

Interpretación armónica, análisis crítico y propuestas de reforma de la ley nacional 26.862 ⁽¹⁾(²)

Publicado en [ED, (07/11/2013, nro 13.359)]

por **Marrama Silvia**

Índice

1. Introducción. 2. Interpretación y análisis crítico. 3. Conclusiones y propuestas de reforma.

1. Introducción

La Comisión N° 1 (Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”) de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013) propicia -en su conclusión N° 4-, “la reforma de la ley 26.862 a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos”, luego de haber analizado diversas Ponencias que ponen en evidencia las graves deficiencias del texto legal³.

En ese sentido, realizaremos a continuación una interpretación y análisis crítico de las principales disposiciones de la Ley Nacional 26.862 y de su Decreto reglamentario, y haremos algunas propuestas de reforma al texto legal, basándonos en la Ponencia que hemos presentado en

¹ * - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: La fertilización asistida y las prácticas eugenésicas en el Proyecto de Código Civil de 1998, por Eduardo A. Sambrizzi, ED, 189-658; Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida (Honorable Senado de la Nación. Comisiones de "Salud y Deporte", "Legislación General" y "Justicia y Asuntos Penales". Audiencia sobre "Fertilización asistida: Aspectos Jurídicos". Buenos Aires, 15 de agosto de 2006), por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 219-858; Técnicas de fertilización asistida. Un poco de luz ante la ausencia de normas que las recepen, por Eliana Hougassian, ED, 243-685; De clones, embriones y células madre. Interrogantes en torno al desarrollo de la biotecnología aplicada a los seres humanos, por Leonardo L. Pucheta, ED, diario n° 13.280 del 17-7-13; Presentan proyecto de ley de protección del embrión no implantado, por Centro de Bioética, ED, diario n° 13.350 del 25-10-13. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

² La autora es Abogada, doctora en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), sede Buenos Aires. Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Nacional del Litoral. Profesora superior en Ciencias Jurídicas por la UCA, sede Paraná. Profesora adjunta en la cátedra de Derecho de Familia de la Universidad Católica de Santa Fe (UCSF), sede Santa Fe. Profesora por concurso, asociada a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER).

³ Cfr. QUINTANA, Eduardo M., Inconstitucionalidad de la ley de “Reproducción médicamente asistida” (n°26862) y de su decreto reglamentario (n° 956/2013) que autorizan y regulan las técnicas de alta complejidad con consecuencias letales y lesivas para los seres humanos así “producidos”.

esta Comisión⁴ y en las conclusiones a las que arribó la Comisión N° 6 “Familia” de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 2011).

2. Interpretación y análisis crítico.

2.1. La expresión “técnicas de reproducción asistida (TRA)”, empleada por el art. 8 de la Ley 26.862, si bien se utiliza en algunas publicaciones que tratan el tema, carece de rigurosidad científica, ya que la reproducción⁵ es propia de los seres irracionales.

2.2. Por otra parte, la asistencia médica (v.gr. utilización de algunos fármacos -con excepción de los que producen una hiperestimulación ovárica⁶-, intervenciones quirúrgicas o tratamientos

⁴ Ponencia N° 32 de la Comisión N° 1, Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”, de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013), publicada en <http://www.jndc.com.ar/>

⁵ “Según enseña la biología, la “reproducción” es un rasgo esencial de los organismos vivos irracionales: es la capacidad de producir otros seres de sus mismos caracteres biológicos, teniendo especial importancia su invariancia o sea que el código genético propio de la especie es reproducido siempre en forma invariable. Por tanto el término “reproducción” expresa en primer lugar la identidad genética de la especie, no de un individuo. Se “reproduce” siempre –y únicamente- lo común. Por eso debemos interrogarnos: dadas las particularidades del ser humano, ¿es acaso la “reproducción” la palabra más indicada para aplicarla a la transmisión de la vida humana? y también: ¿el hombre es sólo un individuo al que se le han transmitido las características genéticas de la especie? Si bien el animal también posee su individualidad genética,... el hijo no es la reproducción de los padres, sino que se espera a un ser distinto único e irreplicable, que algún día realizará por sí mismo y en uso de su libertad su propio desarrollo personal, no impuesto por la naturaleza ni los genes de los padres”. QUINTANA, Eduardo M., Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial. Exposición en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural, “Ley Natural y laicidad”, en “Prudentia Iuris” N° 66-67, (Buenos Aires, 2009). En formato digital.

⁶ “Es de enorme trascendencia científica y ética, saber que las TRAH, debido a la hiperestimulación de folículos ováricos aún inmaduros, mediante la utilización de fármacos (citrate de clomifeno, hormona gonadotropina coriónica humana, hormona gonadotropina menopáusica, hormona luteinizante y folículoestimulante) y por la permanencia *in vitro* de los embriones humanos hasta su transferencia intrauterina, ocasionan alteraciones en el proceso normal de imprinting genómico... La alteración del mismo ocasionará aparición de patologías embrionarias, cuya incidencia se comprueba aumentada en los niños concebidos por TRHA, tales como síndrome de Angelman, de Beckwith Wiedemann, de Silver Russell y tumor maligno de retina o retinoblastoma... El fenómeno de imprinting va a establecerse en los dos momentos “claves” mencionados: ovogénesis o formación del óvulo maduro para ser fecundado y, constitución embrionaria inicial, principalmente hasta la formación del blastocisto. Cabe destacar que las TRAH vulnerabilizan particularmente estos “momentos clave”, ocasionado así un **aumento en la incidencia de las patologías congénitas** ocasionadas por modificación del imprinting, **promovidas en estos casos por “la mano del hombre”** (teratogenia directa e iatrogenia: *mala praxis*)... Las modificaciones del imprinting genómico sufrida por ovocitos madurados artificialmente y embriones *in vitro* pretransferencia, ocasionan en muchos de los sobrevivientes a estas técnicas, síndromes genéticos con discapacidad física e intelectual y complicaciones de salud **de por vida**. La situación de riesgo ocasionada por las alteraciones del imprinting es en realidad **imprevisible**, puesto que: se produce modificación en el funcionamiento de varias y diversas regiones génicas, concomitantemente con las modificadas en las formas clásicas o “naturales” de estos síndromes (las formas de presentación no existentes en la naturaleza) y que **puede afectar a futuras generaciones**” (los resaltados son nuestros). MONTANARI, Daniela, Fecundación artificial, consentimiento informado y mala praxis: Informe de daños psicofísicos en la madre y malformaciones genéticas de la prole que no deben ser omitidos por abogados y jueces, (inédito). Por ello es una práctica habitual en los Centros de Fertilización que entre las 14 y 19 semanas se realice un diagnóstico prenatal (Al respecto puede

psicológicos, entre otras) se enmarca en el orden de lo natural, que exige necesariamente la existencia de un acto sexual entre los progenitores. Por ende, el término “asistida” sólo se refiere a algunas técnicas de baja complejidad (“inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada”, cfr. art. 2, 1º párrafo, Dto. 953/13), pero no engloba los artificios de laboratorio que excluyen el acto sexual entre los progenitores (técnicas de fecundación artificial⁷).

En efecto, en 1997⁸ ya se enumeraban más de 25 posibles técnicas de fecundación que excluyen el acto sexual entre los progenitores (fecundación artificial), las cuales se pueden diferenciar en dos grupos:

1. Las técnicas de fecundación “*in vivo*” o intracorpórea (denominadas “de baja complejidad” por el Dto. 953/13), en las cuales el óvulo y el espermatozoide se encuentran y fecundan dentro del cuerpo de la mujer. Se distinguen a su vez dos variantes: transferencia sólo de espermatozoides o inseminaciones (IUI, DIPI, DIFI); transferencia de gametos (GIFT, GIAT, TOAST).

2. Las técnicas de fecundación “*in vitro*” o extracorpórea (denominadas “de alta complejidad”), en las cuales el óvulo extraído es puesto a fertilizar por los espermatozoides fuera

consultarse la obra de LAFFERRIÈRE, Jorge N., Las implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente, (Buenos Aires, 2011). Edit. Educa; y el artículo de CHIESA, Pedro José María, AQUINO, Jorge Benjamín; En cada proceso de fecundación *in vitro* mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el status jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación *in vitro* para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero; en EDCrim, [252] - (23/05/2013, nro 13.244)) y si existe una probabilidad de malformación, se provoque el aborto (Cfr. NAVARRO DEL VALLE, Hermes, El derecho a la vida y la inconstitucionalidad de la fecundación *in-vitro*. Prolog. por Jorge SCALA, (San José de Costa Rica, 2001). Temas de actualidad Nº 5. Edit. Promesa. Págs. 43 ss).

⁷ Expresión utilizada por la Comisión Nº 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en su Conclusión Nº 4.

⁸ Las técnicas mencionadas son las siguientes: CIV: Cultivo intravaginal; DIPI: Inseminación intraperitoneal directa; DIFI: Inseminación intrafolicular directa; FIVET: Fecundación *in vitro* con transferencia de embriones; GIFT: Transferencia intratubárica de los gametos; GIAT: Transferencia intrabdominal de gametos; GIPT: Transferencia intraperitoneal de los gametos; GIUT: Transferencia intrauterina de óvulos y esperma; IA: Inseminación artificial; ICSI: Inseminación intra-citoplasmática de espermatozoides; ICI: Inseminación intracervical; IPI: Inseminación intraperitoneal; ITI: Inseminación intratubárica; IUI: Inseminación intrauterina; LTOT: Transferencia ovocitaria en la trompa proximal; MESA: Aspiración de los espermatozoides del epidídimo y subsiguiente TEST; OPT: Captación ovocitaria y transferencia intrauterina; PRETT: Transferencia intratubárica del embrión; PROST: Transferencia intratubárica en el estadio pronuclear; SUIZI: Inseminación sub-zonal del ovocito; TC-GIFT: GIFT transcervical; TC-TEST: TEST transcervical; TEST: Transferencia intratubárica del embrión; TOAST: Transferencia intrauterina de óvulos y espermatozoides por vía transcervical; VITI: Inseminación intratubárica por vía vaginal; ZIFT: Transferencia intratubárica del cigoto. Cfr. MARTINEZ, Antonio R., La infertilidad y sus tratamientos, en ANDORNO, Roberto L.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina E.; CHIESA, Pedro M.; MARTINEZ, Antonio R., El derecho frente a la procreación artificial, (Buenos Aires, 1997). Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma. Pág. 26-34.

del cuerpo de la mujer. También se distinguen dos variantes: la fecundación pasiva (FIVET; PROST; TET; ZIFT) y la fecundación activa o micromanipulación (SUIZI; ICSI).

Según participen o no gametos (óvulos y espermatozoides) de terceros, la fecundación artificial puede ser: homóloga o intraconyugal⁹ (se utilizan gametos provistos por el matrimonio o pareja) y heteróloga o extraconyugal (se realiza con uno o los dos gametos provistos por terceros ajenos al matrimonio o a la pareja).

2.3. La Ley Nacional 26.862 tiene por objeto “garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, y obliga a los establecimientos asistenciales de los tres subsectores de salud (público, seguridad social -obras sociales- y privado -medicina prepaga-; cfr. art. 8 ley 26.862 y cons. 5 Dto. 956/2013) a la cobertura gratuita “integral” del “abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida”. La ley refiere que su reglamentación establecerá cuáles técnicas quedan comprendidas (cfr. art. 2 *in fine*, 3 y 11). Entre ellas, el art. 2 del Dto. 953/13 engloba una amplia gama de técnicas y de procedimientos “de alta complejidad” (cfr. 2º párrafo), que tienen como una de sus finalidades aumentar las posibilidades de concepción y gestación (“embarazo”, cfr. 1º párrafo art. 2 Dto. 953/13) de una persona por nacer por diversos medios que excluyen el acto sexual de sus progenitores. Existen también otras finalidades -muchas veces encubiertas- en el recurso a estas técnicas, tales como la obtención de células madre embrionarias

⁹ Más allá de los fraudes que puedan producirse y a los que nos referiremos más adelante, el Dr. CHIESA explica que **toda fecundación artificial homóloga tiene una esencia inexorablemente heteróloga**: “Cuando la generación artificial se realiza con gametos de terceros, ya existe una cuestionable disociación de la paternidad, pero la misma también tiene lugar si el material genético es de una misma pareja, puesto que el padre principal del efecto (el que verdaderamente genera y da forma) sigue siendo el científico que, con su acción, sustituye al acto conyugal. Es decir, sea que se trate de una fecundación in vitro homóloga o heteróloga, la heterología siempre estará presente en la intervención del científico, aunque es justo reconocer que lo estará con mayor fuerza en los casos de donación de gametos” (cfr. CHIESA, Pedro J.M., El principio de causalidad en la imputación jurídica de la paternidad y de la maternidad de personas humanas cuyo origen es artificial, Ponencia presentada en la Comisión N° 6 de derecho de familia, de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentinas (San Miguel de Tucumán, 29/09/2011).

para experimentación¹⁰, cuya cobertura por el sistema de salud argentino estaría -en principio- excluida (cfr. cfr. 1º párrafo art. 2 Dto. 953/13), pero de cuya prohibición la ley nada dice.

Nuestro derecho constitucional reconoce la existencia de la persona¹¹ y protege su vida desde la concepción. La protección jurídica de la vida desde la “concepción”¹² implica su tutela desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide¹³, dentro o fuera del vientre materno, tal como claramente concluye la Comisión N° 1 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil recientemente

¹⁰ LÓPEZ MORATALLA, Natalia, Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias, en “Cuadernos de Bioética”, XVII, 2006/3ª, Pág. 327-347.

En Inglaterra v.gr., hasta el año 2008, ya se han utilizado más de 100.000 embriones humanos para experimentación. OSTNOR, Lars, Stem Cells, Human Embryos and Ethics: Interdisciplinary Perspectives, (2008). Springers. Pág. 72.

VILLA, Carmen E., Nueva técnica podrá crear embriones con ADN de un hombre y dos mujeres, en “Boletín electrónico Zenit”, 28/04/2010, Códice: ZS 100428, <http://www.zenit.org>

¹¹ Según la Constitución Nacional, la persona comienza a existir desde la concepción, y desde allí pesa la obligación de los Estados de protegerla por ley, como también la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a la gravísima decisión de privar a otro de su vida. Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño: arts. 1, 6, 19, 24 y Declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes, que es condición de vigencia de este tratado: “Con relación al artículo 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 la concepción y hasta los 18 años de edad”. Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos): art. 1, 3, 4, 6. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: art. 11.2.a y d. y 12.2; entre otros.

A mayor abundamiento, todo ordenamiento jurídico necesita basarse en certezas para prescribir que se dé a cada uno lo suyo; por ello, ante la duda sobre la existencia de una persona, juega el principio *in dubio pro homine* o *in dubio pro persona*. Según nuestro ordenamiento jurídico positivo vigente, los conceptos de “hombre”, “ser humano”, “persona” y “derecho a la vida” están esencialmente vinculados. Cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012). Colección “Doctrina” de Editorial Dictum; cap. IV.

¹² Tanto en el campo médico como en el jurídico, los términos “concepción” y “fecundación” se utilizan en forma indistinta. Cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012). Colección “Doctrina” de Editorial Dictum; cap. IV.

¹³ “El 14 de abril de 2013 se cumplen diez años del anuncio oficial de los resultados del PROYECTO GENOMA HUMANO. Este megaproyecto internacional, que exigió una notable dedicación de tiempo, personal y millones de dólares, estudió exhaustivamente los 46 cromosomas humanos, sus 22 mil genes y las más de tres mil millones de letras del ADN del Homo Sapiens. El director de este megaproyecto, denominado International Human Genome Sequencing Consortium, fue el profesor Francis Collins, quien junto a los principales científicos del mundo en la materia, presentaron en el National Human Genome Research Institute, en Maryland (USA), la secuencia completa de nuestros genes. El mismo apareció publicado en varios tomos de la revista Nature el 24 de abril de 2003. El megaproyecto reconfirma, entre otras cosas, que en el cigoto humano fecundado está completa la dotación de cromosomas, genes y ADN de la persona humana. El cigoto humano fecundado, que todos lo fuimos al comienzo de nuestra existencia, tiene una información genética secuencial extraordinaria, a punto tal que, si se imprimiera en papel, con la forma y el tamaño de las letras de una guía telefónica, abarcaría una altura de 175 metros; por lo que sólo puede ser contenido por megacomputadoras. ¡Increíble! Por tanto, sostener el concepto de “pre-embrión” o “pre-humano” significa estar fuera de la realidad”. SAEMB. Buenos Aires, 1º de abril de 2013.

llevadas a cabo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (cfr. conclusión N° 1¹⁴).

En consecuencia, las técnicas de “alta complejidad”, que conllevan la muerte inevitable de innumerables embriones humanos¹⁵, vulneran el derecho a la vida, derecho fundamental del ordenamiento jurídico de nuestro país, y deben ser prohibidas. El Dr. Eduardo M. QUINTANA afirma en su Ponencia que, por estas y otras razones, tanto la Ley que analizamos como su Decreto Reglamentario son inconstitucionales¹⁶. En este sentido cabe aclarar, tal como concluye la Comisión N° 1 de estas Jornadas (cfr. punto tercero¹⁷), que “*La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho*”¹⁸.

¹⁴ Comisión N° 1 (Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”) de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).

¹⁵ V. gr. mortalidad embrionaria por baja tasa de éxito de las técnicas; por selección embrionaria, reducción embrionaria, congelamiento y descongelación, investigación sobre embriones sobrantes, descarte de embriones; mayores porcentajes de embarazo ectópico con recomendación de aborto por parte de los médicos que realizan las técnicas; mayor tasa de abortos espontáneos; etc. Cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012). Colección “Doctrina” de Editorial Dictum; cap. III.

Más allá de los desproporcionados costos económicos que las técnicas de alta complejidad conllevan (“Fertilización asistida: las prepagas creen que la ley es una irresponsabilidad”, en Diario La Nación, 05/06/2013, <http://www.lanacion.com.ar/1588882-fertilizacion-asistida-las-prepagas-creen-que-la-ley-es-una-irresponsabilidad>), existe un costo del que pocos hablan, y que es el costo en vidas humanas que el empleo de las técnicas extracorpóreas acarrea. Basta mencionar que “el 11 de julio de 2007 el Departamento de Salud del Reino Unido de Gran Bretaña dio a conocer el destino de los embriones de la fecundación in vitro (1991-2006), informando que, por cada niño nacido de la reproducción artificial, 23 embriones humanos habían muerto; pues mientras 98.200 embriones habían alcanzado a nacer (4,26%), 2.204.427 fueron destruidos (94,74%)” (CHIESA, Pedro José María, AQUINO, Jorge Benjamín; En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23, 46, 69 o más embriones humanos. Sobre el status jurídico de las células totipotenciales extraídas a los embriones de la fecundación in vitro para un diagnóstico genético antes de transferirlos al útero; en EDCrim, [252] - (23/05/2013, nro 13.244)).

¹⁶ QUINTANA, Eduardo M., Inconstitucionalidad de la ley de “Reproducción médicamente asistida” (n°26862) y de su decreto reglamentario (n° 956/2013) que autorizan y regulan las técnicas de alta complejidad con consecuencias letales y lesivas para los seres humanos así “producidos”.

¹⁷ Comisión N° 1 (Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”) de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).

¹⁸ Respecto del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la justicia federal argentina se ha pronunciado recientemente en el enjundioso fallo: LODI ORTIZ ANDREA MELISA – LARRAN CRISTIAN c/ SWISS MEDICAL s/ AMPARO, EXPTE. N° 007/13 (Juzgado Federal de Salta N° 1).

Cfr. en el mismo sentido, la Ponencia N° 13, presentada en la Comisión N° 1 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2013 por la Dra. Carolina ROSAS y la Lic. María Inés FRANCK, Artavia Murillo y la tradición jurídica de los países latinoamericanos acerca del comienzo de la existencia de la persona.

Ver también SCALA, Jorge, ¿Quo vadis Corte Interamericana de Derechos Humanos?: La desprotección de la vida humana en el fallo “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en EDCrim, [252] - (23/05/2013, nro 13.244); ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B., El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia argentina, en J.A. Fascículo 13, 2011-II, 29/06/2011, pág. 3; DE MARTINI, Siro M. A., Editorial: La desprotección de la vida humana en el fallo “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) vs. Costa Rica”, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en EDCrim, [252] - (22/05/2013, nro 13.243), FRANCK, María I., La Corte Interamericana y la

Atento la obligatoriedad de cobertura antes referida (cfr. art. 8 ley 26.862 y cons. 5 Dto. 956/2013), en caso de que no se prohíban expresamente las técnicas artificiales, debe incorporarse expresamente al texto legal el “derecho de objeción de conciencia” del personal sanitario y de los afiliados a las obras sociales y empresas de medicina prepaga (en cuanto al destino de sus aportes¹⁹).

2.4. Asimismo, sentado que a) todo ser humano concebido es persona humana, y como tal tiene derecho a la vida -la vida forma parte del “núcleo duro” del *ius cogens*²⁰-; y que b) las normas de *ius cogens* son inderogables por convención²¹, tienen primacía sobre el derecho constitucional e inferior interno, y, c) a la vez, por el principio de progresividad²², su alcance jamás puede restringirse²³; se concluye que es antijurídico sostener que la protección jurídica de la persona comienza en un momento posterior a la concepción. Por ello, el hecho de que los niños concebidos en forma natural estén protegidos por el ordenamiento jurídico argentino desde su concepción en el seno materno, pero los concebidos en forma artificial lo estén -según la Ley que analizamos- desde

vulneración de la soberanía de los Estados, en EDCrim, [252] - (22/05/2013, nro 13.243, BACH DE CHAZAL, Ricardo, “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”. Un revés para el derecho, en ED, [252] - (29/05/2013, nro 13.248); ZABALETA, Daniela, El caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica": la palabra "concepción" y la vida como un "derecho relativo", en EDCrim, [252] - (22/05/2013, nro 13.243; PUCHETA, Leonardo L., Naturaleza humana como construcción del derecho. Reflexiones en torno al reciente pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la naturaleza jurídica de los embriones humanos, en EDCrim, [252] - (23/05/2013, nro 13.244.

Para una visión crítica de la doctrina del caso F.A.L. s/medida autosatisfactiva, cfr. ZAMBRANO, Pilar; SACRISTÁN, Estela B., ¿Hay límites para la creatividad interpretativa? A propósito del caso F.A.L. y la relativización de los derechos fundamentales; en J.A. Fascículo 13, 2012-II, 27/06/2012, pág. 33. Marrama, Silvia, De tutelado a condenado a muerte: una interpretación regresiva del derecho a la vida, en EDCrim, [247] - (23/04/2012, nro 12.982).

¹⁹ Si bien es de difícil implementación, será un desafío de las obras sociales y empresas de medicina prepaga implementar un sistema de aportes que reconozca este derecho de objeción de conciencia de sus afiliados.

²⁰ El Comité de Derechos Humanos afirma expresamente que son normas de *ius cogens* la prohibición de la tortura y de la privación arbitraria de la vida (Observación general N° 24, punto 8). Cfr. Observación General No. 24, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto, 52° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994), en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom24.html>, último acceso 08/08/2013

²¹ Cfr. art. 53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²² Cfr. MARRAMA, Silvia, Principio de no regresión en los derechos humanos y el derecho a la vida, en ED, 10/09/08. Pág. 13-14.

²³ Paradójicamente, el Cons. 4 del Dto. 953/13 entiende “que la Ley N° 26.862 se fundamenta en la intención del legislador de ampliar derechos”, mientras que, en los hechos, los vulnera gravemente, comenzando por el derecho a la vida de los embriones.

su implantación²⁴ en el seno de una mujer (cfr. art. 7 *in fine* Ley 26.862 y art. 7, 2º párrafo Dto. 953/13), configura, además, una violación del principio internacional de derechos humanos de no discriminación e igualdad ante la ley.

2.5. La ley establece que el consentimiento de la persona que solicita las técnicas es revocable hasta antes de producirse la implantación de los embriones en el seno de la mujer (arts. 7 y 8 ley; arts. 7 y Dto. 956/2013), pero no da respuesta sobre el destino de los embriones sobrantes, no transferidos a un útero antes de la revocación.

2.6. Por otra parte, la ley sancionada permite la donación de gametos (es decir, la fecundación heteróloga con espermatozoides y/u óvulos de donantes) y/o la “donación” de embriones (arts. 1º, 2º y 8º ley), sin prohibir, en ninguno de ambos supuestos, el anonimato de los dadores de gametos o de embriones. Así, la ley posibilita la violación del derecho constitucional a la identidad de los hijos nacidos como producto de estas técnicas de alta complejidad, ya que no podrán conocer quiénes son su padre y madre biológicos. Esto sucederá cuando los padres compren²⁵ esperma²⁶ u óvulos o embriones de otras personas (cuya identidad permanece en secreto para el niño). Tampoco podrá el niño conocer su identidad biológica cuando se produzcan errores al transferir los gametos o los embriones al útero de la mujer²⁷; o existan fraudes²⁸ en perjuicio de la identidad de los embriones²⁹,

²⁴ La implantación del embrión comienza al final de la primera semana -séptimo u octavo día- después de la fecundación del óvulo por el espermatozoide y se extiende hasta el final de la segunda semana -14 días después de la fecundación-. Cfr. MOORE Keith L., PERSAUD T. V. N., Embriología Clínica, (s/l, 2006). Edit. Saunders-Elsevier, págs. 41 a 44.

²⁵ Es de público y notorio conocimiento que la “donación” de gametos no es tal. Así lo reconoce la misma RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: “Mujeres que sin tener necesariamente problemas de fecundidad, desean donar ovocitos, ya sea en forma altruística **o comercial**” (los resaltados son nuestros). RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Consenso Latinoamericano en aspectos ético-legales relativos a las técnicas de reproducción asistida, (Reñaca, 1995), en www.redlara.com/esp/publicacoes.asp. Cfr. también PÉREZ, Elena, La crisis dispara la “venta” de óvulos, (Santiago, 02/02/10), Diario ABC, en <http://www.abc.es/20100202/galicia-galicia/tesis-dispara-venta-ovulos-20100202.html>; BARON, Ana, Por la crisis, en EE.UU. subió la venta de semen, pelos y sangre, (15/12/08), Diario Clarin, en <http://edant.clarin.com/diario/2008/12/15/elmundo/i-01822541.htm>

²⁶ Un estudio revela que los niños que nacen de esperma que sus padres han comprado sufren secuelas psicológicas graves. Cit. por FLYNN, John, Paternalidad anónima: Las consecuencias de donar esperma, en “Boletín electrónico Zenit”, ZS100620, 20/06/10, www.zenit.org.

²⁷ “Una mujer británica perdió la posibilidad de tener a su segundo hijo a través de técnicas de reproducción asistida al descubrir que su último embrión había sido implantado por error en otra paciente”. Por error médico se implantó el último embrión de una mujer en tratamiento de fertilidad a otra paciente, en “Revista on line Reproducción Asistida.org”, 10 de Agosto de 2009. <http://www.reproduccionasistida.org>

“En Italia, una pareja de piel blanca que se sometió a reproducción asistida sufrió el error al usarse una probeta de

casos harlo frecuentes.

En los casos de parejas del mismo sexo que recurran, al amparo de la ley que analizamos, a estas técnicas (cfr. art. 8 ley), la violación a la identidad de los niños que nazcan se dará -por necesidad impuesta por el orden natural- en todos los casos, ya que al menos uno de los gametos será donado.

La conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por unanimidad, estableció: “4) Filiación: a) Cuestiones generales. *De lege lata* (como criterio hermenéutico) y *De lege ferenda* (como criterio que guíe la legislación que se formule): Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”. Y continuó, por unanimidad: “*De lege lata* y *de lege ferenda*: la regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional”. Por ello, también se afirmó que “*De lege ferenda*: Debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad³⁰”; “*De lege ferenda*: en caso de que se regularan las técnicas de fecundación artificial, debería constar de modo indubitable y explícito en todos los órdenes del derecho civil, la responsabilidad solidaria (no mancomunada) del médico o profesional

otra pareja africana y tuvo gemelos de piel negra. Por el error la pareja demandó a la clínica de fertilidad”. Una pareja de piel blanca demanda a una clínica de reproducción asistida tras tener gemelos de piel negra, en “Revista on line Reproducción Asistida.org”, 4 de Agosto de 2009. <http://www.reproduccionasistida.org>

²⁸ El médico argentino Ricardo ASCH refiere haber logrado el primer nacimiento de niños (fueron mellizos) mediante la técnica GIFT, en 1984, y la comunidad científica internacional le atribuye ser el inventor de la misma. En 2001 fue acusado por más de 70 mujeres estadounidenses por haberse apropiado de sus óvulos e incluso de sus embriones y haberlos traficado, razón por la cual es buscado por el FBI. Cfr. El argentino más buscado por el FBI: Más de 70 mujeres lo denunciaron por apropiarse de su material genético en una clínica de California, Diario La Nación (26/05/01) en <http://www.lanacion.com.ar/307863-el-argentino-mas-buscado-por-el-fbi>; Caso Irvine: EEUU pedirá a México entrega de médico argentino: Es en el caso de tráfico de óvulos y embriones, (28/12/10) en <http://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/caso-irvine-eeuu-pedira-mexico-entrega-de-medico-argentino>; Publicita Scioli a un polémico especialista: Es Ricardo Asch, quien estuvo 15 años prófugo, Diario La Nación (13/05/11) en <http://www.lanacion.com.ar/1372890-publicita-scioli-a-un-polemico-especialista>

²⁹ Durante el encuentro anual de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embrionología (Praga, 18-21/06/2006), se presentó el informe del Comité Internacional para la Supervisión de las Tecnologías de Reproducción Asistida (ICMART), que incluye datos de 52 países y cubre 2/3 de todos los tratamientos de fertilización *in vitro* del mundo. La investigación ha demostrado que en muchas clínicas del Reino Unido no existen suficientes garantías para comprobar apropiadamente la identidad de los niños nacidos de estas técnicas. El equipo del Hospital St. Bartholomew hizo una encuesta en las 70 clínicas del Reino Unido que tienen licencias. De éstas respondieron 45, y se informó de que se había dado el caso o se sospechaba de **fraude en la identidad el paciente en el 37%**. Cfr. Tres millones de niños probeta: Preocupación por las implicaciones éticas, en “Boletín electrónico Zenit”, 11 de julio de 2006, www.zenit.org

³⁰ Por la afirmativa: 42 votos. Por la negativa: 3 votos. Abstenciones: 10 votos.

interviniente en el proceso de fecundación^{31,32}.

Por último, no podemos dejar de reconocer la evidente similitud que guardan estos casos de violación del derecho a la identidad de los niños concebidos mediante técnicas artificiales, con la violación del derecho a la identidad sufrida por niños que han sido objeto de tráfico o de sustracción, similitud que permite vislumbrar las difíciles y dolorosas situaciones que se suscitarán en breve, permitidas por la ley que analizamos.

2.7. La terminología de la ley evidencia la cosificación de los embriones que las técnicas conllevan, al permitir la norma positiva que sean congelados³³ (cfr. art. 4 -“bancos de embriones”-; art. 8, 2º párrafo ley; art. 2, 2º párrafo Dto. 956/2013) y donados (cfr. art. 2 ley; art. 2, 2º párrafo Dto. 956/2013 y art. 1789 C.C.).

Es decir que, en lugar de reconocerles su condición de personas, se los trata como cosas cuyos propietarios -los padres- pueden disponer libremente de ellos. Tampoco prohíbe expresamente la ley la manipulación genética, ni la experimentación y descarte de embriones. Al respecto, concluye la Comisión N° 1 de las Jornadas³⁴ en el punto segundo que *“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”*.

³¹ Por la afirmativa: 30 votos. Por la negativa: 9 votos.

³² Para un estudio más profundo de la responsabilidad médica respecto de las técnicas, cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012). Colección “Doctrina” de Editorial Dictum; cap. IV.

³³ La RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA reconoce expresamente que el congelamiento de embriones “se ha convertido en una tecnología estándar en reproducción humana”. RED LATINOAMERICANA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, Manual de procedimientos. Laboratorio de Reproducción Asistida. (Santiago de Chile, 1998), en <http://www.redlara.com/>.

El congelamiento es necesario porque la hiperestimulación ovárica previa a la fecundación produce en la mujer una fase lútea deficiente, que debe ser remediada médicamente antes de la transferencia de los embriones, para que éstos logren implantarse. Cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012). Colección “Doctrina” de Editorial Dictum; cap. III.

Los riesgos de presentación del embrión para vitrificarlo o crioconservarlo pueden apreciarse en LAZCANO, Jessica; MALDONADO, Israel; LÓPEZ, Pablo; DABBAH, Jacobo; MORENO, Daniel; BERMÚDEZ, Alexandra; GAYTÁN MELICOF, José Eligio, Estudio clínico comparativo. Resultado de la vitrificación y desvitrificación de embriones humanos con dos tipos de sistemas abiertos: Cryotop vs Cryolock, en Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción 2010;2(3):79-8, <http://www.medigraphic.com/pdfs/reproduccion/mr-2010/mr103c.pdf>

Cabe recordar que sólo sobreviven al descongelamiento el 50% de los embriones que se congelan. Diario “La Nación, Buenos Aires, 15 de junio de 1993.

³⁴ Comisión N° 1 (Parte General: “Persona Humana: comienzo de la existencia; estatuto”) de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013).

2.8. No es ocioso recordar que todo acto jurídico que tenga por objeto la manipulación³⁵ de una persona humana, considerándola como una cosa³⁶, es un acto de objeto ilícito (cfr. art. 953 C.C.). Todos los actos jurídicos implicados en las técnicas artificiales, además de violar nuestro ordenamiento jurídico constitucional, son ilícitos porque sus objetos están prohibidos por las leyes, perjudican los derechos de terceros (las personas por nacer) y son contrarios al orden público³⁷, a la moral y las buenas costumbres. Por lo tanto quedan comprendidos en la sanción de nulidad establecida por el art. 953 C.C.: son actos nulos de nulidad absoluta e insanable.

2.9. Se prevé el “acceso igualitario de todos los beneficiarios a las prácticas normadas” (art. 6 inc. a ley). Son beneficiarios todas las personas mayores de edad (cfr. art. 7 ley) que lo soliciten y presten su consentimiento informado³⁸ (cfr. art. 7 Dto. 956/2013), sin siquiera exigirse la acreditación de su esterilidad o infertilidad³⁹. Tampoco se fija un límite de edad para quien desee recurrir a estas técnicas, ni un tiempo límite de sometimiento a las mismas (es decir, puede realizarse la cantidad de intentos que desee), ni se exige un determinado estado civil, lo cual resulta contradictorio en un Estado que permite, desde hace muchos años, el divorcio.

³⁵ Téngase presente que por medio de las técnicas de alta complejidad se “producen” personas en un tubo de ensayo, se seleccionan las más aptas para su implantación y las sobrantes se crioconservan a 196 grados bajo cero en tanques de nitrógeno líquido, *sine die*, lo cual implica finalmente su muerte. Cfr. MARRAMA, Silvia, Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, (Paraná, 2012). Colección “Doctrina” de Editorial Dictum; cap. III y IV.

³⁶ En efecto, “en la fecundación artificial el hijo por venir es materia de un contrato entre el o los progenitores y el prestador del servicio que por tanto se compromete a realizar un “opus” u obra... el contratista quedaría sujeto a todas las responsabilidades propias de su oficio, una de ellas no de menor cuantía es la de entregar el producto en buen estado y también no encontrarse sujeto a las consecuencias de los vicios redhibitorios. Será quizás por eso que no se tiene conocimiento que nazcan niños defectuosos, pudiendo imaginarnos lo que ha sucedido en casos que las anomalías se hayan detectado antes de la finalización del contrato. En consecuencia no es baladí afirmar que el embrión es considerado como un objeto; con toda propiedad se ha hablado de “instrumentación” del embrión por medio de las manipulaciones técnicas que alteran el proceso natural de procreación”. QUINTANA, Eduardo M., Sofismas... ibídem.

³⁷ El art. 2 *in fine* de la ley 26.061 que declara de “orden público” los derechos y garantías de los niños desde su concepción, declaración que -además de impedir la aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional como fundamento para la autorización legislativa o judicial de las técnicas de fecundación extracorpórea o su tolerancia de hecho por parte del Estado Argentino- determina que todo acto que lo contraríe es nulo de nulidad absoluta e insanable.

³⁸ El consentimiento informado se encuentra regulado por la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Para su análisis crítico cfr. MARRAMA, Silvia; Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma, en ED, 245-881 y MARRAMA, Silvia; La ley 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ED, [248] - (13/06/2012, nro 13.016).

³⁹ Es decir que el mero deseo se convierte en fuente del derecho de acceder a las técnicas.

2.10. En este punto de la argumentación y frente a la afirmación legal sobre la existencia de un “derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida” (art. 7) y que el Dto. 956/2013 afirma en su Cons. 3 que se trata de un “derecho humano”; cabe recordar que la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil estableció: “Estado de familia: *De lege lata y ferenda*: La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia”⁴⁰.

2.11. La ley bajo análisis debería prohibir expresamente la maternidad subrogada, porque implicaría, de alguna manera, un fraude al instituto de la adopción, en el sentido de que mediante ella se podrían evadir los requisitos que la ley determina para que la misma pueda ser concedida⁴¹. Por otra parte, “no puede apelarse a la libertad de procreación en un sentido egoísta, por sobre la libertad del niño de ser concebido, gestado y alumbrado en condiciones dignas”⁴². Por ésta y otras razones, el contrato es nulo de nulidad absoluta e insanable por todas las causales que establece el artículo 953 del Código Civil⁴³, ya que una persona no puede ser “objeto” de relaciones jurídicas, ya sea la gestante o el niño gestado. Además, la permisón de la maternidad subrogada es incoherente con la prohibición legal de entregas directas de niños (cfr. art. 318 C.C. ref. Ley N° 24.779).

3. Conclusiones y propuestas de reforma.

Por las razones expuestas, promovemos las siguientes interpretaciones y reformas a la ley:

3.1. *De lege ferenda*: Art. 8: debe sustituirse la expresión “TRA” por “fecundación asistida”.

3.2. *De lege ferenda*: Debe prohibirse expresamente la fecundación artificial.

3.3. *De lege ferenda*: El art. 7 *in fine* Ley 26.862 debe ser reformulado como sigue: “El consentimiento es irrevocable luego de la concepción”.

3.4. En caso de que no se prohíban expresamente las técnicas artificiales:

3.4.1. *De lege ferenda*: Debe incorporarse al texto legal el “derecho de objeción de conciencia”

⁴⁰ Conclusión N° 3. Por la afirmativa: 32 votos. Por la negativa: 17 votos.

⁴¹ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., La filiación en la procreación asistida, (Buenos Aires, 2004). Edit. El Derecho. Pág.160.

⁴² Cfr. MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana, Volviendo a la cuestión de la maternidad subrogada... ¿Puede reconocerse un derecho al hijo?, en “El Derecho” 182-1652.

En efecto, sostenemos que al transformar a una persona por nacer en el contenido de una prestación contractual, se viola todo principio de dignidad humana. Asimismo constituye un nuevo quebranto de la unidad familiar, ya que no sólo agrede la unidad conyugal, sino también la unidad parental, la estrecha relación entre padres e hijos.

⁴³ Insistimos: el contrato es nulo en cuanto viola el orden público, su objeto se encuentra fuera del comercio, es inmoral, desdobra la maternidad y altera el estado civil de las personas. En consecuencia, el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada que hubiera sido celebrado no puede ser exigido.

del personal sanitario y de los afiliados a las obras sociales y empresas de medicina prepaga -en cuanto al destino de sus aportes-.

3.4.2. *De lege ferenda*: El art. 7, 2º párrafo del Dto 956/2013 debe reformarse como sigue: “En los casos de técnicas artificiales, el consentimiento es irrevocable luego de la concepción”.

3.4.3. *De lege ferenda*: Debe prohibirse expresamente la manipulación o supresión de aspectos de la identidad de las personas concebidas mediante técnicas artificiales.

3.4.4. *De lege ferenda*: Debe constar de modo indubitable y explícito en el texto de la ley y en todos los órdenes del derecho civil, la responsabilidad solidaria (no mancomunada) del médico o profesional interviniente en el proceso de fecundación⁴⁴.

3.4.5. *De lege ferenda*: Debe prohibirse expresamente la donación de embriones y de gametos, el congelamiento, el descarte y la experimentación y manipulación genética de embriones, y eliminarse los bancos de embriones establecidos por el art. 4 de la ley.

3.4.6. *De lege lata*: Todos los actos jurídicos implicados en las técnicas artificiales, además de violar nuestro ordenamiento jurídico constitucional, son ilícitos (cfr. art. 953 C.C.), y por ende nulos.

3.4.7. *De lege lata*: La voluntad procreacional no es fuente autónoma suficiente para fundar el estado de familia⁴⁵.

3.4.8. *De lege ferenda*: Debe prohibirse expresamente la maternidad subrogada.

3.4.9. *De lege lata*: El contrato de maternidad subrogada es nulo de nulidad absoluta e insanable, e incoherente con la prohibición legal de entregas directas de niños (cfr. art. 318 C.C. ref. Ley N° 24.779).

⁴⁴ Cfr. Conclusión N° 4 de la Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

⁴⁵ Conclusión N° 3 Comisión N° 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.