

## **La Tutela en la Protección de los Derechos del Embrión Criocervado**

### **The Guardianship in the Protection of the Rights of the Criocervated Embryo**

Héctor Arcelio Mosquera Pazmiño  
Universidad de Guayaquil  
hector.mosquerap@ug.edu.ec

**Resumen:** El Derecho Civil es conocido por todos como una rama del derecho general por estar implícitas en las relaciones típicas y atípicas de las personas, como lo son: de su nacimiento, bienes, derechos sucesorios y contratos, actualizándose de acuerdo al avance de la sociedad. Un tema no tan común pero si importante son las nuevas técnicas de fertilización humana que conlleva conflictos bioéticos, dejando al legislador la palabra final, dando un resultado de la valoración ética, medica, jurídica y filosófica, cuyos problemas deben de afrontar sobre la tutela de los embriones criocervados, marcos jurídicos integrales que observen las capacidades y limitaciones de las clínicas sobre determinadas prácticas, intentando adecuarlos sobre los estatutos y protocolos internos. El bioderecho es una rama uniforme y “autónoma” cuyo objetivo es regular el curso de la ciencia biogénicas y que estas sean aplicadas en la práctica del ser humano, pues los avances científicos en cuanto a genética ha conllevado que determinadas situaciones jurídicas sean previstas en el Código Civil.

**Palabras claves:** crio-cervados, bioderecho, preembrión, Iusnaturalistas, Gametos, desvitrificación.

**Abstract:** Civil Law is known by all as a branch of general law because it is implicit in the typical and atypical relationships of people, such as: their birth, assets, inheritance rights and contracts, updating according to the progress of society. A not so common but important issue are the new human fertilization techniques that entail bioethical conflicts, leaving the legislator the final word, giving a result of the ethical, medical, legal and philosophical assessment, whose problems must be faced on the protection of cryo-preserved embryos, comprehensive legal frameworks that observe the capabilities and limitations of clinics on certain practices, trying to adapt them to internal statutes and protocols. Biolaw is a uniform and "autonomous" branch whose objective is to regulate the course of biogenic science and that these are applied in the practice of the human being, since scientific advances in terms of genetics have led to certain legal situations being provided for in the Civil Code.

**Keywords:** cryo-preserved, biolaw, preembryo, naturalists, gametes, devitrification.

## **I. – INTRODUCCIÓN**

Es de conocimiento general que el derecho civil es conocido como una rama del derecho general y supletoria por excelencia, por estar implícitas en las relaciones típicas y atípicas de las personas – de su nacimiento, bienes, derechos sucesorios y contratos-del cual se entiende que se actualiza de acuerdo al avance de la sociedad. El tema de las nuevas técnicas de fertilización humana, recrea un sinnúmero de modificaciones que tiene como fin la actualización de conceptos sobre lo que “es persona y propiedad”, decidor sobre los conflictos bioéticos, dejando en el legislador la palabra final resultado de una valoración ética, medica, jurídica y filosófica. Problemas que por necesidad debe de afrontar, sobre la tutela de los embriones crio-conservados, marcos jurídicos integrales que observen las capacidades y limitaciones que poseen las clínicas sobre determinadas prácticas, pretendiendo la adecuación en virtud de sus estatutos y protocolos internos.

## **II.- Desarrollo del Tema**

### **1.- Bioderecho. - Una mirada en el derecho Civil**

El bioderecho comprendido dentro los derechos de cuarta generación, es una rama uniforme y “autónoma”, que tiene como objetivo regular el curso de las Ciencias biogénicas y su aplicación práctica en el ser humano. Es decir, regula las situaciones jurídicas relacionadas con el devenir científico “que involucran la dignidad, identidad y vida del hombre” (Varsi Rospigliosi, 1995). El derecho civil regula las relaciones entre particulares, bienes, sucesiones y contratos. El derecho civil siendo “la más antigua por antonomasia regulando las relaciones jurídicas de familia y la propiedad” (Cabanellas, 1979) . Los avances científicos en materia genética conllevaron que determinadas situaciones jurídicas sean previstas por el derecho Civil, situaciones que se relacionan con el Bioderecho tales como:

- a) El principio de la existencia de la persona.
- b) Los contratos efectuados con ocasión a los pactos de procreación entre parejas haciendo uso de técnicas de fertilización asistida, entre ellos se observa: los sujetos beneficiarios, el marco de licitud de las prácticas, etc.
- c) Sobre el ámbito de atinencia y responsabilidad por parte de los Centros de Fertilización Asistida, en relación a los daños ocasionados por mala praxis.
- d) El estatus de la persona en el derecho de familia, la identidad biológica y la identidad filiatoria, habilitación de pruebas sobre presunciones de paternidad y maternidad (HLA Y ADN).

e) Cuestiones sobre el derecho de suceder: sobre la procedencia e improcedencia del derecho sucesorio en favor del nacido mediante inseminación post mortem.

## **2.- Determinación de la vida Humana**

### **2.1.- Desde la ovulación (fecundación del espermatozoide en ovulo). –**

Arturo Alfonsín afirma que el embrión pertenece a una “fase celular que constituye a la génesis de la vida”. Por consiguiente, repudia la exclusión de los embriones en cámaras de crio preservación. El fundamento a su exclusión radica en los cambios embrionarios en relación a su individualidad, es decir, puede producirse gemelos, que para Alfonsín no posee fundamentos pues su derivación de acuerdo a un número determinado no alteraría su especie. Alfonsín considera al “embrión como una vida en potencia” (Messina de Estrella Gutierrez) y fase preliminar del desarrollo de un ser humano.

Sobre la consideración de “preembrión” para broekman “es una consideración medica” habilitante a la investigación de material genético liberatorio de prejuicios y conflictos éticos que pueden obstruir curso de la experimentación.

## **3.- Estatus Jurídico del Nasciturus**

### **3.1.- La persona Humana. - Concepción Jurídica desde el Código Civil**

Persona se define en base a diversos criterios filosóficos, jurídicos y científicos como el “ente” sujeto de derechos, deberes y obligaciones, definición plasmada en el Código Civil argentino Anterior. Persona es concebido como en sujeto material cuya “existencia es visible” (artículo 1), es decir es apreciable a los sentidos. Este concepto está acompañado al criterio Filosófico de Rene Descartes, quien aseguraba “lo único de lo que estoy seguro es de que existo”, cuya existencia está respaldada por su apreciación material en composición del mundo sensible. Cronológicamente partimos de diferentes concepciones en torno a la persona de acuerdo a criterios filosóficos, médicos, sociales, culturales y jurídicos, entre ellos:

a) Hans Kelsen comprueba la existencia natural del hombre cuya concepción está sujeta a sus relaciones intersubjetivas (sociales, morales y jurídicas), “capaz de contraer derechos y obligaciones”. (Kelsen, 1946)

b) En el derecho civil, persona es el ente natural o ficticio de las “relaciones jurídicas con capacidad de adquirir derechos y obligaciones”. (Granizo, 1992)

El Código Civil Italiano, hace énfasis a la existencia material, dispuesto como la “persona física”, al Igual que sus homologas paraguayo (artículo 25) y costarricense (artículo 31)

El proyecto de 1988, Persona” es considerado como una noción subyacente, con anterioridad a la ley. Siendo su origen la “misma naturaleza”, constituyéndose epicentro y fin de la preocupación jurídica. En si la aptitud de ser humano, -es decir su pertenencia a la “especie humana” proveniente de la naturaleza- es lo que prescribe la condición de “persona humana”. Según Larrea Holguín (autor ecuatoriano) persona “es el momento de la iniciación de la vida individual del ente jurídico”, criterio acompañado del artículo 60 del código civil ecuatoriano la cual declara que “el nacimiento de una persona fija el comienzo de su existencia legal, condicionado a la separación en su completitud del vientre materno, nacido con vida” (Codigo Civil , 2015).

La Ley de Registro Civil -artículo 130- provee una definición jurídica en relación al estado de “Nacido o Nacimiento Vivo”. Nacimiento o nacido vivo se refieren “a la sustracción en su completitud del recién nacido -“producto de la concepción”- del vientre materno, con signos de supervivencia independientes tales como respiración, palpitations del corazón, movimiento muscular independiente de su unión con el cordón umbilical” (Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, 2013).

### **3.2.- Regla de atribubilidad de la personalidad al con concebido, no nacido**

El Código Civil español en el Artículo 29 y 30 registran las condiciones de atribubilidad de la personalidad enmarcado en situaciones condicionantes tales como “el nacimiento”, como fundamento “determinante de la personalidad”, de los cuales la ley anterior a la reforma 20/2011 determinaba como requisitos en su artículo 30:

a) Composición física humana: se refiere a las cualidades somáticas del género humano (antropomorfo) que no excluye distinciones de raza, sexo, o malformaciones resultado de patologías congénitas o causados durante el embarazo.

b) El desprendimiento del vientre materno. - La vida exógena al vientre materno condicionado a las 24 horas de vida, la cual de no sobrevivir se desestima su existencia.

Lo que conllevó a la modificación por la ley 20/2011 – la cual instituye como requisito de atribubilidad el nacimiento con vida junto con el desprendimiento completo del vientre materno- es la estipulación temporal que no determina cambios genéticos posteriores a su desprendimiento, lo que contribuye a la reflexión que durante las 24 horas

posteriores no existe argumento medico sobre: 1) “Si ese devenir temporal atribuye cambios que determinan la personalidad, o 2) “Si el desprendimiento no es suficiente para dar como resultado un ser comprendido dentro de la especie humana”. Esta reforma trajo consigo a eliminación de la *conditio iuris* de personalidad.

### **3.3.- El curator ventris y los derechos del nasciturus**

Podemos nombrar como características innatas de la persona, en primer lugar, 1) “la facultad de formar parte de la especie humana”, así mismo 2) Su diferenciación del resto de especies por el hecho de poseer razón e inteligencia, por otro lado, 3) Su carácter volitivo respecto de su capacidad de elegir intersubjetivamente valorando todos los estadios perceptibles por medios de los sentidos.

## **4.- La institución de la vida mediante los métodos de Asistencia Reproductiva**

### **4.1.- Estatus jurídico pre-embrión y embrión crioconservado**

En materia de medicina, partiendo de la ovulación – que es la fecundación o unión del gameto masculino con el femenino para formar el cigoto-, tenemos la fase primigenia a la separación de células que da como resultado al embrión.

Pre-embrión comprende el “cigoto generalmente perfeccionado”, producto de la “separación celular”, finalizando su periodo de división en el día catorce de la gestación. La consideración de pre-embrión es una consideración jurídica para establecer una fase primigenia o primaria al concepto predefinido de embrión, a la vez antagónica a los conceptos médicos de la existencia de un pre-embrión. Siendo pre embrión considerado como una de las etapas o fases del desarrollo embrionario.

La experiencia Jurídica española define pre-embrión como “el resultado de la separación del ovulo fecundado contados hasta el día catorce” (Exposición de Motivos (ley 35/88)) . Esta diferencia lega entre embrión y pre-embrión provee jurídicamente un tratamiento distinto de acuerdo a su género y sustancia, del cual hace que varíe su estatus normativo de protección. Preembrión considerado como fase o periodo formativo embrionario queda plasmado como la primera de tres etapas de desarrollo embrionario, entre ellas “pre.embrión-embrión-feto” (Exposición de Motivos (ley 35/88)) partiendo de consideraciones jurídicas distintas.

Pre-embrión es una consideración terminológica jurídicamente impulsado por el tribunal Constitucional español, para referirse a “la fecundación del ovulo exterior al vientre materno”.

El Reporte de “Warnock” (PARDO, 2001) determino por primera lo que consideraríamos el “requisito de los 14 días después que el ovocito e fecundado”, por lo que desde pues de aquel periodo de tiempo se puede acceder a verificar la posibilidad de existir gemelos.

La ciencia descarte tal reporte por el hecho que desde el día catorce,” no se verifican cambios significativos”, que no hayan sucedido desde su fecundación, aun si, si dependiera dela individualidad del embrión, está comprendido dentro de la especie humana, no existe variación jurídica si es uno o más. Además la determinación de uno o dos no altera los caracteres celulares del primero, “entendido como una reproducción asexual” (Lopez Barahona, El estatuto embriológico del embrión, 2001).

#### **4.2.- Tutor especial para los pre-embryones crio-conservados**

La institución del “Tutor especial” para los embryones crio-conservados proviene de la necesidad jurídica de protección a los mismos, respecto a un vacío normativo regulatorio en relación al congelamiento de Gametos sin constancia en los registros públicos, “plasmados en la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones de lo Civil, sala I (CNCiv)” Caso Rabinovich y Ricardo David, con fecha 3/12/99.

Requirió la interposición del Ministerio Pupilar en el caso de pre-embryones crio-conservados no viables, como mecanismo provisional de protección en favor de los pre-embryones, a fines 1999, mediante Sentencia la “CNCiv” manifestó su postura positiva a favor de la vida de estos pre-embryones, pronunciando como negativa el ser objeto de “experimentación, o ser destruidos”. Estableció como parámetro de disponibilidad de los pre-embryones, la intervención del Juez de Primera Instancia como ente decisorio y habilitador, de cual se puede prescindir en casos de viabilidad de los mismos, con la intervención de “Ministerio Público de Menores”.

Este fallo dispuso la determinación cuantitativa de pre-embryones crio-conservados por cada banco o clínica habilitada en la República Argentina, mediante un censo o paneo general que determine la cantidad, y el número de Clínicas que los albergan. Decisión que resultó un fracaso, mediante una acción de Constitucionalidad, la cual demandaba la vulneración al derecho confidencialidad –basado en el compromiso bilateral de confidencialidad de datos entre la clínica y los pacientes/donantes-, garantías laborales a favor de las Clínicas y centros de Reproducción Asistida, que concluyo con el rechazo a la disposición judicial y la no determinación del número de gametos y pre-embryones yacentes en las clínicas y los titulares (sujetos responsables) de estos.

El artículo 100 del Código Civil y Comercial (Argentino), dispone la tutela como medio para otorgar protección a la “persona y bienes” de un menor, cuando no tenga nadie quien pueda ejercer la patria potestad o “responsabilidad parental” (Codigo Civil y Comercial de la Nación, 2009). El Código Civil argentino hace mención a las “persona” necesitadas de representación, en el caso de Embriones crio-conservados catalogados como “vida” por el fallo anterior, en ausencia de sus entes originarios de representación (procreadores), hace necesario la búsqueda de un ente jurídico institucionalizado que garantice su protección (fundamento del Fallo Rabinovich), que comprendería una especie de tutela especial. Los tutores especiales -según el artículo 109 del Código Civil de la Nación- son Judicialmente designados, en el numeral 1, en “cuestiones de conflictos de interés entre Representado y representante”, de los cuales entraría en escena “el Ministerio público”. Postura discutida sobre la facultad de decidir el destino de un

#### **4.3.- Responsabilidad Civil por Daños Causados por negligencia en la aplicación de métodos de fertilización In-vitro.**

En todo proceso médico-clínico, las medidas de seguridad son indispensables en todo procedimiento aplicado, incluso aquellos que tienen como fin la procreación mediante operaciones genéticas. “Existe responsabilidad por mala praxis genética en relación a las técnicas de reproducción Asistida, sea cuando el nasciturus provenga con serios problemas físicos o psíquicos, que pueden ser: 1) Por utilización de gametos pertenecientes a personas con enfermedades catastróficas, transmisibles y hereditarias, y/o 2) Por faltas en el sistema de operación de gametos en las clínicas habilitadas, cuyo deber es mantener una gestión adecuada en relación a la conservación, manipulación genética, etc.” (Pantaleón Prieto, 1987). Estas cuestiones radican en la independencia de las clínicas que observa los tratamientos mediante procesos meticulosos implícitos en sus estatutos generales internos, -estatuto médico-, pero ausentes en la ley. Nace la pregunta sobre la posibilidad de hacer extensiva las normas penales en relaciona mala praxis médica, y/o la responsabilidad penal y a la vez pecuniaria en torno a malformaciones o enfermedades en el nasciturus.

La base ética y exigible por parte de los defensores pro-vida, resalta la protección de los pre-embriones como elementos genéticos bio-potenciales, los cuales no serán objeto de muerte deliberada, no se destruirá, ni puede ser vendido como una cosa o propiedad, pero no existe regulación específica sobre los daños que puede resultar de un tratamiento inadecuado en el proceso de Crio-conservación o al momento de su

descongelación. De esto partimos sobre la responsabilidad de las clínicas que brindan este tipo de servicios, entre ellos diversas cuestiones tales como: ¿Acarrea alguna responsabilidad por negligencia o desatino durante los procesos que involucran el tratamiento y/o conservación de pre-embriones? ¿Cómo debe de ser valorado este tipo de daño?

La Dra. Liliana Matozzo, sobre los embriones congelados afirma que “estadísticamente los embriones objeto de un procedimiento de desvitrificación, el cincuenta por ciento de ellos perecen en el proceso. El uso de nitrógeno líquido para tener congelados miles de embriones a mas ciento setenta grados bajo cero, y las radiaciones provenientes del fondo, afectan la salud biológica de los mismos causando mutaciones” (Matozzo , 1996). Desde este punto de vista muchos considerarían que estos pre-embriones a partir de un determinado periodo de tiempo dejan de estar habilitados para la vida.

Medicamente se ha discutido sobre la potencialidad del pre-embrión crioconservado. Hay quienes afirman que los embriones poseen capacidades y/o efectividad hasta los primeros 5 años a partir de su vitrificación, -mientras hay estudios que demuestran contrario-, siendo así desplazados por la medicina posterior a ese rango de tiempo. Postura que para muchos significaría una sentencia criminal, que ocasionaría que los embriones sean desplazados de los bancos para su destrucción, denominada “el homicidio de pre natalidad, calculado, deliberado, tolerado” (Faggioni , 2006), punto crítico que para evitar el conflicto ético-personal, jurídico y religioso, es aconsejable para todos aquello con plenas capacidades de procreación, optar siempre por el método tradicional.

En la vida cotidiana hablar de biogenética es ondear en la falta de medidas que brinden seguridad, aspecto de gran importancia en las practicas genéticas. La reproducción humana artificial como práctica reproductiva puede desencadenar una serie de problemáticas de índole civil en su ejecución, uno de los casos más relevantes es la deficiencia tanto física como psíquica que podría presentar un niño al nacer, suceso que se ve enmarcado ya sea por el uso de material genético con rasgos defectuosos o por errores suscitados en procesos como la obtención, conservación o manipulación del material genético mencionado.

Ante esta situación podemos afirmar que la ejecución de la biotecnología en los procesos reproductivos del hombre en ciertos casos trae consigo deficiencias, por ende, el diseñar soluciones para las mismas se torna obligatorio. Por otro lado, las soluciones tenderían a variar si se creara una legislación de carácter regulador de las limitantes en la

utilización lícita de los procesos de fecundación asistida. En otras palabras, plantear normas que condicionen la ejecución de esta actividad, de esta manera una infracción en su proceso traería consigo la ilicitud.

#### **4.4.- Destinatarios de los pre-embryones Crio-conservados**

El destino de los pre-embryones es la generación de condiciones necesarias para la procreación y/o multiplicación de la especie humana y el derecho a constituir una familia, (el derecho a tener prole o descendencia). Otra postura que desplaza la teoría sobre la efectividad del Pre-embryón determinada por el rango temporal de permanencia en los bancos de crio-conservación, -por las consecuentes práctica respecto a la implantación de embryones posteriores a los cinco años, y el fracaso con embryones con menor tiempo de permanencia respecto de los 5 años-, establece un marco de protección sólido que vislumbra la responsabilidad en torno al destino de los mismos. A diferencia de España quien después de los 5 años de permanencia de los embryones congelados dispone su destrucción.

El destino de los pre-embryones más que una cuestión legal, es una cuestión de conservación del estatus de dignidad que este debe poseer. En Uruguay, el Doctor Montaro manifestó el rechazo a la eliminación, destrucción, o cualquier acto que pusiera en detrimento su oportunidad a la vida. De ellas solo la “Clínica Cerhin” es aquella que para reducir el exceso de pre-embryones sobrantes, politiza como mecanismo interno, de acuerdo a las persona que de acuerdo a aspectos de edad y resultados biológicos positivos, realizar una operación de fertilización gratuita, mediante el compromiso de donación de óvulos fecundados sobrantes.

#### **5.- El paradigma jurídico Argentino**

Desde 1997 fue más evidentes los problemas en torno al preembryon, y los vacíos jurídicos que inobservaban un tratamiento especial entorno a la crio-conservación. La incipiente desnaturalización de un tratamiento adecuado a los preembryones congelados, -causando una tasa de mortalidad de preembryones registrados un cuarenta por ciento-, el anarquismo por parte de la Clínicas de crio-preservación causado por un insuficiente control normativo, -delegando tácitamente facultades dispositivas a las clínicas en virtud de sus estatutos y reglamentos privados- que conllevó a la iniciativa de proyectos de ley para ante la “Cámara de diputados” y la

“Cámara de Senadores”. En 1999 se presentaron 9 proyectos de ley ante la cámara de diputados contemplativas a las técnicas de Fertilización y reproducción Asistida, de

los cuales perdió su vigencia parlamentaria. Posteriormente, 8 proyectos de ley presentados ante la Cámara de Senadores, de los cuales solo 4 continúan en vigencia, tres de ellos sobre la viabilidad de las técnicas de Fertilización In vitro y uno que observa la implementación de tutores para los embriones congelados. Cada proyecto circunscribe parámetros latentes sobre: 1) La adaptabilidad de las técnicas de reproducción asistida a las estimaciones o situaciones de infertilidad, y 2) La regulación de las prácticas biogénicas confines de estudio científico.

De acuerdo a su concepto de fertilidad y los requerimientos de Salud según el proyecto de ley de Buenos Aires, se otorgó un carácter patológico y restrictivo de bienestar al estatus de infértil, incorporado como objeto de tratamiento y cuidado dentro de sus consideraciones. Alicia Comelli, quién propugno la incorporación de estatus infértil dentro de los programas del ministerio de Salud como una valoración patológica, instituyo como beneficiarios directos aquellos que por su incapacidad biológica no puede concebir. Además, la instauración al programa médico requiere el conocimiento de sus beneficiarios debidamente regulado, junto con las implicaciones jurídicas que conlleva esta práctica como un relativo derecho de salud. Entre estos proyectos tenemos.

### **5.1.- Sobre los sujetos beneficiarios de la fertilización Asistida**

#### **5.1.1.- Proyecto de ley Ricardo Lafferriere y Conrado Storani. –**

Proyecto presentado por los senadores en el año de 1997, disponía como beneficiarios los “mayores de edad o menores capaces emancipados”, de los cuales consta mediante de firma de un consentimiento voluntario, escrito y personalísimo.

#### **5.1.2.- Proyecto de ley Adriana Bartolozzi de Bogado. –**

Establece como legitimarios y definitivos beneficiarios a aquellos que consten acreditados, por su “mayoría de edad y su imposibilidad de procrear, concebir, engendrar debidamente comprobados por parte del mismo o su pareja”. Cabe destacar que este considera como fundamento único la imposibilidad de procreación, mas no se amplía la disposición como medio alternativo a la procreación.

#### **5.1.3.- Proyecto de Ley Giri. -**

Este proyecto es más amplio respecto del sujeto beneficiario, incluyendo a aquellos individuos que no poseen una relación de pareja estable, como parte homóloga

al derecho de Adopción permitido para personas civilmente solteras. Aun así, de acuerdo a este proyecto es considerado beneficiario directo el sujeto imposibilitado de procrear, una postura compartida con el Proyecto Bartolozzi de Bogado.

#### **5.1.4.- Proyecto de ley Alonso-Rodríguez-Basualdo. –**

Sin hacer alusión al término “beneficiario” de los métodos de asistencia reproductiva, y de ellas se hacer notar normativamente como “sujetos comprendidos”, de los cuales como participantes están “las parejas heterosexuales, casadas, o de unión estable mayor a cinco años, mayores de edad” (Proyecto Alonso-Rodríguez-Bazualdo art.3) considerados no acreditados personas solteras y de unión menor a 5 años. Sobre la situación de infertilidad, los requerimientos al acceso del programa limitan las posibilidades a quienes no las cumplan siendo excluidos de la “ayuda médica”, incluso esta normativa desconoce el “derecho a la salud reproductiva” discriminando todos aquellos que no reúnan las condiciones jurídicas dispuestas para su tratamiento. Podemos decir que el carácter de la norma posee un espíritu más familiar, otorgando posibilidades de procreación a personas con vínculos de familia más sólidos, salvaguardando el destino del neo nasciturus, como justificación a la estipulación temporal de convivencia en pareja.

#### **5.2.- Sobre la donación de material genético celular germinable**

##### **5.2.1.- Proyecto de ley Adriana Raquel Bartolozzi de Bogado. –**

Se desempeñó como representante de la provincia de Formosa como Senadora Nacional (Argentina), este proyecto permite la donación de material genético celular germinable (óvulos, espermatozoides), sin ninguna restricción a su estado civil o poseer una relación de pareja, como única condición establece la mayoría de edad, y la no existencia parental entre el donante y el beneficiario, como recurso ultima ratio del médico.

Este proyecto establece la donación en favor de los sujetos beneficiarios, en virtud de un proceso formal y riguroso, que para su habilitación es necesario autorización judicial, resultado de un proceso sumarísimo, establecido en el proceso Civil argentino. No existe discriminación alguna en torno a los beneficiarios, pero las pautas jurídicas a seguir reflejan las necesidades que la intervención de un Juez puede cubrir, como el principio de confidencialidad y responsabilidad de los beneficiarios, etc.

##### **5.2.2.- El proyecto de Ley Giri. -**

Impulsado por Haide Delia Giri, quien tenía a Cargo la representación de la provincia de Córdoba como Senadora Nacional, (Argentina). Establece una postura sencilla sobre la donación de células germinables (óvulos y espermatozoides), las cuales son “aquellas exógenas o no pertenecientes a la pareja”, cuyo requisito habilitante para constituir donantes es la mayoría de edad.

### **5.2.3.- Proyecto Alonso-Rodríguez-Basualdo. –**

Este proyecto posee una postura antagónica a las demás la cual establece una prohibición a la donación de células germinables masculinas, cuya sanción tiene como fundamento la protección a la identidad del niño. El niño desde que principia su existencia tanto material como jurídica posee derecho a la identidad personal que incluye el conocimiento de: su procedencia, origen, filiación, las cuales son esenciales para la salud psicológica de la persona. Esta postura mantiene una posición bastante conservadora sobre el marco de protección del menor por nacer, pero se deja a un lado los derechos reproductivos y la necesidad de procrear de aquellos que se encuentran en situación de infertilidad. Dentro de los derechos reproductivos se encuentra el derecho a procrear, tener descendencia, constituir una familia estable y completa, -incluido el derecho a la salud reproductiva-, etc.

### **5.3.- Derecho a la identidad. –**

#### **5.3.1.- Proyecto de ley Adriana Raquel Bartolozzi de Bogado (Senadora de la Nación). –**

Establece la responsabilidad jurídica y ética a la pareja solicitante, mas no del donante de células germinales, el cual no posee derechos, ni obligaciones en favor del niño. La disponibilidad de la “paternidad genética” (Dellacqua, 2008) en favor de los solicitantes, se basa en la deposición de las facultades de pertenencia por parte del donante.

El proyecto Bartolozzi no provee una definición de identidad genética e identidad filiatoria del nasciturus, pero destruye el criterio de confidencialidad en virtud del donante, para así tener acceso al conocimiento de su origen biológico. Cabe recalcar que Identidad genética representa la pertenencia a un tipo biológico (la especie humana) que incluye su origen respecto de su concepción, y la Identidad filiatoria. – como el conocimiento de su procedencia biológica respecto de sus parientes en línea ascendente.

Resultado de la deposición de la “paternidad filiatoria del donante, este recaerá sobre el beneficiario o solicitante” (Dellacqua, 2008).

### **5.3.2.- Proyecto Haide Delia Giri (Senadora de la Nación). –**

Este proyecto manifiesta la ponderación del derecho de identidad con el derecho de confidencialidad, a través del cual dispone que el nacido en virtud de su mayoría de edad, y mediante orden judicial puede acceder a los datos que favorezca el conocimiento de “los donantes biológicos” (Dellacqua, 2008), considerando como parientes biológicos a los beneficiarios, mientras que los donantes no poseen ningún deber o responsabilidad para con el concebido.

Sobre el reconocimiento al derecho a la identidad filial y el conocimiento de su origen terapéutico es un gran paso al derecho que busca dotar de aquella realidad existencial al nacido, a fin de evitar que este pueda tener conflictos internos psicológicos posteriores.

### **5.3.3.- Proyecto de ley Alonso-Rodríguez-Bazualdo. –**

Este proyecto manifiesta puntos de vista preconcebidos sobre la fertilización in vitro, haciendo uso de gametos de un tercero y la satisfacción de procrear ante la negativa de una identidad genética con el niño. Critica la relación filiatoria con el nacido y a la vez la insatisfacción continua con la dependiente identidad biológica, que de ella asegura que no existe ningún vínculo.

Esa crítica se eleva a la confusión que el proyecto muestra como falencia respecto del derecho a la reproducción junto con el grado de satisfacción que esta pueda tener. De los cuarenta y seis artículos veintés seis se ubican como normas de carácter sancionador. Se niega el conocimiento del origen genético del nacido, “discriminando la identidad filiatoria respecto a donantes de gametos” (Dellacqua, 2008).

## **5.4.- La crio-conservación de preembriones**

### **5.4.1.- Proyecto de ley Adriana Raquel Bartolozzi de Bogado (Senadora de la Nación). –**

No hace mención a la crio-conservación de embriones, preembriones, o embriones pronucleados. Lo cual define el concepto de fecundación como la “unión del gameto masculino con el gameto femenino sea interna o exógena al cuerpo humano” con el fin de ser insertado en el vientre materno. En si no establece normativa regulatorios sobre las

prácticas de criconservación, no las permite, pero tampoco las prohíbe, estando habilitado su práctica por principio general “los que no está prohibido está permitido”.

#### **5.4.2.- El proyecto de Ley Haide Delia Giri (Senadora de la Nación). –**

La crío conservación de embriones es únicamente considerado por este proyecto como un “recurso restrictivo y excepcional”, en el sentido en que la implantación de todos los embriones pueda “perjudicar la salud o bienestar de la mujer inseminada”, del cual se establece un plazo de disposición de los mismo, que es de cinco años o la deposición jurídica de ellos con objeto de donación. La restricción de hacer uso de todos los preembriones posee como fundamento el control de natalidad, evitando algún tipo de embarazo múltiple.

#### **5.4.3.- Proyecto de ley Alonso-Rodríguez-Basualdo. –**

Este proyecto posee un marco nada discrecional, sino restrictivo en relación a la crío-conservación de embriones. Estipula claramente la negación a la práctica, y sanciona toda transgresión a dicha norma y por ende la negación a la adopción de pre-embriónes en etapa prenatal.

#### **5.4.4.- Proyecto de Ley Falco. –**

El proyecto de Ley Alonso-Rodríguez-Basualdo trajo consigo la iniciación de este proyecto, cuyo objeto fue observar el destino del pre-embrión y ovocito pro-nuclear, llevando la consigna de un “tutor general”, cuya incidencia se materializó en la reforma del artículo 493 del Código Civil argentino.

Este proyecto de dio a luz después de la culminación del conflicto jurídico suscitado a mediados de 1993 y finalizado en el año 2006, con el fin de obtener la renuncia a la tutoría Ad litem, como fundamento al convenio entre la Defensoría de Menores y los Centros de Asistencia Reproductiva, del Doctor Rabinovich.

Las base ideológica-filosófica debatida en este proyecto, circunscribe los principios teológicos relativizados al origen de la vida, cuyo contenido no es homogéneo al criterio de la nación toda, la cual exonera al ovocito pro-nuclear del carácter de “bios”, pues consideran primordial y como requisito sine qua non, el enlace cromosómico de los mismos, para que sea considerado vida.

La dialéctica social producto de una idiosincrasia individual y plural, y no más uniforme, trae como consecuencia el conflicto moral respecto de todas las cosas, desde el

hemisferio del libre pensamiento, aislando criterios dogmáticos y/o religiosos medievales. Por lo tanto, aislado de los principios éticos y teológicos, la consideración de vida desde la fecundación exógena el cuerpo humano, no es “afín a derechos” (Arriberé & Coco, 2005), es un criterio repudiable desde su completitud. Sobre el origen de la vida del hombre, existe muchas controversias médicas y científicas, desde las consideraciones de Arriberé en su obra “Nacer Bien” la cual demuestra un paneo general sobre las etapas de desarrollo prenatal y embrionario, maduración, hasta la formación del Feto propiamente tal, cuyo fundamento era debatir la consideración “de vida humana desde la concepción” y “persona humana desde la concepción” apreciaciones fácticas que para el autor son vistas de diferentes ángulos, criterio respaldado por Alfredo Orgaz quien asegura que “la vida del nasciturus como tal, comienza desde que este es concebido, y la atribuibilidad de persona, es más restrictivo respecto a su individualización, la cual requiere del nacimiento” (Orgaz, 1946).

“La interpretación filosófica de la vida muchas veces no prevalece ante las conjeturas propias que ofrece el derecho, pues son aquellas las que apreciara el operador de justicia al interpretar la ley”.

### **5.5.- Proyecto de ley Buenos Aires (Carlos Lo Guzzo)**

Este proyecto es el más avanzado en materia de Reproducción Asistida vistas en la republica de argentina, cuyo objetivo es prever situaciones jurídicas específicas/generales y cubrir vacíos implícitos en los demás proyectos. Cuya finalidad es dar apertura desde el derecho a las nuevas.

Dentro del marco de beneficiarios, establece un carácter más inclusivo respecto del derecho de procreación. De ellos podrán acceder como beneficiarios, las mujeres de 21 años, incluso aquellas que por su minoría de edad pueden acceder por su estatus de emancipada, siempre y cuando no perjudica su estatus de salud o el del nasciturus. La necesidad que conlleva a que la mujer acceda a estos mecanismos reproductivos, tiene como fundamento “salvaguardar la salud física y psicológica de la mujer cuyas esperanzas de procrear se ven frustradas, o de los padres beneficiarios, a quienes la ley dignifica en el ejercicio de sus derechos” (Dellacqua, La interpretación de la Ley Civil a la Luz de una concepción Sistémica y Cibernética del Derecho, 2005)

Sobre el número de embriones preimplantarios, no poseen un límite general aplicable, sino que están expuesto a valoración de acuerdo al éxito que dependa de los

embriones introducidos primordialmente, atendiendo a condiciones de salud reproductiva, y atenuando las pautas restrictivas de acuerdo al cuadro patológico en que esté involucrado el paciente.

A diferencia de la doctrina jurisprudencial española, la cual ofrece criterios fundamentalistas sobre el “estatus progresivo de la vida humana”, este proyecto ofrece una denominación terminológica genérica para referirse a los estadios propios del desarrollo humano desde su fecundación. Tal es el caso que el cigoto o la etapa “pre-embriónica, embionaria” no goza de una atribubilidad especial, sino simple, en el caso que la ley lo denomina como “estadios sucesivos de Desarrollo Humano”.

Esta denominación trata de homologar los caracteres individuales de cada uno de los “estadios del desarrollo humano”, evitando las controversias éticas, morales, religiosas y filosóficas que puedan subsistir, respetando la “libertad de conciencia” reconocida en el Artículo 19 de La Constitución Argentina.

Sobre los derechos reproductivos y la categorización de la infertilidad dentro de un cuadro patológico no hace mención específicamente, pero instituye en este Proyecto el acceso integral a ser beneficiarios de los mismos, a través de clínicas y centros públicos.

Al ser insertado el “derecho de procreación” como derecho fundamental – dentro de los derechos de salud reproductiva-, se constituye en obligación del estado proveer las condiciones necesarias que garanticen el acceso de este derecho, -al cual está vinculado los derechos de familia-, al que debe tratamiento especial.

Sobre el acceso a datos que provean de información de la procedencia de los gametos, y el debido derecho de confidencialidad, este proyecto dispone que, el carácter confidencial de los mismos, siendo habilitado el acceso a estos datos por condiciones de Salud del “nacido” como única excepción. La relativización del “anonimato del dador” se fundamenta en el carácter apremiante de los datos que pueda proveer de una información que mantenga al nasciturus fuera del estado de peligro.

Este proyecto dispone el anonimato del dador, restringe el conocimiento de su identidad filiatoria y origen biológico, base de la dignidad. Sobre la complejidad que pueda resultar el conocimiento de su origen genético, no corresponde filiación alguna por ningún caso, aun en el supuesto de haber obtenido datos fehacientes que respalden el descubrimiento. Jurídicamente no prevé el supuesto de una relación entre posibles hermanos resultado del desconocimiento que –habiendo probabilidades muy ínfimas aplicadas al supuesto-, excluida la filiación desencadenaría un problema ético.

## **6.- Fertilización Post Morten**

La fertilización Post – Morten es el resultado del uso de gametos implantados en el seno de la mujer, de su conyugue ya fallecido. Esta situación no es algo novedoso, sino que aparece en el Proyecto “Storani Laferrerie”, como “fundamento a los derechos de procreación de la viuda”, la cual habilitaba la implantación de ovocitos fecundados máximo treinta días después a su deceso.

Sobre las técnicas de reproducción humana asistida y las cuestiones éticas que desencadena la praxis de este sistema de procreación, posee repercusiones en diferentes hemisferios, involucrando el derecho Constitucional y el derecho civil respecto de los derechos hereditarios.

### **6.1.- Origen. –**

#### **6.1.1.- En Gran Bretaña (Caso Blood/1997). -**

Diana Blood, quien después de un fatídico accidente de su esposo, solicitó la extracción de materia seminal para su fecundación y posterior implantación, mientras su esposo estaba en coma. De esta situación se abrió un debate legal, la cual Diana Blood obtuvo el fallo a su favor. A pesar de que no existía documentación alguna que la autorizare -por parte del conyugue-, aun así, la Corte de Apelaciones dio luz verde al tratamiento, pero debido al calado moral que implicaría esta práctica, su autorización estaba habilitada exclusivamente fuera del territorio nacional.

#### **6.1.2.- En argentina. -**

La institución de la fertilización post-Morten tiene como antecedente primario “el caso (8/8/12), que trata de una pareja de esposos españoles, que siendo recién casados y por razones de luna miel viajaron a Argentina, donde el conyugue moriría fulminantemente por un paro cardiaco. Siendo la voluntad de la viuda, solicito antes de llegar a España, la extracción de semen para su posterior implantación en España. El juez que resolvió e caso no encontró prohibición normativa alguno, sino que en virtud del principio general del derecho “todo lo que no está prohibido está permitido”, siendo habilitada su petición.

En el año 2005, se presentó el caso de una pareja de esposos, que solicitando los servicios de reproducción humana asistida, y poco tiempo después de su extracción de semen y firma de un consentimiento previo como de hacer uso de ellos, fallece el

conyugue de un cáncer fulminante que acabó con su vida en 9 meses. Posterior a su fallecimiento la viuda, silicito judicialmente el uso del semen crio-conservado, para su fecundación y posterior implantación en su vientre. De esto el Tribunal de Familia de Morón N°3, el 21 de diciembre del 2011, “Buenos Aires-Argentina”, mediante sentencia dio luz verde al proyecto prenatal, denotando como fundamentos a la sentencia diferentes tipos que la jueza valoró.

a) Hizo uso del principio general del derecho “Lo que no prohíbe la ley está permitido, y lo que está permitido no está prohibido”, respaldado por el artículo diecinueve del al Constitución dela Nación.

b) Valoro el derecho dela mujer a la procreación, pero no solo al derecho ínfimo de poseer descendencia, sino al anhelo de un hijo producto de la planificación de familia que tuvo con su esposo, cuando recurrieron el centro de reproducción asistida

c) No puede ser negado la petición de fertilización e implante, por el hecho de que el esposo firmo una autorización y consentimiento de uso de su materia seminal, la cual tuvo nueve meses, debido a su condición de salud de darlos por terminado.

A pesar de todos estos fundamentos, tenía que ser expresados bilateralmente, sino que se inclina más a la situación jurídica de la viuda, y de la validez del contrato, pero se le olvida valorar los derechos del neonasciturus, entre ellos:

a) Cuál sería el carácter filiatorio del niño. Debería este ser reconocido como hijo del dador de semen, al igual que cualquier niño que queda huérfano estando en el vientre de la madre.

b) Cuál debería ser carácter de niño como concebido, dentro o fuera del matrimonio.

c) Y sobre los derechos de herencia que este puede poseer.

De este contraste se puede valorar la voluntad procreacional y los derechos del nasciturus, cuál de ellos prevalece, ¿Es susceptible de ponderación de valores?, ¿Jurídicamente es posible traer un niño al mundo en condición de orfandad?, ¿Qué dice la Constitución Nacional (artículo 76) el derecho internacional (Convención sobre los Derechos de Niño, Ley 23.849) sobre los derechos del niño respecto a tener una familia? Todos estos puntos lamentablemente no fueron valorados en su completitud por este Tribunal.

## **6.2.- Marco regulatorio al Proyecto de Ley Habilitante**

Dispone de un modelo de control parecido al español (ley 14/06), que en su artículo noveno no reconoce filiación o relación alguna al neo nasciturus postmortem

cuando este no esté o no se encuentre en el vientre materno al instante en que se produce la muerte del conyugue. Antes de su reforma disponía un plazo de seis meses, que consecuentemente se habilito el plazo decisional a un año.

En el proyecto de Buenos Aires sobre los efectos de la Filiación Post-mortem, dispone parámetros de aplicación a las prácticas, valorando en el artículo 563 los derechos filiales del niño, entre ellos:

a) Es una copia del artículo noveno de la ley (14/2006) la cual no reconoce filiación o relación alguna al neo nasciturus postmortem, “cuando este no este no se encuentre en el vientre materno al instante en que se produce la muerte del conyugue”.

b) La oposición al párrafo anterior en virtud de: 1) el consentimiento expreso y consciente -mediante documento o testada- de la persona para ser practicado después de su fallecimiento. 2) Como resultado del primero, la mujer lo aplica dentro del año habilitado para su implantación.

c) Mediante lo establecido en el artículo 563, suscito la reforma al Código Civil y Comercial de la Nación la Cual “reconoce filiación –y por consiguiente derechos sucesorios- en virtud del artículo 2279” (Codigo Civil y Comercial de la Nación, 2009).

De estas premisas jurídicas se revela el debate doctrinal sobre la plenitud de derechos del niño, las condiciones de acceso a los sujetos beneficiarios en virtud de una planificación familiar o proyecto de familia, la realidad o significancia del tiempo límite para acceder a esta práctica. Todas estas cuestiones debatidas dentro de la comisión de reforma al Código Civil.

### **III.- CONCLUSIONES**

La pregunta circuncidante es la calidad jurídica que se lo otorga al pre-embrión crio-conservado, si debe de ser considerado como bien o como persona. Jurídicamente el pre embrión crio-conservado –aunque su tratamiento es distinto a cualquier bien en general- no es considerado persona. Siendo un elemento genético de tratamiento especial, -por ser potencialmente apto para la vida- leyes especiales observan su tratamiento, sin desplazar los principios éticos que conllevaría.

- Los métodos de asistencia reproductiva tienen como único fin facilitar la reproducción de aquellos que no pueden conseguirlo por medios tradicionales. Por consiguiente, el pre-embrión no tiene otro fin que la existencia. Las repercusiones ética y Morales ha conllevado a reglamentar el uso de estas técnicas, por ende, establecer sanciones en repercusión de infracciones a la ley y malas prácticas.

- Sobre la consideración de una “donación o adopción” de embriones, queda totalmente dilucidado, pues no puede hablarse de adopción, pues no son niños completamente constituidos, sino bienes o patrimonio genético, sujeto a regímenes especiales para su donación, claramente eliminado todo vínculo filiatorio con el donante.

#### **IV.- Referencias Bibliográficas**

- 35/1988, L. (1988). Exposición de Motivos. Madrid.
- Arriberé, R., & Coco, R. (2005). Nacer Bien, Consideraciones científicas, éticas y legales del inicio de la vida, fecunditas, instituto de Medicina Reproductiva. Buenos Aires, Argentina: Tiempo.
- Cabanellas, G. (1979). Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual (Vol. Tomo II). Buenos Aires, Argentina: Heliasta S.R.L.
- Código Civil . (2015). Quito: Ediciones Legales (Registro Oficial).
- Código Civil Español. (1889). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2009). Buenos Aires: La Ley.
- Dellacqua, M. (2005). La interpretación de la Ley Civil a la Luz de una concepción Sistémica y Cibernética del Derecho. Buenos : LL Actualidad.
- Dellacqua, M. (2008). Avances y retrocesos legislativos de la fertilización Asistida. (E. C. Jurídica, Ed.) Bioética y Derecho. Dilemas y Paradigmas en el siglo XXI, 274.
- Exposición de Motivos (ley 35/88). (s.f.). Madrid.
- Faggioni, M. (2006). La Fecundación Artificial en el Congreso”. Alberto Rodríguez Varela.
- Femenia Lopez. (1999). Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in vitro. Madrid.
- Ferrer Colomer, M., & Pastor Garcia, L. M. (2001). Antecedentes e historia del término “pre-embrión I: análisis desde el debate norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios. Murcia.
- Granizo, M. (1992). Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia I. Albárca López. J.L.
- Kelsen, H. (1946). La Teoría Pura del Derecho (4ª Edición ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. (2013). Quito: Ediciones Legales (Registro Oficial).
- Lopez Barahona, M. (2001). El estatuto embriológico del embrión. En G. Tomas Garrido, Manual de Bioética (pág. 211). Barcelona.
- Matozzo , L. (1996). El Derecho N°8959. Galicia.
- Messina de Estrella Gutierrez, G. (s.f.). Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Orgaz, A. (1946). Personas Individuales. Buenos Aires: Depalma.
- Pantaleón Prieto, F. (1987). Procreación artificial y responsabilidad Civil, en la filiación a finales del siglo XX. Madrid: Trivium.
- PARDO, A. (2001). Bioética y tecnología de la fecundación humana,

Proyecto Alonso-Rodríguez-Bazualdo art.3. (s.f.). Argentina.

Varsi Rospigliosi, E. (1995). Derecho Genético. Principios Generales. Trujillo: Normas Legales S.A.