

Lafferriere, Jorge Nicolás

Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida

**Exposición ante el Honorable Senado de la Nación
Audiencia sobre “Fertilización asistida: aspectos jurídicos”, 2006**

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Lafferriere, J. N. (2006, agosto). Técnicas de procreación humana : propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida [en línea]. Audiencia sobre Fertilización asistida: aspectos jurídicos, Honorable Senado de la Nación, Argentina. Disponible en:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/tecnicas-procreacion-humana-tutela-legislativa.pdf>

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

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

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere,
Secretario Académico de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA)
Profesor Adjunto, Derecho Civil I, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA
Profesor de la Maestría en Ética Biomédica del Instituto de Bioética de la UCA
Director del Servicio a la Vida del Movimiento FUNDAR

Publicado en El Derecho, 18/09/06, n. 11.595, p. 1 (Tomo 219, p. 58)

LINEAMIENTOS PARA UNA LEGISLACIÓN SOBRE TÉCNICAS DE PROCREACIÓN HUMANA

- Reafirmación de la personalidad del embrión humano.
- Prohibición de las técnicas, particularmente extracorpóreas.
- Legislación civil que resuelva las situaciones filiatorias en casos de embriones congelados
- Normas penales ante delitos vinculados con la eugenesia (búsqueda de mejora de la raza)
- Tipificación del delito de homicidio prenatal que contemple cualquier conducta que cause la muerte de personas por nacer, con penas proporcionales a otras figuras contra la vida. En especial:
 - Eliminación de embriones in vitro o congelados
 - Utilización de embriones para investigación, clonación “terapéutica”.
 - “Reducción embrionaria” (aborto)
- Prohibición de la crioconservación, incluyendo sanciones penales.
- Prohibición de la fecundación “heteróloga”, incluyendo sanciones penales
- Tipificación de nuevas formas de amenaza a la vida, como clonación, creación de híbridos y otro tipo de experimentos.

FUNDAMENTACIÓN

Una de las manifestaciones más significativas de la especial dignidad que posee la persona humana está dada por la forma en que se transmite la vida. En efecto, el origen de un nuevo ser humano no se reduce a mera producción material sino que se configura a través de actos biológicos que están llamados a reflejar eminentes valores morales y espirituales. Así, se habla de procreación humana, para distinguirla de una mera “reproducción” o “producción”,

señalando de este modo el lenguaje la especial intimidad y dignidad que presenta la transmisión de la vida.

Las técnicas que posibilitan la procreación humana por una vía distinta de la unión sexual entre hombre y mujer suponen un cambio en la forma de transmisión de la vida y suscitan inquietudes muy importantes, poniendo en juego bienes jurídicos fundamentales de los seres humanos concebidos por estos procedimientos. El problema se presenta complejo e interdisciplinario, como lo son las distintas cuestiones de la bioética.

Las mayoría de las legislaciones sobre este tema parecen asumir como prioritarios dos grupos de intereses: a) los de los padres que quieren recurrir a estas técnicas para solucionar situaciones de esterilidad y, b) los de los centros médicos y grupos científicos que pretenden desarrollar estas tecnologías sin límites.

Pero en realidad tales enfoques omiten considerar al principal involucrado en estas técnicas: la persona concebida. Así, creemos que el enfoque correcto es aquél que pone en el centro la tutela de la persona humana. En esta perspectiva, dos bienes jurídicos superiores están en juego: la vida y la dignidad de la persona. Antes que los intereses de los padres, está en juego el bien de la persona concebida. Al respecto, es claro que la irrupción de las tecnologías que actúan sobre la procreación humana genera un incremento en el riesgo para la vida y dignidad de la persona humana.

De esta forma, dando prioridad a la tutela de la persona humana concebida, la legislación se enmarca en el “personalismo”, que es una de las exigencias que en nuestro tiempo se formula al derecho.

En esta búsqueda de los bienes a tutelar tienen particular importancia los derechos humanos, que en virtud de la reforma Constitucional de 1994 en la República Argentina alcanzaron jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y se consolidan como “bienes jurídicos constitucionales” que merecen protección penal. Cuando estos derechos proclamados en los Tratados expresan la naturaleza del hombre, se constituyen en referencia ineludible para el legislador, y en la medida que se verifiquen acciones que los puedan poner lesionar, la tutela penal debe ponerse en marcha, máxime si se trata de bienes fundamentales como la vida o la dignidad.

Tomando estas reflexiones como punto de partida, podemos ahora realizar algunas consideraciones éticas y jurídicas sobre las técnicas, enfatizando cómo se lesionan estos bienes jurídicos y proponiendo algunas directivas para una política legislativa que combine medidas administrativas, civiles y penales.

a) Las técnicas consideradas en sí mismas

Es ineludible comenzar por una consideración de fondo sobre las técnicas, incorporando un juicio ético y sus proyecciones jurídicas. Al respecto, podemos decir que esta posibilidad de procreación por medios artificiales constituye un ejemplo del creciente poder del hombre sobre el misterio de la vida humana y cómo ese poder no siempre se utiliza para el bien de la misma persona. En efecto, cabe resaltar que estas técnicas son moralmente objetables en tanto suponen una afectación a la dignidad de la transmisión de la vida, por la disociación de procreación y sexualidad, de modo que la transmisión de la vida humana ya no se realiza en su ámbito propio, que es la unión conyugal, sino en el campo de un procedimiento técnico.

“La procreación no es un hecho meramente biológico del hombre, sino un acto ‘personal’ y ‘conyugal’; esto quiere decir que, para que sea humana, la procreación exige que sea un acto que involucre libre y responsablemente a la totalidad de cada una de las personas de los cónyuges en forma exclusiva; la procreación es una encomienda esencial, exclusiva, personal hecha a las personas de los cónyuges, los cuales están llamados a participar en ella con el don total de su propio ser personal: de su cuerpo, su corazón y su espíritu. El componente biológico se inscribe en la totalidad de la persona y en el componente psicológico

y espiritual, y viceversa. Separar en la procreación el componente biológico del afectivo y espiritual, equivale a producir una división no natural en la persona y en el acto sexual, que expresa el don conyugal; significa separar la vida del amor”¹.

Por estas razones de fondo, creemos que, en este punto, la legislación debería prohibir las técnicas² y establecer las sanciones administrativas para quien quebrante esta prohibición. En el plano del derecho civil, se deberían considerar las consecuencias de las técnicas en materia filiatoria y de derecho sucesorio, especialmente ante la situación de embriones congelados ya existentes.

b) La tentación eugenésica

Profundizando la mirada y continuando con esta línea argumental, podemos decir que, de alguna manera, a través de estas técnicas el hombre arrebatada para sí no sólo el poder de transmitir la vida sino que prepara las condiciones para poder fijar ciertas características al que va a venir. En efecto, estas técnicas de procreación están íntimamente vinculadas con las posibilidades de diagnóstico genético y ello hace surgir inquietantes preguntas. Pensemos en un matrimonio perfectamente fértil pero que tuviera propensión a transmitir una cierta enfermedad. En estos supuestos, algunos postulan que deberían recurrir a las técnicas de procreación para “evitar” esa transmisión, pues si no recurrieran podrían ser pasibles de acciones de responsabilidad del mismo hijo porque lo han engendrado sin una “calidad de vida adecuada”. Surgen así las acciones conocidas como “wrongful life” o “wrongful birth” (“vida equivocada” y “nacimiento equivocado”)³. Se trata de una perspectiva que es manifiestamente contraria a la “gratuidad” propia de la paternidad y la maternidad y que se muestra como preocupante síntoma de un ilegítimo avance del hombre sobre la transmisión de la vida.

Esta posibilidad está expresamente contemplada, por ejemplo, en la legislación española (art. 1 inc. 3 de la Ley 35/1988) y francesa que en el art. L.152-2 del código de salud pública (incorporado por ley 94-654) dispone: “La asistencia médica para la procreación está destinada al pedido de una pareja. Tiene por objeto remediar la infertilidad de carácter patológico médicamente diagnosticada. También puede tener por objeto evitar la transmisión al feto de una enfermedad particularmente grave”.

En estos supuestos, resultaría sumamente difícil determinar qué es “enfermedad particularmente grave” y con mucha facilidad podría caerse en la tentación de una fijación, o al menos selección, de las características del nuevo ser con motivaciones puramente estéticas o arbitrarias.

La transmisión de la vida humana ingresa peligrosamente una cierta “lógica de la producción industrial”, que pasa a considerar a la persona como “el producto” que queda sometido a parámetros de eficiencia y calidad que no conciben con la especial dignidad de la persona humana. De esta manera, como agudamente denunciaba Jacques Testart, reconocido genetista francés, se avanza hacia un “nuevo eugenismo” donde “sólo los más competentes merecerán un lugar en la sociedad mediante su trasplante en el útero, mientras que las potenciales personas de segunda se dejarán en espera, sin eliminarlas, gracias al paro técnico permitido por la congelación y, mientras, los minusválidos, los marginales y demás seres extraños serán definitivamente eliminados de todo proyecto familiar”⁴.

¹ SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, Ed. Diana, México, 1994, pag. 404.

² Ver LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y CARTASSO, Guillermo, *Cuestiones actuales de bioética y derecho en relación al comienzo de la existencia de la persona*, ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicada en el Libro de Ponencias, Ed. Rubinzal-Culzoni y El Derecho, Rosario, 2003, Tomo I, pag. 192.

³ Ver al respecto CANELLOPOULU BOTTIS, MARIA, *Wrongful birth and wrongful life actions*, European Journal of Health Law, 11: 55-59, 2004.

⁴ TESTART, Jacques, *La procreación artificial*, Dominos, Madrid, 1994, pag. 106

Aquí claramente nos encontramos ante conductas que afectan la dignidad de la persona humana. Este “bien jurídico” está recogido en reiteradas ocasiones por los tratados de derechos humanos. A modo de ejemplo, podemos mencionar el art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (art. 1)⁵. El convenio europeo sobre Derechos Humanos y la Biomedicina, en su artículo 1º y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de UNESCO en su art. 3º, reconocen la dignidad humana como valor eminente.

Se trata de un bien jurídico esencial, que merece una tutela específicamente penal. Al respecto, hemos visto cómo en las legislaciones se incorporan normas sobre este punto aún cuando se advierte lo difícil de una precisa tipificación de las conductas.

c) La personalidad del embrión

Junto con estas consideraciones de fondo que señalan la pugna entre las técnicas y la “dignidad humana”, encontramos otros reparos a las técnicas que se vinculan con derechos fundamentales: en primer lugar, el derecho a la “personalidad jurídica”, que algunos pretenden desconocer a los embriones concebidos extracorpóreamente⁶. Se trata de un tema clave para sustentar cualquier decisión legislativa en esta materia. En efecto, si nos encontramos ante simple material biológico, sin identidad individual o personal, entonces la tutela legal, y especialmente penal, resultará distinta a la que merece la “persona humana”.

En este sentido, reafirmamos que la existencia del ser humano y, por tanto, de la persona humana comienza en el momento mismo de la concepción, es decir, en el momento de la unión del ovocito con el espermatozoide⁷. Desde ese momento se verifica la existencia de un “individuo” humano, titular de los derechos fundamentales, que en nuestro ordenamiento positivo recibe la denominación de “persona por nacer”.

Esta identidad entre “ser humano” y “persona humana” es tan fuerte que ha sido expresamente recogida en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 6 se establece que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, en el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y en el art. 1 inc. 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dice que “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser

⁵ Otras menciones de la “dignidad” se vinculan con el “derecho a la seguridad social” (art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), a la remuneración equitativa por el trabajo (art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), al trato durante la privación de libertad (art. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al respeto a la honra y al reconocimiento de la dignidad (art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos), a la prohibición de la tortura (Preámbulo de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la promoción del niño mental o físicamente impedido (art. 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a las medidas disciplinarias en la escuela (art. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño), a la recuperación del niño maltratado (art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño), al niño que infringe leyes penales (art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

⁶ En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) la Comisión nro. 1 trató el tema del Comienzo de la existencia de la persona. En este sentido, mientras la mayoría, que suscribimos, decía que “la existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana”, el dictamen de minoría considera que “hay que realizar una distinción entre el comienzo de la vida humana y el reconocimiento de la calidad de persona. El inicio de la vida humana no coincide con el comienzo de la persona. Resulta importante conferir protección a la vida humana antes de reconocerle personalidad jurídica”.

⁷ Para un análisis de las distintas posturas relativas al comienzo de la existencia de la persona, incluyendo las que se proponen en los proyectos de ley sobre técnicas de procreación humana, puede verse LAFFERRIERE, Jorge Nicolás y CARTASSO, Guillermo, loc. cit..

humano”. Sobre el momento en que comienza la existencia, tenemos una interesante referencia en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando en el preámbulo se afirma que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”⁸ y en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos en tanto afirma que el derecho a la vida debe estar protegido por la ley “a partir del momento de la concepción”.

La legislación, por tanto, debe asegurar esta identidad entre “ser humano” y “persona” y lo debe hacer desde la concepción, dentro o fuera del seno materno. Para ello, se deben revisar los textos referidos a la persona en el código civil y en las leyes especiales que se dicten. En tal sentido, cualquier categorización del ser humano que lo prive de la “personalidad” en alguna de las etapas de su desarrollo resulta contraria a los derechos fundamentales y a la igualdad ante la ley consagrada por la Constitución Nacional (art. 16).

Por otra parte, el derecho humano a la personalidad proyecta sus efectos sobre el mismo código penal, que no podría alegar una supuesta “autonomía” para determinar qué se entiende por “persona” para el derecho penal. Adviértase que aquí ya no nos referimos sólo a la noción “civil” de persona física o humana (en Argentina, arts. 30, 51 y 70 del Código Civil), sino a un concepto “constitucional” de persona humana, que coincide con el de ser humano y que tiene un momento preciso en que comienza su existencia (la concepción). No sería, entonces, la legislación penal el lugar para discutir sobre la “personalidad” del embrión, pues ello viene determinado por el derecho natural y los “derechos humanos”.

d) El derecho a la vida

Una de las mayores amenazas que se ciernen sobre la vida humana naciente es la posibilidad de eliminación o pérdida de embriones concebidos a partir de las técnicas. En este caso, desde una perspectiva de los derechos fundamentales, está en juego el derecho a la vida que no sólo es un derecho natural sino que además ha tenido recepción positiva en distintos Tratados Internacionales, entre los que se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 6 inc. 1).

Esta afectación del derecho a la vida asume dos formas. Por un lado, a través de acciones dirigidas a provocar la muerte del embrión. Así, en algunos países se acepta la posibilidad de eliminación deliberada de embriones concebidos extracorpóreamente, que son desechados por la presencia de “defectos físicos” o bien porque se los considera “sobrantes”. Generalmente en estos casos se coloca un límite temporal para la eliminación de los embriones, que se vincula con algún momento de su desarrollo.

También se afecta este derecho a la vida cuando se los “destruye” a los fines de obtener células que son luego utilizadas para fines diversos, o cuando se los destina a la investigación y por tanto se los priva de la posibilidad del desarrollo en el seno materno.

En el caso de las técnicas intracorpóreas, el derecho a la vida aparece amenazado cuando se aplica la llamada “reducción embrionaria”, en virtud de la cual luego de la fecundación de más de un ovocito en el cuerpo de la madre se mata a varios de ellos para evitar un embarazo múltiple⁹. También aquí estaríamos ante la eliminación deliberada de embriones, en tanto se habla de “abortos selectivos de embriones”¹⁰.

⁸ La República Argentina, al ratificar el tratado, formuló la siguiente reserva: “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 su concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2º de la Ley 23.849).

⁹ cf. SERRA, Angelo, *Selección y reducción embrionarias*, en PONTIFICIO CONSEJO PARA LA FAMILIA, *Lexicon: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Ediciones Palabra, Madrid, 2004, pag. 1033.

¹⁰ cf. ASOCIACIÓN MÉDICA MUNDIAL, *Declaración sobre los aspectos éticos de la reducción del número de embriones*, Bali, 1995.

Ahora bien, suponiendo que no hubiera intervenciones deliberadamente orientadas a producir la muerte de un embrión, debemos constatar que las técnicas en sí mismas presentan un alto riesgo para los embriones. Esta sería la segunda forma de amenaza a la vida del embrión y tiene que ver con el riesgo *intrínseco* de las técnicas.

Un estudio atento de las tasas de éxito de las técnicas corrobora estas afirmaciones, pues permite constatar cómo se aumenta el número de ovocitos que son fecundados para incrementar las posibilidades de éxito. Pero este aumento se hace a costa de la pérdida de un mayor número de embriones¹¹. Para un correcto análisis de la realidad, debemos considerar el número de embriones que son concebidos por estas técnicas; el número de embriones que son transferidos; el número de embarazos y el número de nacimientos. Estos datos nos permiten advertir el número de vidas humanas perdidas.

Un informe del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico ofrece valiosa información sobre el punto. En efecto, allí se consigna que, para obtener un bebé nacido vivo con técnicas de procreación humana, se necesitan al menos 9,6 embriones en promedio para Europa. El país con mejor “tasa” es Islandia, que necesita 5,6, mientras que en Gran Bretaña se necesitan 10,6¹².

En los Estados Unidos, las estadísticas oficiales distinguen entre técnicas de procreación con congelamiento y sin congelamiento. En las técnicas sin congelamiento, en el año 2002, un 32,3% de los ciclos de tratamiento terminó en embarazo (de los cuales 19,9% fueron embarazos de un niño y 12,4% fueron embarazos múltiples)¹³. En las mismas técnicas, sobre 69.857 embriones transferidos, se produjeron 24.324 partos (34,8% de eficacia)¹⁴. En cuanto al número de embriones transferidos, generalmente se transfieren dos (31,6%) o tres (33,6%), aún cuando se espera que nazca uno solo. Cabe señalar que en este informe oficial no se incluyen cifras que reflejen el número total de embriones concebidos por estas técnicas.

Para conocer el número de embriones concebidos, podemos mencionar un trabajo que menciona que en general se obtienen entre 12,9 y 6,5 ovocitos por ciclo. De estos, son fecundados entre 8,1 y 4,7. De estos, son transferidos entre 3,2 y 1,1¹⁵.

Resumiendo este análisis estadístico, “hay que distinguir el porcentaje de logros en cuanto a la recogida del ovocito maduro (95 por ciento), a la fecundación (90 por ciento), al inicio del desarrollo (58,8 por ciento) y a los embarazos iniciados (17,1 por ciento) y llevados a término (6,7 por ciento). Por consiguiente, la pérdida total de embriones equivale al 93-94 por ciento”¹⁶.

Se trata de una realidad que ha recibido condena judicial en un valiosa sentencia del máximo Tribunal de Costa Rica¹⁷, que sobre el particular afirma:

“Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas

¹¹ Ver especialmente el caso relatado por el diario *Clarín*, del 17-9-95 (2da. sección pag. 5): una mujer que se sometió a una FIVET concibió en un solo procedimiento 15 embriones. En un primer intento, se transfirieron 4 embriones; tiempo después otros 4. Tres meses después, habiendo fracasado los dos intentos anteriores, lo que implica la muerte de 8 personas por nacer, se “transfirieron a la madre 3 embriones más ,de los cuáles sólo uno llegó a nacer.

¹² HOUSE OF COMMONS, COMMITTEE ON SCIENCE AND TECHNOLOGY, *Fifth Report*, Marzo 2005, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmsstech/7/702.htm>

¹³ U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, “2002 Assisted Reproduction Technology Success Rates”, publicado en <http://www.cdc.gov/reproductivehealth/ART02/index.htm>

¹⁴ Idem.

¹⁵ DAMARIO, Mark. and HAMMITT, Diane, *Maximizing IVF-ET efficiency and outcome through embryo cryopreservation*, en *Reproductive Technologies*, Vol. 10, number 2, pag. 87.

¹⁶ SGRECCIA, Elio, op. cit., pag. 422-423.

¹⁷ Ver el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica (fallo del 15-3-00) publicado en *El Derecho*, 30 de octubre de 2001, que declaró que las técnicas atenta claramente contra la vida y la dignidad del ser humano.

de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: no van a seguir una gestación normal pues no se implantan, o bien se implantan pero su desarrollo se interrumpe a causa de un aborto espontáneo. No es casual que se intente fecundar más de un óvulo por ciclo, pues la transferencia de múltiples embriones al útero de la madre –generalmente no más de cuatro- aumenta las posibilidades de lograr un embarazo. La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la FIVET implica una manipulación consciente, voluntaria de células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana”.

Por estas consideraciones, podemos concluir que las técnicas extracorpóreas de suyo importan un riesgo para la vida del embrión concebido, particularmente en tanto el mismo viene a la vida en un ambiente distinto al que le sería natural, el seno de su madre. Este riesgo en muchos casos se vuelve lesión concreta y efectiva de la vida, cuando se eliminan deliberadamente embriones humanos. Hemos visto cómo las legislaciones esconden el problema calificando al ser humano en las primeras fases de su desarrollo como “preembrión” y asignándole arbitrariamente un *status* jurídico “menor” que el de persona.

En verdad, desde el primer momento nos encontramos ante un ser humano distinto del padre y de la madre que merece ser tutelado como persona. Por ello, en el plano administrativo se tiene que asegurar una prohibición de las técnicas, mientras que en el plano penal se tienen que establecer los delitos vinculados con la fecundación extracorpórea y con la eliminación directa o indirecta de embriones humanos. Tales delitos deben ser castigados con penas que guarden adecuada proporcionalidad con las otras figuras que tutelan la vida humana¹⁸.

e) La crioconservación de embriones y el derecho al desarrollo

Un problema particularmente grave de las técnicas “extracorpóreas” lo constituye el riesgo de la “crioconservación”. En efecto, ante cualquier imposibilidad de “transferir” el embrión concebido al seno materno, se ha dispuesto la “congelación” de los embriones “sobrantes” que pasan a ser “material disponible”, a la espera de una decisión sobre su transferencia.

¹⁸ “Palazzo señala que el juicio de proporcionalidad se articula en una triple evaluación comparativa de la ‘dignidad’ del valor o interés a proteger. En primer lugar con relación al bien de la libertad personal en cuanto directa o indirectamente aparece comprendido por la sanción criminal. Luego, en relación a los demás bienes penalmente amparados, a los efectos de determinar una jerarquía de valores capaz a su vez de orientar sobre el *quod* y el *quantum* de la tutela. Y, finalmente, en relación también a los demás intereses involucrados o en conflicto con el interés a tutelar, cuya suerte el legislador tiene que considerar comparativamente en el momento de configurar el tipo penal” (MAHIQUES, Carlos A., *Cuestiones de política criminal y derecho penal. Modelos, tendencias y prospectivas en el derecho comparado.*, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2002, pag. 326).

Se desconocen los daños que la congelación y la descongelación pueden provocar a la estructura corporal del embrión¹⁹ y más aún las consecuencias psíquicas que este procedimiento puedan tener en su futuro desarrollo. Por ello, se pone en riesgo el derecho a la vida (art. 6 inc. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), amenazado por la aplicación a una persona de procedimientos técnicos que afectan su corporeidad sin suficiente conocimiento de las consecuencias. También se vulnera el derecho al desarrollo al suspenderse el crecimiento normal de una persona, violentándose el inc. 2 del art. 6 de la Convención que dice: “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

Estos riesgos de la congelación se pueden advertir en las mismas estadísticas de los Estados Unidos. En 2002, por ejemplo, de los embriones descongelados y transferidos, sólo en el 24,8% de los casos se llegó a nacimientos vivos²⁰. En otro trabajo ya mencionado, se señala que la tasa de supervivencia a la descongelación oscila entre el 73,3 y el 78,6% según el momento en que el embrión fue congelado²¹.

También tenemos que mencionar que se constata un alto número de embriones congelados que son abandonados por sus padres, aún cuando han hecho importantes esfuerzos personales y económicos al someterse a estas técnicas de procreación. En un trabajo de investigación publicado en el año 2000 se analizan estadísticas de dos centros de salud de la ciudad de Manchester y se concluye que de 1344 embriones criopreservados entre 1988 y 1994, 904 embriones (67%) fueron destruidos²². Además, según el mismo estudio, de 359 parejas que tenían embriones congelados, casi el 50% (177) no respondió a los intentos de contactarse con ellos. Estas dificultades provenientes del eventual abandono se complican aún más en caso de divorcio de los padres, o bien del fallecimiento de uno de ellos.

Por otra parte, en los países que no prohíben las técnicas extracorpóreas, el legislador que quiere tutelar a los embriones para que no sean congelados, se enfrenta a un dilema sin solución éticamente aceptable. En efecto, una prohibición absoluta de la criopreservación significaría que, ante cualquier imposibilidad de transferir a la madre los embriones concebidos extracorpóreamente, ellos estarían destinados a morir, bien por abandono, bien por ser destinados a la investigación científica. En caso que no se prohibiera en forma absoluta la criopreservación, resultaría difícil determinar en qué casos se la autoriza. Además, una vez admitida la posibilidad de criopreservar embriones, cualquier situación posterior que determinara la imposibilidad de transferencia a la madre (muerte, incapacidad, abandono) genera el problema del “destino” de esos embriones congelados abandonados. El tercer supuesto que complica el panorama está constituido por el divorcio del matrimonio que accede a las técnicas y las disputas sobre el “destino” de los embriones. En este caso, se generan innumerables situaciones que exceden el acotado ámbito de este trabajo, pero que son demostrativas de la inconveniencia tanto de admitir la posibilidad de la criopreservación, cuanto de permitir la fecundación extracorpórea.

También aquí corresponde rechazar las tentativas de encubrir, a través de denominaciones como la de “preembrión”, la gravedad de una técnica que suspende el desarrollo del ser humano concebido.

¹⁹ En un interesante trabajo de investigación, la Dra. Lucinda Veeck, analiza las “tasas de éxito” de las técnicas de fecundación in vitro según sea el momento en que se produce la criopreservación: “precigoto” (momento en que el ovocito está “pronucleado”), “preembrión” y “blastocito” y señala cómo se afecta la estructura del preembrión en el proceso de congelación y descongelación (VEECK, Lucinda, “*Does the developmental stage at freeze impact on clinical results post-thaw?*”, en *Reproductive BioMedicine Online*, Vol. 6 No. 3, 367-374; www.rbmonline.com/Article/766 on web 20 January 2003).

²⁰ U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, “2002 Assisted Reproduction Technology Success Rates”, pag. 45.

²¹ VEECK, L., loc. cit. pag. 371.

²² OGHOETUOMA, McKEATING, HORNE, BRISON, LIEBERMAN, *Use of in-vitro fertilisation embryos cryopreserved for 5 years or more*, en *The Lancet*, Vol. 355, 15 de Abril de 2000, pag. 1336.

En definitiva, la crioconservación está estrechamente unida a la técnica de procreación extracorpórea. Desde la perspectiva legislativa, debería formularse la prohibición a nivel de derecho administrativo tanto de la crioconservación como de la fecundación extracorpórea. Al derecho civil le corresponderá considerar lo relativo a la filiación en caso de abandono y los aspectos sucesorios. Finalmente, al derecho penal le corresponderá establecer las sanciones en caso que se violenten bienes fundamentales como la vida o la dignidad.

f) El derecho a la identidad y a la no discriminación

Otro problema vinculado con las técnicas que actúan sobre la procreación humana es el de la llamada “fecundación heteróloga”, que es aquella en la cual los gametos utilizados no son propios del matrimonio que accede a las técnicas, sino que “pertenecen” a un tercero extraño a los cónyuges. En este supuesto, se lesiona el derecho del niño a nacer de un padre y una madre conocidos de él y ligados entre sí por el matrimonio. En el plano de los Derechos Humanos, esta posibilidad de utilizar gametos de terceros extraños a los padres del niño, resulta contraria a las disposiciones del art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño, por el cual los Estados partes expresamente se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Igualmente, en el plano civil, siendo que la filiación se sustenta en presupuestos biológicos, la práctica de la fecundación heteróloga introduce gravísimos problemas jurídicos.

En estrecha vinculación con este derecho a la identidad, podemos mencionar las dificultades que surgen ante la posibilidad de selección de embriones. Tal como hemos visto, uno de los pasos de las técnicas extracorpóreas consiste en la clasificación de los embriones según criterios diversos para elegir a los “más aptos” a los fines de su transferencia al cuerpo de la madre y posterior desarrollo²³. Esta situación plantea la cuestión del derecho a la “no discriminación”, que emana de la igual dignidad de todos los seres humanos.

La protección del embrión contra la discriminación resulta un complejo problema al momento de buscar una formulación legal que respete las exigencias de precisión en la descripción de las conductas punibles. Pero esta dificultad no puede significar dejar desprotegida a la persona humana concebida, máxime cuando la utilización de los diagnósticos preimplantatorios o prenatales se hace con la finalidad de descartar a los que no reúnan los requisitos mínimos de viabilidad según cuestionables y arbitrarios parámetros.

g) Otras conductas lesivas de bienes jurídicos del embrión

Finalmente, la tutela del embrión humano exige que se sancionen las conductas que afectan su dignidad, tales como la clonación y otras experimentaciones que significan una manipulación de la vida humana naciente. En el fondo, una vez definido el carácter personal del embrión humano desde el primer momento, surge como evidente la necesidad de prohibir conductas que significan una violación de su dignidad y derecho a la vida.

²³ Puede verse una descripción de los criterios de selección en PETERSEN, FERREIRA, BARUFFI, FRANCO, *Early embryo selection after ICSI: What are the best criteria?*, en *Reproductive Technologies*, Vol. 10, number 2, pag. 93.