

TEMAS Y NEODOCTORES

Fecundación *in vitro* y derecho

*“A ti, niño
Fecundado en un laboratorio,
Pero no seleccionado
Porque no se te consideró apto para la transferencia;
Nunca preguntes por quién doblan las campanas
de esta obra;
Están doblando por ti”*

I. La neodactora

El 2 de junio de 2011 Silvia E. Marrama accedió al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, Sede Buenos Aires, gracias a la aprobación de su tesis doctoral titulada *La fecundación artificial extracorpórea en el derecho argentino*.



La tesis fue dirigida por el Dr. Eduardo Martín Quintana y el tribunal, integrado por los Dres. Catalina Arias de Ronchietto, Alberto Rodríguez Varela y Jorge Nicolás Lafferrière, la calificó con diez.

Al final del acto y luego del dictamen del tribunal, la Dra. Marrama agradeció a su familia y amigos, al director Quintana por haberla acompañado desde sus primeros pasos como estudiante de Abogacía en la Universidad hasta ese grado, y a su Universidad, la UCA sede Buenos Aires, de la que egresó como abogada.

Especializada en Derecho Tributario por la Universidad Nacional del Litoral; profesora universitaria (UCA Paraná); investigadora en el CONICET en el proyecto “Derechos humanos y obligatoriedad del Derecho. ¿Tiene alguna relevancia para la obligatoriedad del Derecho que reconozca, formalice o recoja los derechos humanos?”.

Publicó en 2012 *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos* (Dictum, Paraná, 578 págs.), con prólogo de Jorge Scala.

Un libro completísimo. Desde él, nadie puede entrar en el tema sin tenerlo en cuenta.

Es profesora universitaria por concurso, asociada a cargo de la cátedra “Derecho Público y Privado” en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER).

Desde el 23 de abril de 2012 se desempeña como Defensora de Pobres y Menores en la justicia entrerriana, cargo al que accedió por concurso del Consejo de la Magistratura provincial.

II. Reportaje

Respondió así a nuestro cuestionario.

DFD: *¿Qué la motivó a investigar sobre el tema de su tesis doctoral?*

Silvia E. Marrama: Cuando en 1994, mientras estudiaba la última materia de la carrera de abogacía, mi titular de Introducción al Derecho, el Dr. Quintana, del que era ayudante alumna, fue convocado por el Senado de la Nación para asesorar sobre el tema, puso en mis manos los primeros proyectos argentinos de regulación de las técnicas de fecundación artificial y algunas leyes extranjeras, para que los estudiase.

“El tema me eligió a mí”

Coincidentemente –o más bien, providencialmente–, en el edificio en el cual vivía por aquel entonces, la Dra. Esther Polack de Fried, que era la presidente de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad, tenía los consultorios externos donde atendía a los pacientes que recurrían a estas técnicas. Muchas veces los pacientes y yo compartíamos el ascensor, y me llamaba la atención sus rostros angustiados y ansiosos. La mayoría de las mujeres tenía alrededor de 40 años de edad.

El pensar que a escasos metros de mi vivienda se realizaban las primeras entrevistas para comenzar con los “tratamientos” de fecundación artificial, y también se efectuaban los controles médicos posteriores a los mismos –“tratamientos” cuyo “costo”, medido en vidas humanas que se “pierden”, es altísimo–, me preocupaba mucho.

Por eso, desde entonces, decidí ocuparme del tema, contribuyendo a despertar conciencias desde la docencia y la investigación.

Al mismo tiempo, amigos que se desempeñan profesionalmente en el Poder Judicial, comenzaron a enfrentarse con casos que versaban sobre esta problemática, v.gr. pedidos de autorizaciones para cobertura de los “tratamientos” por parte de las obras sociales, etcétera.

Por otra parte, matrimonios amigos pasaron –y pasan– por la difícil prueba de la esterilidad, habiendo, algunos de ellos, recurrido a estas técnicas, con resultados lamentables que pusieron en riesgo, en la mayoría de los casos, su relación conyugal. He compartido –y lo continúo haciendo– su dolor, y su esperanza de ser llamados por el Registro de Adoptantes en el cual se encuentran inscriptos para adoptar un niño.

De alguna manera, se puede decir que no he elegido el tema de esta tesis, sino que él me ha elegido a mí.

Las técnicas de fecundación artificial extracorpórea son antijurídicas.

No hay laguna jurídica en la Argentina, y el orden jurídico es suficiente para resolver los casos.

De todos modos es conveniente la prohibición expresa.

DFD: *¿Cuál o cuáles fueron los problemas concretos que se propuso demostrar en su tesis?*

SEM: Uno de los inconvenientes que tuve al comenzar a escribir el plan de tesis fue delimitar su marco. El tema, abordado desde el punto de vista jurídico, es amplísimo. Gracias al Dr. Quintana pude acotarlo. Finalmente, el eje de la tesis consistió en demostrar, fundada en la subalternación de saberes, que las técnicas de fecundación artificial extracorpórea son antijurídicas, y que frente a los que estiman que en nuestra legislación hay una laguna respecto al problema, sostuve que el orden jurídico actual es suficiente para resolver los casos jurídicos que se presenten. Sin embargo, la inexistencia de prohibición expresa de las técnicas en nuestro ordenamiento jurídico no parece ser conveniente, dado el oscurecimiento de las conciencias de los argentinos –reflejado en el ámbito jurídico en diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales permisivas de las técnicas– y el relativismo imperante. Por tanto, demostré que es necesario y prudente la prohibición expresa de las técnicas aludidas mediante ley y sin excepción alguna, sin soslayar que, si bien la ley tiene una función pedagógica, no es el único ni el principal factor de influencia en la cultura de un país, siendo primordial la educación moral de sus habitantes.

DFD: *¿Cómo se estructura la tesis?*

SEM: La tesis comienza con un capítulo que delimita el tema a abordar, precisa la terminología empleada, la noción de derecho de la que se parte, y su subalternación respecto de las demás ciencias. [DFD: en el libro, capítulo I: “Introducción”, págs. 15/28].

En el capítulo II se explican brevemente los aspectos técnicos de la fecundación artificial. Asimismo, se funda la inconsistencia de la tesis que sostiene la existencia del denominado preembrión, tesis que pretende fundar algunas legislaciones comparadas. [DFD: en el libro cap. II: “Técnicas de fecundación extracorpórea”, págs. 29/72].

El capítulo III analiza las técnicas a la luz de la antropología y la moral natural. [DFD: cap. III: “Moralidad

El magisterio de la Iglesia

“En relación al gran número de embriones congelados ya existentes, se plantea la siguiente pregunta: ¿qué hacer con ellos? Algunos se interrogan al respecto ignorando el carácter ético de la cuestión, movidos únicamente por la necesidad de observar el precepto legal de vaciar cada cierto tiempo los depósitos de los centros de crioconservación, que después se volverán a llenar. Otros, en cambio, son conscientes de que se ha cometido una grave injusticia, y se interrogan sobre el modo de cumplir el deber de repararla.

“Son claramente inaceptables las propuestas de utilizar tales embriones para la investigación o para usos terapéuticos, porque implica tratarlos como simple ‘material biológico’ y comportan su destrucción. Tampoco es admisible la propuesta de descongelar estos embriones y, sin reactivarlos, utilizarlos para la investigación como si fueran simples cadáveres.

“También la propuesta de ponerlos a disposición de esposos estériles como ‘terapia’ de infertilidad, no es éticamente aceptable por las mismas razones que hacen ilícita tanto la procreación artificial heteróloga como toda forma de maternidad subrogada; esta práctica implicaría además otros problemas de tipo médico, psicológico y jurídico.

“Para dar la oportunidad de nacer a tantos seres humanos condenados a la destrucción, se ha planteado la idea de una ‘adopción prenatal’. Se trata de una propuesta basada en la loable intención de respetar y defender la vida humana que, sin embargo, presenta problemas éticos no diferentes de los ya mencionados.

“En definitiva, es necesario constatar que los millares de embriones que se encuentran en estado de abandono determinan una situación de injusticia que es de hecho irreparable. Por ello Juan Pablo II dirigió ‘una llamada a la conciencia de los responsables del mundo científico, y de modo particular a los médicos para que se detenga la producción de embriones humanos, teniendo en cuenta que no se vislumbra una salida moralmente lícita para el destino humano de los miles y miles de embriones congelados, que son y siguen siendo siempre titulares de los derechos esenciales y que, por tanto, hay que tutelar jurídicamente como personas humanas’”.

(Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción Dignitas personae*, n. 19, tomado de http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html).



de las técnicas de fecundación extracorpórea”, págs. 73/150].

Los capítulos siguientes abordan el tema desde la perspectiva netamente jurídica. En el capítulo IV analizo las normas vigentes en el derecho argentino y a su luz juzgo la licitud de las técnicas, a la par que las aplico para esbozar una solución a los diversos problemas que estas técnicas plantean, v.gr. los embriones congelados que no se transfieren al útero de una mujer, la responsabilidad que cabe a quienes realizan las técnicas y a quienes recurren a ellas, el régimen de filiación de las personas concebidas mediante la fecundación artificial. [DFD: en el libro págs. 151/252]. El capítulo siguiente analiza los fallos más importantes sobre la fecundación *in vitro*, conforme la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales. [DFD: cap. V, “Jurisprudencia argentina sobre fecundación extracorpórea”, págs. 253/380]. El capítulo VI clasifica y sintetiza los principales proyectos legislativos en la materia, y responde a las preguntas formuladas en el capítulo inicial: ante la falta de una regulación legal de las técnicas, ¿debe o no legislarse en torno a la fecundación artificial?, y en caso positivo, ¿cuál o cuáles deberían ser las pautas para ello? [DFD: págs. 381/478].

El capítulo final está dedicado a las conclusiones, donde se sintetizan los diversos aspectos que considero demostrados a lo largo del trabajo. [DFD: págs. 479/514]. Es de destacar la dedicatoria del libro, puesta al final en pág. 515, que da título a esta sección. Es apabullante el elenco de las leyes sobre el tema, nacionales y provinciales; de fallos de jurisprudencia argentina; de proyectos de ley; de Fundamentos de Proyectos; de intervenciones en el Congreso; de tratados y documentos internacionales; de normas de derecho comparado; de jurisprudencia extranjera (pág. 530); de bibliografía general (págs. 530/544); de bibliografía especial (págs. 544/562) y de “otras publicaciones” (págs. 563/568). Un libro completísimo. Desde él, nadie puede entrar en el tema sin tenerlo en cuenta].

DFD: *Aceptada su precisión, no siempre recordada, de que el ordenamiento normativo jurídico es parte natural y parte positivo, ¿en qué fundamenta su tesis para decir que en forma implícita deriva del ordenamiento jurídico argentino la ilicitud de la fecundación extracorpórea?*

SEM: De la consideración armónica del derecho (natural y positivo) argentino surge que desde la concepción existe una persona que tiene dignidad y derecho a la vida y que, en consecuencia, las técnicas de fecundación artificial extracorpórea están implícitamente prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico, por vulnerar ambas. Esta afirmación se basa en el principio de subalternación de los saberes (que entiende subalternado el derecho a la ética, y ésta a la antropología –basada en la gnoseología–), y presupone la lectura de los tres primeros capítulos de la tesis, que describen las técnicas y su nocividad.

Estas técnicas manipulan a la persona humana como si fuera una cosa, sometida a un proceso técnico-instrumental, con dominio absoluto del técnico sobre el medio, control de calidad de los resultados, eficiencia cuantitativa como medida de la perfección del proceso.

DFD: *Para el caso de que pudiese realizarse fecundación extracorpórea sin embriones desechados (lo que implica homicidio: fabricar gente para mandarla a la muerte, lo que implica discriminación que se ve injusta) y sin congelamientos (que implican torturas, sufrimientos, etc.), ¿seguiría siendo ilícita la fecundación extracorpórea desde el punto de vista moral y desde el punto de vista jurídico?*

SEM: Si bien la doctrina no es pacífica en este punto, considero que el empleo de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, aun cuando no se congelen ni desechen embriones, viola su dignidad y, por ende, es ilícito

no sólo moral sino también jurídicamente. En el capítulo tercero de la tesis intento fundamentar esta afirmación, v.gr., en que no cualquier modo de dar origen a una persona humana es éticamente digno de ella. Un ser digno –como lo es la persona humana– merece un advenimiento digno. No lo es un advenimiento que se produce al margen de la naturaleza. El embrión no sólo tiene derecho a nacer, sino también a tener un origen humano, conforme lo indica su naturaleza: por un acto sexual entre un hombre y una mujer. El acto sexual involucra a todo el ser humano: no sólo su cuerpo –gametos– sino su alma y su espíritu, y es precisamente en el espíritu donde radica su dignidad (cfr. *Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*). Las técnicas de fecundación extracorpórea son deshumanizantes. En ellas, el embrión es efecto de un “hacer” humano, y no de un “acto” de dos personas (unitivo y procreativo). Estas técnicas manipulan a la persona humana como si fuera una cosa, sometida a un proceso de tipo eminentemente técnico-instrumental, con disponibilidad total respecto del fin, dominio absoluto del técnico sobre el medio, control de calidad de los resultados, eficiencia cuantitativa como medida de la perfección del proceso.

DFD: *Si se pudiese separar desde el punto de la unidad de intención moral el acto de producir chicos in vitro de la posterior adopción mediante la implantación en úteros extraños, esto es, si una mujer encuentra –si eso se pudiese– un embrión congelado y quiere salvarle la vida, ¿qué objeciones habría a que se lo implante y –repetimos– le salve la vida?*

SEM: Tampoco es pacífica la doctrina al respecto. Por mi parte, considero que la “adopción prenatal” en sí misma es contraria a la ley natural. La solución de la adopción prenatal tiene el mérito de reconocer el derecho a la vida de los embriones fecundados extracorpóreamente. Sin embargo, no se pueden ocultar los graves interrogantes que ésta despierta: ¿acaso no trasluce los mismos criterios utilitarios y deshumanizantes que constituyen el trasfondo de las técnicas de fecundación artificial? En efecto, ¿se podrá evitar toda forma de selección preimplantacional, o frenar la fabricación de embriones con fines de adopción? Por otra parte, ¿puede concebirse una relación diáfana entre las clínicas que fecundan embriones y los médicos que los transferirían a las madres adoptivas? ¿No estamos nuevamente frente a una cosificación y manipulación del embrión, con el agravante de que estaría legitimada e incluso promovida por ley?

DFD: *¿Hay una posición definida del Magisterio Católico sobre el tema?*

SEM: Las objeciones morales pueden leerse en el punto n° 19 de la Instrucción *Dignitas Personae*, de la Congregación para la Doctrina de la Fe.

DFD: *Siendo que la fecundación extracorpórea afecta tanto el orden natural de origen del ente viviente que es persona humana, ¿hay datos sobre eventuales malformaciones, enfermedades, envejecimientos, muertes tempranas o cualquier otra anomalía que se asocien al modo de “producción” de estas personitas?*

SEM: Sí, los datos y estadísticas son abundantes, y los esbozo en el capítulo tercero de la tesis. Además de los problemas que genera la alteración del *imprinting* genómico, la medicina ha descrito otros daños causados por la fecundación artificial extracorpórea, tales como mayor frecuencia de parálisis cerebral, cáncer infantil, trastornos del espectro autista y retraso en el desarrollo, riesgo de incapacidad y muerte, problemas cardíacos, defectos congénitos, aberraciones en los cromosomas sexuales en los niños concebidos extracorpóreamente. [DFD: Consulte el lector el cap. III, apart. 4: “Muerte de embriones”, pág. 112; 4.1. “Estadísticas sobre el éxito de las técnicas”, pág. 114; 4.2. “Muerte de embriones por selección embrionaria”, pág. 116; 4.3. “Muerte de embriones por congelamiento”, pág. 1204; 3.6. “Congelamiento de embriones: ¿hecho público y notorio?”; 4.4. “Muerte de embriones por abortos”, pág. 138; 4.5. “Muerte de embriones por descarte”, pág. 142; 5. “Daños a la salud de los niños concebidos extrauterinamente”, pág. 144]. En cuanto a los daños a su salud psicológica, un reciente libro publicado por el prestigioso psiquiatra francés Benoît Bayle, permite reflexionar sobre los riesgos a largo plazo para los niños nacidos de fecundación *in vitro*, a causa del “síndrome del superviviente” que padecen muchos de ellos. Cabe destacar que el “Defensor de la Infancia francés ha pedido una moratoria para la técnica ICSI, que es la más utilizada, por los riesgos que plantea. Incluso, el ministro de Salud, François Mattei, ha hablado en contra de este “encarnizamiento procreador”, opinión compartida por el Comité Ético Nacional francés. 

VOCES: BIOÉTICA - DERECHO - DERECHOS HUMANOS - FILOSOFÍA DEL DERECHO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - CONTRATOS - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHO COMPARADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO NATURAL - IGLESIA CATÓLICA - LEY - ORDEN PÚBLICO

