibilidad razonable de éxito;
- b) inexistencia de riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o de la posible descendencia; y
- c) aceptación libre y consciente de la mujer debidamente informada en los aspectos biológicos, jurídicos y éticos.

La posibilidad de donación de gametos y pre-embryones tiene un extenso tratamiento. Los donantes deberán tener:

- a) más de dieciocho años;
- b) buen estado de salud psicofísica;
- c) plena capacidad de obrar.

Se establece un límite de seis el número máximo de hijos nacidos que hubieran sido generados con gametos de un mismo donante. El contrato de donación es formal, gratuito y confidencial entre el donante y el centro autorizado.

Respecto a quienes están destinado el tratamiento la ley son amplias. Dice que podrá ser destinataria toda mujer mayor de 18 años de edad y tener plena capacidad de obrar. No se toma en cuenta el estado civil ni la orientación sexual de la receptora.

Esta amplitud supone que ya no es necesario sólo una necesidad médica para ser receptora del tratamiento, sino que puede una mujer que lo desee acceder a la “procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer”³⁹.

Permite la utilización de preembryones para gestar *post mortem*, si el padre dejó expresada su voluntad en un documento público (testamento, escritura pública) y

³⁹ SERRANO, Alonso, “Aspectos de la fecundación artificial” p. 37 citada por REMPEL, Noemí G. de Ob. Cit. Pág 207.

ser asentado con el apellido de éste, dentro de los doce meses de producida la muerte.

El Art. 10 de la ley no reconoce validez al contrato que implique maternidad por sustitución y lo declara nulo de pleno derecho.

Autoriza también la crio-conservación de pre-embriones por el tiempo que los conocimientos médicos consideren adecuado. La crio-conservación de semen es posible durante la vida del hombre sin intervención estatal alguna, la de ovocitos y tejido ovárico requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.

Los destinos del material conservados pueden ser:

- a) la utilización por la propia mujer o su cónyuge;
- b) la donación con fines reproductivos;
- c) la donación con fines de investigación; y
- d) el cese de su conservación.

El diagnóstico preimplantacional está autorizado para:

- a) detección de enfermedades hereditarias graves de aparición precoz y no susceptible de tratamiento curativo posnatal;
- b) detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del pre-embrión.

En lo que respecta a la investigación sobre pre-embriones estará sujeto a:

- a) consentimiento escrito de la mujer o de la pareja previa explicación pormenorizada de los fines perseguidos y renuncia a cualquier derecho de naturaleza patrimonial sobre los resultados;
- b) que el pre-embrión no se haya desarrollado *in vitro* más allá de los catorce días después de la fecundación del ovocito, descontando el tiempo en que pueda haber estado crio-conservado;
- c) que la investigación se realice en centros autorizados;

d) que los proyectos hayan sido autorizados por las autoridades sanitarias, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

En consonancia con esta legislación, el Código Penal regula en el Título V los delitos relativos a la manipulación genética. Sanciona con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de siete a diez años a quien manipulare genes humanos de manera que se produzca la alteración del genotipo y ello se hiciera con una finalidad diferente de la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves. La sanción se reduce a multa de seis a quince meses e inhabilitación de uno a tres años si se hubiere actuado con imprudencia (Art. 159 C.P.).

El artículo 160 del C.P. reprime con penas de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial de seis a diez años a quien fecundare óvulos humanos con un fin distinto de la procreación humana y a quien creare seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Finalmente, el Art. 161 del C.P. tipifica como delito de acción privada, sancionando con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de uno a cuatro años, a quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento.

En síntesis, la legislación española es una de las permisivas en cuanto a procedimientos a realizar respecto a las técnicas de reproducción asistida y sobre el preembrión *in vitro*. Esto ha producido avances considerables en las pruebas genéticas embrionarias y al Diagnóstico Genético Preimplantatorio⁴⁰.

5.1.5. Colombia

No está consagrada legislativamente las técnicas de reproducción asistida, pero si se ha incluido en el Código Penal, Capítulo VIII “De la manipulación genética”, delitos que reprimen conductas vinculadas a la manipulación del genotipo humano y cuestiones afines.

⁴⁰ El 17 de marzo de 2011 se hizo público el nacimiento de un bebé libre del gen BRCA 1 que provoca cáncer de mama, ovario y páncreas de aparición precoz. Publicidad aparecida en los diarios de Barcelona, dados por los especialistas del Hospital de Sant Pau y la Fundació Puigvert.

Por otra parte, de manera parcial, el Decreto 1546 y la Resolución 3199 del año 1998 se ocupa de algunas cuestiones relacionadas a la RHA. Deja fuera de abordaje temas como las técnicas permitidas, sus destinatarios, la crioconservación y los posibles destinos del material congelado.

El Decreto 1546 establece las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o Similares. Regula las condiciones para la selección de donantes para los bancos de gametos y pre-embiones.

El Código Penal en los artículos 132, reprime la manipulación genética. Castiga con prisión al que manipule los genes humanos alterando el genotipo, cuando lo hiciere con una finalidad diferente del tratamiento, diagnóstico o la investigación científica, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona. El Art. 133 pena la clonación humana y el siguiente, la fecundación y el tráfico de embriones humanos. Incluye el tráfico de gametos.

Se infiere de esta legislación, que no habrá obstáculo para cualquier forma de fecundación asistida que tenga como fin la procreación humana.

6. EL EMBRIÓN HUMANO EN LA JURISPRUDENCIA

Si bien en algunos casos no ha sido el centro de debate jurídico, sí se puede inferir su tratamiento a través del análisis global del contenido de las sentencias. Seguidamente se analizarán varios antecedentes jurisprudenciales de varios países, a saber:

6. 1. Estados Unidos

La Corte Suprema de los Estados Unidos no ha tenido la posibilidad de debatir sobre el status jurídico del embrión humano, menos el extracorpóreo, pero sí ha tratado varios temas relacionados del cual se pueden extraer algunas conclusiones.

6.1.1. Caso “Roe vs. Wade” y otros.

Es un pronunciamiento de la Corte Suprema de los EE. UU. del 22 de enero de 1973. Se cuestionaba una ley del Estado de Texas que calificaba al aborto como delito, excepto cuando la vida de la mujer estaba en riesgo. Jane Roe, una mujer soltera quería interrumpir de manera segura su embarazo y por ello fue a la justicia. La Corte estuvo del lado de Roe y declaró inconstitucional la ley de Texas.

Entre sus argumentos el máximo tribunal dijo, que el derecho constitucional a la privacidad era lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de interrumpir o no su embarazo.

Para llegar a esa conclusión, la Corte analizó decenas de antecedentes jurisprudenciales en los que determinaba que el gobierno no podía interferir en ciertas decisiones personales con respecto a la procreación, el casamiento y otros aspectos de la vida familiar. Así en el caso *Griswold c/Connecticut* (381 U.S. 479 – 1965), en una apelación de un Ejecutivo de una empresa que había sido condenado por entregar anticonceptivos a personas casadas, la Corte dijo que una ley estatal que penaliza la utilización el control de la natalidad, viola el derecho a la privacidad de las personas casadas. Luego ampliaron esta protección a las personas solteras, caso *Eisenstadt c/Baird* – 1972.

En *Roe* la Corte niega la personalidad al feto expresando que la Constitución no define el término persona y cuando lo hace se refiere al nacido. Asimismo, expresa

que cuando se sancionó la Enmienda XIV, las leyes estatales eran mucho más permisivas al respecto.

Se refiere al “no nacido” como “vida humana potencial” y realiza un esquema de balanceo tripartito entre el derecho de la madre a abortar y los intereses estatales de proteger la vida del feto. Es así que sostiene que en el primer trimestre de embarazo no hay interés superior que el de la madre. En el segundo, el interés del Estado en salvar la salud de la madre se permite el aborto. En el tercero, el interés del Estado en proteger la “vida humana potencial” justifica prohibir el aborto, es decir, a partir del sexto mes.

Roe introduce la categoría de *viabilidad del feto*, es decir, la posibilidad que tiene el *nasciturus* de vivir fuera del seno materno sin depender de la madre directamente. Sosteniendo que el derecho de la madre a la privacidad no es absoluto, refiere que cuando la viabilidad de vida del feto fuera del seno materno es posible, la ley debe proteger esta vida humana potencial.

En *Webster (492 U.S. 490 – 1989)* la Corte dijo que las normas podían establecer la obligatoriedad de los exámenes médicos de viabilidad en forma independiente del trimestre en que esté desarrollándose el embarazo. El consentimiento de la madre para la práctica era suficiente declarando inconstitucional la obligatoriedad de incluir el consentimiento del padre en los casos de menores de edad, salvo carencia de capacidad cognitiva suficiente.

En *Casey (505 U.S. 833 - 1992)* y en *Landmark* si bien no dejan atrás lo expresado en *Roe*, si admiten que en los primeros meses de embarazo deben realizarse exámenes de viabilidad fetal antes del aborto. Esto hizo que en cada caso varíe la situación de acuerdo al criterio médico.

Era la viabilidad del feto fuera del seno materno y no el tiempo de embarazo el criterio para autorizar el aborto. En el tercer trimestre, el interés estatal en proteger la vida humana potencial era lo suficientemente imperioso como para legitimar la prohibición el aborto. Se declaró la constitucionalidad de medidas estatales tendientes a disuadir a la madre de su decisión de abortar.

En estos casos se pueden apreciar que el valor de la vida humana intrauterina no es uniforme. Varían según la etapa de desarrollo de la gestación. En la primera se la califica “vida humana potencial no viable” y va desde la concepción hasta que el feto es viable fuera del seno materno. La segunda “vida humana potencial viable” va desde el comienzo de la viabilidad fuera del seno materno hasta el nacimiento. La tercera es la “vida humana personal” que va desde el nacimiento hasta la muerte.

Teniendo en cuenta estos parámetros podemos concluir que los embriones, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE UU, ya sea dentro o fuera del seno materno, están calificados como “vida humana potencial no viable” y por lo tanto no gozan de la protección legal del derecho a la vida *per se*. Los Estados pueden dictar normas de protección, pero las mismas cederán ante el interés de la madre, de decisión sobre abortar o no, dentro de su derecho a la privacidad.

6.1.2. Jurisprudencia estadual

Hay dos casos estaduales interesantes, donde se analizan el destino de embriones no implantados. En el caso *Davis vs. Davis (1992)* la Suprema Corte del Estado de Tennessee debió decidir el destino de siete embriones que habían sido concebidos *in vitro* y permanecían crioconservados. Ante el divorcio de los progenitores surgió la disputa. Ella pretendía que fueran implantados en su útero y el ex marido, no. Luego cambiaron su posición, la mujer quería donarlo y el padre pedía que sean descartados.

La Corte dijo que los embriones tienen una categoría conceptual intermedia entre la propiedad y la personalidad, pero más cerca al derecho de propiedad. Cuando no existiere acuerdo de partes los tribunales deben decidir mediante el balanceo de los intereses contrapuestos. Sentó la regla que el interés de no ser padre (marido) es más fuerte que el interés de la contraparte de donar los embriones, por lo tanto, los mismos debían ser descartados.

En *Mauren Kass vs. Steven Kass (1998)*, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York tuvo que fallar en una disputa donde existía un acuerdo de partes. Al momento de ser concebido se había estipulado por escrito que si no había acuerdo sobre el destino de los embriones sobrantes iban a ser donados para la investigación. La

mujer se opuso a la disposición de los embriones y solicitó que le fueran implantados contra la pretensión del marido, que pretendía defender el acuerdo originario.

El Tribunal confirmó que el acuerdo era claro y que los embriones debían donarse para la investigación.

Queda claro, en estos precedentes, que los embriones no implantados no son personas, aunque haya un respecto especial sobre ellos. El destino de los embriones no implantados se rige por el acuerdo unánime de los padres. Cuando no lo haya, rige el acuerdo escrito. Si no hay acuerdo debe hacerse un balanceo de intereses contrapuestos.

6.2. Argentina

La Corte Suprema de Justicia de nuestro país también ha tocado el tema tangencialmente, al resolver algunos conflictos relacionados con el desarrollo gestacional o el control de natalidad.

6.2.1. Caso “Tanus”

En el caso “TANUS, Silvia c/Gobierno de la ciudad de Buenos Aires s/Amparo” 715/PJ CABA, llegó hasta la Suprema Corte de Justicia por un Recurso Extraordinario presentado por el Defensor de Menores. En el citado expediente, la Sra. Silvia TANUS, al tomar conocimiento que el feto que gestaba sufría de anencefalia (falta de desarrollo de masa encefálica y de la calota craneana), enfermedad que le permitiría a su hijo vivir tan solo unas horas luego de nacido, solicitó, primero al Hospital que se le practicara un aborto o la inducción al parto, atento a que no podía ser “un ataúd viviente”. Ante la negativa del Hospital ocurre en amparo a la justicia, siendo autorizada la inducción al parto por el Superior Tribunal de CABA. Ante esta decisión el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la ciudad de Bs. As. interpone Recurso Extraordinario alegando estar en peligro el derecho a la vida del *nasciturus* que gozaba de la protección constitucional desde la concepción independientemente del criterio de viabilidad.

La Corte, por mayoría, accedió a la petición de la amparista diciendo que lo que se autorizaba era la inducción al nacimiento (atento a que llevaba ocho meses de gestación a esa altura), siendo ello enteramente viable en ese momento del embarazo. Instó a los médicos a que cumplan con todas las reglas del arte de la medicina “con el mayor respeto hacia la vida embrionaria”. Asimismo, reconoció que la personalidad jurídica del *nasciturus* era a partir de la concepción.

En su voto el Dr. Gustavo Bossert, considerando 14, aclara que la muerte será a causa de la anencefalia y no la inducción al parto. El Tribunal debe proteger el derecho de la madre a la salud frente a la pretensión de prolongar la vida intrauterina del feto.

El voto en disidencia del Dr. Julio S. Nazareno es sumamente interesante. Critica vehementemente el fallo del Superior Tribunal de CABA que había concluido a que el feto al sufrir anencefalia, no le permitía chances de vida fuera del seno materno y lo transformaba en una especie de “subhumano” al faltarle el desarrollo cerebral. Para esta conclusión realizan un análisis histórico, concluyendo que la personalización está dada por el desarrollo del cerebro en la especie humana.

El magistrado analiza los artículos del viejo Código Civil y concluye que persona se es, desde la concepción en el seno materno, siempre que tengan “signos característicos de humanidad”. Para establecer esta última circunstancia dice, no se debe recurrir al aforismo romano citado por Vélez, de no ser ni *monstrum ni prodigio*, sino que debe acudirse a las ciencias que estudian la realidad biológica humana (la genética). Dicha disciplina dice que el ADN es el material encargado de almacenar y transmitir la información genética en el que existen secuencias denominadas únicas que codifican las proteínas. La especie humana tiene cuarenta y seis cromosomas que identifican al ser humano. Entonces, no hay duda sobre el carácter humano del ser viviente que gesta la amparista.

La patología es ulterior a la concepción. La inexistencia o malformación del cerebro humano no transforma a dicho ser en “sub-humano” como sostiene el *a quo*, refiere.

Concluye que el ser anencefálico es una persona por nacer en los términos de la ley civil (Art. 63 del C.C.) y por lo tanto, lo que hay que preguntarse es ¿tiene derecho a la vida?

Luego de analizar el Art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, el Art. 4.1. de la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Art. 6.1. y 2, Art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, refiere que sí tiene derecho a vivir. Que el magistrado que restrinja irrazonablemente el derecho a la vida, negándoselos a personas que padecen patologías físicas incurrirán en una discriminación arbitraria (Art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Dice, que la patología es ulterior a la concepción, que es un accidente (Art. 51 del C.C.) y no altera su condición (Art. 63 C.C.). Que el derecho a la vida no está sujeto a condiciones, por ello vota por admitir el Recurso, dejando sin efecto la autorización de inducción al parto.

6.2.2. “Portal de Belén”

El 05 de mayo del 2002 la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en el caso: “Portal de Belén – Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”⁴¹. El conflicto estaba planteado en determinar si el fármaco “Inmediat”, denominado “anticonceptivo de emergencia” que había autorizado a su fabricación, distribución y venta en la República tenía efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno.

La Corte realizando varias citas de publicaciones científicas concluye que la concepción se produce en el momento de la fecundación, es decir, en la unión de los cromosomas masculinos y femeninos, porque allí está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo.

⁴¹ Publicado en DJ 2002-1, 664- LL 2002-B, 520.

Atendiendo a ello y que nuestra legislación y los Tratados de Derechos Humanos fijan la protección a partir de la concepción, fallan dejando sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “Inmediat”.

En estos dos precedentes analizados queda claro que la Corte sostiene la personalidad del embrión a partir de la concepción.

6.2.3. Fallo “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”

La Corte falló en este caso el 13 marzo de 2012. En la medida una madre en representación de su hija menor de edad (15 años) pedía se le practicara el aborto a la menor porque el embarazo era consecuencia de una violación. El hecho había ocurrido en Comodoro Rivadavia y si bien, en primera y segunda instancia, se había negado el permiso judicial para dicha práctica, el Tribunal Superior de la Provincia del Chubut hizo lugar a la medida, interpretando que se estaba ante un caso de “aborto no punible” del Art. 86 Inc. 2 del Código Penal, por lo tanto, no era necesario el permiso judicial, no obstante, ordenó que se efectuara la práctica. El aborto finalmente se realizó en la ciudad de Trelew, antes que el caso llegue a la Corte.

No obstante, a ser una cuestión abstracta, el Superior Tribunal de Chubut como la Corte, entendieron que existían razones para expresarse para que sea conocido el criterio del más alto Tribunal del país y para la solución de casos análogos.

La mayoría de la Corte concluyó que se estaba ante un caso de “aborto no punible” estipulado en el Art. 86 inc. 2 del Código Penal, entendiendo que la intención del legislador fue incluir en ese inciso, dos casos de aborto no punible, uno el producto de una violación sobre una mujer idiota o demente y otro la violación de cualquier mujer. Sostuvo que esa era la posición o el espíritu de los distintos tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a la Constitución Nacional en el Art. 75 inc. 22, pues debía estarse por una interpretación amplia de los términos del artículo e inciso citado. Que la Convención Americana de Derechos Humanos no estableció un derecho absoluto a la vida (Cons. 10).

Fue el voto en solitario de la Dra. Carmen Argibay quien, a mi juicio, estableció más claramente los alcances del conflicto en cuestión. En el considerando 13 de su

voto dice que se está ante un verdadero conflicto de intereses, la afectación del derecho a la vida de la persona por nacer y la situación de la madre de 15 años de edad embarazada a consecuencia de una violación. Refiere que la decisión del legislador, ante circunstancias excepcionales en los que se torna imposible evitar la tensión entre bienes jurídicos por otros medios, es el propio Código Penal que permite afectar uno de ellos, única vía para la salvación del derecho de la restante.

En definitiva, si bien en este caso no se puso en duda el derecho a la vida del *nasciturus* fue el voto de la Dra. Argibay el más esclarecedor, al dejar asentado que la vida se encuentra protegida desde la concepción pero, ante un conflicto de bienes jurídicos como en este caso, la decisión del legislador fue permitir la afectación de la vida por nacer.

6.2.4. Fallo “Ravinovich”

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, de la ciudad de Buenos Aires, el 3 de diciembre de 1999 falló en los autos: "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" - CNCIV - SALA I - 03/12/1999 "Expte 45882/93. En este caso, el Dr. Ravinovich requería la urgente intervención judicial a través del Ministerio Pupilar para que asuma la defensa de un sinnúmero de incapaces por nacer, que eran congelados con distintos destinos, sin ningún control de autoridad competente. Que este procedimiento, según publicaciones periodísticas, se llevaba a cabo en varios lugares.

El Juez *a quo* requirió información al respecto y constató la efectiva práctica de distintos procedimientos médicos donde se obtenían embriones humanos para la fertilización asistida y también se efectuaban crio-conservación de embriones sobrantes. Ante la ausencia de legislación al respecto el Juez entendió, que el órgano judicial tenía competencia para regular el caso concreto que se le presentare y así resolvió: "1) Disponer que hasta tanto se dicte legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, como por ejemplo, la denominada fecundación asistida, sea puesta a consideración del juez en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las

etapas que lo conforman, incluyendo el descongelamiento de óvulos fecundados, aun en la hipótesis de implantación en la mujer y con prescindencia de las cláusulas contractuales que rigieran sobre el particular.- II) Ordenar se notifique por Secretaría lo proveído en el día de la fecha a las personas físicas o jurídicas individualizadas en el proceso como relacionadas con las actividades "supra" reseñadas.- III) Hacer saber a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación, la presente resolución, con el objeto que tomen adecuado conocimiento de su contenido las personas físicas o jurídicas vinculadas a las prácticas médicas de fertilización asistida...". El fallo es apelado con el fundamento de que es un pronunciamiento de carácter general y futuro, ajeno a la función judicial.

El fallo de la Cámara citado, en lo sustancial coincidió con el Juez de primera instancia, aunque matizó la forma en que debería realizarse el procedimiento de control. A su vez en su desarrollo dio importantes definiciones como el "comienzo de la vida": "Es indudable, pues, que en nuestro régimen constitucional la existencia del ser humano y de la persona, consecuentemente, comienza desde el momento de su concepción; no siendo ocioso destacar que dicho texto legal se refiere a la concepción sin circunscribirla, empero, a la que pueda producirse en el seno materno, como lo hacen los arts.63 y 70 del Código Civil -aunque ya no el actual art.264- redactados cuando aquélla sólo era factible de este modo" . El concepto de "persona": "En suma, lo expuesto permite concluir sin hesitaciones que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno". ... "Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales, derivados de la dignidad inherente al ser humano. Ante todo del derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia en tanto la vida constituye la condición o presupuesto para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios. Y también del derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior". ... "Se reitera pues:

en nuestro ordenamiento legal y constitucional toda ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica. Tal la premisa desde la cual debe examinarse la situación planteada en el caso "sub iudice". "...resulta irrelevante que la concepción acontezca dentro o fuera del seno materno. Ciertamente, la relativa amplitud del término concepción no resuelve con precisión el interrogante en torno al momento del surgimiento del nuevo ser, producido -según lo registran los actuales conocimientos científicos- en el marco de un complejo y dinámico proceso". El tratamiento del ovocito pronucleado: "...a la hora de decidir sobre la suerte del ovocito pronucleado la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. No por aseverar que lo sea -se reitera- sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre". En virtud de todo ello RESOLVIÓ: 1º) modificar el pronunciamiento de fs.119/121, aclarado a fs.123, en los términos puntualizados precedentemente; 2º) disponer que el Señor Secretario de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha de este pronunciamiento en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización; 3º) prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción y experimentación; 4º) ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con consentimiento del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento; 5º) encomendar al señor juez a quo que, efectuado el censo

dispuesto, proceda a notificar el fallo a todos los interesados; 6º) comunicar lo resuelto al Señor Ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos;; 7º) hacer saber al Señor Ministro de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación que, en términos concordantes con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida.-

Sobre este caso nunca se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

7. ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

El congreso de la Nación, después de un amplio debate y votación ajustada, el día 30 de diciembre de 2020, sancionó la Ley 27610 titulada “Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo”, permitiendo la interrupción voluntaria del embarazo (aborto) hasta las catorce semanas de gestación.

Esta ley le reconoce a la madre o “persona gestante” el derecho de poder interrumpir el embarazo de manera voluntaria, lo que se dará por la simple manifestación de voluntad ante las autoridades sanitarias, tipo declaración jurada, de una persona mayor de 16 años.

No hace mención alguna al embrión humano, pero sin lugar a dudas el legislador en esta ocasión no le reconoce ningún tipo de derecho, sino que vuelca su atención a la madre o “persona gestante”, refiere: “... cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible (Art 1°). Este objeto lo amplía en el artículo 3 al manifestar el marco constitucional de la norma citada, declarando que las disposiciones de la presente ley se enmarcan dentro de lo establecido en el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional citando a los siguientes Pactos Internacionales: “Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la

identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias” (Art. 4°).

Lo curioso de esta ley, sin entrar a realizar valoraciones personales, deontológicas o morales, es que cita varios Pactos Internacionales donde la vida no sólo se la protege a partir de la concepción, sino que se le atribuye el concepto jurídico de “persona humana” a ese ser.

Seguramente que esta norma desatará una catarata de fallos adversos como ya ha comenzado con algunos fallos de primera instancia.

Sin hesitación que esta norma, que fue la respuesta a un sector de la comunidad que luchó por todos los medios para obtenerla, cambia todo el escenario que se venía describiendo hasta el momento en el presente trabajo. No sólo cambia la normativa, sino también significa un apartamiento a una línea argumental de respeto a la vida humana intrauterina que se venía sosteniendo desde el punto de vista legislativo, jurisprudencial y doctrinal.

Esto ya era advertido por la doctrina al comentar el Art. 19 del CCyC: “El ser humano está sujeto en estos días a una serie de dilemas. Los dos más importantes son: 1) El dilema del comienzo de la vida, y 2) el del fin de la vida. La norma que aquí analizamos trata el primero de estos interrogantes persistentes, mientras que los artículos 93 a 95 del CCyC, canalizan el segundo.- La norma en comentario enfoca el inicio de la vida desde una perspectiva tradicional, que no confronta con criterios religiosos, sino que los refleja. El problema de la actual redacción de este artículo saldría a la luz si se sanciona la ley de despenalización del aborto, que estuvo a punto de dictarse en 2018 y que fue derrotada por una escueta mayoría en el Congreso. En tal supuesto debería cambiarse este artículo, para armonizarlo con un cambio drástico de la legislación argentina y su orden público”⁴².

⁴² VALENTE, Luis Alberto en Código Civil y Comercial de la Nación comentado – anotado, Dirección de Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Tomo 2-A Pág. 37, Ed. Hammurabi S.R.L. 2020.

Ardua tarea tendrá el Juez, al querer hacer compatibles normas jurídicas que protegen la vida a partir de la concepción y ésta, que pone a la vida del feto como disponible hasta las catorce semanas.

8. DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA PENAL DEL EMBRIÓN NO IMPLANTADO

Con lo expresado hasta aquí, amén de la ley antes comentada, la protección jurídica del embrión, fue definida jurisprudencialmente, a partir de la “anidación en el útero gestante” en la causa “Artavia Murillo y otros c/Costa Rica” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además varios doctrinarios son coincidentes con esta postura, como por ejemplo Boumpadre: “La problemática de la anidación surge como consecuencia de los avances de la moderna medicina. ... la opinión predominante en el desarrollo teórico europeo que el límite mínimo del objeto material del delito de aborto está fijado a partir de la anidación del óvulo en el útero de la madre... significa una real y eficaz protección jurídico penal de la persona por nacer”⁴³. En la misma línea Maurach, Welzel, Bustos Ramírez y Roxin⁴⁴.

Nuestra legislación penal, coincidente con esta postura, protege la vida humana a partir de la concepción con el delito de “aborto”, salvo la opción disponible de la persona gestante hasta las catorce semanas de acuerdo a la ley 27610. Es decir, entre la concepción y la semana 14 existe una protección menguada del embrión.

Ahora bien todas las actividades disvaliosas que lesionan la vida o la integridad del embrión antes de su anidación, hasta el momento, están exentas de protección penal. Darle o no protección es una decisión de política criminal teniendo en cuenta los principios de materialidad y lesividad (Art. 19 de la CN) y los principios de culpabilidad, proporcionalidad y legalidad.

La política criminal de un Estado puede ser definida como aquellas directrices que establecen, principalmente los legisladores, para determinar qué hechos son considerados delitos. El principio de legalidad y Estado de derecho son las dos caras de una misma moneda por la cual se determina que, una acción pueda ser pasible de sanción, primero debe dictarse la norma jurídica correspondiente, esto garantiza la coexistencia y la seguridad jurídica. La Dra. Rempel dice: “Al derecho en general, y al derecho penal en particular, le compete delimitar el momento del

⁴³ BOUMPADRE, Jorge E., Tratado de derecho penal pág. 192-193.

⁴⁴ REMPEL, Noemí G. de, Ob. Cit. Pág. 485.

inicio de la protección jurídico-penal, con independencia de si ese momento coincide o no con el del inicio de la vida, El derecho fija límites que son, naturalmente, arbitrarios”⁴⁵.

La citada doctrinaria coincide con la postura que sitúa el momento de la protección penal en la anidación⁴⁶ por varias razones. La primera de ella es la existencia de la mujer embarazada, elemento constitutivo del delito de aborto. Refiere que el proceso anterior a la anidación ha quedado fuera de la protección penal, justamente por la arbitrariedad con la que debe manejarse el legislador, no es que no haya vida sino que la misma esta fuera de la órbita de la protección penal, en este caso. El segundo de los argumentos, dice, se centra en la utilización de determinados métodos anticonceptivos como el DIU. Justamente este método, uno de los más utilizado en el mundo, no permite la anidación y está permitido por la legislación y las autoridades sanitarias correspondientes. El tercero de los argumentos surge de la interpretación de la ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida 26.862, en tanto que prevé en el Art. 7° que el consentimiento de los beneficiarios de los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida será revocable hasta antes de producirse la implantación. El cuarto de los argumentos emana, de la clara y mandataria interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Artavia Murillo y otros c/Costa Rica” sobre el alcance del derecho a la vida previsto en el Art. 4° de la Convención

Con todo lo expuesto entiendo que la manipulación genética que exceda los límites éticos y médicos, que no sean en beneficio del ser manipulado, como así también la posibilidad de alterar el genoma humano o clonarlo, indudablemente lesionan la vida del ser humano en potencia en su estado embrionario y ello debe ser penado, como lo está en otros países. Tal es el caso de España, Colombia y Alemania. La manipulación genética puede tener varias formas, aquí solamente estamos

⁴⁵ REMPEL, Noemí G. de, Ob. Cit. Pág. 481.

⁴⁶ REMPEL, Noemí G. de, Ob. Cit. Pág. 487.

hablando las que son lesivas del bien jurídico vida y no tienen una causa de justificación.

Sabido es que toda figura penal debe lesionar o poner en peligro la integridad de un bien jurídico de tercero. Entendemos que el concepto de bien jurídico tiene que ver la relación de disposición por parte de su titular. Es decir no es el bien en sí mismo el protegido, sino la relación de disposición de su titular. Este es el concepto de bien jurídico sostenido por Raúl E. Zaffaroni⁴⁷. Este es el valladar punitivo que está en el Art. 19 de la Constitución Nacional cuando deja fuera del límite de la punibilidad las acciones privadas de los hombres que no lesionen el orden o la moral pública.

La gama de acciones descriptas, que producen daño sin justificación a una vida, lesionan también la dignidad humana y sus derechos fundamentales, por ello la necesidad de ponerle una barrera penal.

Entonces también, la futura ley que proteja la vida en su estado embrionario, antes de la anidación, debe llevar consigo una reforma al Código Penal Argentino, donde se inserten una o varias figuras penales que sancionen la manipulación genética y otras acciones conexas.

⁴⁷ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL" Ed. Ediar, 2° Edic, 2° reimpresión, Bs. As. 2008, Pág. 373.

9. ALGUNAS CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo ha quedado en evidencia la desprotección jurídica que tiene el embrión humano no implantado en el útero gestante. La ley 26.862 titulada “acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, es una ley de cobertura de la práctica pero lejos está de regular todos los procedimientos y prácticas que se realizan con el embrión humano no implantado. Si bien regula tangencialmente algunos temas, como la donación de gametos y/o embriones (Art. 2°) y la creación de un registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y bancos receptores de gametos y/o embriones (Art. 4°), nada refiere a otros procedimientos. Esta ley fue reglamentada por el Decreto 956/2013. Es decir, estamos ante una ley de cobertura pero no de protección del embrión humano.

En virtud de ello sentamos la necesidad de regular rápidamente esta cuestión donde se tengan en cuenta los procedimientos y prácticas que se pueden realizar para la reproducción humana médicamente asistida. En la futura ley que regule el tema deberá dejarse en claro cuál es la naturaleza jurídica del embrión humano no implantado en el útero gestante. Tomar posición por un ser en potencia, que tiene vida propia, distinto de una cosa, es un avance para una ley de protección.

Debe regularse el límite de prácticas de fertilización asistida por año calendario para evitar la existencia de embriones supernumerarios. El límite de tres prácticas por ciclo es una buena referencia que coincide con legislación extranjera.

Debe quedar claro que la donación de embriones y/o gametos debe ser gratuita prohibiendo cualquier tipo de comercio al respecto. También, en este tema, debe quedar establecido que la donación debe ser anónima para evitar cualquier conflicto jurídico, moral o ético posterior.

Debe regularse la crio-conservación de embriones y gametos estableciendo claramente sus fines. En el caso de embriones, los únicos destinos posibles serán la fecundación posterior, su donación o la investigación si estamos en presencia de embriones supernumerarios. La crio-preservación no debe superar los cinco años.

La investigación en tanto no signifique la alteración del genotipo y se realice con fines médicos preventivos de enfermedades futuras debe ser aceptada. No debe permitirse y esto debe quedar claro en la ley, la clonación humana, la alteración genética que signifique perjuicio o alteración del genoma humano. Tampoco la selección de sexo o características raciales de la futura persona por razones éticas y morales.

Como ya se expresara, entendemos que deben crearse figuras penales para sancionar conductas que signifiquen lesiones al bien jurídico vida del nuevo ser.

En síntesis, a más de cuarenta y tres años de que se produjera el primer nacimiento por fecundación *in vitro*; a casi siete años de la implementación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, donde quedó establecido que la “protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (Art. 9 segunda ley 26994), creemos que es hora de legislar al respecto.

BIBLIOGRAFÍA:

- La construcción narrativa de la infertilidad, Lucía ARIZA en SEXUALIDAD, SALUD y SOCIEDAD, Rev. Latinoamericana ISSN 1984-6487/n° 18.
- La Regulación de las tecnologías reproductivas y genéticas en Argentina, Lucia ARIZA en Cadernos pagu (50), 2017: e175005 ISSN 1809-4449.
- Hacia la protección jurídica del embrión humano in vitro. Avances de la ley 26862 de Reproducción médicamente asistida y el proyecto del nuevo Código Civil, Sergio Manuel TERRÓN, Id. SAIJ DACF140004.
- La autopoiesis, Sergio MATURANA en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46959865> consultado el 27/04/2020.
- LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN, Noemí G. de REMPEL, Ed. Ediar 2016.
https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html consultado el 27/04/2020.
- El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana. ROMEO CASABONA, Carlos Madrid, 1994, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Fallo “ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012”. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- INTRODUCCIÓN A LA BIOJURÍDICA, María VILA CORO, Madrid, servicio de publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1995.
- TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL, Horacio ROSSATTI, 2° Ed., Rubinzal Culzoni editores, T. I y II.
- LA PROTECCIÓN DEL GÉNOMA HUMANO – María Dolores VILA – CORO 14/04/2004.
- Fundamentos del CCyC de la Nación – Título I Persona Humana Cap. 1 Comienzo de la existencia. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26994.

- TEORÍA PURA DEL DERECHO, Hans Kelsen – Ed. Universitaria de Bs. As. 1960.
- LOS FUNDAMENTOS DE LA BIOÉTICA – H. Tristram Engelhardt Ed. Paidós 1995.
- VALENTE, Luis Alberto en Código Civil y Comercial de la Nación comentado – anotado, Dirección de Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Tomo 2-A, Ed. Hammurabi S.R.L. 2020.
- BOUMPADRE, Jorge E., Tratado de Derecho Penal.
- ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL” Ed. Ediar, 2° Edic, 2° reimpresión, Bs. As. 2008.