

EMBRIONES CONGELADOS, ¿DELITO O DERECHO?

(FROZEN EMBRYOS: CRIME OR RIGHT?)

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2015 / Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2015

Susana Isabel Estrada

Prof. Asociada a/Cargo Cátedra Universidad Católica de Santiago del Estero

Prof. Asociada Universidad Nacional de Tucumán- República Argentina

siecs2004@yahoo.com.ar

Resumen: El avance de la ciencia y de la técnica ha posibilitado la procreación de un ser humano fuera del seno materno como alternativa a las dificultades por las que atraviesan las parejas a causa de la esterilidad. En la regulación de las técnicas de fecundación asistida la mayoría de las legislaciones parecen asumir como prioritarios dos intereses: a) los de los padres que recurren a estas técnicas para solucionar situaciones de esterilidad al elevado costo de tener un hijo sacrificando la vida de otros hijos, también propios y b) los de los médicos y científicos, que motivados sólo por intereses económicos pretenden desarrollar estas prácticas sin límites. Este tema de contenido bioético entraña profundas opciones éticas pues exige el respeto por la autonomía de la persona de los progenitores siempre y cuando su ejercicio no colisione con el respeto por la dignidad y la igualdad del concebido por vía extrauterina ni se vulneren sus derechos, lo que sin duda redundará en la regulación jurídica de la cuestión. Teniendo en cuenta la actualidad del tema haremos un estudio comparatístico siendo nuestro propósito proyectar una perspectiva de continuidad aunque sea remota, o una de ruptura, desde la antigüedad romana hasta el presente.

Palabras claves: Embriones, Crioconservación, Derecho, Delito.

Abstract: The progress of science and technology made possible the procreation of a human being outside the uterus, as an alternative to the difficulties that some couples face because of infertility. In the regulation of the techniques of artificial insemination, most of the laws seem to come to terms with two primary interests: a) the interests of the parents, who use these techniques to solve problems of fertility, who face a high cost in order to have a child and sacrifice the life of other children, included their own b) the interests of the doctors and researchers who might develop those practices only for their economic interests. This subject focused on bioethics entails deep ethical options, because it requires the respect for the autonomy

of the individuals and the parents, as long as this principle doesn't clash with the respect for the dignity and the equality of the child conceived by artificial insemination and its rights are not violated, a factor that will certainly produce a juridical regulation of the issue. Taking into account the topicality of this subject, we will make a comparative study, with the intention of creating a perspective of continuity (even a slight one), or of break, starting from the Roman Age until the present.

Keywords: The embryos, the hibernation, Right, Crime.

1. PLANTEO DE LA PROBLEMÁTICA

Los problemas que plantea el desarrollo de la tecnología el derecho, son intrincados y espinosos, pero éste debe afrontar la realidad y dar respuestas en tiempo oportuno. A lo largo del tiempo la comunidad científica trató de encontrar alternativas a las dificultades por las que atraviesan las parejas a causa de la esterilidad. El súbito avance de la medicina y la biología a partir de la segunda mitad del siglo XX dieron algunas respuestas a esos inconvenientes, abriendo nuevos horizontes, pero también es cierto que la irrupción de las tecnologías que actúan sobre la procreación humana genera un incremento en el riesgo para la vida y dignidad de la persona humana. De allí que se deban alentar aquellas investigaciones a condición de que se pongan al servicio de la persona humana y respeten en todo su dignidad. Pero no es lo que está ocurriendo en la realidad ya que advertimos que con bastante frecuencia se emplean términos como “*usar*”, “*producir*”, “*producción*”, “*objetos*”, “*bienes*”, etc. que son un reflejo del modo de actuar de los científicos y muestran hasta qué punto las técnicas de reproducción artificial tratan a los embriones - que son seres humanos con la misma dignidad que los ya nacidos- , como si fueran objetos. Las mal llamadas técnicas de “*reproducción*” asistida – tal la denominación de la ley 26862/2013, y del Código Civil y Comercial de 2014 en los arts. 560 y cdtes.- ya quebranta una cuestión muy de base como lo es la diferenciación entre “*procreación*” y “*reproducción*”. Vemos así como la transmisión de la vida humana ingresa peligrosamente una cierta lógica de la producción industrial, que pasa a considerar a la persona como un producto, sometido a parámetros de eficiencia y calidad que atentan contra la especial dignidad de la persona humana. Se avanza hacia un “*nuevo eugenismo*” tal lo advirtiera el genetista francés Jacques Testart¹ donde “sólo los más aptos tendrán derecho a la vida mientras que las potenciales personas de segunda se dejarán en espera, sin eliminarlas, gracias al paro técnico permitido por la congelación, en tanto los minusválidos, los marginales, los que

¹ Cf. TESTART, J., *La procreación artificial*, Madrid, 1994, p. 106.

padezcan alguna deficiencia congénita serán definitivamente eliminados de todo proyecto familiar”, tal la clasificación de los seres humanos propuesta por el bioeticista australiano Peter Singer² profesor en la Universidad de Princeton y el filósofo estadounidense Hugo Tristán Engelhardt³.

La mayoría de las legislaciones parecen asumir como prioritarios dos grupos de intereses: a) los de los padres que quieren recurrir a estas técnicas para solucionar situaciones de esterilidad y, b) los de los centros médicos y grupos científicos que motivados sólo por intereses económicos pretenden desarrollar estas tecnologías sin límites. Pero en realidad estos enfoques omiten considerar al principal involucrado en esta cuestión: la persona concebida, cuyo desarrollo es suspendido *sine dies* merced a la aplicación de dichas técnicas, que no debieran encontrar justificación sólo en el hecho de que el objetivo de ellas es lograr un ser humano dotando de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Así, consideramos que dos bienes jurídicos superiores están en juego: la vida y la dignidad de la persona concebida, antes que los intereses de los padres y de los investigadores. Ya la declaración de Helsinki de 1964, revisada por la Asociación Médica Mundial en 1975 en Tokio⁴ sostuvo que en caso de conflicto entre el interés de la ciencia y la sociedad, y el interés del sujeto, prevalece el de este último.

El abordaje de este tema tiene un alto contenido bioético y entraña profundas opciones éticas, pues exige el respeto por la autonomía de la persona de los progenitores siempre y cuando en el ejercicio de esa autonomía no se lesione la dignidad, la igualdad, ni se vulneren los derechos del concebido por vía extrauterina, porque no se debe perder de vista una razón primera, el derecho es del niño a nacer y no de los padres a tener un hijo o a no tenerlo.

Estas prácticas que traen esperanza y entusiasmo para las personas involucradas en situaciones de infertilidad, a la vez incitan alarma e incertidumbre, porque todo lo técnicamente posible no es, por esa sola razón, éticamente aceptable. Se debe orientar el

² Cf. SINGER, P. *Ética práctica*, Barcelona, 1984, p. 101

³ Cf. ENGELHARDT, T. H. *Fundamentos de bioética*, Barcelona, 1995, p. 155

⁴ www.fisterra.com/material/investiga/declaración_helsinki.htm. Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial. Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos. Metodología de la investigación.

progreso científico hacia una dirección que sea verdaderamente fecunda y benéfica para la humanidad; y precisamente de estas nuevas prácticas no se tiene tal certeza.

En sus orígenes la clave de la cultura pareció fundarse en los convenios establecidos entre los hombres para asegurar su existencia y subsistencia (como especie y como individuo) frente a sus propios congéneres. Dos eran las necesidades fundamentales cuya satisfacción debía quedar garantizada: la procreación para asegurar la perpetuación de la especie – cuya ley es inmutable – y el alimento para garantizar la subsistencia individual y de la prole. Por ello, el convenio social ideado por nuestros ancestros consistía en autoimponerse un límite al instinto sexual procreativo lo que obligaba a buscar pareja fuera del propio clan de parentesco (exogamia). La otra norma fue la relativa a la disponibilidad de alimentos, procurándose los de entre animales externos al propio clan (exofagia). Estas normas básicas establecidas desde tiempo inmemorial sobre todo la relativa a la unión de los sexos, se vienen ignorando y como consecuencia sancionando o elaborando leyes antinaturales, echando por tierra más de cincuenta años de investigación genética en Argentina.

Teniendo en cuenta la actualidad de esta problemática haremos un estudio comparatístico siendo nuestro propósito proyectar una perspectiva de continuidad aunque sea remota, o una de ruptura, desde la antigüedad romana hasta el presente.

2. LAS FUENTES ROMANAS

Las presunciones de paternidad: *pater est quem nuptiae demonstrant* (el padre es el que demuestran las nupcias) y maternidad: *maxim mater est quam gestatio demonstrat* (la madre es quien demuestre la gestación/parto) que generaban absoluta certeza basadas en un principio de exclusividad, hoy han sido desplazadas por presunciones derivadas de prácticas que sólo crean incerteza.

En Roma el medio natural por el cual se ingresaba bajo la potestad del *pater* y por ende se adquiría la condición de miembro de la familia para los ciudadanos romanos era el nacimiento derivado de las *iustae nuptiae*, y así lo dice *Gayo* en sus *Institutas*.

“Gayo libro I Institutionum.- Item in potestate nostrasunt liberi nostri quos ex iustis nuptiis procreaverimus; quod ius proprium civium Romanorum est”. (Dig. 1, 6, 3)⁵.

Los principales efectos derivados de ese *iustum matrimonium* respecto de los hijos eran las relaciones de paternidad y filiación que generaban un vínculo entre el engendrado y sus progenitores, del que provenían ciertas consecuencias jurídicas como la de otorgar los derechos inherentes a la paternidad, la de solicitar alimentos, la de representación en juicio, la de ser heredero, etc⁶.

Lo cierto es que si sobre algo no dudaban los romanos era respecto de la maternidad, incluso cuando se tratase de los hijos vulgos o naturales. La determinación de la maternidad era comprobada por si misma y quedaba constatada en el momento mismo del nacimiento del hijo pues la madre era siempre cierta de ahí el principio sentado por Paulo “*mater semper certa est*”. Y digo era, porque en la actualidad con las técnicas de fecundación asistida, legalizadas mediante la ley 26862 de “Reproducción médicamente asistida” y el Código Civil y Comercial de 2014, este principio vino a desvirtuarse.

No obstante el ejercicio de la patria potestad derivado del *iustum matrimonium*, eran prácticas del mundo romano antiguo respecto de los recién nacidos y de la primera infancia: el abandono/exposición y el amamantamiento. La primera estaba fundada sobre una base jurídica propia de la sociedad romana primitiva, totalmente ajena a nuestro derecho. El segundo, que se ha mantenido en el mundo occidental hasta los siglos XIX y XX, muestra una continuidad ya que los debates concernientes a la superioridad del amamantamiento por la madre se encontraban ya en autores de la antigüedad y tomaban la forma de juicios moralizantes.

⁵ Cf. GARCÍA DEL CORRAL, I, L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1892, t. I, p. 217. “Gayo, Instituta, libro 1.- También están bajo nuestra potestad nuestros hijos, que hubiéremos procreado de justas nupcias; cuyo derecho es propio de los ciudadanos romanos”

⁶ Marco Aurelio creó registros de estado civil, ordenando que todo padre debía declarar dentro de los treinta días el nacimiento de sus hijos ante los *praefecti aerarii Saturni* en Roma y ante los *tabularii publici* en las provincias. Esta institución también es mencionada en *Apuleyo, apología*, p.92. Pero las fuentes no las mencionan, ya que en los pasajes que se encuentra la locución “[...] *declarte ad acta*” tiene una significación más genérica, refiriéndose, no sólo a las declaraciones de nacimientos sino a toda especie de declaraciones. (Cfr. -MAINZ, C., *Curso de Derecho Romano*, tr. POU Y ORDINAS, A.J., Barcelona, 1892, t. III, p. 97

El nacimiento de un romano no se limitaba al hecho biológico, sino que una vez nacido el hijo varón⁷, el padre tenía que levantarlo de la tierra, donde lo había depositado la comadrona, y tomarlo en brazos en señal de que lo reconocía como suyo y rehusaba exponerlo, es decir que el recién nacido sólo era aceptado en la sociedad en virtud de una decisión del jefe de familia (*pater*). Asumir su paternidad, y dar así un estatus legítimo al niño, era en Roma un acto voluntario; pero aquel no estaba obligado a educar a todos los niños nacidos de su esposa legítima. Es así que en caso contrario el *pater* podía ejercer el *ius exponendi*, consistente en exponer a la criatura recién nacida o en su etapa lactante, ante la puerta del domicilio, de allí el término expósito (*ex positus*: puesto afuera) o arrojarla sobre el estiércol hasta que alguien la recogiera si lo deseara. Era una práctica usual y legal en la Antigua Roma la exposición de los niños de origen extraconyugal o producto de una infidelidad, como así también la muerte de los hijos deformes⁸, aunque estaba más tratada la cuestión en la comedia y en la novela que en las normas legales.

La exposición era un tema recurrente en la mitología y en la literatura, muchas culturas practicaban el abandono de los recién nacidos antes que matarlos. De esta manera, algunos podían sobrevivir si eran recogidos y cuidados por otros seres humanos a veces de la nobleza (como la hija del faraón que recogió a Moisés), o por animales salvajes (como la loba en el caso de Rómulo y Remo). A lo largo de la historia son conocidos los casos de Edipo, expuesto en las montañas colgado de un árbol por los pies; Moisés, que fue arrojado en una cesta de cañas en el río Nilo; Perseo, arrojado al mar junto a su madre Dánae en un cofre de madera; Rómulo y Remo, expuestos en una cesta en el río Tiber, por mencionar los casos más conocidos.

Los ejemplos históricos de romanos se encuentran casi todos en Suetonio los dos nacimientos adulterinos rehusados en la familia julio-claudiana y los casos de dos célebres gramáticos del siglo I a.C., que se han hecho merecedores de ser relatados.

⁷ Según un ejemplo ofrecido por el emperador Claudio ya citado, el ritual no habría sido el mismo para el hijo que para la hija, ya que el varón era recibido en la familia por el gesto del "levantamiento", mientras que la mujer simplemente era dada a amamantar. Pero la sociedad romana aplicó otras diferencias fundadas sobre el género, como la fecha del "día lustral": el octavo para las mujeres, el noveno para los varones consistente en la purificación del recién nacido y el otorgamiento del nombre que marcaba la entrada del niño en la familia y la sociedad. También el *dies natalis* en el que su porvenir había sido marcado y que los romanos celebraban a lo largo de su vida, todos ellos ritos múltiples algunos de los cuales han sido retomados en el bautismo cristiano. (Cfr. CAYO SUETONIO TRANQUILIO, *Los Doce Césares*, Madrid, 1917, p. 301)

⁸ Tal práctica surgió de lo que postulaba Séneca: "hay que separar lo bueno de lo que no sirve para nada"

Augusto, abuelo severo, prohibió criar al hijo adulterino nacido de su nieta Julia con el senador romano Décimo Junio Silano, y la obligó a que lo abandonara en una montaña para que muriera, después que la condenó al exilio en la isla de Trimerus, pronunciado por él mismo. Respecto a su hija Julia acusada también de adulterio, tomó a sus nietos bajo su protección, nombrándolos sus herederos y exilió a ella a la isla mediterránea de Pandataria y luego a Calabria, donde permaneció hasta su muerte:

“LXV. Pero la desgracia destruyó la confianza y alegría que le inspiraban una familia numerosa y educada con esmero. Vióse obligado a desterrar a las dos Julias, su hija y su nieta, manchadas con toda clase de infamias. [...] más cuando desterró a su hija dio a conocer los motivos al Senado [...]. En cuanto a la otra Julia, su nieta, le prohibió reconocer y alimentar al niño que dio a luz poco tiempo después de su destierro. [...] Siempre que hablaban en su presencia de [...] alguna de las Julias, exclamaba suspirando: “Feliz el que vive y muere sin esposa ni hijos”⁹.

También relata Suetonio que Claudio hizo arrojar desnuda ante la puerta de su madre, a la hija que suponía nacida de uno de sus libertos *Marcus Antonius Gniphos*, nacido libre en la Galia Cisalpina, pero expuesto, y de hecho devenido esclavo, que fue liberado y educado por su padre adoptivo (*nutritor*). *C. Maecenas Melissus*, nacido libre, pero expuesto en razón del desacuerdo de sus padres, y finalmente beneficiado con mejores estudios gracias a su *educator*, aunque su madre reivindicara para él la libertad, prefirió su condición presente a su verdadero estado, pero fue liberado y ganó el favor de Augusto.

También parecen exclusivas de la sociedad romana decisiones de carácter protestatario. Así relata Suetonio la reacción del pueblo como una forma de protesta contra los dioses, ante el anuncio de la muerte de Germánico, el bien amado príncipe heredero, percibido como particularmente injusto:

“V. [...] algunos ciudadanos arrojaron a la calle sus dioses lares y expusieron sus hijos recién nacidos. Hasta se dice que los bárbaros, [...] consintieron como por luto universal en una tregua; que algunos príncipes, en señal de dolor se cortaron la barba e hicieron afeitar la cabeza de su mujeres [...]”¹⁰.

⁹ CAYO SUETONIO TRANQUILO, op. cit. p. 126

¹⁰ Ibid., p. 203

Dicha práctica, que no tuvo paralelo en la Roma misma, ha sido interpretada recientemente como un suicidio social en respuesta a una situación de anomia¹¹.

También a título de protesta contra el asesinato de Agripina por Nerón, cuenta que un recién nacido habría sido expuesto en medio del foro con un cartel que rezaba: "*Yo no te crío por miedo de que tú degüelles a tu madre*".

Esa amplia libertad quedó restringida posteriormente quedando configurada desde el Bajo Imperio como un delito público (*crimina*) castigado con la pena del talión.

A partir de esta época y por influencia del cristianismo se atribuyó automáticamente la paternidad de los niños nacidos en el matrimonio al marido de la madre por aplicación de la fórmula consagrada en las fuentes romanas. "*Paulus Libro IV ad edictum.- [...] pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*" (Dig. 2, 4, 5)¹².

"Paulo; Comentarios al Edicto, libro IV.- [...] pero padre es el que demuestran las nupcias".

El acto de reconocimiento se ejercía independientemente de la patria potestad, la que no se extinguía por falta de reconocimiento ni por exposición del recién nacido.

El abandono se justificaba invocando la imposibilidad de criarlos por falta de recursos económicos, cuestiones de planificación familiar para impedir una descendencia numerosa, la negativa a exponer a los hijos a una educación mediocre, las posibles disputas futuras en materia de herencia, la enfermedad física, la ilegitimidad supuesta, el desacuerdo entre los padres, razones estas que parecían tener carácter universal. El abandono concitaba la práctica de la delegación de roles parentales, lo que hacía que los niños de ciertos grupos sociales pudieran ser criados por personas diferentes de sus padres.

El abandono/exposición era la forma más cruel de matar por someterlos al frío, al hambre, al acecho de los animales; traía aparejada la pérdida de la identidad, la vergüenza y el desprecio social. En tal contexto era frecuente que las esposas, a espaldas de sus maridos entregaran el niño a alguna familia vecina o a una esclava para que lo criara en secreto, de modo que la madre biológica no perdiera el contacto con el hijo. Vale la pena insistir sobre la

¹¹ Cf. VERSNEL, H. S., *Destruction, Devotio and Despair in a Situation of Anomy: The Mourning for Germanicus in triple Perspective*, dans *Perennitas. Studi in onore di Angelo Brelich*, Rome, 1980, p. 541.

¹² Cf. GARCÍA DEL CORRAL, I, L., op. cit. t. I, p. 251

diferencia del rol masculino y femenino. Las mujeres tenían una vocación particular para liberar a los niños esclavos que habían criado

“Marcianus libro IV. Regularum.- Alumnos magis mulieribus conveniens est manumitere; [...] satisque est, permitti eum manumití, in quo nutriendo propensioem animum fecerint.” (Dig. 40, 2, 14)¹³.

El abandono o la exposición de los niños eran practicados en diversas regiones del imperio tanto por ciudadanos romanos como por hombres libres que, hasta la constitución de Caracalla del 212 d.C. no gozaban de la ciudadanía romana. Esta si bien logró unificar los estatus jurídicos, no pudo unificar las prácticas y las concepciones que las sostenían, de modo que la exposición y el abandono siguieron practicándose.

La exposición solía ser practicada en lugares públicos da cuenta Paulo:

“Paulus libro II Sententiarum.- Necere videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui abiicit, et qui alimonia denegat, et is, qui publicis locis misericordiae causa exponit, quam ipse non habet». (Dig. 25, 3, 4)¹⁴.

Este mismo pasaje se encuentra en las Sentencias de Paulo (P.S. XXIV, IP)¹⁵.

La exposición no habría sido considerada como un abandono definitivo¹⁶, ya que el padre podía siempre hacer valer sus derechos sobre el niño si reembolsaba los gastos de manutención. Así parece desprenderse de un rescripto de Diocleciano y Maximiano que evocaba un matrimonio entre una niña expósita y hallada ya adulta y el hijo de su padre adoptivo.

¹³ Ibid., t. III, p. 215 “Marciano, Reglas libro IV.- A las mujeres les es mas conveniente manumitir a los que alimentaron; [...] y es bastante que se permita que sea manumitido aquel a quien por haberlo alimentado hubieren inclinado su ánimo”.

¹⁴ Ibid., t. II, p., 216

¹⁵ Cf. IRIGOYEN TROCONIS, M.P., PAULO, J., *Sentencias a su hijo*, México, 1994, p 49. Paulo; Sentencias libro II.- Se considera que lo mata, no solamente el que sofoca el parto, sino también el que lo arroja, y el que le niega los alimentos, y el que lo expone en lugares públicos por misericordia que el no tiene.

¹⁶ Cf. QUINTILIANO, *Instituciones oratorias*, 7, 1, 14 y 9, 2.

“Idem AA et CC Rhodoni.- Patrem, qui filiam exposuit, hanc nunc adultam sumtibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. Qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet ». (Cod. 5, 4, 16)¹⁷.

Durante el gobierno de Constantino se produjo un cambio significativo cuando el Código Teodosiano prohibió el retorno del hijo al padre que lo había expuesto y garantizó los derechos del que lo había recogido en cuanto a la supervivencia, pero le impedía recuperar su condición original de hombre libre.

Más tarde con el avance del dominado por una constitución del 529 bajo el consulado de Decio se concedió la libertad a todos los niños así recogidos que hubieran nacido de padres libres, libertos o esclavos.

“[...] Sed nullo discrimine habito hi, qui ab huiusmodi hominibus educati sunt, liberi et ingenui appareant, et sibi acquirant, et in posteritatem suam vel extraneos heredes omnia, quae habuerint, quo modo voluerint, transmittant, nulla macula servitutis [...]”. (Cód. 8, 51, 3)¹⁸.

En épocas posteriores por influencia del cristianismo se dispuso de lugares de abandono específicos y de instituciones caritativas susceptibles de recoger a los niños que sus padres habían rehusado criar.

Los derechos del padre biológico sobre el niño que él había abandonado no distan mucho de la actualidad, según surge de un texto de Scaevola, en Digesto, 40, 4, 29.

“Scaevola libro XXIII Digestorum.- Uxorem praegnantem repudiaverat, et aliam, duxerat; prior enixa filium exposuit; hic sublatus ab alio educatus est, nomine patris vocitatus; usque ad vitae tempus patris, tam ab eo, quam a matre, an vivorum numero esset, ignorabatur; mortuo patre testamentoque eius, quo filius neque exheredatus, neque heres

¹⁷ Cf. GARCÍA DEL CORRAL, I, L., op. cit. t. IV. p. 562. “Los mismos Augustos y Césares a Rodon.- Conviene que el padre, que expuso a su hija, adulta ahora esta a tu costa y por tus cuidados, favorezca tu pretensión, si deseas que se una en matrimonio con tu hijo. Y si él se opone, en este solo caso debe atender el pago de los alimentos”.

¹⁸ Ibid., t. V p. 396. “[...] Por el contrario, aparezcan libres e ingenuos, sin que se guarde ninguna diferencia, los que fueron educados por tales hombres, y adquieran para si, y transmitan del modo que quisieren, a su posteridad o a herederos extraños todo lo que tuvieren, sin estar afectados por ninguna mancha de esclavitud [...]”.

institutos sit, recitato, filius et a matre, et ab avia paterna agnitus hereditatem patris ab intestato quasi legitimus possidet; [...]”. Dig. 40, 4, 29)¹⁹.

La exposición no era probablemente en el espíritu de los romanos un infanticidio, aunque textos jurídicos romanos tardíos y ciertos autores modernos la asimilaron a éste. La práctica de la exposición de niños les vino a los romanos del mundo griego; a la sazón los espartanos se distinguían de los otros griegos porque la exposición era decidida entre ellos no por el padre, sino por los ancianos de la tribu.

La delegación de la crianza que seguía a la exposición de los niños, sin que ello diera lugar a la pérdida de la patria potestad, pareciera reeditarse ahora en el Código Civil y Comercial de 2014 en el art. 643 mediante la creación de la figura de la “delegación del ejercicio de la responsabilidad parental”, aunque con connotaciones diferentes y hasta mutación terminológica.

3. EL ESTATUTO ONTOLÓGICO DEL EMBRIÓN EXTRAUTERINO, BASAMENTO PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA

Desde tiempo inmemorial no existió otra posibilidad de concebir un nuevo ser humano que el vientre de la mujer. Actualmente la ciencia y la técnica posibilitan la formación de un ser humano sin que éste se geste en el vientre materno.

Fijar postura sobre el estatuto jurídico del embrión extrauterino constituye uno de los principales dilemas de raigambre bioética que se proyectan en el campo del derecho para determinar si la crioconservación de embriones es un delito o un derecho.

La fecundación más que un acontecimiento que se produce en un solo instante constituye un proceso complejo que va desde que la cabeza del espermatozoide entra en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos de los gametos de los padres, los que forman una nueva entidad biológica. El resultado final producto de esa fusión, es el cigoto. Desde ese mismo instante el embrión, que ya puede ser llamado tal, lleva un nuevo proyecto (programa

¹⁹ Ibid., t. III, p. 223: “Scaevola, Digesto libro XXIII.- Uno había repudiado a su mujer embarazada, y tomado otra; habiendo parido la primera expuso al hijo; recogido éste fue educado por otro, siendo llamado con el nombre del padre; hasta el término de la vida del padre se ignoró tanto por éste, como por la madre, si se hallaba en el número de los vivos; muerto el padre y leído su testamento, en el que ni había sido desheredado, ni instituido heredero el hijo, reconocido el hijo, tanto por la madre como por la abuela paterna, posee ab intestato la herencia del padre, como legítimo [...]”.

individualizado), una nueva vida individual, que no es inerte ni ejecutada por los órganos fisiológicos maternos, sino que se construye a sí misma. Posee los veintitrés pares de cromosomas que caracterizan a la especie humana y que representan una combinación cualitativamente nueva de instrucciones, llamada genotipo. Ese componente genético único es exactamente el mismo que va a existir después, por lo tanto se trata de una persona en acto y no en potencia. Esto significa que no existen en su evolución, posteriores saltos cualitativos que justifiquen la postergación de su caracterización como ser humano para un ulterior momento. Desde el primer momento de la fertilización entran en acción los sistemas de control del cigoto – célula que resulta de la unión de los dos gametos- incluso antes de la implantación, desde la formación de los blastómeros por replicación y duplicación hasta la formación de la blástula y la nidación²⁰. Es cierto que sin la implantación el embrión corre el riesgo de morir, igual que sin el alimento el nacido no podría sobrevivir después del nacimiento. Pero no es la implantación lo que hace que el embrión sea embrión, de igual manera que no es la leche materna la que hace que el bebé sea bebé. Por lo tanto de ese hecho no se puede sacar en conclusión, una individuación incompleta. El recién concebido tiene una realidad biológica propia, es un individuo totalmente humano en desarrollo que autónomamente sin discontinuidad construye su propia forma ejecutando un diseño proyectado y programado en su mismo genoma. Del mismo modo es persona el ovocito pronucleado, que es una célula peculiar con dos núcleos, uno masculino y uno femenino, que se comporta en forma independiente.

La biología manifiesta de modo contundente, con la secuenciación del genoma humano, que desde el momento de la concepción existe una nueva vida humana que ha de ser tutelada. Esta postura, llamada de la fecundación o de la formación del genotipo, es la única que garantiza el *status* de ser humano del embrión desde el inicio mismo de su proceso evolutivo y es el basamento para la obtención de una legislación tuitiva para el embrión extrauterino, y represiva para toda maniobra que tienda a su destrucción directa o indirectamente.

Esta misma postura es la que indirectamente reconocieron las fuentes romanas porque si bien al *naciturus* no le otorgaron personalidad jurídica sino después del nacimiento, la legislación romana lo reconoció como ser humano al concederle derechos sucesorios y la posesión de los bienes, designándole un curador especial, el *curator ventris*, al determinar su

²⁰ Cf. SGRECCIA, E., *Manual de Bioética*, México, 1996, p. 339.

carácter de hijo legítimo o de libre o de ciudadano cuando la madre hubiere perdido entre ambos momentos la libertad o la ciudadanía, al esperar el alumbramiento en el supuesto que la mujer embarazada haya sido condenada a la pena de muerte, cuando se prohibía inhumar los restos de la mujer antes de haber dado a luz. Y a la sazón Aulo Gelio en *Noches Aticas*²¹ califica al aborto como el hecho de “matar al hombre en sus primeros días” lo que muestra inequívocamente que en Roma no existían dudas en cuanto a la condición humana del *nasciturus*.

Precisado el concepto de fecundación, adherimos a la postura de los autores que entienden que en el supuesto de la fertilización mediante técnicas de fecundación asistida (como sucede en la *FIV*) estamos en presencia de una “persona por nacer”. El momento en que comienza su existencia se da con la fertilización del óvulo por el espermatozoide, incluso cuando esa fertilización ocurre fuera del útero materno. El embrión humano es ser humano, es persona y por lo tanto es sujeto de derecho, cualquiera sea el lugar en el que haya sido fecundado, incluso si lo hubiera sido en una placa de laboratorio. Su dignidad y su derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia., dejándolo nacer. En tal sentido, cualquier categorización del ser humano que lo prive de la “personalidad” en alguna de las etapas de su desarrollo resulta contraria a los derechos fundamentales y a la igualdad ante la ley consagrada por la Constitución Nacional (art. 16). Y a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la vida es un derecho explícito; ello, por la incorporación de los tratados internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22 y en tal sentido encuentra sustento en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) ratificada por la República Argentina en 1983 mediante ley 23054; en los artículos 4. 1 (derecho a la vida), 5.1 (derecho a la integridad personal) y 7 (derecho a la libertad personal).

Otro instrumento de trascendental importancia en este tema es la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. El preámbulo establece que el niño necesita protección y cuidados tanto antes como después del nacimiento.

El principio 2° de la declaración dice que: “[...] *la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*” y el principio 4° expresa que “[...] *el niño es acreedor de atención prenatal [...]*” con lo que se está reconociendo que es sujeto de derechos

²¹ AULO GELIO, *Noches Aticas*, I, 23, 3, 14.

aún antes del nacimiento. Desde nuestro punto de vista entendemos que estos principios de la declaración deben hacerse extensivo al embrión concebido fuera del seno materno que aún no ha sido implantado y al crioconservado, por su estado de mayor vulnerabilidad aún, ya que la Declaración no hace distinción del lugar de la concepción.

Los principios 9° y 10° también protegen al embrión ya que, el primero prohíbe “*todo tipo de trata*” y el segundo lo protege de “*discriminaciones de cualquier índole*”. Entiéndase como tales, la transferencia de embriones a mujeres que no sean sus madres biológicas o la concepción de seres humanos por provisión directa de gametos de personas distintas a los que serán sus padres, la donación de gametos o embriones, de entre las primeras y de la segunda la selección, el descarte o la producción supernumeraria de embriones, entre otras prácticas anormales.

Treinta años después la Convención sobre los Derechos del Niño reiterando lo ya sostenido en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, reza en su artículo 1: “*Es niño todo ser humano menor de dieciocho años*”. Nuestro país al ratificarla mediante la ley 23849 en 1990 (art. 1) e incorporarla al plexo normativo constitucional, en su artículo 2 declara que el artículo 1 de dicha convención debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño “*todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad*”, sin perjuicio de la adecuación que deberá hacerse conforme al artículo 25 del Código Civil de 2014, pero que en absoluto modificará la situación del concebido fuera del seno materno. Conforme la Convención, la persona por nacer concebida dentro o fuera del seno materno, es un ser humano que tiene derecho a “*que se le garantice el derecho a la vida*” (art. 6), “[...] *en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo y [...] en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos*” (art.7), a “*preservar su identidad*” (art. 8). Por aplicación de este tratado, en nuestra opinión, ninguna ley puede autorizar el descarte de embriones (derecho a la vida), la selección de embriones (derecho a no ser discriminado) ni la fecundación con gametos de terceros ajenos al matrimonio (derecho a la identidad y a conocer a sus padres), ni el acceso a la fertilización asistida por parte de mujeres solteras o solas (derecho a tener una familia).

Este principio inmovible fijado por Vélez en 1869, reafirmado por nuestro país cuando ratificó, con la reserva del artículo 2, la Declaración de los Derechos del Niño (art. 6 inc. 1), y otros tratados internacionales ya reseñados, se tornó incierto y contradictorio en el

Código Civil sancionado en 2014. Y ello, porque si bien luego de encendidos debates y rípidas confrontaciones, se logró que se eliminara del art. 19 del proyecto originario el párrafo que fijaba el comienzo de la existencia del concebido fuera del seno materno en el momento de la implantación; el párrafo suprimido del texto aprobado queda vigente implícitamente en virtud de lo establecido en el art. 561 del mismo digesto jurídico en cuanto a la exigencia para la instrumentación del consentimiento informado para someterse las técnicas de fecundación asistida respecto al embrión no implantado: el artículo permite retractarse del consentimiento prestado hasta el momento de la implantación, de modo que el principio fijado en el art. 19 se desvirtuó con lo establecido en el 561 y otros concordantes.

La medicina y la biología han demostrado que hay vida desde el mismo instante en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide y por lo tanto desde ese momento merece la protección de la ley. Y para esa protección tanto civil como penal, no interesa el grado de evolución del embrión ya sea que el óvulo esté recién fecundado o lleve varias semanas o meses de evolución. Por ello las proclamas tales como que el embrión es parte del organismo materno, que el aborto es como cualquier intervención, que la mujer tiene pleno derecho sobre su vientre, o la creación de una categoría intermedia de ser humano designada con el neologismo ambiguo de “preembrión”, acuñado en el conocido informe Warnock²², ya analizado extensamente en trabajos anteriores, son una ofensa a la seriedad de la ciencia más que a la moral.

En el fecundado *in vitro* está en juego la vida y la dignidad de la especie humana igual que en el fecundado en el seno materno. Ese pequeño conjunto de células es lo que todos los seres humanos fuimos inicialmente y sin lo cual no habríamos llegado jamás a ser lo que somos hoy. El embrión *in vitro* es vida palpitante, es tan “*persona por nacer*” como el embrión concebido en el seno materno (*in vivo*), es “*otro*” con respecto a su madre y a los demás y por lo tanto merece el trato que corresponde a su dignidad de persona. Ese ser “*otro*” semejante en

²² En 1984 el gobierno de Inglaterra encomienda al comité Warnock, realizar los estudios sobre los aspectos de la embriología humana a los fines de orientar la legislación al respecto. El informe sostuvo que la experimentación sobre embriones humanos hasta los primeros 14 días posteriores a la fecundación es legítima y a posteriori se sancionó la ley en ese país en 1990. En consonancia con esta tesitura el término “pre-embrión” fue introducido en 1986 por la embrióloga A. Mc Laren para designar al cigoto hasta el 15° día, queriendo significar con ello que se trataba de un conjunto de células que todavía no eran una persona humana. Desde entonces el término fue utilizado para declarar éticamente bueno y legítimo lo que el término “embrión” no hubiera permitido. (Cfr. http://www.saludline.com.ar/derechomedico/home/aadm/po_000.htm).

la esencia, impone la obligación moral ineludible: “no hacer al otro lo que no quisiera que me hagan a mí”.

Determinar su naturaleza no es una cuestión fútil si se tiene en cuenta los efectos jurídicos que pueden producirse si no se reconoce personalidad jurídica al embrión formado fuera del seno materno o en los primeros estadios de su desarrollo. Se trata de un tema clave para sustentar cualquier decisión legislativa en esta materia. En efecto, si nos encontramos ante simple material biológico sin identidad individual o personal, entonces la tutela legal, y especialmente penal, no tendría razón de existir. Reconocerle al embrión personalidad jurídica desde el primer instante, implica además del reconocimiento de los derechos personales y patrimoniales, la protección legal civil y penal que se le debe dar cualquiera sea el lugar en que haya sido fecundado para resguardarlo del descarte de embriones no implantados, de la crioconservación, del uso de gametos provenientes de terceros, de la reanimación de embriones descongelados, de la utilización de embriones en experimentación, de entre otras prácticas anómalas.

Por lo tanto el derecho humano a la personalidad proyecta sus efectos sobre el mismo código penal, que no podría alegar una supuesta autonomía para determinar qué se entiende por “persona” para el derecho penal. No es entonces, la legislación penal el lugar para discutir sobre la personalidad del embrión, pues ello viene determinado por el derecho natural y el derecho civil. Adviértase que aquí ya no nos referimos sólo a la noción “civil” de persona física o humana en Argentina sino a un concepto ontológico de persona humana, que coincide con el de ser humano y que tiene un momento preciso en que comienza su existencia: la concepción.

El respeto por la vida desde el instante de la concepción, viene a fortalecerse por la jurisprudencia de tribunales nacionales. En diversos fallos ya tratados en trabajos anteriores²³ también se sostuvo que el comienzo de la vida humana se inicia en la concepción y por lo tanto desde ese momento existe un sujeto de derecho.

Pero también tribunales internacionales tales como el Tribunal Europeo de Justicia con sede en Luxemburgo se pronunció a favor de la defensa de la vida humana. En el caso 34/10

²³ Cf. ESTRADA, SUSANA I. *La protección del nasciturus: una evolución desde las fuentes romanas hasta el presente del derecho positivo argentino*, Santiago del Estero, Junio 2011, pp. 175 a 214 y *La persona por nacer en las fuentes romanas y su proyección a la legislación argentina*, Río Negro Argentina, Abril 2013, pp. 59 a 81.

“Oliver Brüstle vs. Greenpeace e.V.” el 19 de octubre de 2011 reconoció la entidad del embrión humano desde el comienzo unicelular de su existencia cualquiera fuera la modalidad de su génesis e independientemente de su viabilidad excluyendo toda posibilidad de patentabilidad (del embrión) en tanto pudiera afectar al debido respeto de la dignidad humana. La sentencia del T.U.E. señala:

“[...] todo óvulo humano a partir de la fecundación, debe considerarse un ‘embrión humano’ Además, el óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y el óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis (no viable) también deben calificarse de embrión humano”²⁴.

El fallo proporciona así una correcta definición del embrión humano como un organismo capaz de iniciar el desarrollo de un ser humano, como resultado de la fecundación a partir del cual puede desarrollarse un adulto humano.

Por su parte, el Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina adoptado en el marco del Consejo de Europa²⁵, establece en su artículo 18:

“Experimentación con embriones in vitro:

1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.

2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”²⁶.

²⁴ La sentencia remite a la disputa entre la organización ecologista internacional Greenpeace y el neurobiólogo alemán Oliver Brüstle, que en 1997 registró una patente referida a células progenitoras neuronales aisladas y depuradas producidas a partir de células madre embrionarias humanas y utilizadas para tratar enfermedades neurológicas como el Párkinson o la esclerosis múltiple. Según Brüstle, ya se hicieron las primeras aplicaciones clínicas, en particular, en pacientes con Párkinson. Greenpeace había pedido ante la justicia alemana que la patente fuese anulada ya que implicaba recurrir a métodos que permiten obtener células progenitoras a partir de células madre de embriones humanos. Y el tribunal dictaminó que dichas células madre obtenidas a partir de la destrucción de un embrión humano no se pueden patentar, incluso aunque se utilicen con fines científicos y no comerciales o industriales. <http://curia.peuropa.eu/jurisp/cgi->

²⁵ El Convenio de Oviedo establece en su artículo primero que los Estados Partes “protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina” y agrega que “[c]ada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio”. El Convenio de Oviedo fue adoptado el 4 de abril del 1997 en Oviedo, Asturias, y entró en fuerza el 1 de diciembre del 1999. Fue ratificada por 29 Estados Miembros del Consejo de Europa con seis reservas. http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/2002_04/2002_04_05_03.html

Si bien dicho tratado no prohíbe la FIVET sino la creación de embriones con propósitos de investigación, la obtención de embriones supernumerarios viabiliza la posibilidad de investigar con ellos mientras no exista una legislación precisa que la prohíba.

La aplicación de la técnica FIVET también ha recibido condena judicial en una valiosa sentencia del máximo Tribunal de Costa Rica que sobre el particular afirmó:

Ha quedado claro a este Tribunal que durante la ejecución de la técnica FIVET, se transfieren al útero los embriones previamente fecundados en laboratorio a sabiendas de que la mayor parte de ellos está destinada a no generar un embarazo: [...] La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. [...] Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la técnica de fecundación in vitro y transferencia embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana²⁷.

Tal como surge, tanto los pronunciamientos judiciales nacionales e internacionales como los de los organismos internacionales o los de los tratados ratificados, todos defienden la vida desde el instante de la concepción.

4. CRIOCONSERVACIÓN DE EMBRIONES O EL DERECHO A LA VIDA

Un problema particularmente grave que presentan estas técnicas lo constituye la práctica de la “crioconservación” de embriones humanos que constituye una ofensa al respeto que se debe a todo ser humano, de lo que se desprenden tres tipos de agresiones.

Desde la perspectiva técnica el congelamiento se realiza al margen del derecho natural por períodos indeterminados de tiempo (lo que a mayor tiempo menor posibilidad de permanecer vivo) con total desconocimiento de los daños específicos con los que pueden llegar a nacer o a sufrir en el futuro.

²⁶ Ibid., http://www.cnice.mecd.es/tematicas/genetica/2002_04/2002_04_05_03.html

²⁷ Fallo del 15-03-00, Sala Constitucional, Corte Suprema de Costa Rica en El Derecho, 30-10-2001.

Desde la perspectiva ética configura un verdadero acto de discriminación por permitir desarrollarse en su ámbito natural sólo a algunos, mientras a muchos otros embriones supernumerarios se les cercena ese derecho y en la mayoría de los casos luego se los desechan o se los descarta para destinarlos a la experimentación, al no ser implantados en el útero de la mujer. Pero lo que resulta más asombroso es que los principales victimarios son sus propios padres con la coautoría de los profesionales de la salud y el silencio cómplice del Estado.

Desde la perspectiva jurídica la crioconservación en nuestro país se practica sin regulación jurídica alguna ni control del Estado. El número de embriones congelados en los bancos de fertilización asciende en forma exponencial sin que se exija a sus responsables el mínimo respeto y protección.

La arbitrariedad con que se cometen estas agresiones trae aparejado el conculcamiento de derechos humanos consagrados tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño.

-El derecho a la vida. Congelar un embrión en un laboratorio significa amputarle la vida de una vez y para siempre casi antes de comenzar, suspender el desarrollo natural que todo individuo de la especie humana tiene derecho a realizar según su condición biológica y temporal arrancándole su futuro.

-El derecho a no ser discriminado. El profesional médico en un acto de arrogancia extrema usurpa el derecho de decidir quien nace y quien no, pero no sin la complacencia o más bien complicidad de los padres.

-El derecho a la identidad. Cuando se utiliza la técnica de recurrir a gametos de terceros distintos del padre y de la madre y se desdobra la paternidad biológica de la legal (posibilidad ahora legalizada por el Código Civil de 2014 con el nuevo sistema filiatorio llamado eufemísticamente “*voluntad procreacional*” en los arts. 562 y 563).

Siendo la crioconservación una situación antinatural y lesiva del derecho a la vida, a la integridad física y a la supervivencia de los embriones, constituye en sí misma una lesión a la dignidad del ser humano y al derecho del embrión a desarrollar su teleología inmanente y de proceder con autonomía hacia su propio fin. La congelación bloquea el devenir de la existencia que es puesta directamente en peligro por insensatas manipulaciones.

Otro de los aspectos inquietantes de esta práctica deletérea es el problema del destino de los embriones supernumerarios. La mayoría de las legislaciones que admiten la criopreservación, frente a la duda acerca de sus efectos, generalmente fijan como duración máxima, que varía según el país, de uno a cinco años lo que significa que cada año serán destruidas decenas de millares de embriones que no se han implantado.

Todas estas actividades de manipulación y las disposiciones legales que las consienten se inscriben en la mentalidad distorsionada que abriga este tipo de prácticas.

Teniendo en cuenta el tipo penal definido en el art. 85 del Código Penal, cuya esencia es el aniquilamiento del ser concebido y no nacido, estimamos que también puede reprocharse penalmente al que destruye (o detiene el proceso biológico natural de desarrollo) embriones en cualquier etapa de su evolución y aún cuando no hubieran sido implantado en el claustro materno, por lo cual lo que debe constituir el elemento esencial de la tipicidad es la muerte del embrión, cualquiera fuere el lugar en que éste se hallare y no el estado de gravidez de la mujer²⁸.

Y para quienes sostienen que el supuesto no encuadra en el art. 85 dice certeramente Bach de Chazal: “[...] entonces encuadra indudablemente en el tipo penal del art. 79 C.P. que define al homicidio como la acción de matar a “otro” y ese “otro” es el embrión (esté donde esté)”²⁹.

Es por tanto ilícito producir embriones *in vitro* y mucho más, producirlos a sabiendas en número excesivo, de modo que de antemano ya se sabe que primero será necesario recurrir la criopreservación y después a su eliminación. Por lo tanto la legislación debería prohibir el desarrollo y aplicación de las mal llamadas técnicas de “reproducción” asistida que ha comprometido los vínculos fundamentales de origen de la familia y de la sociedad misma; y establecer las sanciones para quienes las practiquen. Esta es a nuestro criterio la única respuesta razonable a la cuestión de la criopreservación.

²⁸ Cf. LAJE ANAYA, J., *El homicidio y el aborto en la Doctrina Judicial*, Argentina, 2003 y Cf. CREUS, C., *El aborto en el sistema jurídico argentino*, JA 2000-III-1042, Lexis N° 003/007733.

²⁹ Cf. BACH DE CHAZAL, R., *El aborto en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires, 2009, p. 136 y ss.

5. NUESTRA PROPUESTA

El Estado en ejercicio de su poder de policía debe ser la voz de los que no tienen voz, desoídos y humillados.

Para resolver de modo más sensato posible este desagradable dilema moral, la única alternativa ética sería ordenar a los laboratorios el inmediato descongelamiento de los embriones y la obligación de transferirlos al útero de la madre, y simultáneamente ordenar a los progenitores hacerse cargo de ellos, bajo apercibimiento de quedar incurso en el abandono de persona (art. 106 C.P.) pues son responsables en primera instancia de la vida y de la salud de esos hijos suyos que se encuentran ahora en estado de peligro latente. En tal sentido se ha pronunciado la jurisprudencia aunque lo fue en relación a la negativa de un solo de los progenitores es válido para ambos:

“Se autoriza la implantación de embriones crioconservados, a pesar de la oposición del padre –separado de hecho de la actora- , pues su negativa actual se opone a la aceptación de la paternidad biológica ocurrida desde el momento en que aceptó hacerse un tratamiento de fertilización asistida [...]. [...] desde que el hombre aportó su material genético para la procreación aceptó su participación con todas sus consecuencias incluida la manutención de ese hijo”³⁰.

No obstante, como en la generalidad de los casos las madres biológicas rehúsan hacerse cargo de ellos una vez que ya lograron su objetivo, ha surgido entre los juristas la idea de buscar en el instituto de la adopción - aunque también ofrece reparos - una solución a la grave problemática que representan los embriones sobrantes crioconservados, pero con carácter transitorio, y de ningún modo para legitimar la práctica de la crioconservación, sino porque *“[...] todo niño que llega al mundo deberá ser acogido como un don de la bondad divina y ser educado con amor”³¹*. En la doctrina nacional son numerosos los autores que propugnan la regulación de la adopción prenatal. Entre ellos Mazzinghi quien sostiene la necesidad de regular legalmente la adopción prenatal en el marco de la procreación artificial y no como una forma más de adopción, diciendo que *“[...] la implantación del embrión se realizaría en el seno de*

³⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala J 13-09-2011. Autos: Perazzo Ana vs. Alan Christian Skou s/medidas precautorias ([http://: microjuris.com](http://microjuris.com)).

³¹ Cf. RATZINGER, J., «Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación» en *Congregación para la Doctrina de la Fe*, Buenos Aires, 1987, p. 44.

alguien que se transformaría en su madre biológica, aunque no genética, y por lo tanto, en el último puerto de tan penosa peregrinación [...]"³².

Si bien esta alternativa podría ser aceptada desde el punto de vista ético, no se deja de advertir las serias dificultades y complicaciones que entrañaría instrumentarlas del mejor modo posible.

Las otras alternativas resultan gravemente contrarias a la ética y a la ley natural por atentar contra la inviolabilidad de la persona humana, la integridad física y la dignidad personal. Tales el congelamiento y descongelamiento de embriones, la simple destrucción, la venta de los mismos como material biológico, la utilización de ellos para la experimentación con su consiguiente destrucción, la clonación, la manutención en congelamiento de modo indefinido para observar experimentalmente su resistencia sin tener en cuenta para nada su derecho a la vida.

La labor del parlamentario debe abocarse con la celeridad que las circunstancias ameritan a legislar en el ámbito civil, penal y administrativo, con miras a reencauzar las conductas desviadas, tal como lo ordenara en Argentina en diciembre de 1999, uno de los primeros pronunciamientos, ejemplar, sobre la protección de los embriones supernumerarios³³.

Si bien tenemos plena conciencia de que ningún país ha optado por la prohibición total de la procreación extrauterina, también estamos persuadidos de que ninguno que la ha regulado y los que no la han regulado, han dejado de exponer a atentados los derechos fundamentales de los embriones. Es por estas razones, que sostenemos que en atención al sinnúmero de embriones congelados ya existentes se deberían dictar en el ámbito administrativo, normas que regulen y controlen el funcionamiento de los centros de fertilización y de los bancos receptores de gametos y embriones. Es dable destacar al respecto que la ley 26862/13 en su art. 4 ha creado el registro único donde deben inscribirse los mencionados centros y bancos receptores de gametos y embriones,

³² Cf. MAZZINGHI, J., *La adopción prenatal, Derecho de Familia*, 1999, p. 176.

³³ El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 56 en los autos RABINOVICH, R. s/ amparo dispuso: [...] a) realizar un censo de embriones no implantados procediendo a su individualización, b) prohibir toda acción sobre ellos que implique su destrucción o experimentación; c) ordenar que toda disposición material o jurídica de los mismos –con excepción de su implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con el consentimiento del dador de los gametos masculinos- sea concretada con intervención judicial y del Ministerio Público [...]. (Cfr. El Derecho N° 9902, Buenos Aires, 20 de diciembre de 1999.

En el plano del derecho civil, se deberían salvaguardar los derechos existenciales de esos seres humanos más indefensos, preservar el ámbito de respeto y afecto en que el hijo ha de nacer, proteger las estructuras de paternidad y orden genealógicos indispensables para no afectar su derecho a la identidad y a la formación de la personalidad, considerar las consecuencias de la aplicación de estas técnicas en materia filiatoria y de derecho sucesorio.

En materia penal se deberían incorporar normas con una precisa tipificación de los delitos vinculados o que se deriven de la fecundación extracorpórea y posterior congelamiento de embriones. Tales delitos deberían ser castigados con penas que guarden adecuada proporcionalidad con las otras figuras que tutelan la vida humana.

Debido a todas estas secuelas nefastas derivadas de la implementación de las técnicas de fecundación asistida y su posterior legalización, cuando se legisla se debe guardar coherencia con las demás leyes vigentes que rozan el tema en cuestión y subordinando la ley a la Carta Magna, midiendo las consecuencias hacia el futuro y no sólo la inmediatez, las conveniencias personales o las imposiciones externas³⁴.

6. CONCLUSIÓN

Si bien la exposición de los niños fue una práctica habitual permitida y regulada en Roma en la época del derecho arcaico que no traía aparejada ninguna sanción para el *pater*, todo el ritual que la acompañaba armonizaba con las costumbres de la sociedad de la época; hoy parece reeditarse con el abandono de los embriones (seres humanos) congelados en los bancos de fertilización. No obstante, aquella amplia libertad quedó atrás en la época imperial y se configuró desde el Bajo Imperio como un delito público y con el advenimiento del cristianismo se resguardó la paternidad de los hijos nacidos en el matrimonio, pero no con el rigor debido, ya que tales prácticas se continuaron ejercitando.

Pero en estos tiempos, de encendida defensa de los derechos humanos, que estas prácticas sean aceptadas y consentidas tan pacíficamente con el silencio de los que tienen la misión de legislar a favor de la vida y no en contra de ella, y de la mayoría de la sociedad resulta contradictorio.

³⁴ security.org/rockefeller/001_population_growth_andf_the_american_future.htm

Por todo ello, al interrogante que encabeza esta ponencia, respondemos categóricamente: el congelamiento de embriones es un delito contra la dignidad del ser humano que debe ser tipificado y castigado por la legislación penal, porque tienen derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y a todo otro ser humano.

BIBLIOGRAPHY

- BACH DE CHAZAL, R., *El aborto en el Derecho Positivo Argentino*, Buenos Aires 2009. CAYO SUETONIO TRANQUILO, *Los Doce Césares*, Madrid 1917.
- CREUS, C., *El aborto en el sistema jurídico argentino*, JA 2000-III-1042, Lexis N° 003/007733.
- ENGELHARDT, T. H. *Fundamentos de bioética*, Barcelona 1995.
- ESTRADA, S. I., *La protección del nasciturus: una evolución desde las fuentes romanas hasta el presente del derecho positivo argentino*, Santiago del Estero 2011.
- GARCÍA DEL CORRAL, I. L., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona 1892. IRIGOYEN TROCONIS, M.P., PAULO, J., *Sentencias a su hijo*, México 1994.
- LAJE ANAYA, J., *El homicidio y el aborto en la Doctrina Judicial*, Argentina 2003. MAINZ, C., *Curso de Derecho Romano*, tr. POU Y ORDINAS, A.J., Barcelona 1892. MAZZINGHI, J., *La adopción prenatal, Derecho de Familia*, 1999.
- QUINTILIANO, *Instituciones oratorias*, 7.
- RATZINGER, J., «Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación» en *Congregación para la Doctrina de la Fe*, Buenos Aires 1987.
- SGRECCIA, E., *Manual de Bioética*, México 1996. SINGER, P., *Ética práctica*, Barcelona 1984.
- TESTART, J., *La procreación artificial*, Madrid 1994.
- VERSNEL, H. S., *Destruction, Devotio and Despair in a Situation of Anomy: The Mourning for Germanicus in triple Perspective*, dans *Perennitas. Studi in onore di Angelo Brelich*, Rome 1980.