

**PERSONA Y FILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN
ACTUAL Y PROYECTO DE REFORMA DEL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO**

*Comunicación del académico de número Eduardo M. Quintana,
en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 14 de mayo de 2014*

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@ancmyp.org.ar

www.ancmyp.org.ar

Se terminó de imprimir en Pablo Casamajor Ediciones (www.imagenimpresa.com.ar) en el mes de noviembre de 2014.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2013 / 2014**

Presidente Académico Ing. MANUEL A. SOLANET
Vicepresidente . . Académico Dr. SANTIAGO KOVADLOFF
Secretario Académico Dr. LEONARDO MC LEAN
Tesorero Académico Dr. RODOLFO A. DÍAZ
Prosecretario . . . Académico Dr. JOSÉ CLAUDIO ESCRIBANO
Protesorero Académico Dr. ROSENDO FRAGA

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo
Dr. Gerardo ANCAROLA.....	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSI.....	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO.....	23-04-97	Miguel de Andrea

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI.....	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. René BALESTRA.....	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA.....	14-09-05	Deán Gregorio Funes
Dr. Carlos Pedro BLAQUIER.....	27-08-08	Nicolás Matienzo
Ing. Manuel SOLANET.....	27-08-08	Joaquín V. González
Dr. José Claudio ESCRIBANO	27-05-09	Domingo F. Sarmiento
Dr. Rodolfo Alejandro DÍAZ	14-04-10	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Santiago KOVADLOFF.....	14-04-10	Estanislao Zeballos
Dr. Vicente MASSOT	14-04-10	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Felipe DE LA BALZE	14-04-10	Bartolomé Mitre
Lic. María Teresa CARBALLO	26-10-11	Roque Sáenz Peña
Dr. Héctor A. MAIRAL	26-10-11	Carlos Pellegrini
Dr. Eduardo Martín QUINTANA.....	26-10-11	Vicente López y Planes
Dra. María Angélica GELLI	12-12-12	Antonio Bermejo
Dr. Adalberto RODRÍGUEZ GIAVARINI.	12-12-12	Adolfo Bioy
Almte. Enrique MOLINA PICO	12-12-12	José de San Martín
Monseñor Héctor AGUER	10-09-14	Ángel Gallardo
Dr. Horacio JAUNARENA.....	10-09-14	Mariano Moreno
Dr. Luis Alberto ROMERO	10-09-14	Nicolás Avellaneda

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Carlos María BIDEGAIN
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA

PERSONA Y FILIACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL Y PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO

Por el académico DR. EDUARDO M. QUINTANA

1. La Persona humana

1.1. Legislación vigente. Proyecto de reforma del Código Civil y ley 26.682 sobre “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”

Al analizar los textos legales, tanto los de vieja data como los recientes y las proyectadas modificaciones, no es fácil discernir cuáles son las normas vigentes, ya que se advierten incongruencias y contradicciones entre varias disposiciones del Código Civil (aún no derogado), el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial Unificado 2012 presentado por el Poder Ejecutivo (aprobado por el Senado de la Nación con significativas modificaciones en noviembre de 2013) y la ley 26.862 de reproducción humana artificial.

En efecto, el art. 70 del Código Civil establece que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de

las personas”, debiendo entenderse que la referencia a la madre tiene su explicación dado que el código fue redactado por Vélez Sarfield, en 1869 con vigencia desde 1871. Las dudas que al respecto se generaron a partir de 1978, en que tomó estado público el nacimiento en el Reino Unido de una niña mediante fecundación artificial, quedaron disipadas en nuestro país a partir de la reforma constitucional del año 1994 al incorporarse a la Constitución Nacional en el art.75 inc.22 varios pactos internacionales, entre ellos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos, que en su art. 4° inc. 1° *protege la vida desde la concepción* sin distinciones de donde se produzca y en el art. 1° inc. 2° dispone que *para los efectos de esta Convención persona es todo ser humano*, disponiendo otro tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El 8 de junio de 2012 el Poder Ejecutivo envió al Congreso de la Nación el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación reemplazando, entre otras, a la norma antes mencionada por el art. 19 del mismo que dispone: *La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.*¹ Esta norma conlleva una distinción entre *embriones concebidos en la madre* y *los embriones no implantados*, ya que según el texto unos son personas y otros no.

¹ Es oportuno transcribir los fundamentos más que breves de la comisión redactora del proyecto de código respecto al tema que nos ocupa: Capítulo 1. Comienzo de la existencia de las personas: La norma relativa al comienzo de la persona tiene en consideración el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, conforme el cual, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del seno materno. Este fundamento único de dichas técnicas padece de varias incorrecciones ya que no es cierto que el embrión nos se desarrolle fuera de la madre, ya que cuando el óvulo es fecundado *in vitro* dando comienzo así a la vida humana, el por entonces embrión unicelular se desarrolla varios días en el laboratorio antes del implante. Entiendo que el equívoco reside en confundir los términos “desarrollo” con “viabilidad”, sin perjuicio que no se interroga sobre la eticidad de dichas técnicas.

Hasta ahora el proyecto no se ha convertido en ley y por lo tanto no goza de ninguna virtualidad jurídica. Sin embargo, sucedió un hecho en el cual no se ha reparado lo suficiente. En efecto, desde tiempo atrás se encontraba en debate parlamentario un proyecto sobre técnicas de producción artificial que fue aprobado por el Congreso de la Nación el 5 de junio de 2013 transformándose así en la ley 26.862. Esta ley si bien no define el inicio de la existencia humana sigue el lineamiento discriminatorio entre los embriones, proyectada en un código que aún no tiene vigencia.

Pero aquí no termina este galimatías jurídico ya que el 28 de noviembre de 2013 el Senado aprobó el proyecto de reforma del código civil modificando, entre otras, la redacción originaria del artículo 19 reconociendo que *la existencia de las personas comienza con la concepción*, sin distinguir intra o extrauterinamente. Se concluye que el senado ha optado por reconocer a los embriones producidos in vitro los derechos inherentes a todas las personas. Sin embargo, conservan la redacción originaria los artículos del proyecto que regulan la fecundación extrauterina y la producción de embriones por otros medios a los naturales².

Dejaré para las conclusiones mi respuesta a este confuso panorama legislativo.

1.2. Ley 26.682: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Reseñaré los tópicos claves de la ley 26.682: a) su finalidad es “garantizar el acceso legal a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida”. Mediante este enun-

² El art. 21 sigue distinguiendo entre los embriones “concebidos o implantados” y la cláusula transitoria segunda del art. 9° dispone que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”. También se mantiene el art. 561 que autoriza a revocar el consentimiento informado para realizar las prácticas de fecundación artificial mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión.

ciado se advierte que la garantía legal es *erga omnes* o sea que no se trata de personas con alguna patología, ya sea esterilidad, infertilidad u otra. Cualquier persona que goce de excelente salud tiene el acceso garantizado a las técnicas, (art.1°); b) autoriza la “donación” de gametos y *embriones*” (art. 2°); c) regula el congelamiento de *embriones* en bancos receptores (art. 4°); d) determina que el consentimiento de la persona que recurra a las técnicas “es revocable hasta antes de producirse la implantación del *embrión* en la mujer” (art.7°). Tampoco prevé cuál será el destino de los embriones “revocados” o “queridos y luego no queridos”; e) establece que estos tratamientos sean de prestación obligatoria para toda institución sanitaria pública o privada. Conforme esta síntesis, se concluye que los embriones son considerados “cosas”, ya que las personas no se donan ni congelan.

El reparo que merece la utilización indiscriminada y sin parámetros de control de las TRA reside primeramente, en que la vida humana comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide que significa la aparición de una realidad celular con fenotipo cigoto, con una identidad genética propia y un ciclo vital definido. “La generación del cigoto supone que la fecundación conlleva un proceso autoorganizativo de interacción, reestructuración y cambio de los cromosomas de los gametos de los progenitores. Lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el evento fundamental del comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, *el nuevo individuo de la especie humana*³.”

³ Tomas y Garrido, Gloria María, “El estatuto científico del embrión”, en *Bioética personalista, ciencia y controversias*, Editoras Gloria María Tomas y Garrido y Elena Postigo Solana, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007.

Como expresa Tobías, puede afirmarse, por consiguiente, que las ciencias biológicas permiten afirmar hoy que el embrión es un “*ser humano*”, se haya concebido en el “seno materno” o formado mediante las técnicas de fecundación in vitro: en ambos casos ellos detentan la “condición de humanidad”, es decir, tienen la misma “sustantividad humana”. De ahí que la exclusión del embrión extracorpóreo de la calidad de persona no se compadece con la terminología adoptada “Persona humana” –tomada del Proyecto de 1998– y supone un radical apartamiento de los fundamentos de su antecedente: “*es persona todo ser humano por el hecho de serlo*”⁴.

1.3. Distintas técnicas de reproducción asistida. Aceptación legal de la más lesiva y letal para la vida embrionaria

Bajo la genérica denominación “reproducción asistida”, se agrupa una multitud de técnicas muy diversas entre sí como también con disímiles resultados, no sólo respecto al éxito o fracaso de la operatoria sino principalmente respecto a la utilización de los embriones, circunstancia desconocida por el público en general, a quien se le ha hecho creer que la única “fecundación asistida” es fecundación in vitro. Esto es falso pues la fecundación asistida puede ser natural o sea sin suplir el acto sexual, por medios farmacológicos, quirúrgicos y psicológicos.

No es esta la que importa a partidarios de estas técnicas, sino la fecundación artificial, denominada en la ley y su reglamentación de “baja o alta complejidad”. Traduciendo estos términos a un lenguaje no especializado, la primera es la fecundación intra-

⁴ Tobías José W. *Algunas observaciones al título I (la persona humana) del libro primero (de la parte general) del proyecto de Código civil y Comercial* (decreto 191/2011), La Ley, 12 de junio de 2012.

corpórea que puede ser la inseminación artificial o la transferencia intratubárica de gametos. En ambos casos la concepción se produce en la mujer y por lo tanto el embrión se encuentra protegido de toda manipulación. Por este motivo, no es precisamente la que interesa a los involucrados y por tanto la que se oferta e identifica semánticamente con fecundación asistida es la extratubárica o fecundación *in vitro* en la cual el embrión puede ser seleccionado, investigado y experimentado. En este caso es necesario producir numerosos embriones ya que además de transferir no menos de tres para lograr el implante de uno, (lo que ocasiona en numerosos casos embarazos múltiples), se seleccionan los más “aptos” y luego se congelan varios de ellos a la espera del resultado de la primera transferencia⁵.

Además pueden ser la materia prima de las llamadas células embrionarias o *stem cells* con finalidad terapéutica, no de patologías de los embriones sino de terceros, procedimiento que implica el desguace de aquellos.

Ni la ley de TRA ni el proyecto de código han contemplado el grave problema que significa los embriones llamados “sobrantes”, ya sea por el éxito en el primer implante y abandono posterior de los progenitores por desinterés o bien por muerte o separación de la pareja o también desinterés del “solicitante solitario”. La ley nada dice, pero al tratarlos al nivel de mera “cosa” no resulta extraño que los “sobrantes” sean destinados a investigación, experimentación o su descarte luego de un plazo legalmente incierto.

⁵ Los gametos son ubicados en un medio de cultivo apropiado y, luego de aproximadamente dos días, cuando se estima que el desarrollo celular es el adecuado, se transfieren no menos de tres embriones a la mujer gestante que puede ser tanto la madre biológica como una otra, ya sea en caso que aquella no pueda desarrollar el embarazo, o que esté impedida de ovular y necesite cesión de gameto femenino. Viene a mi memoria que cuando tomó conocimiento público el éxito (nacimiento) de primer ser humano fecundado extracorpóreamente en el Reino Unido en 1978, se acuñó la frase “bebé de probeta”, lo que hablaba bien a las claras que lo que había comenzado a existir otro individuo de nuestra especie y no un “tejido reproductivo”, expresión con la cual peyorativa e ignorantemente se pretende equiparar al embrión humano.

Pero aun en el caso de su inmediato implante, o sea usando embriones “frescos”, (según la semántica de los centros de fertilización), el porcentaje de niños nacidos sigue siendo muy bajo y como correlato su pérdida es cuantitativamente superior⁶. Es notable que en los últimos diez o doce años la tasa de nacimientos presenta una meseta casi sin modificaciones, pese a los avances técnicos en congelamiento de óvulos y sobrevivencia de embriones descongelados (atento que previamente se ha utilizados la vitrificación). En efecto, en 1997 un experto en FIV daba cuenta públicamente que implantando de 4 a 6 embriones no congelados el porcentaje de nacimientos podía llegar al 21%⁷. Conforme a un trabajo publicado en 2005, según la metodología de la inducción ovulatoria, los nacimientos oscilaban en mujeres menores de 36 años del 16,9% y 15,4% en mayores de esa edad, mientras que con otra metodología diferente el porcentaje bajaba al 11,8% y 8,49% respectivamente. De cualquier manera en el primer caso el porcentaje de ambas edades era de 16,5% y en el segundo de 10,1%⁸. Agregamos que nuestra recusación a la fecundación artificial extrauterina o in vitro, no se funda sólo en los porcentajes de fracasos al intentar el implante de los embriones o a posteriori de ello. Hay otros números que son esclarecedores. En efecto, el 11 de julio de 2007 el Departamento de Salud del Reino Unido de Gran Bretaña dio a conocer el destino de los embriones de la fecundación in vitro (1991-2006), informando que por cada niño

⁶ En numerosas oportunidades las informaciones de los *mass media* suelen llevar a equívocos al público no avezado en estos temas ya que los porcentajes de “éxitos” se refiere a la tasa de embarazos y no de nacimientos. Demás está decir que la mujer que recurre a estas técnicas lo que desea es el “niño en brazos” y no otra cosa.

⁷ Blaquier Jorge, “Actos privados”, *La Nación*, 11/7/97, Buenos Aires. Contrariamente según la conocida publicación *Fertility & Sterility* el porcentaje de nacimientos mediante la fertilización in vitro era sólo de 14,5%, vol. 62. 1994.

⁸ Ruiz Balda J. A., López L. M., Prieto L. *Estudio de coste-efectividad de las técnicas de reproducción asistida en España*, Rev. Esp. Econ. Salud, 2005: 4 (2): 96-102. Jorge N. Laferriere en el trabajo ya citado se remite a un informe del Comité de Ciencia y Tecnología del Parlamento Británico del año 2005 según el cual para obtener un bebe nacido vivo con técnicas de reproducción humana se necesitan 9,6 embriones en promedio para Europa.

nacido de la reproducción artificial, 23 embriones humanos habían muerto; pues mientras 98.200 embriones habían alcanzado a nacer (4,26%), 2.204.427 fueron destruidos (94,74%)⁹.

1.4. Tres posturas diferentes: a) concepción como inicio de la existencia de la persona; b) implante como inicio de la existencia de la persona; c) implante como concepción de la persona

La primera de las mencionadas precedentemente es la que con sólido fundamento científico sostiene que la concepción es la fecundación del óvulo por el espermatozoide: “La generación del cigoto supone que la fecundación conlleva un proceso autoorganizativo de interacción, reestructuración y cambio de los cromosomas de los gametos de los progenitores... Lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el evento fundamental del comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, *el nuevo individuo de la especie humana*.”¹⁰

La segunda se refleja en la redacción del artículo 19 en el proyecto del poder ejecutivo que distinguía entre embriones con-

⁹ A Long Term Analysis of HFEA Register Data (1991-2006), citado por Chiesa Pedro J.M. y Aquino J. B. *En cada proceso de fecundación in vitro mueren 23,46, 69 o más embriones humanos*. En este informe no se computa a las víctimas de la fecundación in vitro a las células totipotenciales que se les extirpan a los embriones en pro de diagnósticos preimplantatorios, control de calidad que se les hace antes de la transferencia al útero. *El Derecho*, 23 de mayo de 2013, n°13.244, Buenos Aires.

¹⁰ Tomas y Garrido, Gloria María, “El estatuto científico del embrión”, en *Bioética personalista, ciencia y controversias*, Editoras Gloria María Tomas y Garrido y Elena Postigo Solana, Tribuna Siglo XXI, Madrid 2007.

cebidos en la mujer y concebidos fuera de ella por las técnicas de reproducción asistida y otorgaba personalidad a los primeros y la negaba a los segundos hasta que fueran implantados. Si bien esta distinción es un error biológico y jurídico, al menos admite que concepción e implante son dos momentos diferentes y que el implante no es la concepción, pues ella le precede.

La concepción como implante (tercera) es la conclusión de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012, en “Artavia Murillo y otros c/ Estado de Costa Rica” sosteniendo que la concepción ocurre con el implante, o sea que modificó el significado de la palabra concepción que hasta el dictado de esta sentencia significaba la fecundación¹¹. Esta mutación semántica obedece a que según la Convención Americana de Derechos Humanos, “toda persona tiene derecho a que se respete su vida en general a partir del momento de la concepción” (art.4°) y en el art. 1°, inc. 2° al sostener que “a los efectos de la Convención, persona es todo ser humano”¹². Reviste importancia este fallo, ya que según el artículo 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene rango constitucional en Argentina, dispone que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Nuestro país no ha sido parte en esa controversia pero puede llegar a serlo.

La Corte Interamericana no podía evadir el término “concepción” ya que así lo establece la Convención, pero optó por transformar su significado al sostener que “concepción” incluye “implante”, siendo así el ejemplo más manifiesto de la potencialidad fáustica del poder de la palabra: las cosas ya no son como son sino como al legislador ideológicamente le conviene. Se fun-

¹¹ Diccionario de la Lengua Española, ed. 22ª. “Fecundar: unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser”. “Preñar: fecundar o hacer concebir a la hembra”.

¹² Convención Americana de Derechos Humanos (22/11/1969). Cap. 7 Comisión Interamericana de D.H. Cap. 8, Corte Interamericana de D.H.

damenta en que “sólo al cumplirse la implantación se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”. Agregando a continuación, “lo cierto es que si (...) [el] embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (parág. 186). La CIDH añadió, “el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “gonodotropina coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación” (parág. 187). Con sólidos fundamentos biológicos y jurídicos, el Dr. Renato Rabbi Baldi recusa este argumento sosteniendo que “en este orden de ideas, la presencia de la hormona gonadotropina coriónica en la mujer –que se invoca como prueba determinante de la postura que defiende el fallo- solo resulta pertinente para verificar, efectivamente, el **embarazo**, pero ella nada dice respecto de la hominidad del embrión” y añade “con entera prescindencia de que su desarrollo cubra, por ejemplo, un período de cinco meses o de cincuenta años, pues esto alude a contingencias meramente **accidentales** que, es claro, no rozan la **sustancialidad** del ser humano.”¹³

Además de lo expuesto, el sustento argumentativo de la Corte es errado por numerosos motivos. Primero, no es cierto que el embrión no se desarrolle fuera de la madre, pues una vez producida la fecundación in vitro, el embrión unicelular requiere

¹³ Cám. Fed. Salta, julio de 2013 “Lodi Ortiz c/Swisse Medical”.

hasta el implante de un desarrollo celular que tarda varios días. Segundo, tampoco el neonato puede sobrevivir fuera de la madre ni podría desarrollarse si no recibe (en palabras de la Corte) “los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo”. Siguiendo este razonamiento, los niños tampoco son personas hasta que por sí solos puedan abastecerse de las vituallas que menciona la sentencia, conclusión totalmente errada, pero que esconde el ideario sostenido, entre otros, por Tristan Engelhardt y Peter Singer, que afirma que no todos los seres humanos son personas, pues merecen este reconocimiento las que tienen “autonomía de la voluntad”. La CIDH confunde la sustancialidad del ser humano con su funcionalidad, en el caso su “crecimiento y supervivencia”.

Como conclusión de este primer tema, celebramos que el Senado haya dejado de lado la redacción del proyecto del poder ejecutivo sosteniendo que la existencia de las personas comienza con la concepción, pero resulta altamente preocupante y objeto de desconcierto que permanezcan numerosas disposiciones que obedecen a la redacción original, como también que siga vigente la ley 26.862.

2. Filiación

2.1. Voluntad procreacional y voluntad no procreacional

Cuando se difundió el éxito obtenido mediante el nacimiento de los llamados “bebe de probeta”, el ámbito médico y el público en general entendió que la finalidad perseguida era la superación de la infertilidad para lograr por medio de aquella que muchos matrimonio y/o parejas heterosexuales estériles pudieran acceder a la paternidad, limitándose la discusión a la licitud ético-jurídica sobre la mortandad de embriones. Pero la novedad del

procedimiento mostró otros aspectos, entre ellos, la denominada fecundación heteróloga o sea con un gameto extraño a la pareja, o más aún con un embrión tercerizado o sea totalmente ajeno a la misma, además que una mujer sola o dos mujeres convivientes obtuvieran un gameto masculino, o un hombre solo lograra el aporte de un vientre sustituto y un óvulo de esa u otra mujer, pudiéndose decir otro tanto de dos hombres convivientes, transformándose así el panorama de la filiación a fronteras sin límite. Se abrió así un horizonte biológico, genético, sociológico, ético, parental, filiatorio y jurídico de consecuencias todavía imprevisibles. También se ha expresado que podría darse el caso de que un niño llegue a tener hasta cuatro o cinco personas involucrada en su “paternidad-maternidad”: el dador de los gametos masculinos, la dadora de gametos femeninos, o los “comitentes” que solicitaron la fecundación y finalmente la madre gestante por cuenta de esos “comitentes”¹⁴. Se prioriza la llamada “voluntad procreacional” destruyéndose los vínculos de identidad de los niños “producidos” mediante las técnicas de fecundación artificial¹⁵.

El Proyecto de Código introduce este novedoso e inédito concepto “voluntad procreacional”, para legitimar jurídicamente el instituto de la filiación con gametos ajenos. Este neologismo pertenece a Enrique Díaz de Guijarro quien en 1965 distinguía entre: a) voluntad de unión sexual; 2) la voluntad procreacional y 3) la responsabilidad procreacional¹⁶, época muy anterior que la fecundación in vitro. El vocablo no tuvo aceptación legislativa como tampoco doctrinaria hasta que fue exhumado casi cincuenta años después trasvasándolo a las técnicas de reproducción artificial.

¹⁴ El término “comitentes” es utilizado en el proyecto del Poder Ejecutivo para significar los padres “procreacionales” en el instituto de la maternidad por sustitución, suprimido por el Senado.

¹⁵ Bach de Chazal Ricardo, *Anteproyecto de reformas al Código Civil. Erosión ideológica de la vida y la familia*. El Derecho, junio 11 de 2012. Buenos Aires.

¹⁶ Díaz de Guijarro Enrique, *La voluntad y la responsabilidad procreacional como fundamento de la determinación jurídica de la filiación*, en J. A., 1965-III-21.

La primera observación que merece este instituto “voluntarista” proviene de la semántica, pues utiliza términos que tanto en el lenguaje cotidiano como en el científico tienen un significado para atribuirles otro. El Diccionario de la Lengua Española define al término *procrear* como engendrar y *procreación* como acción y efecto de procrear. A su vez entiende por *engendrar* “propagar la propia especie”. La novedosa palabra “voluntad procreacional”, como se lo emplea en la norma, significa que *quien no puede o no quiere engendrar o sea procrear, es el que jurídicamente procrea si manifiesta su deseo en tal sentido. ¡Pero simétricamente quien realmente procrea o sea el engendrante o sea que aporta el gameto, si carece de tal voluntad no procrea!*

Por lo tanto, la legislación proyectada crea *ex nihilo* al “**procreador voluntario**” pero también al “**procreador no voluntario**”. Hipotéticamente se llegaría así a la inverosímil situación de que quien realiza un acto heterosexual sólo por placer, en caso por consiguiente embarazo, podría alegar que no es el progenitor pues no tuvo “voluntad procreacional”. Obviamente descartamos esta situación por absurda jurídicamente, pero es la consecuencia lógica de un silogismo con alguna premisa errada.

Los partidarios de la “voluntad procreacional” suelen argumentar que la legislación de familia admite a la adopción como fuente de la filiación, pese a que no hay biología. Pero no advierten que la primera es propuesta por el ordenamiento jurídico como un remedio a una situación preexistente, la imposibilidad de que un hijo sea criado por sus padres biológicos. Por ello el derecho prevé la posibilidad de crear nuevos vínculos filiatorios en vistas a proteger el interés del menor y el efectivo goce del derecho a desarrollarse en un ámbito familiar, siempre respetando su derecho a la identidad, el cual incluye el derecho a conocer a sus padres biológicos. Mediante las TRA en cambio, se pretende satisfacer la voluntad y el deseo de los adultos, aun corriendo el riesgo de vul-

nerar el derecho a la identidad del menor al eliminar de su historia a sus padres biológicos¹⁷.

2.2. Ruptura de los vínculos biológicos

El Código Civil vigente, en su art. 240 dispone que la filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La reforma proyectada en su art. 558 añade a las ya mencionadas “*las técnicas de reproducción humana asistida*”. Entiendo que tal inclusión es innecesaria o en todo caso su lenguaje es inapropiado, pues por más artificialidad que se instrumente, el ser humano es consecuencia de la unión de dos gametos o sea su filiación es tan natural como el hijo concebido sexualmente. Se entiende la sensata distinción del código actual, pues la filiación adoptiva no proviene de la naturaleza sino de una decisión de asumir la paternidad respecto a quien se encuentra en una situación de carencia vivencial o social de los progenitores naturales.

Actualmente la filiación biológica se mantiene aun mediante el empleo de las técnicas de reproducción asistida ya que el principio rector de la materia por los medios científicos aplicables hoy día determina la paternidad (ley 23.264). La nueva categoría introducida en la reforma obedece a la intención de superar cualquier resabio “natural” presentando un procedimiento “procreador” consecuencia de una construcción semántica cuya finalidad reside en el establecimiento de que esta novedosa filiación tenga sus fines y reglas específicas totalmente ajenas a la realidad.

El título “Voluntad procreacional” (art. 562) dispone que “*Los nacidos por las TRHA son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento*”.

¹⁷ Pucheta Leonardo, *Fictio iuris: la voluntad procreacional en el proyecto de reforma al Código Civil argentino*. El Derecho, 12 de julio de 2013, Buenos Aires.

to previo, informado y libre” en los términos allí establecidos... con independencia de quién haya aportado los gametos.” Por tanto, la ley crea un progenitor que, obviamente, no es progenitor¹⁸. Asimismo, se dispone que “cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos” (art. 575), excepto los impedimentos matrimoniales en los mismos términos de la adopción plena.

El vínculo biológico es preterido por el “voluntarismo de deseo” y, con el título “Inadmisibilidad de la demanda”, el proyecto establece que “No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida... con independencia de quien haya aportado los gametos”. Tampoco es admisible “el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o reclamo alguno de vínculo filial respecto a éste” (art. 577). En buen romance, ni los progenitores biológicos pueden reclamar la paternidad ni los hijos biológicos pueden reclamar su filiación.

2.3. Desconocimiento del derecho a la identidad (genética, biológica, y social) de los hijos nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida

Los derechos “personales” luego denominados “personalísimos”, no tuvieron una acogida amplia en el Código Civil, pese a que Vélez Sarfield no desconocía su existencia. Así en la nota al art. 2312 expresa “Hay derechos y los más importantes, que no

¹⁸ Krasnow Adriana N., *Filiación, Determinación de la maternidad y paternidad- Acciones de Filiación-Procreación asistida*, pág. 109, La Ley, 2006, Buenos Aires. Según una autora partidaria de estas innovaciones, “la voluntad procreacional es el deseo e intención de crear una nueva vida”. A continuación se interroga sobre el encuadre jurídico cuando no hay nexo biológico, sosteniendo “que frente al avance biotecnológico, nace el cuestionamiento de si el interés del hijo se encuentra resguardado, aun cuando, total o parcialmente no exista nexo biológico.”

son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc...”. No es este el lugar para evocar el desarrollo de estos derechos, pero al menos recordar que es en la segunda mitad del siglo pasado cuando comienza a esbozarse una caracterización pormenorizada a través de la doctrina, la jurisprudencia los tratados internacionales, las legislaciones nacionales y la doctrina.

Para Fernández Sessarego “la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad...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 en su mismidad... La identidad, el ser yo mismo y no otro, se despliega en el tiempo. Se forja en el pasado, desde el instante mismo de la concepción, donde se hallan sus raíces y sus condicionamientos pero, tras pasando el presente existencial de proyecto hacia el futuro”¹⁹.

Coincido con lo expresado por Mauricio Mizrahi al reafirmar que todo enfoque de la reproducción humana asistida, y la regulación de la que debe ser objeto, necesariamente tiene que partir de los derechos que asisten a los niños, los que son susceptibles de ser violados con aquellas prácticas...Lo que puede ser afectado, en concreto, cuando se acude ligeramente a tolerar y/o a habilitar de hecho los distintos métodos de fecundación artificial –como acontece en nuestro país– son los derechos del niño a tener una familia (ser criado por la doble figura parental, padre y madre); a su integridad psíquica; a tener una identidad genética, biológica, jurídica y social; en definitiva, el derecho a que se respete su dignidad como persona²⁰.

¹⁹ Fernández Sessarego Carlos, *Derecho a la identidad personal*, pág. 113 Astrea, Buenos Aires, 1999.

²⁰ Mizrahi Mauricio L. *El niño y la reproducción humana asistida*, La Ley, tomo 2010-E. Sec. Doctrina pág.799, Buenos Aires.

El proyecto aprobado por el Senado bajo el rótulo “Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida” dispone que *“la información de la persona nacida mediante el uso de estas técnicas con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento”* (art.563). Las personas nacidas por estos medios sólo podrán obtener *“datos médicos del donante cuando es relevante para la salud”*. Añade que sólo puede *“revelarse la identidad del donante por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial”* (art. 564). Por tanto como regla se establece la prohibición del hijo a conocer su identidad estableciéndose la excepción por motivos de salud para lograr “datos médicos del donante”, dependiendo la revelación de su identidad si brinda razones fundadas (no se aclara cual es el fundamento) quedando librada al arbitrio judicial su conocimiento²¹.

Las normas proyectadas, como también las relativas a la ruptura biológica entre padres e hijos transcripta en el punto anterior, violan preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño que cuentan con rango constitucional conforme al art.75 inc. 22. El art. 8° de la misma establece que “1) los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar **su identidad**,

²¹ En los fundamentos del proyecto del código se opta por una situación intermedia entre las legislaciones que resguardaban la identidad biológica y aquellas que protegían el anonimato del donante. Erradamente no satisface, a nuestro juicio, ni a una ni a otra, pero fundamentalmente perjudica a los niños así nacidos. En efecto se dice que: *“La reforma regula otra cuestión que se deriva del uso de gametos de terceros como es el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos a través de estas técnicas; doctrina y jurisprudencia derivan el derecho a conocer los orígenes de la noción de identidad, como un derecho humano, de considerable peso en la historia argentina. Si bien el Anteproyecto establece la regla del anonimato, prevé supuestos de apertura o flexibilización de dicho carácter. En efecto, se reconoce el derecho de las personas nacidas de este modo a obtener información médica sobre los donantes en caso de riesgo para la salud, sin necesidad de intervención judicial. La identidad del donante, en cambio, puede ser develada cuando se invocan otras razones debidamente fundadas, que deben ser evaluadas por la autoridad judicial (no ya administrativa) en atención a los intereses en juego. De este modo, la reforma adopta una postura intermedia, frente a un panorama dispar en el derecho comparado. Se sigue de cerca la legislación española (Ley nº 14/2006) pero se abre la posibilidad de abandonar el anonimato frente a razones fundadas que deben ser valoradas judicialmente”*.

incluidas la nacionalidad, el nombre, y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas”. Un reciente fallo de relevante interés para la materia, acoge parcialmente una acción de amparo en que los accionantes solicitan por sí y en representación de sus hijas menores que la justicia disponga a través del organismo que se considere competente, la creación de un registro que preserve **la identidad** de los donantes de gametos que se encuentran en los centros de fertilización y demás instituciones dedicadas a estos menesteres. En el fallo se afirmó que el mencionado artículo octavo debe interpretarse de manera concordante con el art. 19 la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, entre sus argumentos se expone que “el derecho del niño a la identidad se refiere tanto a la identidad en el sentido legal como a la verdadera o genuina, es decir, a conocer su identidad biológica (cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Contreras vs. El Salvador”, sentencia del 31 de agosto de 2011, apartados 112 y 113 (ver corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieic_232%20_esp1.doc); en el apartado 214 de la demanda interpuesta por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en ese litigio se pone de manifiesto que el texto definitivo del artículo 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño tuvo origen en la propuesta alternativa presentada por la delegación argentina, acerca de la necesidad de incorporar el derecho a la identidad, tal como se expone en la nota al pie de página N° 157 del apartado 214 de ese documento (ver www.cidh.org/demandas/12.517_El-Salvador_ESP.pdf); en el mismo sentido se pronunció la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso “Godelli vs. Italia”, del 25 de septiembre de 2012, en cuanto al alcance del derecho a conocer la identidad en sentido biológico).”²²

²² C. N. Cont. Adm. Federal, sala V, abril 29 de 2014, “C., E. M. y otros c/EN-M.Salud s/amparo ley 26.986”. La acción es acogida parcialmente pues la Cámara entiende que, más allá de los derechos de los peticionantes, el segundo de los reclamos sólo puede ser satisfecho por el Poder Legislativo. El fallo expresa: “ en el caso corresponde distinguir dos aspectos de la pretensión formulada por los demandantes: el primer aspecto se refiere al derecho a la conservación de

En el orden nacional, la ley 23.511 que tiene por finalidad esclarecer **la identidad** de niños hijos de desaparecidos, dispone en su art. 1° la creación del Banco Nacional de Datos Genéticos “a fin de obtener y almacenar información genética que facilite la determinación y esclarecimiento de conflictos relativos a la filiación”. Por su parte la ley 24.779 modificatoria del Código Civil establece en la nueva redacción del art.328 que “el adoptado tendrá derecho a conocer su **realidad biológica** y podrá a acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años”. Asimismo con posterioridad a la Convención de los Derechos del Niño, se dictó la ley 26.061 que resguarda en su art. 11 **el Derecho a la identidad** de las niñas, niños y adolescentes, los cuales “tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su **identidad** e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.”²³.

la información obtenida por el centro médico que intervino en el procedimiento de fertilización asistida acerca de la identidad de la donante de los óvulos, y el segundo aspecto se refiere al derecho de una de las hijas de los coactores a tener acceso a esa información, y a las condiciones y modalidades bajo las cuales eventualmente podrá hacerlo en el futuro... con relación al segundo aspecto cabe advertir que lo relacionado con el modo de preservar y mantener esa información, es decir, lo relativo a la creación de un registro formal de carácter general y lo relativo a la determinación de las condiciones y modalidades en las que concretamente la menor interesada podrá tener acceso a ella constituye un asunto que es de resorte primario del legislador; y depende de la política legislativa que concretamente el Congreso Nacional adopte sobre la materia. Al respecto, cabe recordar que no es posible sustituir al poder legislador en las funciones que le son propias y ejerce de acuerdo con las mayorías exigidas por la Constitución Nacional; ni corresponde a los jueces reemplazar la voluntad de los legisladores en lo relativo al acierto y conveniencia de la política legislativa sancionada en ejercicio de sus competencias constitucionales (cf. Fallos: 277:25; 300:700; 335:1315). Todo ello, sin perjuicio de que, ante una eventual alegación de inconstitucionalidad por parte de las personas debidamente legitimadas a tal efecto, corresponda examinar de manera concreta la compatibilidad y la coherencia de la regulación legislativa ya sancionada con los preceptos de rango superior inherentes a la materia en debate.”

²³ Esa norma dispone además que “Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran

Basta repasar la normativa constitucional y legal, como también la jurisprudencia y doctrina más caracterizada para advertir la incongruencia y disvalor de la reforma en el tema que nos ocupa.

3. Comparación entre el Proyecto aprobado por el Senado en 1997 y legislación internacional sobre procreación asistida (interés superior de los niños) con el Proyecto de Reforma aquí analizado (prioriza el anonimato del dador de gametos)

También resulta interesante recordar el único proyecto sobre fertilización asistida que tuvo media sanción aprobado por el Senado en 1997 y la legislación comparada. En ambos se establecen numerosas exigencias y límites a las técnicas teniendo en cuenta primariamente el interés de los menores.

3.1. Proyecto aprobado por el Senado en 1997

En nuestro país, solo un proyecto recibió media sanción legislativa (Senado de la Nación). Lo traigo como referencia para advertir que este proyecto consensuado a lo largo de muchos años, equilibraba dos posiciones antagónicas, la prohibición absoluta y el permisivismo tal como lo encontramos ahora en la ley actual. En efecto, el 2 de julio de 1997 el Senado aprobó las técnicas con

separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.”

severas restricciones. En primer término, establecía que la existencia de las personas comienza en la concepción (sin distingos del lugar), los destinatarios debían ser heterosexuales casados o personas de la misma condición con más de tres años de convivencia y que padecieran de esterilidad o infertilidad no tratables terapéuticamente; no se podía fecundar más de tres óvulos por vez; estaba prohibido el congelamiento salvo caso de muerte o enfermedad grave de la madre que imposibilitaran el implante; la aplicación de las técnicas estaba sujeta que no supusieran riesgos graves para la salud de la madre o del hijo; prohibía la utilización de gametos ajenos a la pareja; establecía la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Finalmente, siguiendo la ley alemana, establecía un régimen penal para los casos de violación de sus disposiciones con sanciones que llegaban a seis años de prisión según la gravedad de la falta.

3.2. Legislación comparada. Requisitos respecto a los solicitantes de las técnicas

3.2.1. Respecto a las personas

En un exhaustivo trabajo sobre legislación comparada Ursula Basset da cuenta que entre otros países “permisivistas”, *Suiza* requiere personas casadas y que tengan alguna esterilidad o enfermedades transmisibles hereditarias que los muevan a recurrir a las técnicas. *Suecia* exige la mayoría de edad de los solicitantes, que se trate de mujeres casadas o cohabitando, que alguno de los dos haya aportado sus gametos. *Austria* tiene como condición subjetiva que los requirentes sean un matrimonio o una pareja que formen una comunidad de vida de diverso sexo siempre y cuando según el estado del arte todo otro tratamiento haya fracasado. En *Italia* rige un principio de gradualidad en el recurso a las técnicas, por la que sólo se admiten en el caso de haber agotado los caminos

de la filiación natural. Se prohíbe el recurso a la fecundación heteróloga, y sólo se admite a las parejas de mayores de edad de sexo diverso en edad fértil si ambos están vivos. Derecho a la identidad biológica de los niños producto de las TRA.

3.2.2. *Respecto a la clase de técnicas*

Italia impide la fecundación heteróloga en todos los casos. *Austria* prohíbe la fecundación heteróloga, salvo en el caso de que el esposo o compañero no tenga posibilidad de engendrar. Se prohíbe la donación de ovocitos. En los países que admiten la fecundación heteróloga, con frecuencia se establecen mecanismos de acceso a la identidad del donante. *Suiza* prohíbe la donación de ovocitos y de embriones. Otra serie de medidas para proteger la identidad del niño tienen que ver con *restricciones o prohibiciones a la anonimidad del donante*, en los casos en los que se admiten supuestos de fecundación heteróloga. *Alemania* prohíbe el anonimato. En la mayoría de los países que la permiten, los archivos con los datos de los donantes deben ser conservados entre los treinta y los ochenta años²⁴.

En el extremo opuesto se encuentra la ley española de 2006 que ha sido seguida en numerosas disposiciones por el proyecto de reforma.

3.2.3. Del análisis precedente se concluye que tanto el proyecto aprobado por el Senado en 1997, como también en gran parte de la legislación extranjera se establecen parámetros y requisitos a todas estas técnicas ya que tienen en cuenta que el principio inmovible del “superior interés del menor” antecede a los intereses de los requirientes.

²⁴ Basset Ursula C. *Procreación asistida y niñez, ¿regulación o desregulación?*, L. L. 2013 D, julio 12 de 2013.

4. Los riesgos de la terapia génica. Inciertos resultados futuros respecto a la intervención genética en células germinales

Hay que diferenciar la terapia génica en células adultas y en células germinales. Si bien la primera está en vías de experimentación, ya hay avances notorios en la terapia de numerosas enfermedades. Por ello, con los debidos controles es lícito el transplante de células madres adultas pero es moralmente ilícita la manipulación de células embrionarias, pues implica la destrucción del embrión. Asimismo la intervención en células germinales o sea gametos implica un potencial riesgo para el futuro de la humanidad. La manipulación genética trae como consecuencia la mutación del patrimonio genético universal ya que cada mutación quedará incorporada a las sucesivas transmisiones hereditarias.

En un dossier reciente (marzo de 2014) se informa que la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) de los Estados Unidos “está evaluando dar luz verde a una nueva técnica de fertilización que podría crear bebés a partir del ADN de tres personas (dos mujeres y un hombre). Se afirma que la técnica tiene el objetivo de prevenir que las madres transmitan determinadas enfermedades genéticas a sus hijos, pero la técnica en sí plantea una serie de cuestiones éticas, incluyendo la creación de seres humanos genéticamente modificados. La enfermedad sólo se transmite de madre a hijo, ya que el hijo hereda las mitocondrias defectuosas presentes en el citoplasma de óvulo de la madre. Si bien la mayoría del ADN de la célula está en su núcleo, también existe ADN en las mitocondrias (fuera del núcleo). Por eso, de llevarse a cabo la técnica, el hijo tendría el ADN de tres personas distintas. La técnica busca permitir a una mujer dar a luz a un bebé que hereda su ADN del núcleo normal, y no recibe su ADN mitocondrial defectuoso.”²⁵

²⁵ Contardi Silvia, *La FDA estudia autorizar técnicas para engendrar bebés con ADN de tres personas*, www.centrodebioetica.org 17 de marzo de 2014.

Lo expuesto merece la siguiente observación. Del análisis de la especie humana se concluye que sus fallas son porcentualmente mínimas y que su desarrollo a través de miles de milenios ha obedecido a leyes y mecanismos asombrosamente perfectos, como lo es la naturaleza en general, y al mismo tiempo totalmente desconocidos. El patrimonio genético de la humanidad ha permanecido inalterable durante milenios, sólo sometido a las modificaciones que la misma evolución le imponía lo que ha permitido al hombre sobrevivir como especie y dominar al mundo. A ello se suma que, aun cuando los científicos puedan descifrar el genoma como es en la actualidad, jamás podrán afirmar como fue originariamente y por ende, tampoco podrán asegurar con la suficiente certeza cuales son las consecuencias absolutas de la supresión o modificación de determinado gen²⁶.

La gravedad de estos hechos exigen la necesidad de la incorporación en todas las legislaciones nacionales de normas que prohíban o regulen estrictamente todo el ámbito de la terapia génica, lo que por ahora está lejos de ocurrir en nuestro país.

5. Conclusiones

Al comenzar estas líneas mencioné que, de la lectura de los textos legales vigentes y los proyectos de modificación, se advierten serias incongruencias y contradicciones. Sin embargo pienso que no hay que asombrarse, ya que respecto al ámbito que nos ocupa, nada menos que el encuadre jurídico del ser humano en determinadas categorías jurídicas y consecuentemente la reproducción de la especie, aquellas contradicciones eran ya patentes hace varias décadas. Así es, ya que cuando comenzaron a instrumentarse las técnicas a que se ha hecho mención, el derecho fue paraliza-

²⁶ Martínez, Stella Maris, *Manipulación genética y derecho penal*, Editorial Universidad, 1994, Buenos Aires.

do por un temor reverencial al postulado que “no se puede detener el avance de la ciencia” y más aún, que todo avance científico es ético pues aporta beneficios a la humanidad. La legalidad, o los hombres encargados de velar por la legalidad, fueron convencidos que la reproducción humana artificial estaba de acuerdo con la evolución cultural y así fue como el bien de la vida humana en sus momentos iniciales no fue tutelado. Considero que los derechos son bienes jurídicamente protegidos por el orden público y no basta su descripción por las normas civiles sino su protección por las normas penales. Alemania, con especial memoria histórica de lo sucedido en las décadas del treinta y cuarenta del siglo pasado, no dudó en tipificar como delitos penales determinadas prácticas lesivas para los embriones humanos. Concluimos manifestando que el art. 19 del proyecto aprobado por el Senado tiene redacción correcta, siempre y cuando hermenéuticamente signifique lo que siempre significó: que la concepción es la fecundación del óvulo por el espermatozoide. En concordancia con esta norma, deben eliminarse las disposiciones que la contradigan, o sea que tratan al embrión como cosa y en materia de filiación deben suprimirse las normas proyectadas que rompen los lazos biológicos y desconocen el derecho a la identidad personal de los niños.

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS

presentados por los señores académicos:

Académico Héctor Aguer

La exposición del Dr. Quintana me ha resultado apabullante, no sólo por su erudición sino también, o quizás sobre todo, por lo que se deduce de la gravedad del problema abordado: el futuro impensable que se abre para la condición humana. Notaría que entre la base científica de su discurso –especialmente lo que corresponde a la ciencia médica y a la genética– y la dimensión jurídica existe un planteo filosófico. Estoy seguro de que el Dr. Quintana, a lo mejor inconscientemente incluyó allí de un modo muy discreto, especialmente la problemática antropológica, es decir quién es el hombre, qué es el hombre. Hoy día veo imponerse en la pedagogía y en las ciencias sociales, y aún en otras disciplinas, varias teorías de tipo constructivista, es decir que la inteligencia humana *no capta* la realidad sino que *la fabrica*. Entonces esto supone la negación de la objetividad de la realidad; el hombre en cierto modo la construye. Si es así, por qué no se va a construirse a sí mismo de la misma manera artificial, sin tomar en cuenta su naturaleza, pues ha perdido la noción de lo que es. La problemática antropológica adquiere en este contexto un particular interés. Por lo tanto, entre lo científico y jurídico habría que desarrollar todo este espacio de

pensamiento en muchos ámbitos de la ciencia y de las disciplinas sociales.

Académico Eduardo Quintana

Agradezco a Monseñor Aguer sus palabras. Coincido en que muchos científicos pretenden construir una humanidad superior a la actual y lograr el superhombre, pretensión anticipada también por algunos filósofos. Sin embargo, los especialistas en estas ciencias advierten los peligros de modificar el mapeo genético de la humanidad. Hay ideólogos que creen que realmente va a aparecer una especie mejor, pero cabe el interrogante ¿Cuántas especies desaparecieron a través de los milenios? ¿Qué les habrá pasado?, ¿sólo por catástrofes geológicas o climáticas o también por mutaciones genéticas? Por tanto este es un tema que debe ser tratado cuidadosamente. Sin perjuicio que la genética ha hecho avances terapéuticos muy importantes, quienes saben sostienen que no hay que intervenir sobre las células germinales (gametos) pues se ignora cuál será el resultado de futuros cruces genéticos.

Académico Leonardo Mc Lean

Voy a hacer unas breves reflexiones como médico. Ante todo felicitar a Dr. Quintana por este tema tan interesante que nos ha traído esta tarde a esta Academia. Deseo corroborar que por la biología se puede aseverar la existencia de vida humana desde el momento de la concepción o sea del momento de la unión del gameto masculino con el femenino, es decir del espermatozoide con el óvulo y que, al ser fecundado ya hay en ese momento vida humana. Estoy de acuerdo con el expositor en su desacuerdo sobre los que niegan que la vida humana no comienza en el momento de la concepción, ya que no existe el preembrión, lo único que existe antes del embrión son el óvulo y el espermatozoide, enfatizando

que se adquiere vida humana en el momento de la concepción. No entro a discernir si es persona o no en este momento. Quiero referirme también a la selección de embriones, tema al que se ha referido el académico Quintana. En los centros de fecundación in vitro, hay una selección de embriones, de los aislados se elegirán, dos, tres, cuatro, cinco embriones, los que tengan mayor vitalidad, el resto, son descartados o se congelan. Y a la mujer se le implantan uno, dos, tres, o más y es por eso que vemos algunas mujeres que tienen embarazos de mellizos o embarazos múltiples, pero la mayoría tienen uno, porque los demás se eliminan biológicamente. ¿Y qué pasa con el resto, con esos que se congelan? Esos embriones van a una caja de concentración, por no decir a un campo de concentración. Y se piensa que esos embriones tienen una vida limitada. Y con lo que les voy a relatar termino. Tuve una experiencia en el hospital hace unos cuatro o cinco años, en que una paciente que había operado de un cáncer de mama años atrás tenía el antecedente de haber tenido mellizos por *fecundación in vitro*. A ella se le guardaban tres embriones congelados, pero como insistía en el deseo que se los implantaran me comuniqué con el director de un centro muy conocido de nuestro país y lo invité a un ateneo en el hospital en el cual planteamos, entre todos los profesionales que estaban, si era prudente a esta mujer implantarle los embriones sobrantes, dada la patología que ella había padecido, o si iba a ser contraproducente. Llegamos a la conclusión de que sí, se le podría implantar, después de cinco, seis años de operada. Terminada la consulta acompañé hasta la puerta a este distinguido colega y le dije “decime una cosa ¿qué opinas de esto?” y respondió “...esos embriones ya no sirven, no creo que tengan vitalidad”. Eso es lo que me contestó íntimamente a mí.

Académico Eduardo Martíre

Me pasa como a Monseñor Aguer, termino espantado, pero quiero señalar que la palabra “comitente” es muy elocuente, esto es un comercio, es el “comitente”, el que hace el negocio. Felicitaciones al Dr. Quintana por una comunicación brutal.

Académico Gregorio Badeni

Mis felicitaciones al académico Quintana por abordar un tema relevante sobre la vida de los seres humanos. Tengo mis reservas sobre una postura doctrinaria que apunta a generar prejuicios sobre la preservación de embriones prescindiendo del debido respeto al legítimo interés de tener un hijo, de permitir el desarrollo del embrión. Esa postura, en cierto modo, banaliza algunos argumentos desde un enfoque hedónico que se atribuye a quienes expresan posiciones diferentes y se las relaciona con fines económicos o comerciales como si ellas, por ser tales, fueran ilegítimas y descalificables éticamente, lo cual no es así. Toda investigación médica responde, en mayor o menor grado, a una razonable finalidad económica con la cual se puede compensar el elevadísimo costo de aquellas investigaciones y otro tanto acontece con ciertas actividades complementarias que, pese a no alcanzar los parámetros de la certeza científica, son utilizadas para satisfacer intensas y legítimas necesidades humanas. Pero lo sugestivo es que esa visión comercial muchas veces coincide con la visión ética que se invoca para obtener un resultado determinado. Como se citaron casos particulares, haré lo propio con una experiencia que tuvimos el año pasado. La mujer, ante la negativa de su marido, lo demandó judicialmente para que se le permitiera implantar los embriones que habían preservado antes de divorciarse. En la Alzada la sentencia le fue favorable, pero no así en la Corte Suprema que le

otorgó primacía a los derechos personalísimos del padre sobre el derecho del embrión para desarrollar su vida. Mientras que el factor comercial permitió la preservación de los embriones, el hedonismo ético adoptado por la Corte tiró por la borda la posibilidad de desarrollar una vida. Alguien podrá decir que el materialismo jurídico de los jueces se impuso sobre las secuelas éticas de la comercialización. Creo que cada caso debe ser considerado con mucho respeto y mucho cuidado sin incurrir en fáciles generalizaciones que acarrearán prejuicios científicamente poco admisibles.

