

“El comienzo de la existencia de la persona humana: concepción y TRHA”

Por Daniela Goga¹

RESUMEN

El objetivo de ésta investigación consiste en, a través del análisis de los campos médicos y jurídicos en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), profundizar en cuestiones como ¿desde cuándo se es “persona” en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida), ¿es lo mismo fecundación que concepción?, si no es lo mismo, ¿cuál es la diferencia?

¿Infiere en algo ésta diferencia?, ¿cuándo se da la fecundación en una gestación mediante el coito y cuándo la concepción?, ¿y mediante el uso de TRHA? ¿Cuáles son las finalidades de las técnicas? ¿Todas estas finalidades son jurídicas y éticamente valeredas?

Ahondaremos así, en el pensamiento de doctrinarios, médicos, juristas y especialistas en la materia; analizaremos dos fallos con el objetivo de dilucidar cómo se abordan estas cuestiones de ráiganme científica dentro del ámbito jurídico, y desde allí, entender la importancia sociocultural y legal del concepto “persona” y sus alcances.

PALABRAS CLAVE:

Persona – Concepción – Fecundación - TRHA -

ABSTRACT

The objective of this research consists, through the analysis of the medical and legal fields in the field of Assisted Human Reproduction Techniques (TRHA), to deepen in questions such as: since when is "person" in the Techniques of Assisted Human Reproduction? Is it the same fertilization as conception? If it is not the same, what is the difference?

Does this difference affect something? When does fertilization occur in a pregnancy through coitus and when conception? And through the use of TRHA? What are the purposes of the techniques? Are all these purposes legally and ethically worthwhile?

We will deepen this way, in the thought of doctrinaires, doctors, jurists and specialists in the matter; we will analyze two failures with the objective of elucidating how these issues of scientific nature are addressed within the legal field, and from there, understand the sociocultural and legal importance of the concept "person" and its scope.

¹ Abogada (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales- UNLP)

KEYWORDS:

Person - Conception - Fertilization - TRHA -

INTRODUCCIÓN

El objetivo de ésta investigación consiste en, a través del análisis de los campos médicos y jurídicos en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ahondar en cuestiones como ¿desde cuándo se es “persona” en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por contraposición (o no) al concepto establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación (y anteriormente en el Código Civil de Vélez Sarsfield –en adelante CC)?, ¿es lo mismo, médica y jurídicamente hablando, fecundación que concepción?, si no es lo mismo, ¿cuál es la diferencia?

¿Infiere en algo (en cuanto a derechos) ésta diferencia?, ¿cuándo se da la fecundación en una gestación mediante el coito y cuándo la concepción?, ¿y mediante el uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida? ¿Cuáles son las finalidades de las técnicas? ¿Todas estas finalidades son jurídicas y éticamente valeredas?

Éstas y otras tantas son algunas de las preguntas que nos iremos formulando y a las cuales intentaremos dar respuesta consultando a diversos actores que tienen injerencia en la temática, para de ésta manera profundizar en una cuestión que muchas veces tiene más sombras que luces. Y que aún hoy, en pleno siglo XXI con ríos y ríos de tinta escritos, y con un nuevo cuerpo civil entrado en vigencia hace apenas tres años, sigue dejando muchas dudas, y manteniendo muchos silencios respecto de cuestiones tan trascendentales y básicas como lo es el comienzo de la existencia de la persona humana, el origen de la vida y su protección jurídica.

Para ello también analizaremos dos fallos, emblemáticos en la temática, y una película, con el objetivo de dilucidar cómo se abordan estas cuestiones de raíz científica dentro del ámbito jurídico y en la industria cinematográfica, cuál es el sentido que se le intenta brindar, con qué seriedad es tratada la cuestión, y si es afín a las realidades de las personas que deciden someterse a un tratamiento y buscar un hijo a través de estos procedimientos.

DESARROLLO

El CC comenzaba enunciando en su artículo 51 que “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible” (por contraposición del concepto de persona jurídica).

Ésta definición, a los efectos de resolver alguno de nuestros planteos, no nos da una certeza por sí sola, por lo que si continuamos analizando el articulado, el artículo 63 del mismo cuerpo decía: “Son personas por nacer las que NO habiendo nacido están CONCEBIDAS en el seno materno”, y agrega Vélez en la nota al artículo: “Las personas por nacer NO son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”, haciéndose eco del artículo 22 del Código de Austria, el cual establecía: “Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero”.

Vélez lo deja entonces muy claro, se es persona desde la concepción en el seno materno (y lo reafirma nuevamente en el artículo 70 del CC: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas (...)”.) y aquí surgen nuestras primeras preguntas: ¿Qué diferencia hay entre concepción y fecundación?, ¿para ser persona la concepción debe darse necesariamente dentro del seno materno?

En agosto de 2015 entra a regir la ley 26994 –derogatoria de los CC, de Comercio y modificatoria de la legislación complementaria- y de su mano el nuevo Código Civil y Comercial, que viene a simplificar lo que Vélez en varios artículos y sus notas explicaba. Así el nuevo artículo 19 de este flamante Código Civil y Comercial sostiene: “Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, pero la redacción inicial del ante proyecto del Código, cuya comisión estaba integrada por el Dr. Lorenzetti y las Dras. Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci hacía la diferenciación entre la concepción en el seno materno y la implantación del embrión concebido por técnicas de reproducción asistidas, estableciendo entonces: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de las 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”.

Los redactores, en especial Kemelmajer de Carlucci, se detuvieron en explicar que la primera parte del artículo respondía a la tradición jurídica que había adoptado Vélez Sarsfield. Es así que el anteproyecto del Código enunciaba que la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno; y que en el caso de las TRHA, 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.

Ésta diferenciación fue abandonada cuando se modificó la redacción y se unificó el criterio de que el comienzo de la existencia de la persona humana se da con la concepción, no diferenciándose ni dándole importancia al lugar en donde se produce ésta (es decir, si es en el seno materno o fuera de él).

Por ende, podemos enunciar en un principio, que acorde a los postulados del nuevo Código Civil y Comercial, se es persona desde la concepción, sin resultar relevante o determinante el lugar, el modo, el momento o cualquier otra circunstancia en que se ha llevado a cabo la concepción. Más aun, si analizamos la normativa desde una visión integral del derecho, teniendo en cuenta, por ejemplo, la ley de Identidad de Género, ley n° 26743, y el concepto de “identidad autopercibida”: así pues, una persona que ha nacido biológicamente mujer, puede cambiar su identidad al género masculino y, de todas maneras, quedar embarazado, habiendo nacido ese niño de un padre, jurídicamente hablando, y no de un “seno materno”.

La consonancia entre el nuevo artículo 19 del Código Civil y Comercial y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos es uno de los principales aspectos a destacar. Los mismos, que desde 1994 tienen jerarquía constitucional (artículo 74 inciso 22 Constitución Nacional), han consagrado en distintos artículos las directivas que los Estados parte deben tener en cuenta para el ejercicio de su actividad y la protección de los derechos consagrados.

Cuando la República Argentina, a través de la ley 23849, ratifica la Convención de los derechos del niño, formula varias reservas y declaraciones de tipo interpretativas respecto de, entre otras, qué se considera o qué se entiende por niño, reconociendo al fin, dentro de esa categoría a “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”.

Siguiendo este orden de ideas, la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual también goza de jerarquía constitucional, entiende, en su artículo 4 que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Como veremos más adelante, la interpretación de éste artículo ha generado un debate a partir del fallo “Artavia Murillo”, el que examinaremos más adelante.

En cuanto a los derechos personalísimos, entendidos estos como aquellos derechos que son inherentes a la persona, sin los cuales ésta no sería tal, el artículo 57 del Código Civil y Comercial (relativo a las Prácticas prohibidas) sostiene algo muy interesante y determinante. Pues dice: “Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia”. Aquí el articulado habla de embrión, sin llevar adelante ningún tipo de diferenciación (sobre si es implantado o no, o concebido en el seno materno), por lo que si estamos hablando de un derecho tan fundamental como son los derechos personalísimos, damos por sentado que no hacer la diferenciación pertinente incluye a todos en la categoría de persona.

En tanto el artículo 561 del Código Civil y Comercial—relativo a la forma y requisitos del consentimiento en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en cuanto a las reglas generales de filiación— establece en su último párrafo: “El consentimiento es libremente revocable mientras

NO SE HAYA PRODUCIDO LA CONCEPCIÓN EN LA PERSONA o LA IMPLANTACIÓN DEL EMBRIÓN”.

Entonces, ¿la concepción y la implantación son el mismo momento de dos procesos diferentes- uno natural y otro artificial-? ¿Desde cuándo ese “producto” es considerado persona? ¿Qué diferencia hay entre uno y otro momento?

Miguel Ángel Cabezas, en una de sus publicaciones sostiene: “Cuál es el status jurídico del embrión, (...) vamos a ocuparnos del ser constituido por fecundación, en el seno materno, in vitro, o en cualquiera de las formas o modos extracorpóreos inventados, elaborados, producidos, descubiertos, o creados por el hombre.” (Cabezas, M. A. (2005). Estatuto jurídico del embrión. SAIJ, iD. DAoc050051.

En relación a éstos planteos, Justo Aznar Lucea, Director del Instituto de Ciencias de la Vida de la Universidad Católica de Valencia (España), sostiene que uno de los puntos cruciales en el debate bioético de la actualidad es establecer la naturaleza biológica del embrión humano, para poder analizar y predeterminar así el respeto a su dignidad y protección.

En sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de Europa en el caso “Brüstle, Oliver v. Greenpeace”, dictada el 18 de octubre de 2011 se entiende por “embrión humano” a "todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis.". El principal fundamento del Tribunal para sostener esto radica en la dignidad de la persona humana.

El fallo “Portal de Belen – Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, de fecha 5 de marzo de 2002, de la Corte Suprema de Justicia Nacional no hace referencia explícitamente a las nociones de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero nos dejar ver el pensamiento de la Corte Suprema sobre la conceptualización y determinación sobre el comienzo de la existencia de la persona humana.

Que, la cuestión planteada por la actora, consiste en lograr que se le retire a los Laboratorios GADOR S.A la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social, para la fabricación, distribución y comercialización del fármaco “IMEDIAT” (nombre comercial), denominado “anticonceptivo de emergencia” o “píldora del día después”, por considerar que tiene efectos abortivos al “IMPEDIR EL ANIDAMIENTO DEL EMBRIÓN EN SU LUGAR PROPIO DE IMPLANTACIÓN, EL ENDOMETRIO”.

La Corte entonces determina que es necesario hacer una precisión respecto de 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.

Entiende, que ya se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los gametos femeninos y masculinos (fecundación), existiendo desde el momento un nuevo ser humano en estado embrionario.

El fallo, de un gran contenido doctrinario, es muy rico en cuanto a las posturas que plantea, encontrando dentro de las más interesantes la de Domingo Basso, en “Nacer y morir con Dignidad”, Estudios de Bioética Contemporánea, ha sostenido que “tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentren con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo (...) Que el niño deba después, desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia esos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación”.

Es decir, que no debemos confundir la viabilidad del embrión con la necesidad de un lugar para su desarrollo, pues, el útero materno es un medio para completar ese desarrollo.

Es notable que la cuestión de “¿desde cuándo se es persona/comienza la existencia humana?” es un tema que tiene más dudas que certezas. Hasta el momento no hay una unificación de criterios y podremos observar tantas posturas –más o menos viables- como corrientes filosóficas, religiosas, sociales, políticas, científicas, legales y personales haya. Sin embargo, en lo que en materia jurisprudencial respecta, en apartados posteriores, analizaremos dos fallos, a mi criterio, fundamentales y que han marcado un antes y un después respecto del inicio de la persona humana, la fecundación, la concepción y los derechos relativos a las personas:

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Protección de embriones crioconservados. Causa 94282/2008. “P.A. c/ S.A.C. s/ Medidas Precautorias”, del 13 de septiembre de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012.

Pero antes de seguir indagando en estas cuestiones, vamos a profundizar en el concepto de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la clasificación y descripción de las mismas y la legislación vigente hoy en la Argentina.

En la medianoche del 25 de julio de 1978, en Gran Bretaña, nació Louise Brown, a quien se la conocería como la “primera bebé probeta”. Cuarenta años después, serían más de cinco millones los niños y niñas nacidos en todo el mundo a través de este mecanismo.

En la Argentina, el primer nacimiento llevado a cabo mediante estas técnicas data de 1986.

El 5 de junio de 2013 se sanciona la ley 26.862 sobre “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” (Reglamentada por el Decreto 956/13) que en su artículo 2 dice: “Definición. A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.”

De la definición que da la ley, surgen tres características:

- 1) Es necesaria la intervención y/o asistencia médica con el fin de lograr un embarazo.
- 2) Existencia de dos tipos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (alta y baja complejidad).
- 3) Puede haber o no donación de gametos y/o embriones (intervención de un tercero).

Se ha presentad a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como una herramienta o solución a los problemas de procreación e infertilidad, ligándolas estrictamente a cuestiones relativas a la Salud Humana, sin embargo, no podemos quedarnos hoy, sólo con ésta acepción restrictiva, pues con las nuevas subjetividades y la ampliación de derechos de diferentes grupos vulnerables, el espectro se ha ampliado enormemente. Hoy en día, las Técnicas de reproducción no pueden limitarse solo al tratamiento de la infertilidad, sino que debe relacionársela con los nuevos paradigmas de familias.

El Dr. Jorge Nicolás Lafferriere, sostiene que en la actualidad, las técnicas de reproducción humana asistida, ya no se relacionan únicamente con situaciones de esterilidad i infertilidad, sin que debe ampliarse el espectro y ser conscientes de que, socialmente cumplen otras funciones como la de concebir un hijo sólo por pura voluntad procreacional (ya sea porque se desea que se hijo tenga ciertas características genéticas, o no), evitar la transmisión de una enfermedad grave a un hijo, concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo, concebir embriones a los fines de experimentación, entre otras.

Por otro lado, la ley 14208 de fertilización asistida, sancionada el 10 de diciembre de 2010, (modificada por la ley 14611 del 16 de julio de 2014) cuyo ámbito de aplicación es la Provincia de Buenos Aires, y que sirvió de antecedente para la ley nacional, en su artículo 2° entiende por reproducción médicamente asistida a “todos los procedimientos y técnicas realizados con asistencia

médica para la consecución de un embarazo”. Es relevante destacar de ésta ley provincial dos cuestiones: la primera es que considera a la infertilidad como una enfermedad, y la llama en uno de los artículos “patología” y la segunda, consecuentemente, reconoce la cobertura médico asistencial integral e interdisciplinaria.

El artículo 2 original definía a la infertilidad como la dificultad de la pareja de concebir naturalmente o llevar a término un embarazo tras un año de vida sexual activa. Esto fue modificado por la ley 14611, quedando redactado de la manera transcrita en el párrafo anterior, y, por supuesto, no limitando las técnicas de reproducción sólo a cuestiones de salud humana.

De todas maneras, la cobertura de los gastos que irrogan los tratamientos de producción humana asistida es un pleito frecuente en los tribunales frente a la negativa de los prestadores de servicios de salud para reconocer y acceder a la prestación, sobre todo por los costos altísimos que se deben afrontar.

En cuanto a la clasificación de los tipos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, ya la ley 26.862 nos adelantó la existencia de dos clases:

- 1) De baja complejidad: son aquellas en donde la unión entre el óvulo y el espermatozoide se realiza dentro del cuerpo de la mujer, específicamente dentro de la trompa de Falopio. Y son:
 - a) Coito programado: es una de las técnicas más simples y sencillas y consiste en una estimulación leve en la ovulación y controles ecográficos periódicos y continuos cuyo objeto es conocer el número de folículos presentes en los ovarios, y así poder programar el momento oportuno para la relación sexual.
 - b) Inseminación intrauterina o artificial (IIU): es la técnica consistente en depositar los espermatozoides en forma no natural en el tracto reproductivo de la mujer cuando se está en el momento próximo a la ovulación.

La Inseminación intrauterina o artificial consta de distintas etapas bien marcadas:

- En primer lugar nos encontramos con una estimulación de la ovulación para lograr el desarrollo de varios folículos conjuntamente con el correspondiente monitoreo ecográfico que permite conocer el número y tamaño de los mismos a medida que se van desarrollando.
- Una vez que los folículos alcanzaron determinado tamaño, se aplica una inyección de HCG (gonadotropina coriónica humana- que utilizan las mismas hormonas que las mujeres producen durante el primer trimestre del embarazo) que permite la maduración final y la ovulación.

- Treinta y seis horas después de la aplicación de la inyección se efectúa la inseminación. Para esto el sujeto masculino debe entregar una muestra de su semen, que es procesada para separar los espermatozoides de buena calidad que serán depositados mediante una cánula delgada en el interior de la cavidad uterina.
- 2) De alta complejidad: es aquella en donde la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar en un medio artificial: el laboratorio. Esto implica la necesidad de extraer los óvulos del organismo de la mujer, y son:
- a) Fertilización in vitro y transferencia embrionaria (FIV-ET): aquí la fertilización del óvulo y el espermatozoide se produce, como dijimos, en un medio artificial: el laboratorio, pero el proceso de fertilización es totalmente natural, ya que se colocan un promedio de cincuenta mil espermatozoides alrededor del óvulo, el cual será penetrado de manera natural por sólo uno de ellos, dando lugar así a la formación de los embriones que serán mantenidos en cultivo en el laboratorio por un período de entre dos y cinco días para luego ser transferidos a la cavidad uterina por medio de un delgado catéter.
 - b) Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI): ésta técnica consiste en la inyección de un único espermatozoide en el interior del óvulo. El procedimiento es similar al de la Fertilización in vitro (FIV) con la diferencia de que en la etapa de fertilización, en vez de incubar los espermatozoides con el óvulo, éste es inyectado directamente para colocar en su interior un único espermatozoide.

Por su parte, y adelantándonos brevemente sólo para indagar en el concepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso “Artavia Murillo y otros” dedica varios párrafos a conceptualizar las Técnicas de reproducción Humana Asistida y la Fecundación In Vitro, utilizando como fuente los resúmenes de los peritajes de diversos profesionales, entre ellos Fernando Zegers-Hochschild . Comenzando por entender a la infertilidad como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante un período de doce meses o más, y continúa enunciando las causas más comunes de la infertilidad.

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistidas son, conforme lo expuesto y el criterio de la Corte, un grupo de diferentes tratamientos de índole médica que se utilizan para ayudar a las personas infértiles a concretar un embarazo, entre ellas se encuentra la Fertilización In Vitro, para la cual los óvulos son extraídos del cuerpo femenino, fertilizados fuera de él y luego implantados en el útero – he aquí la cuestión sobre el comienzo de la existencia humana: los óvulos se fertilizan fuera del cuerpo (en ésta técnica y en todas las de alta complejidad) y después procede su implantación en el útero materno.

CASO P.A. c/ S.A.C:

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Protección de embriones crioconservados. Causa 94282/2008. “P.A. c/ S.A.C. s/ Medidas Precautorias”, del 13 de septiembre de 2011.

En octubre de 2008, la actora promueve medida cautelar de protección de persona, de conformidad con el artículo 234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a favor de cinco embriones crioconservados que se encontraban en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), alegando ser la progenitora de estos, e invocando el artículo 57 inciso 1 del entonces vigente Código Civil.

P.A manifiesta que se encontraba casada con el Sr. S.A.C y que a raíz de la imposibilidad de concebir hijos de manera natural, se sometieron a varios tratamientos de fertilización, de los cuales nació su hijo Tomás en el año 2006. Pero, sostiene, que como ocurre habitualmente en los tratamientos de fertilización, los óvulos que fueron fecundados fueron varios, no implantándosele el resto de ellos –por recomendación de los profesionales que los asistieron-. Es así que estos embriones resultaron ser crioconservados y resguardados en el IFER.

Lo que la actora viene a sostener es su voluntad de continuar con el “proceso procreador” que habían iniciado, encontrándose con la objeción de su marido, del cual se encuentra separada de hecho, razón por la cual éste se opone a la implantación del resto de los embriones. Ésta decisión del marido impide entonces que el IFER pueda realizar la implantación, pues es necesario el consentimiento de ambos progenitores. Frente a ésta situación, P.A requiere por medio de medida cautelar, la implantación de los embriones.

El fallo en análisis tiene cuestiones muy interesantes a los fines de los planteos realizados al principio; para empezar, la perspectiva con la que los magistrados abordan la cuestión, pues nos dejan vislumbrar desde dónde están parados, pues en todo momento tratan a estos embriones crioconservados como “personas por nacer”, utilizando ésta terminología en varios pasajes del escrito.

Por otro lado, cuando S.A.C hace referencia al contrato de consentimiento informado que han firmado conjuntamente con P.A y con el Instituto, refiere expresamente que renunciaron a la alternativa de la destrucción de los embriones y que en el supuesto de que la pareja no diere las instrucciones conjuntas relativas al futuro de estos o que dejaren de abonar el costo del almacenamiento, se autorizaría la donación de los embriones a una pareja estéril. Así mismo sostiene que le resulta sorpresivo ésta decisión de P.A de proceder a la implantación sin su consentimiento y que esto además constituiría un perjuicio a su persona, pues se le estaría imponiendo una paternidad no deseada por él y contra su voluntad.

Para fundar este derecho a que no se vulnere su voluntad procreacional S.A.C plantea dos cuestiones a dilucidar por el Tribunal: el comienzo de la vida y la naturaleza jurídica de los

embriones; a lo que aduce: "... ninguna de las posturas concibe al embrión como persona. En consecuencia, no hay condiciones suficientes que justifiquen la sesión al derecho a la libertad procreacional de raigambre constitucional que poseen los padres (...). Prescindir del consentimiento del padre, resulta, por ende, jurídicamente reprochable e inadmisibles".

Podemos observar aquí que existe una voluntad de los progenitores -aun así anterior- de no destruir los embriones, por lo cual se plantean en principio las opciones de donarlos o rever el destino de los mismos. Por lo tanto, prima facie, podemos decir que más allá de la falta de una futura voluntad procreacional o activación de la implantación de los embriones, no existía en los progenitores la posibilidad de eliminación de los embriones crioconservados.

Más adelante, en el memorial de la apelación de S.A.C –en donde solicita se revoque la sentencia-, éste propone como solución alternativa –frente a su oposición al implante- la adopción embrionaria, alegando nuevamente, entre otras cuestiones de carácter doctrinario, la existencia de intereses en pugna: el derecho a la vida vs. el derecho a no ser padre.

Pero entonces, ¿no querer destruir los embriones –más allá de no saber qué puede pasar en el futuro- y ofrecer una alternativa como es la adopción de los mismos, -en síntesis: no querer eliminarlos- no es reconocerles de manera implícita el carácter de personas? Personalmente creo que sí. Pues quien no reconoce algún sesgo de humanidad o de vida no se detendría en cuestiones relativas a la protección de ese embrión, pues ¿Por qué los protegemos entonces?

Similar opinión merece la Cámara al expresar: "Respecto de la voluntad parental, es oportuno recordar que el apelante conocía el contrato suscripto (con el IFER) y la trascendencia del acto llevado a cabo. También conocía, las posibles consecuencias del mismo: el implante de los embriones o la donación prenatal a terceros (pero no la eliminación), con el consiguiente riesgo de que no hubiese acuerdo entre ambos progenitores sobre el destino de los embriones crioconservados. Así pues, la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S.A.C accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial".

Palabras más, palabras menos, el Sr. S.A.C accedió a ser padre, brindó su voluntad procreacional y asumió todos los riesgos presentes y futuros cuando suministró su material genético para dar lugar a los embriones. Y, podemos decir, ratificó todo esto cuando manifestó su voluntad de no eliminar los embriones que se crioconservarían y cuando ofreció como alternativa la posibilidad de la adopción embrionaria.

Más adelante en los considerandos, los magistrados realizan unas observaciones que consideramos totalmente acertadas, fundadas, modernas y que vienen a romper con la letra de la ley

—esa que muchas veces consideramos intangible y olvidamos que los hechos y los sucesos preceden al derecho, y es éste el que debe adecuarse a la realidad y no la realidad al derecho—. Focalizan entonces en la conceptualización de la palabra “concepción” y cómo ha sido recepcionada en el entonces vigente Código de Vélez Sarsfield, haciendo alusión a los artículos 70 y 63 y sostienen: “Si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX (1869) cuando evidentemente era impensada la fecundación in vitro. El texto se corresponde con la realidad imperante al tiempo de la sanción del Código; el desarrollo de las modernas técnicas biomédicas de fecundación ectogénica —desconocidas en aquel entonces— tornan indudable la afirmación que también el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho”.

Entonces, ¿cómo puede ser determinante —legalmente— el lugar “físico” en el que se ha llevado adelante la fecundación o la concepción cuando en el contexto histórico ni siquiera se podía vislumbrar a lo lejos esta posibilidad? ¿Por qué los magistrados —claramente no me refiero a este caso en particular—, los doctrinarios, los juristas y en general, el mundo del derecho tiene esa tendencia a la literalidad y nos olvidamos de que el derecho regula conductas, y las conductas y las costumbres van mutando y variando periódicamente —la sociedad avanza y muta todo el tiempo—?

Y, ¿por qué después de éste fallo —que considero brillante, por saber contextualizar la situación, entender los cambios sociales y los avances médico y tecnológicos— seguimos teniendo vacíos legales, lagunas y espacios negros en materia de técnicas de reproducción humana asistida?

Es necesario entonces, hacer uso del principio de analogía. Si en el contexto no se conocía otra forma de reproducirse, que no sea la del acto sexual, no podemos, ante el surgimiento de nuevas tecnologías (y el estancamiento de la legislación) dejar desprotegidos a determinados sujetos.

CASO ARTAVIA MURILLO

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012.

Artavia Murillo es otro de los fallos que hemos encontrado interesante, no sólo por la resolución del mismo y los fundamentos, sino por las herramientas teóricas que brinda, muchas de ellas inexistentes o de carácter controversial en los distintos regímenes jurídicos. Pues para la resolución del mismo, la Corte hace una diferenciación entre “concepción”, “fecundación” e “implantación”, entendiendo que la “concepción” es sinónimo de “implantación” y no de “fecundación” concluyendo que la Convención Americana de Derechos Humanos —normativa en

jaque- no protege la vida de los embriones que no han sido implantados –podríamos decir entonces, aún no concebidos-, dando así una especie de punto de partida conceptual.

El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica indicando que el mismo se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos sucedidas a raíz de la prohibición en el Estado de practicar la Fecundación In Vitro –la cual había estado vigente hasta el año 2000 cuando una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la tornó inconstitucional-. El Decreto Ejecutivo en cuestión era el N° 24029-S del 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución.

Una de las cuestiones que más llama la atención es la relacionada a la cantidad de escritos presentados en calidad de *amicus curiae*, lo que revela *prima facie* la importancia de las técnicas de reproducción humana asistida, su consagración y protección a nivel internacional, pues fueron unas cincuenta personas/instituciones las que hicieron llegar su voluntad.

En los párrafos 62 y 63 la Corte comienza a definir “infertilidad” y “técnicas o procedimientos de reproducción asistida” –en los cuales no nos demoraremos ya que lo hemos hecho en párrafos anteriores-, pero en lo que si nos detendremos, ya que lo consideramos fundamental para poder dar alguna respuesta a las cuestiones planteadas, es en la diferenciación y su importancia de que la fecundación del óvulo por el espermatozoide tenga lugar fuera del cuerpo de la mujer, constituyéndose así el bastión central para entender y comprender –y dilucidar- el comienzo de la existencia de la persona humana.

En el párrafo 65 se hace una descripción del procedimiento de la Fertilización In Vitro, el cual consta de unas cinco etapas que duran un total de cinco días hasta que se produce la transferencia embrionaria; pero no es hasta doce días después de la misma que se puede saber ciertamente si la mujer sometida al procedimiento ha quedado embarazada o no. Entonces, ¿qué sucede durante estos doce días? ¿Son ellos relevantes para poder conceptualizar y delimitar cuándo se produce la existencia de la persona humana? ¿Es relevante para la conceptualización de la palabra “concepción” que aunque se haya realizado la transferencia embrionaria no sea hasta doce días después posible determinar –o no- la existencia de un embarazo? De esto nos ocuparemos más adelante.

Ahora bien, ¿cuáles fueron los fundamentos planteados para solicitar la inconstitucionalidad del Decreto atacado? Los mismos están en el párrafo 71 y entre ellos se encuentra –el que considero fundamental a los efectos de la presente investigación- el de que “la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos –voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada-

resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido en la Constitución Costarricense”. Vemos aquí que el fundamento habla de dos momentos o circunstancias, a nuestro entender, distintas, pero las toma como sinónimos: la fecundación y la concepción. Entones cabe preguntarnos si la fecundación y la concepción suceden en el mismo momento, y, en el caso de no ser así, qué las diferencia, y si existe alguna diferencia en cuanto a si una u otra suceden fuera del cuerpo femenino.

Por todo ello la pregunta “¿cuándo comienza la vida humana?”, toma una trascendental importancia, ya que a partir de su delimitación podremos dilucidar cuándo el ser humano comienza a ser sujeto de protección jurídica. Pero ésta es una cuestión que, como ya dijimos, tiene multiplicidad de teorías; desde aquellas que consideran al embrión como un ente con potencialidad de vida, dependiente de la unión a las células maternas; aquellas que hablan de la existencia desde la fecundación; otras que indican que el embrión no es persona y lo es recién cuando se transforma en feto; o cuando se forma su sistema nervioso; entre otras.

La Sala de Costa Rica adopta una de estas teorías y concluye que el embrión humano es persona desde su concepción. Pero, ¿cuándo sucede entonces éste momento? ¿Y en las THRA?

Otra de las problemáticas que el fallo se plantea es la de los embarazos múltiples, el destino de los embriones que no son implantados y la crioconservación. Algo de esto ya hemos visto cuando analizamos el fallo P.A c/ S.A.C, especialmente el estatus jurídico de estos embriones y la cuestión de la paternidad “forzada”.

Sobre la crioconservación de embriones el Estado costarricense ha explicado que para que la misma sea adecuada, se utiliza ciertos agentes químicos que resultan perjudiciales para los embriones; así mismo que la libre disponibilidad de ellos en cuanto a su manipulación puede verse traducido en malformaciones, alteraciones y la muerte. Pero hace especial hincapié en qué sucede con estos embriones cuando no son implantados e incluso cuando los progenitores se separan o divorcian, que fue lo que pasó en el otro fallo bajo análisis en donde observamos la negativa del progenitor masculino de que su ex esposa se implantara los embriones que crioconservaban.

Pero volviendo a la cuestión del momento de la existencia humana, a partir del párrafo 163 se realiza un análisis relativo a la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el caso, el cual señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

La Comisión comienza señalando que la regulación de la protección a la vida desde el momento de la concepción podría ser tomada como una facultad del Estado y no necesariamente como una obligación, no reconociendo en el documento un derecho de carácter absoluto en relación a la vida. Y sostiene más adelante, que más allá de ser tomado como una facultad del Estado, no se

está exento del control de la Corte cuando se alega la colisión de intereses con otros derechos – como es el caso-.

Por su parte, Molina, uno de los representantes, se basa en que la Sala sólo se circunscribió a una de las corrientes filosóficas relativas al comienzo de la existencia de la persona humana, no teniendo en cuenta que la concepción no es un momento unívoco. En tanto May, otro de los representantes, sostiene que cualquier protección de índole jurídica de la vida debe surgir a partir de la implantación del embrión en el útero materno, ya que antes de esto no hay posibilidad cierta de que se genere un nuevo ser. Ya veremos que esta última postura es similar a la que adopta la Corte para hacer ésta diferenciación conceptual entre concepción, fecundación e implantación.

Distinta es la corriente que adopta el Estado de Costa Rica en relación a cuándo se produce el comienzo de la existencia, pues, sostiene que “la evidencia científica (...) demuestra que el inicio de la vida humana comienza con la concepción o lo que es lo mismo con la fertilización o fecundación, la cual ocurre cuando las membranas de las células del espermatozoide y del óvulo se fusionan”.

Aquí ya podemos ver dos posturas bien diferenciadas relativas al comienzo de la existencia de la persona humana, por un lado aquella que sostiene que se es persona desde el momento de la fecundación (cuando el óvulo y el espermatozoide se unen) y la otra sitúa en un momento posterior: desde la implantación (cuando se une éste óvulo fecundado al útero de la madre, en donde la viabilidad y posibilidad de vida es concreta y real y se puede corroborar científica y medicamente que esa mujer está embarazada).

Ahora bien, ¿cuál es entonces el análisis que realiza la Corte Interamericana respecto de ésta cuestión? ¿Llega a alguna conclusión contundente y relevante a los fines de la presente investigación?

En primer lugar parte de la base de que el concepto de “persona” es un término que se ha analizado en todos los Estados parte, por lo cual es necesario asociarla directamente con el término “concepción” para poder delimitar su marco de conocimiento. Entiende a su vez, que la Sala de Costa Rica optó por una de las tantas corrientes o teorías que fuimos viendo a lo largo de la investigación, descartando el resto. Entonces, ¿resulta esto válido a los fines de determinar los conceptos? ¿O debe prevalecer una corriente por sobre las demás y tildarla como la única vigente? No obstante ello, la Corte pone en relevancia el material probatorio que se ha ido analizando en la causa, evidenciando de qué manera las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y en particular la FIV ha cambiado el paradigma y la forma de entender diferentes términos que quizás teníamos como immaculados y hoy comenzamos a cuestionarnos.

Así, sostiene que en el procedimiento de FIV es viable que transcurra un período de tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide –fecundación- y la implantación en el útero materno, situación que no era concebible en el tiempo en que fue redactada la Convención Americana y que hoy es una práctica habitual: la fertilización fuera del cuerpo de la mujer.

En relación a esto, una de las notas a un párrafo del fallo contiene el comentario de uno de los peritos –Zegers- que evidencia lo antes enunciado: “en 1969 nadie imaginó que sería posible generar vida humana fuera del cuerpo de la mujer. Fueron diez años más tarde, que se comunicó por primera vez el nacimiento del primer bebé usando TRA”. Similar es lo que sucedió, como ya vimos, en el análisis del fallo P.A., con el Código de Vélez Sarsfield, y que bien analizaron y tuvieron en cuenta los magistrados que atendieron en el caso.

De ésta manera la Corte vuelve a analizar las dos corrientes predominantes –y que ya analizamos, por lo que no nos detendremos más que para enunciarlas- en cuanto a la concepción: el momento de la fecundación y la implantación del óvulo fecundado en el útero. Por otro lado, la Corte pone de manifiesto que el Diccionario de la Real Academia Española mantiene en la actualidad, de manera casi idéntica la definición de concepción que tenía en 1969. Consciente de esto, el perito Zegers agrega: “una mujer ha concebido cuando el embrión se ha implantado en su útero (...). La palabra concepción hace referencia explícita a la preñez o gestación, que comienza con la implantación del embrión (...), ya que la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión. Sólo hay evidencias de la presencia de un embrión, cuando éste se ha unido celularmente a la mujer y las señales químicas de éste evento pueden ser identificadas en los fluidos de la mujer. Esta señal corresponde a una hormona llamada Gonadotropina Coriónica y lo más precoz que puede ser detectada es siete (7) días después de la fecundación, con el embrión ya implantado en el endometrio”.

Para sintetizar y concluir, la Corte entiende que la cuestión sobre la concepción es valorada de múltiples maneras según el ordenamiento jurídico del que se trate y demás factores económicos, sociales, culturales, religiosos, políticos y filosóficos; por lo que es claramente dificultoso poder definir concreta y de manera consensuada desde cuándo empieza la vida humana, pero no obstante ello, considera también procedente, a la luz de la Convención Americana, formular una definición en relación a la interpretación que se le debe dar al documento. Es así que dotada de todas las herramientas jurídicas, científicas y médicas entiende que claramente se deben diferenciar dos momentos que deben tomarse como complementarios y no como excluyentes uno del otro: la fecundación y la implantación. Y sostiene: “Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción.”, puesto que si éste óvulo fecundado no recibiera los nutrientes y elementos necesarios del cuerpo materno, no podría desarrollarse: no podríamos hablar entonces de viabilidad.

A su vez, utiliza como fundamento el hecho de la generación de la hormona GonadotropinaCoriónica, la cual se manifiesta en los fluidos de la mujer como una muestra positiva del embarazo recién cuando el óvulo fecundado se implanta en el útero, momentos antes no es posible determinar si dentro del cuerpo existe o no embarazo.

Finalmente –párrafo 189- el Tribunal entiende al término “concepción” desde “el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana (...)”.

CONCLUSIÓN

Somos conscientes de que ésta investigación no generará un cambio de paradigma, ni un antes y un después en materia de derechos de las personas y el comienzo de su existencia, pero era nuestra intención dilucidar algunas cuestiones que la sociedad –y el derecho- muchas veces da por sentado, pero que en realidad no tenemos ni siquiera un punto de partida para discutirlos.

Hoy en día, con el avance en materia científica, tecnológica y médica, o con discusiones sociales como la despenalización o legalización del aborto, la identidad de género o los nuevos conceptos de familia empezamos a cuestionarnos estos conceptos que dábamos por sentado y caemos en la conclusión, como dijo Sócrates: “Sólo sé que no sé nada”.

No obstante ello, hemos podido ahondar en cuestiones interesantes, vista la doctrina, los juristas y sobre todo la jurisprudencia, y esperamos que las diversas opiniones volcadas en la presente puedan aclarar un poco el panorama.

A nivel personal, tenemos muy en claro, y compartimos fundamentalmente con aquellas corrientes que afirman que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Y ahora sí, entendemos a la concepción como un sistema, dos momentos en particular, que están conectados, que no se excluyen entre sí, y que son necesarios el uno respecto del otro: la fecundación y la posterior implantación.

En síntesis, entendemos como momento determinante para comenzar a considerar la existencia de la persona, la implantación (natural o artificial) del embrión en el cuerpo femenino, la unión con las células y el material de éste que determinan la posibilidad de desarrollo del embrión y la viabilidad.

Pero aun así, respecto de aquellos embriones que no han sido implantados consideramos que, por el hecho de no entenderlos como “personas”, esto no quiere decir que se los pueda manipular caprichosamente o que se pueda disponer de ellos como si fueran simples objetos o

cosas, pues creemos que el fin de su existencia es convertirse en personas (ser implantados en el cuerpo femenino), y que es el motivo de por qué han surgido.

Queremos dejar bien en claro, como dijimos precedentemente, que un momento puede ser jurídicamente determinante conceptualmente, pero que uno no obsta al otro, y deben actuar y ser tenidos en cuenta como un sistema complejo.

BIBLIOGRAFIA

- Aznar Lucea, J. (2014). “El estatuto biológico del embrión humano”. Recuperado en http://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/01/estatuto_biologico.pdf
- Cabezas, M. A. (2005). “Estatuto jurídico del embrión”. SAIJ, iD. DAoc050051.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Protección de embriones criopreservados. Causa 94282/2008. “P.A. c/ S.A.C. s/ Medidas Precautorias”, del 13 de septiembre de 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica, del 28 de noviembre de 2012.
- Código Civil Argentino (2012).
- Código Civil y Comercial de la Nación (2016).
- Convención Americana de los Derechos Humanos (1969).
- Ley 14208 sobre “Reproducción asistida en la Provincia de Buenos Aires”.
- Ley 26862 sobre “Reproducción médicamente asistida”.
- Luna F. (2008). “Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina”. San José, Costa Rica. Editorama.
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y comentarios.