

El comité editorial encargará al especialista la realización de una publicación original sobre un tema determinado. La revisión tiene como finalidad examinar la bibliografía publicada y situarla en cierta perspectiva. El artículo sintetizará los resultados y conclusiones de las publicaciones sobre el tópico encargado.

Mantendrá el siguiente ordenamiento: título de la revisión, autor/es (Apellido y nombre, lugar de trabajo, dirección de correo electrónico del contacto), resumen (en castellano y en inglés) y palabras claves.

Las citas bibliográficas deben presentar la estructura detallada previamente en trabajos originales, y numeradas según aparición en el texto. Las tablas, cuadros y figuras deberán llevar el epígrafe correspondiente y deberán ir adecuadamente referenciados en el texto; si es necesario, el autor especificará en que parte del texto deben ir intercalados.

En todos los casos, el envío de trabajos, comentarios y publicaciones deberá hacerse por correo electrónico a la dirección de la secretaría de SAMeR: info@samer.org.ar

Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión *in vitro* o no implantado no es persona humana

Marisa Herrera

CATRHA, Comisión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Reproducción 2015;30:161-163

Los modelos de consentimiento informado elaborados en el marco de la CATRHA parten de la base de considerar que los embriones *in vitro* o no implantados no son personas humanas de conformidad con una gran cantidad de argumentos jurídicos que se pasan a explicitar de manera sintética a los fines de tener un conocimiento básico de carácter jurídico al respecto.

El Código Civil y Comercial define el momento desde el cual se considera que se es persona humana como centro de imputación de efectos –derechos y deberes– jurídicos en el ámbito civil del siguiente modo: «La existencia de la persona humana comienza con la concepción».

¿Qué se entiende por concepción?

El ordenamiento jurídico nacional como internacional (regional) es coincidente en entender que *concepción* cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), acontece cuando el embrión *in vitro* es *implantado* en la persona.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para tal afirmación? Por orden de importancia jurídica, los argumentos son los siguientes:

Ámbito regional/internacional

El resonado fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso «Artavia Murillo y otros contra Costa Rica» del 28/12/2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional (conf Corte Federal, caso «Mazzeo», Fallos 330:3248, entre otros), considera que la noción de concepción que menciona el art 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos acontece cuando se trata de TRHA cuando el embrión es implantado en la mujer. Para arribar a tal conclusión expuso, entre tantos otros argumentos, que la Convención Americana de Derechos Humanos data de 1969, época en la que no existía la posibilidad de la fertilización *in vitro* (fecundación de óvulo y espermatozoides por fuera del cuerpo de una persona) y que dicho instrumento internacional debe ser interpretado de manera dinámica, y en ese sentido, destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la técnica de la fertilización *in vitro* (FIV), entendiéndose que sería

Correspondencia: Marisa Herrera
Correo electrónico: marisaherrera12@gmail.com

desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia. En el fallo se reconoce el derecho de toda persona a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica y a no ser discriminado por razón socioeconómica (aquellas personas que cuentan con medios materiales para acceder a las TRHA de alta complejidad como la fertilización *in vitro* sí lo pueden hacer, en cambio quienes carecen de los medios económicos no), observando una mirada positiva de las FIV (fertilización *in vitro*), por lo cual se concluye que *“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”*.

Ámbito nacional: jurisprudencia constitucional

De conformidad con el valor jurídico de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y teniéndose en cuenta que la noción de «concepción» es incorporada por la Ley 23.849 al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, cabe recordar que en el caso *«F, A L s/ medida autosatisfactiva» del 13/03/12 en el que se interpreta el supuesto de aborto no punible que regula el art 86 inciso 2do del Código Penal, la Corte Federal sostuvo que el art 2 de la Ley 23.849, en cuanto establece que el artículo 1 de la Convención, debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde la concepción «no constituye una reserva que en los términos del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño –rige en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución–. Esto porque, como sur-*

ge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado argentino efectuó una reserva con relación al artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1 se limitó a plasmar una declaración interpretativa (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 —1.2; 1.3—)». De este modo, no se trata de una reserva sino de una declaración interpretativa que fue esgrimida anteriormente al fallo Artavia Murillo y a grandes reformas legislativas que han venido años después.

Ámbito nacional: Código Civil y Comercial

El art 20 del Código Civil y Comercial entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Fácil se colige que no puede haber embarazo sin, como mínimo, anidación, es decir, implantación del embrión en la persona. Por su parte, el art 21 es más elocuente al sentar como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión y hasta el efectivo nacimiento con vida. Así, el propio Código Civil y Comercial alude de manera precisa y le da relevancia a la implantación del embrión. En el campo propio de la regulación de la filiación derivada de las TRHA, el art 561 permite de manera expresa que el consentimiento previo, informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable «mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión». Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el Código Civil y Comercial. Es claro que si el embrión *in vitro* fuera considerado persona humana, jamás podría revocarse consentimiento alguno para que una “persona” pueda seguir su curso o desarrollo. Por último, la disposición transitoria segunda 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; si fuera persona humana, debería estar regulado en el Código Civil y Comercial y no en una ley especial en el que se va a determinar los términos de su

protección pero partiéndose de la base de que no es persona humana y por ello no está regulado en el Código Civil y Comercial.

Ámbito nacional: ley especial (no integral) de acceso integral de TRHA

La Ley 26.862 de acceso integral a las TRHA sancionada en el año 2013, como su decreto reglamentario 956/2013, siguen la línea interpretativa que aquí se expone (la única interpretación posible de conformidad con los principios interpretativos que señala el art 2 del Código Civil y Comercial) de entender que el embrión *in vitro* no es persona humana fundado en tres permisiones legales claves o centrales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, y 3) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona. Si las obras sociales y prepagas están obligadas por ley a cubrir diferentes procedimientos de TRHA, entre ellos, la donación y criopreservación de embriones, fácil se concluye que según esta normativa que no ha sido

tachada de inconstitucional, el embrión *in vitro* no es considerado persona.

Ámbito nacional proyectado

Proyecto de ley integral de TRHA aprobado el 12/11/2014 por la Cámara de Diputados y a estudio de la Cámara de Senadores. Esta iniciativa legislativa permite el cese de la criopreservación después de un plazo de 10 años, siempre que los usuarios o beneficiarios de las técnicas no acorten dicho plazo. Además de este destino, se permite: a) la utilización para posteriores tratamientos dentro del mismo proyecto parental, b) donación para proyectos parentales de terceros, y c) donación de embriones para investigación.

En definitiva, diferentes fuentes jurídicas son coincidentes en concluir que la persona humana comienza, en el caso de las TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Es por ello que los modelos de consentimientos informados han sido elaborados tomándose como base esta consideración central de impacto directo en las prácticas de las TRHA.