

LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL EN EL CONGRESO

*Comunicación del académico
Dr. Alberto Rodríguez Varela, en la sesión privada
de la Academia Nacional de Ciencias Morales
y Políticas, el 13 de agosto de 1997*

LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL EN EL CONGRESO

Por el académico Dr. ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA

Sin entrar en detalles técnicos, la FIV-ET (fertilización *in vitro-embryo transfer*) requiere una previa estimulación ovárica destinada a obtener los ovocitos que se consideren necesarios para cada proceso de fecundación artificial. También supone la obtención de los espermatozoides mediante masturbación o a través de una relación sexual utilizando un recolector perforado¹.

En cuanto a su naturaleza, la fecundación *in vitro* puede ser -con arreglo a la terminología más común- homóloga o intraconyugal, y heteróloga o extraconyugal. En este último caso media siempre donación de semen o de óvulo.

Omitimos los aspectos técnicos así como otras modalidades de fecundación artificial que exceden los límites de este artículo². Diremos, solamente, que los embriones concebidos en el laboratorio están destinados, en su inmensa mayoría, a morir sin llegar al nacimiento. ¿Puede sorprendernos, entonces, que A.B. Bettini ya en 1962 calificara de “pavoroso” al método de la inseminación artificial y sostuviera que “es la bomba atómica que puede destruir todo un régimen de familia”?³ No parece que haya exagerado a la luz de los datos del mundo contemporáneo.

Según las prácticas corrientes, se transfieren a la mujer no menos de tres o cuatro embriones porque con uno solo la posibilidad de conseguir el embarazo es muy baja. Esto supone

¹ Cfme. María del Carmen Quirós, en el libro de Rodolfo Carlos Barra: *La protección constitucional del derecho a la vida*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 169.

² Para una evaluación ética de los diversos métodos, ver: Domingo M. Basso O.P.: *Nacer y morir con dignidad. Estudios de bioética contemporánea*, Consorcio de médicos católicos, Buenos Aires, 1989, capítulo IV.

³ A.B. Bettini: *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Córdoba, 1962, t. I, pág. 299.

-comenta Mc Lean⁴- la muerte “prevista” de gran número de embriones, auténticos abortos si bien microscópicos, en distintas etapas del proceso, principalmente durante la transferencia al útero materno y en los días inmediatamente posteriores, o sea que en las distintas fases de este procedimiento la muerte es una posibilidad cierta y prevista. Ese fin prematuro se produce por cinco causas:

a) El descarte de embriones antes de su implantación.

b) El aborto provocado luego de la implantación, cuando se establece, a través del diagnóstico prenatal, entre las 14 y 19 semanas de gestación, la existencia o probabilidad de anomalías. Se trata de un *control de calidad*.

c) Abortos dependientes de la transferencia múltiple que, aunque no queridos como fin, se producen como consecuencia de la metodología aplicada.

d) La embriorreducción, que se practica para evitar embarazos numerosos.

e) Los abortos espontáneos que ocurren en el método entre un 18 a un 25 % de los casos⁵.

Algunos han pretendido negar significación descalificante a estos abortos espontáneos porque sostienen que también se producen, en un número difícil de precisar, en los embarazos no obtenidos por medios artificiales. El argumento es endeble porque toda persona humana muere “espontáneamente” antes de su nacimiento, en la infancia o en la adultez. Pero ello no puede ser invocado para despenalizar ni justificar el aborto, el infanticidio o el homicidio. Lo censurable, en la FIV-ET, es que los abortos “espontáneos” son intrínsecos al método, se encuentran previstos por los que lo practican y mediatamente son provocados por el mismo.

Roberto L. Andorno, para negar el carácter de “espontáneos” a estos abortos, señala que “hay una voluntad humana detrás de ellos, que aunque en forma indirecta, los ha provocado. Los abortos naturales son *sufridos* por el hombre como un hecho de la naturaleza, no pudiendo hacer nada frente a ellos. Los abortos de la FIV-ET, en cambio, si bien no

⁴ Leonardo Mc Lean: *Aspectos éticos de la fertilización asistida*, en Simposio sobre “Del nacer y del morir”, Academia Nacional de Medicina, 4/5 de mayo de 1993, págs. 33/34.

⁵ Domingo Basso, José Buroni, Héctor Mosso, Fermín Merchante, Carlos Mosso y Juan Hecht: *Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana desde la perspectiva cristiana a fines del siglo XX*, San Pablo, Buenos Aires, 1995, pág. 211.

directamente, pero son *queridos* en cuanto absolutamente previsibles, y frente a ellos el hombre es libre: puede usar o rechazar el procedimiento”⁶.

Otra consecuencia de la FIV-ET es el congelamiento de embriones. Ello es debido a que generalmente se suele inducir la ovulación de seis, siete u ocho ovocitos, pudiendo su número llegar a catorce. Las alternativas que se presentan frente a los óvulos fecundados y no implantados no son muchas: a) destruirlos; b) donarlos a matrimonios infértiles o a mujeres solteras que desean anticipadamente adoptar un niño; c) someterlos a experimentación y d) comercializarlos.

Estas alternativas muestran una cruel indiferencia frente a la creciente transformación de estos frágiles *sujetos* en *objetos* de destino incierto.

Con razón Mauricio Faggioni considera que el aspecto más inquietante del problema es el destino de los embriones. Las legislaciones que admiten la crioconservación de embriones, para evitar los intrincados problemas jurídicos que podrían surgir en torno a estos hijos congelados y, frente a la duda acerca de los efectos de la congelación, generalmente indican como duración máxima de dicha crioconservación -que varía según el país- de uno a cinco años. *Lo cual significa que, en adelante, cada año serán destruidos decenas de millares de embriones que no se han utilizado; millares de existencias inocentes serán truncadas por ley. Se trata de una catástrofe prenatal, un homicidio no solamente tolerado, sino programado y ordenado por el legislador civil, transformado -como el antiguo faraón- en instrumento de una perversa lógica de violencia y de muerte”*⁷.

Jerome Lejeune advertía acertadamente que “la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación”⁸. Ella ha puesto en evidencia que el argumento abortista que pretendía atribuir al embrión la condición de víscera o parte del cuerpo de la madre, negándole individualidad e independencia, carece de fundamentos válidos.

Observa Armando S. Andruet que paradójicamente el éxito de los programas FIV-ET es el mejor argumento contra esa

⁶ Roberto L. Andorno: *El derecho a la vida ¿cuando comienza?*, “El Derecho”, t. 131, pág. 909.

⁷ Maurizio Faggioni O.F.M.: *La cuestión de los embriones congelados*, “L’Osservatore Romano”, 30 de agosto de 1996.

⁸ Jerome Lejeune, “Conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias Médicas”, 16 de agosto de 1986.

falacia. Tan cierto es que el embrión posee una naturaleza humana individual e independiente, que es posible concebirlo en un lugar diferente que el natural y mostrando en todo momento una notable viabilidad. Es precisamente la FIV-ET -agrega Andruet- la que ayuda a comprender la autonomía biológica y unidad del embrión humano, desde el comienzo de la fecundación⁹.

Por los fundamentos teológicos, filosóficos, biológicos y jurídicos que hemos desarrollado en anteriores trabajos¹⁰, ese pequeño sujeto concebido en un vidrio y después crío-conservado en el limbo del congelamiento, impedido de crecer y nacer, *es una persona humana* y tiene derechos subjetivos que prolijamente ha enumerado Roberto L. Andorno y que tienen indiscutible sustento en la ley natural: 1°) *Derecho a no ser discriminado por razón de enfermedades o deficiencias físicas*; 2°) *Derecho a no ser objeto de experimentación*; 3°) *Derecho a la propia identidad genética*; 4°) *Derecho a ser transferido de inmediato al útero de su madre biológica*; 4°) *Derecho a no ser congelado*¹¹. Presupuesto de todos estos derechos es, obviamente, el fundamental derecho a nacer y a vivir, vulnerado hoy como nunca en la historia de la humanidad.

El valor de la vida inocente

Al encarar la regulación de un tema tan delicado como es el de la fecundación artificial extracorpórea, es importante no olvidar un aspecto que *tiene no sólo significación ética sino también jurídica*, y que obliga al legislador humano a ser extremadamente cuidadoso porque concierne a la preservación de la vida inocente.

En las circunstancias en que habitualmente se realiza la FIV-ET, su ejecución conlleva la destrucción de seres humanos, lo que obliga a equipararla con las demás técnicas abortivas que eliminan personas antes de su nacimiento.

Ello así porque la conexión entre la fecundación *in vitro* y la eliminación de embriones humanos se verifica demasiado frecuentemente. Se trata de un dato significativo: con estos

⁹ Armando S. Andruet, *La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación in vitro en particular*, en "El Derecho", t. 127, pág. 826.

¹⁰ Ver en "El Derecho": *La Persona antes de nacer*, t. 163, pág. 972; *La persona concebida*, t. 169, pág. 1372; y *Persona humana, experimentación y clonación*, t. 171, pág. 1049.

¹¹ Roberto L. Andorno, op. cit. pag. 909.

procedimientos, de finalidades aparentemente opuestas, la vida y la muerte quedan sometidas a la decisión del hombre, que de este modo termina por constituirse en dador de la vida y de la muerte por encargo. Esta dinámica de violencia y de dominio puede pasar inadvertida para los mismos que, queriéndola utilizar, quedan dominados por ella. *La mentalidad abortista que ha hecho posible la difusión de la fecundación in vitro, lleva así, se desee o no, al dominio del hombre sobre la vida y sobre la muerte de sus semejantes, y esta extralimitación del orden natural puede conducir a un eugenismo radical, desconocedor y violador de la dignidad inherente a toda persona desde el comienzo de la concepción*¹².

La salvaguardia de la vida inocente es una preocupación que se encuentra en el trasfondo de la Instrucción *Donum Vitae*, aprobada por Juan Pablo II en la audiencia del 22 de febrero de 1987, concedida al Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, Cardenal Joseph Ratzinger.

Es un documento que tiene especial significación desde la perspectiva jurídica porque en su capítulo III alude de modo explícito a los valores y las obligaciones morales que las legislaturas deben salvaguardar al sancionar ordenamientos referidos a la vida humana en gestación.

La Instrucción señala que “las nuevas posibilidades de la técnica en el campo de la biomedicina *requieren la intervención de las autoridades políticas y legislativas*, porque el recurso incontrolado a esas técnicas podría tener consecuencias imprevisibles y nocivas para la sociedad civil”. Sobre el punto -y la experiencia contemporánea así lo acredita- no resulta suficiente para asegurar los derechos personales y aun el orden público la denominada “autodisciplina de los investigadores”.

“Si el legislador -expresa el documento-, responsable del bien común, omitiese sus deberes de vigilancia, podría verse despojado de sus prerrogativas por parte de aquellos investigadores que pretendiesen gobernar la humanidad en nombre de los descubrimientos biológicos y de los presuntos procesos de ‘mejora’ que se derivarían de ellos.”.

A continuación, la Instrucción formula una advertencia que tiene por objeto evitar la reiteración de las discriminaciones del racismo. En efecto, si los legisladores asumen una posición

¹² Congregación para la Doctrina de la Fe: *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, Ediciones Paulinas, Buenos Aires, 1991.

prescindente frente a las atrocidades que se cometen en nombre de la experimentación biológica, el *eugenismo* y la *discriminación* entre los seres humanos podrían alcanzar una legitimación aparente, “lo cual constituiría un grave atentado contra la igualdad, contra la dignidad y contra los derechos fundamentales de la persona humana”.

La Instrucción precisa que la intervención de la autoridad pública debe tender siempre a lograr el bien común “mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales, la promoción de la paz y de la moralidad pública”. Agrega que “en ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que excedan la propia competencia”. Esto es particularmente aplicable a los ordenamientos sancionados por los hombres que pretenden legitimar los graves atentados que hoy se cometen contra la vida humana en gestación.

“La ley civil -expresa la *Donum Vitae*- a veces deberá tolerar, en aras del orden público, lo que no puede prohibir sin ocasionar daños más graves. Sin embargo, los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y de la autoridad política. Estos derechos del hombre -enfatisa la Instrucción- *no están subordinados ni a los individuos ni a los padres, tampoco son una concesión de la sociedad o del estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona en virtud del acto creador que la ha originado*”.

Seguidamente, se reseñan en este instrumento algunos derechos fundamentales que conciernen de modo directo a la persona concebida:

“a) el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción hasta la muerte;

b) los derechos de la familia y del matrimonio como institución y, en este ámbito, *el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por sus padres*.

Destaca luego el documento la terrible discriminación que se comete cuando los legisladores autorizan *la supresión directa de inocentes*:

“Cuando una ley positiva priva a una categoría de seres humanos de la protección que el ordenamiento civil les debe, el estado niega la igualdad de todos ante la ley. Cuando el estado no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, *y particularmente de quien es más débil, se quebrantan los fundamentos mismos del estado de derecho*. La autoridad política, por consiguiente, *no puede autorizar que seres*

humanos sean llamados a la existencia mediante procedimientos que los exponen a los gravísimos riesgos anteriormente mencionados”.

Como no podría ser de otra forma, de lo expuesto se deriva una formal condena a las prácticas de inseminación artificial que vulneran el respeto a la vida y a la dignidad de la persona antes de nacer. Además, del documento surge la manifiesta incompatibilidad que existe entre el Derecho Natural y los ordenamientos que pretenden legitimar dichos procedimientos:

“Si la ley positiva y las autoridades políticas reconociesen las técnicas de transmisión artificial de la vida y los experimentos a ellas ligados, ampliarían todavía más la brecha abierta por la legalización del aborto”.

La Instrucción no sólo rechaza la posibilidad de legalizar dichas técnicas violatorias de la ley natural sino que además reclama “sanciones penales” para quienes vulneren los derechos inherentes a toda persona desde el instante de su concepción. “La ley -subraya el Cardenal Ratzinger- no podrá tolerar -es más *deberá prohibir explícitamente-* que seres humanos, aunque estén en estado embrional, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos, con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente”.

Ante prácticas lesivas de la dignidad humana y groseramente violatorias del orden natural, que se han difundido de modo creciente en el mundo contemporáneo, la Instrucción prescribe:

“La ley civil no podrá autorizar aquellas técnicas de procreación artificial que arrebatan, en beneficio de terceras personas (médicos, biólogos, poderes económicos o gubernamentales), lo que constituye un derecho exclusivo de la relación entre los esposos, y por eso no podrá legalizar la donación de gametos entre personas que no estén legítimamente unidas en matrimonio.

“La legislación deberá prohibir además, en virtud de la ayuda debida a la familia, los bancos de embriones, la inseminación post mortem y la ‘maternidad sustitutiva’”.

En la Instrucción se recuerdan los daños producidos en muchos países por la legalización del aborto y diversos desordenes que afectan a la institución familiar: “Es deseable que los estados no asuman la responsabilidad de aumentar la gravedad de estas situaciones de injusticia socialmente nocivas.

Cabe esperar, por lo contrario, que las naciones y los estados tomen conciencia de todas las implicaciones culturales, ideológicas y políticas relacionadas con las técnicas de procreación artificial, y que sepan encontrar la sabiduría y el ánimo necesarios para dictar leyes más justas y respetuosas de la vida humana y de la institución familiar”.

Finalmente, la Instrucción expresa el anhelo de que todos los hombres de buena voluntad se esfuercen, a través de su actividad profesional y del ejercicio de sus derechos civiles, “*para reformar las leyes positivas moralmente inaceptables*”. Ante esas leyes, se debe presentar y reconocer la “*objeción de conciencia*”. Y debe computarse como un signo promisorio la actitud de resistencia frente a toda pretensión de que se colabore en acciones humanicidas: “*comienza a imponerse con agudeza en la conciencia moral de muchos, especialmente de los especialistas en ciencias biomédicas, la exigencia de una resistencia pasiva frente a la legitimación de prácticas contrarias a la vida y a la dignidad del hombre*”.

La Instrucción “*Donum Vitae*” invita a todos, a la luz de la verdad sobre el don de la vida humana y de los principios morales consiguientes, y en el ámbito de responsabilidad de cada uno, a comportarse como el buen samaritano y a reconocer en el más pequeño de los hijos de los hombres (la persona concebida y no nacida) al propio prójimo (Lucas 10, 29-37). Porque resuenan aquí de modo nuevo y particular las palabras de Cristo: “*Cuanto dejásteis de hacer con uno de éstos más pequeños, también dejásteis de hacerlo conmigo*”. (Mateo, 25, 40).

La Encíclica Evangelium Vitae

El 25 de marzo de 1995 Juan Pablo II promulgó la encíclica *Evangelium Vitae*, sobre el valor y el carácter inviolable de la vida humana.

El tema abordado por el Sumo Pontífice es arduo y gira en torno a cuestiones esenciales. El explosivo desarrollo tecnológico de los últimos años plantea posibilidades nunca imaginadas por las generaciones que nos precedieron. Este progreso, en la medida en que sea mal orientado, conlleva la tentación de olvidar que *el hombre es siempre un sujeto y nunca un objeto, desde la concepción hasta la muerte*. Por eso, como lo subraya el Papa en la *Evangelium Vitae*, dirigida no sólo a los creyentes sino a todos los que estén dispuestos a reconocer la

dignidad connatural a toda persona, el hombre en ninguna circunstancia, ni siquiera en su etapa embrional, puede ser reducido al rango de cosa.

Frente al avance tecnológico, acompañado frecuentemente de una mentalidad hedonista y utilitarista que no marca límites éticos al obrar humano, resulta vital recordar en todo momento -como lo reclama Juan Pablo II- la vigencia efectiva del Derecho Natural. Entre sus normas figura una aceptada durante siglos por todos los hombres de buena voluntad, cualesquiera fueran sus convicciones religiosas, y cuya defensa asume el Papa en la *Evangelium Vitae*. Nos referimos, concretamente, a la que *prohibe matar, de modo directo, a un ser humano inocente*. Este precepto es válido, sin margen para la duda, tanto frente a la persona que aún no ha nacido, como ante la que se encuentra en el último tramo de su vida. Porque el derecho a la vida no abarca sólo un período, sino toda la vida, desde la concepción hasta la muerte.

La vida humana -lo recuerda con firmeza Juan Pablo II- es sagrada antes y después del alumbramiento, y también en el tiempo que precede a la muerte.

Para asombro de los que vivimos el último tercio del siglo XX, ese principio elemental para toda convivencia civilizada ha sido cuestionado de modo explícito o implícito por ordenamientos legislativos que pretenden acordar legitimidad a prácticas contra la vida inocente repudiadas virtualmente en todos los países hasta hace pocas décadas. Como lo advierte Juan Pablo II, opciones antes consideradas unánimemente como delictivas y rechazadas por el común sentido moral, llegan a ser poco a poco socialmente respetables. La misma medicina, que por su vocación está ordenada a la defensa y cuidado de la vida humana, se presta cada vez más en algunos de sus sectores a realizar estos actos contra la persona, deformando así su rostro, contradiciéndose a sí misma y degradando la dignidad de quienes la ejercen. Queda así en evidencia lo que la *Evangelium Vitae* define como “una actitud prometeica del hombre que, de este modo, se cree señor de la vida y de la muerte, porque decide sobre ellas, cuando en realidad es derrotado y aplastado por una muerte cerrada irremediablemente a toda perspectiva de sentido y esperanza”.

La dignidad del embrión

Pero el gravísimo problema que preocupa particularmente a Juan Pablo II, y al que dedica mayor extensión en la *Evangelium Vitae*, es la intangibilidad de la vida inocente, desde la concepción hasta la muerte natural.

El tema es acuciante porque nunca como en el siglo veinte la persona humana, titular de ese derecho elemental a vivir, ha sido simultáneamente exaltada y menospreciada. El problema adquiere dimensiones escalofriantes si a los atentados “tradicionales” les sumamos las víctimas del aborto, los dispositivos intrauterinos y el manipuleo embrional y genético, además de los enfermos eliminados con procedimientos eutanásicos.

El Papa advierte, siguiendo el magisterio del Concilio Vaticano II, que el aborto directo, querido como fin o como medio, es siempre un desorden moral grave, un crimen nefando. Juan Pablo II subraya que “ninguna circunstancia, ninguna finalidad, ninguna ley del mundo podrá jamás hacer lícito un acto que es intrínsecamente ilícito, por ser contrario a la Ley de Dios, escrita en el corazón de cada hombre, reconocible por la misma razón, y proclamada por la Iglesia”.

El Papa destaca que la “valoración moral del aborto se debe aplicar también a las recientes formas de intervención sobre los embriones humanos que, aun buscando fines en sí mismos legítimos, comportan inevitablemente su destrucción”. Es el caso de los experimentos con embriones, su generación in vitro para utilizarlos como abastecedores de órganos o tejidos para trasplantes, y la homicida mentalidad eugenésica, “que acepta el aborto selectivo para impedir el nacimiento de niños afectados por varios tipos de anomalías. Semejante mentalidad -clama el Papa- es ignominiosa y totalmente reprobable, porque pretende medir el valor de una vida humana siguiendo parámetros sólo de ‘normalidad’ y de bienestar físico, abriendo así el camino a la legitimación incluso del infanticidio y de la eutanasia”.

“También las distintas técnicas de reproducción artificial -señala el Santo Padre-, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esa intención, *en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida*. Más allá del hecho de que son moralmente inaceptables desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas *registran altos porcentajes de*

fracaso. Este afecta no tanto a la fecundación como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo. Además -agrega el Papa-, se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados ‘embriones supernumerarios’ son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple ‘material biológico’ del que se puede disponer libremente”.

Preocupan también al Santo Padre los trasplantes cuando, para aumentar la disponibilidad de órganos, se procede a su extracción “sin respetar los criterios objetivos y adecuados que certifican la muerte del donante”.

En la *Evangelium Vitae* se explica con claridad que el carácter sagrado de la vida inocente no debe considerarse excepcionado por la circunstancia de que una ley positiva lo desconozca y lo vulnere, aun cuando haya podido ser aprobada por la mayoría. Ello así porque están en juego valores humanos y morales esenciales y originarios que -como lo expresa Juan Pablo II- “derivan de la verdad misma del ser humano y expresan y tutelan la dignidad de la persona. *Son valores, por tanto, que ningún individuo, ninguna mayoría y ningún Estado nunca pueden crear, modificar o destruir, sino que deben sólo reconocer, respetar y promover*”.

Como lo advirtió Juan XXIII en la encíclica *Pacem in Terris*, cuando los legisladores y magistrados civiles no reconocen un derecho fundamental como es el que ampara la vida inocente, “no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carece de obligatoriedad lo que ellos prescriben”. En igual sentido, la instrucción *Donum Vitae* recuerda que “en ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que excedan la propia competencia”.

Proyectos legislativos sobre fecundación artificial

En el derecho argentino la muerte directa inferida a una persona concebida “in vitro” es *siempre antijurídica*. No podría ser de otra forma atento que nuestra Constitución histórica reconoce al Derecho Natural como presupuesto de toda su normativa¹³. El derecho inviolable a la vida de todo individuo

¹³Ver nuestro trabajo: *El derecho a nacer*, en “El Derecho”, t. 96, pág. 861.

humano inocente es en nuestro ordenamiento jurídico “un elemento constitutivo de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico”¹⁴. El embrión, todo embrión, en la ley fundamental y en los tratados internacionales incorporados a su texto, tiene reconocidos derechos inalienables, figurando entre ellos el derecho a vivir y a no ser muerto con pretextos de investigación o eugenésicos, como si fuera mero objeto y no sujeto de derechos¹⁵.

El legislador humano no puede permanecer indiferente ante las nuevas técnicas biogenéticas que tienden a obtener embriones humanos que, en un porcentaje altísimo, están destinados a morir.

Nuestro Código Penal, sancionado en 1921, obviamente no contiene disposiciones que repriman la destrucción de embriones concebidos “in vitro”. José Ignacio Cafferata, en un importante trabajo publicado en “El Derecho”¹⁶, sostiene que “cuando se destruyen los embriones antes de ser implantados, ya sea porque son sobrantes, no tienen determinadas condiciones de viabilidad, o han sido objeto de experimentación, es una vida la que se troncha y, por tanto, lo que se ha producido es un aborto incriminado por la ley”. Comprendemos y valoramos la alta inspiración ética de esta exégesis, pero entendemos que difícilmente pueda ser aceptada por ningún tribunal atento las razones expresadas por Roberto Terán Lomas¹⁷, Jorge Mazzinghi¹⁸, Lucas J. Lennon¹⁹, y Roberto Andorno²⁰, quienes coinciden en la necesidad de formular un nuevo tipo penal. En

¹⁴ Instrucción “Donum Vitae”, edición citada, pág. 44.

¹⁵ Ver: Roberto L. Andorno: *El derecho a la vida ¿cuándo comienza?* (a propósito de la fecundación “in vitro”), “El Derecho”, t. 131, págs. 909/910.

¹⁶ José Ignacio Cafferata: *Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino*, “El Derecho”, t. 130, pág. 749.

¹⁷ Roberto M. Terán Lomas: *Derecho Penal*, parte especial, t. 3, pág. 387, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

¹⁸ Jorge Mazzinghi: *Breve reflexión sobre la fecundación in vitro*, “La Ley”, 1978-C-pág. 993.

¹⁹ Lucas J. Lennon, *La protección penal de la persona por nacer*, en el volumen en colaboración *El derecho a nacer*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 69.

²⁰ Roberto Andorno: *¿Cómo legislar en materia de procreación asistida?*, en *Propuestas para el debate*, Fundación República, año IV, n° 23, Buenos Aires, junio de 1994.

igual sentido, Lisardo Novillo Saravia²¹ afirma que es menester una norma específica porque en Derecho Penal está proscrita toda interpretación analógica o extensiva²². Pensamos, por ello, que el *principio de legalidad*, consagrado en el art. 18 de la Constitución, torna difícil la aceptación judicial de la tesis de Cafferata. Lo mismo podríamos decir sobre la posibilidad de imponer a la destrucción de embriones concebidos en forma extracorpórea la pena del homicidio, tal como lo auspician Corsari y Rabinovich²³. En consecuencia, parece ineludible que el Congreso sancione una ley que otorgue protección penal expresa a la persona por nacer, concebida fuera del claustro materno. Sin embargo, *no todos los proyectos presentados tienden a amparar en forma integral la vida inocente*.

En otra oportunidad nos hemos referido a 16 proyectos presentados en el Congreso, en el curso de los últimos años, referidos a la fecundación artificial extracorpórea²⁴.

Vamos a ceñirnos en este artículo al debate que se produjo en el Senado, a partir de la sesión del 25 de junio de 1997, con motivo de que se presentaron tres proyectos precedidos por dictámenes con enfoques diversos de la persona humana en la primera etapa de su existencia. Los principios que hemos recordado en la primera parte de este trabajo son los que aplicaremos para evaluarlos, sin perjuicio de señalar al final la regla prudencial que previsiblemente resultará aplicable cuando

²¹Lisardo Novillo Saravia: *Procreación asistida*, en Anales del Cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1991.

²²Lisardo Novillo Saravia funda su criterio adverso a toda interpretación analógica en Derecho Penal citando a Ricardo C. Nuñez: *Tratado de Derecho Penal*, t. I, pág. 110; Sebastián Soler: *Derecho Penal Argentino*, t. I, pág. 145; Carlos Fontán Balestra: *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, pág. 210; y en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 137, pág. 425. Ver también sobre el punto Carlos Creus: *Derecho Penal*, parte especial, t. I, Buenos Aires, 1993, págs 62 y 67.

²³ Ver la cita de Corsari en Eduardo Martín Quintana: *Aspecto legal de la fertilización asistida*, pág. 48, en Boletín de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, Suplemento dedicado al Simposio "Del nacer y del morir". Aspectos de las nuevas tecnologías aplicadas en reproducción humana y en el proceso de la muerte, 4-5 de mayo de 1993. Ver también Ricardo David Rabinovich, *Acerca de la vida y la muerte en el derecho argentino*, en el volumen *La vida y la muerte*, editado por el Ateneo del Club Universitario de Buenos Aires, 1995, pág. 34.

²⁴ Ver: *Persona humana, experimentación y clonación*, en "El Derecho", t. 171, pág. 1049.

la Cámara de Diputados trate el proyecto aprobado por el Senado.

Uno de los tres proyectos fue firmado en minoría por el senador Alfredo Avelín. Su texto se funda en la rigurosa observancia de la Constitución Nacional, la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Prohíbe la fecundación artificial o “fecundación humana médicamente asistida” con una sólida argumentación que desarrolló el senador Avelín en el recinto. Subrayó, en particular, que la ciencia no puede avanzar “a expensas de matar, destruir, seleccionar, descartar o manipular embriones”. Señaló, asimismo, que la fertilización de óvulos humanos *in vitro* supone la muerte prevista de gran número de embriones, auténticos abortos en su primera etapa de gestación. Sostuvo, en síntesis, que esas muertes provocadas, que según cálculo del mencionado legislador -quien es también médico- ascenderían a porcentajes no inferiores al 85 % de los óvulos fecundados *in vitro*, no deberían ser jurídicamente homologadas. De allí las restricciones y penalidades fijadas en la normativa del proyecto.

Otro médico, el senador Vaquir (Santiago del Estero), dejó también a salvo su total disidencia con la regulación legislativa de la fecundación artificial expresando al final de su discurso: “Señor Presidente: el nacer y el morir, solamente los dejo en las manos de Dios”.

El proyecto mayoritario, finalmente sancionado por el Senado en la sesión del 2 de julio de 1997, autoriza con restricciones que fija el capítulo I “las técnicas de reproducción humana asistida”. Es, empero, respetuoso de la persona humana así concebida, equiparándola en derechos a la engendrada en el seno materno. Prohíbe la utilización de material genético ajeno a la pareja casada o conviviente de hecho que recurra a dichas técnicas biogenéticas. Declara la nulidad de todo contrato de maternidad subrogada y fija en tres el límite de óvulos que pueden ser fecundados *in vitro* cada vez, debiendo efectuarse la transferencia de la totalidad de los mismos en forma inmediata. Sólo permite la fecundación de óvulos humanos para reproducción. Autoriza el congelamiento del embrión únicamente cuando muere la madre o si por razones médicas excepcionales debe postergarse la transferencia. Prohíbe, asimismo, la selección de sexos y características genéticas, y la experimentación con óvulos fecundados, así como la práctica de la clonación, de la partenogénesis, la producción de quimeras y la generación de híbridos.

El proyecto sancionado por el Senado regula también la “adopción prenatal” de óvulos fecundados *in vitro* cuando “hubiese sido imposible realizar la transferencia de los mismos al seno materno”. Además, el capítulo V fija penalidades para la destrucción de óvulos fecundados *in vitro*, la transferencia de “material genético ajeno a la pareja”, la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, la transferencia de más de tres óvulos fecundados, la fertilización de “más óvulos de una mujer que los que podrán serle transferidos dentro de un mismo ciclo”, la transferencia de un óvulo fecundado de una mujer a otra mujer y su utilización “con un fin que no sea el de su preservación”, y la aplicación de las técnicas de “fecundación artificial en una mujer que esté dispuesta a abandonar a su hijo a terceros en forma permanente después del nacimiento” (alquiler de vientre).

Hay también otras conductas reprimidas penalmente en el proyecto como la venta de óvulos fecundados y la fertilización de un óvulo con semen de un hombre fallecido. También se castiga la reproducción clónica, la mezcla de gametos humanos con los de otras especies y la transferencia a animales de óvulos humanos o mixtos.

El tercer proyecto, que quedó en minoría, fue suscrito por los senadores Humberto E. Salum, Conrado H. Storani y José Genoud. Su normativa tiende a dar prioridad en la controversia a las diversas técnicas de fertilización *in vitro*. Autoriza la donación de gametos, la fecundación extracorpórea tanto homóloga como heteróloga, el congelamiento de embriones, y su implantación en viudas con material genético del marido hasta treinta días de su fallecimiento. Prohíbe la fertilización de óvulos con fines ajenos a la reproducción.

Este proyecto reconoce que el embrión concebido fuera del claustro materno es persona sólo a partir de su implantación. Consideramos que constituye un criterio objetable que no contempla la posibilidad no distante de que se logre una gestación totalmente extracorpórea, sin implante en ningún claustro materno. ¿En esa hipótesis, a partir de qué momento es persona el ser humano concebido *in vitro*? Agreguemos que, por otra parte, la discriminación entre seres humanos según el lugar de su concepción vulnera la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

El no reconocimiento del *status* de persona al ser humano concebido y no implantado puede facilitar que se le

asigne más la condición de “objeto” que de “sujeto”, con todo lo que ello significa como devaluación de su dignidad connatural.

Un criterio prudencial

La ardua cuestión de la fecundación artificial tiene ya estado parlamentario avanzado. Los tres proyectos -uno de ellos con media sanción- que hemos reseñado en forma muy sintética reflejan tres visiones de la persona humana en la primera etapa de su existencia.

La Cámara de Diputados deberá resolver si mantiene el régimen legal actual, caracterizado por la ambigüedad, la ausencia de tipos penales y la tácita permisión de conductas que atentan contra la vida inocente, o si adopta alguno de los tres enfoques legislativos expuestos en el Senado.

Podría ser aplicable al tema de la fecundación artificial la regla prudencial precisada por Juan Pablo II con relación al aborto y a la eutanasia:

“En el caso de una ley intrínsecamente injusta, como es la que admite el aborto o la eutanasia, *nunca es lícito someterse a ella, ‘ni participar en una campaña de opinión a favor de una ley semejante, ni darle el sufragio del propio voto’*”²⁵.

“Un problema concreto de conciencia -agrega Juan Pablo II°- podría darse en los casos en que un voto parlamentario resultase determinante para favorecer una ley más restrictiva, es decir, dirigida a restringir el número de abortos autorizados, como alternativa a otra ley más permisiva ya en vigor o en fase de votación. No son raros semejantes casos. En efecto, se constata el dato de que mientras en algunas partes del mundo continúan las campañas para la introducción de leyes a favor del aborto, apoyadas no pocas veces por poderosos organismos internacionales, en otras naciones -particularmente aquéllas que han tenido ya la experiencia amarga de tales legislaciones permisivas- van apareciendo señales de revisión. *En el caso expuesto, cuando no sea posible evitar o abrogar completamente una ley abortista, un parlamentario, cuya absoluta oposición personal al aborto sea clara y notoria a todos, puede lícitamente ofrecer su apoyo a propuestas encaminadas a limitar los daños de esa ley y disminuir así los efectos negativos en el ámbito de la cultura y de la moralidad*

²⁵ Congregación para la Doctrina de la Fe: Declaración sobre el aborto provocado (18 de noviembre de 1974), 22: AAS 66 (1974).

*pública. En efecto, obrando de este modo no se presta una colaboración ilícita a una ley injusta; antes bien se realiza un intento legítimo y obligado de limitar sus aspectos inicuos*²⁶.

Creemos que el criterio prudencial marcado por el Santo Padre podría ser observado en el recinto por los diputados que consideran que la fecundación extracorpórea -como el aborto y la eutanasia- vulnera la intangibilidad de la vida inocente. Con arreglo a la regla señalada por el Papa, y en la imposibilidad de obtener los votos necesarios para proscribir las nuevas técnicas biogenéticas, pensamos que podrían en conciencia comprometer su apoyo a las normas “en fase de votación” que resulten menos lesivas de la persona humana en la etapa inicial de su existencia.

Señalemos, finalmente, que -como lo hemos expresado al referirnos a la clonación humana²⁷- *de poco valdrán las prohibiciones legales si todos los hombres del mundo, con la responsabilidad que incumbe a cada uno, no contribuimos al crecimiento de la conciencia moral para que nadie se considere autónomo e independiente frente a valores objetivos y trascendentes que deben ser respetados incluso por el legislador humano*²⁸.

²⁶ Encíclica “*Evangelium Vitae*”, N° 73.

²⁷ *Persona humana, experimentación y clonación*, en “*El Derecho*”, t. 171, pág. 1049.

²⁸ Declaración de la Comisión Permanente del Episcopado Argentino del 12 de marzo de 1997.