

Embriones criopreservados y sistema legal argentino



Por **Ángel Rolando Vazquez**

Médico Especialista
en Medicina Legal (ISALUD)

Especialista en Cirugía General (MAAC)

Cuerpo Médico Forense del Poder
Judicial de la Provincia del Neuquén

Los imparable avances científicos en el campo de la Medicina casi siempre benefician a la Humanidad, pero en algunos casos pueden afectar directamente a lo más esencial de la naturaleza humana: el propio ser humano. Un ejemplo de ello lo representan los embriones obtenidos por medio de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), que se presentan como un constante desafío para el Derecho, y suponen una constante revisión de la concepción legal que se tiene con respecto a derechos tan básicos como la vida, la dignidad o la integridad de la persona. ¿Para la Ley argentina es el embrión criopreservado una persona o una cosa? Cuando no son utilizados, ¿qué podemos o no podemos hacer con ellos? Finalmente, ¿existe hoy una Ley que normatiza su destino?

Luego de la entrada en vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial (NCCyC) y de la aplicación de la Ley 26.862, queda claro que el embrión humano criopreservado no es una persona humana ni una cosa, y que existe un vacío legal sobre su destino, el que recién quedará definido cuando se apruebe una Ley Especial e Integral de las TRHA.

La ciencia es lo que le ha permitido al ser humano llegar adonde hoy está, la cúspide de la evolución biológica. Es gracias a los avances de la ciencia que la humanidad no solo superó numerosos trastornos y enfermedades que condicionaban su bienestar y supervivencia, sino que además ha ido extendiendo su longevidad y expectativa de vida y disminuyendo sensiblemente los índices de mortalidad pe-

rinatal e infantil. Por supuesto que la ciencia también se ha manifestado como un riesgo para la humanidad, pero no por eso se le debe negar el notable desarrollo que puso, en manos del ser humano, la posibilidad de cruzar barreras y fronteras antes insospechadas. Es a través de los desarrollos de técnicas de fertilización humana extracorpórea, los métodos de análisis gestacional y el diagnóstico y manipulación genética, que la ciencia dispuso al servicio del ser humano posibilidades que el derecho tiene el deber de apreciar con una mirada amplia, dejando de lado la actitud conservadora y comenzando a reconocer la utilidad de los grandes avances técnicos (Ocampo, 2017).

Los imparable avances científicos en el campo de la Medicina se presentan como desafíos constantes para el Derecho. Los Estados no pueden mantenerse impasibles ante esta evolución y la aparición de nuevas necesidades, ante las cuales es la sociedad la que reclama en muchos casos que sean atendidas (Molero y Salas, 2016).

Para este texto se realizó un trabajo teórico de revisión bibliográfica. La naturaleza del problema llevó a la necesidad de indagar doctrina, jurisprudencia y legislación relacionada al objeto de esta investigación. Dada las características del objeto de estudio (el embrión humano no implantado), se necesitó recurrir también a textos sobre genética.

Planteamiento del problema

En la República Argentina, el primer caso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) de alta complejidad —y el primero en toda Latinoamérica— tuvo lugar en el año 1985. Desde hace ya más de 30 años se recurre a estas técnicas, de manera cada vez más frecuente, y aun contando con una regulación integral y sistemática que brinda pautas claras a todos los involucrados (usuarios, profesionales de la salud del sector público y privado, obras sociales y prepagas) se sigue recurriendo a la justicia (Grees, 2018) que en definitiva termina siendo el último eslabón de la cadena para resolver los diferentes conflictos jurídicos que se debaten: naturaleza jurídica del embrión, divorcio de parejas que estuvieron en tratamiento médico, fallecimiento e, incluso, determinadas cuestiones relativas a la cobertura médica a pesar de la sanción de la ley 26.862, tales como la donación de gametos y

embriones, o el diagnóstico genético pre implantatorio, por citar sólo algunos.

El cambio de la sociedad derivó en la utilización de estas técnicas en personas sin patología procreacional, ya sea en la formación de una familia monoparental, en parejas homosexuales o simplemente como una forma de planificación familiar (Michelli, 2018; Ocampo, 2018). Consecuencia de ello es el auge de los procedimientos de fertilización que, aprovechando la indefinición normativa y la universalidad del acceso a las mismas, ha devenido en su utilización amplia. Eso involucra la manipulación de embriones humanos sin una tutela legal apropiada que los resguarde, en primer lugar, a través de una limitación en la fecundación de óvulos por procedimiento, y en segundo lugar, tutelando la disposición de los que eventual o premeditadamente no resulten implantados. Los habitantes que recurren hoy en la República Argentina a las TRHA, de las cuales resultan embriones humanos congelados que no se utilizan por diversas causas, ya sean éstas de índole médico o legal, como lo es la revocación del consentimiento o el deceso del o de la otorgante del consentimiento, ¿qué pueden hacer con esos embriones desde el punto de vista legal? ¿Destruirlos (matarlos)? Si así lo hicieran, ¿es el embrión una persona por nacer o no? ¿Ha adquirido algún derecho? ¿Donarlos a otras personas o a la ciencia para experimentación, clonación, etcétera? ¿Conservarlos indefinidamente? ¿Con qué objeto? Y de ser así, ¿a qué costo económico? ¿Quién asume ése costo? ¿Quién debe decidirlo? Estos han sido algunos de los interrogantes más importantes que rondan sobre este tema y que han dado paso a diversos análisis en la doctrina, cuyo planteamiento contiene connotaciones jurídicas, filosóficas, éticas, biológicas, científicas, sociales, morales y aun religiosas. Por el principio de legalidad no hay delito ni pena sin una ley previa que así lo determine. De este principio se deriva que todo aquello que no está prohibido está permitido. Así, lo que no esté predeterminado por la ley como una conducta prohibida susceptible de sanción, podrá ser realizado, pues es una conducta lícita (Vera, 2016). Para el Código Penal Argentino que entró en vigencia en el año 1922, el bien jurídico protegido en el aborto es la vida intrauterina del feto, pero la protección no alcanza al embrión antes de ser implantado en la mujer. La falta de legislación sobre embriones no implantados y criopreservados hace

posible cualquier tipo de manipulación y experimentación sobre los embriones y también la destrucción de los embriones sobrantes (Vera, 2016).

Objetivos

El objetivo general de este proyecto es analizar el destino de los embriones criopreservados obtenidos por medio de las TRHA, dentro del sistema legal argentino en la actualidad. Son objetivos específicos:

- a) Describir el concepto de embrión criopreservado, obtenido por TRHA.
- b) Establecer las características actuales del sistema legal argentino.
- c) Conocer el destino de los embriones criopreservados actualmente dentro del sistema legal argentino.

Concepto de embrión criopreservado

En términos científicos se denomina embrión al organismo que aparece producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario, ocho semanas después de la fecundación. En oposición a ello, surge el concepto de embrión *in vitro*, aquel que se obtiene a través de TRHA, precisamente de la fecundación *in vitro*. A diferencia de la reproducción natural, en donde la concepción y su desarrollo transitan en el seno materno, aquí ocurre que de manera artificial la fecundación se produce en probetas de laboratorios y hasta no alcanzar el grado de formación de Blastocisto no es trasplantado al útero, donde se debe producir la implantación y posterior desarrollo, hasta las seis semanas, en que pasa a llamarse feto (Michelli, 2016). En algunas de las TRHA se utilizan embriones ya congelados mediante la técnica conocida como crioconservación. Ésta consiste en enfriar los embriones en un proceso de congelación a velocidad controlada a menos de -80°C y luego son sumergidos en nitrógeno líquido a -196°C . La continua mejora y el refinamiento de las técnicas de vitrificación y manipulación hormonal, así como de los medios de cultivo celular, han logrado que en la actualidad se desarrollen embriones *in vitro* de muy buena calidad y con altas tasas de implantación. Una consecuencia de ello es la obten-

ción de cada vez más y mayores números de embriones en condiciones de ser criopreservados (Michelli, 2016; Vera, 2016; Hodge y Santos, 2017; SAIJ, 2001). Como ejemplo, en Abril del 2017 en 46 de los 57 Centros Reproductivos Autorizados en la Argentina se contabilizaron 54.432 embriones congelados, algunos con una antigüedad mayor a los diez años (Lima, 2017). Sin embargo, tanto en el plano ético como jurídico presentan serias dificultades (Vera, 2016). Las técnicas desarrolladas hasta hoy apenas son la punta del iceberg de una ciencia que sigue sumando controversias por sus métodos cada vez más selectivos de fecundación, que lamentablemente acarrear altos costos y cada vez más se asemejan a un proceso de producción. No debe sorprender por ende el silencio normativo imperante en la materia, pues, en lo que lleva proyectar y promulgar una norma, el vértigo científico la vuelve obsoleta (Ocampo, 2017).

Características del sistema legal argentino actual

La jurisprudencia argentina ha ido evolucionando durante estos últimos quince años en sus fallos sobre el embrión humano, desde asumir una postura totalmente restrictiva, es decir, declarando al embrión como persona humana desde el mismo momento de su fecundación, y por consiguiente prohibiendo cualquier tipo de intervención que altere su normal y progresivo desarrollo, fue derivando hacia una postura mucho más amplia, donde comienza a dejar esa posición absolutista y comienza a poner en la balanza aquella actitud frente a otros derechos como la salud reproductiva, la protección integral de la familia, el derecho de gozar de los beneficios del progreso científico y a no ser discriminado (Ocampo, 2017). El interrogante clave para que esa evolución legista ocurriera en esta cuestión es: ¿el embrión criopreservado debe considerarse persona humana?

Resumiendo, y luego de analizar el contenido del nuevo Código Civil y Comercial, se puede responder correctamente que los embriones criopreservados no pueden ser considerados “cosas”. ¿Pueden o deben entonces ser considerados una persona humana? Desde el punto de vista jurídico, designa a todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, por consiguiente, la circunstancia de que el

derecho objetivo atribuya a algo o alguien esa capacidad convierte a ese ente en persona (Borda, 2006).

Pero el Código no aclara qué se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas por TRHA. No obstante ello, existe una interpretación posible según la línea legislativa que adopta el Código y atendiendo a otras legislaciones, como la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, bajo pena de incurrirse en responsabilidad internacional. Para esta Corte, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, *el embrión no implantado no es persona humana* (Michelli, 2016; Vera, 2016; Caramelo, 2018; Herrera, 2012; NCCCN, 2015; Chía, 2014; Lembo, 2016).

Tanto la Ley 26.862 como su Decreto reglamentario 956/2013 siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión *in vitro* no es persona humana. Ello se funda en el permiso o regulación de tres cuestiones centrales: a) la donación de embriones; b) la criopreservación de embriones; y c) la reafirmación de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Por otra parte, la disposición transitoria segunda del Código establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado, siendo la mencionada norma la gran ausente, aún hoy, en nuestra ciencia jurídica. Por lo tanto, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado o *in vitro* serán materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación de la legislación civil.

Por último, recordando la disposición transitoria segunda, que establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia, que tenga por objeto la protección del embrión no implantado, deja en claro que si fuera persona humana debería estar regulada en el Código y no en una ley especial (Caramelo, 2015).

En resumen, para la ley argentina, el embrión no es una cosa, pero tampoco es una persona. Corresponde confirmar la inviabilidad del supuesto Organismo Humano Diferenciado planteado por Ocampo, pues por la característica de humano frenaría los estudios genéticos preimplantación (DGP) y se debería prohibir la criopreservación. A esta altura del desarrollo de las técnicas de fertilización humana y la

capacidad para detectar problemas graves en la gestación del embrión, no corresponde privar a los padres ni a su descendencia de los beneficios de los avances de la ciencia. Por tal motivo, debe entenderse que el embrión humano no adquiere el estatus de persona hasta tanto no sea transferido al útero materno.

Destino actual de los embriones criopreservados dentro del sistema legal argentino

En una encuesta realizada en el año 2017 (Lima, 2017) en usuarios o pacientes de las TRHA, frente a la pregunta “cuál de estos destinos elegiría para sus embriones”, las respuestas de mayor frecuencia fueron:

- a) Continuar con la criopreservación por un período máximo de diez años (38%) y luego descartarlos (16%).
- b) Donarlos al Centro de Reproducción para fines de Investigación (13%).
- c) Donarlos a personas desconocidas para nuevas TRHA (8%).
- d) Donarlos, pero a personas conocidas que lo necesiten (8%).

Esta encuesta revela las preferencias de los usuarios de la TRHA, pero a la fecha no existe en la Argentina el marco legal que les permita saber qué hacer y qué no hacer con sus embriones criopreservados. Es por ello que urge una legislación sobre el destino de los embriones.

Esa legislación especial, a la cual remite el Código al regular la filiación, como así también en la mencionada disposición transitoria con relación a la protección del embrión no implantado o *in vitro*, ya se ha escrito y contó con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación en 2014 con 205 votos a favor y 11 en contra. Estuvo en el Senado de la Nación a la espera de su sanción. En sus disposiciones generales más relevantes se evidencian el respeto y la protección de los siguientes principios y derechos: a) interés superior del niño; b) dignidad humana; c) intangibilidad del genoma humano en protección de las generaciones futuras; d) derecho a la salud integral; e) derecho a la identidad y a conocer los orígenes; f) derecho a formar una familia; g) derecho a gozar de los beneficios del progreso científico; h) derecho al libre desarrollo de la personalidad; i) principio de autonomía; j) derecho a la privacidad; y k) derecho a la igualdad y no discriminación.

Conclusión

Del análisis bibliográfico realizado se desprende que la República Argentina fue pionera en Latinoamérica en la aplicación de las TRHA, no así con leyes que otorguen un adecuado marco regulatorio. Luego de casi 30 años se sancionaron leyes y aún se espera por la ley especial para regular el destino de los embriones criopreservados.

Se sabe que la ciencia siempre avanza para beneficiarnos a todos, o al menos a una parte de la humanidad. Aunque a veces tiene descubrimientos insospechados o inesperados que ofrecen respuestas y soluciones a los más variados asuntos, resultando cierto que en ocasiones se priorizan los intereses de un reducido grupo de personas, como, por ejemplo, al jerarquizar el deseo a ser padres o madres a toda costa y costo, por sobre el destino, interés y protección de los embriones no implantados.

En Argentina no existe normativa que regule de manera específica la situación de los embriones congelados y aquellas técnicas que pueden ser aplicadas sobre ellos, generándose

un amplio impacto negativo a nivel jurídico-social. Si bien la Ley 26.862 salda varias de las dudas con respecto a las TRHA, persisten varios interrogantes: por ejemplo, si deberían darse a conocer los datos de aquellas personas que donan los embriones; los meses en que estuvo congelado el embrión; informar a los dadores cuáles serían sus posibles adoptantes, entre otros.

Ocurre que, tras el vacío legal que impera en Argentina, varias de las respuestas y soluciones a aquellos interrogantes son ofrecidos por los mismos centros en donde se llevan a cabo los tratamientos de las técnicas de reproducción asistida, llegando al punto que los embriones se congelan, se guardan, se donan, se trasladan de un centro a otro, se descartan, se investigan y hasta se usan para curar... todo en la más completa anarquía o al amparo de autorregulaciones éticas que se imponen a sí mismos la mayoría de los médicos y clínicas de fertilidad. Del análisis minucioso del proyecto que contaba con media sanción se desprende que, una vez que tome fuerza de ley, podrá cubrir el vacío actual imperante respecto al destino de los embriones criopreservados.

Referencias

- Ocampo AE (2017). La protección jurídica del embrión humano no implantado. Su impacto en la ley de fertilización humana asistida. Buenos Aires, Repositorio Institucional Universidad Siglo 21. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/handle/ues21/13822>.
- Molero M y M Salas M (2016). Reproducción asistida en Europa: trabajos armonizantes de la Corte Europea de Derechos Humanos. Estudios constitucionales, Santiago, 14-2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200006>.
- Grees M (2018). Cobertura integral de las técnicas de reproducción humana asistidas: ley vs. realidad. Tesis de grado. RID-UNRN. <http://hdl.handle.net/20.500.12049/1374>.
- Michelli Y (2016). El vacío legal de los embriones congelados en la República Argentina. Buenos Aires, Repositorio Institucional Universidad Siglo 21.
- Vera C (2016). Reproducción humana asistida en la Argentina: Evolución desde el punto de vista jurídico. Buenos Aires, Repositorio Institucional Universidad Siglo 21.
- Ariza L (2017). La regulación de las tecnologías reproductivas y genéticas en Argentina: análisis del debate parlamentario. Campinas, Cadernos pagu, 50. <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8650722>.
- Valdés A, HM Pérez Núñez, RE García Rodríguez y A López Gutiérrez (2010). Embriología humana. La Habana, Ciencias Médicas.
- Hodge C y M Santos (2017). Diagnóstico Genético Preimplantatorio de embriones humanos. Técnica, ética y teología. Teol. Vida, 58-3. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0049-34492017000300275>.
- SAJ (2001). Portal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Revista www.saj.jus.gov.ar. www.saj.gov.ar/doctrina/dacf010039-lythgoe-crioconservacion_marco_legal_argentino.htm.
- Lima N (2017). Dilemas éticos en embriones criopreservados: avance de investigación. Anuario de Investigaciones. XXIV.
- Wallis C (1984). The new origins of life: How the Science of conception brings hope to childless couples. Time, 10 de septiembre de 1984.
- Copeland LJ (1996). Ginecología. Buenos Aires, Panamericana.
- Gallino L (2005). Diccionario de Sociología. México, Siglo XXI.
- Caramelo G, S Picasso y M Herrera (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Herrera M, A Kemelmajer de Carlucci y E Lamm (2012). Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. Revista Derecho Privado, Buenos Aires, Infojus-SAJ, 1.
- Gonzales Prieto M, W Howard y C Bellin (2011). Manual de Derecho Civil. Departamento de Publicaciones, Universidad de la República, Montevideo.
- NCCCN (2015). Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Comisión redactora de la reforma. <http://www.nuevocodigocivil.com/el-comienzo-de-la-persona-humana-en-el-codigo-civil-y-comercial-eleonora-lamm/>
- Chia EA y P Contreras (2014). Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios constitucionales, Santiago, 12-1. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100015>.
- Lembo M (2016). Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial, Intervención notarial. www.revista-notariado.org.ar, 925.
- SAMER (2016). Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva. http://www.samer.org.ar/pdf/proyecto_ley_especial_e_integral_de_trha.pdf.