

El estatuto jurídico del embrión y sus implicancias en la investigación científica

Autores: Alem de Muttoni, Isabel Lucía Cesar Peña, María Eugenia

Sumario: I. Introducción. — II. Antecedentes legislativos. Estado de la cuestión. — III. Planteo del Problema. — IV. Conclusiones. — V. Las conclusiones de las XXIV Jornadas en Derecho Civil, de la Comisión 1 Parte General, Tema: "Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto". — VI. Bibliografía. — VII. Conclusiones.

Abstract: "El derecho debe dar una respuesta que asegure la dignidad de la persona humana y siempre a favor de la vida e integridad del embrión humano. Lo cierto es que a través de la fecundación extracorpórea se demuestra que el ser humano comienza con la fecundación. Tal afirmación no es teórica sino una constatación experimental. Si el código genético es un hecho incontrovertible de que la vida humana se inicia en la fecundación. El embrión es un ser distinto a la madre, es decir, individual y autónomo; el derecho debe velar por la dignidad de la persona humana y regular su respeto y protección."

I. Introducción

El presente análisis se corresponde a la ponencia presentada por las autoras en las XXIV Jornadas de Derecho Civil celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, en la Comisión I, "Parte general: Persona Humana: Comienzo de la existencia. Estatuto.

El Proyecto de Código Unificado, Libro I, Parte General, Título I, Persona Humana, Capítulo 1, Comienzo de Existencia de la Persona, establece en su artículo 19, "Comienzo de la existencia. La Existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida comienza con la implantación del embrión en la mujer sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado". La sanción de la Ley de Reproducción Humana Asistida, (Ley 26.862/B.O. 26/06/2013), no ha regulado la situación del embrión no implantado por lo que ha quedado sin normativización. En consecuencia entendemos que el Proyecto de Código Unificado debe establecer el estatuto jurídico del embrión.

Concluidas las referidas Jornadas, se presentó en la Cámara de Diputados de la Nación, un Proyecto de ley titulado: "Ley de Protección del embrión no implantado". En los fundamentos de elevación los autores señalan: "El 5 de junio de 2013 se sancionó la ley 26.862 de reproducción médicamente asistida. Dicha norma legisla únicamente respecto de la cobertura económica de las prácticas de fertilización asistida y está enfocada en el acceso integral a ellas... toda vez que la finalidad específica de la legislación sancionada es, la consecución de un embarazo, cualquier otra acción (descarte, comercialización, industrialización, experimentación) no estaría autorizada por la ley". (1)

II. Antecedentes legislativos. Estado de la cuestión

El Código Civil vigente nos establece una visión trascendente de la persona, al considerar que la personalidad comienza con la concepción.

"Numerosos ordenamientos decimonónicos dispusieron que la personalidad comienza con el nacimiento. Nuestro Código establece con sabiduría que la personalidad aparece con la concepción. Hoy la ciencia y el necesario respeto a la vida demuestran la clarividencia de nuestro codificador; pero la temática actual se centra en la protección de la vida de los sujetos concebidos y desarrollados fuera del seno materno, y en la determinación de la licitud de ciertos manejos de la llamada ingeniería genética". (2)

Siguiendo en nuestra postura, de considerar que la persona comienza con la concepción, el profesor, José W. Tobías, (3) como antecedentes señala los que se describen a continuación: 1) Es un misterio como se podría sostener su concordancia con el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de rango constitucional, art. 75, inc. 22), cuyo art. 16 proclama: "Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica". El Preámbulo —de relevancia como elemento de interpretación de las disposiciones del Pacto— declara a su vez la dignidad de "todos los miembros de la familia humana", de la cual derivan derechos iguales e inalienables. 2) En la misma línea de ideas, el art. 1º, inc. 2º, de la Convención Americana de Derechos Humanos —también de rango constitucional (art. 75, inc. 22) prescribe que: "para los

efectos de esta Convención persona es todo ser humano" (art. 1º, inc. 2º) y que "tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art. 3º). También el art. 6º de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22 CN): "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". 3) De relevante importancia es la declaración formulada por la Argentina al art. 1º de la Convención de Derechos del Niño —de rango constitucional (art. 75, inc. 22)— en la oportunidad de su ratificación (art. 2º, ley 23.849, que dice: "Con relación al art. 1º 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").

Algunas precisiones alrededor del texto son éstas: No distingue según el lugar de la concepción —corpórea extracorpórea— quedando comprendidos ambos.

Los Tratados y Convenciones Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad lo son "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, CN), es decir, tal como fueron incorporados al Derecho argentino, con sus reservas y declaraciones interpretativas; ello supone afirmar que las declaraciones tiene rango Constitucional y sería derogatoria de toda norma inferior.

Las declaraciones interpretativas —particularmente cuando ellas son condición para adherir a un Tratado— tienen el mismo régimen previsto para las reservas.

Las reglas generales de las Convenciones de Viena y de la Guía de Prácticas son aplicables a los Tratados sobre Derechos Humanos.

El Preámbulo de la Convención —de valor interpretativo de sus disposiciones— prescribe que la vida del niño debe ser protegida, "tanto antes como después del nacimiento", extendiendo el concepto de "niño" en una prolongación indeterminada hasta "antes del nacimiento".

El antecedente nacional más próximo es el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio de 1998, que en los fundamentos, punto 3, Libro II, de la Parte General, Título I, de las Personas Humanas, expresa: "Al tratar del comienzo de la existencia de las personas se dispone que ellos se produce con la concepción; se elimina la expresión "en el seno materno para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas. El texto se adecua no solo a la realidad científica vigente, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4º inc. 1º)".

III. Planteo del tema

La experimentación con embriones se puede realizar únicamente con fines terapéuticos y en beneficio del propio embrión. Se prohíbe la creación de embriones con fines de experimentación, como así también con fines industriales o comerciales. Está igualmente prohibida la manipulación genética del embrión cuando afecta la descendencia, como asimismo cuando tenga por finalidad la instrucción de una modificación del genoma queles corresponda heredar de sus progenitores No se admitirá manipular el sexo, salvo que se realice con el fin de prevenir la trasmisión de una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo. (4) En la Declaración sobre el Genoma y Derechos Humanos de la UNESCO de 1997 se establece el principio de la libertad de investigación y del conocimiento. En la base de la ciencia está el libre examen, está la libertad, está la experimentación; pero inmediatamente después debemos recordar con fuerza el respeto de la vida, el respeto de lo vivo, de lo que algunos llaman "el derecho a la vida". ¿Pero qué vale una vida sin dignidad? Es por ello que el respeto a la vida debe necesariamente estar acompañado del respeto de la dignidad humana. Considera contrarias a la dignidad la intervención en la línea germinal. (5)

De lege ferenda proponemos que el proyecto de Código Civil unificado debe determinar cuál es el estatuto jurídico del embrión.

El hombre es un ser muy complejo. Su cuerpo está formado por millones de células que se multiplican constantemente para sustituir a las que mueren por concluir su ciclo de vida o por alguna otra causa. Pero,

¿desde cuándo es ser humano? Al respecto el profesor Jérôme Lejeune, catedrático de Genética de la Universidad de la Sorbona, afirma que existe un ser humano: [...] desde el momento mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide. En el preciso instante de la unión de los gametos femenino y masculino, inicia la formación de un nuevo ser, individual y autónomo. Se debe descartar la posibilidad de un antes y un después, ya que no existe ninguna transformación esencial por la cual el cigoto, embrión o el feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción. Se es ser humano desde la concepción hasta la muerte.

En este mismo sentido, el Consejo de Europa estableció lo siguiente: La ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que en este mismo momento están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano.

(6)

Conforme a nuestra posición que sostiene que no existe el "preembrión", ya que ocurrida la concepción el proceso continúa, los científicos sostienen que "el embrión es un sujeto activo en desarrollo. Esto es lo que es potencial, el desarrollo de sus capacidades, que se prolonga a cabo de toda su vida ulterior mediante el crecimiento físico y el despliegue de sus posibilidades psicológicas y espirituales. El embrión no es una persona humana en potencia sino un individuo humano con potencialidad". (7)

En contra, a esta posición se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo, 2012/11/28, "Artiava Murillo y otros ("Fecundación in Vitro") c. Costa Rica", donde interpretó el término "concepción" contenido en el artículo 4º de la CADH y lo asimiló a la anidación, reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano"; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de una mujer su posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe las nutrientes necesarias ni está en un ambiente adecuado. Concepción presupone pues, existencia dentro del cuerpo de una mujer, prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que tiene un embrión anidado. En definitiva elocuentemente, la Corte afirma que el término "concepción" al que alude la convención americana se refiere al momento en que se produce la anidación. (8)

Según el Dr. Andorno, (9) la ciencia en su estado actual, nos muestra que la pertenencia de un ser vivo a una especie, viene determinada por el material genético presente desde el cigoto; dado que un embrión humano posee un genoma humano, que es idéntico al del adulto que está llamado a devenir, está claro que pertenece como el adulto a la especie humana; de hecho, por este carácter de continuidad y determinismo, ningún ser vivo y en particular ningún embrión podría devenir específicamente humano en el curso de su desarrollo biológico, sino lo era antes.

Habiendo expuesto las diferentes posiciones sobre lo que se considera embrión, nuestra posición es la del Código vigente, la persona humana comienza su existencia desde la concepción, sin hacer distinción entre corpórea o extracorpórea.

La experimentación con embriones nos trae un panorama abierto a diferentes opiniones, si nos sujetamos al Proyecto de Código Unificado los artículos referidos, que contempla el tema analizado es el ARTÍCULO 57, ubicado en el Capítulo Tercero, como Derechos y Actos Personalísimos, referidos a la inviolabilidad y dignidad de la persona humana. El texto del artículo 57, establece: "Prácticas prohibidas. Están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas."

Teniendo en cuenta el texto transcrito del artículo rescataremos para la ponencia la reflexión del jurista norteamericano Jhon Robertson citado por Andorno (10), sostiene: "que si la selección embrionaria ya se autoriza para evitar enfermedades graves, no hay ningún motivo para excluirla para enfermedades menos graves, o ante simples predisposiciones genéticas que tal vez nunca se manifiesten o que pueden manifestarse a una edad avanzada del individuo.

El Dr. Tobías, expresa que, ante la dificultad en adoptar criterios absolutos, como asimismo a las perspectivas para el tratamiento y cura de las enfermedades y el correlativo avance de la ciencia, se vislumbran graves riesgos sobre la identidad de cada persona y la intangibilidad de la especie. A la luz de los conocimientos actuales, por ello no parece factible una regulación legal que admita determinadas intervenciones, lo que no excluye que bajo precisas exigencias, sea factible en el futuro. (11)

De lege ferenda proponemos que el Proyecto de Código Unificado en su art. 57 se debe suprimir "o la predisposición a ellas" y agregar: "sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia".

IV. Conclusiones

El avance de la medicina conlleva en algunos casos a plantearnos en qué medida son justificadas las prácticas que lesionan la vida y la integridad de la persona humana en cualquiera de sus estadios. El derecho debe dar una respuesta que asegure la dignidad de la persona humana y siempre a favor de la vida e integridad del embrión humano. Lo cierto es que a través de la fecundación extracorpórea se demuestra que el ser humano comienza con la fecundación. Tal afirmación no es teórica sino una constatación experimental. Si el código genético es un hecho incontrovertible de que la vida humana se inicia en la fecundación. El embrión es un ser distinto a la madre, es decir, individual y autónomo; el derecho debe velar por la dignidad de la persona humana y regular su respeto y protección.

De lege ferenda proponemos que el Proyecto de Código Civil Unificado debe determinar cuál es el estatuto jurídico del embrión.

De lege ferenda proponemos que el Proyecto de Código Unificado en su art. 57 se debe suprimir

"o la predisposición a ellas" y agregar: "sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia".

V. Las conclusiones de las XXIV Jornadas en Derecho Civil, de la Comisión 1 Parte General, Tema: "Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto"

De lege lata, se dispuso, Primero: Despacho de Mayoría: Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno. Despacho de Minoría: Comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como implantación en el seno materno. No es jurídicamente necesario ser persona para lograr la protección del ordenamiento jurídico. El pre- embrión se encuentra en un status objeto de una tutela jurídica especial por su potencialidad de serlo. Se deben dictar normas que regulan su tratamiento y conservación.

Segundo: En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación. Tercero: La doctrina del fallo "Artavia Murillo" dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho.

De lege ferenda

Cuarto: Se propicia la reforma de la ley 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos.

Quinto: Despacho de Mayoría: Ante una eventual reforma del Código Civil se propicia en torno al comienzo de la existencia de la persona la redacción contenida en el Punto I de las conclusiones de mayoría.

Despacho de Minoría: Ante una eventual reforma del Código Civil, se propicia la redacción del Punto I de las conclusiones.

VI. Bibliografía

ANDORNO, Roberto, La selección embrionaria en la fecundación in vitro, el desafío de la nueva eugenesia, La Ley, RDF, p. 229 y ss., Año 2, N° 11, diciembre de 2010.

ANDRUET, (h.) Armando S., La mutación del principalismo a la Declaración Universal de Bioética, La Ley, RDFP, p. 151, y ss., año V, julio 2013.

ARGAÑARAZ, Mariangel, MONJO Sebastián, La fecundación in vitro a la luz del art.41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH, en autos "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica de 28/11/2012", La Ley, RDFP, p. 223 y ss., año V, marzo 2013.

ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Persona Humana, Ingeniería Genética y Procreación Artificial" en: BORDA, Guillermo Antonio (Director), La Persona Humana, Buenos Aires, La Ley, 2001.

ATIENZA, Manuel, Bioética, Derecho y Argumentación, Bogotá, Editorial Temis, 2004. BORDA, Guillermo Antonio (Director), La Persona Humana, Buenos Aires, La Ley, 2001.

CORDOBA PALACIO, Persona y bioética, Consideraciones biológicas y antropológicas acerca del embrión y la reproducción asistida, pp. 54-63, ISSN-e-0123-3122, Vol. 11, N28, 2007.

FEITO, Lydia (editor), Bioética: La cuestión de la dignidad, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004.

GELLI, Angélica, Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada, 4º edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2008.

GROSS ESPIELL, Héctor, Ética, bioética y derecho, Bogotá, Termis, 2005.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "La decisión de CIDH del 28/11/2012, La interrupción del embarazo" 3 de febrero de 2013, MJ-Doc.6213.

LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, La Corte Interamericana de Derechos humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías, La Ley, RDFP, p. 179 y ss., año V, marzo 2013.

LEJEUNE, Jérôme, ¿Qué es el embrión humano?, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Rialp, Madrid, 1993

MEDINA, Graciela y GONZALEZ MAGANA, Ignacio, La Ley Nacional sobre fertilización Asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial entre su texto y el antecedente de la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires, La Ley, RDFP, p. 139 ss., año V, julio 2013.

PALMERO JUAN CARLOS, Nuevas fronteras de la definición histórica de personas físicas, La Ley, RDFP, p. 159 y ss., año 3, Junio de 2011.

RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. I, 4ª ed., p. 307, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Director), La ética y el derecho ante la medicina del futuro,

Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

ROSALES, Pablo O. Novedosa sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos de la OEA: La fertilización humana asistida" como derecho humano y su aplicación en el derechos argentino, La Ley, RDFP, p. 199 y ss., año V, marzo 2013.

ATARÓPOLI, María del Carmen, Los embriones que no son "personas" y esperan en el limbo su destino humano. Un nuevo partheit?, La Ley, RDFP, p. 191 y ss., año V, julio 2013.

TOBIAS, José W., Derechos de las Personas — Instituciones de Derecho Civil: parte general, Buenos Aires, La Ley, 2009.

VII. Conclusiones

El avance de la medicina conlleva en algunos casos a plantearnos en qué medida son justificadas las prácticas que lesionan la vida y la integridad de la persona humana en cualquiera de sus estadios. El derecho debe dar una respuesta que asegure la dignidad de la persona humana y siempre a favor de la vida e integridad del embrión humano. Lo cierto es que a través de la fecundación extracorpórea se demuestra que el ser humano comienza con la fecundación. Tal afirmación no es teórica sino una constatación experimental. Si el código genético es un hecho incontrovertible de que la vida humana se inicia en la fecundación. El embrión es un ser distinto a la madre, es decir, individual y autónomo; el derecho debe velar por la dignidad de la persona humana y regular su respeto y protección.

De lege ferenda proponemos que el Proyecto de Código Civil Unificado debe determinar cuál es el estatuto jurídico del embrión.

De lege ferenda proponemos que el Proyecto de Código Unificado en su art. 57 se debe suprimir "o la predisposición a ellas" y agregar: "sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia".

(1) Proyecto de Ley iniciado en Diputados Expediente: 6803-D-2013, trámite parlamentario N° 145, fecha 1/10/2013.

(2) RIVERA, Julio César, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, 4ta., p. 307, Edición. Bs. As. Abeledo Perrot, 2007.

(3) TOBIAS, José W., "La persona humana y el proyecto" en: "Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012". Julio César Ribera (Director) Graciela Medina (Coordinadora), Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2012, p. 55 y ss.

(4) Convenio sobre los Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa presentado a la firma de los Estados en Oviedo el 4 de abril de 1997.

(5) Artículos 10, 11, 24.

(6) LEJEUNE, Jérôme, ¿Qué es el embrión humano?, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Ediciones Rialp, Madrid, 1993. Consejo de Europa, Resolución Núm. 4376, Asamblea del 4 de octubre de 1982.

(7) CORDOBA PALACIO, Persona y bioética, Consideraciones biológicas y antropológicas acerca del embrión y la reproducción asistida, pp. 54-63, ISSN-e-0123-3122, Vol. 11, N° 28, 2007.

(8) La decisión de CIDH del 28/11/2012, La interrupción del embarazo. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída-HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, 3 de febrero de 2013, MJ-Doc.6213.

(9) ANDORNO, Roberto, La selección embrionaria en la fecundación in vitro, el desafío de la nueva eugenesia, LL, RDF, p. 229 y ss., Año 2, N° 11, diciembre de 2010.

(10) ANDORNO, Roberto, La selección embrionaria en la fecundación in vitro, el desafío de la nueva eugenesia, La Ley, RDF, p. 229 y ss., Año 2, N° 11, diciembre de 2010.

(11) TOBIAS, José W. Derechos de las Personas, obra citada, p. 84.