

## XXIV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Buenos Aires, 26 al 28 de setiembre de 2013.

Comisión N° 1: Parte General: "“Persona Humana: Comienzo de la existencia. Estatuto”".

Ponencia presentada por: Dras. María del Carmen Cerutti y María Cristina Plovanich, Profesoras de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

### **Ponencia**

Cualquiera haya sido la modalidad de la fecundación (intra o extracorpórea) la concepción se produce con la implantación del embrión (cigoto) en el útero.

No es jurídicamente necesario ser considerado persona para lograr la protección del ordenamiento jurídico.

Solo será admisible la experimentación en el embrión previa su implantación si fuere con fines terapéuticos beneficiosos para el mismo.

1. Las técnicas de reproducción humana asistida deben tener como finalidad superar problemas de infertilidad, entendida como una enfermedad del sistema reproductivo.

2. Las mismas deben reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

3. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

8.- Las técnicas de reproducción asistida que reducen al mínimo la interferencia de terceros en el proceso de procreación natural y crean un individuo, son moralmente menos reprochables que aquellas que son altamente intrusivas.

María del Carmen Cerutti  
[mariadelcarmencerutti@gmail.com](mailto:mariadelcarmencerutti@gmail.com)

María Cristina Plovanich  
[mcplovanich@hotmail.com](mailto:mcplovanich@hotmail.com)

**“Persona Humana: Comienzo de la existencia. Estatuto”**

## **1.- Introducción.**

Cuando todo el proceso de fecundación y posterior anidación se realiza en el aparato genital femenino, no se presenta el problema que aparece con el método de reproducción humana asistida, que logra realizar en un laboratorio lo que ordinariamente sucede en el interior de las trompas de Falopio, esto es fecundar y transitar los primeros días del desarrollo embrionario fuera del útero (fecundación extra corpórea)<sup>1</sup>. A partir de este hecho logrado por la evolución de la ciencia, se instala en el ámbito jurídico doctrinario y legislativo una discusión acerca de cuándo se produce la concepción y nuevamente la pregunta del deber ser: a partir de qué momento la ley emplaza al nasciturus como persona. Las dos posturas giran en torno a si el comienzo de la existencia de la persona desde el punto de vista jurídico es desde la fecundación o desde la anidación, o sea ¿cómo se debe entender el término concepción?

En el año 2003 en ocasión de celebrarse las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la ciudad de Rosario, la Comisión N° 1- Parte General, abordó el tema “Comienzo de la Existencia de la Persona Humana”. A diez años de aquel encuentro parte del título de la actual convocatoria nos hace pensar que el punto central del debate es el mismo; si bien trata de dos cuestiones distintas: por un lado el

---

<sup>1</sup> En 1978 nace el llamado primer bebe probeta de la historia, Louis Brown.

comienzo de la existencia de la persona y por otro el estatuto que se aplica a las múltiples situaciones respecto del embrión obtenido mediante Fecundación in Vitro.

En el primer aspecto, mantenemos la posición que fuera presentada en aquel encuentro<sup>2</sup>, en el sentido de que el comienzo de la existencia de la persona se da con la implantación del embrión (o cigoto). Tomamos en consideración para esta reafirmación, importantes hechos nuevos que se han producido y aportan elementos que avalan esta postura, en especial el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo<sup>3</sup>.

## **2.- Comienzo de la existencia. Concepción: ¿fecundación o implantación?**

Además de las razones expuestas en aquella oportunidad, a las que remitimos por respeto a la extensión de este aporte, tomamos en consideración los hechos nuevos que se han producido en esta temática, y que abordan aspectos científicos, jurídicos y socio-culturales.

- **Científicos:** resaltamos algunos de ellos: a) la vitrificación, que mejora la criopreservación de óvulos y embriones, b) descubrimientos

---

<sup>2</sup> Comienzo de la existencia de las Personas Físicas. Ponencia presentada por las Prof. María Virginia Bertoldi de Fourcade, María del Carmen Cerutti y María Cristina Plovanich. Libro de Ponencias XIX Jornadas Nacionales de D. Civil, T.I., Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 2003, p. 65.

<sup>3</sup> Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012. En adelante CIDH.

y avances en diversas disciplinas que perfeccionan las técnicas de reproducción asistida.

La técnica de vitrificación de óvulos es un avance muy importante, ya que permitiría conservar ovocitos en condiciones de ser utilizados con posterioridad en caso de que resulte necesario o conveniente posponer la maternidad, sin riesgos de alteraciones o destrucción del material. Se encuentra indicado para: a) mujeres que por cualquier razón desean posponer su maternidad<sup>4</sup>, b) pacientes oncológicas y no oncológicas que van a recibir tratamientos gonadotóxicos, c) mujeres que han recibido cirugía repetitiva sobre el ovario, como puede ser el caso de la endometriosis, d) pacientes en las que es preferible realizar la transferencia embrionaria en un ciclo distinto al de la estimulación folicular (por diferentes razones médicas, entre otras aparición de pólipos, ausencia de espermatozoides, etc), e) en pacientes con baja respuesta para acumular ovocitos. Este método permitiría superar el debate, ya que no sería necesario fecundar el óvulo para conservarlo, sino que solo se conservarían óvulos y espermias por separado<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Desde ya expresamos que si la razón es puramente personal y no por cuestiones de salud, entendemos no debiera cubrirse el costo de conservación de ovocitos.

<sup>5</sup> La técnica también es empleada para la crioconservación de embriones. A diferencia de la congelación clásica, la vitrificación enfría las células de forma extraordinariamente rápida. Así se consigue que menos embriones resulten dañados y que tengan mejor tasa de implantación.

- **Socio-culturales:** aceptación por parte de la mayoría de los ciudadanos que la infertilidad puede encontrar respuestas superadoras, según las situaciones particulares, si se cuenta con asistencia médica capacitada. Esto se ve reflejado en el elevado número de consultas y tratamientos realizados en el país, en los cuales se ha alcanzado un porcentaje importante de resultados positivos<sup>6</sup>. Dado que el costo de estos tratamientos no puede ser afrontado por muchos particulares afectados, se inició un camino de reclamos para obtener cobertura asistencial, que condujo al dictado de la Ley de Reproducción Médicamente Asistida en junio del 2013.
- **Jurídicos:** a) el dictado de la Ley 26.862 - Reproducción Médicamente Asistida, b) la presentación del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado Año 2012, c) la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, c) a nivel jurisprudencial diferentes fallos, nacionales y provinciales y el pronunciamiento de la CIDH en el caso Murillo y otros sobre fecundación in vitro en noviembre de 2012.

---

<sup>6</sup> Ver un detallado análisis sobre las presentaciones judiciales al respecto y las respuestas de los tribunales nacionales en HERRERA, Marisa; De La TORRE, Natalia; BLADILO, Agustina, Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción asistida, 2013-05-01, SJA 2013/05/01-13 ; JA 2013-II. ABELEDO PERROT N°: AP/DOC/521/2013. Ver análisis jurisprudencial sobre el tema. Tratamiento doctrinario. Cita 2.

En este fallo<sup>7</sup> respecto al comienzo de existencia de la persona en los casos de FIV, la CIDH observó que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.

La Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, resaltó que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación y que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender

---

<sup>7</sup> Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo y Otros v. Costa Rica ('fecundación in vitro')", [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf) (5/4/2013).

que existe concepción. Si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho 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. En este sentido, la Corte entendió que 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 que 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. O sea hay diferencia entre embrión implantado y embrión no implantado.

Por todo lo anterior, la Corte concluyó que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema

Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.

Por otra parte realizar una práctica de FIV respetando un concepto de protección absoluta de la vida del embrión y considerarlo persona, implica, como expresa la Corte en el caso Murillo, una prohibición de la técnica, toda vez que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria. Pero como expresa Kemelmajer de Carlucci<sup>8</sup>: “Negar carácter de persona a los embriones no implantados en la mujer no quiere decir que sean tratados como meras cosas sin protección de ningún tipo...esa protección debe estar regulada en ley especial. Se trata de una cuestión compleja sobre la que no existe consenso, conectada al desarrollo y al avance científico; por eso, todas las legislaciones extranjeras se refieren a esta cuestión en leyes especiales que, incluso por mandato legislativo deben ser revisadas periódicamente”.

También en este fallo la CIDH ha definido la **infertilidad** conforme lo entiende la Organización Mundial de la Salud (OMS) como “una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones

---

<sup>8</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. En Conferencia pronunciada en la Academia de Derecho de Córdoba, el día 19/4/2012, sobre “La bioética en el anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012”.

sexuales no protegidas”. La Corte señala que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la **personalidad de las mujeres**. Teniendo en cuenta todo lo anterior, considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia. Que el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Esta argumentación de la Corte avala la autorización de técnicas de reproducción asistida, que por otra parte son reconocidas en los ordenamientos jurídicos. Destacamos que hace referencia a **infertilidad** y señala que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la **personalidad de las mujeres**.

A nivel nacional y con anterioridad a la sanción de la Ley de Reproducción Asistida, se han dictado en el país diferentes fallos que ordenan a las obras sociales a cubrir dentro de las prestaciones

médicas obligatorias el tratamiento de la infertilidad por el procedimiento terapéutico de reproducción humana asistida ya que, en consonancia con lo establecido por la OMS, la consideran una enfermedad<sup>9</sup> y se exige el consentimiento informado<sup>10</sup>. Cuestión esta última que resguarda la Ley 26.862.

En el orden legislativo la Provincia de Buenos Aires sancionó en 2010 la ley 14.208, y fue reglamentada por decreto 2980. La ley 14.208 (art. 1) reconoce a la infertilidad como una enfermedad y dispone la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de técnicas de fertilización homóloga y el decreto entiende por ello a la utilización de gametos propios de cada integrante de la pareja. Asimismo establece que pueden acceder a los tratamientos de fertilidad asistida aquellas mujeres cuya edad se encuentre comprendida entre los 30 y 40 años.

Recientemente el Congreso nacional sancionó la ley 26.862 de Reproducción médicamente asistida cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, asegura el derecho al acceso

---

<sup>9</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza, sala I, “M., N. M.”, 19/03/2013 ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/307/2013.

<sup>10</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, “G., G. G. y otro v. A.M.F.F.A.”, 27/03/2013; Publicación: APBSASJD 08/05/2013, ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/263/2013.

igualitario de todos los beneficiarios, entendiendo por éstos a toda persona mayor de edad que hayan explicitado su consentimiento informado. En el art. 8 incorpora como prestaciones obligatorias brindar a los afiliados o beneficiarios cobertura integral y explicita las técnicas que la OMS define como de reproducción médicamente asistida, permitiendo que los gametos puedan ser del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante. El art. 8 establece que los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios, por lo que pueden recurrir a esta técnica personas solas, parejas homosexuales o heterosexuales, convivientes o no. En cuanto a la edad, fija la de 18 años, si bien permite a menores de 18 años los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos cuando por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidos su capacidad de procrear en el futuro. La ley 26.862 es de aplicación en todo el territorio de la República e invita a las provincias y a la ciudad autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.

### **3.- Estatuto**

Por decreto 956 se reglamenta la ley 26.862. Destacamos: a) Garantiza el acceso gratuito a "procedimientos" médicos para que todos los ciudadanos puedan procrear, ya sea que integren parejas heterosexuales u homosexuales, o se trate de personas solas, y tengan o no algún trastorno de salud. b) cada provincia deberá adherir a la ley para que efectivamente rija en cada distrito, donde hospitales públicos, obras sociales y empresas de medicina prepaga tendrán que cubrir todos los costos que demanden los tratamientos prescritos y el diagnóstico previo. c) contempla técnicas de baja complejidad con semen de la pareja o donante y las de alta complejidad donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos. d) se puede acceder a tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad y hasta tres de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno. e) permite la donación de gametos o embriones provenientes de bancos debidamente inscriptos y sin fin lucrativo o comercial. f) permite incluir nuevos tratamientos que hayan demostrado eficacia y seguridad con nivel de evidencia.

#### **4.- La autonomía personal y los límites de la autonomía**

El juicio ético o de corrección moral sobre las técnicas de reproducción humana asistida es previo a la regulación de las mismas y sobre todo para regular el Estatuto o leyes especiales, pues de ese debate surgirá si se otorga mayor o menor protección, se decidirá cuántos se fecundan, cuántos se transfieren, si se permitirá o no la criopreservación, que se hace con los embriones criopreservados, permitir o no la donación, lo referente a la investigación con embriones, y algo más: si la fecundación es procedente sólo con material genético de la pareja o si se permite (semen u óvulos) que lo sea de terceros.

Entendemos que **no son incompatibles** el juicio ético que apunta a la intervención de terceros en el proceso de reproducción humana mediante técnicas y la decisión sobre el comienzo de la vida humana, porque son dos momentos o debates distintos.

Si tenemos en mente que el individuo a ser procreado es un individuo autónomo, la pregunta es si existen medios de reproducción moralmente objetables y cuáles son los medios moralmente adecuados de crear un individuo sobre el cual nadie está habilitado a ejercer control. Por cierto que los mecanismos moralmente correctos para procrear son los mecanismos biológicos naturales, porque aquí el proceso no se encuentra bajo el control de nadie y lo vuelve

moralmente apto para generar un individuo sobre el cual nadie estará autorizado a ejercer control. **En consecuencia mientras más alejado se encuentre el mecanismo de procreación de los mecanismos naturales mayor será su objetabilidad moral, en tanto será menos adecuado para crear un individuo cuya autonomía requiere que no se encuentre sometido a la voluntad de nadie. Las técnicas de reproducción asistida que reducen al mínimo la interferencia de terceros en el proceso de procreación natural y crean un individuo, son moralmente menos reprochables que aquellas que son altamente intrusivas.**

Desde nuestra perspectiva de análisis reconocemos que la salud es un derecho humano esencial que comprende la salud reproductiva, pero consideramos que el derecho a la procreación debe hacerse efectivo con límites. No acordamos con la amplitud con que se ha regulado en la ley 26.862 y el decreto 956.

El fallo de la CIDH en análisis habla de infertilidad, libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, por lo tanto no encontramos objeción moral en aceptar las técnicas de reproducción que asistan, ayuden a procrear en caso de: a) dificultades físicas para la traslación de los gametos; b) infertilidad de alguno de los miembros de la pareja donde deba recurrirse a dación de gametos pero con límites: al menos de uno de los miembros de la pareja debe aportar material; debe tratarse

de pareja estable con tiempo mínimo de convivencia ( que podría ser de dos años). No aceptar la técnica cuando el material genético provenga de dos personas distintas a la pareja.

Pero si encontramos una objeción moral en la gestación por sustitución. En el caso de parejas homosexuales masculinas no hay infertilidad, ambos integrantes pueden no padecer esterilidad, lo que existe es un impedimento natural para gestar, para acceder a la paternidad conjunta se debe recurrir a una tercera persona que lleve adelante la gestación, en este caso para nosotras hay un límite ético porque la creación de un ser autónomo depende y está absolutamente bajo el control e interferencia de terceros. El límite ético también existe para aquellos casos donde la mujer tiene imposibilidad de llevar adelante el embarazo y pretende superarlo de este modo.

Autoras partidarias de la gestación por sustitución aducen que en estos casos los padres no han podido serlo de otro modo y desean fervientemente un hijo, por ello recurren a esta práctica enfrentando dificultades de diversa índole para lograr el nacimiento de un niño, que es querido y será educado por tanto no está afectada la dignidad del niño Sostienen que disociar los elementos genéticos y biológicos de la función parental no es un tema nuevo; también en torno a un

niño adoptado se generan cuestiones complejas. Que no estaría en juego el interés del niño ya que no hay estudios que así lo indiquen<sup>11</sup>. Por nuestra parte consideramos que en la gestación por sustitución quienes recurren al método lo hacen para superar un límite que la naturaleza ha determinado, buscan procrear y gestar un niño para dar respuesta a intereses puramente personales. Respecto a la protección del interés del niño, estimamos que tampoco hay evidencias suficientes que corroboren y justifiquen desde lo racional que su interés esté a resguardo. Distinta es la situación que plantea la adopción, aquí se procura dar respuesta a una realidad que ya existe, el niño está, ya nació, y lo que se procura es darle una solución.

---

<sup>11</sup> Aída Kemelmajer de Carlucci- Eleonora Lamm -Marisa Herrera, Por qué sí a la regulación de la gestación por sustitución, a pesar de todo. <http://es.scribd.com/doc/109412311/Gestación-por-sustitución>