

XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Comisión N° 1: PERSONA HUMANA. ESTATUTO

PONENCIA: “ALGUNAS PAUTAS PARA UNA REGULACION INTEGRAL DE LA REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA”.

Dra. María Virginia Bertoldi de Fourcade *, Ab. Patricia Stein**, Ab. Adriana Raffaelli ***

PONENCIA

- 1) La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno o desde la anidación del embrión en el útero en el caso de la fertilización extracorpórea.
- 2) Se entiende por preembrión o embrión no implantado, el constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta el día catorce (14).
- 3) Sostener que el embrión fecundado en forma extracorpórea adquiere el “*status jurídico*” de persona a partir de su anidación en el útero materno, no impide dispensarle protección jurídica.
- 4) La ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, y su correspondiente decreto reglamentario, legitima las técnicas que contempla, diseña un marco mínimo para su aplicación y asegura su cobertura por la seguridad social de la salud, más no comprende aspectos cuya regulación se torna necesaria.
- 5) La legislación específica en materia de reproducción humana asistida deberá regular, entre otros, los siguientes aspectos: a. La disponibilidad, uso y transferencia de preembriones; b. Las condiciones relativas a los dadores de gametos; c. La crioconservación de los embriones no implantados; d. La dación de embriones no implantados para investigación con fines terapéuticos; e. La prohibición de "construir" embriones humanos para fines industriales, comerciales, o de mera experimentación; f. la posibilidad de su

*Profesora Titular de la cátedra “B” de Derecho Privado I Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

**Profesora Adjunta de la cátedra “B” de Derecho Privado I de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora adjunta de Derecho Civil I de la Universidad Blas Pascal, Cba

*** Profesora Adjunta de I.E.C.A. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora adjunta de Introducción al Derecho de la Universidad Blas Pascal, Cba.

disposición con fines de implantación, para los embriones no implantados; g. La determinación legal de la filiación.

I. INTRODUCCIÓN

Estimamos necesario, como paso previo a la consideración de algunas pautas para una regulación integral de la reproducción humana asistida, referirnos al principio de existencia de la persona humana. En tal sentido, reafirmamos lo sostenido en oportunidad de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2003) en cuanto a que comienza con la concepción en el seno materno o desde la anidación del embrión en el útero femenino en el caso de la fertilización extracorpórea, coincidiendo esta la postura con la sustentada en el art. 19 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012.

Hasta no hace mucho tiempo la procreación era parte del mero orden biológico natural: concepción intrauterina, embarazo y nacimiento. El panorama, hoy es mucho más complejo pues la ciencia abrió la posibilidad de una fecundación extrauterina frente a cuyas implicancias no es posible mantenerse neutral; ello pues las respuestas jurídicas que se den comprometen derechos fundamentales ligados al sistema de valores que imperan en la comunidad.

La ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida (2013), y su correspondiente decreto reglamentario, no atienden en forma integral, la imperiosa necesidad de regular las prácticas de reproducción humana asistida, algo largamente reclamado en distintos estamentos de la sociedad.

En razón de ello, intentaremos proponer alguna pautas para la regulación integral de estas técnicas, ya que consideramos que es necesario definir y proyectar soluciones a las nuevas creaciones de la vida para la tutela de todos los derechos comprometidos y, compartiendo el criterio de Cifuentes¹ nos resulta atinado discriminar la regulación de la fecundación intrauterina, que debe mantenerse, por lo que la propuesta se referirá a las diferentes situaciones que presenta la fecundación extracorpórea.

II. PRINCIPIO DE EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA

¹ Cifuentes, Santos “El embrión humano-Principio de existencia de la persona” en Abuso del Derecho y otros estudios en Homenaje a Abel Fleitas, Abeledo Perrot, Bs.As, 1992 p.141 y sgtes.

La categorización jurídica del embrión no implantado es una cuestión central por sus implicancias. Por nuestra parte no le asignamos la categoría de "persona", pues compartimos la posición que sostiene que el embrión debe ser considerado " persona humana" desde el momento que logra la total individualidad de su dotación cromosómica humana; es decir, desde el momento de la anidación (conf. Guillén, cit. por Rinessi)². La importancia de los preembriones se encuentra en su capacidad para ser implantados en el útero de la mujer para continuar con su desarrollo una vez anidados y como resultado de ello, el nacimiento de hijos. (conf. De Dios)³

Sostenemos que la anidación y la gestación son situaciones de las que no puede prescindirse para posibilitar el protagonismo que requiere la vida jurídica. De allí que la personificación a partir de la implantación establece una diferencia fundamental con el preembrión que se mantiene fuera del útero y que, mientras se mantenga en tal situación, nunca podrá ser gestado ni, por lo tanto, nacer.

En materia de embriones *in vitro*, se avanzó considerablemente en igual sentido a la doctrina que se venía sustentando, al diferenciar este término para la unión de los gametos femeninos y masculinos antes de la implantación, -embriones- del concepto de concepción que implica hablar de aquel embrión ya implantado en el seno materno. Esta significativa diferencia fue sostenida por Misyersky- Flah, al afirmar: *"...De ello se desprende que la diferenciación aquí realizada entre uno y otro embrión encuentra un punto de inflexión en la implantación en el útero. Antes de ese momento el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al "otro" que es el útero materno: ahí empezaría su constitutiva condición de ser-en-relación, rasgo humanizante de la vida. De ahí que no pueda igualarse el status tanto jurídico como moral de uno y otro."*⁴

En este sentido recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo: "... la Corte entiende que el término 'concepción' no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del

² Rinessi, Antonio J. "La nueva visión del comienzo de la vida", LL-1994-E-1214

³ De Dios, Miguel A. "El derecho a la procreación en el marco de la fecundación asistida", ED-153-900

⁴ Misyersky, Nelly; Flah, Lily. "El embrión, el feto y la vida humana", LaLey, 6 de octubre de 2011

cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene posibilidad alguna de supervivencia si la implantación no sucede".⁵

Es claro que podrá decirse que los progresos científicos pronto implementarían el " útero artificial": ello es posible, pero las únicas gestadoras por el momento son las mujeres y no se justifica asumir los riesgos que la falta de regulación específica, acarrearía para todos los involucrados por esperar un futuro aún incierto. Somos testigos de nuestro tiempo y cuando lleguen los "**úteros virtuales**", deberemos revisar muchas otras leyes.

No considerar persona al embrión extracorpóreo no supone negarle la protección jurídica que merece. Consideramos que está fuera de discusión que existe en él vida humana; en efecto, nadie cuestiona que la vida y dignidad humana del embrión no implantado, merecen respeto. A partir de ello y sosteniendo auténticos principios éticos- jurídicos se pueden evitar los excesos, proscribiendo las prácticas que se consideran disvaliosas y permitiendo, simultáneamente, el aprovechamiento de los avances de la ciencia.

Resulta insuficiente e impreciso a los efectos de la reproducción humana asistida referirse sólo "a la concepción" como momento de comienzo de la existencia de la persona humana. Volvemos a coincidir con Cifuentes, cuando expresa, "La índole de bien que merece un respeto superior a una cosa, pero que no se confunde con el concepto de persona, parece ser una respuesta acorde con la naturaleza y relaciones que nacen de la formación de los preembriones".⁶

III. LEGISLACION VIGENTE: LEY 26.862 DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA

Ley 26862 ¿sólo un marco técnico?

Tenemos que destacar que la norma jurídica recientemente dictada y su reglamentación no abordan el problema de modo integral; si bien legitima y visibiliza la realización de estas prácticas brinda sólo un marco técnico y de seguridad social en materia de la salud reproductiva sin avanzar sobre otros temas trascendentes. Es decir que la norma contribuye a instalar jurídicamente la fecundación asistida y constituye además, un

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos - 2012-11-28- Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica

⁶ Cifuentes, Santos, ob.cit.

disparador de muchas cuestiones específicas para instituir derechos y obligaciones de los involucrados en la relación jurídica de que se trata.

La ley fija como objetivo, garantizar el acceso a las técnicas de reproducción médicamente asistida, fijando conceptualmente que se entiende por tales prácticas y dejando abierta la posibilidad de inclusión de nuevas técnicas de fertilización, además de las mencionadas.

Asimismo se hace hincapié en asegurar el derecho al acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas, estableciendo como único requisito de la prestación, la mayoría de edad de los usuarios.

La norma deja a salvo la preservación del derecho humano a la salud reproductiva mediante técnicas de reproducción asistida estipulando la prohibición de discriminar por cualquier motivo incluso en virtud de la orientación sexual del peticionante

Por su parte la reglamentación esboza dos principios en la materia: el garantista y la integralidad de la reproducción médica asistida.

En efecto la Ley 26.862 otorga la **garantía** de acceder a la reproducción médicamente asistida, tanto a las personas con cobertura social privada, como a quienes escogen los centros asistenciales de salud pública. Es decir garantiza el derecho de acceso a la salud en general, sin discriminaciones en esta temática. Asimismo, lo hace de modo **integral**, en el sentido que implica atender a la interdisciplinariedad, que supone: la posibilidad de contar con el apoyo de la actual tecnología y experiencia que permita ejercer adecuadamente el derecho a ser informado tanto por el equipo técnico en lo médico como en la salud psíquica, la perspectiva de lo social y la que resultare menester a los fines de llevar adelante la práctica aconsejada.

Por su parte, el decreto reglamentario distingue las técnicas de alta y de baja complejidad de modo meramente enunciativo y deja abierta las puertas para las nuevas prácticas que surjan (art. 2) y establece una interesante articulación en redes de los organismos especializados en la materia y los programas nacionales involucrados (art. 6). En cuanto al consentimiento informado, su alcance y tiempo de expresarlo hace jugar la interpretación de la norma (art.7) con la ley de los derechos del paciente y la de protección de datos personales. De ésta manera, se deja a salvo la tutela que dispensan las leyes 26.862, 26.529, 25.326, cerrando cualquier interpretación que pretenda limitarla.

Asimismo se estipula la práctica como obligatoria dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO), lo que implica una verdadera garantía al ejercicio del derecho a la reproducción médica asistida (art.8). Se fija un marco general cuando la práctica requiera de donación de gametos o embriones dando sólo la posibilidad de que, provengan de bancos inscriptos en debida forma por ante el Registro Federal de Establecimientos de Salud e instituye taxativamente la prohibición de cualquier finalidad lucrativa. A pesar de estas prescripciones ni la ley ni el decreto reglamentario se involucran en otras cuestiones relacionadas a la reproducción asistida. A modo de ejemplo, lo relativo a los dadores y sus derechos, la conservación de embriones, las implicancias referidas a la identidad biológica del nacido.

IV. PAUTAS PARA UNA REGULACION INTEGRAL

A la hora de establecer pautas para una regulación integral de la reproducción humana asistida, estimamos de importancia como punto de partida, un debate ético de lo que debería ser regulado por la norma, lo jurídico como permitido y lo que corresponde por ser correctamente aceptable en los actos de la vida humana. Vemos entonces dos cuestiones: lo ético en cuanto moral, que es individual por pertenecer al mundo de la privacidad de las personas, y lo jurídico que implica una relación bilateral, que alude a la alteridad del derecho, a un sujeto actuando en su exterior, en lo social.

Esto recordando la figura del Estado que dicta normas jurídicas y que ve al problema de reproducción humana asistida, en cuanto cuestión susceptible de originar algún tipo de responsabilidad y como tal, que requiere de regulación.

Así observamos varios actores: el hombre como sujeto privado, el hombre como sujeto interactuando en la sociedad y el Estado regulando ese mundo externo de las personas que pueden con su actuar ser susceptible de algún tipo de responsabilidad y la necesidad de poner límites a ésta práctica.

Es en el marco de los derechos reproductivos que cobra importancia el irrestricto respeto por la privacidad y autonomía personal, así se ha afirmado que “mientras que el derecho a la privacidad o intimidad aparece como un reclamo de no-exposición al público o a la sociedad; el principio de autonomía, aparece como un

reclamo al respecto más absoluto por las conductas "autorreferentes"; es decir a la no-intervención estatal en el plan de vida que cada ciudadano elige; reconociendo como único límite el de no dañar a terceros”⁷

Esta temática instala interrogantes tales como: ¿Cuántos embriones implantar?; ¿procede la crioconservación de los embriones no implantados?; en el supuesto de dadores de gametos ¿debe mantenerse el anonimato?; ¿procede la dación de embriones no implantados para investigación?; ¿debe permitirse la gestación por sustitución?

Estimamos que las respuestas a estas inquietudes, nos enfrentan a un dilema a resolver pero que implica abordar con seriedad un debate moral, de la moral privada de las personas y no jurídica porque todo límite que podamos intentar, implica intervenir en el derecho individual de las personas que no pueden acceder a la procreación natural.

Es preciso para esto deslindar la legitimidad de la norma como aceptación social, del hecho jurígeno, a la hora de la regulación de reproducción asistida.

ALGUNAS PAUTAS A CONSIDERAR:

a) Disponibilidad, uso y transferencia de embriones.

Se entiende por preembrión o embrión no implantado, el constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta el día catorce (14).

Consideramos que en el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, debe autorizarse la transferencia en la mujer, de un máximo de preembriones que vía reglamentaria se determine a partir de lo clínicamente aconsejado.

b) Condiciones personales de los sujetos participantes en las técnicas

Conforme lo previsto por el art. 7° del Decreto 956/2013, los usuarios de estas técnicas deberán prestar el consentimiento informado, antes del inicio de cada una de ellas, debiendo documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. En el caso de matrimonios, se requerirá también el consentimiento informado del cónyuge

⁷ Basterra, Marcela I. Las técnicas de fertilización asistida y la cuestión constitucional, LA LEY 15/08/2013, 15/08/2013, 4

El consentimiento es libremente revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación, y hasta antes de la implantación del embrión, en el caso de la fecundación extracorpórea. La revocación deberá documentarse en la respectiva historia clínica.

Cuando la reproducción humana asistida ha sido llevada a cabo con material genético de un tercero, nos referimos al “dador” y no donante, ya que como se ha sostenido “no resulta conveniente hablar de donación puesto que no se trata de un acto contractual regulado por la ley, siendo lo aconsejable referirse al dador cuando indicamos a la persona que proporciona a otra el material genético necesario para lograr una fecundación exitosa”⁸. Esta es la designación adecuada en tanto no sólo alude a la gratuidad que preside el sistema argentino en la materia sino también a la especial naturaleza jurídica de las partes del cuerpo separadas que, en el caso que nos ocupa, son “cosas fuera del comercio” de inenajenabilidad relativa en tanto son disponibles. Por el contrario, la expresión “donante”, aunque goza de mayor difusión, no es técnicamente correcta en tanto se vincula a un “contrato” cuyo objeto se encuentra en el comercio (Conf. art. 1799 CC) ya que sólo pueden ser “donadas” las cosas que puede ser vendidas (art.1799 CC). En materia de utilización de órganos y tejido humanos se ha rechazado, por inmoral y antijurídica, cualquier forma de negocio oneroso.⁹ La dación de gametos será, entonces, necesariamente gratuita.

Entendemos que debe garantizarse el anonimato del dador y la confidencialidad de los datos de identidad de los dadores por los bancos de gametos; así como, en su caso, por los registros de dadores y de actividad de los centros autorizados a llevar adelante las técnicas, ya que lo contrario desalentaría, sin lugar a dudas la dación de material genético. Por lo tanto, proponemos como regla el anonimato, con supuestos excepcionales de flexibilización.

En consonancia con la ley española 14/2006, entendemos que *“sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha*

⁸Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata G., G. G. y otro v. A.M.F.F.A. 27/03/2013 ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/263/2013, ,

revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes”.

La selección del dador corresponderá exclusivamente al equipo médico tratante.

A tales efectos, a más del Registro Único en el que deben estar inscriptos los centros de salud habilitados para realizar los tratamientos (ley 26.862), proponemos la creación de un Registro nacional de dadores de material genético en el que deberán inscribirse los dadores de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos. Además, se llevará el registro de los hijos nacidos de cada uno de los dadores registrados, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la residencia tanto de los dadores en el momento de la dación y de su utilización. Ello por las mismas razones que autorizan levantar el velo de privacidad e indagar la filiación biológica en la adopción a los fines de establecer la existencia de impedimentos matrimoniales (art 166 incs 1 y 2 CC y arts. 323 y 327 CC)

c) Determinación legal de la filiación

En este aspecto hemos seguido los lineamientos generales del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, por lo que cuando se ha recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida “la voluntad procreacional se destaca como el elemento central y fundante para la determinación de la filiación”, con total independencia de si el material genético pertenece a los integrantes de la pareja o a un dador.¹⁰ Así la voluntad, de quienes quieren ser padre y madre es decisiva para la determinación de la maternidad y paternidad.

En cuanto a la forma que debe observar la voluntad procreacional, ésta debe ser protocolizada ante escribano público, e inscribirse en el correspondiente Registro Civil inmediatamente de nacido el niño/a. Es importante señalar el carácter irrevocable de la misma, una vez que ha sido dada.

d) Criopreservación de embriones

El Decreto 956/2013 en el art. 2 dentro de las técnicas llamadas de alta complejidad incluye la “criopreservación de embriones”. Por lo tanto, los embriones que no fueran transferidos a la mujer, no

⁹ Conf. Bergoglio, M.T.-Bertoldi, M.V. *Trasplantes de Órganos*. Bs.As. Hammurabi, 1983, págs. 63/64 y 230.

podrán ser destruidos y se procederá a su criopreservación en los bancos habilitados a tal efecto. Consideramos que el número de óvulos fecundados a criopreservar debe limitarse a fin de evitar una superpoblación de embriones congelados.

e) Destino de los embriones no implantados

Los posibles destinos de los embriones no implantados son: a) Su utilización por los que han manifestado su voluntad procreacional; b) La dación para investigación con fines exclusivamente terapéuticos; c) La dación con fines reproductivos.

Reiteramos la necesidad del consentimiento informado expreso, libre y revocable en todos los casos, debiendo reconocerse a los progenitores la protección de la autonomía de procreación, y en base a ello, otorgarles poder decisorio en relación a estas cuestiones.

Ello supone, en lo científico y en lo jurídico, la existencia de un adecuado consentimiento informado de las consecuencias de someterse a estas técnicas; ello pues la procreación asistida, fruto de la libre decisión de los involucrados, requiere reforzar las exigencias propias de la paternidad responsable por sus imbricaciones.

En el caso que se disponga la dación de embriones para la investigación, ello será posible sólo con fines estrictamente terapéuticos, por lo tanto, no deben admitirse manipulaciones sobre óvulos fecundados ni investigaciones científicas puras que no tengan fines terapéuticos (Kemelmajer de Carlucci)¹¹. No debe tampoco admitirse la "construcción" de embriones humanos para fines distintos de la procreación, quedando prohibida la fecundación in vitro cuando esté destinada a alterar la constitución genética de la descendencia o se lleve a cabo con fines industriales o comerciales.

CONCLUSIONES

1. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno o desde la anidación del embrión en el útero en el caso de la fertilización extracorpórea.

¹⁰ Fundamentos Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012

¹¹ Kemelmajer de Carlucci, Aida, "Reflexiones sobre algunos efectos médicos de las investigaciones genéticas", J.A.-1994-IV-735

2. Sostener que el embrión fecundado en forma extracorpórea adquiere el “*status jurídico*” de persona a partir de su anidación en el útero materno, no impide dispensarle protección jurídica.

3. La ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, y su correspondiente decreto reglamentario, legitima las técnicas que contempla, diseña un marco mínimo para su aplicación y asegura su cobertura por la seguridad social de la salud, más no comprende aspectos cuya regulación se torna necesaria.

4. Algunas pautas a considerar para una regulación integral de la reproducción humana asistida: a) en el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, debe autorizarse la transferencia en la mujer, de un máximo de preembriones que vía reglamentaria se determine a partir de lo clínicamente aconsejado; b) Entendemos que debe garantizarse el anonimato del dador y la confidencialidad de los datos de identidad de los dadores por los bancos de gametos; así como, en su caso, por los registros de dadores y de actividad de los centros autorizados a llevar adelante las técnicas, ya que lo contrario desalentaría, sin lugar a dudas la dación de material genético. Por lo tanto, proponemos como regla el anonimato, con supuestos excepcionales de flexibilización; c) a más del Registro Único en el que deben estar inscriptos los centros de salud habilitados para realizar los tratamientos (ley 26.862), proponemos la creación de un Registro nacional de dadores de material genético en el que deberán inscribirse los dadores de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, con las garantías precisas de confidencialidad de los datos de aquéllos; d) cuando se ha recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida “la voluntad procreacional se destaca como el elemento central y fundante para la determinación de la filiación”, con total independencia de si el material genético pertenece a los integrantes de la pareja; e) los embriones que no fueran transferidos a la mujer, no podrán ser destruidos y se procederá a su criopreservación en los bancos habilitados a tal efecto. Consideramos que el número de óvulos fecundados a criopreservar debe limitarse a fin de evitar una superpoblación de embriones congelados; f) Los posibles destinos de los embriones no implantados son: 1) Su utilización por los que han manifestado su voluntad procreacional; 2) La dación para investigación con fines exclusivamente terapéuticos; 3) La dación con fines reproductivos; g) No debe admitirse la "construcción" de embriones humanos para fines distintos de la procreación,

quedando prohibida la fecundación in vitro cuando esté destinada a alterar la constitución genética de la descendencia o se lleve a cabo con fines industriales o comerciales.