



COMIENZO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA FISICA.

Por: Dra. María Cecilia Prada Errecart.

Ex alumna posgrado

INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos el complejo tema del comienzo de la persona de existencia física y sus implicancias. Esto, partiendo de la premisa, aceptada en sede jurídica sin discusión, que sostiene que hay vida humana desde la concepción en el seno materno.

Los modernos avances y descubrimientos científicos en los campos de la biomedicina y la biotecnología, han posibilitado el desarrollo de técnicas de procreación asistida, entendiéndose por tales a los procedimientos terapéuticos

de carácter alternativo de reproducción para los supuestos de esterilidad humana.

La temática en cuestión importa una multiplicidad de cuestiones, pues conlleva consideraciones sociales, morales, éticas y jurídicas de complejo contenido.

El objetivo del presente trabajo es delinear las distintas posiciones existentes en la materia, pues del criterio que se tenga respecto de los temas planteados, dependerá la solución que se dé a otras muchas cuestiones, tales como: crioconservación, experimentación e investigación con embriones, destrucción de los mismos, posibilidad de donarlos, aborto, etc.

Haremos un análisis de este tema desde diversos aspectos, lo que nos permitirá obtener un conocimiento más amplio; una visión panóptica de las cuestiones que nos ocupan.

Para introducirnos en la cuestión a tratar, comenzaremos analizando los diversos modos que la ciencia le brinda a la humanidad para lograr la procreación, como por ejemplo la Fecundación in Vitro. Nos avocaremos no solo al estudio de las vías naturales de dar origen a un nuevo ser, sino también a métodos científicos que hoy en día facilitan la tarea de ser padres a aquellas personas que por un motivo u otro no pueden serlo naturalmente. Referiremos a sus ventajas como también a sus críticas.

Posteriormente, e introduciéndonos en el aspecto que nos compete, trataremos la existencia de la persona desde el aspecto legal; debiendo analizar desde que momento se considera que existe la persona y que consecuencias jurídicas trae aparejada esta existencia. Para este análisis legal nos basaremos tanto en la doctrina, legislación y jurisprudencia nacional, como en la doctrina, legislación y jurisprudencia comparada. También, presentaremos proyectos de ley que colaborarán en mostrar el estado actual del tema que nos ocupa.

Por último, analizaremos los criterios que sostienen las distintas religiones, tales como el Catolicismo, el Judaísmo, el Protestantismo y el Islam. Sobre este punto profundizaremos cuando comienza la existencia de la persona.

CAPITULO I: ENFOQUE MEDICO DE LA CUESTION

Título I. Procedimiento de la fecundación humana.

I. Proceso de fecundación natural.

Definición: La fecundación in vitro es una técnica de reproducción artificial que consiste en lograr la fecundación del óvulo femenino en un tubo de vidrio, superando las dificultades que conlleva con anterioridad: la extracción y conservación de los gametos y finalmente las que supone el trasplante del óvulo fecundado (embrión) en el útero materno. 1

II. Ciclo menstrual.

El aparato genital de la mujer, tiene la función, entre otras, de producir óvulos que se forman en los ovarios, los cuales están situados cerca de las extremidades de las trompas de Falopio.

Bajo el influjo de las hormonas femeninas, que también están producidas por los ovarios, cada mes, el endometrio se engrosa y se prepara para acoger a un posible óvulo fecundado. Si no ha habido fecundación, cesa la producción de hormonas, y esta parte del endometrio engrosada se desprende produciendo la menstruación; y vuelve a empezar otro ciclo menstrual.

Aunque la menstruación puede ocurrir sin que haya ocurrido ovulación, el fin general del ciclo menstrual consiste en la preparación y mantenimiento del útero para la implantación del óvulo fertilizado.

1 Embriología humana. Ed. Panamericana tomo 1 . pag. 340. Año 2001

Aunque en teoría es imposible que se pueda producir un embarazo durante la menstruación, por todo el proceso expuesto anteriormente, en la práctica si no se utiliza un método anticonceptivo eficaz, puede producirse un embarazo durante la menstruación, porque se pueden dar ovulaciones espontáneas en cualquier momento del ciclo menstrual. Y esto puede ocurrir teniendo la mujer un ciclo menstrual regular o irregular.²

Título I. Procedimiento de la fecundación humana

I La reproducción, el embarazo y el parto:

La reproducción es la función biológica que permite al ser humano originar uno o más individuos semejantes a él con el objetivo de perpetuar la especie. En los organismos pluricelulares, entre los que se incluye el ser humano, esta función requiere la participación de dos individuos de la misma especie, pero con determinadas diferencias anatómicas que determinan el sexo, y que son especialmente marcadas por el aparato genital.

La reproducción propiamente dicha, comienza con la fusión de dos células sexuales o gametos: un óvulo, procedente del aparato genital femenino, y un espermatozoide, procedente del aparato genital masculino.

Esta fusión tiene lugar en el aparato genital femenino, en el cual se desarrollará todo el proceso del embarazo, es decir, el crecimiento del feto hasta que su grado de maduración le permita vivir fuera del organismo materno. Después de nueve meses de gestación tiene lugar el parto, que dará lugar al nacimiento del nuevo ser.

Reproducción, embarazo y parto:

La reproducción es una función biológica cuya finalidad es la continuidad de las especies. Esta afirmación es válida para todos los seres incluyendo el ser humano. Sin embargo, cabe señalar, que en nuestra especie, cada individuo tiene margen mayor de decisión, de manera que la reproducción también puede constituir una opción individual.

En este capítulo se abordará la reproducción humana desde el punto de vista estrictamente biológico. Se comenzará por el concepto de gametos o células

sexuales. Se continuará con la fecundación, que es la formación de la célula a partir del encuentro de un espermatozoide con un óvulo. Y se culminará con la gestación y el parto.

II Los gametos:

Los gametos o células sexuales, son células que contienen 23 cromosomas, en lugar de 46, como ocurre en todas las demás células del organismo.

Los gametos masculinos son los espermatozoides, que se reproducen y almacenan en los testículos, y se eliminan fuera del organismo durante la eyaculación, en número de millones, sumergidos en el semen.

Los gametos femeninos son los óvulos, que maduran y se almacenan en los ovarios. Más o menos hacia la mitad de cada ciclo menstrual se produce la ovulación, en la manera que un óvulo maduro se desprende de un ovario y desciende por la trompa de Falopio en dirección al útero. Este proceso ocurre aproximadamente cada 28 días, aunque existen variaciones individuales.

III El coito:

El coito es un tipo de práctica sexual que consiste en la introducción del pene en la vagina y que, desde el punto de vista biológico, está destinado a la fecundación y reproducción.

Durante el coito, efectivamente, se produce la eyaculación, y millones de espermatozoides son expulsados hacia el interior de la vagina. Éstos, que se encuentran inmersos en los líquidos que forman parte de las secreciones seminales, se mantienen viables durante unas 24 a 72 hrs.

Sin embargo, la fecundación sólo es posible si el coito se realiza durante el periodo de ovulación, ya que, tras ésta, el óvulo se mantiene viable durante sólo 24 hrs.

IV La fecundación:

La fecundación es un fenómeno en el que se produce la fusión de un espermatozoide con un óvulo, dando origen a una célula huevo. La

fecundación tiene lugar normalmente en la trompa de Falopio, por la que desciende el óvulo desde el ovario.

El óvulo está rodeado de una serie de membranas, que en su conjunto reciben el nombre de corona radiata, que lo acompañan desde que se ha desprendido del ovario.

Los espermatozoides que se topan con él se activan, y comienzan a secretar una sustancia que destruyen a dichas membranas. Al cabo de unos minutos, algunos espermatozoides logran establecer un puente entre sus cabezas y la membrana citoplasmática del óvulo. Sin embargo, al finalizar el proceso de activación, normalmente solo uno de ellos consigue ser englobado por la membrana citoplasmática y penetrar el óvulo, ya que, inmediatamente después de que eso ocurra, la membrana se bloquea completamente y cierra el paso a los demás espermatozoides.

Durante el proceso de fecundación se fusionan los núcleos del espermatozoide y el óvulo, de manera que la célula huevo dispone de 46 cromosomas. Estos cromosomas contienen los genes que serán capaces de codificar la información necesaria para que se desarrolle el nuevo ser.

V Segmentación e implantación:

Durante los días siguientes a la fecundación, la célula huevo desciende, a lo largo de la trompa de Falopio, hacia el útero, ayudada por las contracciones de esta estructura anatómica y por los movimientos de los cilios o pestañas microscópicas que tapizan su mucosa.

Paralelamente, se inicia su segmentación, un proceso de división y diferenciación celular progresivo mediante el cual la célula huevo se transformará sucesivamente en mórula y blástula. Esta blástula es la que, al cabo de unos siete días de haberse producido la fecundación, se implanta en la mucosa uterina.

Debido a los efectos de la progesterona, una hormona secretada por los ovarios en cantidades especialmente importantes tras la ovulación, en el momento de la implantación en endometrio está muy engrosado. Durante el proceso de implantación, la blástula perfora el endometrio y se instala en su

interior. Posteriormente, el orificio de entrada cicatriza. Este proceso es delicado, de hecho, en una tercera parte de los casos, la blástula no consigue implantarse y se elimina con la menstruación.

Una vez ocurrida la implantación el resto de la gestación ocurrirá íntegramente dentro de la pared del útero, y el feto no tendrá contacto directo con la cavidad uterina.

VI Saco amniótico, la placenta y el cordón umbilical:

En la semana siguiente a la implantación se acentúa el proceso de diferenciación celular. En la blástula se identifica un grupo de células a partir de las cuales se desarrollará el embrión; otro, que dará origen al saco amniótico, y otro más, a partir del cual se formará la placenta.

El saco amniótico es una membrana que envuelve el feto durante toda la gestación, y que se forma dos semanas después de la fecundación. Dentro de ese saco se encuentra la cavidad amniótica, que, a su vez, alberga un líquido prácticamente transparente, denominado líquido amniótico. El feto crece, durante el embarazo, sumergido en el líquido amniótico, que lo protege contra golpes, fricciones e incluso ruidos.

La placenta es un órgano aplanado, con forma de tarta, dentro del cual se produce en intercambio de sustancias entre el feto y la madre. El feto se comporta como si fuera un tejido más del organismo, de manera que requiere oxígeno y nutrientes, y desprende dióxido de carbono y otros productos metabólicos de desecho. La placenta, que comienza a formarse al cabo de dos semanas de realizada la fecundación, y que continúa creciendo a lo largo de todo el embarazo, consta de dos caras o sectores, el sector materno, que está adosado al endometrio y se forma a partir de un grupo de células de la blástula. El feto comunica con la placenta por medio del cordón umbilical, un conducto revestido de piel por cuyo interior discurren los vasos sanguíneos umbilicales, los cuales transportan la sangre fetal hacia y desde la placenta. El intercambio de sustancias se produce dentro de las vellosidades criónicas o placentarias, unas estructuras alargadas que se encuentran en la zona intermedia de la placenta, dentro de las cuales existen unas lagunas de sangre materna procedente de las pequeñas arterias del endometrio que forman las

denominadas cámaras hemáticas. La sangre fetal nunca se mezcla con la materna. Solo las sustancias que se intercambian pueden pasar desde las cámaras hemáticas hasta los capilares sanguíneos que contienen la sangre fetal, y viceversa.

Asimismo, este sistema se comporta como un filtro que impide el paso de microorganismos u otras partículas extrañas hacia el feto.

Por otra parte, la placenta elabora y secreta diversas hormonas, particularmente estrógenos, que potencian el crecimiento del útero y preparan las mamas para la lactancia, y progesterona, que estimula el crecimiento endometrio e impide que el útero se contraiga durante el embarazo.

VII Desarrollo del embrión:

El término embrión se emplea para designar el nuevo ser que se está gestando, cuando este tiene entre dos semanas de vida, contando desde el momento de la falta del primer período menstrual, hasta el tercer mes de vida intrauterina. A partir de ese momento suele utilizarse el término feto.

Durante el primer mes de vida intrauterina, en el embrión se diferencian y desarrollan tres capas de células a partir de las cuales se originarán todos los tejidos y órganos: el endodermo, del cual se formarán los aparatos digestivo y respiratorio; el mesodermo, a partir del cual se formarán el aparato circulatorio y locomotor; y el ectodermo, que dará origen a la piel y al tejido nervioso. Al finalizar el primer mes de embarazo, el embrión tiene una medida similar a la de un grano de arroz, aunque, si se observa con un microscopio, se pueden distinguir en él un esbozo de cabeza, una curvatura del tronco y un corazón.

Durante el segundo mes se comienzan a formar los esbozos de la parte superior del embrión, que se desarrollan antes que toda la parte inferior; se trata de órganos rudimentarios, como las orejas, los ojos, el aparato circulatorio, el aparato digestivo, los riñones y los brazos. Al finalizar este mes, el embrión mide unos 3 a 4 cm. de largo y pesa unos 2 a 4 g. Por otra parte durante este período, el embrión ya solo se encuentra unido a la placenta a través del cordón umbilical.

IX El desarrollo fetal:

Al inicio del tercer mes, cuando comienza el desarrollo fetal, el feto ya tiene una forma característicamente humana.

A lo largo de este mes pueden distinguirse claramente los ojos, la boca, las orejas, las extremidades y los dedos, y el corazón ya late. Al finalizar este mes, el feto ya comienza a moverse, mide de 9 a 10 cm. de largo y pesa entre 15 y 20 g.

Durante el cuarto mes, el desarrollo continúa de forma acelerada. La piel del feto se cubre de un fino vello conocido como lanugo, que en algunos casos persiste hasta el momento del nacimiento.

También se pueden apreciar los órganos genitales, y mediante una ecografía, se puede determinar su sexo. La madre percibe con claridad los movimientos del feto.

Éste, al finalizar el cuarto mes, tiene unos 16 cm. de largo y pesa unos 150 g.

En el quinto mes no se producen novedades importantes, pero el crecimiento es muy sostenido, a su término el feto mide unos 25 cm. y pesa unos 250 g.

A lo largo del sexto mes, el feto continúa madurando rápidamente. Su piel se cubre de un manto graso para protegerlo de la exposición sostenida al líquido amniótico. Su configuración ya es muy similar a la del recién nacido. Al término de este mes, el feto mide 32 cm. de largo y pesa 900 g.

Durante el séptimo mes el crecimiento comienza a aminorarse, porque el feto ya ocupa prácticamente toda la cavidad uterina.

Además produce un fenómeno muy particular, y es que el feto gira sobre sí mismo 180 grados, de manera que su cabeza queda orientada hacia la pelvis materna. Por esta razón, en algunos casos, en este período se producen nacimientos antes de término.

Los recién nacidos prematuros tienen en conjunto entre un 60 y un 70% de posibilidades de sobrevivir. Sin embargo, para ello requieren algunas medidas de asistencia, tales como la incubación y oxígeno, ya que todavía no han madurado suficientemente su capacidad de regular la temperatura y su

ventilación pulmonar. Al término de este mes el feto mide unos 40cm de largo y pesa unos 1000 a 1200 g.

En el octavo mes, la maduración se completa. Al cabo de este período, el feto mide cerca de 50 cm. y pesa entre 2 y 2.50 kilos.

Durante el noveno mes, se perfeccionan algunos rasgos del feto. Las características anatómicas de los genitales son las definitivas. El lanugo ya ha desaparecido de casi la totalidad de la superficie cutánea, y se dibujan los pliegues de las plantas de los pies. Los huesos y la piel son más gruesos. Los movimientos intrauterinos son menos frecuentes, porque el feto no dispone de lugar para moverse. Los reflejos nerviosos están maduros: el feto se chupa frecuentemente el dedo. Su cabeza se coloca justo por encima del cuello del útero, preparándose para el parto. Al concluir este período, el feto mide 50 cm. de largo y pesa entre 3 y 3.5 kilos, al igual que los recién nacidos.³

X Paralelismo con los métodos de fecundación artificiales:

Una vez implantado en el seno materno el embrión, el proceso de gestación es el mismo al de la fecundación por vía natural. La única diferencia radica en los métodos de concepción.

Título II. Infertilidad

Durante muchos años, se creía que las causas de infertilidad provenían solamente de la mujer; actualmente se piensa que en 1/3 de los casos hay un factor femenino; en 1/3 un factor masculino y en el 1/3 restante, causas en ambos miembros de la pareja.

Se considera que una pareja posiblemente tenga alteraciones en su fertilidad, cuando luego de un año de mantener relaciones sexuales en forma regular y sin utilizar métodos anticonceptivos, no es capaz de gestar ya que en el 80-85% de los casos, se logra un embarazo dentro de éste período. Sin

embargo, también se deben tomar en cuenta otros factores como operaciones, enfermedades, etc. que pudieran haber alterado la fertilidad transitoriamente durante el año.

Para encarar el estudio de la pareja incapaz de gestar, antes de dar un diagnóstico final y comenzar su tratamiento, se deben evaluar todos los factores que puedan ser responsables de la misma, desde la producción de las gametas hasta los primeros días del desarrollo embrionario. Esto se debe a que es posible la suma de pequeños factores que actuando en distintos momentos, disminuyan la fertilidad de la pareja.

V. Evaluación y tratamiento del hombre que consulta por esterilidad.

La evaluación se basa en tres diagnósticos constituidos por:

a.- interrogatorio: se cuestiona sobre posibles antecedentes que puedan afectar la esterilidad (ej. mal descenso testicular, traumatismos, operaciones, etc.)

b.- examen físico: se evalúan las características de los testículos y la vía espermática.

c.- espermograma: se observa la cantidad, movilidad y forma de los espermatozoides. Lo habitual es que se solicite más de un espermograma para disminuir el error diagnóstico que pueden producir las oscilaciones normales en la producción espermática.

Existen dos técnicas que evalúan específicamente los espermatozoides:

El Test de Hemizona (HZA), y el Test de Activación Espermática. Ellos se utilizan en caso de esterilidad sin causa aparente y previo a procedimientos de fertilización asistida.

El primero de los mencionados, evalúa la capacidad de unión de los espermatozoides a la zona pelúcida, y el segundo es una herramienta útil para predecir la tasa de activación posterior a la penetración del espermatozoide en el ovocito.

VI. Causas de esterilidad masculinas.

De estas pruebas, se pueden diagnosticar las siguientes anomalías:

a.- conteo bajo de espermatozoides (oligospermia): normalmente los hombres producen por lo menos 20 millones de espermatozoides por cada mililitro de semen. De resultar en el conteo un número menor se considera como un trastorno de la fertilidad.

También puede ocurrir, ya menos frecuente, la azoospermia: que consiste en la ausencia total de espermatozoides.

b.- producción insuficiente de esperma: por falla testicular o ausencia total de esperma, quizá debida a una obstrucción.

c.- poca movilidad de los espermatozoides: los espermatozoides no podrán desplazarse por el cuello del útero para encontrarse con el óvulo en la trompa de Falopio.

d.- morfología: es la forma inadecuada del espermatozoide que le impide penetrar la capa del óvulo.

Las anomalías espermáticas, no son la única causa de la esterilidad masculina; puede haber problemas relacionados con el coito, ya sea por fallas eyaculatorias o impotencia. También, los motivos de la infertilidad, pueden estar originados en un rechazo del esperma masculino por la mujer.

VII. Evaluación de la mujer que consulta por esterilidad.

Cuando una mujer consulta un instituto de esterilidad, lo primero que se estudian son los distintos factores que toman un rol determinante en la fecundación:

a.- factor ovárico: permite evaluar la producción de ovocitos y hormonas. La determinación de hormonas en distintos momentos del ciclo permite evaluar el funcionamiento del ovario y de la hipófisis.

b.- factor tubo peritoneal: para que se produzca la fecundación debe existir permeabilidad en los órganos genitales femeninos que permitan el encuentro de las gametas. Para ello se efectúa la histerosalpingografía, que consiste en el estudio radiográfico donde se introduce material de contraste a través del cuello uterino con el objeto de contrastar las cavidades uterinas y de las trompas de Falopio, permitiendo de esta manera, si hay o no permeabilidad, y a qué nivel se encuentra la obstrucción si esta existiera.

También puede utilizarse la técnica que se conoce como laparoscopia.

c.- factor cervical: el cuello uterino es la primer estación donde deben llegar los espermatozoides. Se evalúa la cantidad y calidad del moco del cuello en el momento próximo a la ovulación, para estudiar si es apto en sus funciones. Habitualmente se efectúa el test post-coital, que consiste en el estudio del moco cervical en fecha ovulatoria luego de varias horas de una relación sexual, buscando número y calidad de espermatozoides.

VIII. Causas de esterilidad femenina.

a.- trastornos hormonales: éstos impiden el crecimiento de los folículos dentro del ovario o la liberación del óvulo (ovulación)

b.- daño en las trompas de Falopio: el daño o bloqueo en las mencionadas trompas de Falopio, impide el encuentro del óvulo y el espermatozoide necesario para producir la fecundación.

c.- endometriosis: ocasiona que el tejido de la matriz invada y dañe el tejido reproductor circundante.

d.- moco cervical: en algunos casos éste puede llegar a ser excesivamente espeso por lo que no puede ser atravesado por el espermatozoide.⁴

Título III. Fecundación in-vitro, su historia.

Si bien la procreación artificial por el método de inseminación, no es un procedimiento totalmente nuevo, sí lo es la fecundación in vitro. Uno de los primeros antecedentes vinculado a ésta técnica de reproducción asistida se ubica en 1944 cuando dos biólogos Rock y Menken obtuvieron cuatro embriones a partir de más de cien ovocitos humanos extraídos de ovarios y expuestos a espermatozoides. Sin embargo, el resultado no fue del todo óptimo ya que al poco tiempo, los embriones perecieron.

Entre 1965-1970, el ginecólogo británico Robert Edwards, aplicó un proceso para obtener embriones teniendo en cuenta el momento óptimo de maduración de las dos células germinales humanas. Posteriormente, le surgió la idea del tratamiento hormonal para obtener más de un óvulo por vez (ovulación inducida). Asimismo, presenta ante los investigadores, la posibilidad de fertilizar ovocitos humanos en probeta. Y en 1970, se obtiene el desarrollo de óvulos fertilizados in vitro: de 38 cigotos, la mayor parte alcanzó el estadio de 2 células, 2 el de 4, 3 el de 8 y 2 el de 16 células, es decir el de mórula inicial.

⁴ Cobas. “De la existencia de la persona humana”. Pág. 20

A principios de 1971, el investigador comunica haber conseguido un estadio más avanzado de desarrollo y anuncia la posibilidad de transferir embriones al útero materno para que allí se desarrollen y den a luz normalmente.

Y fue finalmente en 1978 cuando se produjo el primer nacimiento de Louise Brown, concebida por la técnica de fecundación in vitro y transferencia del embrión al útero. Para los médicos que hicieron posible su nacimiento fue la culminación de un trabajo de catorce años. Finalmente el 10 de noviembre de 1977, Lesley Brown recibió un embrión de 8 células resultado de la fecundación in vitro de un óvulo suyo y el espermatozoide de su marido.

Los médicos habían comenzado suministrándole hormonas para que produjera el óvulo en el momento preciso; el mismo fue succionado con una aguja hueca, retirado de su cuerpo y mantenido vivo durante 12 horas hasta que se unió el espermatozoide. Como habitualmente transcurren seis días entre la ovulación y la implantación del óvulo en la matriz, Edwards debió mantener el embrión en un medio que reprodujera las condiciones que se presentan en las trompas. Luego, Steptoe lo colocó en el útero mediante un tubo muy fino introducido a través de la vagina. Exitosamente el 25 de Julio de 1978, nació la beba.

Luego todos los países comenzaron a implementar este procedimiento.

Desde el punto de vista científico-técnico, la FIVET ha permitido obtener embarazos en parejas cuya esterilidad parecía definitiva.⁵

⁵ Cobas. “De la existencia de la persona humana”. Pág. 3

Título IV. Técnicas de reproducción asistida.

Por reproducción asistida, entendemos aquellas técnicas mediante las cuales los médicos tratan de aproximar las gametas masculinas y femeninas intentando aumentar de esta manera las posibilidades de embarazo. Ellas se pueden clasificar en:

IX. Técnicas de baja complejidad: inseminación artificial (IUI).

Dentro de las técnicas de inseminación artificial, ésta es la más simple ya que la fertilización se lleva a cabo en el ambiente natural (trompas de Falopio). De esta manera, es requisito esencial que por lo menos una de las trompas de la mujer esté sana.

Este procedimiento consiste en inducir una estimulación leve de la ovulación con medicación, la cual se va monitorizando por ecografía y eventualmente, dosajes hormonales. El día de la ovulación se le solicita al de la paciente una muestra de semen la cual es procesada en el laboratorio para recuperar los espermatozoides móviles los que son colocados en la cavidad del útero.

Se recomienda esta práctica:

Debido a que el semen es transferido al útero, es importante que la mujer no presente anomalías reproductivas manifiestas. Los estudios que se le hacen a la paciente deben revelar que la misma esté ovulando normalmente y que sus trompas de Falopio no presenten obstrucciones.

La IUI, es tanto útil en las parejas que no presentan una causa obvia de esterilidad, como también en los casos en que las mujeres padezcan trastornos

ovulatorios (deben responder adecuadamente al tratamiento con medicamentos para promover la fertilidad).

Debido a que la inseminación artificial se basa en la capacidad natural de los espermatozoides para fertilizar un óvulo en el trayecto reproductivo, es importante que las pruebas de esterilidad del hombre indiquen un funcionamiento razonable de los espermatozoides (número, movimiento y forma). Este tratamiento ayuda a su vez a los hombres que generan una reacción inmunológica a su propio espermatozoides ("anticuerpos antiespermáticos"), por lo que los espermatozoides no podrán penetrar en el moco cervical de la mujer y en consecuencia llegar al óvulo.

La IUI, ha registrado grandes éxitos en los casos de endometriosis leve. Las mujeres que padecen de esta anomalía generalmente son tratadas de la misma forma que aquellas que presentan esterilidad inexplicable.

X. Técnicas de mediana complejidad: GIFT.

GIFT: (Transferencia de gametos a las trompas de Falopio). Esta técnica consiste en la recolección de óvulos del ovario que luego vuelven a transferirse casi inmediatamente después de su recolección (junto con una pequeña muestra de espermatozoides). En este procedimiento, como en todos los de alta complejidad, es necesario practicar la inducción de la ovulación, exámenes ecográficos y pruebas de sangre. También es similar a la IUI, en cuanto a la obtención del semen y su tratamiento. Los ovocitos son recolectados a través de la técnica de la laparoscopia o punción ecográfica. Los médicos, así tienen el tiempo justo para examinar los óvulos, elegir tres como máximo y añadir el espermatozoides antes de volver a colocar la muestra en las trompas de Falopio.

En la GIFT, la fertilización se lleva a cabo en el ambiente natural, que es el organismo de la mujer (trompas de Falopio), a diferencia de la FIV en la cual la fertilización se lleva a cabo in vitro (en laboratorio).⁶

XI. Técnicas de alta complejidad: FIV, PROST, ZIFT o TET, FIVET.

FIV: Consiste en retirar varios óvulos de los ovarios para fertilizarlos con el espermatozoides del hombre en el laboratorio y en transferir los embriones seleccionados a la matriz para su implantación y el desarrollo del embarazo.

Las diferentes técnicas ya mencionadas no son más que los distintos estadios en que se transfiere el embrión.

El tratamiento consiste en:

Tratamientos con medicamentos para estimular la maduración de varios óvulos: se suministran agonistas de la GnRH para suprimir cualquier otra actividad hormonal y también se suministran gonadotropinas para estimular el crecimiento de folículos y producir la ovulación.

Monitoreo del tratamiento para medir el crecimiento de los folículos, individualizar las dosis del medicamento y prevenir efectos secundarios serios. Esto se realiza mediante examen ultrasonido transvaginal.

La recolección de óvulos, generalmente bajo anestesia local, guiada por ultrasonido transvaginal.

Muestra de espermatozoides que se proporciona el mismo día que la recolección de óvulos.

Fertilización: los óvulos y el espermatozoides se preparan y se cultivan juntos durante una noche. Al día siguiente los embriones se someten a un examen microscópico.

Aunque la FIV se desarrollo para tratar a las parejas cuya principal causa de esterilidad es un daño a las trompas de Falopio, la técnica también ha resultado útil en caso de endometriosis, alteraciones del esperma e incluso en casos de esterilidad inexplicable. También se ha demostrado que es conveniente llevarla a cabo en mujeres mayores de 35 años, en donde la tasa de embarazo disminuye considerablemente.

PROST: Los procedimientos son los mencionados en la FIV, con más la transferencia de embriones a la trompa de Falopio por vía laparoscopica en estado de pronúcleo. En cambio, en el ZIFT, si bien el procedimiento de base es la FIV, la transferencia a la/las trompas de Falopio, se realiza en un estado más avanzado del embrión, es decir de 4 a 8 células.

FIVET: En la fecundación in vitro con transferencia embrionaria, se utilizan los procedimientos antes indicados de inducción a la ovulación, monitoreo del tratamiento, recolección de óvulos, muestra de esperma y fertilización.

Estos ovocitos que fueron recolectados son incubados con el espermatozoide, previamente capacitados. A las 16/20 horas se observa si hay fertilización (detectando los pronúcleos masculinos y femeninos).

El embrión, se deja 2, 3 ó 5 días en cultivo y luego se realiza una transferencia transvaginal (a través del cuello del útero) de ellos colocándolos en la matriz. El paso siguiente es la prueba o monitoreo del embarazo que es común a todas las técnicas de alta complejidad (dentro de los 14 días de la transferencia)⁷

XII. Recolección de los ovocitos.

⁶ www.gineconet.com

⁷ www.bioetica.org

Las primeras punciones se realizaron mediante la parotomía (incisión quirúrgica del abdomen) o celioscopia(examen de la cavidad abdominal mediante una incisión a la altura del ombligo bajo anestesia general).

Actualmente en la generalidad de los casos, los ovocitos se colectan mediante punción y aspiración bajo control ecográfico.

Fertilización de los ovocitos y obtención de embriones:

Una vez que se obtienen los ovocitos y preparado el semen, se da comienzo a la fase de fertilización extracorpórea. El momento en que se efectúe la fertilización, se considera un importante factor para el éxito del programa, ya que si los ovocitos han sido obtenidos en fase preovulatoria, es decir que no han completado su maduración, es necesario mantenerlos durante unas horas en un cultivo para que completen el proceso.

Los cultivos habitualmente están compuestos por agua pura estéril, electrolitos y antibióticos, con una osmolaridad de 280 mosm/kg de agua y ph de entre 7,2 a 7,4 el que es adicionado con suero materno. Aproximadamente unas seis horas después de haber obtenido los ovocitos, se colocan unos pocos miles de espermatozoides seleccionados en el mismo medio de cultivo en el cual se encuentran los mismos óvulos maduros. El proceso de contacto y fusión de los gametos dura alrededor de veinte horas y tiene lugar en la incubadora siempre a 37° C. Al día siguiente, en un nuevo medio de cultivo, los ovocitos fecundados son nuevamente colocados en la incubadora y mantenidos en ella de 24 a 36 horas después de lo cual se efectúa otro examen para verificar si la fecundación ha tenido lugar.

En caso afirmativo, ya no se está en presencia de óvulos sino de embriones en pleno proceso de división celular. Después de transcurridas treinta horas el ovocito fecundado, puede convertirse en un embrión de cuatro células, después de sesenta horas puede llegar recién a las ocho células.

Ahora bien, en caso de que no se produzca esta fecundación, se está hoy día experimentando en Argentina con un procedimiento conocido como ICSI (inseminación intracitoplasmática) que consiste en colocar directamente en el interior del óvulo (citoplasma) un solo espermatozoide.

XIII. Transferencia de embriones.

Una vez obtenido el embrión en el laboratorio, y pasados generalmente 2, 3 ó 5 días de desarrollo embrionario, se produce la transferencia. Ella se efectúa entre las cuarenta y ocho y setenta y dos horas después de la aspiración folicular, de acuerdo con el grado de maduración de los embriones. Los embriones son colocados cuidadosamente en un catéter en una cánula con la siguiente frecuencia: un pequeño volumen del medio, uno pequeño de aire, los embriones en el medio, otro pequeño volumen de aire y por último un pequeño volumen de medio.⁸

Se coloca la cánula en un catéter de teflón en el medio de la cavidad uterina por vía transcervical, se hace la inyección, se retira la cánula y luego de retirada se verifica su contenido para constatar que no han quedado embriones en su interior, si todo está correcto, se da por finalizado el procedimiento. Hecha la transferencia, la mujer debe permanecer algunas horas en la misma posición.

Actualmente pueden ser transferidos, por este método, de tres a cuatro o aun más embriones, pero es de tener en cuenta que de transferirse mas de cuatro se corre el riesgo de un embarazo múltiple.

Los laboratorios fecundan mas de un óvulo, generando cinco o más embriones, siempre fecundan mas óvulos de los que implantan en el útero de la mujer que se somete a una fecundación in vitro. Ello es así por si la madre o pareja quieren en el futuro volver a tener un hijo mediante estos métodos. Es decir, por cada embrión implantado, hay cinco o mas que quedan en lista de

⁸ Eduardo Zannoni “ Inserción artificial y fecundación extrauterina”. Ed. Astrea. Pág. 320. Año 1995

espera (se llaman embriones super numerarios) y el modo de conservarlos es mediante su congelación.

El lugar natural del embrión es el útero. Pero un número desconocido y permanentemente creciente de embriones está en un “freezer”, en una heladera. Esto constituye una gravísima discriminación, ya que no hay ningún criterio para permitirles el desarrollo a algunos embriones y negárselos a otros cuando todos los embriones son seres humanos.

Un embrión in vitro solo puede conservarse durante cinco o siete días. Si no se lo transfiere al útero, para conservarlo por más tiempo se lo debe congelar. La ciencia médica no sabe hasta el momento cuanto tiempo puede vivir el embrión en estado de congelamiento. Pero además, es imposible determinar un plazo válido para todos los embriones ya que cada caso es distinto.

Depende de muchos factores, tales como la edad de los progenitores, las condiciones de crío conservación, entre otros.

El único modo conocido de saber si un embrión congelado sigue con vida es descongelándolo. Una vez descongelado hay cuatro posibilidades: 1- que este muerto, 2- que se muera durante la descongelación, 3- que siga con vida y sea viable, 4- que siga con vida y sea inviable.

Solo en el tercer caso puede ser transferido al útero.

En el cuarto caso, es decir, si sigue vivo pero es inviable, se presenta un difícil problema porque si es transferido al útero se produciría un aborto espontáneo, si se lo mantiene descongelado muere a los cinco o siete días, y si se lo vuelve a congelar se vuelve a la situación que se busca revertir y además se correría el riesgo de que muera al ser nuevamente congelado. En resumen, en cualquiera de los casos muere.

Creemos que cualquier camino es válido ya que hay argumentos igualmente convincentes para las tres alternativas, pero lo que no se debe hacer es matarlo o usarlo para fines de experimentación.⁹

XIV. Clonación.

Se ha definido a un clon como un grupo de organismos de idéntica constitución genética que proceden de un único individuo mediante manipulación asexual, siendo a su vez iguales a él. De éste modo, arribamos a una primitiva definición de lo que implica el proceso de clonación entendiendo que el mismo se refiere a la producción de clones que puede ser provocado o espontáneo. A partir de ésta primera definición, estamos en condiciones de referirnos a la producción de clones de células no embrionarias o de tejidos con fines de investigación o de futura realización de trasplantes, o de clonación de embriones mediante su división en los primeros estadios de su desarrollo, o de clonación de individuos la transferencia del núcleo de una célula no necesariamente reproductiva a un óvulo previamente prenucleado.

Sin embargo, la clonación propiamente dicha, importa una técnica compleja que importa una transferencia nuclear de la dotación completa de cromosomas de una célula somática o totipotente, lo que deriva en un nuevo individuo con una dotación de cromosomas idéntica a la de la célula original de la cual dicha dotación fue extraída.

A partir de éstas primeras definiciones, estamos en condiciones de diferenciar:

XV. Clonación Reproductiva.

El estado de la unión de las células homocigotas al momento de ser colocados en el útero o bien congelados, es aquel en el que no existe una identidad genética realmente diferenciada ya que todavía no hubo una unión de prenúcleos y dentro de esa unión o pre – embrión encontramos desde el exterior hacia el interior (en ese orden) las células que luego darán lugar a la formación de la placenta, y más adentro y rodeadas por éstas, las células que luego darán lugar al embrión (blastocistos).

Si extraemos de este pre – embrión aquellas células que luego darán lugar al embrión mismo, y las colocamos en una placa de cultivo en condiciones especialmente preparadas, estamos en condiciones de obtener material genético que permitirá el desarrollo de: células sanguíneas, glándulas de secreción, neuronas y músculos; que podrían llegar a ser utilizados para transplantes de órganos.

La clonación reproductiva implica, por un lado, la transferencia de un núcleo de una célula de una persona a un óvulo enucleado para dar como resultado lo que podríamos denominar como “embrión sintético” para diferenciarlo de aquél producido por fecundación de un óvulo por un espermatozoide; y, por otro lado, implica la implantación de este embrión sintético en el útero de la mujer a los efectos de completar la gestación y llegar al nacimiento de un nuevo individuo.

Este procedimiento ha sido unánimemente prohibido en seres humanos a nivel internacional, fundamentalmente debido al hecho de que, en las condiciones actuales, las experiencias con animales han demostrado una alta incidencia de alteraciones en el desarrollo fetal. 10

CAPITULO II: COMIENZO DE LA EXISTENCIA LA PERSONA FÍSICA EN EL DERECHO ARGENTINO

Título V. La persona física en el derecho argentino. Consideraciones generalesXVI. Concepto jurídico de persona.

10 www.halitus.salud.com.ar

Para abordar el tema que nos ocupa es necesario determinar lo que nuestro ordenamiento positivo entiende como “persona”. Nuestro Código Civil, en su art. 30 expone que son entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. “Dicho de otro modo, la persona es, por definición, identificada como sujeto de toda relación jurídica, esto es, sujeto de derecho”⁹. Pero este concepto, dado por el Art. 30 del CC, comprende tanto las personas físicas como las de existencia ideal.

Por tanto, el codificador en el Art. 51 del Código aclara que son personas de existencia física o visible “todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes...”

XVII. Desde que momento se considera que existe la persona física.

Dice el Art. 63 del Código Civil que la existencia de la persona comienza desde la concepción en el seno materno. Concordantemente estableció en el art. 70 que *“desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...”*. Esto, sin perjuicio de la condición resolutoria del nacimiento sin vida normada en el art. 74 CC. De esta manera, cuando el “nasciturus” está concebido en el seno materno no hay inconveniente en reconocerle su calidad de persona. Esto es, es sujeto de derecho; se le reconoce su personalidad jurídica.

No obstante lo dicho, existen distintas opiniones en torno a la consideración de los diversos estadios del desarrollo embrionario. En virtud de estas etapas, se dio origen a la formulación de diferentes teorías acerca del comienzo de la vida humana.

Pero todas estas han sido superadas, ya que el avance de la biología ha demostrado que inequívocamente desde el momento de la fecundación se forma un nuevo individuo humano. Así lo reconoció la Academia Nacional de Medicina de nuestro país, en declaración de septiembre de 1995, en la cual

sostiene, además, que se deben respetar los derechos personales del embrión, y su derecho a la vida.

“Debe reconocerse, entonces, que el embrión, en cualquiera de las etapas de su desarrollo que delimita la biología, desde un punto de vista ontológico, ético y jurídico, es persona humana. Este ser humano con vida actual, y no potencial, podrá estar concebido o haber nacido, podrá encontrarse en una probeta o en el organismo materno, podrá ser microscópico o macroscópico, de todas maneras, son accidentes que en nada alteran la sustantividad de su ser humano”¹¹

Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un reciente fallo sostuvo: *“El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo (...). Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación”. 12*

XVIII. Reconocimiento de la personalidad jurídica desde la concepción.

Tanto la Constitución Nacional como los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional reconocen la personalidad jurídica desde la concepción. Así:

a) El texto constitucional: El art. 75 inc. 23 nos ofrece una primera definición del término “niño”, cuando establece que será facultad del Congreso

¹¹ Banchio, Enrique C. En. Op. Cit. Pag. 50

Nacional dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, *"desde el embarazo hasta la finalización de la lactancia, y de la madre..."*. Sin lugar a dudas, para la Constitución el niño por nacer goza de plena personalidad jurídica.

b) Tratados internacionales de derechos humanos: Entre los tratados internacionales que *"en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional"* (cfr. art. 75 inc. 22) encontramos claros reconocimientos de la personalidad del ser humano desde la concepción:

-Al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, la República Argentina expresó que entiende por niño *"todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad"* (cfr. art. 2 de la Ley 23.849 ratificatoria de la Convención).

-La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 1 establece que *"persona es todo ser humano"*, para luego reconocer en el art. 4 que *"toda persona tiene derecho a que se respete su vida...a partir del momento de la concepción"*.

-También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce la personalidad jurídica del niño por nacer cuando en el art. 6 inc. 5 prohíbe aplicar la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez.

c) El Código Civil de la República Argentina, que rige para todo el país por aplicación del art 75 inc 12 de la CN, define a la persona física y refiere al comienzo de su existencia:

El art. 70 establece que *"desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas"* y en el mismo sentido, el art. 63 establece que *"son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno"*.

El art. 264 regula el instituto de la patria potestad, estableciendo que es el *"conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado"*.

El art. 51 establece que *"todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible"*.

En consonancia con la Constitución Nacional y los tratados internacionales, las constituciones de las provincias argentinas afirman también que el niño por nacer es persona y que queda protegida la vida desde la concepción. Presentamos a continuación algunos de los textos que se pronuncian explícitamente sobre el tema:

- Buenos Aires: Todas las personas en la provincia gozan del derecho *"a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural"* (art. 12°).
- Catamarca: Garantiza como derecho especial de la niñez *"la vida desde su concepción"* (art. 65° inc. 3).
- Chaco: También queda garantizado a todas las personas el derecho *"a la vida y a la libertad, desde la concepción"* (art. 15° inc. 1).

XIX. "Nasciturus": condición resolutoria del nacimiento con vida.

No obstante que según el artículo 70 la existencia de las personas comienza desde la concepción, esa existencia está subordinada al hecho de que nazca con vida, pues si muriese antes de estar completamente separado del seno materno, será considerado como si nunca hubiese existido (art. 74

CC). Por este art *“...importa colocar a la persona en una especie de condición resolutoria, según la cual se admite que es persona, pero supeditada al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida...”* 13

Esto es importante a los efectos sucesorios.

Título VI. Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación.

El punto clave del análisis es establecer qué es lo que sucede frente a nuestro ordenamiento jurídico positivo con los distintos métodos de concepción.

Si bien se dijo que el “nasciturus” desde que está en el seno materno es persona, cabe, frente a esto, considerar los casos en que la concepción se da fuera del seno materno, e incluso, cuando la gestación toda se realiza fuera de aquél, planteándose así, zonas grises de evidente vacío normativo interno que deben resolverse.

XX. Fecundación asistida: aspectos jurídicos.

Como dispone el art. 16 de nuestro Código Civil, la carencia de normas expresas para resolver una conducta específica, nos conduce al auxilio de las normas análogas y de los principios generales del derecho existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, otros autores postulan que el ordenamiento jurídico delega a la decisión del juez la tarea de resolver el caso puntual, de donde la sentencia se transforma en una norma de carácter individual.

En este sentido, podemos afirmar que el jurista no necesita contemplar detalladamente todos los casos que se presenten en la vida cotidiana de la sociedad. Sin embargo, no legislar sobre ciertas conductas caracterizadas como disvaliosas, conlleva el peligro de que sean reputadas lícitas por no estar expresamente prohibidas.

Tópicos como el aborto, la eutanasia, la procreación asistida, etc., reclaman un encuadre legislativo que garantice el debido respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

En Argentina, todavía no se ha legislado sobre la procreación humana artificial. Se han elaborado diversos proyectos legislativos al respecto. En todos ellos, existe un denominador común, y es considerar a las técnicas de reproducción humana asistida como métodos subsidiarios de la procreación natural, practicados únicamente en casos de comprobada infertilidad en la pareja.

Los complejos problemas que presenta la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida determinan que la prudencia sea la regla a que deben atenerse tanto el doctrinario que investiga sobre estos temas, como el legislador que debe sancionar la norma reguladora.

Hay que tener en cuenta determinados principios:

En primer lugar que la persona humana comienza su existencia como tal desde el momento mismo de la concepción (arts. 63, 70, 264 y concordantes del Código Civil; art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). El embrión humano tiene la condición jurídica de una persona, desde el momento de la fecundación del óvulo, en el seno materno o en una probeta, y por lo tanto, merece ser respetado y protegido.

En segundo lugar, debe priorizarse el interés del hijo que se pretende crear por encima de la aspiración del individuo a tener descendencia. El menor tiene derecho a una familia estable y con doble figura genitoral para la formación de su personalidad. Este principio se encuentra consagrado en los arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, gozando actualmente de jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

13 Orgaz A. “Personas individuales”, nro. 7 . pags. 41, 42, 44; Cifuentes, S “Elementos de derecho civil parte general”, nro 49. pag 104

Por último, debido a que la concepción natural de un hijo por la unión física de un hombre y una mujer, es el modo normal de procreación humana, se deriva que estas técnicas de fecundación artificial, deben ser ejecutadas con carácter excepcional, y no como una variante alternativa de procreación. Deben adoptarse como recurso terapéutico, una vez comprobada médicamente la infertilidad de alguno de los miembros de la pareja, o patologías o disfunciones que impidan lograr la procreación de manera natural.

Finalizando, el derecho de familia no debe someterse enteramente al progreso de las ciencias; es la ley la que debe guiarnos.

En el Congreso de la Nación, se han presentado numerosos proyectos de ley referidos a las técnicas de procreación humana artificial. Los mismos pueden clasificarse en dos vertientes: aquellos que adoptan una postura permisiva, ya que tienden a concebir el derecho de filiación a favor de los futuros padres, defendiendo su derecho a la descendencia por encima del interés de la persona por nacer. Esta tendencia se encuentra en los proyectos de Storani-Lafferriere (1991), Natale-Antelo (1993), Juan P. Caffiero (1993). Por otro lado, encontramos otro criterio considerado restrictivo, ya que adoptan como principio rector a la vida embrionaria y la protección del interés del niño en contar con un padre y una madre legales que coincidan con los padres biológicos. En este sector, encontramos los proyectos de ley de López de Zavallía (1993); Ruckauf- Iribarne (1993); Britos y otros (1993); Romero (1993); Camaño-Corchuelo Blasco (1993); Camaño (1993); Orquín y otros (1992).

XXI. Naturaleza jurídica del embrión.

Es de fundamental importancia determinar la naturaleza jurídica del embrión en los supuestos de fecundación fuera del útero materno, porque de la respuesta que se dé a ello, depende la resolución de otras cuestiones que plantea en la actualidad la fecundación in vitro.

Para analizar esta cuestión es necesario preguntarnos desde cuándo nuestro ordenamiento jurídico considera que existe la persona y si esa consideración se puede extender a los embriones in vitro.

Como ya se manifestó nuestro ordenamiento jurídico establece que la persona humana existe desde el momento de su concepción en el seno materno. Como se advierte el Código Civil se refiere sólo a la concepción natural, ya que las técnicas de reproducción extracorpórea eran un suceso inimaginable en la mente del legislador al tiempo de la codificación.

Frente a ello, hay juristas que plantean que estar dentro del seno materno es requisito de la personalidad. 14

Pero si se hace una interpretación literal de dichos textos conduciría a considerar excluido de protección jurídica al embrión concebido fuera del seno materno, en cuyo caso el comienzo de la existencia de la personalidad no coincidiría con el momento de su concepción, sino con el de su implantación en el seno materno.

Sin embargo, esta interpretación literal conduce a un resultado disvalioso que no se condice con el pensamiento del codificador: proteger la vida humana desde el momento de su concepción.

Ya afirma Rabinovich que *"la interpretación de un precepto debe hacerse dentro del contexto histórico-social, no en abstracto. Pretender que la no mención en el Código de la fecundación extrauterina (completamente desconocida entonces) importa negar personalidad al concebido que no está en el seno materno, equivaldría a sostener que, hasta la reforma de 1994, los presidentes de la Nación no eran jefes de la fuerza aérea."*15

14 Bossert G. "Fecundación asistida", JA. 1988- IV- 871

15 Rabinovich – Berkmanr "Derecho civil parte general". Ed Astrea, pag.219, año 2000

Para superar este obstáculo hermenéutico, hay que extender por analogía (art. 16 C.C) la aplicación de esas disposiciones al supuesto en que la concepción se logre por dichas técnicas fuera del seno materno.

Con igual finalidad interpretativa también podría invocarse la aplicación del art. 51 del C.C., en cuanto define la persona de existencia visible como todos aquellos entes que presentaren signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, lo que involucra también a los concebidos in vitro, teniendo en cuanto la sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento de la concepción.

Como consecuencia, al embrión concebido in vitro y no implantado aún, cabe considerarlo como persona por nacer, desde el momento en que el óvulo quedó fecundado en la probeta. La opinión en este sentido es predominante entre los autores. Otros, sin embargo, no consideran aplicable el art. 70 al embrión concebido en probeta, quien no sería persona a criterio de estos autores.

También apoyando esta interpretación amplia de las normas de Vélez, podemos citar el art. 264 del mismo C.C., que atribuye a los padres la patria potestad sobre los hijos menores desde que éstos fuesen concebidos, sin efectuar distinción alguna entre la concepción natural y la artificial.

En coincidencia con este régimen legal, numerosos proyectos de ley califican al embrión como persona humana desde su concepción, ya sea que se produzca en forma intracorpórea o extracorpórea, por ejemplo: Ruckauf-Iribarne, art. 8, 10 y sgtes.; Camaño-Corchuelo Blasco, art. 18; Orquín y otros, art. 21; Romero, art, 17 entre otros. Y también existen varios proyectos que proponen modificar correctamente los arts. 63 y 70 del C. C., en el sentido de que la existencia de las personas comienza desde su concepción dentro o fuera del seno materno.

Además para sustentar estos criterios interpretativos, debemos recurrir a tratados internacionales con jerarquía constitucional incorporados a nuestra constitución por la reforma del año 1994 en el art. 75 inc. 22.

Entre ellos, encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) que en su art. 4 inc 1, dispone que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En su art. 5 inc. 1, agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Y en el art. 11 inc.1, declara que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Pero el Pacto San José de Costa Rica aclara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida desde el momento de la concepción. Esta es la novedad en materia de tratados internacionales. Por lo tanto este tratado, al referirse a la concepción en sentido amplio, le reconoce la condición jurídica de persona humana tanto al concebido naturalmente en el seno materno, como al concebido artificialmente en forma extracorpórea. Y las demás garantías establecidas en el art. 4 inc.1, art. 5 inc.1 y art. 11 inc.1, se extienden también al embrión humano, por su condición de persona, en cualquiera de las fases de su evolución, aun en la etapa preimplantatoria en el supuesto del embrión concebido en vitro, o sea, en el lapso que vive en la probeta.

También la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 1 declara que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad”, pero con relación a este precepto la República Argentina hizo una reserva contenida en el art. 2 de la ley 23.849: el art. 1 debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad, con lo que se ratifica que la persona humana existe desde la fecundación del óvulo femenino, dentro o fuera del seno materno.

XXII. Los derechos personalísimos del embrión humano.

“La legislación que se sancione en un futuro sobre el tema de fecundación asistida, deberá incorporar los derechos personalísimos del embrión, sea que se encuentre en una probeta o ya implantado en el útero y que se derivan de las reglas constitucionales vigentes en nuestro país, y estos son: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y genética, y al reconocimiento de la dignidad humana, como consecuentemente el derecho a la protección jurídica contra todo ataque a estos derechos, desde el momento de la concepción, in vivo o in vitro. El embrión muerto debe ser respetado como se respeta el cadáver de otro ser humano muerto”. 16

También tiene derecho a la igualdad (art.16 CN), a no ser discriminado por su origen; a la identidad personal, o sea, a conocer a sus padres, y a tener una familia. Además tiene derecho a la intimidad (art. 1071 bis del C.C.) en cuanto no deben publicitarse datos sobre su concepción.

Como efecto de su condición de persona humana y de sus consecuentes derechos, al embrión no se puede seleccionar ni se lo puede dejar morir, ni puede ser destruido; no puede ser objeto de un derecho de propiedad, porque no es una cosa, por lo tanto no puede ser objeto de ningún contrato. Debe prohibirse absolutamente toda comercialización de embriones, como su utilización industrial, como también toda experimentación que se haga con ellos. Sólo se permitirá la investigación o intervención de embriones cuando es con una finalidad absolutamente terapéutica.

XXIII. Consentimiento en las técnicas de procreación asistida.

16 OB. Cit. Pag. 68

Recordamos que tanto el método de la inseminación artificial como el de la fecundación extracorpórea pueden ser efectuados con semen de un tercero dador, que resulta extraño a la pareja. De esta manera, se plantea una situación eventualmente conflictiva.

Por esto, hay autores que postulan que cuando una mujer opta por someterse a la fecundación in vitro con gametos pertenecientes a un tercero dador, no sólo se requiere el consentimiento de ella, sino también el de su marido, el cual debe ser manifestado por escritura pública, dada la trascendencia del acto que celebran.

Ahora bien, la dificultad se presenta cuando el marido que ha dado su consentimiento, con posterioridad se retracta e impugna la paternidad por no ser el padre del niño (arts. 258 y 259 C. Civil). En este punto, la doctrina se encuentra dividida. Algunos niegan la posibilidad de impugnar la paternidad que se le atribuye en virtud de la doctrina de los actos propios: *“nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos”*. También se alega el principio de que *“nadie puede invocar su propia torpeza”*.

Por otra parte, existen autores que sostienen que ese consentimiento prestado por el marido no le impide el ejercicio posterior de la acción impugnatoria. Fundamentan esta posición en el art. 251 del C. Civil que dispone que *“el derecho de reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue ni por prescripción ni por renuncia expresa o tácita”*.

Se considera que este principio de irrenunciabilidad de la acción de impugnación de la paternidad, queda desplazado en el momento en que el hijo es inscripto en el Registro Civil por la madre y su marido.

De manera que el marido que consintió la realización de la fecundación heteróloga de su esposa, puede eventualmente accionar por impugnación de la paternidad del hijo, ya que las acciones de estado de filiación son legalmente irrenunciables, salvo que el marido haya prestado su consentimiento en la inscripción del hijo en el Registro Civil junto con su madre. En caso de proceder

a la impugnación, la esposa podría ejercitar contra él una acción resarcitoria . Asimismo, si cae la paternidad del marido, no existen obstáculos legales para que el hijo inicie acciones legales por reclamación de paternidad al dador del semen, si logra individualizarlo.

Atendiendo a los intereses del niño nacido como efecto de esta técnica, la solución expuesta resultaría reprochable e inmoral, ya que no se puede permitir la irresponsabilidad de un adulto que se empeña en hacer nacer a un hijo, y luego se retracta. Por ello, la doctrina considera que el marido que consintió la fecundación de su esposa con semen de un tercero, no podría luego impugnar la paternidad. Pero esta idea debería ser receptada expresamente en una norma, como lo consagran numerosos códigos del derecho comparado (Holanda, Suiza, Luxemburgo, Costa Rica, ley española 35/88, Bolivia, entre otros).

XXIV. Derecho a la identidad del menor y su relación con la fecundación asistida.

Si todos los seres humanos somos únicos, deben existir parámetros que permitan esa individualización. Estos parámetros son los que conforman identidad individual. Se entiende por tal el *“conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de características de la personalidad de cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza, y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano”*.¹⁷

Esta identidad se va desarrollando en forma ininterrumpida y merece tutela jurídica.

¹⁷ Fernández Sessarego. “Derecho a la identidad personal”, Ed. Astrea. Pag.113. año 1992

El derecho a la identidad personal constituye un derecho personalísimo de última generación. A estos, Julio Cesar Rivera los define como las *“prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuos y oponibles erga omnes, que corresponden a toda persona por su condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privada por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad”*.¹⁸

En cuanto a su naturaleza jurídica, son derechos subjetivos que pertenecen a la persona por su sola condición humana. Se protege el individuo física y moralmente, se busca el respeto de los bienes jurídicos que le pertenecen y que no forman parte de su patrimonio.

Respecto de la verdad biológica se entiende que además de los intereses privados hay un interés social relacionado con el estado de familia de las personas, que como ya se sabe es materia de orden público, ya que a la sociedad le interesa que el niño pueda establecer su doble emplazamiento filial.

El derecho a la identidad se puede considerar implícito en el Código Civil, ya que este permite la libre investigación de la maternidad o paternidad por parte del hijo a través de cualquier medio de prueba y establece que es un derecho imprescriptible. También es reconocido por tratados internacionales; entre otros: la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto San José de Costa Rica, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

Este tema, presenta especial interés, por las controversias que se generan, con respecto a los terceros dadores en la fertilización heteróloga.

Previo a cualquier análisis, tenemos que hacer referencia a las distintas corrientes doctrinarias en torno al anonimato o no del dador.

¹⁸ Ferrer F. Libro de Ponencias. Congreso Internacional “La persona y el derecho en el fin de siglo”, Santa Fe, 1996, pág 189.

Una primera opinión, sostiene la prevalencia del anonimato de los dadores, fundada en la seguridad que esto proporciona al dador respecto de futuras acciones filiatorias, en que también se protege su derecho a la intimidad como a la vez evitar ciertas intromisiones del dador en la vida familiar de la pareja asistida, para evitar el desaliento a la dación que se generaría con la individualización de su identidad y por último se fundamenta teniendo en cuenta las posibles perturbaciones psicológicas y emocionales que le podría acarrear al niño nacido por fertilización asistida, conocer su identidad biológica, siempre dejando la posibilidad de acceder a esta información en caso de necesidades terapéuticas.

La segunda corriente, sostiene que por sobre el anonimato prima el derecho del hijo a conocer su procedencia biológica y la identidad de sus padres genéticos sin que tal conocimiento genere responsabilidades filiatorias, personales, patrimoniales o de cualquier otra índole.

También es muy interesante analizar una viable solución a esta problemática, brindada por la doctrina y algunos proyectos de ley, respecto de la posible acción de filiación contra el dador o dadora, la misma sería asimilar esta situación a la de la adopción plena. En este último caso, el padre biológico manifiesta expresa y abiertamente que (porque no puede o no quiere) no asumirá las responsabilidades inherentes a la paternidad, se extinguen los vínculos de sangre, no pueden ejercerse las acciones de filiación, etc. Por lo que esta respuesta brindada por la legislación se podría aplicar analógicamente, habiendo gran similitud entre una y otra hipótesis, sería ilógico imponerle las responsabilidades paterno-filiales a alguien que, no solo no tuvo la voluntad de crearlo, sino que ni siquiera imaginó establecerlo.

En nuestro país no hay una posición clara sobre el tema, lo que nos obliga a analizarlo de acuerdo a nuestra legislación vigente.

En primer lugar, tenemos que recordar que la acción de filiación extramatrimonial por parte del hijo contra el dador o dadora del material

genético podrá ejercerse libremente conforme a su arbitrio, ya que el derecho vigente no contiene restricciones a la libre investigación sobre la paternidad o maternidad. Por lo tanto el dador o dadora de gametos no está exento de correr el riesgo de afrontar una acción de filiación dado que esta es irrenunciable e imprescriptible (art.251).

En segundo lugar, tenemos que analizar el caso de la dación de semen para fecundar a una mujer casada, en este caso, el hijo previo a la acción de reclamación de filiación contra el dador, deberá impugnar la paternidad del marido de la madre presumida por ley. (Arts. 252, 253, 254 y 259 CC). El marido de la madre que no prestó consentimiento, puede asimismo impugnar su paternidad matrimonial.

Respecto del marido de la madre que sí prestó consentimiento, se presenta un problema. Un sector de la doctrina considera que el consentimiento no representa una renuncia tácita a impugnar la paternidad matrimonial, ya que el art. 251 CC. prevé que este derecho no se extingue por prescripción ni por renuncia. Por otra parte, al ser materia de orden público no es disponible por las partes. La postura contraria considera que el consentimiento implica renuncia tácita porque nadie puede contradecir sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada y plenamente eficaz, a la vez que no puede alegar su propia torpeza.

En cuanto al dador estaría legitimado para accionar impugnando la paternidad extramatrimonial del hijo concebido con su aporte genético (art. 263 CC).

En el supuesto de la dación de óvulos, o sea, el caso de donación de óvulo de una mujer para ser implantado (luego de haber sido fecundado con el semen del marido de quien recibe dicho óvulo) en el útero de otra, hábil para desarrollar el embarazo. El art. 242 CC establece que la maternidad se establece por el parto, presunción que hasta hace no mucho tiempo se consideraba iure et de iure en función de que no había otra forma de concebir que no sea la natural. Pero los avances de la ciencia ponen en jaque esta

presunción y la doctrina se vio obligada a referirse a este tema. Un sector interpreta que es una presunción “juris tantum”, siempre pasible de impugnación y en contraposición encontramos a quienes opinan que el fenómeno del parto surte efectos plenos y definitivos para la determinación de la maternidad.

XXV. Usuarios de las técnicas. Mujeres casadas. Convivientes de hecho. Mujer sola.

Es motivo de opiniones divergentes establecer si a la mujer se le puede reconocer la libertad de acudir a la fecundación asistida, prescindiendo de su estado conyugal. La opinión más amplia reconoce el derecho a recurrir a la inseminación no solo a la mujer casada, sino también a la mujer sola. La postura más restrictiva sólo admite esta posibilidad para la mujer casada, con el consentimiento del marido. Y además encontramos una solución intermedia que considera que estas técnicas de reproducción pueden utilizarse por una pareja matrimonial y también por una pareja heterosexual que esté unida en concubinato, pero no por una mujer sola.

Los proyectos de ley que existen en nuestro país con respecto a esta temática no demuestran un criterio definido, sino que se presentan los tres criterios anteriormente expuestos.

La opinión estricta sólo admite que el matrimonio es el receptor de estas técnicas, ya que cumplen con el derecho del hijo a acceder a un padre y una madre en una relación permanente, sólida e institucionalizada, sin que dé lugar a generar duda alguna sobre su filiación.

Algunos doctrinarios creen que la ley debería permitir el uso de estas técnicas también a quienes conviven en una relación extraconyugal, estable y heterosexual, socialmente aceptadas en la actualidad. Así, considera conveniente receptor el criterio intermedio y sostiene que debe exigirse a las parejas un plazo como mínimo de tres años de convivencia, que puede

reducirse a dos años en el caso que hubiere descendencia. Entre los proyectos, encontramos algunos que extienden el plazo a cinco años, otros a tres, y otros directamente no lo fijan. También se exige que los mismos integrantes de la unión de hecho demuestren el cumplimiento de los recaudos exigidos.

Pero también hay quienes se oponen a otorgarles estos derechos a los concubinos, en realidad les prohíben estos derechos con miras a desalentar la proliferación de estas parejas estables, pero sin ligamen formal, y a defender la institución del matrimonio, argumentando la sacralidad de los lazos matrimoniales y una mayor estabilidad psico-social para los hijos.

Igualmente, si la madre fecundada artificialmente convive en una relación estable con un varón que va a asumir la paternidad, este deberá efectuar el reconocimiento correspondiente del hijo (Art. 248 Civil), por no mediar entre los progenitores vínculo matrimonial. Por ello, es conveniente que en la ocasión en que el hombre deba expresar su consentimiento con respecto a la aplicación de la técnica, también exprese que asume la paternidad del hijo que se va a concebir, de tal manera que esta manifestación equivale a reconocerlo como hijo suyo. El legislador tendría que prever esta situación, disponiendo que el consentimiento previo prestado para que se realice el tratamiento, tendrá valor como reconocimiento expreso del hijo así concebido. Se debería exigir, por la trascendencia e importancia de la cuestión, que el consentimiento se prestara por escritura pública.

En el caso de la mujer sola (soltera, divorciada, separada, viuda) a la cual varios proyectos le permiten acceder a las técnicas de fecundación asistida (Storani-Lafferriere, art. 2; Natale-Antelo, art. 2; y Cafiero, art. 3), merece un análisis en particular. La mayoría de la doctrina considera que el uso de estas técnicas en mujeres solas significa un retroceso para nuestro ordenamiento jurídico ya que éste exige fundamentalmente la participación de ambos padres en la formación y educación del niño, pues toda familia monoparental se considera contraria al interés del hijo.

Y a estos argumentos se pueden agregar otros de naturaleza jurídica, ya que la mujer sola que se somete a estas técnicas de fecundación asistida, contradice el principio de la indisponibilidad del estado de familia, ya que al ser el dador anónimo, se le quita al hijo la mitad de su ascendencia, se la cercena el estado, porque el niño nunca tendrá la posibilidad de establecer un vínculo filiar con su dador. Esto no ocurre en la procreación carnal, ya que en este caso el establecimiento de la paternidad extramatrimonial siempre es una posibilidad abierta para el menor.

Algunos autores consideran que es razonable que en el caso de mujeres mayores de edad, solteras, que presten su consentimiento, les esté permitido procrear, ya que la mujer que provoca en su seno un proceso de fecundación artificialmente originado, no hace otra cosa que ejercitar válidamente un acto de voluntad que se funda en el ejercicio de un derecho genérico, el que no podría serle desconocido jamás: el derecho a disponer de su persona, de su cuerpo y de su destino.

Además, según estos autores, prohibir la inseminación de la mujer sola y estéril, sería una verdadera injusticia, porque significaría acentuar su desgracia, frente a quienes sí fueron dotados por la naturaleza de la capacidad de procrear y que pueden realizar su deseo de ser madres por las vías naturales de la sexualidad.

Vale decir que esta situación no puede compararse con el caso de que una mujer sola sea la única adoptante, porque la adopción tiene lugar después del nacimiento del niño y está hecha en su interés, puesto que le da una familia de la que carecía.

Este rechazo a la inseminación artificial en la mujer sola, incluye con más razón la fertilización en la mujer que vive en relación de pareja homosexual. En este punto hay unánime posición de rechazo tanto en la doctrina nacional como la comparada.

XXVI. Fecundación post mortem.

Una de las cuestiones que suscita divergencia de opiniones es la posibilidad de que las técnicas de procreación asistida puedan aplicarse posteriormente de ocurrida la muerte del marido cuyo semen fue congelado antes de su deceso.

Al respecto se han elaborado diversas opiniones. Para quienes son partidarios de una posición restrictiva, la fecundación artificial sólo es admisible para la mujer casada, con el consentimiento de su marido. Quienes sostienen una postura más liberal, reconocen la posibilidad de acceder a estas prácticas incluso a la mujer sola. Finalmente, una postura intermedia se inclina por permitir el acceso a estas técnicas a la pareja matrimonial y también a los integrantes de una pareja heterosexual concubinaria, pero no por una mujer sola.

En nuestro país la doctrina mayoritaria realiza una valoración negativa del supuesto que estamos analizando. En primer lugar, la viuda invoca una suerte de derecho de propiedad sobre el semen del marido o compañero, cuestión no permitida jurídicamente, ya que no es una cosa, ni es transmisible hereditariamente. En segundo lugar, debemos evaluar el interés del hijo, quien se vería privado a priori e intencionalmente de su padre, situación que resultaría injusta ya que aquí el hijo viene de antemano concebido conscientemente huérfano de padre.

No obstante lo dicho, algunos manifiestan una postura contraria a la realización de este tipo de fecundación, y consideran que el legislador debe prohibirla en forma categórica, estableciendo, en consecuencia, sanciones tanto para el profesional que las efectúe, como para el establecimiento que autorice tales operaciones.

Actualmente, frente a la falta de una regulación legal sobre esta situación, la normativa del Código Civil resultaría insuficiente para la solución del caso que se plantea. El art. 243 del citado código dispone que si el hijo nace

dentro de los trescientos días de la muerte de aquel, se presume su paternidad, teniendo llamamiento hereditario debido a que se supone que estaba concebido al momento de fallecer su padre, conforme lo prescribe el art. 3290. En el supuesto de nacimiento con posterioridad a los trescientos días de producido el fallecimiento, significa que fue concebido cuando ya no existía el matrimonio. En consecuencia, ya no funciona la presunción de paternidad. Será considerado hijo extramatrimonial de la madre, no heredando al padre, ya que a la fecha de su fallecimiento no estaba concebido. Sin embargo, podrá reclamar su filiación respecto de su padre prefallecido, en virtud del vínculo genético que lo une. Pese al reconocimiento del vínculo de filiación, no podrá gozar de los derechos sucesorios puesto que lo prohíben expresamente los arts. 3282 y 3290 del Código Civil.

Título VII.

XXVII. Nacimiento de un nuevo instituto en el derecho de familia. Contratos de maternidad subrogada.

Se denominan contratos de maternidad subrogada al de la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena.

Esta contratación puede tener dos variantes:

1 - La madre subrogada solo presta el servicio de incubación y parto (madre portadora o gestadora). En este caso el embrión de una pareja, obtenido por el procedimiento de la fecundación in vitro, es implantado en el útero de otra mujer, que es la madre contratada, la que se obliga a llevar adelante el embarazo y a dar a luz al hijo, y también a entregarlo a dicha pareja.

2 - La mujer se hace inseminar con semen de un hombre cuya mujer es estéril, y se compromete a entregar el hijo luego del nacimiento. En este caso, además de portadora, es la madre genética del niño. El hijo que nace de una madre contratada, se inscribe en el Registro Civil a nombre de ella, y si ésta es

soltera, lo reconoce el padre que aportó el semen. Luego, la esposa de este último, adopta a la criatura, con el previo consentimiento de sus progenitores. Si la mujer que dio a luz fuese casada, ella y su marido, deberán dar su consentimiento para que el niño sea adoptado por la pareja.

Pero aparece una situación aún más complicada, que se da cuando en ambos casos se recurre al semen de un tercero dador, o al óvulo de una dadora, ya que en estas situaciones desaparece el ligamen genético con los comitentes, quienes asumirían el carácter de progenitores sociales.

Con respecto a la validez de estos contratos, la doctrina se divide en tres posturas:

1 - La primera es la prevaleciente en Europa continental y en nuestro país, y también se manifiesta en los proyectos referidos al tema, es prohibir estos contratos y declararlos nulos de nulidad absoluta, ya que sean gratuitos u onerosos.

Entonces, en conclusión, podemos decir que estos tipos de contratos son nulos de nulidad absoluta, sean gratuitos u onerosos, porque: hacen de la mujer y del hijo un objeto. Se ha considerado que este tipo de convenios se asemeja a la locación de obra, ya que el objetivo es lograr un resultado: el hijo. Y para el niño, este convenio implica un pacto por el cual su madre se compromete a abandonarlo a su nacimiento.

Otra razón por la cual se considera a este contrato nulo es que se refiere a materia indisponible. Se dispone de la persona humana, de la maternidad, del estado del hijo, de la patria potestad, a la que se renuncia antes de nacer el hijo, transgrediendo las norma jurídicas que establecen el carácter personalísimo de este atributo al progenitor, irrenunciable e intransferible, y que está fuera del comercio.

2 - Un segundo criterio permite estos contratos cuando se celebran sin ánimo de ganancia, y siempre que la madre tenga derecho a quedarse con la criatura, después del nacimiento.

3 - Una tercera postura que es la más amplia, tiene gran preponderancia en Estados Unidos, en donde hay grandes empresas que se encargan de la intermediación entre parejas interesadas y madres subrogadas. En algunos Estados se admite la validez de estos acuerdos y se deja librado al total arbitrio de las partes, constituyéndose en una especie de adopción alternativa. Y algunos autores hasta justifican la onerosidad de estos convenios, estableciendo que la gestación del niño es un servicio y que el dinero que se paga por ello, es la indemnización por el tiempo que la madre ha estado embarazada, por las fatigas y riesgos que ha sufrido.

En el derecho argentino este contrato sería nulo por aplicación del art. 953 C. Civil y de nulidad absoluta por estar de por medio el interés social y el orden público, sea oneroso o gratuito.

Y si se presentara un conflicto de esta índole, se debe aplicar la norma que establece que la maternidad se determina por el parto (art. 242 C. Civil). Por lo tanto, será madre la gestante que dio a luz, haya o no aportado su óvulo.

Y para el caso de que la madre gestante no haya aportado el elemento genético, la situación da lugar a tres opiniones distintas:

1 - Según la doctrina mayoritaria, el art 242 CC establece una presunción *iuris tantum*, la que siempre se puede impugnar "*por no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo*", según art. 261 CC. Entonces, si la madre solo aportó la gestación y el parto, la mujer a la que le pertenecía el óvulo, y toda otra persona que manifieste interés legítimo (art. 262 CC) podrán accionar para que prevalezca el principio de la verdad biológica, según el cual el padre que aportó el elemento genético, es la que formó el nuevo ser, y así de esta manera desplaza a la madre portadora. Si la madre portadora fuere casada, y es vencida en la acción de impugnación de la maternidad, cae también la

filiación matrimonial no sólo con respecto a la madre, sino también respecto al padre, ya que si no fue concebido el hijo por la esposa, no rige la presunción de paternidad del marido del art. 243 CC.

2 - Otra postura sostiene los efectos plenos y definitivos de la maternidad por el parto, con lo cual ninguna persona, ya sea la madre genética, ni la que alumbró, ni ningún otro interesado podrá impugnar la maternidad. La regla del art. 242 se considera una presunción absoluta, que no admite prueba en contrario. La maternidad por el parto se tiene por definitiva.

3 - La última posición, también considera que la maternidad determinada por el parto es inimpugnable por los padres genéticos, que pretenden demostrar que ellos son los padres biológicos, desconociendo la maternidad de la portadora, porque para ello deberían invocar el pacto por el cual la receptora aceptó la implantación del embrión y se obligó a la entrega del hijo. Por esto se estaría invocando un convenio de objeto inmoral y contrario a las buenas costumbres, lo que estaría totalmente prohibido por el art. 953 CC. Los que si podrían impugnar la maternidad, son el esposo de la gestante que no dio su consentimiento y demás interesados que invoquen un interés legítimo.

Para tratar de resolver el amplio alcance de la norma del art. 242 CC., respecto a que se establece como presunción absoluta que el parto determina la maternidad o bien que se puede impugnar, habría que aclarar el texto del precepto. Y éste en forma muy clara dispone que la maternidad se determina por el parto, aunque el hijo se haya concebido con material genético de otra mujer.

Y estas dudas no se plantean cuando la madre contratada aporta además del vientre, el óvulo, en cuyo caso la maternidad no se podrá impugnar.

En cuanto al aportante biológico, su participación a través del aporte, carece de importancia jurídica ya que no está legalmente establecido el vínculo biológico ni tampoco tiene ningún derecho-deber por su aporte genético con respecto al niño. En todo caso lo que se requiere es que el progenitor

reconozca al hijo. Si la contratada fuese soltera, el progenitor podrá reconocerlo como hijo extramatrimonial suyo. Pero si fuese casada, el padre biológico deberá previamente impugnar la paternidad del marido, y recién ahí reconocer el hijo, de acuerdo a lo que establece el art. 250, segundo párrafo: *“no se inscribirán reconocimientos que contradigan una filiación anteriormente establecida. Quien pretenda reconocer al hijo deberá previa o simultáneamente ejercer la acción de impugnación de la filiación establecida”*. Pese a esto, la legitimidad activa para la impugnación de la filiación paterna matrimonial que inviste esta persona, está discutida, en virtud del art. 259 CC ya que la limitaría sólo al marido de la madre, al hijo y a los herederos del marido. Aunque hay un criterio amplio que le reconoce tal legitimación.

Título VIII.

XXVIII. Clonación reproductiva.

La clonación no reproductiva, o terapéutica, consiste en utilizar una transferencia de núcleo de célula adulta a un óvulo desnucleado para cultivar in vitro (en laboratorio) cepas celulares embrionarias, y luego linajes de células o tejidos que puedan utilizarse, sobre todo mediante transplantes, con fines terapéuticos.

En ningún momento se contempla la implantación en un útero, lo cual excluye toda posibilidad de embarazo y, por ende, de nacimiento de un niño. En otras palabras, esta técnica no es una técnica de procreación sino una forma de fabricar linajes de células o tejidos genéticamente idénticos al individuo del cual se extrajo la célula adulta de la cual proviene el núcleo utilizado.

La clonación reproductiva implicaría implantar el óvulo modificado por transferencia de núcleo en un útero femenino. Ahora bien, esto constituiría una experimentación humana en condiciones doblemente inadmisibles. Experimentación, en primer lugar, en las mujeres a las cuales se efectuarían

esas implantaciones, cuando en realidad todos los ensayos en animales muestran que la probabilidad de embarazo anormal y de aborto sería muy elevada.

En segundo lugar, experimentación en los pocos niños que llegarían a término y que, según los resultados de los mismos ensayos, tendrían todas las chances de presentar anomalías graves de desarrollo.

Una objeción fundamental a la "clonación terapéutica" tiene que ver con la cuestión de la naturaleza y del status de un embrión humano. La transferencia de núcleo somático para cultivar cepas celulares es presentada con frecuencia como una eventual fabricación de embriones humanos con fines de investigación o tratamiento, y no para hacer nacer un niño. Se habla entonces de instrumentalización o cosificación del embrión humano.

El debate se presenta a menudo como una alternativa entre cosificar o instrumentalizar el embrión humano —con la ofensa a la dignidad humana que eso implicaría— y trabar la investigación con los inconvenientes de índole.

Se trata de una potencialidad de embrión, o sea, una potencialidad de potencialidad. Desde ese punto de vista, si consideramos que un embrión es una persona, o incluso una potencialidad de persona desde la fecundación, sería mucho más coherente oponerse a la utilización de los embriones supernumerarios —que son verdaderos embriones producidos por la fecundación— que a la de células producidas por transferencia de núcleos somáticos a óvulos.

Al hablar de clonación podemos decir que si bien existen, a nivel internacional, dos instrumentos claves: Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO y el Convenio Europeo sobre Bioética, no existe regulación nacional que satisfaga.

XXIX. Algunas declaraciones y normativas internacionales y nacionales.

1 - UNESCO: *Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos*, adoptada por la XXIX Asamblea General, el 11 de noviembre de 1997, y asumida por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998.

- Art. 11: “Las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la clonación reproductiva de seres humanos, no deben permitirse”

2 - Consejo de Europa: *Protocolo Adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano en relación con la aplicación de la biología y la medicina, sobre la prohibición de clonar seres humanos*. París, 12 de enero de 1998.

- Art. 1: “Se prohíbe cualquier intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro, ya sea vivo o muerto”.

En estas dos declaraciones queda abierta, en principio, la permisibilidad de clonación no reproductiva (“terapéutica”).

3 - Parlamento europeo, Resolución del 12 de marzo de 1997:

- “Hace hincapié en que todo individuo tiene derecho a su propia identidad genética y en que la clonación humana está prohibida y debe seguir estándolo;

- “Urge a todos los Estados Miembros a que prohíban la clonación de seres humanos en todos los estadios de desarrollo, independientemente del método utilizado...”

4 - Países con legislaciones que explícitamente prohíben la clonación:

- Alemania (1990): punible incluso generar un embrión clónico, aunque no se transfiera.
- Argentina (1997)
- España: Código Penal (1995): Redacción confusa: Art. 161.1: *“Serán castigados... quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”*. Art. 161.2: *“... se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza”*.
- Francia (1994): en referencia con la eugenesia, se dijo que *“nadie podrá vulnerar la integridad de la especie humana”*.
- Reino Unido: Ley de Fecundación Humana y Embriología (1 noviembre de 1990): Permitido manipular y crear embriones hasta el día 14^a, con autorización gubernamental.

CAPITULO III: PRINCIPIOS DEL DERECHO COMPARADO

SOBRE LA PERSONA POR NACER Y METODOS DE FECUNDACION

Título IX: Legislación americana

XXX. Situación jurídica del concebido no nacido

La situación jurídica de la persona por nacer es muy similar en los países de América, por ejemplo: en todos los países (BRASIL, BOLIVIA, CHILE,

ECUADOR, MEXICO, NICARAGUA, PARAGUAY), se le otorgan los derechos y se les reconoce su personalidad jurídica, otorgándole la protección de la ley, una vez separado con vida del seno materno, y por ejemplo en el derecho Boliviano al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle. La diferencia principal entre estos países se basa en que hay algunos que le otorgan ciertos derecho a la persona por nacer, como es el caso de brasil y ecuador, y otros que nada dicen al respecto tal es el caso de Nicaragua.

En el caso de Chile, la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás. Lo mismo sostiene la legislación Ecuatoriana, la cual también agrega, que se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.

La legislación peruana, considera que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. Manteniendo que la vida humana comienza con la concepción en el seno materno, y el concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto lo favorece. Aunque la atribución de derechos patrimoniales esta sujeta a que la persona por nacer nazca viva.

También legislaciones como la de Puerto Rico sostienen que la personalidad y la capacidad jurídica dependen del nacimiento, entendiéndose por nacido a aquel que viva completamente separado del seno materno. También en el derecho de países como la Republica Dominicana, se regula la teoría del nacimiento, ya que se comienza a regular todo a partir del mismo, ya constando en las actas de nacimiento.

El derecho uruguayo se limita a afirmar de modo generalizado que son personas todos los individuos de la especie humana. Lo mismo sostiene la legislación venezolana, quien además resalta que el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien, y basta que haya nacido vivo para que sea reputado

como persona, a diferencia de los que sostienen legislaciones como la de Puerto Rico.

XXXI. La persona por nacer en la legislación de países Americanos

Venezuela

La legislación venezolana recoge en principio la teoría de la vitalidad. Sin embargo, toma en cuenta a la persona por nacer, es decir al nasciturus, ya sea que esté concebido (nasciturus conceptus) o que no lo esté aún (nasciturus concepturus).

En su Código civil ha determinado en el artículo 17 que "El feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien: y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo".

Contra poniéndose al criterio médico, considera que el feto constituye todo ser humano concebido mientras no haya nacido, independientemente del tiempo transcurrido de la concepción. Por lo tanto, en este caso no debe entenderse el término feto en su sentido médico, es decir, que se llama feto a partir de las ocho semanas de ovulación o de las diez semanas de la última menstruación de la madre.

Este artículo además determina que el feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien, es decir, cuando le favorezca, porque cuando no le favorezca el feto no puede quedar obligado.

En la legislación venezolana, la equiparación del feto al nacido está subordinada a que éste nazca vivo, sin importar que sea viable o no, de lo contrario se considera como si el feto no hubiese existido. En casos determinados toma en cuenta a la persona inclusive antes de ser concebida:

Artículo 1.443 del Código Civil:

"Los hijos por nacer de una persona determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido...".

Agrega el mencionado artículo que para aceptar la donación "los hijos no concebidos serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante según el caso...".

Perú

La legislación peruana, en el artículo 1 del Código civil de 1984 enuncia que el concebido o nasciturus es, un sujeto de derecho. Por lo que se puede entender que el Código civil peruano de 1984 se anticipo, así, a extraordinarios avances de la biología y la medicina.

Este, plasmo la regla "infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur", en su artículo 1, donde establece que "la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento". "la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales esta condicionada a que nazca vivo".

Colombia

En su legislación, la constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción.

Desde el momento de su nacimiento, el hombre es persona, tiene personalidad jurídica. Tiene un estado civil, atributo de la personalidad. Y si antes de ese momento la ley, permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de orden moral, político, en virtud de la justicia, etc. Razones que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico.

En cuanto a su Código civil, este en su artículo 90 dispone que “la existencia legal de toda persona Principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre”. Y en el mismo Código en el artículo 1019, establece que “para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión...”

De estas normas se determina que la existencia legal comienza con el nacimiento, y la vida con la concepción.

En el periodo comprendido entre la concepción y el nacimiento, se aplica una regla del Derecho Romano por la cual “El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable.

Existen en este Código civil varias normas que siguen el principio enunciado. Está el artículo 91, según el cual “la ley protege la vida del que esta por nacer”, norma que consagra una acción popular encaminada a proteger la existencia del no nacido, cuando esta de algún modo peligre.

Luego el artículo 93, le reconoce al que está por nacer la que se ha denominado una personalidad condicional, que le permite adquirir derechos sometidos a una condición suspensiva, condición que consiste en nacer, esto es, en sobrevivir a la separación completa de la madre.

Título X: Legislación europea

XXXII. Derechos a favor del embrión

En cuanto a lo que se refiere a Europa, cabe destacar dentro de los instrumentos que consagran derechos a favor del embrión, a la convención Europea sobre Bioética y Derechos Humanos (conocida como Convención de

Oviedo), en vigor desde 1999. Esta establece los límites que el orden jurídico considera necesario imponer a las aplicaciones sobre el ser humano de las técnicas resultantes del desarrollo de las ciencias biomédicas.

La “Convención Europea de Bioética” formalizada por el consejo de Europa el 4 de abril de 1997 y la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos” de la UNESCO de noviembre de ese mismo año, son también instrumentos de gran importancia.

El consejo de Europa, manifestó en varias oportunidades su opinión. En una recomendación de 1986 invita a los gobiernos de los Estados Miembros a limitar la utilización industrial de embriones y fetos humanos; a prohibir la creación de embriones humanos por fecundación invitro con fines de investigación, estén vivos o muertos, y a prohibir las manipulaciones o desviaciones no deseables.

En lo que respecta a **Italia**, La Corte Constitucional afirmó en una sentencia de fecha 22 de septiembre de 1998: “Corresponde al legislador la protección de la persona nacida a consecuencia de una fecundación asistida médicamente, respetando las diversas exigencias constitucionales. Sin embargo, ante la situación actual de ausencia de normas, es al juez al que corresponde investigar, en la globalidad del sistema normativo, la interpretación más idónea para garantizar la protección de los bienes constitucionales en juego”.

También en **Alemania** en el 1990, el parlamento federal aprobó la “ley sobre protección de Embriones” que sanciona con pena privativa de la libertad de hasta cinco años o con multa q quien de forma artificial produzca que se genere un embrión humano.

Francia por otro lado es el precursor en la materia, ya que se protege al “embrión humano” en una ley relativa al respeto del cuerpo humano de 1994. En esta se establece una pena de siete años de prisión y 700.000 francos de

multa la concepción in vitro de embriones humanos con fines industriales o comerciales y aquellos con fines de investigación.

Inglaterra, por su parte, ha creado una Comisión Asesora en Genética Humana a partir de la sanción de la “Ley de fertilización humana y embriología” en 1990.

XXXIII. Fecundación asistida y proyecto de ley sobre fecundación asistida en España.

Son pocos los países que han legislado específicamente.

La ley española, sancionada en noviembre de 1988, y es ésta la más revolucionaria.

Sus fundamentos son interesantes sobre todo al tomar posición frente a la cuestión principal, o sea el “status” biológico de este “ente” resultante de la fecundación asistida. En este sentido expresamente se asume el dictamen del Consejo de Europa en su recomendación 1046/86.

Contempla tres fases en el desarrollo embrionario. El primer estado denominado “pre-embrión o embrión preimplantatorio” que corresponde a la fase de preorganogénesis, designa al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta, aproximadamente, 14 días más tarde, cuando anida establemente en el útero, y aparece en él la línea primitiva. Por “embrión “propiamente dicho se entiende a la fase que, continuando la anterior, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos 2 meses y medio más; se corresponde esta fase con la denominada “embrión post-implantatorio”. Por último considera “feto” a la fase más avanzada del desarrollo embriológico, en la que se conoce al embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente, preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.

De acuerdo con lo expuesto, toma posición en el sentido que el momento de implantación es de necesaria valoración biológica, sosteniendo que antes a él el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre y con él se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Así concluye que el desarrollo embrionario presenta distintas fases embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración ética y jurídica, también deben serlo. Si bien no lo expresa en la ley “la humanidad” del embrión recién comienza a los 14 días.

En su articulado se establecen los siguientes principios:

Institucionalización de la donación de gametos bajo la forma de un contrato gratuito, formal y secreto, concertado entre el donante y el Centro autorizado. Se garantiza el anonimato del donante que deberá tener como mínimo 18 años de edad y no padecer enfermedades genéticas, hereditaria o infecciosas transmisibles. De esta manera la Ley legitima y alienta la fecundación heteróloga, con los potenciales conflictos consiguientes.

Toda mujer puede ser receptora si es mayor de edad y cuenta con libre consentimiento. Si es casada, necesita el consentimiento del marido.

La filiación no podrá ser impugnada una vez expresado el consentimiento por el marido y la mujer.

Se limita el diagnóstico y tratamiento de los pre-embriones vivos a la finalidad de valorar su viabilidad o tratar una enfermedad o impedir su transmisión.

Otro articulado autoriza la investigación o experimentación con la principal limitación que no se desarrollen “in vitro” más allá de 14 días después de la fecundación, descontando el tiempo en que pudieron haber estado crio-conservados.

Además establecen una serie de condiciones para obtener la autorización a los efectos de investigación o experimentación. Por último se

establece un catálogo de infracciones entre las que se incluye el mantenimiento de los embriones “in vitro” más allá de los 14 días, descontado el tiempo de crio-conservación.

Proyecto ley española fecundación asistida

El Gobierno Español ha presentado un borrador de una nueva ley de Reproducción Asistida que espera sacar adelante a finales de este año. En términos generales persigue dar un paso más en la liberalización en el uso de embriones humanos. Dos son los aspectos más importantes de este proyecto: posibilidad de fecundación ilimitada de embriones pudiendo dedicarlos a la investigación, y admisión del motivo de compatibilidad para la selección de embriones.

Este último aspecto es el que más han destacado los medios de comunicación. Los titulares han usado expresiones como “bebés salvadores”, “donantes perfectos”, “hermano para un milagro”, que se entienden al tratarse de textos periodísticos, pero que sin embargo pueden inducir a crear esperanzas superiores a la eficacia real de esta técnica. El acento se ha puesto en el interés por la utilización unos hermanos para curar a otros. La bondad del deseo de curar es innegable, y hasta aquí ha llegado la información. No se ha informado de otros aspectos de esta medida que sin embargo son muy importantes para saber de qué estamos hablando.

En primer lugar no es cierto que se trate de un método admitido en otros países. De todos los estados de la Comunidad Europea, tan sólo el Reino Unido lo admite desde julio de 2004.

En segundo lugar a nivel científico la literatura especializada recoge un solo caso que se publicó en JAMA (5/5/2004), en el que se produjeron 199 embriones de ellos 45 (23%) fueron compatibles inmunológicamente con alguno de los niños enfermos. De estos 45 embriones, se implantaron 28, consiguiéndose 5 embarazos de un solo embrión, de los que nacieron 5 niños sanos, inmunológicamente compatibles con los nueve enfermos para los que se

había diseñado esta investigación. Sólo se hizo el tratamiento con uno de los niños pacientes.

Lo más importante es que existe un método alternativo que está teniendo un gran desarrollo para el tratamiento de la leucemia y para la anemia de Fanconi, que son las enfermedades de las que se habla. Me refiero a la utilización de los bancos de sangre del cordón umbilical. Sólo en España hay siete bancos que reciben esta sangre y la preparan para los tratamientos. Hasta este momento se han llevado a cabo más 3.000 tratamientos con células procedentes de esta sangre.

No he visto que se haya publicado ninguna referencia a los embriones que no son compatibles con el paciente al que se desea hacer el trasplante. Se trata de embriones sanos, y además muchos. En el ejemplo que hemos puesto el 77% de los producidos. ¿Cuál es su destino? La muerte. Se trata de embriones humanos sanos que son destruidos, simplemente porque no sirven para la terapia que se quiere llevar a cabo.

Conviene también tener en cuenta la presencia en la Comisión Nacional de Reproducción Asistida de varios miembros de clínicas de reproducción asistida. Lógicamente ellos están interesados en que se amplíe la oferta de servicios que puedan ofrecer sus empresas.

Estamos ante un paso más en la conversión del embrión –individuo humano en sus primeros días de vida-, en un objeto del que sólo se busca su utilidad.

Como esto pueden parecer disquisiciones teóricas, hagamos la ficción de pensar en nosotros mismos. Imagínese que usted ha sido uno de estos bebés fabricados para “salvar” a otro. Qué piensa de su llegada a la existencia. Qué piensa de los otros seres humanos que llegaron a la vida al mismo tiempo que usted, y que no fueron los “elegidos”. ¿Le parece que es ético obrar de esta manera? ¿Le parece que la sociedad debe permitir este tipo de comportamientos?

XXXIV. Personalidad jurídica

El derecho moderno concede la personalidad a todo ser humano, pero exige ciertos requisitos para determinar su existencia. Estos requisitos varían según las legislaciones, pero mientras unas exigen simplemente el hecho del nacimiento, como los códigos civiles alemán, suizo, austríaco, portugués, italiano; otras en cambio exigen el requisito de la viabilidad, es decir, la aptitud para seguir viviendo, como es el caso del código civil francés.

En cuanto al momento en el que el derecho le atribuye al ser humano los derechos en que la personalidad consiste, hay dos momentos que pueden considerarse: el de concepción o principio de la vida intrauterina, o el del parto o comienzo de la vida extrauterina.

España

En la legislación española, en la constitución de 1978 se recoge el valor esencial de la persona. Su artículo 10 dispone que: *"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social"*. Se reconoce el libre desarrollo de la personalidad y considera persona al hombre revestido de su dignidad y titular de derechos inviolables.

El Código civil español en cuanto al momento en el que comienza la personalidad jurídica, es decir, de la atribución de derechos al ser humano, sigue el sistema romano, siendo uno de los pocos códigos que formula de forma expresa el principio de la protección jurídica al concebido.

De lo dispuesto en el art. 29, par. 1ª CC.: *"El nacimiento determina la personalidad"*; añadiendo el art. 30 a.C. que: *"Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno"*, aquí el legislador incurre en una notable imprecisión terminológica, pues un ser vivo es un feto mientras

permanece en el claustro materno, y deja de serlo desde el momento del alumbramiento, para pasar a ser un nacido o un aborto, si nace muerto.

El nacimiento del que habla el Código Civil exige unos requisitos para que se produzcan efectos civiles. Estos requisitos son:

1. separación completa del claustro materno, para lo que se requiere la rotura del cordón umbilical.
2. que el feto nazca vivo, ya que si nace muerto o no reúne alguno de los restantes requisitos legales, tiene la consideración de aborto.
3. que tenga figura humana, es decir, que no tenga defectos teratológicos o irregularidades biológicas que le impidan seguir viviendo.
4. que viva veinticuatro horas, empezando a cronometrarse a partir del corte del cordón umbilical, es decir, de la separación de madre e hijo.

Esta doctrina se fija especialmente en el requisito de las veinticuatro horas como exigencia de viabilidad, entendiéndolo de diversas formas: como una presunción iuris et de iure de viabilidad; como un criterio de viabilidad legal; como un plazo que otorga personalidad automáticamente si se cumple; como una solución que evita litigios innecesarios y otorga seguridad jurídica, y como una *conditio iuris*.

Por lo tanto, el nacido es persona civil desde que nace si vive 24 horas, dado que la eficacia civil que tiene el nacimiento va a estar darse si se cumple la condición de vivir veinticuatro horas. Esta condición se establece para evitar incertidumbres y discusiones sobre si un ser nació verdaderamente como ser humano vivo.

La prueba de nacimiento, es primordialmente la inscripción en el registro Civil, que debe instarse desde las veinticuatro horas hasta los ocho días de

alumbramiento. La inscripción en el registro no es un requisito para la adquisición de la personalidad, sino solo un medio privilegiado de prueba.

El Código español es uno de los pocos que formula de modo general el principio de protección del concebido y aun no nacido, siguiendo el principio romano que afirmaba que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (art. 29 CC.).

XXXIV. Directrices legales sobre embriones

Con respecto a las directrices legales en los distintos países de Europa se encuentran diferencias en lo que respecta al tema de los embriones.

País	Directrices legales sobre embriones en distintos países
Alemania	Situación legal
Australia	Prohibida
Bélgica	Permitida investigación con embriones, incluyendo la creación de embriones para investigación
Canadá	No autorización investigación académica, pero libertad en clínicas privadas
Dinamarca	No hay legislación. El MRC financia estudios sobre embriones sobrantes hasta 17 días. Hay creación de embriones para investigación.
España	Prohibida. Embriones sobrantes de FIV se destruyen enseguida
Estados Unidos	Investigación con embriones "no viables" sobrantes de FIV, de hasta 14 días.
Francia	No hay financiación federal sobre embriones. Libertad en el sector privado. Algunos estados tienen regulaciones restrictivas, y otros la permiten hasta el día 14.
Holanda	Permitida la investigación con blastómeros de hasta 14 días, pero no la investigación que suponga su destrucción. Consejo de Estado: recomendación para que se permita investigar en células madre con embriones sobrantes.

Noruega	Investigación sobre embriones sobrantes. Moratoria sobre creación de embriones
Reino Unido	Prohibida
Suecia	Investigación con embriones sobrantes

XXXVI. El niño por nacer. Situación Jurídica actual

Un problema que se presenta en la actualidad, debido al desarrollo científico en técnicas de fecundación asistida, es la crio-conservación de embriones. La Justicia considera a los embriones como personas, razón por la cual se designo un tutor para que vele por el destino de los embriones, ya que no existe legislación en nuestro país acerca del destino de los óvulos fecundados y su status jurídico. Un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de 1999 les concedió carácter de persona sujeta a derechos y ordeno censarlos para asegurar que no sean destruidos o manipulados.

La Comisión Palacio creada en la Cámara de Diputados (España 1984) para el estudio de la fertilización extracorpórea presidida por Marcelo Palacio y 6 parlamentarios más, 4 biólogos, 13 ginecólogos, 11 juristas y 8 filósofos y moralistas, estimó que “parecía un tanto forzado y en alguna forma una conclusión excesiva el extender al embrión una protección como merecía la persona humana en sentido propio...”. Esa Comisión no consideró que los embriones sean una simple cosa susceptible de apropiación o de libre circulación aconsejándose que se proteja su vida en cuanto potencialmente humana. Por su parte el art. 29 del Código Civil de España expresa “El nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el art. siguiente”.

En la “Convención Europea de Bioética”, suscripta en Oviedo, España el 4 de abril de 1997 se protegen los derechos humanos de cada persona y la dignidad del ser humano. Ni respecto de persona, ni de ser humano se brinda un concepto descriptivo. El alcance de la Convención respecto de la vida

prenatal, queda remitido al derecho interno, en ausencia de consenso a ese respecto entre los Estados Miembros... La Convención misma ofrece protección jurídica a la vida antes del nacimiento. .el art. 18-1 exige una protección adecuada del embrión in vitro, en cuanto la legislación nacional permita la investigación Derechos sucesorios de los embriones in vitro: Si existe vida humana concebida, pero no transferida al seno materno, se plantean dos problemas 1) respecto a la voluntad procreacional o derecho a la procreación del causante y 2) Cuál es el plazo para la transferencia del embrión crioconservado.

En cuanto al primer problema (derecho a la procreación-voluntad procreacional y derechos personalísimos) es preferible ya que específicamente a la fecundación post mortem se debe hacer hincapié en la voluntad procreacional del causante, entendiéndola como expresión de su consentimiento para que el embrión concebido pueda ser transferido al útero de su viuda. Se ha sostenido “Que el derecho a la autonomía individual en materia de procreación es una parte vital del derecho individual a la privacidad.” (Sup. Corte Tennessee {EEUU} 1/6/92- Davis, Junior Lewisvs .Davis Mary Sue).

Es pertinente aquí recordar que el Proyecto argentino de Reproducción Humana Asistida (1997) en su art. 8 establece que: El consentimiento queda sin efecto por fallecimiento o por expresa disposición de alguno o ambos miembros de La ley española 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, más restrictiva aún, en su art. 9 dice: 1) No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer a la fecha de la muerte del varón.2) No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el marido podrá consentir por escritura pública o por testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial.

En el mismo sentido la Ley de Filiación de la comunidad autónoma de Cataluña Ley 7/1991, expresa en sus fundamentos que “Parece oportuno regular así mismo la filiación en los casos de fecundación [post mortem], puesto que sin ignorar los delicados problemas de índole ética y jurídica que dicha inseminación plantea se pueden presentar y en la realidad de se dan dichos nacimientos. Art. 9. En los la transferencia de los gametos masculinos en el cuerpo de la mujer o de la fecundación del óvulo. Mientras que el art. 18.2 prohíbe la obtención de embriones para ser destinados a la investigación. El art. 29 establece que los Estados Signatarios – sobre la base de la cláusula “wider protection” podrán establecer niveles de protección. La ley española 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, más restrictiva aún, en su art. 9 dice: 1) No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer a la fecha de la muerte del varón. 2) No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el marido podrá consentir por escritura pública o por testamento que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial.

En los casos de nacimiento a consecuencia de fecundación asistida post mortem con gametos propios de cada uno de ellos el nacido es considerado hijo del marido de la madre o de quien convivía con ella.

Ya en el coloquio de la UNESCO de 1975 se advertía que “uno de los problemas mas importantes que se plantea en todo el mundo, radica en que”. Las ciencias sociales y del comportamiento, no progresan al mismo ritmo que las ciencias naturales y biológicas....”

CAPITULO IV: REFEXIONES DE DISTINTAS RELIGIONES SOBRE

LA PERSONA POR NACER Y METODOS DE FECUNDACIÓN ARTIFICIALES.

Título XI: Reflexiones generales.

Todas las religiones postulan que la vida humana es sagrada. Pero no todas se colocan ante los dilemas de la bioética con las mismas reflexiones e interpretaciones. Conocer las diversas posiciones de las religiones ante la clonación, el destino de los embriones in vitro y tantas otras realidades enriquece nuestras propias reflexiones.

En este título abordaremos el tema del comienzo de la existencia de la persona y de los diversos medios de concepción desde un punto de vista religioso. Con este objetivo nos avocaremos al análisis de la postura de diversos credos tales como el catolicismo, el islamismo, el protestantismo y el judaísmo.

En los hospitales ya existen capellanes y capillas, aunque el hospital sea laico los pacientes pueden tener convicciones religiosas y no hay razón de excluirlos de las técnicas médicas porque sientan temor de recurrir a ellas por razón de sus convicciones. Y por otro lado, ningún médico rechazaría la petición de un paciente moribundo que le solicitara recibir la unción de los enfermos. Entonces, si comprendemos las convicciones religiosas a la hora de morir, ¿por qué no tenerlas en cuenta cuando lo que está en juego es nacer?

Toda persona creyente está tentada a decir que lo que dice su religión es lo “justo” y lo que las otras dicen es “erróneo”. Es muy frecuente esta reacción. La realidad es que cada tradición religiosa aborda la realidad desde un ángulo determinado y por eso cada punto de vista tiene su justeza: el judaísmo tiene razón en insistir en la importancia de la filiación humana, el catolicismo la tiene al poner tanto acento en el respeto a la vida, tiene razón el protestantismo cuando apela a la responsabilidad personal, e igualmente la tiene el Islam al evocar sin tregua el valor del orden establecido por Dios en la Creación.

XXXVII. Persona por nacer en el Catolicismo.

El catolicismo es la única confesión religiosa en la que existe un Magisterio, un organismo encargado de establecer una enseñanza oficial. Sólo entre 1949 y 1987 las enseñanzas católicas sobre temas relacionados con la bioética suman unas quinientas páginas, además de otros muchos trabajos de distintos grupos, facultades y espacios de reflexión.

El catolicismo sostiene la postura de que el ciclo vital de un individuo humano se inicia con la fusión de los gametos, cuando se produce la penetración del espermatozoide en el óvulo. Refiriéndose a este tema el presbítero Juan Carlos Meinvielle declaró, en la reunión extraordinaria de la Comisión Nacional de Ética Biomédica celebrada el 30 de septiembre de 1999¹⁹, que “cada ser humano existe y comienza su desarrollo a partir de la unión de los gametos”. Desde el momento en que se produce la concepción el nuevo ser humano, un niño por nacer, quien ya posee toda la información genética que determina sus características físicas; sólo necesita tiempo, alimentación y un ambiente adecuado para su crecimiento y desarrollo. Esta religión reconoce el valor y la importancia de la investigación científica de la

¹⁹ Este documento fue publicado como suplemento del Boletín Semanal AICA N° 2241, el 1 de diciembre de 1999.

genética humana ya que esto constituye una importante dominio de la creación que ha sido confiada al hombre.

La Iglesia Católica establece que “el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”.²⁰

Sin embargo, las parejas católicas que recurren a prácticas médicas prohibidas oficialmente por su religión no son anatematizadas por su entorno, al contrario, estas parejas están siempre acompañadas y ayudadas psicológicamente por sus comunidades.

Al referirse a la fecundación in Vitro, la Iglesia Católica, la califica como una violación a la dignidad humana y moralmente ilícita, y dice que cualquier terapia de células germinales que implique la fertilización in Vitro resulta éticamente inaceptable. En la carta Encíclica *Evangelium vitae*, el Papa Juan Pablo II observó que las diferentes técnicas de reproducción artificial, aparentemente al servicio de la vida, en realidad abren la puerta a nuevos ataques contra ella.

“El embrión concebido en probeta es un ser humano y por ende es persona. La ausencia de norma al respecto no puede conducir a la negación de dicha calidad, pues por el solo hecho de existir es persona ya que el derecho no crea personalidad sino que la reconoce donde ya existe”.²¹ La llamada reducción embrionaria, es un caso de gravedad moral en el que se eliminan algunos fetos cuando se producen simultáneamente concepciones múltiples.

Respecto de la diagnosis prenatal, establece que esta es buena si se respetan la vida y la integridad del embrión y del feto humano, y si va dirigida a su salvaguardia y curación como individuo. Estas terapias embrionarias son

²⁰ *Donum vitae*, I, 1; cf. *Evangelium vitae*, 60.

²¹ Nelson G. A. Cossari, *El embrión de probeta. Su derecho a la personalidad y la protección de su vida*, ZEUS, Tomo 39, pag. 19-22.

aceptadas por la Iglesia Católica en cuanto ofrecen la posibilidad de curar a aquellos no nacidos que padezcan patologías incurables, o muy difíciles de curar, luego de producido el nacimiento.

XXXVIII. Persona por nacer en el Protestantismo.

Desde hace mucho tiempo los protestantes organizan consultas sobre estos temas entre sus creyentes. En Francia, la última de estas consultas consistió en el envío en diciembre 2001 de un texto sobre la clonación, invitando a los miembros de quinientas asociaciones de la Federación protestante de Francia a reflexionar sobre esta cuestión durante varios meses y a lograr acuerdos.

El aspecto sagrado de la vida humana brinda una justificación para determinar cuándo la investigación científica debe cesar y desistir. Esta religión rechaza las investigaciones científica que utilizan a las personas como cobayas humanas, pero como el cartografiado del genoma no viola el aspecto sagrado del individuo, en principio no existe motivo alguno para no participar en dicha investigación.

Los protestantes se preguntan sobre la utilidad de la fecundación in vitro y concluyen que como de todas maneras estos embriones están destinados a ser destruidos si no son implantados en algún útero, entre ser destruidos y no servir para nada y ser útiles a alguien, eligen la opción de la utilidad.

Sostienen que los embriones deben ser tratados con consideración y respeto, pero rechazan toda “embriología”. Es el momento de la implantación en el útero materno el que es decisivo, y no el de la fusión de los gametos. Lo importante son los objetivos: si la clonación se destina a una terapia es un signo de solidaridad.

XXXIX. Persona por nacer en el Islam.

El Islam está íntimamente ligado a la Medicina desde el comienzo de su historia. La medicina experimental debe mucho a los grandes médicos musulmanes del siglo VIII al siglo X, quienes sin duda se sentían impulsados a la búsqueda de tratamientos para la enfermedad por este hadith: Estad seguros de que Dios no ha creado ninguna enfermedad sin haber creado también su remedio. Los hadith y el Corán toman posiciones que podríamos calificar de bioéticas usando el lenguaje actual: el Profeta aconsejaba evitar las ciudades donde la peste hacía estragos, pero ordenaba permanecer en ellas cuando se declaraba la peste. Hoy, y desde hace más de dos décadas, la reflexión sobre los problemas bioéticos se lleva adelante en distintos continentes.

Sostiene que el universo y la naturaleza fueron creadas por Dios con objetivos específicos, pero que igualmente el hombre puede transformar la naturaleza mediante sus aptitudes e inteligencia.

En un hospital en Francia una joven mujer musulmana que padecía una enfermedad genética que hacía que sus embarazos resultaran muy riesgosos para su salud, después del nacimiento de su segundo hijo, no quiso escuchar a los médicos que le recomendaron no tener más hijos y quedó nuevamente embarazada. Según lo previsto, tuvo problemas y en el cuarto mes su presión alcanzó niveles muy elevados. El médico que la atendía le advirtió que sólo sobreviviría si se practicaba de inmediato un aborto terapéutico. La joven rechazó la idea.

Tras 45 minutos de discusión, los médicos lograron que la mujer los autorizara a solicitar a la Mezquita de París un permiso para interrumpirle de inmediato el embarazo. Una hora después, le informaban una comisión de teólogos que se había reunido que los textos de la sharia autorizaban a la mujer a no poner en peligro su vida. Hizo falta una hora y media más de discusión antes de que la paciente, sollozando, aceptara la interrupción terapéutica de su embarazo. Dos días después, su presión arterial volvía a ser normal.

La fecundación in Vitro es tomada con reservas por esta religión. Pero, ¿que sucede cuando se fecundan varios óvulos y no todos son implantados en el útero de la madre? Debido a que esta religión musulmana prohíbe matar, algunos teólogos establecen que no se le puede quitar la vida a estos embriones concebidos in Vitro, debido a su potencial genético para convertirse en persona.

El almacenamiento de seres humanos en potencia en los bancos de embriones , el riesgo de causar un cambio de la persona, la posibilidad de multiplicar de modo inédito a un individuo, crear nuevas especies o condicionar de antemano a los que van a nacer, son puntos preocupantes desde la óptica Islámica, según estableció Azeddine Guessous al referirse al tema.

En lo referido a los bancos de espermia, esta rechazado absolutamente, debido a la prohibición del adulterio, es la fecundación de una mujer con el espermia de un donante que no sea su marido.

XL. Persona por nacer en el judaísmo.

La Halaja es el cuerpo normativo de la vida judía. Es la puesta en práctica de todos los preceptos bíblicos y las prescripciones rabínicas expuestas en el Talmud. La Halaja se compone de normas, leyes y costumbres que rigen la vida del judío desde el nacimiento hasta la muerte, desde el alba de cada día hasta el próximo amanecer.

- Los mecanismos de la Halaja

Hay dos principios importantes para la determinación Halajica de un tema:

En primer lugar en casos nuevos, como los que queremos analizar, para los cuales obviamente no existe jurisprudencia rabínica ni Talmudica, los Rabinos legisladores contemporáneos (en hebreo Poskim) desarrollan sus veredictos en base al análisis comparativo de casos o principios legales similares que encuentran en la legislación Halajica que los antecede. Para determinar su decisión los Rabinos deben tomar en cuenta todos los criterios a favor y todos los puntos en contra.

En segundo lugar, en el judaísmo actual, post talmudico no existe un cuerpo legislativo supremo oficial, como era el caso del Sanhedrin en la antigüedad (por cuya restitución rezamos tres veces por DIA). Cada Posek, por lo general, elabora su veredicto individualmente y es acatado por sus fieles, los cuales adoptan su opinión por la pertenencia comunitaria o su extracción histórica común (Sefaradim, Ashkenazim etc.).

A veces varios Rabinos concuerdan con un mismo veredicto, y a veces no.

De hace la dificultad de exponer una opinión Halajica única e indiscutible.

Como ejemplo del tratamiento Halajico de un tema medico con implicancias éticas nos referiremos ahora al problema de la esterilidad.

Si bien los sabios judíos de la antigüedad discutieron acerca de la posibilidad teórica de la concepción sin que medie relación sexual (Masejet Jaguiga, 15a) el pronunciamiento directo respecto a la inseminación artificial es, obviamente, reciente. Sobre el tema no existe un consenso total en todos los puntos. No obstante, la mayoría de los Poskim contemporáneos se inclina por autorizar la inseminación artificial siempre y cuando se realice con el semen del propio marido.

Hay dos principios Halajicos básicos en favor del tratamiento de la infertilidad.

Ante todo el precepto bíblico –el primero de la Tora– mencionado en Bereshit “Peru uRbu”, “Fructificaos, multiplicaos y colmad la tierra”, dice el Creador a Adán y Eva. Precepto que la Halaja, por su parte, encuadra estrictamente dentro del marco familiar.

Otro criterio invocado a favor de este caso es el de Guemilut Jasadim (Obrar el bien) que deriva del famoso mandamiento que se menciona en Vaikra “Amaras a tu prójimo como a ti mismo”. De hecho la obligación moral de asistir al semejante según sus necesidades. Pocas circunstancias hay, tan nobles como ayudar a una pareja a realizarse como padres.

Por otro lado, existen ciertas complicaciones.

La primera que mencionan la mayoría de los Rabinos es la utilización de semen de un tercero, lo cual acarrea problemas de filiación e identidad Halajica irresolubles. Por eso coinciden en prohibir la inseminación artificial con el semen de otro hombre que no sea el propio marido.

En segundo lugar varias autoridades rabínicas temiendo un abuso de la utilización de este método estipulan que debe existir un tiempo de espera o el veredicto de al menos dos especialistas médicos que determinen la imposibilidad del embarazo natural y la efectividad del método, antes de apelar a la inseminación.

Otro punto de controversia se relaciona con la extracción del semen, ya que su derramamiento se considera en el judaísmo una afrenta y los Rabinos que autorizan la inseminación mencionan medios de obtención lo mas cercano posible a lo natural.

A través de métodos tecnológicos desarrollados en las ultimas décadas es posible fecundar el óvulo femenino con semen masculino fuera del cuerpo de la mujer (in vitro, o sea, en un tubo de ensayo) para luego regresar el cigoto u óvulo fecundado al cuerpo de la madre, dueña del óvulo, o congelarlo y mas adelante insertarlo en su cuerpo o en el de otra mujer. El cigoto, al ser

reinsertado, se desarrolla como en un embarazo normal, aun cuando la madre portadora (embarazada) no sea la dueña del óvulo original.

Para la determinación Halajica de este caso, los Poskim están divididos. Por un lado los que la prohíben razonan que a los inconvenientes de extracción del semen, tiempos de espera y otros mencionados en la inseminación artificial se suman problemas adicionales. En este caso, dicen, cuando el intento de fecundación no tiene éxito, el semen se considera derramado en vano, ya que, a diferencia de la inseminación artificial, Este se utiliza fuera del cuerpo de la esposa. Además, agregan, al tratarse de una concepción extrauterina, en su opinión no se cumple el precepto bíblico de la reproducción.

No obstante, numerosos Poskim autorizan la fecundación in vitro bajo las mismas premisas exigidas para la inseminación artificial, y consideran que también a trabes de este método se concreta el primer mandamiento de la Tora.

La principal complicación se presenta en el alquiler de vientre, método que los Poskim coinciden en prohibir. En un caso común de fecundación in vitro los padres biológicos son los padres naturales de la criatura. Pero que sucede cuando una mujer (A) que no puede llevar adelante su embarazo apela al vientre de otra mujer (B) para dar a luz a su hijo, concebido in vitro. ¿Quién es la madre en este caso? ¿Es la dueña del óvulo (A) o la que dio a luz (B) al bebe? Los dos elementos naturales de la maternidad, la concepción y el parto, hache se oponen uno al otro. ¿Como saber cual de estos dos elementos es el determinante excluyente de la maternidad?

¿Y quien es el padre? ¿El padre biológico o el esposo de la señora (B)?

Por todos estos conflictos de filiación los Poskim no autorizan este método. (Aunque por otro lado continúan avanzando en su análisis jurídico para determinar el status a posteriori.) Cabe destacar que las causas Halajicas de esta prohibición son ciertamente pragmáticas. A diferencia de otras religiones la oposición no se basa en conceptos relacionados a la antinaturalidad del método. En el judaísmo nunca se adopto la postura que critica la intervención

del hombre o la tecnología por El creada en procesos naturales. Por el contrario, el ser humano es el socio de Dios en la creación y el mejoramiento del mundo y todo lo que este en su posibilidad hacer para mejorar la naturaleza es loable que lo realice.

En la medida que la ciencia avanza, la Halaja a trabes de los Poskim, deberá pronunciarse en temas como clonación humana, gestación con fines de ablación, gestación en vientre mecánico, y quien sabe que otras complejas técnicas medicas y genéticas.

Nada nos lleva a pensar que los próximos anos serán más sencillos para la bioética y la Halaja. Pero a trabes de los fascinantes mecanismos de la ley judía, las brillantes mentes de sus expositores continuaran explorando nuestras fuentes en busca de las respuestas que tanto necesitamos.

En el judaísmo existe una diversidad de corrientes. Para resolver las cuestiones bioéticas difíciles se recurre, como para cualquier otra cuestión de la vida cotidiana, a los textos de la Torah o del Talmud y a su interpretación por algunas autoridades que gocen de reconocimiento en el pueblo, así vemos que en el judaísmo siempre ha existido una reflexión bioética, y no es necesario crear una estructura específica.

Para este credo el hombre cumple con una función fundamental, que es la coronación de la creación; por lo que no hay nada malo en que éste juegue a ser Dios si lo hace con el fin de mejorar la creación y si actúa de forma responsable.

Debido que el judaísmo no define al embrión como individuo viviente durante el primer mes de gestación, se esta quitando un importante obstáculo para la manipulación genética, aunque para la ley judía la interrupción de un embarazo, sin razones que lo justifiquen, no debe constituir una práctica normal.

El judaísmo distingue entre los embriones producidos in vitro y los que ya están alojados en el seno de una madre, considerando que el embrión en una probeta no es potencialmente una persona humana. Hace poco, en un hospital israelí numerosos embriones supernumerarios congelados estaban en peligro de destruirse porque la máquina de congelación que los guardaba se dañó. Era sábado. ¿Qué era mejor: transgredir la Ley del sábado realizando un trabajo para salvar la vida de esos embriones o respetar la Ley, teniendo en cuenta que esos embriones no eran vidas humanas? Los médicos no dudaron y repararon urgentemente la máquina. Después de esta decisión, hablaron los rabinos: lo correcto hubiera sido cumplir con el sábado.

El punto de vista del judaísmo se construye en torno a la prohibición. Como en la clonación terapéutica no se transgrede ninguna prohibición, ya que no se utiliza esperma, y como el embrión producido y empleado no ha cumplido los cuarenta días, plazo que lo convierte en una “persona”, no existe ningún problema de fondo.

Los judíos no consideran estos embriones personas potenciales porque fueron fecundaciones in vitro -no nacidos de la relación sexual hombre-mujer- y porque no alcanzaron los cuarenta días, no se oponen a la utilización de sus células.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, hemos expuesto un análisis sobre los distintos aspectos y debates bioéticos, religiosos y jurídicos que plantea la procreación asistida, entendida como uno de los acontecimientos científico-tecnológicos más importantes del siglo XX.

Como es fácilmente apreciable, estas técnicas biomédicas ya no se presentan sólo como una alternativa a la esterilidad humana, sino que significan

la posibilidad del hombre de controlar su propia evolución genética e influir sobre ella, modificándola.

El uso de estas prácticas exige un gran sentido de la responsabilidad si partimos de considerar que no todo lo científicamente posible es éticamente aceptable. Si no se partiera de tal premisa, y mediante la ingeniería genética, se podría arribar a experimentos indeseables: la clonación (método que partiendo de la manipulación químico-celular, permite obtener individuos idénticos a partir de un solo sujeto), la ectogénesis (gestación integral de un ser humano en laboratorio, desde su fecundación in vitro hasta que éste adquiriera respiración pulmonar), la fecundación y gestación "Inter Epecies" (posibilidad de fecundar óvulos de mamíferos con gametos humanos o viceversa) y la gestación en el varón son algunos de los ejemplos que podemos mencionar y, a los que hay que agregar también la elección del sexo, del color de ojos, etc.

Asistimos, entonces, a una época en la que resulta imperioso hallar un equilibrio entre el desarrollo y la investigación científica y la dignidad y la vida humana. Para ello, resulta inevitable adoptar una postura con respecto al inicio de la vida humana y de la persona, pues del criterio que se tenga acerca del hombre dependerá fundamentalmente la posición que se adopte respecto de temas como fecundación asistida, aborto, experimentación con embriones o eutanasia. De allí la importancia del presente trabajo.

No cabe duda de que la vida humana comienza con la unión del óvulo y el espermatozoide, ya sea dentro o fuera del seno materno. A partir de ese momento se trata sólo de un proceso evolutivo de un mismo ser, que comenzará en el momento de la fusión de los gametos y culminará con su muerte.

Estamos convencidos de la supremacía de ciertos valores, tales como la dignidad humana, el derecho a la vida y el derecho del menor a crecer en un ambiente familiar armónico, en donde se respete su identidad, definida como un derecho subjetivo que se reconoce a todo ser humano frente a los demás, pero que correlativamente, cada individuo está obligado de la misma manera frente a

los otros. Asimismo, se equipara la identidad con la filiación, protegiendo el derecho esencial de toda persona a conocer su origen, su procedencia, convirtiéndose así, en una aspiración connatural del hombre en la que se encuentra involucrada su dignidad. No obstante esta última apreciación creemos que debe respetarse y protegerse la identidad de donantes.

Creemos necesaria una legislación en la que se regule esta temática, ya que actualmente estas técnicas se llevan a cabo sin otra normativa que las rija que las que emanan de las leyes de fondo, las cuales no fueron dictadas pensando en regular ni estas técnicas, ni las controversias y posibles ilícitos que pudieran surgir de su implementación.

La legislación que se sancione en un futuro sobre fecundación asistida, deberá comprender los derechos personalísimos del embrión, sea que se encuentre en una probeta o ya implantado en el útero y que se derivan de las reglas constitucionales vigentes en nuestro país, brindando una amplia protección jurídica contra todo ataque a estos derechos, desde el momento de la concepción, in vivo o in vitro.

Finalizando, debemos recordar, la necesidad de reconocer primacía a los intereses de los verdaderos protagonistas de estas técnicas de reproducción humana asistida: los de la persona por nacer, y los de la mujer que se somete a dichas prácticas por cuanto es sobre su cuerpo donde se desarrollan las mismas. Una legislación -de carácter restrictivo- que respete estos pilares será la más compatible con los principios que animan nuestro ordenamiento jurídico.

INDICE

INTRODUCCIÓN

..... 1

CAPITULO I: ENFOQUE MEDICO DE LA CUESTION

Título I. Procedimiento de la fecundación humana.

..... 4

I La reproducción4

II. Los Gametos.....4

III El coito.....5

IV. La fecundación.5

V. Segmentación e implantación.....6

VI. Saco amniótico.....6

VII. Desarrollo embrión.....7

VIII. Desarrollo fetal.....8

IX. Paralelismo Fecundación in vitro.....9

Título II. Infertilidad.

.....9

V. Evaluación y tratamiento del hombre que consulta por esterilidad.....9

VI. Causas de esterilidad masculinas.....10

VII. Evaluación de la mujer que consulta por esterilidad.....11

VIII. Causas de esterilidad femenina.....12

Título III. Fecundación in-vitro, su historia.....13

Título IV. Técnicas de reproducción asistida.....14

IX. Técnicas de baja complejidad: inseminación artificial (IUI).....14

X. Técnicas de mediana complejidad: GIFT.15

XI. Técnicas de alta complejidad: FIV, PROST, ZIFT o TET, FIVET. 16

XII. Recolección de los ovocitos.....18

XIII. Transferencia de embriones.....19

XIV. Clonación.....20

XV. Clonación Reproductiva.....21

CAPITULO II: COMIENZO DE LA EXISTENCIA LA PERSONA FÍSICA

EN EL DERECHO ARGENTINO

Título V. La persona física en el derecho argentino. Consideraciones generales.
..... 19

XVI. Concepto jurídico de persona.....	19
XVII. Desde que momento se considera que existe la persona física.....	19
XVIII. Reconocimiento de la personalidad jurídica desde la concepción.....	21
XIX. “Nasciturus”: condición resolutoria del nacimiento con vida.....	22

Título VI. Aspectos jurídicos de las nuevas técnicas de fecundación..... **23**

XX. Fecundación asistida: aspectos jurídicos.....	23
XXI. Naturaleza jurídica del embrión.....	25
XXII. Los derechos personalísimos del embrión humano.....	28
XXIII. Consentimiento en las técnicas de procreación asistida.....	29
XXIV. Derecho a la identidad del menor y su relación con la fecundación asistida.	30
XXV. Usuarios de las técnicas. Mujeres casadas. Convivientes de hecho. Mujer sola.	34
XXVI. Fecundación post mortem.....	36

Título VII..... **38**

XXVII. Nacimiento de un nuevo instituto en el derecho de familia. Contratos de maternidad subrogada.	38
---	----

Título	VIII.
.....	41
XXIII. Clonación reproductiva.....	41
XXIX. Algunas declaraciones y normativas internacionales y nacionales.	43

CAPITULO III: PRINCIPIOS DEL DERECHO COMPARADO
SOBRE LA PERSONA POR NACER Y METODOS DE FECUNDACION

Título	IX:	Legislación
<u>americana</u>		45
XXX. Situación jurídica del concebido no nacido.		45
.....		
XXXI. La persona por nacer en la legislación de países Americanos.		46
.....		
Título	X:	Legislación
		<u> europea</u>
.....		48
XXXII. Derechos a favor del embrión		48
XXXIII. Fecundación asistida y proyecto de ley sobre fecundación asistida en España.		50
XXXIV. Personalidad jurídica		53
XXXV. Directrices legales sobre embriones		55
XXXVI. El niño por nacer. Situación jurídica actual		56
.....		

- BARBIERI, Javier H., "XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil".
- BISCARO, Beatriz, "Fecundación asistida". Ed. Longman. año 1999
- BORDA, Guillermo Antonio, "La persona humana", Ed. La Ley, 2001.
- CATECISMO DE LA IGLESIA CATOLICA. Ed. Librería Juan Pablo II. Colombia, 1992. Pág. 520.
- COBAS, "De la existencia de la persona humana"
- CORDOBA, Marcos M., "Reproducción humana asistida. Tendencias Nacionales- Legislación Extranjera"
- C.S. 5/3/02. Portal de Belén, Asoc. sin fines de lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo. E.D. Nro. 10.478 9/4/02
- Embriología humana, Ed. Panamericana
- Enciclopedia Temática Océano
- GHERSI, Carlos A., "Derechos fundamentales de la persona humana", Ed. La Ley, 2004.
- LACADENA, Juan J., "Aspectos genéticos de la reproducción humana" en "La fecundación artificial, ciencia y ética", Ed. Covarrubias, Madrid, 1985
- LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana. "Procreación humana artificial: un desafío bioético". Ed. Depalma. Buenos Aires, 1995.
- MENDEZ COSTA, María Josefa y D'ANDORNO, Daniel Hugo. "Derecho de Familia". Ed. Rubinzal Culzoni. Santa Fe.
- NUCCI, Armando, COLOMBRES, Ma. Laura y otros. "Fertilización asistida. Aspectos médicos, bioéticos y jurídicos". XXIII Jornada Notarial Argentina, 1994.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D., "Derecho Civil. Parte General", Ed. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2000

RAMOS, Julio A. "Las técnicas de reproducción asistida y el derecho de filiación". XXIII Jornada Notarial Argentina, Córdoba, 1994.

RIVERA, Julio César. "Instituciones de Derecho Civil". Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1994.

RIVERA, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil". Bs. As. ABELEDO PERROT, 1994

ZANNONI, Eduardo, "Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Ed. Astrea 1995.

PAGINAS CONSULTADAS

www.aaba.org.ar

www.bioetica.bioetica.org

www.eldial.com.ar

www.gineconet.com

www.legalmania.com.ar

www.obtampones.com

www.portaldeabogados.com

www.quimicaviva.fcen.uba.ar

www.todoelderecho.com.ar

www.tora.org.ar

www.vidahu.org