

**UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y SEMINARIOS



“Regulación en el tema de criopreservación de embriones congelados sobrantes de la reproducción humana asistida por la muerte de los padres biológicos en materia de sucesiones”

**TESIS PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO**

Postulante: Laura Velásquez Rosalía
Tutor : Lic. Félix Paz Espinoza

La Paz-Bolivia
2010

Pensamiento

Hemos tratado a la naturaleza no como a nuestra madre, sino como a nuestra esclava. Hemos seguido la demencial filosofía de Francis Bacon quien en el siglo XVII defendía en forma perversa el nuevo método empírico-científico diciendo que la naturaleza ha de ser perseguida en sus errabundos, "obligada al servicio" y "esclavizada", que se la debe meter en cintura y la meta del científico es "torturarla" hasta que revele sus secretos

Gustavo Sílvia P.

AGRADECIMIENTOS

- Agradezco a mis padres Justo y Luísa, pareja ideal y ejemplo, por estar alentándome y dirigiendo mi camino por el lado correcto.
- A mis hermanos Ana, Sandra y Gerardo; y a mis sobrinos Andrés, Branco y Sergio por ser mi familia y tener donde apoyarme.
- A mi angelito de la guarda por estar siempre cuidando todos los días de mi existencia

DEDICATORIA

-Este trabajo de investigación va dedicado a Laura Velásquez Rosalía y es para recordarle que con trabajo, esfuerzo y empeño las cosas siempre van a salir bien; que no importa las tantas noches de develo y cansancio para obtener frutos tan dulces como terminar la tesis y salir del pregrado.

Índice General

Portada.....	I
Dedicatoria.....	II
Agradecimientos.....	III
Pensamiento.....	IV
Índice.....	V
Introducción.....	X
Diseño de investigación.....	1

CAPÍTULO I

HITOS HISTÓRICOS DE LA CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES ORIGINARIOS DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO

1. Antecedentes en la historia universal de la fecundación in vitro-transferencia embrionaria y la criopreservación de embriones humanos.....	8
1.1. Primer Bebé probeta en el año 1978.....	9
1.2. Nace un ser humano procedente de la criopreservación	10
1.3. Dos recomendaciones del Consejo de Europa tratan de poner un límite a la reproducción humana asistida.....	11
1.4. Datos alarmantes con relación a los ‘embriones congelados’	12
1.4.1. Para el año 2001: En Italia, 30.000; en Inglaterra, 700.000 y en Francia de 60 a 150.000 embriones humanos criocongelados.....	13
1.4.2. Durante el 2003 son 400.000 los embriones criopreservados en Estados Unidos en situación incierta	14
1.4.3. El 2005 en Roma 250 parejas con embriones congelados declararon abandonarlos	15
1.4.4. El 2005 y 2006 en Andalucía-España el 50% de parejas cedieron a la ciencia los embriones que tenían criopreservados	16
1.4.5. El 2007 apogeo de programas de adopción de embriones.....	17
1.4.5.1. Nueva forma de ser padres, solo con el consentimiento.....	18
1.4.6. El 2009 nace el ‘bebé medicamento’; modificado genéticamente para salvar una vida.....	19
1.4.6.1. Diagnostico genético preimplantacional: Evita que un embrión enfermo llegue a ser implantado.....	20
1.5. La trascendencia de la FIV-TE y criopreservación en Bolivia.....	20
1.5.1. Santa Cruz, año 1993 el primero en usar esta tecnología.....	21
1.5.2. Aumentan los embarazos por fertilización in vitro en el 2004.....	21

1.5.2.1. Sin normas que regulen, mujeres solteras también son pacientes en Boliva....	22
1.5.2.2. El costo por tener hijos oscila de 100 a 4 mil dólares en Bolivia.....	23

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO EN ROMA

1. Protección del concebido en Roma.....	25
1.1. Situación Jurídica del nasciturus en el Derecho Romano.....	25
1.1.1. Teoría tradicional (pars viscerum matris).....	25
1.1.2. Teoría moderna (nasciturus pro im nato habetur).....	27
1.2. Protección jurídica del concebido en las fuentes romanas.....	29
1.2.1. Status del nasciturus.....	29
1.2.2. Efectos sucesorios respecto al nasciturus.....	30
1.2.3. Curador ventris nomine.....	31
1.2.4. Protección contra el aborto.....	33

CAPÍTULO II CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES PROCEDENTES DE LA FIV-TE Y LOS DERECHOS QUE POSEEN

1. De la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria en particular.....	35
1.1. Técnicas de reproducción humana asistida.....	35
1.2. Fertilización in vitro y transferencia embrionaria.....	37
1.2.1. Descripción de la fecundación natural.....	37
1.2.2. Descripción científica de la fecundación in vitro (extracorpórea).....	38
1.2.2.1. Fertilización de ovocitos.....	38
1.2.2.2. Formación de embriones.....	39
1.2.3. Transferencia de embriones al útero materno.....	39
1.2.4. Criopreservación de embriones.....	40
1.3. Problemas surgidos de la criopreservación de embriones humanos.....	41
2. Alegato medico acerca del embrión criopreservado.....	42
2.1. Teoría del estadio de ovocito pronucleado: desde la penetración del ovulo por el espermatozoide.....	42
2.2. Teoría del estadio de cigoto: Desde la fusión de los pronúcleos masculino y femenino – singamia.....	43
2.3. Teoría de la anidación.....	45
2.3.1. Superación de la teoría de la anidación.....	46
2.4. Teoría de la existencia del ser humano a partir de la actividad cerebral.....	47
3. Alegato filosófico acerca del embrión criopreservado.....	48

3.1. Persona y vida embrional.....	49
3.1.1. Teoría del embrión que no es persona, ni ser humano.....	49
3.1.2. Teoría del embrión, no como persona ni como ser individual.....	50
3.1.2.1. Certeza o inexistencia del preembrión.....	50
3.1.2.1.1. Existencia del pre-embrión.....	50
3.1.2.1.2. Solo existe embrión desde la fertilización.....	51
3.1.3. Teoría del embrión como ser individual, pero no como persona.....	52
3.1.4. Teoría de la vida embrional en potencia.....	53
3.2. Hacia una ontología del embrión humano.....	54
3.2.1. Destino de embriones criopreservados.....	54
3.2.2. Supuesta postura neutral, la del Estado.....	55
3.3. Dejar de generar embriones, para evitar la sobrepoblación.....	56
3.3.1. La viabilidad biológica.....	57
3.4. Realidad del embrión criopreservado: contraria a la predicción.....	58
3.4.1. División existente entre embriones humanos congelados.....	58
4. Alegato jurídico acerca del embrión criopreservado.....	60
4.1. Determinación de la existencia del ser.....	60
4.1.1. Existencia natural del ser.....	60
4.1.2. Existencia legal del ser.....	60
4.2. Embriones criopreservados en medio de las personas por nacer.....	61
4.2.1. Situación del embrión criopreservado dentro del conceptus.....	63
4.3. Merecen o no merecen derechos los embriones criopreservados.....	64
4.3.1. Protección jurídica para el embrión.....	65
4.3.1.1. Derechos del embrión humano inherente a su ser.....	65
4.3.1.2. En la praxis se niega todo derecho al embrión criopreservado.....	68
4.3.2. Doctrina en general, niega los derechos sucesorios.....	68
4.3.2.1. La posición de la doctrina norteamericana.....	70
4.3.2.1.1. Caso Davis versus Davis.....	71
4.3.2.1.2. Caso Kass versus Kass.....	73
4.3.2.1.3. Caso A.Z versus B.Z.....	73
4.3.2.1.4. Caso J.B. versus M.B.....	74
4.3.3. Posición de la doctrina Latinoamericana.....	75
4.4. Países que prohíben la fecundación post mortem.....	76
4.5. Embriones criopreservados en la sucesión testamentaria.....	78
5. Conclusiones del capítulo.....	79

CAPÍTULO III
NORMATIVA JURÍDICA BOLIVIANA IMPLÍCITA Y LEGISLACIÓN
EXTRANJERA

1. Marco jurídico vigente y aplicable en Bolivia.....	81
1.1. Normas implícitas en la Constitución Política Boliviana.....	82
1.1.1. Embriones criopreservados con derechos extrapatrimoniales, sin derechos sucesorios patrimoniales.....	82
1.1.1.1. Si el embrión criopreservado fuera considerado como concebido, entonces sería un niño.....	83
1.2. Buscando apoyo en convenios y tratados internacionales.....	83
1.2.1. Convención americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica 1969.....	83
1.2.2. Convención sobre los derechos del Niño.....	85
1.3. Con relación a los derechos patrimoniales en el Código Civil.....	86
1.3.1. Repercusiones de la situación de los embriones criopreservados en el derecho sucesorio.....	86
1.3.2. Si fuera considerado concebido, sería el primero en suceder.....	88
1.3.3. Dilema de la situación del embrión criopreservado en un testamento.....	88
1.4. Código Niño, niña, adolescente.....	89
1.5. Innovaciones en el Código de familia.....	90
1.6. Ley especial: Código ético y deontología medica.....	90
1.6.1. Actuación del medico, según su código.....	92
1.7. Código Penal Boliviano de 1997.....	92
2. Legislación extranjera relacionada con la criopreservación de embriones.....	93
2.1. Continente americano.....	93
2.1.1. Estados Unidos de Norteamérica.....	93
2.1.2. México.....	94
2.1.3. Costa Rica.....	94
2.1.4. Argentina.....	95
2.1.5. Leyes particulares sobre el tema, en Chile.....	96
2.1.6. Ley de bioseguridad en Brasil.....	97
2.1.7. La actitud del legislador ecuatoriano.....	98
2.2. Continente Europeo.....	98
2.2.1. Ley Alemana de protección al embrión.....	98
2.2.2. Italia: una ley prohibitiva.....	100
2.2.3. España: Normas reguladas desde 1988.....	100
2.2.3.1. Ley No. 35 de 1988; reformada en noviembre de 2003 y en el 2006.....	100

2.2.4. Francia.....	102
2.2.5. Gran Bretaña.....	102
2.2.6. Países Bajos.....	103
2.2.7. Suecia.....	104
2.3. La Oceanía: Australia.....	104
2.4. Código de Núremberg-1946.....	105
2.5. Declaración de Helsinki.....	106

CAPÍTULO IV

MARCO PRÁCTICO

1. Metodología de la Investigación.....	107
2. Resultado de la Investigación.....	107
2.1. Entrevista realizada a centros de reproducción humana asistida.....	108
2.1.1. ¿Hace cuánto tiempo este Centro de Reproducción Humana Asistida realiza la Fertilización In Vitro?.....	108
2.1.2. Si en su centro Criopreservan embriones que sobraron de la FIV –TE? y ¿por cuánto tiempo?.....	109
2.1.3. ¿Cuántos óvulos son fecundados y cuántos embriones son implantados?.....	110
2.1.4. ¿Por qué deben ser embriones no pueden ser óvulos o los mismos espermatozoides?	111
2.1.5. ¿Cuáles son los riesgos de la FIV-TE? ¿Y de la criopreservación de embriones?.....	112
2.1.6. ¿Se realiza algún documento legal con los pacientes que se van a someter a la fertilización in Vitro?	113
2.1.7. ¿Cuánto es el costo por criopreservar embriones?	114
2.1.8. ¿Se presentó alguna vez la situación de que los padres biológicos del embrión fallecen y son reclamados por familiares?	115
2.1.9. ¿Promediando cuántas parejas acceden a la FIV-TE y Criopreservan embriones anualmente?	117
2.1.10. ¿Para realizar estas técnicas las parejas deben reunir algunos requisitos, es decir deben ser casados o pueden ser solteras o parejas que vivan en unión libre? Y si es así ¿qué porcentaje es de cada uno?	117
2.1.11. ¿Cuál cree que es el motivo porque se recurre a esas técnicas?.....	118
2.2. Encuestas realizadas al público en general.....	118
2.2.1. ¿Usted conoce las técnicas de reproducción humana asistida o también llamadas de fecundación artificial?.....	119
2.2.2. ¿Cuál de estas técnicas de reproducción artificial conoce?.....	119

2.2.3. ¿Usted piensa que la fertilización in vitro y posterior transferencia embrionaria se realizan en Bolivia? y ¿por qué?.....	120
2.2.4. ¿Qué se debe hacer con los embriones congelados que sobraron si sus papás fallecen?.....	121
2.2.5. Usted piensa que se debería crear una ley para regular las técnicas de reproducción asistida? ¿por qué?.....	122
3. Hipótesis a Prueba.....	123
3.1. Hipótesis del Perfil de Tesis.....	123
3.2. Demostración de la Hipótesis.....	123

CAPÍTULO V

1. Conclusiones.....	125
2. Recomendaciones.....	128

CAPÍTULO VI

ANTEPROYECTO DE LEY

Ley para Regular la criopreservación de embriones originados por la técnica de la fecundación in Vitro.....	141
1. Bibliografía.....	XVI
2. Anexos	
▪ Anexo 1→Sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica prohibiendo la fecundación in vitro en dicho país.....	XIX
▪ Anexo 2→Convención Americana sobre DD.HH. suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos- San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 (Pacto de San José).....	XXIV
▪ Anexo 3→Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (19 de octubre de 2005).....	XXIX
▪ Anexo 4→Declaración de Helsinki.....	XLVI
▪ Anexo 5→Código de Núremberg (Tribunal Internacional de Núremberg) 1946.....	LXV
▪ Anexo 6→: FALLO Juzgado Primera Inst. Civ. N° 56,26-4-95,L.L 1995-D-229 Buenos Aires.....	LXIV
3. Anexos hemerográficos.....	LXXI

Introducción

La congelación de embriones se realiza actualmente en todo el mundo, como una consecuencia inevitable de la fecundación in-vitro, a fin de abaratar costos, de no exponer a la madre a molestias y riesgos que conlleva la extracción de óvulos, y como objetivo final, a fin de garantizar el embarazo deseado. Estas razones, si bien desde el punto de vista médico y económico, pudieran ser consideradas razonables, desde el punto de vista ético y jurídico dan lugar a severos cuestionamientos, ya que la congelación de embriones expone a los embriones al riesgo de ser destruidos o reutilizados con fines experimentales y a la inevitable sobrepoblación de ellos.

Los centros especializados en fertilización en el mundo que criopreservan embriones humanos tienen muchos motivos para destruir a los embriones congelados abandonados por sus padres después de un cierto plazo, por la saturación de estos. Para empezar, los gastos de almacenamiento son onerosos; segundo, las técnicas de congelación aún no son lo suficientemente buenas como para conservar a los embriones aptos para la implantación, por más de 5 años, y por los crecientes avances de la ciencia, científicos que necesitan material para experimentar.

La pregunta que se encuentra en el centro de este conflicto ético y jurídico es: ¿son personas los embriones in-vitro? ¿merecerán una protección? El tema se viene debatiendo desde hace años entre juristas, religiosos, filósofos y moralistas, y las diferencias de criterios se acrecientan en lugar de decrecer. En la investigación realizada se toma en cuenta a corrientes occidentales. Ecuador, Perú, Chile y otros como Paraguay los que han tomado al embrión criopreservado como ser humano, como sujeto de derecho y le protegen de alguna manera tomando en cuenta normativa implícita de su economía jurídica.

Por el mismo lado, se ha dirigido la investigación que al principio consideraba que estos embriones criocongelados debían suceder, heredar a sus padres biológicos si estos fallecían; embriones debían ser introducidos en el cuerpo de una mujer ajena o familiar de los causantes, para poder suceder patrimonialmente pero, todo el movimiento que existe en el exterior de nuestras fronteras que manifiestan que un criocongelado no puede ser acreedor de derechos patrimoniales sino exclusivamente derechos extrapatrimoniales, por ello hicieron que tomemos otro rumbo en la investigación de considerar al embrión criocongelado como “ser humano”, capaz de adquirir derechos esenciales e inherentes a su calidad de ser humano. Es mejor considerarlo como ser humano y adquirir los derechos que merece por su calidad de ser humano que considerarlo “material de estudio”; ya que internacionalmente los doctrinarios no lo consideran ni siquiera como concebido y menos como persona, por el contrario señalan que el embrión criopreservado jamás en una sucesión legal va ser considerado como descendiente, por no estar introducido en el útero materno.

Debido a ello la investigación efectuada prefiere proteger al embrión criocongelado, para que no se experimente con el, al decir experimente queremos indicar de que no se lo descongele y se le extraiga células y se lo vuelva a congelar deteniendo su crecimiento, para luego reiterar este procedimiento. Los datos arrojados en esta tesis nos indican que pocos de los criocongelados llegan a culminar su estadio en el seno materno con un “nacido vivo”, por ello creemos que es importante protegerlos mientras estén criopreservados.

Una tendencia que día a día va sumando más adeptos es la que afirma que el embrión recién fecundado es solamente un conglomerado de células, hasta después del día 14 de su existencia, porque aún no se halla definida su individualidad (la calidad de ser único,) y su unidad (la calidad de ser uno solo, ya que puede dividirse, para convertirse en gemelos). Existen países cuyas leyes no reconocen a los embriones in vitro, la calidad de personas, ni de seres humanos por ejemplo España: la Ley 14/2006, permite la criocongelación y la investigación con gametos y pre-embryones humanos. Asimismo,

Gran Bretaña y Suecia, permiten la congelación, donación y experimentación con pre-embriones de hasta 14 días. Y son estas proposiciones, teorías las que no dejan que un embrión humano criopreservado sea considerado como concebido (sin que exista la anidación) y por lo tanto no sea considerado como persona y ni siquiera como ser humano.

Uno de los objetivos de la tesis es analizar las diferentes posturas que tienen los países en relación a estas técnicas, parangonando las mismas; y esto dependerá de la postura adopta cada país, se han dictado leyes menos o más permisivas acerca de la congelación, la investigación y el deshecho de embriones. Y es lo que se ha hecho sin embargo en la normativa de los países precursores en estas técnicas de reproducción extracorpórea ya ha rayado las directrices que van a seguir la mayoría de los países; la línea de no considerar al embrión criopreservado para ningún efecto legal.

Por ello proponemos un anteproyecto de Ley para regular la criopreservación de embriones originados por la fecundación in vitro; claro que no nos vamos a dar de bruses con la realidad y proteger el derecho a la vida de estos seres humanos sin mirar la realidad en la que estamos inmersos, la idiosincrasia boliviana; por ello primero otorgamos derechos que protegen a los embriones humanos para que no sufran experimentaciones en su integridad, sancionando de manera drástica al médico científico que lo practique, con ello pretendemos conseguir poco a poco que se le reconozcan derechos que le son propios e inherentes a su calidad de seres humanos así también previniendo situaciones como las de Estados Unidos, Gran Bretaña, Italia, España y Argentina que no saben que hacer con la sobrepoblación de embriones y su inevitable decisión de experimentar con embriones.

DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1. Enunciado del tema de tesis

“Regulación en el tema de la criopreservación de embriones congelados sobrantes de la reproducción humana asistida, a causa de la muerte de los padres biológicos en materia de sucesiones”

2. Identificación del problema

En Bolivia el 70 % de la población es relativamente joven, es decir de 20 a 36 años, de 20 a 25 % es medianamente mayor, de 37 a 45 años y el 5% es mayor, arriba de los 45 años. Una consecuencia de estas estadísticas es que la gente no esta preparada para morir; por lo tanto no hacen un testamento y la sucesión es legal (*ab- intestato*, sin testamento), datos que nos fueron ofrecidos por nuestro docente de Derecho de Sucesiones Civil –IV en base a estadísticas de INE. Se estima que un 10-15 % de las parejas en edad reproductiva sufren de *esterilidad primaria*, es decir que no han concebido nunca; de *esterilidad secundaria*, han concebido antes, o de *esterilidad absoluta*, que no tienen probabilidad de concebir¹.

Con estos datos, hay mas parejas que recurren a las técnicas humanas de reproducción asistida, como la fecundación in vitro con posterior transferencia embrionaria que por sus siglas llamaremos FIV-TE o también FIVET, conocida así en países de habla inglesa; una consecuencia de está fecundación extrauterina es la inevitable criopreservación de embriones que en un principio estaban destinados a ser introducidos en el vientre materno pero, por diferentes razones no fueron implantados, quedando criocongelados para ser utilizados posteriormente.

¹ CORTEZ, Jacqueline y TIRADO, Noemí “Aspectos éticos y bioéticos de la reproducción asistida y manipulación genética en Bolivia.” Revista BIOFARBO, 2000, pag. 5.

En los últimos tiempos se ha ido escuchando noticias acerca el genoma humano, las células madre o troncales, células estaminales, utilización de material embrional, la cantidad excesiva de embriones humanos congelados, incluso la experimentación con animales, la oveja Dolly² un claro ejemplo de la clonación; embriones humanos que son clonados, como Eva que fue clonada en Brasil, en el presente no se sabe nada de ella. La sobrepoblación de embriones criopreservados en centros de reproducción ha hecho que, los mismos sean susceptibles de ser objeto de experimentación a manos de científicos.

Dejar a embriones a merced de ser material de investigación es olvidar que, esos embriones son pequeños fragmentos de vida latente, son seres humanos y como tales tienen derechos inmanentes a su calidad de seres humanos.

3. Problematización

- ¿Por qué es necesaria una regulación en el tema de criopreservación de embriones que sobraron de la reproducción humana asistida?
- ¿Cuál es la consecuencia en materia de sucesiones de que los padres biológicos fallezcan dejando embriones congelados en estado de criopreservación?

4. Delimitación del tema de tesis

4.1. Delimitación temática

El tema se centra en la disciplina del derecho civil en general y en particular en el derecho de personas y el derecho de sucesiones. Debido a que, los criterios y razonamientos de estas ramas del derecho civil son las que harán la esencia de esta tesis.

² Nacimiento de la oveja Dolly en 1997, actualmente la clonación reproductiva es aún muy poco eficiente, para el nacimiento de Dolly se precisaron 400 ovocitos de los que se obtuvieron 277 embriones y únicamente 9 de ellos se desarrollaron correctamente y pudieron ser transferidos a ovejas portadoras, naciendo Dolly y produciéndose 3 abortos de fetos afectados de múltiples malformaciones.

4.2. Delimitación temporal

La recolección de información se la tomará desde el año 2000 coincidente con el boom del conocimiento en genética y biogenética, años en los que se pusieron en boga vocablos como células madre, células embrionarias, criopreservación, derechos de los seres humanos, derechos a la vida, protección.

En específico el año 2004 año promedio en que se instalaron y empezaron a funcionar Centros de reproducción asistida en La Paz hasta mediados del 2009.

4.3. Delimitación espacial

La muestra de la población se concentra en los diferentes centros médicos especializados en reproducción humana asistida de La Paz, entrevistas dirigidas a los médicos tratantes de estos procedimientos para que ellos proporcionen sus percepciones en relación a estas técnicas.

Respaldando la primera muestra se utilizara otra, constituida por la población en general: profesionales, no profesionales y estudiantes; para realizar las encuestas con relación a este tema.

5. Fundamentación e importancia del tema de tesis

La importancia de este tema radica en general en la necesidad de una regulación referida a la criopreservación de embriones humanos que originalmente estaban destinados a ser implantados en el útero de la madre, pero por diversos factores no fueron introducidos y quedaron en estado de criopreservación para futuros implantes; pero particularmente con la situación de los padres biológicos fallecidos cual sería el destino de los embriones que se encuentran criopreservados.

No podemos dejar de lado el adagio “lo que no esta prohibido esta permitido” que estaba plasmada en el artículo 32 de la Constitución de 2004 y que se encuentra en el art. 14 parágrafo IV de la vigente Constitución, a titulo de esta máxima se pueden llegar a cometer abusos excesivos con los embriones criopreservados que son abandonados, o si sus padres fallecen. Como esta ocurriendo en otros países donde se ha permitido hasta clonar.

Los embriones con padres biológicos conocidos debieran ser susceptibles a merecer derechos sucesorios patrimoniales, así no estarían a merced de extraños. La normativa Boliviana no esta actualizada, los avances de la ciencia en el campo de la medicina y biogenética la han dejado relegada del mundo que se vive hoy, por ello al tomar semánticamente lo plasmado en diferentes artículos de la legislación boliviana equilibraríamos al embrión criopreservado con un niño concebido de manera natural, esto sin contar con la doctrina y yendo en contra de lo que querían decir los legisladores en ese tiempo.

6. Objetivos

6.1. Objetivo general

- Demostrar la necesidad de una regulación para la criopreservación de embriones humanos que son originarios de las técnicas de reproducción humana asistida.

6.2. Objetivos Específicos

- Construir un anteproyecto de ley que regularice la situación de los embriones criopreservados que son originarios de la reproducción humana asistida.

- Analizar la normativa boliviana vigente y la legislación extranjera referida a que si los embriones criopreservados pueden o no suceder patrimonialmente a sus padres biológicos a causa de la muerte de ellos.
- Revisar teorías y criterios jurídicos, fácticos escritos acerca de los embriones criopreservados y la situación jurídica en la que se encuentran.

7. Marco Teórico que sustenta la investigación

7.1. Teórico

Orientamos el trabajo de investigación a un jusnaturalismo de base en los Derechos Humanos; en el que la vida y la seguridad del ser humano son prioridad. Un jusnaturalismo en el que se prohíbe la experimentación sin consentimiento de la persona (el consentimiento lo da una persona mayor de edad, jamás un menor y ni un indefenso) hablamos del jusnaturalismo a partir de 1945 que es el año en que finaliza la segunda guerra mundial repudiando los crímenes de experimentación a los que fueron sometidos los judíos.

No existe un único jusnaturalismo, sino múltiples incluso excluyentes entre sí; el que tomaremos en la investigación es un jusnaturalismo que se pronuncia contra los abusos cometidos por alemanes; en el que los derechos humanos cobran mayor fuerza y son considerados como derechos superiores inherentes a la persona. Coincidimos con la teoría de la existencia natural del ser; que se inicia en el momento en que el espermatozoide masculino fecunda el óvulo femenino, o sea el instante en que se produce el hecho biológico de la fecundación.

Las normas de conducta más importantes según el jusnaturalismo, no son producto de la decisión del ser humano sino de instancias superiores a él, lo cual ha sido y es, un medio de control social efectivo que implica la idea de que el hombre no puede, o no debe, decidir éticamente sobre su propia vida. El adagio “al concebido se lo tiene

por nacido para todo lo que le favorezca” no tiene asidero cuando se trata de embriones humanos criopreservados; razón por la que se reconoce la calidad de ser humano con todas las ventajas que tenga esta.

8. Hipótesis de trabajo

*Si existe una regulación en el tema de criopreservación de embriones sobrantes que no fueron transferidos al útero materno **entonces** gozarían de toda la gama de derechos incluyendo los derechos sucesorios a la muerte de sus padres biológicos.*

8.1. Variables

8.1.1. Independiente

Si existe una regulación en el tema de la criopreservación de embriones sobrantes que no fueron transferidos al útero materno

8.1.2. Dependiente

Gozarían de toda la gama de derechos incluyendo los derechos sucesorios a la muerte de sus padres biológicos.

9. Métodos

9.1. Métodos Generales

- **Deducción.-** El razonamiento empezará de lo general ya que se tomará a la historia universal en el marco histórico, para llegar a una historia particular que, se esta escribiendo en Bolivia con relación a estas técnicas de fecundación artificial; que accederá a desarrollar los conocimientos que se tienen sobre el crecimiento y tratamiento del embrión criopreservado.
- **Síntesis.-** Porque se integrarán los elementos esenciales del objeto de estudio, que son los embriones criopreservados y se relacionará los elementos del problema referido a su derecho a suceder a sus causantes; con el intención de

establecer sus caracteres inherentes a su calidad de persona y crear explicaciones a partir de su estudio minucioso.

9.2. Método específico

- **Método Comparativo.**- Se lo utilizará para comparar las diversas situaciones en la que se encuentran los embriones criopreservados, la categoría que tienen, el tratamiento que les dan y la cantidad de embriones existentes en diferentes países.

10. Técnica

Las técnicas que nos permitirán recoger la información, que se encuentra en coherencia con la problematización del tema y con los objetivos son:

- La **Entrevista**, ya que después de recolectar la información se aplicará a entrevistar a médicos de los centros especializados en fecundación asistida que practican las técnicas de reproducción asistida, como la fertilización in vitro y la criopreservación de embriones en la ciudad de La Paz, pues existen más de dos centros de tercer nivel, con antigüedad mayor a 5 años, que realizan la criopreservación de embriones.
- La **Encuesta**, debido a que, esta técnica persigue conocer la opinión o la posición de un sector de la población. En nuestro caso la muestra será de ochenta personas entre estudiantes, profesionales y no profesionales.
- Consecuencia de la técnica de la entrevista, se utilizará las *unidades de observación* o de análisis, en el momento en que se registre la información, las narraciones, las respuestas de los entrevistados.

C A P Í T U L O I

HITOS HISTÓRICOS

DE LA CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES

ORIGINARIOS DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO

Las técnicas de crio-conservación fueron elaboradas en los primeros años con animales, y sólo después se aplicaron al hombre. Sin embargo, estas técnicas implican aún un notable riesgo para la integridad y supervivencia de embriones; muchos de ellos mueren o sufre daños irreparables durante la congelación y descongelación. En el presente capítulo expondremos datos en constante crecimiento de embriones criopreservados, tomando como referencia los momentos más importantes y críticos como hitos que marcaron historia.

1. Antecedentes en la historia universal de la fecundación in vitro-transferencia embrionaria y criopreservación de embriones humanos

Una de las técnicas de reproducción humana asistida³ es la fertilización in vitro que tiene como consecuencia la criopreservación de embriones humanos no transferidos.

1.1. Primer bebé probeta en el año 1978

En el mes julio del año 1978 el mundo entero recibió la noticia pública, del nacimiento del primer bebé concebido fuera del seno materno mediante la fecundación de un óvulo proporcionado por su madre biológica, logrado en laboratorio.

³ Indistintamente usaremos términos como “reproducción artificial”, “fecundación asistida”, o “procreación asistida”; estas variantes con el agregado “humana” o “extracorpórea”, ya que los autores a los que mencionaremos se refieren con todos estos términos a la técnica de reproducción humana asistida, TRHA.

Los protagonistas: Lesley Brown, inglesa de 32 años, estéril por obstrucción de las trompas de Falopio, a quien logro extraérsele un óvulo maduro que, en condiciones termoestáticas y químicas adecuadas, fue fecundado in vitro con el espermatozoide de su esposo, John Brown. Obtenida la fecundación el embrión –óvulo fecundado, huevo o cigoto– fue implantado en el útero de Lesley donde cumplió las etapas del desarrollo fetal que culminó con el alumbramiento de una niña. Los responsables los doctores Patrick Steptoe, ginecólogo y Robert Edwards, fisiólogo ambos investigadores en genética médica; en el Oldham Hospital de la localidad de Oldham Mumps, situado a unos kilómetros de Manchester, Gran Bretaña, por primera vez –públicamente al menos– se había logrado cerrar el ciclo de la fecundación extrauterina de un ser humano, la posterior implantación del embrión en el útero y su desarrollo completo hasta alcanzar el nacimiento⁴.

Con el nacimiento de Loise Brown, el mundo dio un giro de 180° y todos pusieron sus ojos en las técnicas de reproducción asistida; las parejas que atisbaron una esperanza de ser padres biológicos de un hijo o hija, sin embargo a tal punto ha llegado la ciencia y sin límites a sus deseos, que tras la fecundación in vitro y transferencia embrionaria han abierto un campo de investigación y nuevos seres con quienes experimentar, los embriones humanos criopreservados son los nuevos conejillos, con quienes van a empezar a indagar el libro de la vida y la genética humana.

1.2. Nace un ser humano procedente de la criopreservación

El 28 de marzo de 1984 nace en Melbourne, Australia Zoe Leyland, un embrión que había sido criopreservado (por no ser implantado en el útero materno) originario de la fertilización in vitro. Los científicos extrajeron diez óvulos de la madre de Zoe, los fecundaron en la probeta con espermatozoides del padre y reimplantaron tres embriones en el útero, sin éxito. Luego de dos meses, tres de ellos, previa descongelación, se

⁴ ZANNONI Eduardo, “Inseminación Artificial y fecundación Extrauterina” Págs. 19 y 20

implantaron en la matriz materna. Zoe nació prematura, con dos kilos y medio de peso por medio de cesárea⁵.

Zoe Leyland, la ‘niña del freezer’ (llamada así por los médicos y la prensa por haber sido criopreservada) es la esperanza y el martirio a la vez de millones de embriones que se encuentran criopreservados (congelados a 196°0), en la tierra; ‘esperanza’ porque tienen la oportunidad de ser implantados en su madre, pese a su criopreservación y el ‘suplicio’ ya que los embriones abandonados en centros de fertilización, son objeto de estudio de medico-cientistas que experimentan con ellos luego de descongelarlos.

Unos años después del nacimiento de Zoe Leyland, en Melbourne (Australia) había más de 2000 embriones criopreservados. La revista francesa “L’Express” (2/2/1990, pág. 37), comunicaba la existencia de 10.000 embriones congelados en Francia. A despecho, el informe de la Asociación Médica Británica, el mismo año sostenía lo contrario que descongelar embriones es sumamente perjudicial para los mismos. El congreso mundial de Helsinki sobre fertilización in vitro en mayo de 1984 informaba que después de Zoe, habían nacido 600 niños procedentes de la criopreservación, el número de fallecidos antes o durante el proceso de descongelamiento era enormemente superior y según las estadísticas se pierden el 1% de 5% y en otros lugares no se supero el 5% de éxitos⁶.

Antes, durante y después de Zoe, se utilizan embriones humanos criopreservados en la investigación científica, para ir perfeccionando la técnica; no olvidemos que la práctica hace al maestro, entonces mientras más práctica, se mejora el nivel de está técnica; no levantamos juicios de valor, para referirnos a la ejecución del trabajo de los científicos, sobre todo en su área de investigación pero, tampoco debemos olvidar que los embriones humanos no son una silla, o una zanahoria sino desde el primer momento son seres humanos.

⁵ tecnologia@bolivia.com

⁶ BASSO, Domingo M. “Nacer y Morir con Dignidad-Estudio de Bioética contemporánea” Pág. 212

1.3. Dos recomendaciones del Consejo de Europa tratan de poner un límite a la reproducción humana asistida

Durante los años ochenta dos recomendaciones emitidas por el Consejo de Europa y la Asamblea Parlamentaria tratan de frenar y reflexionar a los médicos científicos en el campo de la ingeniería genética debido a los descubrimientos que se realizan durante esos años relacionados con los seres humanos.

La Recomendación No. 1046 del año 1986 repudia el uso indiscriminado de embriones criopreservados para ser usados en la investigación y prohíbe que se fertilicen óvulos para crear embriones exclusivamente para la ciencia. Exige el respeto de la dignidad humana, impide tratar al embrión como simple objeto de investigación y condena su utilización con fines industriales o comerciales; señalando que el embrión muerto en los primeros estadios de la división celular tiene un carácter humano. Un extracto de esta recomendación es la siguiente: *“Desde la fecundación del óvulo la vida humana se desarrolla de manera continua, con lo que no puede hacerse distinción en el curso de las primeras fases de su desarrollo, siendo necesaria una protección del embrión desde ese preciso instante”*.

A pesar de esta recomendación, se va aceptando el término de ‘pre-embrión’⁷; un término jurídico -no biológico ni médico- que ha servido a legisladores el autorizar la investigación de embriones humanos, denominados ‘embrión preimplantatorio’ (ojo con ambos términos esta tesis no esta de acuerdo) llamados así por corresponder a la fase de preorganogenesis, para designar un grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando se anida establemente en el interior del útero. Esta terminología ha sido adoptada por los consejos europeos de investigación médica de nueve naciones: Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica.

⁷ Fue la comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana (1982-84) en Warnock, donde se utilizo el vocablo ‘pre-embrión’, que conlleva la creación, manipulación y destrucción de embriones humanos, hasta el día 14 de la fecundación.

La protección debida al embrión se basa en el respeto a la dignidad humana, y en el respeto de los derechos y de los intereses del hijo (que recién va a nacer, pero que existe), que se pueden resumir en el derecho a la vida, a la integridad física, psicológica y existencial; en el derecho a la familia, a recibir el cuidado de los padres y a crecer en un ambiente familiar adecuado, el derecho a la propia identidad genética. Es así que la Recomendación No. 1100 del año 1989 señala textual “...*la existencia de varias fases en el desarrollo embrionario (cigoto, mórula, blástula, embrión preimplantatorio, embrión y feto), y reconoce la continuidad a lo largo de todas de la misma identidad biológica y genética...*”.

1.4. Datos alarmantes con relación a los ‘embriones congelados’

La Asociación Médica Mundial⁸ sobre la FIV-TE en el año 1987 señala que la fecundación in vitro y la transferencia de embriones constituyen una técnica médica utilizada en muchas partes del mundo para tratar la esterilidad, que puede beneficiar tanto a los pacientes individuales como a la sociedad en general, no sólo porque corrige la esterilidad, sino también porque ofrece la posibilidad de evitar los defectos genéticos, intensificar la investigación sobre reproducción y anticoncepción humana.

De acuerdo a esta idea, varios médicos encontraron la justificación para efectivizar las diferentes técnicas de reproducción asistida así como la criopreservación de embriones humanos; por ello existen un excesivo número de criopreservandos creando vacíos legales en países que hace tiempo atrás permitían la criocongelación, ya que no existen soluciones concretas y aceptables por todos, sobre el futuro de los criopreservados. Las clínicas que criocongelan embriones se muestran renuentes a la hora de destruir los embriones, temiendo pleitos judiciales; las cifras de embriones humanos criopreservados oscilan de 1 a 1.100 por clínica y en otras sobrepasan estos datos. Un probable recuento de la situación de los embriones es la siguiente:

⁸ Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la fecundación in vitro y transferencia de embriones, adoptada por la 39ª Asamblea Médica Mundial, Madrid, España, octubre 1987.

En el estado australiano de Victoria al menos 6.642 embriones han sido desechados, según un reportaje del 26 de septiembre del periódico de Melbourne Age, según la legislación del estado de Victoria que entró en vigor en 1998, no se permite el almacenaje de embriones congelados por más de cinco años, al pasar los cinco años los embriones no implantados en el cuerpo de una mujer, deben ser destruidos.

Entre 1982 y 1985 se realizaron en todo el mundo más de 30.000 tentativas de fecundación in-vitro con transferencia del concebido, de ellas nacieron 2.300. El porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural. La FIVET está lejos de asegurar un embarazo, pues la tasa de éxito global está entre el 12% y el 20 % de los embarazos. Asimismo “de los 14.585 óvulos fecundados artificialmente, sólo llegaron a ser embriones viables 7,98 de los cuales se perdieron 6.624 y resultaron operativos 1.369 embarazos, de ellos se produjeron 628 abortos y unos 600 nacimientos⁹”. También “se informó del uso para la investigación de células madre de cerca de 2000 de 2.520 embriones fueron desechados¹⁰”. Científicos que tras haber utilizado sus células embrionarias, los desecharon o los devolvieron a la criocongeladora resultando inviábiles para ser transferidos al útero; esperando otra cesión de descongelación, extracción de sus células embrionarias hasta que resulten inservibles.

1.4.1. Para el año 2001: En Italia, 30.000; en Inglaterra, 700.000 y en Francia de 60 a 150.000 embriones humanos criocongelados

Estas cifras resultan de una acumulación que se hizo desde los años 80, se criopreservan algunos embriones para sucesivas tentativas de embarazo; en caso de no viabilizarse en los primeros intentos. Los datos enunciados en este título fueron publicados en el Diario “La Repubblica”, el 5 de abril 2001, pág. 21, en la apostilla fue realizada por Giovanni Maria Pace, de un trabajo conjunto que hizo una Comisión de estudio y el Instituto superior de Sanidad, con un resultado aproximado en base a lo contestado por 400

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica prohibiendo la fecundación in vitro en dicho país. Resultando N°1. Exp: 95-001734-0007-CO. Res: 2000-02306.

¹⁰ Centro de Noticias OPS/OMS Bolivia

centros italianos de fecundación asistida que arrojaba el dato de la existencia de 30.000 embriones criopreservados en centros y confirma que el 50% de los embriones están ‘huérfanos’ en Italia, abandonados absolutamente por las parejas que les dieron origen.

El mismo artículo enunciaba que en base a una investigación análoga realizada en Inglaterra calculaba en 700.000 el número de embriones conservados; con los que ya se hacía investigaciones experimentales. En diciembre del año 2000, Gran Bretaña legalizó la clonación de embriones humanos con fines terapéuticos y la posibilidad de producir y conservar embriones con exclusiva finalidad científica. La enmienda a la Ley de Fertilización humana y embriología del año 1990 aprobada por la Cámara baja o de los comunes del parlamento británico; acepta la investigación de embriones humanos formados en áreas específicas como la contracepción o las enfermedades congénitas¹¹. Contrariamente, la ley alemana es una de las más rigurosas y coherentes en la tutela del embrión, prohíbe la extracción de más ovocitos de los necesarios, así como la fecundación de tres de ellos para después ser transferidos a la madre genética evitando la crioconservación de embriones sólo se admite cuando es absolutamente necesario diferir la transferencia a la madre.

1.4.2. Durante el 2003 son 400.000 los embriones criopreservados en Estados Unidos en situación incierta

En clínicas de Estados Unidos en mayo del 2003 había cerca de 400.000 embriones congelados, de estos el 88% se conservaban para la utilización futura de parejas, el 3% había sido marcado para la investigación médica, y sólo un 2% estaba disponible para la donación a otras parejas¹². Cifra que se incremento a raíz de investigaciones científicas que anunciaban el éxito que tuvo el clonar embriones humanos, pese a que la iglesia católica condenó la clonación del primer embrión humano realizado por un laboratorio estadounidense.¹³

¹¹ “Gran Bretaña legaliza la clonación de embriones de seres humanos”. Periódico La Prensa. Pag 6 y 7 b

¹² web: <http://www.arquidiocesisgdl.org.mx/BoletinEclesiastico/fertilizacion.html> (revisado en octubre 2009)

¹³ Es así que el Monseñor Mauro Cozzoli manifestó su desacuerdo con la clonación y la investigación con embriones humanos ya que los embriones para la iglesia católica son ‘individuos completos’ “La clonación es un hecho abusivo y moralmente

Los especialistas en realizar la clonación de embriones del Centro de Tecnología Celular Avanzada, en Worcester, Massachussets, indicaron “*que por el momento no tienen interés en transplantar esos embriones tempranos en el útero de una mujer para la procreación del ser humano clonado*”, de sus declaraciones claramente se puede deducir que su interés era puramente científico al clonar esos embriones, no les importa los problemas que acarrea mantener criopreservados a miles de embriones y mas aún si son clonados. Un trabajo científico resulta exitoso porque se tiene mucho de donde escoger material embrionario para realizar pruebas; embriones humanos viables, sin contar los que resultaron inviables y fueron desechados, datos curiosos que no mencionaron en su conferencia de prensa.

La paradoja radica en la existencia de miles de embriones criopreservados en Estados Unidos sin saber con certeza su futuro; a la vez existen miles de niños huérfanos; siendo un país con altos índices de abandono infantil y empeora la situación cuando se sabe que se clonan embriones. En breve tiempo nos cuestionaremos sobre la sobrepoblación de embriones criopreservados; pero el problema será mayor porque varios serán embriones clonados, seres idénticos al dador de la célula. ¿Quién quiere tener un hijo idéntico a otra persona?, es justamente esa la característica del ser humano, la diferencia; es cierto, existen los parecidos, como con nuestros padres o un familiar, pero jamás se llega a ser igual que ellos, cada persona tiene algo diferente algo que la caracteriza frente a otras personas, un mundo con seres iguales, idénticos no tendría razón de ser. Por ello varios estados norteamericanos, han prohibido la clonación humana, para frenar la abundancia de embriones criopreservados con ausencia de padres.

1.4.3. El 2005 en Roma, 250 parejas con embriones congelados declararon abandonarlos

Unas 250 parejas que poseían embriones criocongelados firmaron una declaración abandonándolos formalmente, abriendo así la puerta a una eventual adopción. Dejaron a

censurable. El hecho de que lo hayan hecho con fines terapéuticos agrava el juicio, ya que no se puede crear un individuo, para después suprimirlo en beneficio de otro” afirmó el Monseñor Mauro Cozzoli. “*EE.UU. anuncio ayer Clonación exitosa de embriones humanos*”. Periódico La Prensa, Pag. 3.

sus embriones criopreservados a merced de los centros especializados para que otra pareja casada o no, adopte al embrión previa descongelación. Medida tomada porque en Roma se prohibió la destrucción de los embriones criopreservados supernumerarios.

Si bien la ley aprobada en febrero de 2004 dice que esta prohibido experimentar y destruir embriones criopreservados no menciona que se debe hacer con ellos en caso de que sus padres los abandonen, o quizá fallezcan, deja un vacío legal. Ante el posible abandono de padres biológicos, la propuesta más apoyada es permitir la adopción de los embriones congelados; coincidiendo con este postulado el Comité Nacional de Bioética de Italia se pronunció a favor de permitir la adopción de criocongelados. En Italia es una alternativa la adopción de embriones destinados a familias que deseen tener hijos, vale decir: hijos desde el vientre de la nueva madre.

1.4.4. El 2005 y 2006 en Andalucía-España el 50% de parejas cedieron a la ciencia los embriones que tenían criopreservados

Las parejas infértiles que buscan los servicios de la reproducción humana asistida en estas ciudades españolas, con frecuencia ceden sus embriones criopreservados a la ciencia para su uso científico. El éxito de tanto altruismo por parte de las parejas que ceden sus embriones sin ningún escrúpulo radica en el método utilizado en Granada-España para captar el material celular; extraen ovocitos en cantidad y los fecundan el resultado es: todos los que fueron fecundados resultan nuevos embriones y la mayoría de las parejas tiene un embarazo múltiple, por ello los ceden a la ciencia¹⁴.

En Andalucía; vale decir que para hacer más legal la donación de embriones, se la efectúa en presencia de un asesor jurídico, de un investigador del banco de células madre y de un médico del servicio de reproducción humana. Existen cuatro posibilidades para un embrión criopreservado: 1) Mantener la congelación de los embriones hasta otra ocasión en que la propia pareja decida reutilizarlos, 2) La donación a otras parejas con

¹⁴ Estudio del investigador del "Banco de Células Madre de Andalucía" José Luis Cortés en 2005-2006 reproducido por José R. Villalba/Granada.

finos reproductivos, 3) Es la cesión al Banco de Células Madre para fines investigadores y 4) Es la descongelación sin ningún fin.

Parangoneando con la situación en Norteamérica, los bancos de células madre se limitan a pasar un cuestionario a las personas que tienen embriones criopreservados, informándoles sus derechos y las grandes posibilidades que tiene para contribuir con la ciencia de su país. '*Grandes posibilidades*' que incentiva y persuade psicológicamente a los pacientes que se van a someter a estas técnicas para que den su consentimiento y donen sus embriones que no serán implantados. Algo similar hicieron durante las diferentes guerras que sostuvieron; en las que sugestionaron por medio de publicidad, una avalancha de propagandas con mensajes subliminales en los que Mister Sam decía 'te quiero a ti' y que iba dirigido a jóvenes para que enrolen las filas del ejército norteamericano; es así como funcionan las cosas al parecer.

1.4.5. En el 2007 apogeo de programas de adopción de embriones

A mediados del 2007 a raíz de la existencia de lagunas jurídicas en las legislaciones de países que practican la fertilización in vitro y ante la abundancia de embriones humanos criocongelados, se han puesto en boga muchos programas de adopción para embriones, que en la mayoría de los casos son abandonados por sus padres biológicos. Los programas de adopción de embriones son una iniciativa que pretenden dar salida a al abundante número de criopreservados, por ello cualquier mujer mayor de edad, que tenga plena salud psicofísica y edad reproductiva puede adoptar.

Son las fundaciones las que organizan las adopciones de embriones. En Estados Unidos por ejemplo esta Nightlight Christian Adoptions que a través del programa Copos de Nieve, que en 1998 comenzó a realizar las adopciones y ha encontrado embriones para 145 familias adoptivas, 59 de ellas han dado a luz un total de 81 niños y que sólo una mitad de los embriones sobrevive al proceso de descongelación y de éstos, sólo cerca de un 35% da como un resultado un bebé ya sea que por el tiempo que permanecieron congelados nunca llegan a nacer.

1.4.5.1. Nueva forma de ser padres, solo con el consentimiento

La adopción de embriones humanos criopreservados no requiere hacer los mismos trámites oficiales que se realizan en la adopción con un niño ya nacido, ni necesitan muchos requisitos; únicamente, firmar un consentimiento informado para que la pareja o mujer manifiesten explícitamente su conocimiento sobre el alcance de la técnica y que la mujer cuente con un útero que es un requisito necesario pero no imprescindible.

El tratamiento empieza preparando el útero de la mujer para recibir los embriones, mediante unos parches que se aplican en la piel y unos comprimidos. Al cabo de pocos días se procede a la descongelación y transferencia de los embriones, sin precisar ingreso hospitalario, sino únicamente reposo en el domicilio en las horas siguientes. Pasados 14 días se realiza la prueba de embarazo y a partir de ahí, la gestación se desarrolla con total normalidad, hasta la fase final que culmina con el nacimiento de un niño o niña.

Según la literatura médica es el período más largo de congelación registrado, el último caso fue el nacimiento satisfactorio de un embrión congelado hacía siete años. Significa que el tiempo de criopreservación no es esencial probablemente. Una israelí de 39 años tuvo gemelos saludables (niño y niña), de embriones que fueron fertilizados 12 años atrás y que permanecían en estado de criopreservación. La madre tuvo otros dos mellizos hace 12 años del mismo grupo de e estos embriones congelados.¹⁵ En Gran Bretaña, los embriones se congelan durante 5 años, extendido por 5 años más, si un médico confirma que la pareja tiene problemas graves de infertilidad y va requerir estos embriones para continuar intentando esta técnica y se va hacer la Transferencia Embrionaria.

¹⁵ Extraído para la investigación de la pagina: www.cnnenespanol.com - CNN en español Jerusalén-Israel de fecha 04.02.04 (Visitado en septiembre de 2009)

1.4.6. En el 2009 nace el ‘bebé medicamento’, modificado genéticamente para salvar una vida

El embrión fue concebido luego de un tratamiento de fecundación in vitro y un preimplante; nació en el Royal Hallamshire Hospital de Sheffield (Inglaterra), los padres de Jaime (como llaman al bebé medicamento, según yo de manera peyorativa) Michelle y Jayson Withaker lograron concebirlo luego de someterse a un tratamiento de fecundación in vitro y a un diagnóstico preimplante DPI ¹⁶, en el Instituto de Genética Reproductiva de Chicago, Estados Unidos; por que las autoridades británicas no permitieron llevar a cabo el diagnóstico de preimplante en Inglaterra. Jaime el neonato, fue modificado genéticamente cuando era un embrión, para que pudiera aportar los tejidos que necesita su hermano de 4 años, afectado por la Anemia Blackfan Diamond¹⁷.

El procedimiento del diagnóstico de preimplante recién se encuentra en sus rudimentos, una verdad a medias no dicha, es que puede resultar que Jaime sufra la misma enfermedad que su hermano, la especialista Lana Rechitsky, del Instituto de Reproducción Genética de Chicago que realizó el experimento indico que para curar a Charlie, los médicos extrajeron las células madre que necesitaban del cordón umbilical de Jaime (hermano probeta de Charlie) durante los primeros meses de su gestación. El nacimiento de Jaime abrió de nuevo el debate en el Reino Unido sobre bebés de diseño, prohibidos porque durante el proceso deben eliminarse todos los embriones que no hayan resultado compatibles.

Ante la negativa del título ‘bebés diseño’¹⁸, pues según ellos no se altera su composición genética (pese que anunciaron que la composición genética de ‘Jaime’ si había sido modificada); y el repetir hasta el cansancio de que Jaime no es un bebé medicamento, no

¹⁶ El diagnóstico pre-implantacional se realiza cuando los médicos ya tienen los embriones; se saca una célula para someterla a estudio genético; las células del embrión se siguen reproduciendo normalmente, pese a la pérdida de esta célula.

¹⁷ Anemia Blackfan Diamond, es una enfermedad que impide al organismo producir suficientes eritrocitos (células sanguíneas portadoras de los pigmentos respiratorios), lo que termina por deteriorar todos los órganos del enfermo. Extraído de la pág. Web: tecnologia@bolivia.com (visitado en septiembre 2009)

¹⁸ Bebé medicamento o bebé diseño llamado así por ser modificado genéticamente, a través de un examen que dirá si los blastocitos están sanos o dan señales de enfermedad, antes de ser implantado el embrión ya tiene un diagnóstico y no llegará al útero de su madre si ella no lo quiere.

quiere decir que sea o se haga una verdad; lo cierto es que al manifestar que ‘simplemente se escoge al embrión más apropiado’, es afirmar la existencia de bebés medicamento o diseño solo que con otras palabras. Hasta ahora no se puede demostrar cuales son las fronteras de la ciencia, donde se encuentran los parámetros en los que se debe mover las investigaciones; dentro de poco tiempo se hará realidad el trama de la película de ciencia ficción ‘La isla’, se clonarán personas idénticas a cada uno de nosotros para que cuando tengamos alguna enfermedad o necesitemos de algún trasplante de órganos, se la deba sacrificar para darnos el órgano que nos falta.

1.4.6.1. Diagnostico Genético Preimplantacional: Evita que un embrión enfermo llegue a ser implantado

El diagnostico genético preimplantacional (DGP) “es una de las técnicas más nuevas y eficaces en el campo de la fertilización” según Ricardo Udler, médico boliviano y especialista en reproducción asistida, en una entrevista hecha por el periódico “La Razón” sobre esta técnica¹⁹. Lo peor del Diagnostico Genético Preimplantacional es que los embriones detectados como enfermos o deficientes, no se desechan, ni destruyen sino se estudian, es decir, siguen evolucionando, para observar su evolución, se los somete a diferentes pruebas. Una verdad inédita de los médicos es que los embriones tienen una vida latente sus células se siguen reproduciendo y formándose. Es un crimen que se les den motivos para sentir que van a estar seguros y que pese a la deficiencia poseída, en algún momento estarán seguros en el cuerpo de su mama; sin embargo van ha ser desechados. Identificados como embriones defectuosos; no va existir madres que quieran tener hijos enfermos, estos embriones van a ser desechados después de tanta prueba realizada en ellos.

¹⁹ *La Fertilización in Vitro mira otra vez a la Ética*. Periódico La Razón. Pág. C4

1.5. La trascendencia de la FIV-TE y criopreservación en Bolivia

La fecundación in vitro emerge en 1978 en Inglaterra y llega a Bolivia en 1992 con el nacimiento del primer bebé probeta que nace en 1993. Las técnicas de criopreservación nacieron ante las demandas de tener hijos no solo en parejas estériles en esta década sino también de parejas que por ahora no quieren hijos y prefieren criopreservar sus embriones (guardar sus cigotos) y descongelarlos cuándo decidan tener el familia.

1.5.1. Santa Cruz, año 1993 el primero en usar esta tecnología

Casi dieciséis años después del nacimiento del primer niño probeta del mundo, el médico cochabambino Juan Carlos Montalvo y el doctor Luis Kushner López, dieron vida al primer bebé probeta en Bolivia, un logro hecho en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Esta hazaña se convirtió, en la primera en aplicar este método en el país. Ciro Miranda es el nombre del niño que en julio del año pasado cumplió dieciséis años de vida y hoy goza de buena salud, como todo niño normal de su edad. El conocimiento de estas técnicas en los años noventa era todavía insuficiente; al presente se conocen otras maneras de enfrentar la esterilidad, técnicas que se aplican también en Bolivia.

Antes del año 2001, Bolivia no tenía clara la noción de la fecundación extracorpórea, pocos la conocían y aplicaban, en el presente se está pensando legislar pero a paso lento. En tanto crece la cantidad de parejas que deciden congelar pro-núcleos para intentar varios ciclos de fertilización. Uno de los establecimientos que se ha concentrado en este trabajo es la clínica Siraní de Santa Cruz, donde un nuevo ciclo de extracción de óvulos y espermatozoides podrían congelarse por tiempo indefinido; así si se logran extraer más de cuatro óvulos de la mujer, no necesitaría someterse a otro tratamiento hormonal para inducir otra producción de óvulos, que supone dolorosas sesiones de inyecciones²⁰.

²⁰ CABA, Gróver y SHAYMANN. *Ya existen niños con tres padres*. Periódico La Razón: Sector Tendencias. Pág. C4.

1.5.2. Aumentan los embarazos por fertilización in vitro en el 2004

En el artículo publicado por Marco Carrillo en un medio de prensa escrito de la ciudad de Cochabamba “Los tiempos” de fecha 29 de febrero de 2004, se expuso que el Instituto de Endocrinología y Reproducción Humana verificó un crecimiento del 15% en las solicitudes de embarazos de mujeres que desean tener hijos sin conocer ni tener contacto físico con el padre. Antes de realizar la fertilización in vitro el médico-especialista del Instituto de Endocrinología y Reproducción Humana analizan las causas y motivos que las llevan a tomar esa decisión.

Las solicitantes responden en muchos casos a los traumas que han sufrido las mujeres durante su infancia y que eventualmente quiere tener familia pero sin tener relaciones carnales, o no se encuentran psicológicamente preparadas para tener una relación con un hombre por ello acuden a métodos científicos para concebir un hijo o hija. Las mujeres por encima de los cuarenta que recurren con mayor frecuencia a centros de reproducción humana para embarazarse, para su propia pareja o un incentivo para su vida con el esperma de un donante, cuyas características somáticas e intelectuales es conocida solamente por los galenos en la historia clínica (guardan datos del donante de semen en absoluta reserva porque es secreto profesional).

Se informa a las solicitantes el tipo de hijo o hija que pueden tener, aunque el costo es elevado, alrededor de USD 5000. Es esta una nueva forma de distinción; seleccionar como quieren que sea su hijo, o como enuncia el argot ‘mejorar la especie’ que en otras palabras es lo mismo que excluir.

1.5.2.1. Sin normas que regulen, mujeres solteras también son pacientes en Bolivia

La justificación de las mujeres solteras que deciden tener un hijo producto de la fecundación in vitro es “*La mujer sola es más responsable de criar a un niño, que con una pareja consolidada*”, pero el dilema se suscita cuando hay parejas homosexuales o lesbianas con intenciones de adoptar un niño o niña recién nacido o en vientre,

muchos médicos en estas situaciones se encuentran con un gran problema acceder o negarse.

Pero hay razones que me llevan a pensar para que una mujer soltera quiere tener hijos y la respuesta que da el artículo es: “Cuando una mujer soltera decide embarazarse, por lo general, lo hace motivada por la necesidad de tener una compañía que alivie su soledad futura”, y me pregunto será esta una razón suficiente? Y es peor cuando se escucha en distintos círculos sociales de diferentes justificaciones como: *"quiero tener alguien por quién luchar"*, *"quiero tener una razón por quién vivir"*, *"no deseo quedarme sola en la vida"*.

1.5.2.2. El costo por tener hijos oscila de 100 a 4 mil dólares en Bolivia

En estas cifras se incluye el coito asistido que es el la forma mas sencilla y el primer método utilizado por la pareja por no decir el más asequible; existen técnicas como la inseminación artificial y hasta métodos más complejos y mas onerosos como la fertilización in vitro. Si nos avocamos al costo, 4000 \$us. por fertilización in vitro y transferencia embrionaria resulta un privilegio solo para unos; eso si resulta que, el embrión implantado nace vivo ya que el porcentaje como lo enuncia el Dr. Ricardo Udler no es ni al 50% y corroborando el dato con el Servicio de Esterilidad, Fertilidad y Reproducción Asistida (SEFRA), el porcentaje de efectividad de esta modalidad es de 32 a 42%²¹.

En La Paz, al menos 140 mujeres se sometieron a ese procedimiento de técnicas de reproducción humana asistida en dos centros que tratan con métodos para contrarrestar la infertilidad durante finales del 2008 y parte del 2009, aunque quienes recurren a la criopreservación no necesariamente son estériles y no siempre congelan embriones. De las mujeres que se sometieron a la fecundación in vitro, se obtuvo una mínima cantidad de óvulos en los cultivos, y considerando que varios de los ovocitos conseguidos no resultaron ser viables; todos los ovocitos tuvieron que ser implantados

²¹ “Reproducción asistida, entre 100 bolivianos y 4 mil dólares”. web: <http://www.laprensa.com.bo> (visitado en octubre de 2009)

al cuerpo de las mujeres para que el tratamiento surta efecto y se anide el nuevo ser humano.

Luis Kushner Dávalos, subespecialista en reproducción humana está a la cabeza del Servicio de Esterilidad, Fertilidad y Reproducción Asistida (SEFRA), en la Clínica Alemana, que responde porque si se congelan embriones y espermatozoides pero no óvulos “*los óvulos no resisten el proceso de congelamiento*” ya que son muy frágiles y se impregnan de cristales de hielo resultando inservibles.

En Bolivia hay más clínicas y centros de reproducción asistida que se van creando con miras a engendrar o procrear vida humana embrionaria las mismas que si bien no utilizan la tecnología moderna que utilizan las clínicas de EEUU van realizando estos procedimientos. Solo en La Paz existen: Embriovid (Centro especializado) dirigido por: Dr. Jorge La Fuente Méndez y la Doctora Patricia Asturizaga Soto; Servicio de Esterilidad, Fertilidad y Reproducción Asistida (SEFRA), en la Clínica Alemana a la cabeza del Doctor Luis Kushner Dávalos y el Centro especializado Gen y Vida dirigido por la Dra. Justina Ordoñez J.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO EN ROMA

1. Protección del concebido en Roma

1.1. Situación Jurídica del “Nasciturus” en el Derecho Romano

La persona por nacer o concebido (*qui in utero est; conceptus*); llamado posteriormente *nasciturus*, fue motivo de una continua preocupación para los romanos, quienes no se sustrajeron a la necesidad de protegerlo en cuanto a su vida, derecho y bienes. Es inevitable pero imprescindible determinar concretamente desde qué momento los juristas romanos consideraron el comienzo de la existencia de la persona física reconociéndole personería o personalidad.

1.1.1. Teoría tradicional (“*Pars viscerum matris*”)

La Teoría tradicional sostiene que en el derecho romano la existencia de las personas físicas principia con el nacimiento²², ya que el **nasciturus** no habría sido sino “una porción de la mujer o de sus vísceras” (“*pars viscerum matris*” o “*mulieris portio est vel viscerum*”). De ésta manera antes de nacer, el ser humano no era considerado como una persona, sino simplemente como una entraña de la madre. Pero no obstante y teniendo en cuenta de que en el futuro sea un ser humano, se le va a brindar una cierta protección al **nasciturus**. Para ello el derecho romano –sostiene la tesis tradicional- creó una ficción, por la cual el hijo concebido era considerado como si ya hubiera nacido, siempre

²² A los efectos de considerar nacida una persona era necesario: a) debe haber sido totalmente separado del claustro materno, es decir haberse cortado el cordón umbilical; b) el nacimiento con vida, entendiéndose que tal ha sucedido, cuando la criatura ha llegado a tener existencia propia independiente de su madre. Respecto a los signos exteriores que denotaban el nacimiento con vida, los juristas romanos tuvieron opiniones divergentes: los proculeyanos exigían que el niño llorase y los sabinianos, más amplios, admitieron cualquier signo vital e inequívoco de vida. Justiniano se inclinó por ésta última solución; c) finalmente que el nacido tenga figura humana, es decir que la mujer no haya parido un monstruo (*monstrum*) o un prodigio de la naturaleza (*prodigium*)

que se tratare de hacerle adquirir un derecho y ello sujeto a la condición de que se produjera el nacimiento con vida, condición que funcionaba como suspensiva²³.

La postura tradicional, que considera al nasciturus como una porción de la mujer o de sus vísceras, encuentra su base fundamentalmente en un párrafo del jurista Ulpiano (D.25.4.1) en el cual expresa que “...Resulta muy claramente de éste rescripto que no tenían lugar los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos al disimular o negar la mujer su embarazo, y no sin razón, pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer. Claro que, una vez que ha nacido de su madre, puede ya el marido pedir de propio derecho, mediante un interdicto, que le sea exhibido el hijo o que permita llevárselo”. En contra de la interpretación que le ha dado la teoría tradicional al citado párrafo de Ulpiano, Norberto Rinaldi observa que la frase “el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras” ha sido sacada fuera de contexto ya que analizando el caso con más detenimiento parece referirse a otra cuestión. Se trataba del caso muy particular del derecho de inspección del vientre de una madre divorciada solicitado por su anterior marido y no se refiere a la persona por nacer en sí²⁴.

Uno de los principales exponentes de la teoría tradicional ha sido el jurista alemán Savigny, fiel representante de la fuerte corriente romanista del siglo XIX, quien afirmó que la personalidad comienza en el instante en que el nacimiento completo se verifica, porque ello expresaba “la realidad de las cosas en un estado presente”. “La ficción, de reputarlo o asimilarlo al nacido, no tiene más objetivo que ocuparse de la vida futura del infante” bajo un doble aspecto, protegerlo por medio de la sanción de las leyes y marcar,

²³Es la condición que consiste en un acontecimiento futuro e incierto del cual depende la adquisición o la pérdida de un derecho.

²⁴RINALDI Norberto. “La personalidad del que está por nacer” pág. 963; Asevera que la cita de Ulpiano “no se refiere a la situación jurídica del hijo, sino a la posible disputa entre sus padres acerca, precisamente, de su paternidad. En esa disputa Ulpiano razona que, antes de nacer el hijo es una porción de la madre, pero luego de nacido, naturalmente el padre ya puede pedir...que se le permita llevárselo”. Y añade Rinaldi: “¿Podría llevarlo antes del parto? No. ¿Por qué? Porque es una porción de la madre. En consecuencia al hijo no se lo puede “materialmente” (no “jurídicamente”) desprenderse de la madre”. Coincidente a la opinión de Rinaldi, se expresa DI PIETRO (“*Derecho Privado Romano*”, Ediciones Depalma, Bs. As. 1996, pág. 80), quien afirma que la expresión de que el concebido es meramente “parte de la mujer o de sus vísceras” no debe ser entendida como una regla genérica sino que se refiere a un problema jurídico atinente a la madre, pero “de acá no se puede deducir una regla sobre la condición jurídica del concebido”.

señalar “los derechos posibles” (solamente posibles, es decir en potencia y no actuales) “que vienen unidos al nacimiento”.²⁵

Se enrola además en la postura tradicional, el destacado romanista italiano Pietro Bonfante quien va a afirmar que “el concebido no es actualmente persona; siendo, una persona eventual, en potencia, se le reservan y se tutelan aquellos derechos que desde el momento del nacimiento se le habría transmitido, y además, su capacidad jurídica se calcula, en cuanto sea preciso, desde el momento de la concepción, no desde el momento del nacimiento”. Y agrega “si el que está por nacer no es persona, por la misma razón que no puede actualmente adquirir derechos, tampoco los hace adquirir a quien pudiese conseguirlos por su nacimiento. Si su existencia lo hiciese sujeto a un tutor, no se procede al nombramiento de éste hasta que el que está por nacer no venga a la luz”²⁶

1.1.2. Teoría Moderna: (“*nasciturus pro iam nato habetur*”)

Contraria a la posición tradicional, según la cual el **nasciturus** es una porción de la mujer o de sus vísceras, se enrola la teoría moderna que reconoce el comienzo de la personalidad desde el momento de la concepción en el seno materno con la condición de que nazca con vida, lo que funciona como condición resolutoria²⁷.

Los adeptos a ésta postura se basan para fundamentar la misma en el jurista Juliano que dice “*Qui in utero sunt, in toto paene iure civile intelleguntur in rerum natura esse*” (“los que están en el útero se reputa en casi todo el Derecho Civil que son como nacidos”), lo que ha sido traducido en la máxima “*nasciturus o conceptus pro iam nato habetur*” (al concebido se lo tiene por ya nacido). La regla transcripta coloca pues al concebido como estando en paridad de situación con el nacido, puesto que se lo comprende como siendo en la realidad “*in rerum natura esse...*”, o “*...in rebus humanis esse*” o se lo tiene por sobreviviente “*...pro superstite esse*”.

²⁵ SAVIGNY “*Sistema del Derecho Romano actual*”, Madrid, 1878, Trad. Jacinto Mejía y Manuel Poley, T. I., pág. 278 a 281

²⁶ BONFANTE, PIETRO “*Instituciones de Derecho Romano*” Instituto Editorial Reus, Madrid 1965, pág. 39 y 40.

²⁷ La condición resolutoria deja en suspenso no la adquisición sino la extinción de un derecho ya adquirido.

Para muchos la regla "*nasciturus pro iam nato habetur*" se trata de una ficción, pero tanto en las expresiones clásicas del principio como en la regla general –señala Manuel García Garrido- no se finge que el concebido ha nacido ya, "sino simplemente se equipara a ciertos efectos la situación del póstumo o del concebido a la del nacido"²⁸.

En contra de la ficción, se han expresado otros autores, entre ellos Alfredo Di Pietro quien afirma que "esto no es una ficción, sino que expresa una realidad: que el *nasciturus* realmente existe y como tal goza de los beneficios que pueda recibir". Por su parte Ricardo Rabinovich-Berkman afirma que la idea de paridad entre el concebido y el nacido "trae un punto a favor de quienes dicen que la construcción romana en éste aspecto no fue una ficción jurídica". Otros pasajes de las fuentes romanas parecen confirmar que el *nasciturus* existe realmente, colocándose en paridad con el ya nacido. Así, cuando Terencio Clemente expresa en el Digesto (D. 50.16.153) "se ha de entender que existió al tiempo de la muerte el que fue dejado en el claustro materno" y en el mismo sentido, Gayo afirma que "como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos...".

Decididamente en contra de la teoría tradicional y de la ficción preconizada, se va a pronunciar el célebre jurista brasileño Freitas quien afirmará que "la existencia antes del nacimiento (del *nasciturus*) es real y sus efectos jurídicos no dan lugar a dudas y sobre ellos no hay divergencia alguna, pero se ha imitado al derecho romano, las palabras han sido infieles al pensamiento y aquello que es verdad se dice que es una ficción"²⁹,

Vélez Sarsfield, siguiendo a Freitas, discrepa también con la teoría de la ficción y de la regla "*pars viscerum matris*", estableciendo enfáticamente que la existencia del *nasciturus* comienza desde la concepción en el seno materno, reconociéndole por tanto el

²⁸ GARCÍA Garrido, Manuel, "Sobre los verdaderos límites de la ficción en derecho romano", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 27-28 (1957-58) págs. 338 y ss.

²⁹ FREITAS nota al art. 221 del Esbozo citado por CIFUENTES SANTOS "*El Nasciturus, las personas por nacer*" págs. 957 y 958. Para fundar, Freitas asevera "no concibo que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona. Si se atribuye derechos a las personas por nacer, aunque como dice Savigny, en un orden especial de hechos; si los que deben nacer son representados..." dándoseles curador, que se ha denominado curador al vientre, es forzoso concluir que existe ya y que son personas, pues la nada no se representa" El jurista brasileño también se pregunta: "Si los que deben nacer no son personas, ¿por qué razón existen leyes penales que protegen su vida preparatoria? ¿Por qué motivo se pune el aborto? ¿Por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso de que merezca dicha pena, sino cuarenta días después del parto?."

status jurídico de persona, no obstante no haber nacido. Define al concebido como “*persona por nacer*” y le reconoce, en homenaje a su condición de ser humano, la categoría formal de sujeto de derecho, con las limitaciones propias de su estado.

Entre los reconocidos romanistas modernos, Pierangelo Catalano rechaza también la teoría de la ficción y postula la creencia de una “paridad ontológica” entre concebido y nacido. Señala que el principio de la paridad, el cual se fue formando sobre la base de la Ley de las XII Tablas, no resulta consecuencia de una ficción, es decir de una construcción imperativa. El criterio de que la personalidad aparece con el nacimiento no es genuinamente latino, sino un agregado de la pandectística *possavigniana*³⁰

1.2. Protección jurídica del concebido en las fuentes romanas

En base a las fuentes romanas existen algunos casos en los que el ordenamiento jurídico romano otorgó debida protección al *nasciturus*, considerándolo en paridad ontológica con el ya nacido. Se trata párrafos, a los que la postura tradicional ha reputado de “excepciones” a la regla “*pars viscerum matris*”.

1.2.1. Status del nasciturus

Es pacífica la doctrina que acepta la determinación del status del *nasciturus* desde el momento de la concepción y no desde el nacimiento. Así por ejemplo, en las *Institutas* de Gayo se puede ver que “...el estado de los hijos concebidos legítimamente se determina en el tiempo de la concepción”. Respecto del status *libertatis* se seguirá el criterio de que no importa si la madre fuera esclava en el momento de la concepción o del nacimiento, sino que bastaba que hubiera gozado de libertad en cualquier momento intermedio durante el embarazo. Cabe señalar que este principio muestra la influencia del criterio del “*commodum*” del *nasciturus*, el cual se fue aceptando en el derecho posclásico a partir de un pasaje del jurista Paulo y que consideraba al concebido como existente entre las “cosas humanas” para todas situaciones que hagan a la conveniencia o

³⁰ CATALANO, PIERANGELO “*Diritto e persone*”, G. Giappichelli Editore, Torino, Noviembre de 1996 pág. 196 y ss.

comodidad del mismo. Ulpiano comenta un problema que era común en aquella época: la de la mujer embarazada condenada a muerte. Y dice que “el emperador Adriano respondió por rescripto a Publicio Marcelo, que la mujer libre, que estando embarazada fue condenada a la última pena, paría un libre; y que se acostumbraba a conservarla, hasta que diese a luz el parto”. El derecho romano no sólo iba a proteger al nasciturus ante los avatares jurídicos que pudieran aquejar a la madre. El mismo Ulpiano se refiere al caso en el que el padre senador, hubiese perdido tal rango entre la concepción y el nacimiento, y en tal supuesto, los privilegios que irrogaba aquella posición, pasaban intactos al hijo ya concebido, que lo expresó de la siguiente manera: “...si alguno verdaderamente hubiere sido concebido antes que su padre sea removido del Senado, pero hubiere nacido después de pérdida ésta dignidad de su padre, hay más razón para que sea reputado como hijo de senador.

Se aprecia pues, que éstas normas protectoras del nasciturus, como otras que veremos a continuación, muestran claramente que el derecho romano lo entendió, desde el mismo momento de la concepción, como un ser diferente de éstos (especialmente de su madre).

1.2.2. Efectos sucesorios respecto al nasciturus:

Es quizás en materia sucesoria en donde las fuentes romanas reflejan aún más una verdadera equiparación de la condición del que está por nacer y del ya nacido, sobre todo en lo que se refiere a sus intereses hereditarios. Fue así como el derecho romano contempló además la situación de los concebidos antes del nacimiento, a los efectos de reconocerles derechos hereditarios en la sucesión del *paterfamilias* en el caso de los póstumos, es decir, aquellos hijos que concebidos, nacen después de la muerte de su padre³¹. Privarles de derechos hereditarios por la sola circunstancia de no haber nacido antes del fallecimiento del “*pater*” hubiera sido una injusticia que las leyes y autoridades romanas no podían consagrar³². En éste orden la doctrina acepta pacíficamente la idea de

³¹ Recordando que para que se los considerara legítimos debían haber nacido dentro de los 300 días de ocurrido el deceso del progenitor.

³² CARAMES FERRO, JOSE M. En “*Instituciones de Derecho Romano*”, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1975 pág. 29

asignarle al nasciturus un nivel de existencia³³. Así parece confirmarlo el jurista Ulpiano cuando dice “...se deberá decir que pueden suceder los herederos suyos, si vivieren, o al menos hubieren sido concebidos, al tiempo de la muerte del testador” o Celso cuando expresa “...La Ley de las XII Tablas llama a la herencia al que existiere al morir aquel de cuyos bienes se trata...o si viviendo éste fue concebido, porque se estima que el concebido existe en cierto modo”. Ulpiano manifiesta en el digesto 38.16.1.11 otro digesto: “Pero no solamente los naturales, sino también los adoptivos tendrán derechos de consanguinidad con los que están en la familia, o en el claustro materno, o con los que nacieron después de la muerte del padre”.

En Roma la figura del póstumo cobró vital importancia debido a la necesidad imperante en aquellos tiempos de tener un descendiente varón, ya que esto permitía asegurar, entre otras cosas, el medio para no privar a esa familia de su culto³⁴. Por lo tanto si el sujeto fallecía sin dejar descendencia, ésta circunstancia provocaba rechazo y era tenida como una desgracia. Es por ello que si su mujer estaba embarazada, resultaba necesario brindar protección al póstumo considerándolo sujeto de derecho y persona actual. Numerosos pasajes en las fuentes romanas denotan una clara preocupación por proteger al póstumo, lo cual no viene sino a avalar el reconocimiento de su condición de persona. En éste sentido Ulpiano manifiesta que “...el que está en el vientre al tiempo de la muerte (del padre) es considerado como ya nacido...” y asimismo Gayo cuando afirma que “como en muchos otros casos a los hijos póstumos se los considera como ya nacidos, está admitido que a dichos póstumos se les pueda dar tutores por testamento lo mismo que a los ya nacidos...Podemos instituirlos herederos”. En otro pasaje vemos que “...el que está en el claustro materno es puesto en posesión siempre que no fue desheredado y lo que hubiere en el claustro materno habrá de ser considerado entre los herederos suyos...”.

³³ LAPIEZA ELLI-DI PIETRO “*Manual de Derecho Romano*” pág. 105

³⁴ RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO *Op. Cit.* Pág. 255

1.2.3. El curador ventris nomine:

La protección al concebido se manifestó en Roma, además, con la designación del curador ventris nomine. Como he señalado *ut supra* los romanos se preocuparon por los póstumos concebidos, pero no nacidos al fallecer el pater. Se nombraba para éstos casos, un curador ventris nomine, quien se encargaba de proteger al nasciturus, defender sus intereses y administrar sus bienes hasta el nacimiento. Modestino afirmó que “no puede darse por los magistrados del Pueblo romano tutor al que está en el vientre, pero puede dársele curador, porque en el Edicto se comprendió el nombramiento de curador”. Se admitió pues que el magistrado nombrase, a petición de la madre un curador con la finalidad esencial de proteger al que no ha nacido todavía, ya sea en su vida como en sus bienes.

Si el hijo estaba concebido e instituido heredero en el testamento del pater difunto, se confería a la madre la *bonorum possessio ventris nomine* ya “que por las mismas causas por las que el Pretor da al impúbero la posesión carboniana de los bienes, debe auxiliar el Pretor al que está en el claustro materno, con tanta más razón cuanto que es más digna de favor la causa del feto, que la del impúbero; porque al feto se le favorece para esto, para que sea dado a luz, y al impúbero para que sea introducido en la familia...”.

Se estableció que cuando se pone en posesión al que va a nacer la madre podía pedir el nombramiento de un curador para su futuro hijo y también un curador (que podía ser la misma persona para sus bienes, es decir, aquellos que correspondiese al póstumo al fallecer el padre. En éstos supuestos si el curador era nombrado sólo para el hijo, los acreedores tenían permitida la custodia de sus bienes. Más “si el curador fue nombrado” también para los bienes, pueden estar seguros, los acreedores, porque la responsabilidad le corresponde al curador”. La mujer, una vez puesta en posesión de los bienes, debía tener aquello necesario para la manutención y resguardo del nasciturus hasta su nacimiento y para ello, la función del curador ventris era la de proporcionar a la viuda embarazada alimento, vestido y habitación con arreglo a los bienes del difunto y a la dignidad de éste y de la mujer. Para éstos gastos elementales, se debía consumir en

primer lugar el dinero contante y si no lo hubiere, de aquellas cosas que solieron gravar el patrimonio con gastos. El curador debía desempeñar la administración de los bienes con la misma oficiosidad con solían desempeñarse los curadores y los tutores de los pupilos. Es por ello que, entre otros recaudos, debía procurar que los bienes entretanto no fueran usucapidos, y de que no se libren por el transcurso de tiempo los deudores. Dicho curador era nombrado dándose preferencia a los que les fueran dados como tutores al nasciturus, si éste naciere con vida, a los parientes del mismo, aun por afinidad, o de los amigos del difunto y acreedores, pero siempre el que pareciere idóneo, siendo verificada la condición previa información realizada por el magistrado.

Si el difunto no tenía casa, debía alquilarse una para la mujer y además a los esclavos, que le fueran necesarios para sus servicios, se le debía prestar alimentos de acuerdo a la dignidad de ella. Finalizaba el curador en sus funciones, al producirse el nacimiento del póstumo en cualquier tiempo que esto sucediera.

1.2.4. Protección contra el aborto

En el mundo romano el hecho de provocar la muerte del que está por nacer, en cualquier estado de desarrollo en que estuviese, motivó la sanción desde la época del emperador Septimio Severo³⁵ invocando para ello una ley conocida como *Lex Cornelia de sicariis et de beneficis* del año 81 a.C³⁶ que sancionaba el homicidio por envenenamiento con la pena capital³⁷. Análogamente se aplicaba ésta ley a la figura del aborto estableciéndose que si el envenenamiento causaba la muerte del nasciturus la pena que se imponía para éste delito era la confiscación y el destierro. Al respecto Marciano afirma que: El Divino Severo y Antonino resolvieron por rescripto, que la que intente un abortó ha de ser condenada por el Presidente (gobernador provincial) al destierro temporal. Por su parte Trifonino que cita a Ciceron quien escribió que “cierta mujer llamada Milesia, estando en Asia, fue condenada con la pena capital porque habiendo recibido dinero de los

³⁵ El emperador Septimio Severo, que corresponde a la dinastía de los emperadores sirios-africanos, gobernó desde el 193 al 211 d.C.

³⁶ Esta ley compone un conjunto de leyes dictadas por el dictador Lucio Cornelio Sila entre el año 88 al 80 a.C

³⁷ Esta ley castigaba además con la misma pena a aquel que, con el propósito de causar o permitir que se causare la muerte de otro, daba o preparaba el veneno, lo vendía o lo confeccionaba.

segundos herederos se procuró ella misma el aborto con medicamentos”. En el mismo pasaje Cicerón agrega que se resolvió por rescripto que “también si alguna mujer se hubiere hecho violencia en sus entrañas después del divorcio, porque estaba embarazada, para no procrear hijo a su marido, fuese condenada a destierro temporal”. Ulpiano estableció que “si constare que una mujer se hizo violencia en sus entrañas para abortar, el Presidente de la provincia la mandará a destierro”. De ésta manera la protección del nasciturus contra el aborto parecería resultar inconciliable con la postura que lo considera como una parte o entraña de la madre –como una cosa- ya que sostener dicha posición daría fundamento bastante para considerar a la figura del aborto como un acto no merecedor de reproche ni reprobación en tanto que es una mera manipulación por parte de la madre, de sus entrañas o vísceras.

Ahora bien cabría preguntarse, a la manera que lo hizo FREITAS en su comentario al art. 221 del *Esbozo*: “ si los que deben nacer no son personas ¿por qué motivo se pune el aborto?. La respuesta debería ser porque el nasciturus era considerado persona desde el momento mismo de la concepción y por tal motivo merecedor de toda protección. . Podemos arribar a ésta misma conclusión si vemos otros casos en donde el derecho romano otorgó amparo a la persona por nacer.

La protección al nonato también se verificaba en el caso de la mujer que hubiese muerto embarazada, en cuyo caso, se prohibía su entierro sin antes extraerle el feto. Como vemos la protección al nasciturus en tales circunstancias, no tendría ninguna razón de ser si lo que está por nacer es solamente “una parte de la mujer o de sus vísceras” y en consecuencia, carente de personalidad.

C A P Í T U L O I I

CRIOPRESERVACIÓN DE EMBRIONES PROCEDENTES DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO Y LOS DERECHOS QUE POSEEN

1. De la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria en particular

El código genético contiene las características humanas e individuales de un ser humano; todo lo que cada individuo humano posee de único, singular e irrepetible a lo largo de su vida ya está presente en este; el ser humano está inmerso en el embrión con todas sus potencialidades que se desarrollarán a lo largo de su existencia. El procedimiento de la fertilización in vitro, no se realiza raudamente, sino se va superando fases y en el camino se van dejando embriones sobrantes³⁸ que son criopreservados. Si no se respeta la dignidad ontológica del embrión como individuo de la especie humana, no tiene sentido hablar de Estado de Derecho porque la dignidad de la persona es el fundamento del orden jurídico y de la paz social, más cuando son seres humanos indefensos. Si bien es cierto que esta tecnología de la reproducción representa la única probabilidad de las parejas de tener un hijo biológicamente, no es menos cierto que gran número de parejas en esos programas de fertilización in vitro abandonan a sus embriones.

1.1. Técnicas de reproducción humana asistida

Esta tecnología ha sido dirigida inicialmente a parejas de los países industrializados pues disponen de suficientes recursos económicos; con el objetivo concreto de satisfacer su

³⁸ El término “sobrante” es utilizado en esta investigación **NO** en forma despectiva; porque considero que ningún ser humano sobra en ningún lado, pero no pudiendo dar otro calificativo para poder hacer entender mejor en la investigación.

deseo de descendencia biológica. El procedimiento todavía está en etapa experimental y con bajas tasas de éxitos, sin embargo es promovido como panacea en el tratamiento de la infertilidad.

Los avances y descubrimientos científicos-tecnológicos han posibilitado el desarrollo y la utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como *técnicas de reproducción asistida o artificial*; algunos autores prefieren llamarle *técnicas de reproducción extracorpórea* porque se realizan fuera del cuerpo de la mujer. Los expertos en el campo de la medicina han decidido clasificarlas por el momento en tres grandes técnicas³⁹:

- a.* La *Inseminación Artificial (IA)* Introducción de los espermatozoides al interior del útero materno que puede ser con semen del marido o de la pareja (IAC) o con semen de donante (IAD), se viene realizando desde hace varios años.
- b.* La *Fecundación In Vitro (FIV) con transferencia de embriones (TE)*, de mayor complejidad, por ser extracorpóreo. Se conoce universalmente desde 1978 con el nacimiento de Louise Brown, en el Reino Unido, mientras que en nuestro país, el primero de los varios nacimientos data de 1993.
- c.* Por último, las técnicas de micromanipulación de gametos, como la *Inseminación Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI)*, que consiste en la inyección de un solo espermatozoide directamente dentro del citoplasma del óvulo, tecnología altamente sofisticada y costosa.

Es de la fertilización in vitro que proceden los embriones que son criopreservados; embrión no transferido al útero materno es embrión criocongelado. Aclarado esto vamos a exponer el proceso médico-biológico de la fertilización in vitro y la criopreservación de embriones, examinaremos los alegatos, teorías y doctrinas vistas desde una óptica médica y desde una perspectiva jurídica sobre el status del embrión criocongelado.

³⁹ CORTEZ, Jacqueline y TIRADO, Noemí “Aspectos éticos y bioéticos de la reproducción asistida y manipulación genética en Bolivia.” Revista BOIFARBO, 2000. Pág. 5

1.2. Fertilización in vitro y transferencia embrionaria

Teóricamente el procedimiento resultaría simple, pero la práctica es dificultosa, ya que consiste en realizar en un laboratorio científico lo que sucede en el interior de la trompa de Falopio u oviductos, vale decir la fecundación y las primeras etapas del desarrollo embrionario de un nuevo ser.

1.2.1. Descripción biológica de la fecundación natural

En cada uno de sus ciclos la mujer desarrolla un folículo en alguno de sus ovarios indistintamente, la talla se aumenta en forma progresiva hasta romperse y liberar un óvulo que es absorbido por una de las trompas de Falopio. A lo largo de su recorrido llega a encontrarse con millones de espermios, la regla es que solo uno ingresa al óvulo y la excepción es que pueden ser dos, produciéndose así la concepción.

Desde el momento en el que se produce la fecundación, vale decir la unión de las cargas genéticas de dos gametos; el cigoto genera dos pronúcleos, y se dividirá en 2, 4, 8, 16 y 32 células (en biología esta fase es de mórula, formada por células totipotentes, cada una de ellas), si continuará su división podría dar lugar a un ser humano completo; este proceso dura entre 100-120 horas, hasta pasar a la fase de blastocisto; sólo una parte de la masa celular interna, el epiblasto esta formado por células *pluripotentes* (que pueden formar los diferentes órganos pero no un individuo completo), unidas darán lugar al nuevo ser. El resto de las células dará lugar a la placenta, corion y otros productos extrafetales ⁴⁰.

El huevo o cigoto es resultado de la fusión de los pronúcleos del ovocito y del espermio; comienza la subdivisión celular que da origen a un embrión después de permanecer unos días en la trompa emigra hasta el endometrio del útero dónde inicia su implantación alrededor del día 7 después de la fecundación iniciándose el

⁴⁰ Extraída de la pag. <http://www.vidahumana.org> (visitada en agosto de 2009)

embarazo. El embrión, una vez superado el estadio de división; de mórula pasa al de blástula, en el estadio de blastocito se produce la anidación.

Considerando las etapas por las que pasa el feto (ultimo estadio del ser humano antes de nacer) muchos científicos creen que antes de la implantación estaríamos hablando de un *preembrión*, en el caso de los criocongelados, mientras que el embrión sería postimplantatorio. Otros afirman que se podría congelar el cigoto recién fecundado cuando tiene dos pronúcleos; dando origen a la teoría de los pronucleos; la fusión de los gametos no se ha completado, por tanto, no hay una célula única.

1.2.2. Descripción científica de la fecundación in vitro o extracorpórea

Las manipulaciones de FIV-TE desde el momento de fecundación hasta el anidamiento son descritas por la literatura mundial especializada de acuerdo con las siguientes instancias⁴¹:

- 1) Obtención, preparación, y cultivo de gametos;
- 2) Fertilización o fecundación y obtención de embriones
- 3) Transferencia de embriones obtenidos al interior del útero

1.2.2.1. Fertilización de ovocitos

La obtención de óvulos es tema principal, por ello se suministra a la mujer productos para incrementar su ovulación, y fecundar todos los ovocitos obtenidos, se obtienen camadas de hasta diez embriones por procedimiento; al principio, se implantaban en la mujer todos, considerando que la naturaleza produciría una selección, de la que emergerían los más idóneos: uno, dos, tal vez tres; pero la experiencia fue mostrando una realidad distinta primero se vieron los partos múltiples (de trillizos o cuatrillizos) como asombrosos, que atrajeron más simpatía que temor, pero el éxito era la excepción, ahora en estos tiempos no se simpatiza el poder traer al mundo esa

⁴¹ BASSO, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad- Estudio de Bioética contemporánea" Pág. 199

cantidad de niños de un solo golpe⁴². Una vez obtenidos los ovocitos y preparado el semen da comienzo la fase de fertilización extracorpórea; se toma en cuenta para el éxito del programa, la obtención de ovocitos en la fase pre-ovulatoria que por lo general han completado su maduración y si se están semimaduros es necesario mantenerlos de 4 a 8 horas en el medio del cultivo donde pueda completar el proceso.

1.2.2.2. Formación de embriones

Después de obtenidos los ovocitos, unos pocos miles de espermatozoides seleccionados son colocados en el mismo medio de cultivo en el cual ya se encuentran los óvulos maduros. El proceso de contacto y fusión entre los gametos dura alrededor de 20 horas y tiene lugar en la incubadora siempre a 37° C. En caso que no pueda evaluar el estado del cuerpo polar, la fertilización se difiere a las 35 horas después de la aspiración folicular.

Los ovocitos fecundados son colocados nuevamente en incubadora y mantenidos en ella de 24 a 36 hrs. después de lo cual se efectúa otro examen microscópico para verificar la fecundación. Desde ese instante ya no se esta en presencia de óvulos sino de embriones en pleno proceso de división celular; después de 30 hrs. el ovocito fecundado puede convertirse en un embrión de cuatro células después de 60 hrs. constituido en ocho células. Un dato relevante es que el embrión que supera el estadio de blastocito en su desarrollo en vitro pierde la capacidad de implantación, aun se ignoran las razones científicas de este fenómeno.

1.2.3. Transferencia de embriones al útero materno

La fase que experimenta mayor numero de fracasos es la transferencia embrionaria – si todo ha sido normal y se ha operado con ovocitos maduros desde el primer

⁴² Habían veces, en que varias criaturas (embriones implantados) prosperaban hasta avanzada la gestación. También se presentaron casos de mortalidad de todos los niños, incluso en etapas maduras del embarazo, con el consecuente riesgo para la madre, que llegó a fallecer en algunas oportunidades. BASSO, Domingo M. *“Nacer y Morir con Dignidad- Estudio de Bioética contemporánea”*

momento— se efectúa entre 48 y 72hrs. aproximadamente después de la aspiración folicular de acuerdo con el grado de maduración alcanzado por los embriones⁴³. Un dato estadístico que arroja Domingo Basso, en su libro “*Nacer y morir con Dignidad*” en su página 204, “*que para 1985 en Francia se realizaron unas 3.300 tentativas, pero solo nacieron 300 niños, porcentajes similares proporcionan otros países superdesarrollados*”, un sacrificio injustificable y desproporcionado de embriones ya que se debe tomar en cuenta los riesgos de las aberraciones cromosómicas provocadas por la FIV.

1.2.4. Criopreservación de embriones

La criopreservación es el congelamiento no solo de embriones sino de algún tejido o célula, que pueden ser gametos de espermatozoides o de óvulos (que muchas veces no resisten por que se impregnan con cristales de hielo, resultando ineficientes). Y la criopreservación de embriones humanos propiamente dicha es la preservación o congelación de embriones humanos a 196°0 en nitrógeno líquido. Al inducirse la ovulación en la fertilización in vitro, generalmente se obtienen de seis a ocho ovocitos; un caso reporto catorce ovocitos listos para ser fecundados como señala Santos Ruiz A., en su obra “*Instrumentación genética*”; algunos especialistas han sugerido, por razones de carácter técnico la conveniencia de fertilizar todos los ovocitos, fabricando por ende varios embriones. Siendo que la ovulación múltiple no dejó de practicarse, apareció el problema de los ‘embriones sobrantes’, todos los que por exceder del número de tres, no se implantan.

Cuando comenzaron las experiencias de la FIV-TE se transfería un solo embrión, el que manifestará mayor grado de desarrollo y se descartaban los demás; este proceder fue juzgado como un aborto en cadena o una infame selección racial y genética como lo explica Domingo Basso; por ello se busco una solución, *la criopreservación de embriones*, congelados a 196°0 pues a baja temperatura la vibración de los átomos es muy débil y pueden ser conservados durante mucho tiempo. Se disponía así de un

⁴³ BASSO, Domingo M. Ob. Cit. Pág. 201 y 202

lote de embriones de reserva para proceder a nuevos intentos de transferencia si el primero fracasaba. Al desarrollarse la criopreservación de embriones, se tendió a preferir esa opción antes que la muerte de los embriones; incluso en países como Inglaterra o Estados Unidos⁴⁴ donde el embrión carece de protección jurídica; o países como Argentina, Perú, o Ecuador, donde el embrión es reconocido como titular de prerrogativas, donde la alternativa de ‘descartarlos’ estaba fuera de cuestión.

En el presente existen ‘lotes’ de embriones para futuras implantaciones; algunos equipos sea por motivos éticos, o porque carecen de los medios adecuados para la criopreservación, transfieren todos los embriones al útero de la madre, lo cual expone en gran medida a la posibilidad de embarazos múltiples.

1.3. Problemas surgidos de la criopreservación de embriones humanos

La congelación de embriones realizada en un principio con fines clínicos específicos (sucesivas transferencias) hizo surgir nuevos problemas:

- Un niño fruto de una segunda transferencia, nacido dos años después que su hermano gemelo nacido en una transferencia anterior.
- El caso mas publicado fue el del fallecimiento de los padres biológicos del nuevo ser antes de ser transferido.
- Sucedió también que un marido después de la fertilización in vitro se rehusó a la transferencia de embriones sobrantes. En este caso habiendo tenido éxito la pareja se opuso a un segundo intento⁴⁵.
- De una pareja que se divorcio antes del intento de la transferencia y luego el marido se opuso al mismo, provocando una complicada situación jurídica moral⁴⁶.

⁴⁴ Estados Unidos, el carácter de sujeto de derecho para el embrión es terminantemente rechazado; por el fallo Roe vs. Wade en 1973, fallo que permitió el aborto; el feto no tiene derechos; la madre decide y esa línea jurisprudencial no se ha modificado hasta hoy, ni parece que vaya a hacerlo.

⁴⁵ En el caso A.Z versus B.Z, durante el divorcio, el marido solicitó que se decretara una prohibición permanente para la mujer de usar los embriones almacenados en la clínica respectiva.

Posteriormente surgió la interrogante, que se debía hacer con los embriones sobrantes; unos opinaron que se los debería destruir para que no causen problemas hereditarios; otros donarlos a parejas infértiles o a mujeres solteras decididas; hay quien opino que para que molestar a un criocongelado, que sea indefinido el tiempo en el freezer; otros menos escrupulosos propusieron comercializarlos con fines de experimentación.

2. Alegato médico acerca del embrión criopreservado

En tiempos pasados cuando se cuestionaba el momento de la concepción y el status de persona; no se podía responder con total certeza puesto que, la fecundación como la concepción se producían al interior del cuerpo de la mujer; ahora los médicos-cientistas pueden responder esa pregunta con total convicción; incluso se puede observar por un microscopio toda la fase de la fecundación, no la que ocurre en el cuerpo de la mujer sino la extracorpórea la que se consume desde una probeta. Por ello la respuesta al enigma humano ¿en que momento se produce la concepción?, esta respondido, lo que falta saber ahora es ¿desde cuando es merecedor de derechos? , si se le extenderá toda la gama de derechos que posee un ser humano como persona; se le restringirá de algunos derechos o definitivamente no es ser humano solo materia embrionaria.

2.1. Teoría del estadio del ovocito pronucleado: desde la penetración del óvulo por el espermatozoide

Dentro de una primera postura se incluyen científicos y doctrinarios que entienden que debe calificarse de ‘persona’ al óvulo penetrado por el espermatozoide por ser el punto inicial del proceso irreversible de concepción de un nuevo ser.

Una de las adeptas de esta postura es Catalina Arias de Ronchietto, manifiesta que toda vida humana se inicia en el preciso momento en que el espermatozoide penetra el óvulo a través de la membrana gamética, instante en el que se da comienzo al proceso de

⁴⁶ Estados Unidos: caso de Davis Junior Lewis versus Davis Mary Sue (1/6/1992)

fecundación; y expresa que “*si no es humana esa vida ya desde la fecundación no lo será jamás...*”⁴⁷ de allí que el ovocito pronucleado presenta ontológicamente una indiscutible condición humana por lo que en definitiva resulte correcto afirmar que el respeto a la vida humana se impone desde que comienza el proceso de generación.

En sentido contrario a Catalina Arias de Ronchietto, el genetista argentino Nicholson afirma que el ovocito pronucleado, no se trata aún de un embrión, sino de una célula que podrá convertirse en un ser humano, pero que todavía no tiene el mapa genético⁴⁸. La fecundación, es un proceso que tiene inicio desde la penetración del espermatozoide en el óvulo y concluye en un muy reducido lapso siempre inferior a las 48 hrs., momento en el cual se produce la concepción –en sentido estricto- con la fusión de los pronúcleos masculino y femenino al conjugarse los 23 cromosomas paternos con 23 cromosomas maternos– quedando impreso en el nuevo ser, su código genético. En éste orden de ideas, se puede aseverar que la concepción es un momento crucial, el hecho de que un óvulo aloje un espermatozoide se debe tratar como una realidad nueva, en pleno desarrollo y como tal no puede ser sino un ser humano, el que, por implicancia necesaria, cuenta con personalidad jurídica.

2.2. Teoría del estadio de cigoto: Desde la fusión de los pronúcleos masculino y femenino – singamia

La teoría del estadio de cigoto también llamada teoría del estadio en singamia, consiste en la fusión del óvulo y el espermatozoide, sólo forman una célula o un grupo de ellas pero sin llegar a constituir un nuevo ser. Cuando se juntan el espermio y el ovocito se produce la singamia; partidarios de éste criterio científico señalan que se produce la fusión cromosómica de las células germinales dando origen al cigoto con su propio código genético, como el inicio de un nuevo ser de la especie humana, que se traduce en una nueva realidad humana, única, distinta, original e irrepetible.

⁴⁷ ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa “El Derecho frente al congelamiento de óvulos” pág.1648

⁴⁸ Esta información fue publicada en el Diario La Nación 14-VI-1990 (Parte III) y es extraída para esta investigación de pagina web: www.vidahumana.org

Luis Guillermo Blanco en su libro *El “Preembrión humano” (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias)* aclara que son dos etapas muy diferentes la fecundación y la concepción; no se las debe confundir. Por ello tiende a explicar:

- La fecundación comienza a partir de que el espermatozoide penetra en el óvulo humano y concluye en un breve lapso (siempre inferior a las 48 hs.)
- La concepción se da cuando se produce la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia) dando origen a un huevo o cigoto, el cual tendrá su propio código genético distinto al de sus progenitores.

Durante éste breve estadio de desarrollo (de la fecundación a la concepción) la célula, producto del acto fecundatorio, recibe el nombre de ‘ovocito pronucleado’ –u ovocito en estado de pronúcleo– por lo tanto, resulta forzoso admitir, que desde el mismo instante en el que un espermatozoide se ha introducido y aún antes de la concepción –stricto sensu– nos encontramos ante un ser dotado de humanidad, que así ha comenzado su propio ciclo vital, pues la ontogénesis (desarrollo) es un proceso gradual, caracterizado, principalmente, por su progresividad, para alcanzar un fin estructural y funcional.

Con una posición unánime están autores como Enrique Banchio que menciona una opinión coincidente con Jerome Lejeune, catedrático de genética de la Universidad de Sorbona, Francia y Juan Lacadena de la Universidad Complutense de Madrid, España; en el sentido de que la vida humana comienza tan pronto como los 23 cromosomas paternos encuentran los 23 cromosomas maternos o cuando de dos realidades diversas (gametos paterno y materno) surge una realidad nueva (cigoto) con autonomía genética para presidir su propio desarrollo⁴⁹.

Jerome Lejeune defiende fervorosamente la condición de ser humano del embrión desde la singamia, porque la información suministrada por el ADN hará al ser humano y no otra entidad, y ese destino genéticamente marcado, con toda la potencialidad que ello

⁴⁹ BANCHIO Enrique Carlos, “*Status jurídico del “nasciturus” en la procreación asistida*”, Pág. 831

implica, no puede ignorarse a los fines de tomar una postura⁵⁰. Dos gametos se unen para volverse, no dos diferentes, según la matemática uno mas uno hacen dos, sino en lo que atañe a la fecundación es que uno y uno (el espermatozoide y el óvulo) se vuelven uno, una sola célula que va germinando con el paso del tiempo para ir creciendo y formándose un nuevo ser, el embrión. Por lo mismo su protección debería empezar, en el momento de la singamia, porque es desde allí que se determina que es un ser único, irrepetible. Una razón más para que sea merecedor de derechos inherentes a su persona, así no se haya introducido en el cuerpo de una mujer (no necesariamente su madre) debe ser protegido.

2.3. Teoría de la Anidación

Se considera que el momento de la anidación en el útero materno es el principio del ser humano como tal; de acuerdo a ésta teoría cuando concluye la implantación o anidación del embrión en la pared del útero, comienza la existencia individualizada de la persona y tal circunstancia ocurre a los catorce días desde que se produjo la fecundación. Para ésta teoría la concepción viene a coincidir con el momento final de la operación técnica procreativa, es decir la implantación del embrión en el útero, instante en el cual comienza la gravidez o embarazo.

Asimismo esta teoría sostiene antes de la anidación, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, pues existe la posibilidad que una célula o un grupo de células se separe del embrión y configure otro individuo de las mismas características genotípicas, lo que da lugar a la existencia de gemelos monocigóticos, durante ese momento son independientes de ser uno o varios embriones. Hasta que el embrión no haya pasado la segmentación, no se puede reconocer como persona al ser en formación, porque todavía no tiene definida la calidad de ser único ya que no está determinada la individualidad del sujeto; que es una condición para la existencia de la persona humana. El término de 14 días constituiría el límite, más allá del cual no es más posible la división gemelar del embrión:

⁵⁰ MESSINA DE ESTRELLA Gutierrez, Graciela N. “*Bioderecho*”. 1998. pág. 37

- Embrión no implantado, pero que tiene menos de 14 días de evolución se le llama preembrión; y no se le reconoce la calidad de persona.
- Embrión implantado en el útero, con más de 14 días, al que sí reconocen la condición de ser humano y persona.

La expresión “preembrión” fue acuñada por primer vez, durante los trabajos de la Comisión Warnock⁵¹, vocablo destinado al embrión de menos de 14 días, momento en que comienza la existencia del individuo humano; sin embargo los 14 días datan de una sentencia sobre el aborto de la Corte Constitucional de la República Federal de Alemania, del 25-II-1975, en la que se determina el día decimocuarto como momento a partir del cual comienza el embarazo y por ende, la protección del embrión, por adherirse éste al útero. Posteriormente, la Ethics Advisory Board de los Estados Unidos en 1979, y la Comisión Walken del Estado de Victoria (Australia) de 1984, indican el día catorce como término último para experimentar con embriones.

2.3.1. Superación de la teoría de la Anidación

En los últimos años dicha teoría fue favorablemente superada en las más recientes leyes europeas y en las recomendaciones del Consejo de Europa (Estrasburgo) destacándose entre otras cosas que resulta arbitraria la indicación de los primeros 14 días, como límite máximo de edad del embrión para consentir la intervención sobre el mismo. La figura del preembrión, hace referencia al embrión que todavía no ha cumplido los 14 días desde la concepción y esta definido como una sustancia celular ontológica y distinta del embrión, pareciera constituir una construcción especulativa que no tiene fundamento en la ciencia biológica contemporánea.

Autores como Domingo de Basso, rechazan el término preembrión señalando: “que la fijación del día 14º para la anidación del embrión es totalmente arbitraria, habiendo constataciones más recientes demostrando, que la anidación en el útero

⁵¹ El Warnock Report (Informe Warnock) es el informe final de 1984 con el que concluye los trabajos la Comisión designada por el gobierno británico y presidida por la profesora Mary Warnock, para estudiar dos temas: la investigación biomédica en el campo embriológico y genético y la fecundación artificial

materno se produce alrededor del día 7º e inclusive antes⁵²”. Según Francisco Ferrer⁵³ los 14 días iniciales de la evolución embrionaria fue una solución transaccional de la Comisión Warnock en Gran Bretaña para facilitar libremente la experimentación genética en el embrión durante ese lapso de 14 días. El medio para habilitar el uso de los embriones para la investigación científica consistió, en alejar el inicio de la vida humana más allá del momento de la concepción.

La nueva categoría de ‘pre-embrión’ abrió las puertas a leyes exageradamente flexibles en países que practican estos experimentos, dejando en inseguridad a los embriones que sobran de la fertilización in vitro que no son transferidos al cuerpo de la mujer y que deben permanecer criopreservados. Se logró superar la teoría de la anidación gracias a autores que han criticado duramente indicando que la ontogénesis es un proceso continuo y permanente que se inicia con la fecundación y concluye con la muerte, por lo que no resulta posible colocar segmentos de mayor o menor importancia en el mismo; entre ellos Armando Andruet en su libro “*La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación in vitro en particular*” explica que no puede existir una distinción entre embrión y preembrión, todo lo que ocurre desde la fecundación hasta lograrse la concepción es una ‘unidad’.

2.4. Teoría de la existencia del ser humano a partir de la actividad cerebral

Teoría que indica que el comienzo de la existencia del ser humano se marca con la presencia de actividad eléctrica cerebral registrada mediante un electroencefalograma (lo que acontece cuarenta o cuarenta y cinco días después de la fecundación) esta teoría es sustentada por Graciela N. Messina De Estrella Gutierrez⁵⁴.

⁵² BASSO, Domingo M. en “*Nacer y morir con dignidad, Bioética*”, págs. 82 a 85 y pág. 109

⁵³ FERRER, Francisco “*El Embrión humano y la nueva Constitución*” Pág. 858 y ss. La teoría de la anidación fue usada como argumento para fijar un elemento delimitador en el desarrollo embrionario, junto con el momento de la implantación en el útero.

⁵⁴ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela. *Ob. Cit.* Pág. 41

El día 14 de la evolución embrionaria, aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién comienza la vida con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural; entonces estamos frente a un ser viviente, que tiene una pauta selectiva específicamente humana. Llamada también la teoría de la formación del sistema nervioso central, que secunda a la tesis de la anidación y que sirve de apoyo.

Quien no concuerda con esta teoría y fundamenta es el español Juan Jose Lacadena que afirma que “el hecho de que el electroencefalograma (EEG) plano durante un cierto tiempo sea hoy en día un criterio aceptado para dictaminar clínicamente la muerte de un individuo no es comparable en absoluto al EEG plano de un embrión en desarrollo: en el primer caso el cerebro ha dejado de funcionar...en el segundo caso aún no ha empezado porque su programa genético de desarrollo todavía no ha mandado la información necesario para ello”⁵⁵

Tal posición nace de la conceptualización de la inactividad cerebral, no de la vida, lo que merece serios reparos ya que el trato análogo de un muerto cerebral con el de un recién concebido no puede ser válido, ni deben ser puestos en la misma balanza porque generaría una inequidad.

3. Alegato filosófico acerca del embrión criopreservado

Si bien el ser humano ha sido tema de reflexión filosófica desde la más remota antigüedad cuando hablamos de embrión humano, nos referimos a un estado de cosas que involucra un proceso de desarrollo. La expresión “embrión humano” se refiere a un momento particular de un largo proceso de desarrollo que principalmente pareciera explicarse por el crecimiento y el aumento de complejidad de las estructuras y funciones propias del cuerpo humano. La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene, como su nombre indica, una pretendida validez “universal”, es decir: válida para todos los hombres, para todos los seres humanos: de todos los tiempos, edades, culturas, religiones e ideologías. El mundo occidental manifiesta repetidamente su intolerancia

⁵⁵ LACADENA, Juan José “Aspectos genéticos de la reproducción humana en la fecundación artificial. Ciencia y Ética”, pág. 22

con aquellos que, abiertamente no reconocen la validez de esta declaración ni respetan los derechos que recoge. También puede ser que no sea necesario promulgar leyes al respecto porque la población respete la naturaleza de modo espontáneo y no incurra en la perversión de destrozarla y maltratarla gratuitamente y sin sentido.

3.1. Persona y vida embrional

3.1.1. Teoría del embrión, que no es persona, ni ser humano

Teoría que se funda en la hipótesis de que el embrión –hasta cierto tiempo no hay certeza de la presencia del alma espiritual⁵⁶, una teoría con tintes en el derecho natural arraigado en lo divino; la hipótesis de la animación retardada o diferida se fundaba exclusivamente sobre una embriología hoy insostenible y sobre una fundamentación filo-teológica endeble y tambaleante al perder su base de sustentación que en el presente no tiene asidero, sin embargo la ponemos en esta investigación para poner en conocimiento de la existencia de esta.

Resulta difícil saber en que momento cada persona percibe que tiene un alma, cual debe ser su grado de conciencia para reconocer en si mismo un alma, o en que momento se adhiere al cuerpo del nuevo ser, en el nacimiento, o solo la poseen los nacidos vivos. Por todas estas razones esta teoría ha sido descartada ya que apela a realidades suprasensibles como el alma infundida por Dios, este tipo de entidades no se puede verificar de acuerdo al rigor propio de las ciencias empíricas.

Existe una superación de esta teoría en el presente, la iglesia a adoptado criterios nuevos utilizando preceptos antiguos escritos en la Biblia concepciones como: que cada nueva vida humana es creada directamente por Dios ‘a su imagen y semejanza’ y que, por lo tanto, es intrínsecamente malo destruirla, o la idea de que Dios nos impone, a través del Papa, la obligación moral de respetar la vida de los fetos. Sin embargo, por respetable que puedan parecernos este tipo de razones, cabe señalar que dependen de la aceptación

⁵⁶ BASSO, Domingo M. Ob. Cit. Pág. 170

de una creencia religiosa o de una manera religiosa de ver el mundo y, dada la libertad de creencias consagrada en las constituciones políticas contemporáneas de los estados democráticos, no es el tipo de razón que pueda servir para justificar ninguna legislación pública al respecto.

3.1.2. Teoría del embrión, no como persona ni como de ser individual

En el fondo esta hipótesis se identifica con la anterior aunque se enuncia de una manera nueva ya no se hace hincapié en el momento de la infusión del alma, ni en el principio de la unión sustancial del cuerpo y alma. Se trata de prescindir de esos postulados partiendo de una constatación científica considerada definitiva: hasta cierto punto no hay embrión y no tendría “individualidad propiamente dicha”. Para algunos autores que denominan ‘embrión’ al ya anidado; el cigoto, mórula, blastocito no son embriones; y algunos los llaman preembriones, puesto que son células que se van multiplicando.

Los partidarios de esta doctrina no se ponen de acuerdo sobre el instante en que se debe considerar la “individualidad embrional” nos encontramos frente a una ancha franja que se extiende desde la nidación hasta el nacimiento pasando por las etapas de la aparición de la corteza cerebral, la configuración de órganos la viabilidad del feto. Los científicos, teólogos, católicos que son partidarios de esta hipótesis no suelen pasar del momento de la nidación, o sea del día catorce a partir del instante de la fecundación (fecha científicamente arbitraria), a pesar de reconocer la existencia del código genético en esas minúsculas células apenas formadas.

3.1.2.1. Certeza o inexistencia del Preembrión

3.1.2.1.1. Existencia del pre-embrión

Según esta corriente los embriones humanos son entidades que se hallan en un estado de su desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. Describen el desarrollo inicial de la vida indicando que el gameto –célula sexual o germinal llegada a la madurez, se une con uno de sexo opuesto y forma un cigoto

(que después se dividirá), luego un preembrión (hasta el día catorce tras la fecundación) y por último, un embrión (más allá del día catorce y en el momento de la diferenciación celular). Antes de ser preembrión este se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva –primer esbozo del sistema nervioso-a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos

El día 14, decisivo para adquirir status legal, quienes sostienen esta posición afirman que no es sino hasta después del décimo a decimocuarto día posterior a la fecundación que comienza la vida, y que no está claro que un embrión humano sea un individuo único antes de ese momento. Antes del día catorce este es un simple pre-embrión que no tiene un status legal, por eso se lo mantendrá congelado por varios años; por que solo es un conjunto de células dividiéndose por el momento; momento en que es criopreservado por ende no alcanza la calidad de ser humano y menos de persona.

3.1.2.1.2. Solo existe embrión desde la fertilización

Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término preembrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo.

El comienzo único es la fertilización, cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Entonces en cuanto se produjo la concepción estamos ante un ser vivo, con

derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico y esta segunda posición esta más acorde con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Se ha dicho que por inducción científica se tuvo conocimiento de la novedad de la "criatura única" desde hace más de cincuenta años, pero como la información escrita en la molécula ADN del cromosoma era diminuta, no fue científicamente demostrable. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro.

3.1.3. Teoría del embrión como ser individual, pero no persona

Esta teoría que hace la distinción entre lo humano y lo personal; aparece en un texto sobre el aborto, redactado por un grupo de intelectuales franceses, incluyendo teólogos, católicos publicado por la revista "Ètudies 4 (Pour une r`eforme de la l`egislation française relative a l' avortemet) Ètudes 13, 1973", texto que provoco gran pol`emica, sus supuestos parten del rechazo de la definici3n cl`asica de persona todav`ia respetada por las opiniones anteriores y asumen otro criterio para identificar el 'ser personal'. Para Trist`an Engelhardt, por ejemplo la persona es en sentido estricto: una clase de agentes morales libres; un feto humano solo ser`ia "persona en potencia por que no es sujeto de respeto moral, como fin en si mismo"⁵⁷, para demostrarlo establece una comparaci3n entre el respeto debido a un rey o un presidente en potencia y la persona en potencia, el feto humano por que no gozar`ia los mismos derechos que un persona en el acto.

De lo extra`ido del postulado de Engelhardt, abarca simult`aneamente la licitud de manipulaci3n en la fecundaci3n in vitro ilimitada, del aborto inducido, de la eutanasia. Contradice la igualdad que tienen todos los seres humanos por el hecho de ser tales; el ser sujeto de respeto moral no tiene cabida, al comparar a un embri3n criocongelado que todav`ia no puede defenderse, con una persona de renombre por as`i decirlo, esta postura

⁵⁷ BASSO, Domingo M. Ob. Cit. P`ag. 171

según la tesis es una de las más absurdas. Un presidente o un mendigo tienen los mismos derechos a la protección; no es el hecho de que sean vistos de diferente manera por la sociedad; por lo que son o lleguen a ser; por lo que dicen o visten; ambos son seres humanos y viven en la tierra eso debe bastar para ponerlos en igualdad en una balanza, sobre todo si se trata de derechos inherentes a su calidad de seres humanos.

3.1.4. Teoría de la vida embrional en potencia

Los que desconocen los derechos a embriones congelados parafrasean que los criocongelados solo son '*una vida en potencia*'; el ser una vida en potencia significa que, solamente mantenido en condiciones necesarias a su desarrollo, podrá convertirse en un sujeto humano, capaz de elecciones y de actos morales o inmorales. Asumen un concepto de vida que no es puramente biológico, sino que está orientado a otros valores, más auténticos, por ejemplo, que no tiene sentido una política demográfica que prohíba la contracepción en un mundo en el cual somos obviamente demasiados. No tiene sentido defender el derecho de cada concebido a la vida sin considerar cuáles son sus posibilidades concretas de tener una vida '*digna de ser vivida*'.

Consideran que a falta de criterios cronológicos absolutos, algunos (muchas autoridades religiosas, sobre todo) obligan de todos modos a respetar esa vida en potencia porque es la vida como tal, aunque sea en su forma todavía embrionaria, la que se respeta; sin embargo creen que en el fondo, predicar la reproducción a toda costa significa a la capacidad de la vida de auto-regularse; un poco como '*la mano invisible del mercado*', las epidemias, las enfermedades infantiles, las penurias siempre han aportado cierto equilibrio demográfico.

Cuestionan a los que pregonan un derecho a la vida para los embriones; porque ahora es tan importante la vida, el nacer y el morir, esta es una cuestión confiada a nuestras decisiones conscientes y puntúan que las venerables instituciones que hoy predicán la vida, han ultrajado tranquilamente en siglos anteriores, teorizando la guerra justa y la legalidad de la pena de muerte.

3.2. Hacia una ontología del embrión humano

Según Carlos Romeo Casabona, director de la Cátedra Inter-universitaria de Derecho y Genoma Humano en España, considera que son dos realidades muy diferentes la del embrión in vitro y la del feto; por ello recomienda que se dé luz verde a la investigación con embriones. Cuando se habla de embriones criopreservados se esta ante presencia de pocas decenas de células que se encuentran en el laboratorio y se han obtenido, con fines reproductivos, para parejas con problemas de fertilidad; su desarrollo se ha detenido días después de su creación y tienen que ser transferidos a una mujer para desarrollarse.

Equiparar ese inicio de vida en laboratorio a un feto que ya está en el vientre de la madre o a una persona, es más discutible, porque en el caso del feto -incluso del embrión de pocos días- que está en el vientre de la madre, hay una continuidad inevitable que, salvo accidentes u otros problemas, concluirá en el nacimiento, pero con el embrión congelado, no ocurre eso, por que su evolución ha sido detenida, paralizada para ser criopreservada por largos periodos de tiempo.

El experto en fertilización in vitro Carlo Falmigni, advertía de que sólo hay un 10% de probabilidades de que un embrión congelado pueda ser descongelado, implantado y dé como resultado un embarazo. Respaldado por el criterio de que el embrión humano no tiene individualidad, por lo tanto carece de ser personal, se utiliza material embrionario en las investigaciones que, tras el cultivo pertinente las líneas celulares son las soluciones terapéuticas para la diabetes, el parkinson o el cáncer.

3.2.1. Destino de embriones criopreservados

Con hijos congelados a 196º0 y, frente a la duda de los efectos de la congelación, que se indica como duración máxima de la crio-conservación –que varía según el país– de 1 a 5 años. Lo cual significa que, cada año, para evitar la sobrepoblación de embriones criopreservados deben ser destruidos; decenas de millares de embriones que no se han utilizado; millares de existencias son truncadas. Se trata de una catástrofe pre-natal, una

muerte masiva no simplemente tolerada, sino programada –como el antiguo Faraón– en instrumento de una perversa lógica de violencia y de muerte. Entonces que pasa con la existencia del ser, de un ser autentico, indefenso por el momento

Pacientes que se sometieron a la fertilización in vitro, ante la imposibilidad de una transferencia inmediata de todos los embriones fecundados, deben criopreservar a los embriones que sobraron, debido a que no es una solución saludable la destrucción en cadena de los embriones. Criopreservarlos con la intención de transferirlos apenas se pueda; en efecto, el seno materno es el único lugar digno, donde el embrión puede tener alguna esperanza de sobrevivir, reanudando espontáneamente los procesos evolutivos artificialmente interrumpidos. O significaría una muerte lógica el tener reservado un precioso material viviente, que pueda ser usado en experimentos o para otros fines instrumentales.

Con relación a ello el Papa de la Iglesia Católica ha manifestado el modo antinatural en que estos embriones han sido concebidos y la antinaturalidad de las condiciones en que se encuentran, pero menciono que no se puede olvidar que se trata de criaturas humanas, dones vivientes de la bondad divina, creados a imagen del mismo hijo de Dios.

3.2.2. Supuesta postura neutral, la del Estado

Muchos autores de países no han legislado sobre el tema sobre las técnicas de reproducción humana asistida, manejan un pseudo-argumento sin fundamento, la supuesta pretensión de ‘neutralidad’ por parte del Estado, con la que se pretende legitimar la despenalización de la destrucción de seres humanos no nacidos. El silencio legislativo es cómplice de que se cometan atrocidades en nombre de una laguna jurídica.

En el presente, parece ser que defender los “derechos de los animales” es políticamente correcto y aquel que lo hace es un héroe, mientras que aquel que solicita el respeto al no nacido, al embrión criopreservado, es un intolerante que trata de imponer su ideología a todos. Los que defienden a los animales; lo que buscan en primer lugar: es que no los

maltraten; en segundo lugar: tratan de lograr que el resto de personas, aunque quizás no piensen como ellos, tampoco les maltraten; no se conforman con el falaz argumento de que aquellos que no comparten su modo de ver las cosas, tienen el derecho de maltratar a los animales; es de forma similar que tenemos que defender los derechos de los criopreservados, contra legislaciones que aceptan la experimentación de embriones.

De hecho, los que defienden a los animales tratan insistentemente de impedir que los maltratos a los animales ocurran: y lo hacen tanto instando a los gobiernos a tomar medidas legales para proteger a los animales; es así como se debe actuar ahora que estamos todavía a tiempo: legislar la situación de los criopreservados pasados, presentes y los futuros si es que los hubiera, controlar los registros en centros especializados en fertilización; para que no se cometan intolerables oprobios contra indefensos seres humanos. Si en la comparación que hacemos con la situación de los animales y los embriones criocongelados, un Estado que permite que los animales sean maltratados asume que los animales no merecen recibir esa protección, lo mismo acontece con los embriones congelados; entonces hablaríamos de que el Estado no es neutral.

El Estado que tolera, permite y promueve el aborto, asume que el nasciturus (el que va a nacer) no es un ser humano con dignidad pues no tiene derechos por tanto el Estado no tiene porque reconocer nada, ese país está lejos de ser neutral: pues asume una ideología muy particular, concreta e identificable.

3.3. Dejar de generar embriones, para evitar la sobrepoblación

A la pregunta de ¿cómo evitar la sobrepoblación de los criocongelados?, creo que yo misma, a priori, no sabría responderla, pero esta incapacidad es debida, en parte, a que el planteamiento de esta pregunta exige ir en contra de lo que quieren las parejas cuando recurren a estos métodos para tener hijos. Una respuesta para los padres debiera ser: sino puedes tener hijos de manera natural no los tengas o si quieres ser padre: adopta, ya que hay tantos niños huérfanos; solo así nos evitaríamos tanto embrión congelado abandonado en el mundo.

Otra opción debiera ser, tomar una medida: *dejar de generarlos*; esos embriones están ahí porque alguien los creó y los crioconservo. Si coincidimos en que la existencia de estos embriones es un auténtico problema ético (yo diría que, más bien, es un drama humano), lo más razonable y honrado sería dejar de generar este grave conflicto: dejar de producir embriones humanos. El tomar esta razonable e imprescindible medida nos garantiza que no vamos a continuar colocando en la misma situación de jaque a más embriones de los que ya tenemos, pero no nos permite resolver el problema de los embriones que ya están congelados, pero estamos dando un primer paso para evitar más problemas.

3.3.1. La viabilidad biológica

Para dar una solución a la sobrepoblación de embriones humanos en estado de criopreservación, una opción es volver a estudiar la viabilidad biológica de estos embriones (no la legal, no la que fue sacada de una Sentencia en Alemania), que ayudaría a determinar si tienen posibilidades razonables de ser gestados en el útero de una mujer (idealmente su madre o, en su ausencia una madre adoptiva) y llegar a nacer.

En el caso de embriones abandonados por sus padres que resultasen razonablemente viables, deberíamos ir implantándolos en la medida de lo posible y darles la oportunidad que merecen de poder desarrollarse y llegar a nacer, crecer, etc. Y si la conclusión es que, a consecuencia de su prolongada congelación, han sufrido daños irreparables que hacen imposible su desarrollo prenatal, deberemos asumir la realidad de que, a pesar de estar todavía vivos, estos pobres embriones no tienen ninguna posibilidad (hoy por hoy) de llegar a nacer; de esto tenemos dos posibles alternativas: dejarlos congelados en espera de que algún día la ciencia avance lo suficiente como para devolverles su original viabilidad o descongelarlos y dejarlos morir.

Si, a pesar de reconocer la conflictividad del problema y la ausencia de una auténtica solución moralmente aceptable (acorde con la dignidad de esos seres humanos),

continuamos generándolos, nos encontraríamos ante una falta de coherencia y un exceso de hipocresía intolerable.

3.4. Realidad del embrión criopreservado: contraria a la predicción

Hasta ahora nadie ha demostrado que la vida de los embriones congelados no sea plenamente humana. Afirmar que no es persona, es una apreciación subjetiva que carece de fundamento lógico, y no pertenece al orden racional desde el momento en que no se define lo que es ser persona. Sin embargo, la evidencia científica de que son individuos de la especie humana es irrefutable.

Ningún embrión ha curado ni va a curar, previsiblemente en muchos años, a nadie de nada, cuando tal suceda, si llega a suceder, éstos embriones, por su procedencia, pueden producir (hay estudios que lo demuestran) rechazo en el paciente y previsiblemente formas tumorales. Las células adultas, por el contrario, están demostrando ventajas sobre las embrionarias. Recientes artículos de revistas del máximo prestigio, (Nature, Science, The Lancet, Cell) han demostrado, entre otros, su éxito frente a la regeneración de tejidos en pacientes con insuficiencia cardiaca grave con transplantes de células de la médula ósea del propio paciente.

3.4.1. División existente entre embriones humanos congelados

Se distinguen dos clases de embriones congelados: los que tienen derecho a la vida, que se van a desarrollar en el seno de la madre o se donarán a otra mujer a tal fin; y los restantes que, sean o no viables, se someterán a un procedimiento especial de descongelación que los fragmentará para que las células sigan vivas, y así poderlas utilizar para investigación.

Poco a poco se van haciendo distinciones primero entre un embrión y un cigoto, luego entre un embrión viable y uno inviable; entre un embrión sano y uno enfermo; olvidando que el embrión humano en sus estadios más precoces, es un individuo diferente de sus padres, genéticamente perfecto e individualizado: la única diferencia que debería contar

es “que existe una diferencia esencial entre el cigoto y los gametos. El embrión no es biológicamente el resultado de una simple suma de gametos, sino un ser estrictamente distinto u original desde el primer instante.

Ambos gametos contienen el código genético de la madre o del padre en su caso; son, además células adultas, es decir, han alcanzado su máximo desarrollo previsto para la función que les es propia, la fecundación. Cuando ambos gametos se funden y surge el cigoto, éste cigoto no es una célula del padre ni de la madre, su mensaje genético es irrepetible, inédito, permanecerá invariable y, mediante los conocimientos que le imponga el medio, se desarrollará autónomamente hasta la vejez y muerte, sin añadirsele nada esencial, salvo nutrición, oxígeno y tiempo.

La moderna biología no hace sino confirmar la elemental experiencia de que, no obstante los parecidos físicos y temperamentales de los hijos, éstos no son una simple parte del padre o de la madre, pero algunos temen decirlo porque al afirmar esto no tendrían con que realizar experimentos ya que utilizan como conejillos a los embriones criopreservados.

4. Alegato jurídico acerca del embrión criopreservado

La problemática surgida en los últimos años en el seno de las técnicas de fecundación extracorpórea ha hecho brotar un problema, el de establecer con puntualidad el momento en que se inicia la vida humana y desde que momento merece amparo por parte del ordenamiento jurídico, todo ello a partir del angustiante destino que han dado clínicas y laboratorios especializados a los embriones criopreservados.

Esta cuestión de persona, ha sido motivo de discusión a través del tiempo, preguntas debatidas hasta el cansancio; es o no persona el embrión, el feto; tiene forma humana, hubo llanto al nacer o no; tiene vida independiente o es parte de las vísceras de su madre (en Roma), cuestiones cuando el no nacido era producto de una concepción natural, es decir, cuando desde la fecundación se encuentra en el cuerpo de la madre. Se originan

más problemas cuando la fecundación fue extracorpórea; el no nacido se encuentra en una probeta criopreservado a 196° 0.

La discusión por el momento, es debatida en pocos países, esto debido a que algunos países prefieren modificar artículos en su normativa jurídica vigente hace mucho tiempo; hay países que no se manifiestan y otros que han aprobado normas hasta para clonar embriones. El legislador boliviano prefiere pensar que las técnicas de fertilización in vitro todavía están muy lejanas, tanto así que, el anteproyecto de ley de reproducción humana asistida estaba desde 1998 en la cámara de diputados aprobándose el 2002 y se encontraba en el Senado; pero con la aprobación de la Constitución Política del Estado, la mayoría de los anteproyectos se anularon; este anteproyecto no se encontraba en los que se salvaron para ser revisados, por ende no hay ninguna normativa por revisar en el congreso que tenga como referencia la fecundación artificial.

4.1. Determinación de la existencia del ser

Conforme a los principios que rige nuestra economía jurídica la existencia de la persona natural se determina bajo la concurrencia de las siguientes fases o periodos⁵⁸:

4.1.1. Existencia natural del ser

Que se inicia desde el momento preciso en que el espermatozoide masculino fecunda el óvulo femenino, o sea, el instante en que se produce el hecho biológico de la concepción.

4.1.2. Existencia legal del ser

Se concreta con el nacimiento con vida

A los fines de la transmisión hereditaria, las personas son capaces para suceder, y por tanto adquirir derechos, desde el momento de su concepción, estando supeditados únicamente al hecho jurídico de nacer con vida, como condición sine

⁵⁸ PAZ Espinoza, Felix. "Derecho de Sucesiones Mortis Causa" 5ta edición La Paz-Bolivia. Pág.78

qua non, aunque muera inmediatamente después. Cabe la aplicación del principio jurídico que dice ‘al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida’.

El hecho de no encontrarse en el seno materno hace que el embrión criopreservado no goce de derechos patrimoniales, no sea acreedor de herencias, de bienes; que si bien le podrían favorecer al ser implantado y nacer con vida, no le corresponden. La doctrina y las diversas teorías no lo consideran para acogerse en la calidad de heredero, no obstante se lucha por el estatus de ser humano.

4.2. Embrión criopreservado en medio de “las personas por nacer”

A la persona por nacer en derecho se la llama “nasciturus”, que significa el que esta por nacer, (*qui in utero est; conceptus*; llamado más tarde vulgarmente *nasciturus*)⁵⁹, que se descompone en conceptus (concebido, existe la unión entre el espermatozoides masculino y el ovulo femenino; ambas células ya han formado un embrión) y concepturus (persona que esta por concebirse, no ha sido concebido pero hay la posibilidad de que así sea).

Para responder cual es la ubicación del embrión humano criopreservado entre estas dos categorías diremos que, los embriones criopreservados procedentes de la FIV, no son concepturus, puesto que ya están concebidos, porque no existen dos células sexuales sino un embrión humano; siguiendo esta línea debería ser conceptus ya que la normativa boliviana indica que es persona a partir de la concepción, cabe recalcar que no menciona nada de ‘en el cuerpo de la madre’ solo indica a partir de la concepción es merecedor de derechos patrimoniales como extrapatrimoniales.

No obstante el legislador no ha previsto estas situaciones cuando legislaba porque los tiempos eran otros y no se conocía con profundidad los alcances de las técnicas de

⁵⁹ Según Ravinovich Ricardo, señala que nasciturus, se trata de un adjetivo verbal sustantivado, participio futuro del verbo nascor, que se conjuga en voz pasiva, pero posee el significado activo de “nacer”. Así, el nasciturus no es “quien va a nacer”, sino “quien puede nacer”, quien posee la aptitud de nacer. Pero existe también la posibilidad de que no nazca, entonces el nasciturus tiene la potencia de nacer.

reproducción humana. Chile por ejemplo ha especificado que se protege la vida desde la concepción en el seno materno, para evitar que se interprete de diferente manera, lo que en un principio se trato de hacer en esta investigación para que los embriones puedan suceder a sus padres biológicos.

Ilva Myriam Hoyos Castañeda, en su libro “La persona y sus derechos”, al referirse al término ‘concepción’ señala que el uso de esta palabra “*está referida al momento mismo en el que la vida humana se constituye, no a la implantación o anidación del óvulo originado en las trompas de Falopio (...)*. El embrión, en tanto que concebido pero no nacido, se asimila por tanto, al nasciturus. El hecho de que la fecundación se haya dado fuera de la madre solo constituye una connotación accidental que en nada afecta el inicio de la vida.

En el caso de duda, de si el embrión es o no persona, individuo de la especie humana, debe aplicarse el principio in dubio pro vita y por lo tanto el juez y el legislador pueden proteger al embrión como si fuera persona, desde el momento en que es altamente probable que lo sea, es decir desde el momento mismo de la fecundación. La concepción genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento.

Contrariamente a ello la Sentencia SCC-C-133-1994 de la Corte Constitucional de Colombia, sobre el origen de la vida y la protección jurídica del nasciturus señala: “*...La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción... se trata de un nuevo ser humano dentro del vientre materno (...)* La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre”.

Asimismo la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 53/1985, de 11 de abril⁶⁰ de modo que, a juicio del Tribunal Constitucional español, *el nasciturus* no es titular del derecho constitucional a la vida, sin perjuicio de lo cual, y dado que éste encarna un valor fundamental del ordenamiento constitucional, como es el valor de la vida humana, *el nasciturus* es acreedor de un determinado deber constitucional de protección. El reconocimiento por parte del Tribunal de dicho deber de protección, dejó planteado el problema pero el Tribunal no da, en su sentencia, más que directrices genéricas (en su Fundamento 7): “...esta protección que la Constitución dispensa al *nasciturus* implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”

El Tribunal Constitucional español exigió mayores garantías protectoras de la vida del *nasciturus*, pero no objetó, cabe reiterarlo, la constitucionalidad de la despenalización del aborto que el proyecto contemplaba y como fue impugnada la mencionada sentencia decidió que dicho deber de protección no exige una penalización absoluta o general del aborto, y que resultaban, por tanto, admisibles, desde el punto de vista constitucional, los supuestos despenalizadores que el proyecto de ley contemplaba. Contrario a ello su homólogo alemán⁶¹, optó por defender el derecho a la vida del no nacido.

4.2.1. Situación del embrión criopreservado dentro del conceptus

Se tiene la categoría de concebido a partir de la unión del espermatozoide y del óvulo, el instante de formar una sola célula que se convierte en embrión y goza de vida propia, la

⁶⁰ STC 53/1985, de 11 de abril (Pleno), recaída en el recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983, promovido con fecha 2 de diciembre de 1983, por 54 Diputados contra el "Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal".

⁶¹ Wolfgang Graf Vitzthum y Jörn Axel Kämerer, "Derecho y Medicina en Alemania, algunos problemas contemporáneos", Revista *Diálogo Científico*, Vol. 7 N° 2, 1998, pp. 927. Aunque sin llegar a los excesos del Tribunal alemán no quedó satisfecho hasta obtener del legislador la "épica" redacción dada finalmente al párrafo 219 del Código Penal: "La asesoría sirve a la protección de la vida por nacer. Tiene que inspirarse en el esfuerzo por motivar a la mujer a continuar el embarazo y por abrirlle perspectivas para una vida con el niño; le debe ayudar a encontrar una decisión responsable y consciente. Al respecto, la mujer debe estar consciente de que el no nato en cada estadio del embarazo también frente a ella tiene su propio derecho a la vida y que por lo mismo, según el orden jurídico, solamente se puede considerar un aborto en situaciones excepcionales, cuando resulta para la mujer una carga a través de la gestación la cual es tan grave y excepcional que sobrepasa los límites de sacrificio que se puede exigir".

vida comienza desde el inicio de la fecundación, en un proceso continuo, dentro del cual el nasciturus recorre diversos estadios de su propia evolución y desarrollo, pero como una realidad ontológica distinta a la de sus progenitores, por ello el concebido tiene derechos inherentes a su calidad de ser humano. La regla es que todos los concebidos, se favorecen de derechos patrimoniales, pero solo se aplica a concebidos dentro del cuerpo de la madre, es decir por medios naturales y no así a los embriones en probeta.

Es cierto que el criterio de que el acto fecundatorio marca el comienzo del ser humano, no ha sido pacíficamente aceptado; la discusión sobre el tema se ha reanimado, en especial en los últimos años con el desarrollo de las técnicas de fecundación in vitro. La Sentencia SCC-C-591 de 7 de diciembre de 1995, Corte Constitucional de Colombia, desconoce los derechos humanos para el embrión congelado haciendo distinciones; he aquí un extracto de dicha sentencia:

“se declara como exequibles los Arts. 90,91 y 93 del Código Civil Colombiano, porque desconocen el principio de la dignidad humana, al establecer que el principio de la existencia legal emprende al nacer; al no reconocer que el ser humano es considerado tal y por tanto beneficiario y titular de los derechos humanos desde el momento mismo de su concepción desconociéndose por tanto los derechos humanos como el derecho a la vida”; al establecer una desigualdad de condiciones, sobre todo jurídicas, entre el concebido y el nacido; no ampara al bebé probeta pero si al concebido no nacido; porque la legislación sustantiva vigente es contraria a los tratados internacionales, debidamente ratificados, que garantizan la vida de todo ser humano”.

4.3. Merecen o no merecen derechos, los embriones criopreservados

La corriente doctrinaria enuncia que la tutela del derecho no se produce en el momento de la fusión, sino en el momento en que el embrión es introducido y se va desarrollando en el seno materno; ya que algunas mujeres después de ser implantado el embrión no pueden llevar el embarazo y se producen fracasos; por ello cuando ya ha comenzado a desarrollarse en el seno materno, estamos en presencia de un ser vivo que merece tutela, hasta antes de ese momento no se lo considera persona. El embrión considerado como sujeto con expectativas de derechos, aunque otros difieren y piensan que deberían entrar a la categoría de concepturus; teniendo en cuenta que en la fecundación in vitro no hay

concepción, la doctrina acepta pacíficamente que tal circunstancia no sería óbice para extender por analogía.

La práctica de la fecundación artificial, al parecer en nuestro medio no ha traído mayores consecuencias jurídicas, considerando lo que está ocurriendo en países donde existen más de 100 mil embriones criopreservados. Una razón puede ser la poca frecuencia y la mínima necesidad de recurrir a este procedimiento, dada la situación particular de que la mayor parte de la población boliviana está compuesta por gente joven (70%), que demuestra plena potencialidad biológica para generar descendencia en la forma natural. De ahí tal vez la explicación del porque nuestros legisladores no se han empeñado en desarrollar una legislación tendiente a regular el sistema de la fecundación artificial⁶².

4.3.1. Protección jurídica para el embrión

Independientemente de la interminable discusión filosófica acerca de si le corresponde o no el status de persona, claro está, que el embrión es un individuo de la especie humana y por esta razón merece ser protegido por el ordenamiento jurídico; debido a que la discusión de, si es o no persona, puede ser muy debatida y mientras se llegue a una postura unánime, los embriones pueden ser usados en Bolivia para experimentos.

Es cierto, algunos autores, así como algunas comisiones especiales han pretendido negar la cualidad de “individuo” al embrión partiendo del hecho de que puede dividirse en las dos primeras semanas de su vida, por ello emplean el término por algún tiempo de “pre-embrión” – actualmente en desuso—para referirse al nuevo ser.⁶³

4.3.1.1. Los derechos del embrión humano inherentes a su ser

El punto ético-jurídico fundamental se encuentra en el reconocimiento de la cualidad humana del embrión y, por ende, en la convicción de que el fruto de la generación

⁶² PAZ, Espinoza Félix C. “Derecho de familia y sus instituciones” Pág. 384

⁶³ BLANCO, Guillermo Luís, “Bioética y Bioderecho” Pág. 282

humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la formación del cigoto, exige el respeto incondicional, que moralmente se debe al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde su concepción, desde ese momento deben reconocerle derechos esenciales a su ser, ante todo, el derecho inviolable a la protección que tiene todo ser humano.

La congelación, prescindiendo de la peligrosidad de la metodología para la integridad y la supervivencia del embrión, constituye en sí misma una lesión de la dignidad de la criatura humana y del derecho del embrión a desarrollar su teleología inmanente y de proceder con autonomía hacia su propio fin.

- *Derechos humanos de 2ª generación.*- Si nos situamos a mediados de los años ochenta, observaremos una doctrina jurídica que pretende regular estas técnicas biomédicas y toma como base para ello el respeto de los derechos humanos, que en ese momento se identifican con los llamados "Derechos Humanos de segunda generación", esencialmente derechos socio-económicos individuales, esto es, que suponían la exaltación del Principio de autodeterminación del individuo. En estos años, existe un horizonte de sobrevaloración de las posibilidades técnicas en el que la reproducción artificial se presenta como una opción concreta al alcance de nuestra mano, de hecho, como una oferta más del mercado.

En este contexto se desarrollan leyes de reproducción asistida con marcado carácter individualista y en las que se da una mayor preponderancia al interés y derechos del padre y de la madre en base al principio de autodeterminación, y una menor consideración y protección al embrión humano.

Así, leyes surgidas en este contexto histórico como la Ley española de Reproducción Asistida de 1988, basándose en dos sentencias sobre la legalización del aborto, una del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana de 1975 y otra del Tribunal Constitucional español de 1985, y atribuyendo la influencia de los trabajos británicos de la Comisión Warnock, adopta el término "preembrión" para designar al óvulo fecundado

que no ha llegado a los 14 días, y al que se considera carente de vida humana, mientras que el término "embrión" identificará la existencia de dignidad humana a partir del día 14 a contar desde la concepción.

- *Derechos humanos de 3ª generación.*- Diversas instancias sociales van a empezar a crear un punto de inflexión y a demandar la existencia de un equilibrio entre el interés de los padres y los derechos del hijo que está por nacer, instancias morales como la Declaración de la Iglesia Evangélica de Alemania sobre las Cuestiones de Bioética o la Iglesia Católica en la Instrucción Vaticana Donum Vitae, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, de 1987, así como otras instituciones civiles como el Parlamento Europeo en su Resolución sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro, adoptada en 1989 o la ley alemana de 1991 que regula más estrictamente la reproducción asistida y ya se denomina ley sobre "protección del embrión".

Este giro en la doctrina jurídica se va a ir imponiendo conforme se vayan asentando y aceptando los llamados "Derechos Humanos de tercera generación", que rompen el individualismo anterior con la entrada en consideración de los derechos de las generaciones futuras, el ecologismo, el respeto a la naturaleza y a sus recursos, etc. Jurídicamente se va a demandar la aplicación del llamado Principio de responsabilidad en la utilización de las nuevas tecnologías, para que no se tengan en cuenta sólo los efectos inmediatos de éstas, sino también sus consecuencias en el futuro, así como el Principio de precaución, que justifica la existencia de una legislación restrictiva sobre la biotecnología para que la sociedad sea capaz de mantener el control sobre ellas.

A mediados de los noventa, la sociedad comienza a preocuparse ante el doble uso que puede hacerse de estas técnicas, especialmente si se las combina con prácticas eugenésicas (clonación, selección genética) y se empieza a ser consciente de que, si bien es cierto que debe respetarse la libertad fundamental de investigación científica, sin embargo, una práctica científica inadecuada y fuera de cualquier control ético o jurídico podría poner en peligro la dignidad humana. La Carta encíclica de Juan Pablo II

"Evangelium vitae" de 1995, va más allá y señala que la ley civil ha de estar, por tanto, en conformidad con la razón y la ley natural, pues de otro modo estaría privada totalmente de auténtica validez jurídica, siendo posible en estos casos el ejercicio de la objeción de conciencia.

4.3.1.2. En la praxis se niega todo derecho al embriones criopreservado

La praxis se funda la negación de la pertenencia de los embriones, y sobre todo de los embriones precoces, al número de los seres humanos. Esta negación ha sido subrayada en la ambigua noción de pre-embrión propuesta por la conocida embrióloga A. McLaren en 1986, noción acogida triunfalmente por el mundo para-científico, y que ahora se está abriendo camino también en el mundo médico. El uso de la noción de pre-embrión es ideológico e instrumental y parece tener como fin la justificación a posteriori, de una praxis manipuladora que de ningún modo se quiere abandonar, es decir, la practica de experimentar con los embriones que se encuentran en estado de criopreservación esperando ser implantados.

En esta tesis reconocemos la auténtica humanidad del embrión, aunque todavía no se vea plenamente desplegada su personalidad. Por esto, la obtención con técnicas artificiales de un embarazo a término no justifica ni la formación de un número excesivo de embriones ni su reducción mediante el aborto cuando se hayan implantado en número demasiado grande, ni la previa selección eugenética, ni su congelación.

4.3.2. Doctrina en general, niega derechos sucesorios

La doctrina niega los derechos sucesorios del hijo nacido por estos métodos si el comienzo de la gestación es posterior a la muerte de los padres, tratando de evitar de esta manera que sea la arbitrariedad o bien apetencias sucesorias las que motiven el nacimiento del niño.

Doctrinarios consideran que con esta técnica se condena al hijo a una orfandad deliberada, pues se sabe a ciencia cierta que nacerá sin padres, y sin padres, que para

ellos son los pilares fundamentales de la vida de una persona, se estaría obligando al embrión a una desigualdad; destacan que no es razonable pensar que una pareja que desea tener un hijo o varios recurriendo a esta técnica como última instancia en vida quiera necesariamente que lo tengan otras personas (parejas) si fallecen ambos o uno de los dos.

Otro argumento que utilizan los que niegan los derechos sucesorios es que, en este tipo de procreación como es de la fecundación in vitro no tiene un carácter terapéutico (beneficioso para la esterilidad) porque con el fallecimiento del varón desaparece la esterilidad que se quería reparar. Además, aducen intereses económicos por parte de la mujer si el marido muere, o viceversa o de familiares para administrar los bienes que el (la) (los) fallecidos dejarían a su hijo o hijos y los problemas jurídicos de filiación y sucesorios que surgen.

Eduardo A. Zannoni, afirma con relación a la fecundación artificial que no deberían autorizarse la realización de estos métodos sofisticados alternativos a la esterilidad, que responden a fantasías de mortalidad genética, ni deberían admitirse demandas tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda en una inseminación artificial, propone que, debería destruirse este material, para evitar cualquier tipo de controversias, y sino se pudo evitar, ese hijo no podría alegar derechos hereditarios respecto de su padre.

Compatible con ello, José Luis Lacruz Berdejo, expresa con referencia a la fecundación post-mortem *"la fecundación post mortem debería estar administrativamente prohibida, salvo sentencia judicial en pleito contra el ministerio fiscal y los herederos del difunto"*; si se llega a producir la fecundación artificial no se conferirían derechos sucesorios al nacido por esta técnica. Sin embargo, gran parte de la doctrina reconoce al hijo póstumo un *status filii*; en consecuencia podría ejercer acciones de filiación, llevar el apellido paterno, entablar lazos familia del *cujus* y exigir a los miembros que le provean alimentos en caso de necesidad, pero le niega la posibilidad de suceder al causante.

Hay un argumento clásico pero absurdo al que recurren los detractores para negarle sus derechos patrimoniales: *el mundo es un desastre*, la pregunta que plantean es ¿Quién puede estar tan seguro de que es hoy y no mañana el momento más propicio para traerlos al mundo?; sienta sus bases en que existen miles y miles de niños que sufren de hambre, para que hacer más miserable al mundo trayendo otros miles de embriones y sin padres que los alimenten; para que arrojarlos al mundo con todos sus inconvenientes y dolores más concretos. Por ello reprochan la actitud de Rabinovich-Berkman y manifestando que él, es un católico militante a ultranza y que cree en milagros como que las cosas mejorarán en el futuro.

Probablemente la estrategia del mayor efectividad para los partidarios de negarles derechos patrimoniales se basa en suponer que aquellos que quieran someterse a tratamientos de fertilidad sofisticados sentirán algún reparo particular a raíz de una legislación represiva; tomando enfáticamente una posición en primera persona “*Si mis preembriones congelados pueden terminar paridos por cualquier otra, entonces no los congelo*”; frases como está hacen que la gente que tiene criopreservados opte por destruir al embrión sin opción a que este sea adoptado.

4.3.2.1. La posición de la doctrina norteamericana

La doctrina norteamericana no reconoce al embrión como sujeto de derecho desde que en 1973 un Tribunal fallo a favor de permitir el aborto; fue el caso *Roe versus Wade*⁶⁴ en que se reconoció que se negaba toda forma de derecho al embrión o feto que se encontraba en el seno materno; para admitir el aborto.

A comienzos de 1970, Norma McCorvey ("*Jane Roe*") alegó que ella había sido violada por una pandilla y estaba embarazada. Las abogadas Sarah Weddington y Linda Coffee,

⁶⁴ El Caso *Roe* contra *Wade* o *Roe vs. Wade*, es el nombre del caso judicial por el cual la Corte Suprema de Justicia de los EEUU reconoció (por fallo dividido) el derecho al aborto en los Estados Unidos de Norteamérica.

presentaron una demanda en Texas representando a Norma L. McCorvey⁶⁵. El Fiscal de distrito del Condado de Dallas, Texas, Henry Wade, representaba al Estado de Texas, que se oponía al derecho de aborto. El Tribunal del distrito falló a favor de Jane Roe, pero rehusó establecer una restricción en contra de las leyes sobre aborto.

El caso fue apelado en reiteradas oportunidades hasta que finalmente llegó a la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, la que finalmente en 1973 decidió que el feto no gozaba de la protección de la Constitución de los EEUU y por lo tanto no podía impedirse su remoción del vientre materno. Esta decisión de la Corte fue interpretada como la legalización del aborto y es válida y vigente para los 50 estados de la Unión. Revisando el Análisis de la Jurisprudencia y Doctrina de los Estados Unidos⁶⁶ se extraen los siguientes casos:

4.3.2.1.1. Caso de Davis versus Davis

El punto de partida de la jurisprudencia norteamericana data con el fallo de la Suprema Corte de Tennessee en el caso de Davis Junior Lewis versus Davis Mary Sue (1/6/1992), en donde se hizo lugar al pedido de la parte actora de la destrucción de los embriones, en protección a su derecho a no procrear y como consecuencia del principio de “autonomía reproductiva”. El litigio se centró en siete embriones criopreservados, resultado de reiterados esfuerzos del matrimonio Davis por concebir un hijo. En el procedimiento de divorcio, la mujer solicitó los embriones para ser implantados en su útero, sin embargo, contrajo nupcias por segunda vez y pidió que los embriones fueran donados a una pareja infértil; el marido se opuso a la implantación o donación, solicitando que los embriones fueran destruidos.

⁶⁵ Norma L. McCorvey quien estuvo durante el juicio como "Jane Roe" dio a luz a su hija mientras el caso aún no se había decidido. La bebé fue dada en adopción. En 1987, McCorvey admitió que no había sido violada por pandilleros, como sostuvo durante la substanciación del caso.

⁶⁶ MOMBERG Uribe, Rodrigo “El problema de los embriones criopreservados” Análisis de la Jurisprudencia y Doctrina de los EE.UU. Extraído para esta investigación del trabajo que se enmarca dentro del proyecto N° 200031, de la Dirección de Investigación y Desarrollo de la Universidad Austral de Chile, denominado “Las técnicas de reproducción humana asistida y sus implicancias en el Derecho Privado chileno”.

En su resolución la Corte Suprema de Tennessee estableció tres criterios que debían tenerse en cuenta para resolver este tipo de litigios.

- Primero, debía estarse a las preferencias de los progenitores. Tal como lo ha señalado la doctrina norteamericana, este criterio es difícilmente aplicable, ya que si las partes han iniciado una acción legal para resolver el destino de los embriones es porque no existe consenso entre ellas.
- En segundo lugar, a falta de consenso actual entre los progenitores, los acuerdos anteriores entre las partes relativos al destino de los embriones deben tenerse como válidos y exigibles. Es importante señalar que entre los Davis no existía acuerdo previo alguno, y sin embargo la Corte Suprema de Tennessee estimó conveniente sentar como principio el precedente de que los acuerdos previos entre las partes en esta materia deben presumirse válidos.
- Por último, en ausencia de acuerdo previo, debían tomarse en cuenta “los intereses relativos de las partes en cuanto al uso o no uso de los embriones”. En este sentido, los intereses de la parte contraria a la implantación deberían prevalecer, mientras la otra parte tenga “una razonable posibilidad de tener descendencia por medios diversos al uso de los embriones en cuestión”, incluyendo la adopción. Si no existiese otra alternativa para dicha parte, los argumentos a favor de la implantación podrían ser considerados. Sin embargo, si una de las partes sólo desea el control de los embriones para efectos de donarlos a otra pareja infértil, la posición de la parte contraria a la implantación es la que debe prevalecer.

La Corte en el caso Davis apreció dos aspectos de la autonomía reproductiva: el derecho a procrear y el derecho a no procrear. La corte esencialmente desechó la pretensión de la Sra. Davis basada en su derecho a procrear, ya que su intención de donar o implantar los embriones no puede considerarse como integrante del derecho que tiene toda mujer de controlar su autonomía reproductiva. En suma, si los embriones aún no han sido implantados en la mujer (en otras palabras, si no existe embarazo), el derecho de la mujer a procrear necesariamente debe ceder frente al derecho del hombre a no procrear.

4.3.2.1.2. Caso Kass versus Kass

Otro caso es **Kass** versus **Kass** en el año 1998 en el que la Corte de Apelaciones de Nueva York (el tribunal superior de dicho estado) tuvo que pronunciarse acerca del destino de embriones criopreservados; manteniendo el precedente sentado por Davis señalando que los acuerdos previos relativos al destino de los embriones criopreservados deben presumirse válidos y exigibles.

4.3.2.1.3. A.Z versus B.Z

La pareja en A.Z suscribió una serie de documentos, requeridos por la clínica tratante, en los cuales, además de explicarse el tratamiento médico y los riesgos del mismo, se requería que la pareja decidiera el destino de sus embriones criopreservados en casos de crisis matrimonial. Siete de dichos documentos fueron suscritos (uno por cada tratamiento al cual la pareja se sometió), y en cada uno de ellos se estableció que en el caso de separación, los embriones quedarían a disposición de la mujer para su implante.

Durante el divorcio, el marido solicitó que se decretara una prohibición permanente para la mujer de usar los embriones almacenados en la clínica respectiva. La Corte Suprema de Massachusetts dio lugar a la solicitud del marido, en un fallo que ha sido ampliamente criticado por la doctrina estadounidense. Para fundamentar su decisión, la corte planteó una larga serie de argumentos, relacionados básicamente con la forma y el contenido de los acuerdos firmados por las partes.

El tribunal estimó que el fundamento último del fallo debía encontrarse en razones de orden público. En este sentido la corte señala que aun en el caso de existir un acuerdo preciso y claro entre las partes, no impondríamos un acuerdo tal que obligara a un donante a convertirse en padre o madre contra su voluntad. Recalca la preeminencia del orden público; enfatiza su aversión a imponer acuerdos que tendrían como efecto ligar a un individuo con una futura descendencia. La imposición del acuerdo sobre el destino de los embriones es visto por la corte como una violación de la libertad y privacidad del marido, ya que forzaría una relación no deseada entre el marido y su futura progenie.

4.3.2.1.4. J.B versus M.B.

En este caso, el varón pretendía el control de los embriones criopreservados para efectos de implantarlos en una futura cónyuge o bien donarlos a una pareja infértil, mientras que la mujer solicitaba que dichos embriones fueran destruidos. Se alegó la existencia de un acuerdo oral entre las partes en virtud del cual marido y mujer consentían en donar todo embrión no implantado, y un acuerdo escrito en el cual la pareja, en el caso de divorcio, renunciaba a sus 'tejidos' en favor de la clínica tratante.

Después de revisar las decisiones de Davis y Kass, la corte siguió la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Massachusetts en A.Z en cuanto a su fundamento en consideraciones de orden público. En este sentido, el tribunal Appellate Division de la Corte Suprema de Nueva Jersey señaló que los acuerdos suscritos para crear relaciones de familia (matrimonio y parentesco) no son exigibles contra aquellos que posteriormente reconsideran su decisión. La corte señaló además que favorecer a la mujer en este caso no conculcaba el derecho a procrear del varón, ya que éste mantenía su capacidad de tener descendencia por otros medios que el uso de los embriones criopreservados. Por otra parte, el tribunal consideró inaceptable permitir el nacimiento del o los hijos biológicos de la excónyuge mediante su implantación en otra mujer.

La corte sostuvo que la mujer no podía invocar su derecho a la integridad física o a la privacidad en el caso de disputas relativas a embriones criopreservados. El fallo señalaba expresamente que los embriones no podían ser considerados personas en un sentido constitucional, por lo que no podía invocarse su protección bajo dicho fundamento, por último, sostuvo que los acuerdos entre progenitores o donantes de gametos, relativos a la disposición de embriones deben ser generalmente presumidos como válidos, obligatorios y exigibles ante cualquier disputa que surja entre ellos.

Así, no queda claro en los fallos de las cortes de Massachusetts y Nueva Jersey si todos los acuerdos en esta materia son inexigibles por las partes, o sólo aquellos que podrían obligar a una de ellas a convertirse en padre o madre contra su voluntad. Además, en

A.Z la corte señaló que “si bien la procreación forzada es inaceptable, la exigibilidad de un acuerdo que establece la destrucción o la donación de los embriones para fines de investigación es todavía una cuestión abierta”. Sin embargo, la aparente preferencia de los tribunales por solucionar estos litigios a través de la preeminencia de la voluntad de las partes, la doctrina de ese país ha señalado una serie de objeciones a la validez y exigibilidad de este tipo de acuerdos.

Si bien la jurisprudencia de los tribunales superiores estadounidenses relativa al destino de los embriones criopreservados ha sido uniforme en cuanto a la resolución de los casos sometidos a su conocimiento en cuanto a favorecer a la parte contraria a la implantación, los fundamentos jurídicos de dichas resoluciones son diversos e incluso opuestos. Tampoco la doctrina tiene una postura única respecto del tema. Si bien parece haber unanimidad en cuanto al rechazo de resolver estas disputas por medio de los acuerdos previos de las partes, para algunos la implantación requiere siempre el consentimiento de los progenitores.

De esta manera, el futuro de los aproximadamente 100.000 embriones que se encuentran en estado de criopreservación en las clínicas estadounidenses es incierto, ya que en definitiva los progenitores no pueden estar seguros de si los acuerdos suscritos por ellos serán respetados o deberán ceder frente a razones de orden público impuestas por los tribunales respectivos.

4.3.3. La posición de la doctrina Latinoamericana

Todos los seres humanos gozamos de derechos básicos o “humanos”; entre esas prerrogativas, se destaca la que tiene por objeto la vida del concebido que, en su caso, se transforma en un derecho de nacer. El reconocimiento de la personalidad desde la concepción, fue tomado por el codificador argentino, Dalmacio Vélez Sársfield, prácticamente a la letra, del Proyecto de Código Civil (normalmente conocido como "Esbozo") que había redactado unos años antes para el Brasil el jurista Augusto Teixeira de Freitas, inspirado en el Derecho Romano.

En las últimas décadas del siglo XX, al aparecer las técnicas de fecundación extracorpórea, no faltaron los juristas que se plantearon si acaso el circunstancial de lugar "en el seno materno", reiteradamente empleado en el Código Civil, implicaba negar la personalidad (es decir, la titularidad de derechos) a los embriones y ovocitos pronucleados no implantados en una mujer. Según Ricardo Rabinovich se trata de una interpretación farisaica, ceñida a la letra de los preceptos, pero desvinculada de toda consideración histórica y de contexto. La fórmula en cuestión es tradicional, y deriva de la expresión latina "qui in utero est" ("el que está en el útero"), muy empleada en las fuentes clásicas romanas.

Con excelente criterio, la inmensa mayoría de la doctrina argentina rechazó de plano esa exégesis artificiosa. En 1994, al reformarse la Constitución de Argentina, la postura amplia recibió un contundente espaldarazo, al conferírsele jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos. Esa carta internacional, probablemente la mejor del mundo en su género, reconoce el derecho a la vida desde la concepción.

4.4. Países que prohíben la fecundación post-mortem

Para evitar confusas situaciones, sería óptimo, que la voluntad del progenitor de que su semen, o sus embriones sean utilizados por su cónyuge con posterioridad a su muerte debería ser expresada por escritura pública o por testamento. Sin embargo autores como Pantaleón Prieto niegan la eficacia del consentimiento para después de la muerte, indicando que la decisión de que el propio semen sea utilizado con fines reproductores, por su carácter indudablemente personalísimo, no puede tomarse para el futuro en forma irrevocable, ha de ser necesariamente una decisión actual, en el momento en que la decisión tenga lugar.

No habría problema si el causante muere después de que se ha implantado el embrión no existe ningún problema, porque se aplican las reglas que desde siempre ha dado la doctrina solucionando el tema. El problema se plantea si el causante muere mientras el embrión se encuentra congelado y este nace con posterioridad; la tendencia internacional

es negarle derechos sucesorios. Al respecto la recomendación 60 de la Comisión Warnock del Reino Unido propone que debe introducirse una legislación que prevea que cualquier niño nacido por inseminación artificial con semen del marido, que no estuviese en el útero en la fecha de la muerte de su padre, no será tenido en cuenta para sucederle o heredarle.

Y si fallece la dadora del óvulo antes de que el embrión sea implantado, este nunca podrá adquirir la condición de hijo, porque la maternidad se determina por el hecho del parto por lo tanto nunca podrá heredar⁶⁷. Fernando Abellán, analiza la forma de ayudar a las mujeres que tienen criopreservados y señala que el consentimiento del varón dado antes de "*... realizar las técnicas de fecundación in vitro, esté casado o no, le vincula a los embriones y a los hijos que nazcan de ellos como un padre natural con todas las obligaciones*"⁶⁸. Estos casos en los que consta expresamente la voluntad del esposo o pareja a la procreación post mortem dan lugar a una filiación paterna.

En los casos en los que se prohíbe la inseminación y la fecundación de óvulos con semen del marido o concubino fallecido, suelen aducirse razones filosóficas y de ética médica, para evitar situaciones macabras, y por cuestiones sucesorias, ya que la mujer supérstite pasaría a gobernar el número de su descendencia arbitrando los derechos sucesorios de los restantes hijos.

El Proyecto de Ley 1997/11 del Senado chileno prohíbe la fecundación post-mortem; en Alemania se considera como delito punible, mientras que el Proyecto del Senado uruguayo señala que no se podrá determinar legalmente la filiación del hijo nacido respecto del marido o concubino fallecido a menos que el material reproductor no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón o cuando el nacimiento se produjera después de los 300 días de su fallecimiento. La Ley española autoriza la fecundación post mortem, matizando que el cónyuge fallecido no será legalmente el

⁶⁷ LEHMANN, Heinrich "Derecho de Familia". Pág. 36 y es lo que estaba plasmado en el art. 242 del CCE.

⁶⁸ SILES, Nuria. "*Engendrar vida después de la muerte*". Extraído de la página del Diario Médico-Agencia Noticias y Portal Medicina y Salud- <http://www.diariosalud.net> (Visitado en Junio 2009)

padre a menos que se usen sus gametos en una técnica reproductiva en la viuda antes de los 6 meses inmediatamente posteriores a su fallecimiento.

4.5. Embriones criopreservados en la Sucesión Testamentaria

El testamento conceptualizado como un negocio jurídico formal, es una declaración de última voluntad, contiene disposiciones con proyección para después de la muerte del testador, y este puede disponer en esta declaración (su testamento) cuestiones de carácter patrimonial y no patrimonial. En su contenido extrapatrimonial esta referida a la función autónoma de vínculos, de algunas declaraciones de última voluntad con carácter no patrimonial, cuyo contenido singular, y en todo caso, puede ser de lo más diverso.

Así como menciona en el Dr. Félix Paz Espinoza catedrático de la Carrera de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés en su libro “Derecho de Sucesiones Mortis Causa” las cláusulas testamentarias pueden estar dirigidas a prever (...) sobre las técnicas señaladas para la reproducción asistida y los derechos de los embriones supernumerarios obtenidos por dichas técnicas⁶⁹.

Concordando con ello el Notario de Fe Pública Nelson Zapata declara que nada impide que en un testamento se haga declaraciones de esa naturaleza es decir que se disponga de los embriones criopreservados sobre lo que sucederá después de que llegue a fallecer el causante con el producto de esta especialidad de la medicina. Pueden darse en testamentos abiertos como cerrados, y los albaceas son los que deben hacer cumplir las últimas disposiciones del que en vida fue el causante.

La posibilidad de que puedan suceder patrimonialmente a sus padres no es problema, pero si se quiere introducir esto en el testamento se lo debe hacer con mucho cuidado y no a la ligera se debe tomar en cuenta todas las situaciones que se podrían suscitar al ser implantados o al desecharlos.

⁶⁹ PAZ Espinoza, Félix C. , “*Derecho de Sucesiones Mortis Causa*” Pág. 304 y 305

5. Conclusiones del capítulo

El embrión humano es, sin lugar a dudas, un ser humano en el estadio más incipiente de su desarrollo. Son muchos los falsos y absurdos argumentos con que se trata de negar la naturaleza humana del embrión de menos de 14 días de vida. Esos embriones existen porque un equipo técnico los ha creado para ser hijos, por expresa demanda por parte de sus progenitores y, ahora, nos vemos incapaces de ofrecerles un futuro y un trato acorde a su dignidad. Hay personas responsables de estos embriones (tanto de su existencia como del estado en que se encuentran como del negro futuro que les aguarda en países donde se ha permitido la investigación con ellos). Resulta un poco hipócrita denunciar esta lamentable realidad sin recordar el “porqué” y el “por quién” esos embriones están ahí.

Dado que los “embriones” son considerados un mero “material biológico” que ya no es útil para el fin para el que fue creado. La eliminación de estos “embriones” sólo supone un problema de conciencia si aceptamos que se trata de auténticos seres humanos: pero si partimos de esta “presunción” tampoco sería lícito crearlos in vitro, manipularlos y criopreservarlos. Ninguna de las posibles alternativas a permanecer congelados indefinidamente es éticamente aceptable: el mismo hecho de conservarlos congelados supone una falta de respeto a su dignidad. Es decir, que nos encontramos en un “callejón sin salida”.

Los tecnicistas simples consideran que todo lo nuevo es bueno, aceptan cualquier innovación tecnológica en aras a su futura aplicación y tienen un concepto "utilitarista" del embrión que le sitúa en espacios de ética diferente según el momento cronológico. Frente a ellos, defendemos una postura más humanista que exige que el progreso beneficie al hombre y a la sociedad, entiende que el embrión humano merece el respeto que los hombres queremos darnos.

Debemos denunciar la falta de rigor y prudencia científica que supone afirmar que las células madre de origen embrionario son capaces (y las únicas que disponen de esta

capacidad) de curar ciertas enfermedades: esta afirmación es imprudente porque todos los estudios están todavía en fases muy incipientes y no sabemos su auténtico alcance, ni sus efectos adversos ni su viabilidad.

Concluir diciendo que si bien los embriones congelados no son considerados “aptos” por así llamarlo para poder beneficiarse de suceder patrimonialmente a sus progenitores fallecidos, por no encontrarse en el útero materno, los derechos patrimoniales no son los únicos que le favorecen sino están los extramatrimoniales, los que le son esenciales a su calidad de ser humano, esos que considero que le son inherentes por el hecho de ser un ser humano un derecho a la vida, que si bien no todos los embriones al ser introducidos tienen la suerte de nacer, por lo menos se intenta y a veces fracasa, pero por lo menos se los deja morir en paz.

El derecho a la protección y seguridad, esos de no ser molestado, perturbado mientras se encuentran criocongelados. Perturbado en el sentido de que por el hecho de que sus padres hayan fallecido o estén abandonados, estos (los criocongelados) no sean materia prima de científico-médicos, de no ser utilizados con fines de experimentación e investigación ya que este tipo de investigaciones se aplican sobre embriones vivos.

C A P Í T U L O I I I

NORMATIVA JURÍDICA BOLIVIANA IMPLÍCITA Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Expondremos en este capítulo la normativa vigente y aplicable en Bolivia, conforme a la gradación jurídica plasmada en el artículo 410 de la Constitución; reconociendo que el silencio legislativo es una peligrosa actitud de indiferencia que favorece a excesos que se cometen a su nombre; por lo que, usaremos como directrices la normativa implícita existente en la legislación boliviana, conforme a ello proponer una ley en el último capítulo de esta tesis; ya que el derecho positivo en cuanto recoge una propuesta práctica, es orientador de conductas humanas, por ello es importante reglamentar conductas, pues el no importismo por estos temas puede traer a futuro consecuencias, como la sobrepoblación de embriones humanos en centros de fertilización y la cuestión de qué hacer con ellos sin disgustar a nadie.

1. Marco jurídico vigente y aplicable en Bolivia

Las normativa en Bolivia es insuficiente cuando nos referimos a la fecundación artificial en general y a la criopreservación en particular. El legislador boliviano no ha previsto a totalidad las conductas o los sujetos que tienen que ver con la fecundación artificial. Muchos países han decidido velar por el derecho a la vida de los embriones, desde sus códigos civiles y cumplir lo que dice la letra muerta de la ley, siendo que implícitamente protegen a embriones cuando se enuncia a las personas por nacer; otros países prefieren tener una ley especial para regular la fecundación artificial. Sin embargo, tomaremos la normativa implícita plasmada en artículos que de algún modo han tratado de equilibrar la fecundación artificial con la realidad boliviana.

1.1. Normas implícitas en la Constitución Política Boliviana

Los doctrinarios que debaten y fundamentan las teorías expuestas en el capítulo dos de esta investigación; no se ponen de acuerdo a la hora de establecer cual es el estatus jurídico del embrión criopreservado; pese a ello, existe una relativa unanimidad señalando que, independientemente que tenga o no la calidad de concebido, el embrión humano criopreservado no puede ser acreedor de derechos patrimoniales como una sucesión hereditaria; porque 1ro. No hay anidación y 2do esta el riesgo de hacer negocio con fortunas y herencias de padres biológicos en adopciones embriones criopreservados.

1.1.1. Embriones criopreservados con derechos extrapatrimoniales, sin derechos sucesorios patrimoniales

El artículo 58⁷⁰ señala que toda persona menor de edad debe ser considerada como un niño (a) o adolescente; por eso nos remitimos a lo señalado por el código niña, niño adolescente, ley 2026 que indica en su art. 2 “*Se considera niño, niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años...*”; la mayoría de edad en Bolivia se la alcanza a los 18 años; entonces de 18 años para abajo son estimados como menores de edad. Este artículo iría en pro de considerar al embrión criopreservado como niño o niña, para que el estado boliviano brinde la debida protección al embrión criopreservado, artículo que se respaldaría en los derechos humanos.

Siguiendo la tendencia de varios autores a los que hacemos mención en el capítulo anterior, consideran que el producto de la unión del esperma y el óvulo es un concebido, e independientemente de ser considerado niño, los mismos afirman unánimemente que no es sujeto para una sucesión testamentaria o ab intestado; pero si le consideran para adquirir derechos inherentes a su calidad de persona.

⁷⁰ **Art. 58.-** Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones.

1.1.1.1. Si el embrión criopreservado fuera considerado como concebido; entonces sería un niño

Si el embrión humano tuviera la categoría de concebido en la legislación boliviana que aún no se ha pronunciado acerca este tema; sería considerado como un niño según lo señalado por el art. 58, que todo menor de 18 años (donde entraría el embrión humano criopreservado), es un niño o una niña más. El artículo 59-III⁷¹ aseguraría la protección del embrión criopreservado con la categoría de concebido ya que le otorgaría derechos “*inherentes a su proceso de desarrollo*”. Muchos legisladores tomaron semánticamente y gramaticalmente lo escrito en sus normas, en esta investigación podría hacerse lo mismo, después de todo, el embrión criopreservado tiene una vida latente por tanto esta concebido; pero estaríamos obviando lo que realmente han querido decir los legisladores cuando propusieron tal artículo.

1.2. Buscando apoyo en convenios y tratados internacionales

Si bien es cierto que, el artículo 256⁷² de la vigente Constitución; concede jerarquía supralegal a los tratados internacionales en materia de derechos humanos por el mismo hecho de tratarse de seres humanos, lo mencionamos ahora para armonizar la gradación jurídica señalada en el artículo 410 de la Constitución.

1.2.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica 1969

El Gobierno Constitucional de Bolivia, mediante Ley 1430 de 11 de febrero, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

⁷¹ **Art. 59 III.** Todas las niñas, niños y adolescentes, sin distinción de su origen, tienen iguales derechos y deberes respecto a sus progenitores. La discriminación entre hijos por parte de los progenitores será sancionada por la ley.

⁷² **Artículo 256. I.** Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados a lo que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución se aplicarán de manera preferente sobre esta.
II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos Humanos cuando estos prevean normas más favorables.

conocida como el "Pacto de San José", suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, de conformidad con los artículos 45 y 62 de la Convención.

Este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a partir del momento de la concepción. Tanto así que implícitamente defiende el derecho a la concepción y prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, es decir embarazada lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno, de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos.

En su art. 4 par. I, enuncia *“toda persona tiene derecho a que se respete su vida”* que, aplicado al caso de los embriones en estado de criopreservación debemos partir de la premisa de que, el embrión tiene vida desde la fecundación y que si bien se encuentra en una probeta, no deja de ser una vida latente, la que se criopreserva, que se reactiva con el descongelamiento y con el implante en el útero de alguna mujer. En el mismo artículo menciona que su vida estará protegida por la ley *“... a partir del momento de la concepción...”* y de ese derecho no puede ser restringido por otro. A pesar de ello este artículo no indica, una concepción intrauterina o extrauterina, puesto que para 1969 todavía no se conocía el ‘boom’ de las técnicas de reproducción humana asistida; sin embargo indagando sobre cual era el motivo para firmar el pacto, expresamos que, se busca proteger al ser humano, velar por sus derechos inherentes, sin importar la nacionalidad, grado de instrucción, color de piel, país de origen, etc. Por ello considero, que no tiene relevancia si la fecundación es corpórea o extracorpórea de igual manera se debe tratar a un nonato concebido por forma natural o por medio de la reproducción artificial.

El numeral 2 del art. 5 del Pacto de San José, condena la investigación con embriones humanos en estado de criopreservación, señalando *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”* precepto que tiene estrecha relación

con el Código de Nuremberg, sancionado a raíz de espantosos experimentos con judíos. Desde allí parte la premisa de que nadie puede ser sometido a tratos crueles e inhumanos, o a la experimentación sin consentimiento. Un embrión no puede dar consentimiento alguno para ser objeto de experimentación, no es correcto que los galenos los destinen a la investigación.

El informe de la comisión de Warnock⁷³ de 1984, turbiamente introdujo en textos jurídicos el término ‘pre-embrión’ y su injustificable significado ha penetrado en el Derecho de la mayoría de países europeos; termino que apoya la experimentación de embriones criopreservados no transferidos al vientre materno; un embrión criopreservado es indudablemente titular de derechos inherentes a su calidad de ser humano como no ser privado de su vida, ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no solo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros y daños irreparables que puede sufrir.

1.2.2. Convención sobre los Derechos del Niño

El ser humano concebido de manera extracorpórea, resulta ser titular de todos los derechos que nuestra doctrina considera que le corresponde a las personas por nacer, pero son derechos de contenido extrapatrimonial sin distinción segregacionista entre la concepción acaecida en forma natural (in vivo) y la provocada a través de técnicas artificiales (in vitro). El segundo párrafo del preámbulo de esta convención señala que no se puede hacer distinción por razón alguna; entre las que menciona "el nacimiento", otorga "debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" del ser humano, su mismo artículo 6 tutela el derecho a la vida “*Reconoce la personalidad del no nacido*”, Carlos Banchio⁷⁴ apoyando el reconocimiento ‘de personas por nacer’ para los criopreservados, señala que se debe considerar la paridad legislativa; al concebido extracorpóreo con los concebidos en el claustro materno, otorgándole el status jurídico

⁷³ El Informe Warnock, del que se puede leer: “...la mayoría de nosotros recomienda que la legislación debería conceder que la investigación pueda conducirse sobre cualquier embrión obtenido mediante fertilización in vitro, cualquiera que sea su procedencia, hasta el término del día 14 de la fertilización...”

⁷⁴ BANCHIO, Enrique Carlos “*Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida*” pág.826/840

de persona por nacer exclusivamente para derechos esenciales, inherentes a su calidad de ser humano.

No obstante el status jurídico de persona por nacer otorgado al embrión criopreservado, por Guillermo Blanco⁷⁵ que indica que sería conveniente la pronta sanción de una norma que expresamente sentara la personalidad jurídica de los seres humanos así originados. La personalidad se la adquiere con el nacimiento, pero según esta convención, le está reconociendo personalidad al no nacido, a los hijos concebidos por medios naturales e implícitamente los concebidos por métodos artificiales.

1.3. Con relación a los derechos patrimoniales en el Código Civil

El Código civil, Decreto Ley No. 12760, por su parte, protege y otorga derechos al concebido, pero lo condiciona a su nacimiento con vida, para ser apreciado como persona. Este cuerpo legal data de 1975, cuando todavía ni se conocía la existencia del primer bebé probeta en el mundo.

Varios autores bolivianos consideran que se han creado nuevos problemas en la rama del derecho sucesorio con la presencia de embriones sobrantes congelados que podrían o no ser introducidos en el seno materno posteriormente a la muerte del cónyuge y que es importante una actualización del código civil en estos temas; ya que sin una regularización y solo tomando en cuenta lo que dice el implícitamente este artículo se estaría yendo en contra con lo que el legislador en ese tiempo quiso decir con la redacción de esos artículos en los que se menciona concebido.

1.3.1. Repercusiones de la situación de los embriones criopreservados en el derecho sucesorio

El aforismo “*nasciturus o conceptus pro iam nato habetur*”, que significa al concebido se lo tiene por ya nacido para todo lo que le favorezca; el código civil boliviano ha

⁷⁵ BLANCO, Luis Guillermo Ob. Cit. pág. 596

recogido también este aforismo en el art. 1⁷⁶ sin embargo en Bolivia, aún no se han presentado demandas en los que un embrión humano en estado de criopreservación haya reclamado derechos como la vida, protección o herencias por medio de familiares.

La doctrina solo reconoce este aforismo mientras el embrión este en el cuerpo de la mujer, sin importar si la concepción es corpórea o extracorpórea; claro está que debe estar anidado en el útero materno; es por ello que los embriones humanos criopreservados que están en espera de una futura implantación no pueden ser merecedores de derechos patrimoniales. Nos encontramos en una paradoja cuando leemos el art. 1008⁷⁷ que hace referencia a la capacidad que deben tener las personas para suceder; primero deben “...existir en el momento de abrirse la sucesión...” con una existencia quiere decir que pueda ser percibida por los sentidos, en una concepción natural este existir denota un examen de embarazo o una ecografía del niño o el notar que la madre a simple vista esta en estado de gravidez, pero en un embrión humano criopreservado también se revela su existencia ya que el embrión humano criopreservado se encuentra materialmente en una probeta, entonces existe; inclusive se puede observar su evolución desde la unión del espermatozoide con el óvulo.

No esta en debate el hecho de que para suceder también es capaz el “...nacido...” el debate se da por el “...concebido...”; autores como Catalina Arias o Domingo Basso consideran que el embrión humano criopreservado esta concebido y que simplemente las células que están en proceso de división, han sido estancadas para ser congeladas, pero no se puede negar la concepción y producto de ello, existe un embrión. Si bien el ordenamiento jurídico boliviano engloba a los capaces de suceder en: los existentes, los nacidos y los concebidos; no ha previsto una ley que regule las situaciones relacionadas a embriones humanos criopreservados, que cumplirían al menos dos de estos requisitos, pero la legislación comparada no considera a los criopreservados merecedores de

⁷⁶ **Art. 1.-** II. Al que esta por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida.

⁷⁷ **Art.1008.-** I. Para suceder es preciso existir en el momento de abrirse la sucesión, nacido o concebido.

derechos sucesorios, o patrimoniales, por tanto no son capaces para heredar en una sucesión legal.

1.3.2. Si fuera considerado concebido sería el primero en suceder

En Bolivia comúnmente se da la sucesión ab-intestato, es decir, en esta forma el causante no ha previsto su muerte, por lo tanto al haber muerto sin dejar testamento entonces es la ley quien actúa en suplencia del causante y tiene como base de sustentación, las ligaduras de familiaridad que existen entre el causante y los familiares. No realizan testamento, a raíz de las variadas formalidades que se deben cumplir para realizar un testamento, otro factor que impide que se hagan testamentos se da en motivo de que la población boliviana en un 70% es relativamente joven y se llega a fallecer medianamente de forma inesperada (según la última estadística presentada por el INE) por esos motivos la sucesión es legal.

Al darse la sucesión legal debemos recurrir al art. 1083⁷⁸ que refiere al orden de los llamados a suceder si es que el causante sucumbió, los primeros en ser llamados para heredar serían los descendientes, el primer escalón es para los hijos del causante como lo señala el art. 1094⁷⁹, hijos sin importar el origen en igualdad de condiciones, al interpretar ‘en igualdad de condiciones’ también deberían incluirse en ese mismo círculo a los embriones criopreservados, después de todo también serían hijos del causante; sin embargo esa sería la excepción porque los padres biológicos son conocidos y cuentan con un patrimonio que heredar, pero la regla común sería que ellos no heredan a nadie por que sus padres o dadores biológicos los abandonaron en los centros de reproducción o fueron origen de un ovulo donado y un espermatozoide de un banco de espermatozoides, entonces se resguardaría la identidad de los dadores.

1.3.3. Dilema de la situación del embrión criopreservado en un testamento

⁷⁸ **Art. 1083.-** En la sucesión legal, la herencia se defiere a los descendientes, a los ascendientes, al cónyuge o conviviente, a los parientes colaterales y al Estado (...)

⁷⁹ **Art.1094.-I.** La sucesión corresponde, en primer lugar, a los hijos y descendientes, salvo los derechos del cónyuge o del conviviente

Como mencionábamos en el subtítulo que nos antecedió, en Bolivia, la gente no está acostumbrada a hacer testamentos, porque es la muerte la que sorprende, se puede decir que la gente no está preparada para morir; sin embargo hay personas que disponen sus actos de última voluntad en testamentos. Según docentes de la materia derecho civil IV- sucesiones señalan que nada impediría incluir cláusulas a favor de los embriones humanos criopreservados que tienen en los centros de fertilización. El mismo código civil indica como regla general el 1121⁸⁰ todos pueden recibir por testamento a menos que sean indignos o incapaces para recibir o estén desheredados; enuncia taxativamente quienes son incapaces para recibir por testamento en el inciso 1) del art. 1122⁸¹.

Lo que queremos expresar al mencionar estos artículos es que: no pueden suceder o heredar hasta ser considerados como personas, pero nada imposibilita que el padre biológico de un embrión humano criopreservado vele por la seguridad, vida y dignidad de este embrión, no necesariamente lo debe nombrar como su heredero a título particular, sino puede solicitar en la una cláusula que sus familiares protejan la vida del embrión (que es su hijo). La doctrina enuncia que el testador sí puede disponer en testamento sobre el destino de los criopreservados; porque el testamento puede tener un contenido no patrimonial, entonces se pueden hacer declaraciones de esta naturaleza incluso puede designar tutor para los embriones humanos criocongelados.

1.4. Código Niña Niño Adolescente

El art. 2⁸² indica que los sujetos de protección son todos los seres humanos desde su concepción hasta que cumplan los 12 años. La doctrina aún no los considera como personas, de ser considerados ‘concebidos’ estando en la probeta; este artículo nos orientaría a defender la vida de los embriones criopreservados, ya que estarían en los parámetros del art. 2 que son desde la concepción hasta sus 12 años y tendrían las

⁸⁰ **Art. 1121-I.** Toda persona puede recibir por testamento, excepto si está desheredado o es incapaz o es indigna para este efecto.

⁸¹ **Art.1122.-** Son incapaces para recibir por testamento: 1) Los que no estén concebidos al morir el testador y los concebidos que no nacen con vida

⁸² **Art.2.-** Se considera niño, niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años (...) Ley No. 2026 de 27/10/99

garantías manifestadas por el art. 5 en el que manifiesta que todos los niños se gozan de derechos inherentes a su calidad de seres humanos; es así como implícitamente la categoría de niños englobaría también a embriones humanos criopreservados.

1.5. Innovaciones en el Código de Familia

El art. 187 refiere al desconocimiento de paternidad, esta es una nueva adquisición del Código de Familia, Ley No. 996, que admite amortiguar los casos relacionados con la reproducción humana asistida; que de algún modo llega a equilibrar en algo situaciones de esta naturaleza, permite que la pareja consienta por escrito que se va someter a una de estas técnicas de reproducción y señala expresamente que “...*el desconocimiento no es admisible si el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer...*”; para que el esposo no pueda negar la paternidad del hijo o los hijos nacidos por medio de la fecundación artificial; sin embargo recalamos que el requisito esencial es, como lo indica el artículo “...*con autorización escrita por el marido*” dicha autorización debe estar plasmada en un soporte, para que pueda surtir los efectos demandados, es decir el reconocimiento de la paternidad por lo tanto la filiación y la sucesión.

El día en que los padres se graduaron como padres, los hijos se graduaron como hijos; es una razón porque existen los arts. 173⁸³ y el art. 174⁸⁴ que, expresan que todos los hijos tienen los mismos derechos y deberes sin distinción del origen del cual provengan, que en un principio va dirigido a los hijos nacidos dentro del matrimonio y a los hijos nacidos fuera del matrimonio, sin embargo son hijos nacidos de padres biológicos. Un embrión criopreservado también es hijo, simplemente que, no se encuentra en el útero de su madre por ende no es susceptible de heredar, de tener una filiación.

1.6. Ley especial: Código ético y deontología médica

⁸³ **Art. 173.**- Todos los hijos sin distinción de origen, tienen los mismos derechos y deberes respecto a sus padres.

⁸⁴ **Art. 174.**- Los hijos tienen los derechos fundamentales siguientes: 1. A establecer su filiación paterna y materna y de llevar el apellido de sus progenitores 2. A ser mantenidos y educados por sus padres durante su minoridad 3. A heredar a sus padres

Cuerpo legal dirigido exclusivamente al ejercicio de la medicina en el que se señala que los médicos declaran en una parte: *Ser idóneos en el ejercicio de la profesión médica y ejercerla, con humanismo, conocimiento, competencia, responsabilidad y amor al paciente y que su actuar debe ajustarse al respeto a la vida.* Con relación a la reproducción humana asistida el Código de Ética y deontología médica señala sobre la actuación del médico en su art.31⁸⁵ se llega a establecer que, *“No es éticamente admisible que el médico contribuya a gestar seres humanos para investigar, comerciar...”* un médico no debe menoscabar los derechos de embriones criopreservados, los mismos que si fueron creados para ser niños, deben ser únicamente transferidos al útero materno y no así con otros fines que le pudieran dar. Este artículo protege al embrión humano de toda forma de experimentación señalando que no puede ser sujeto *“de experimentación, ni materia prima de medicamentos, cosméticos y otros productos”*.

Los actos vedados al médico que practica la técnica de la reproducción humana asistida esta: el efectuar la eugenesia entendida como el mejoramiento del ser humano a partir de experimentaciones con el embrión, el cambio de género, también está prohibido modificar el gen. Lo confuso se da en el sentido de que condenan el uso indiscriminado de embriones con fines investigativos, pero según el art. 33 señala *“...a menos que sea para evitar en la etapa pre-concepcional, la transmisión de enfermedades graves relacionadas con el sexo”*, entonces lo permiten o lo condenan, claro que todo en el sentido ético.

La codificación del genoma humano generó un nuevo léxico social; se piensa el futuro con nuevas categorías sociales: enfermos y no enfermos; los genéticamente mejorados y los genéticamente deficientes. La gran paradoja: un descubrimiento que proclama igualdad genética de todas las razas provoca un nuevo tipo de discriminación, ya que si existe un embrión enfermo (con anomalía en su ser), el médico debe actuar con ética e informar a los padres biológicos; sin poder decidir por ellos el futuro de los embriones o

⁸⁵ **Art.31.-** No es éticamente admisible que el médico contribuya a gestar seres humanos para investigar, comerciar o ser usados como fuente de recursos, diagnósticos o terapéuticos. Los embriones que se gesten in vitro deben ser transferidos al útero materno. El embrión humano nunca puede ser sujeto de experimentación, ni materia prima de medicamentos, cosméticos y otros productos. Estos principios en concordancia a las resoluciones de la Asociación Médica Mundial.

inducirlos a tomar una decisión es lo que explica el artículo 34, los médicos deben considerar al embrión enfermo como cualquier otro ser humano sin hacerle distinciones por su estado.

1.6.1. Actuación del medico, según su código

La actuación del medico en relación al embrión y genoma humano según el art. 35⁸⁶ establece la excepción a la regla que, solo con fines preventivos y terapéuticos se puede modificar el genoma humano; respaldado por el art. 36 que expresa “*El médico deberá dar información pertinente en materia de reproducción humana*” precautelando que posibles pacientes tengan conocimiento con profundidad sobre la técnica de fecundación asistida, para que puedan decidir con suficiente conocimiento y responsabilidad.

El medico tiene la obligación de dar la información sobre el procedimiento de las diferentes técnicas de reproducción es deber cerciorarse, que la fecundación artificial sea el ultimo recurso de la pareja y no así la primera opción, en ese sentido el artículo 38 expresa “...solo podrá realizarse después de agotados todos los tratamientos de esterilidad disponibles...” No indica exactamente, quienes pueden ser sujetos para realizar esta técnica, es decir a que publico va orientado, ya que solo enuncia “...cónyuges, o en su caso de la interesada”; la palabra ‘cónyuges’ entendido como pareja-matrimonio y la ‘interesada’, nos cuestionamos sobre quien puede ser la interesada; una mujer soltera, viuda o si puede ser una lesbiana; existe un vacío jurídico que puede dar lugar a diferentes interpretaciones; lo que esta claro es la autorización dada por escrito para evitar problemas futuros.

1.7. Código Penal Boliviano de 1997

⁸⁶ **Art. 35.-** La actuación del médico será: 1. El médico únicamente podrá efectuar una intervención que trate de modificar el genoma humano con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos. Se prohíben las intervenciones dirigidas a la modificación de características genéticas, que no estén asociadas a una enfermedad y las que traten de introducir cualquier modificación en el genoma de los descendientes. 2. Salvo en los casos que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo, el médico no utilizará técnicas de asistencia a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer.

Debido a la aparición de nuevos derechos que tratan de proteger la integridad del ser humano como una unidad vista desde la integridad genética, identidad genética y la intimidad genética, se ha visto la necesidad de considerar que el derecho penal debe regular y sancionar estos avances biotecnológicos cuando atenten contra la humanidad de un ser, debido a que el código de ética y deontología medica no enuncia sanciones para sus infractores.

El Código Penal boliviano sólo tiene el artículo 277 bis⁸⁷ que sanciona la manipulación de genes que afecten el genotipo (constitución genética de un individuo en cuanto a determinar su carácter hereditario), pero el mismo artículo señala que con una finalidad distinta a la terapéutica, lo que es que se experimente mientras se vaya a salvar a la humanidad o encontrar cura para alguna enfermedad. Esta descripción del artículo es genérica y necesita estar respaldado de otros tipos penales que tutelen la vida en probeta.

Por ejemplo un delito de lesiones en los embriones y al hablar sobre embriones nos referimos a los congelados que han sobrado de la fertilización In Vitro, porque en la mayoría de los casos de fecundación in vitro existen embriones sobrantes y esto da lugar a que puedan ser sujetos de lesiones. Es cierto que en nuestro código están tipificadas las lesiones, pero desde una óptica de la persona humana, es decir de aquella que nació y que vive, no desde la percepción del embrión que cuenta con una vida latente; en ese sentido, el Derecho Positivo le daría al concebido un status jurídico de protección.

2. Legislación extranjera relacionada con la criopreservación de embriones

2.1. Continente Americano

2.1.1. Estados Unidos de Norteamérica

⁸⁷ **Art. 277 bis.- (Alteración genética)** Será sancionado con privación de libertad de dos a cuatro años e inhabilitación especial quien con finalidad distinta a la terapéutica, manipule genes humanos de manera que se altere el genotipo. Si la alteración del genotipo fuera realizada por imprudencia la pena será de inhabilitación especial de uno a dos años.

El *Código de Regulaciones Federales* es aplicable a toda investigación sobre seres humanos; a mujeres embarazadas, fetos y fecundación in vitro, estableciendo que no podrán utilizarse estos sujetos de investigación hasta que se hayan completado estudios adecuados en animales. En el estado de Luisiana, en consideración del pre-embrión, extiende la protección deparada al óvulo fecundado al pre-embrión in vitro, al que le reconoce como persona jurídica hasta el momento en que sea implantado. La mitad de los estados acata leyes que prohíben la investigación no terapéutica sobre fetos y embriones, extendiéndose en algunos casos al pre-embrión.

En cuanto a la política propiciada por Bill Clinton, en enero de 1993, a poco después de asumir su mandato autorizó experimentos embrionales y fetales que William Reagan, había prohibido; pues sostenía que debía liberar a la ciencia y la medicina del control de la política; también autorizó el aborto en consultorios familiares y hospitales militares. Hizo campaña contra los derechos del nasciturus y lo cierto es que Estados Unidos es un país que realiza con mayor éxito investigaciones de toda índole.

2.1.2. México

El Código Federal mexicano y la Ley General de salud son instrumentos que regulan la práctica médica en todo el país. Adicionalmente, cada estado cuenta con su propio Código Civil, son dos estados mexicanos incluyen en sus Códigos Civiles normas que regulan la aplicación de la fecundación artificial. El *Código Civil del Estado de Tabasco*, legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación in vitro y otro método de reproducción asistida; los limita a parejas casadas y a las que viven públicamente como marido y mujer; pero es esencial el consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina como causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja.

El estado de Guerrero, al mismo tiempo reconoce la desvinculación de padres biológicos y padres legales; diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal. No

contempla la inseminación postmortem, o el anonimato del donador en la inseminación heteróloga y la disposición de los embriones que exceden a los transferidos en un ciclo.

2.1.3. Costa Rica

Existe una Sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica prohibiendo la fecundación in vitro en dicho país⁸⁸. Sentencia que falla declarando la nulidad del Decreto el Decreto Ejecutivo N° 24029-S del 3 de febrero de 1995 que permitía la experimentación con embriones criopreservados, que aún consideraba los 14 días para la experimentación y se apoyaba en las distintas fases de la división celular desde la fecundación y del famoso termino de 'pre embrión'. Un pequeño extracto de esta sentencia podría enseñar a muchos países la forma de defender la vida y desde de donde se debe proteger al ser humano; la protección al embrión criopreservado debe partir desde el Estado, prohibiendo licencias para investigar con embriones criopreservados.

2.1.4. Argentina

El derecho argentino mantiene una tradición larga e ininterrumpida de reconocimiento de la personalidad desde el momento de la concepción, esto resulta del código civil de 1869, que incluye al concebido en la categoría de la persona por nacer⁸⁹, su código Penal reconoce implícitamente al conceptus como persona y lo hace al incluir la figura del aborto entre los delitos contra la vida; la ley de filiación y patria potestad, reconoce que la existencia de la persona comienza con la concepción en el seno materno, y esta última coloca al "por nacer" bajo la protección de sus padres. Este reconocimiento ha sido receptado expresamente por la Constitución nacional, en su artículo 75, inciso 23.

⁸⁸ Un fragmento de la misma señala: "(...) *Defendemos que el engendrado no nacido es sujeto de tutela en nuestro Estado de Derecho, conforme a la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos - especialmente el Pacto de San José-, que le reconocen su derecho a la vida, a la dignidad y a recibir protección del Estado (...)* En consecuencia, *repudiamos que pueda ser manipulado con fines de experimentación, sometido a crioconservación o peor aún, que embriones humanos sean desechados en el laboratorio sin ser implantados en el útero de su madre (...)*" Sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica prohibiendo la fecundación in vitro. Exp: 95-001734-0007-CO Res: 2000-02306 De la Acción de inconstitucionalidad promovida por Hermes Navarro Del Valle, portador de la cédula de identidad 1-618-937 contra el Decreto Ejecutivo N° 24029-S, publicado en "La Gaceta" N° 45 del 3 de marzo de 1995.

⁸⁹ **Art.63.-** Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. Y el **Artículo 70.-** Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Doctrinarios argentinos declaran que los embriones criopreservados no tienen derecho sucesorio pero a nivel jurisprudencial, cabe recordar, la decisión tomada en 1999 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires resolviendo una medida cautelar presentada por el abogado Ricardo Rabinovich quien demandaba la protección de embriones congelados existentes en las clínicas de fecundación asistida; la Cámara declaró que el embrión “es persona para el Derecho Argentino” (ver anexo 6); en 2003 se nombro a Ricardo Rabinovich como tutor especial de los embriones congelados existentes en Buenos Aires; su tarea consistía en realizar un censo de estos embriones y velar por sus derechos; durante el 2006 Ricardo Rabinovich debió renunciar a su cargo, ante la imposibilidad de cumplir con la tarea asignada, dada la negativa de las clínicas de procreación asistida de brindar la información solicitada.

2.1.5. Leyes particulares sobre el tema, en Chile

A finales del 2006 se publicó la Ley N° 20.120 que prohíbe la clonación y protege la vida de seres humanos desde el momento de la concepción, regulando la investigación biomédica en Chile⁹⁰. El texto entre sus ideas principales establece una prohibición a toda práctica eugenésica y la clonación de seres humanos, a solicitar, indagar, poseer y utilizar información sobre el genoma relativa a una persona, salvo que ella lo autorice expresamente. Sin embargo abre las puertas para investigar y determinar la identidad genética de un ser humano si se cuenta con su consentimiento previo e informado, porque la información genética de un ser humano será reservada. Crea una Comisión Nacional de Bioética, integrada por nueve profesionales, designados por el Presidente de la República y ratificados por el Senado. Durarán cuatro años y podrán ser reelegidos.

La norma sanciona al que clona o inicia el proceso de clonación de seres humanos, con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo y con la inhabilitación absoluta para el ejercicio de la profesión, de igual manera a la persona que desarrolle un proyecto de investigación científica biomédica en seres humanos o en su genoma, sin contar con

⁹⁰ Ley Sobre la investigación Científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la Clonación Humana. Ley N° 20.120. Publicada en el Diario Oficial de 22/09/06

las autorizaciones correspondientes exigidas por la ley, será sancionado con la suspensión por 3 años del ejercicio profesional y con la prohibición absoluta del ejercicio profesional en el territorio nacional.

La finalidad de esta ley es, proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética (art. 1), tanto así que los embriones no pueden destruirse con el fin de obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos (art. 6). En su Art. 11, si bien dice que toda investigación científica en un ser humano deberá contar con su consentimiento previo, expreso, libre e informado⁹¹, también da la alternativa o que sus padres decidan por ellos y puedan así suplir su voluntad en conformidad con la ley.

2.1.6. Ley de Bioseguridad en Brasil

En marzo de 2005, el Congreso de Brasil sancionó la ley de Bioseguridad, que abre puertas a investigaciones y terapias con células madres embrionarias, condicionándolas a que el material provenga de embriones congelados por mas de tres años o que sean inviábiles, autorización de los progenitores y aprobación del protocolo por parte de los comités de ética institucionales. Prohíbe la comercialización de embriones y su material biológico⁹².

Para el 2007, en vigencia de la Ley de Bioseguridad: nadie sabía con certeza cuántos embriones humanos existen almacenados en los centros de fecundación artificial; se ha estimado que no es menos de 8000, pero que podría exceder fácilmente los 10000. De acuerdo a la Red Latinoamericana de Centros de Reproducción Asistida, hay 58 centros o clínicas en todo Brasil. Sin embargo, no son los abultados números lo que constituye el núcleo de este impactante problema, cuán lejos puede llegar la cultura de la muerte al

⁹¹ Consentimiento informado existe: cuando la persona que debe prestarlo conoce los aspectos esenciales de la investigación, en especial su finalidad, beneficios, riesgos y los procedimientos o tratamientos alternativos. Para ello deberá habersele proporcionado información adecuada, suficiente y comprensible sobre ella. Asimismo, deberá hacerse especial mención del derecho que tiene de no autorizar la investigación o de revocar su consentimiento en cualquier momento y por cualquier medio, sin que ello importe responsabilidad, sanción o pérdida de beneficio alguno.

⁹² <http://www.biotech.bioetica.org/ap58.htm> (visitada en julio de 2009)

manipular miles de seres humanos para estar decidiendo ahora la forma en qué serán destruidos, ya sea en experimentos o desechándolos al tacho de basura.

2.1.7. La actitud del legislador Ecuatoriano

A excepción del Art. 214 de la Ley Orgánica de la Salud, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 423 de 22 de diciembre del 2006, que establece expresamente que se prohíbe la obtención de embriones humanos con fines de experimentación; ninguna otra norma legal establece una verdadera protección a favor de los embriones humanos. La lectura de la norma antes transcrita establece la prohibición exclusivamente cuando la obtención de embriones tenga como fin la experimentación, excepto la realizada con fines terapéuticos, y peor aun aquella que se efectúa con la finalidad de utilizarlos en las técnicas de reproducción asistida. Si bien el legislador tuvo la intencionalidad de regular con esta única norma referida a la creación de embriones, lamentablemente lo ha hecho de manera deficiente puesto que se ha olvidado aspectos fundamentales a tomar en cuenta como la investigación con fines terapéuticos en beneficio del ser humano, el establecimiento de las sanciones respectivas cuando se violente la norma y la forma como ha de efectuarse este control por parte de las autoridades estatales.

Haber establecido una prohibición en el sentido en que consta, no solo que trae confusión sino también que destruye la intencionalidad del espíritu de la norma con la consiguiente violación de los derechos de los embriones y su status jurídico.

2.2. Continente europeo

2.2.1. Ley Alemana de Protección al Embrión

En diciembre de 1990, el Parlamento alemán, aprobó la ley alemana No.745 que incluye técnicas de fecundación asistida y la temática del manejo indiscriminado de embriones humanos. En su art. 8º párrafo 1 señala “el óvulo humano fecundado y susceptible de desarrollo, desde la fusión de los pronúcleos”, hay embrión desde que hay fecundación.

Su art. 1.1 inc. 2, toma una de las posturas más restrictivas en punto a las posibilidades de investigación y reconociendo como destino exclusivo de todo óvulo fecundado su desarrollo gestacional. La norma contempla sanciones penales para quienes fecunden artificialmente un óvulo con un motivo diverso al de producir un embarazo en la portante. Se reprime penalmente la implantación de más de 3 óvulos fecundados en la misma mujer y dentro del mismo ciclo (art. 1.1 inc.4), así como la fecundación de una cantidad de óvulos de la portante que exceda el número de pre-embriones que puedan ser implantados en el mismo ciclo (art. 1.1 inc. 5). Con la misma penalidad, se reprime a quien extraiga un embrión del útero de una mujer antes de que se produzca su nidación, ya sea para implantarlo en otra mujer o para destinarlo a cualquier actividad que no contribuya a su conservación (art. 1.1 inc. 6).

Bajo el título "Utilización abusiva de embriones humanos"(art. 2), al que vende, traspasa, adquiere o utiliza para fines que no contribuyan a su conservación, a un pre-embrión, ya sea producido en laboratorio o extraído del útero de una mujer. Así mismo se sanciona, con la misma pena, al quien provocare el desarrollo extracorpóreo de un pre-embrión con fines diversos de provocar un embarazo. Se prevé también la selección de sexos (art. 3) y se sanciona con excepción de casos en que tal selección se realiza para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria ligada con el sexo. Igualmente reprime la creación de un pre-embrión con la misma información genética de otro pre-embrión, feto, ser humano vivo o muerto; así como la implantación de un pre-embrión de esas características. Regula tipos penales como la fecundación inter-especies cuando por lo menos uno de los gametos es humano, así como la implantación de un híbrido en una mujer o la implantación de un embrión humano en un animal.

De hecho, en Alemania es obligatorio producir tan sólo el número de embriones que vaya a ser implantado (con éxito o sin él). Parece ser que esta medida va asociada a una disminución de la rentabilidad de la técnica. Pero un discreto aumento de eficiencia de una técnica, no justifica la creación, congelación y destrucción de seres humanos, por muy incipiente que sea su estadio de desarrollo. La producción de un 'exceso' de

embriones no es 'imprescindible' sino 'conveniente' a efectos de incrementar las tasas de éxito de la técnica.

2.2.2. Italia: Una ley prohibitiva

La normativa de Italia, hace poco tiempo puesta en vigencia se coloca junto a la alemana como 'restrictiva', no admite la fecundación heteróloga (con gametos de terceros)⁹³. Fija en tres el número máximo de óvulos que se pueden fecundar que deberán ser implantados de inmediato y juntos, ya que no podrán ser congelados de modo que se prohíbe la criopreservación de embriones para posterior implante. 'Es todo o nada' un problema mas resuelto por lo menos en Italia para evitar la excesiva cantidad de embriones congelados abandonados. Un avance también en esta normativa es que establece que no se hagan diagnósticos sobre el embrión antes de implantarlo, ni alterar su genética, prohíbe además la experimentación en embriones.

2.2.3. España: normas reguladas desde 1988

España ha tenido tres leyes de fecundación asistida: la de 1988, la de 2003 y la de 2006. La primera permitía crear y congelar embriones durante cinco años, aparte de sacrificarlos para la investigación. La de 2003 prohibió que se congelaran embriones (igual que hacen Italia, Alemania, Suiza o Austria).

2.2.3.1. Ley No. 35 de 1988; reformada en noviembre de 2003 y en el 2006

Una normativa de las más flexibles, tanto así que autoriza la fecundación in vitro, donación de semen, óvulos, embriones y criopreservación de éstos. El art. 11 de la normativa dispone con relación entre embriones y 'preembriones' sobrantes de la FIV; en España existe esa diferencia, los criopreservados están en los bancos autorizados, por plazo de 5 años; luego pueden ser destruidos, pues la norma fija ese tiempo para su crioconservación.

⁹³ Extraído de la siguiente página en la web: www.E-cristians.net

La ley nº45/2003.- que viene a limitar a tres el número de óvulos que se pueden fecundar en cada ciclo para tratar de evitar los embarazos múltiples y sobretodo, la acumulación en el futuro, de embriones congelados en las clínicas. Esta normativa establece además, que los embriones que se produzcan a partir de su entrada en vigencia no podrán ser utilizados más que para la reproducción. En esta nueva ley se excluye la utilización de embriones con fines experimentales, que abrió la posibilidad de proceder a la descongelación de embriones congelados hasta la promulgación de la misma, y a su eventual utilización para la investigación biomédica, pero con determinadas condiciones, entre las cuales se destaca la que prohíbe la reanimación de los embriones descongelados.

Ley de 2006.- Se ha vuelto a la permisividad; el problema radica en embriones abandonados por sus padres: la decisión de dejarles morir correspondía a las clínicas. Sólo una de ellas, el Instituto Marquès de Barcelona, promovió en 2005 la adopción de 728 embriones abandonados: un 70% de ellos sobrevivió a la descongelación, y la avalancha de parejas deseosas de adoptar hizo que el programa terminara menos de dos años después, con el nacimiento de 68 niños, entre ellos uno que estuvo 13 años congelado como embrión: mucho más de los cinco previstos por la ley. Son pocas las clínicas españolas que promueven la adopción, debido al índice de fracaso en la descongelación ya que no se congelaron los embriones siguiendo criterios estrictos. Varias clínicas manifestaron que si los padres de un embrión no responden a 2 cartas confirmando el congelamiento o donación a la investigación, será considerado abandonado.

La ley No. 42 referida a la *donación y utilización de embriones y fetos humanos, células, tejidos y órganos* de 28/12/1988, permitía la investigación con embriones humanos siempre que éstos no sean viables o estén muertos y que dicha investigación no sea realizada con carácter comercial. Esta ley no especifica cabalmente cuáles son embriones viables y cuales no. Hasta existían artículos que prohibían la investigación de pre-embryones *in vitro* viables, salvo cuando reúnan los requisitos de autorización exigidos por la ley. Son embriones los que, desde el

momento en que se implantan establemente en el útero e instauran una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante. Esta norma se sanciona con la intención de viabilizar la donación de tejidos o partes embrionarias y fetales.

2.2.4. Francia

Se aprobaron dos leyes el 23 de junio de 1994. Una de ellas, modifica el código civil y el penal y la otra induce varios artículos al código de salud pública. Se permite el diagnóstico pre-implantatorio cuando se trata de embriones afectados por enfermedades graves. El artículo 152-8 del Código de Salud Pública diferencia ‘experimentación’ (manipulaciones sin finalidad terapéutica para el embrión, están prohibidas) de ‘estudios sobre embriones’ (los estudios deben tener una finalidad terapéutica y no afectar al embrión, están permitidos); en tal sentido no se admite la experimentación, pero sí la realización de estudios que no causen daño al embrión.

2.2.5. Gran Bretaña

El precursor del comité interdisciplinario, Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology (1982/84 a cargo de Mary Warnock) con el fin de estudiar las repercusiones éticas sociales y jurídicas de las nuevas técnicas de reproducción en Gran Bretaña, establece un estricto control, que importa la obtención de una licencia para manipular embriones humanos; es por ello que tipifica como delito cualquier utilización de los mismos sin autorización. Subordina la concesión de la licencia a la demostración de imposibilidad de llevar a cabo esa misma investigación sobre material genético de otra especie, fijando como fecha límite para realizar investigaciones el día 14, que se fundamenta en la capacidad del concebido de sentir dolor.

Que bajo el rotulo de ‘licencias’ se admite que se realicen fecundaciones inter-especies para disminuir la infertilidad, impone la destrucción de los mismos cuando alcancen un estado biocelular; se prohíbe la implantación de un embrión humano en el útero de otra especie con propósitos gestacionales. Los laboratorios crean la sustancia embrionaria humana con fines investigativos, se acepta utilizar embriones con el objeto de probar en

ellos el efecto de drogas o sustancias tóxicas pero en casos especiales y bajo estricto control. La autoridad es el contralor, un organismo ajeno del gobierno, de la autoridad de salud y de los institutos de investigación, sus funciones regular y controlar estas prácticas y conceder las licencias; emite informes.

En Reino Unido, se lanzo una encuesta⁹⁴ a la población, acerca de la elección del sexo de los hijos, en Gran Bretaña (al igual que en España) se practica la selección del sexo por motivos considerados ‘médicos’ (una enfermedad genética transmitida únicamente a la descendencia de uno de los dos sexos), pero no se debe hacer por motivos ‘no médicos’ como preferencias personales, razones sociales, culturales, económicas (cuestiones de herencia, transmisión del apellido a la descendencia, evitar el pago de dotes, hijos varones para trabajar el campo o aportar un sueldo, obtener una descendencia donde ambos sexos estén igualmente representados). En la encuesta la generalización de una determinada conducta pretende un fin bueno (que los hijos nazcan sanos) pero que resulta inaceptable como medio (impedir el nacimiento de los enfermos) tiene por consecuencia la pérdida de conciencia del mal implícito en esa conducta: es muy fácil pasar del mal menor a la justificación del mal pero, naturalmente, el buen fin no hace bueno al mal medio.

2.2.6. Países Bajos

El año de 1976 se creó un Comité *Broad DNA Commission* con el objeto de controlar las experiencias de manipulación genética, prohíbe terapias génicas en gametos, rechaza los experimentos de clonado y la prohibición de híbridos en seres humanos y postula la creación de una figura penal para quien permita la evolución de un óvulo fecundado más allá de los 14 días. En 1982, el Consejo Central de Salud Pública elaboró un informe acerca de los experimentos médicos en seres humanos y recomendaba el establecimiento de comités regionales con potestad para supervisar los proyectos de investigación.

⁹⁴ Esta encuesta va acompañada de un documento elaborado por la Human Fertilisation and Embriology Authority en que se propone como métodos posibles para la elección del sexo tanto técnicas previas a la fecundación, como el estudio pre-implantatorio de embriones obtenidos mediante FIV y la consiguiente selección, como el estudio prenatal y el aborto de los embriones o fetos del sexo no deseado.

En 1986, este consejo emitió un documento referido a la fertilización in vitro donde se reconocía la calidad de derecho fundamental de la procreación, asimismo aconsejaba la prohibición de cultivar óvulos fecundados más allá de los 14 días de evolución y su destrucción salvo que fuesen congelados y que el donante de los mismos indicase que hacer con ellos, sólo en estos casos se admite el uso de los mismos con fines investigativos, además de ser delito el comercio del material genético humano así como el desarrollo de un feto con el objetivo de disponer de órganos o tejidos para el beneficio de otra persona o para realizar investigaciones científicas.

2.2.7. Suecia

Existe un informe elaborado por un Comité genético integrado por expertos de distintas disciplinas designados por el gobierno; el documento sugiere autorizar experimentos con sustancia embrionaria humana hasta los 14 días de evolución, prohíbe la clonación y la implantación de pre-embriones manipulados; así como también dejar que progrese su evolución más allá del termino mencionado. La ley sueca No.1140 de 1984 sobre inseminación artificial, protege el interés de niños nacidos por medio de técnicas de fecundación, teniendo como fin evitar una excesiva artificialización de la familia, es por ello que desalientan las procreaciones heterólogas (IAD), sin embargo admite la experimentación con embriones antes del día catorce.

2.3. La Oceanía: Australia

Una ley promulgada en el estado de Victoria de 1984, acepta la congelación de embriones como parte del procedimiento de la FIV-TE, se admite la investigación y el desarrollo de las técnicas para congelar y almacenar óvulos humanos; se prohíbe la clonación, la creación de híbridos, la creación de embriones mediante la FIV con fines experimentales no terapéutica. Los encargados de aprobar proyectos de investigación son los comités de ética, siempre que estas experiencias involucren seres humanos.

La Infertility (Medical Procedures) Act que prohíbe: en primer lugar, la clonación y la fecundación inter-especies, están vedadas las investigaciones que puedan dañar y volver inadecuado al embrión para ser implantado o que reduzcan las posibilidades de un embarazo exitoso, a menos que sean autorizadas por el Comité Consultivo, permite la investigación con pre-embriónes in vitro, también la implantación posterior de los mismos al útero materno. Existen controles administrativos a través del *Recombinant DNA Monitoring Committee* que es un organismo que estableció mecanismos que imponen que, antes de la liberación de un microorganismo mutado en el medio ambiente se haya demostrado que es altamente improbable que produzca un efecto dañino en el entorno. La legislación de Australia es calificada como permisiva porque las técnicas de procreación asistida no encuentran mayores limitaciones.

2.4. Código de Nüremberg - 1946

Experimentar con seres humanos es una práctica aberrante, fue en la segunda guerra mundial en la que se experimentó con judíos. Crímenes que degradan, veján y maltratan a los seres humanos. Los practicantes de experimentar en humanos se justifican en los resultados provechosos para la sociedad, que no pueden ser procurados mediante otro método de estudio. Algunos países han encontrado una manera de evitar esta sobrepoblación de embriones criopreservados que no tienen la posibilidad de ser implantados por diferentes razones la solución es donarlos a la ciencia para experimentar con ellos.

El Código de Nüremberg en su inc. 1)⁹⁵ que enuncia que “*El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial...*” entonces para que el ser humano sea sometido a un experimento tiene la capacidad legal para dar su consentimiento; debe ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza,

⁹⁵ El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona envuelta debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; debe estar situada en tal forma que le permita ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier otro elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor posterior para obligar a coacer, y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los elementos de la materia envuelta para permitirle tomar una decisión correcta (...) El deber y la responsabilidad para determinar la calidad del consentimiento recaen sobre el individuo que inicia, dirige, o toma parte del experimento (...). Código de Nüremberg.

fraude, engaño, coacción o algún otro factor posterior para obligar a coacer, y debe tener el suficiente conocimiento y comprensión de los elementos de la materia envuelta para permitirle tomar una decisión correcta. Antes de aceptar una decisión afirmativa del sujeto que va ser sometido al experimento; se le debe explicar: la naturaleza, duración, el propósito, el método y los inconvenientes, riesgos que pueden presentarse, efectos sobre la salud que puede derivarse de su participación en el experimento; todo esto es deber del individuo que inicia, dirige, o toma parte del experimento.

2.5. Declaración de Helsinski

Declaración que distingue los diferentes tipos de investigación: La biomédica: cuya finalidad es diagnóstica o terapéutico para el paciente sujeto a experimentación (investigación terapéutica o con beneficio individual directo); y aquella cuyo objetivo es puramente científico, sin valor diagnóstico o terapéutico para la persona (sin beneficio individual directo), esta se puede subclasificarse en:

- a) La que busca beneficios para la salud o estado general,
- b) La que con los resultados se pretende engrosar los conocimientos biológicos, psicológicos o sociales.

Los embriones criopreservados se encuentran en la investigación biomédica porque varios estados que permiten la investigación de las células embrionarias, células madre y embriones criopreservados lo hacen con la propósito de realizar diagnósticos, además que prohíben cualquier investigación que no tenga fines terapéuticos, buscan un beneficio individual (su ego) y uno colectivo que es, encontrar la cura para algún mal que aqueja a la sociedad.

C A P Í T U L O I V

MARCO PRÁCTICO

1. Metodología del la Investigación

La metodología de este trabajo responde, a lo complejo de este tema que, podría decirse que si bien no es actual, todavía Bolivia no tiene una normativa para regular situaciones y conductas emanadas de problemas relacionados con la fecundación artificial extracorpórea. Razón por la cual esta tesis esta enmarcada dentro de la tipología de tesis como jurídica-exploratoria⁹⁶ ya que trata de sentar los cimientos frente a un problema jurídico.

Los sujetos en los que se pretende efectuar el estudio; en primer lugar, son médicos practicantes de la fertilización in vitro-transferencia embrionaria y criopreservación de embriones; debido a ello, la muestra es teórica porque la población es específica, concretada usando criterios basados en argumentos teóricos y situaciones específicas que viven hoy por hoy los embriones criopreservados.

Considerando que las muestras teóricas no se definen a partir de criterios de representatividad homogénea, sino a partir de los objetivos de la investigación, mismos que van orientados a comprender la complejidad del objeto de estudio; debe existir una heterogeneidad; razón por la que tomamos otra muestra: personas en general, estudiantes, profesionales y no profesionales. Tomado en cuenta que, en las muestras es importante contar con diferentes sujetos que expresen la heterogeneidad de la población-comunidad.

⁹⁶ WITKER, Jorge. “*La investigación jurídica*”. Pág 11. Clasifica las tipologías de tesis de grado en el área jurídica.

2. Resultados de la investigación

2.1. Entrevista a centros especializados en reproducción humana asistida

Se efectuaron entrevistas en diferentes Centros de Reproducción Asistida de la ciudad de La Paz, para conocer las estadísticas relacionadas con el objeto de estudio; cuestiones sobre el número de pacientes que optan por realizar esa técnica, el procedimiento que con mas frecuencia se realiza en La Paz, los costos, los riesgos, sobre el consentimiento informado y cuales son las normas bajo ellos los cuales se amparan para poder realizar estos procedimientos a falta de una norma jurídica que regule esa técnica de reproducción humana asistida.

Por razones de confidencialidad, no vamos a detallar que nos respondió cada centro visitado de manera particular sino incluiremos todo lo respondido en parámetros que consideramos importantes; mencionamos ‘por razones de confidencialidad’ por que si bien nos concedieron entrevistas, algunos centros se mostraron renuentes a que se les grabe, o que primero se les exhiba la hoja de preguntas para la entrevista. Aclarado todo esto, podemos decir que nuestro marco práctico se basa esencialmente en las entrevistas a médicos-cirujanos dedicados en estas especialidades.

Los resultados son vaciados en tablas estadísticas con el objetivo de mostrar a detalle lo que respondieron nuestros médicos entrevistados. Por ello lo desglosamos cada pregunta en un subtítulo:

2.1.1. ¿Hace cuanto tiempo este Centro de Reproducción Humana Asistida realiza la fertilización in vitro?

El más antiguo de los centros que trabaja con técnicas de reproducción humana asistida data desde hace 10 años en la Paz. Los otros dos se abrieron hace 5 y 6 años, pero realizan con frecuencia la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria con

exitosos resultados (según ellos) hace 4 y 5 años aproximadamente. El último centro consultado solo la efectúa hace dos años porque se dedica a realizar exclusivamente la otra técnica: inseminación artificial y pruebas de paternidad.

Centro	Tiempo existe	Tiempo en que realiza la FIV-TE
Centro 1	10 años en La Paz	8 años
Centro 2	6 años	5 años
Centro 3	5 años	4 años
Centro 4	5 años	2 años

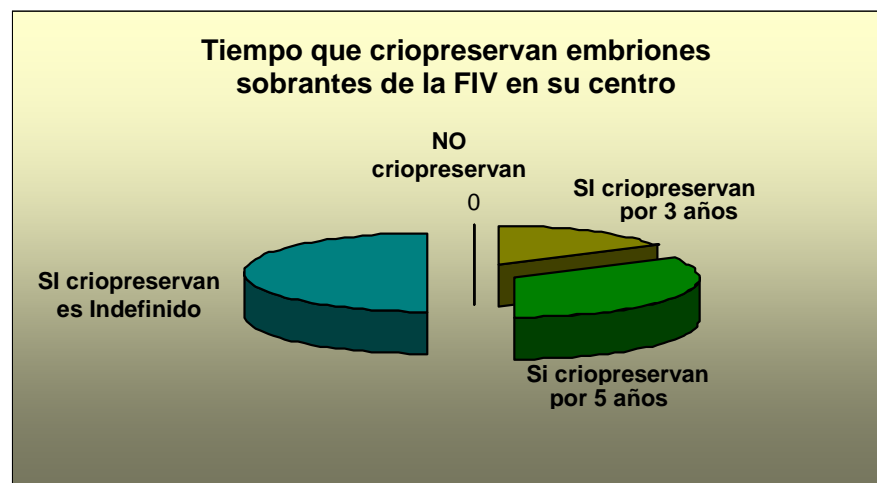
Estos datos expresados en este cuadro nos muestra la comparación que hay, entre Bolivia y otros países a nivel mundial. Bolivia esta empezando a caminar en temas referidos a las técnicas de reproducción humana asistida, criopreservación de embriones, el tema del diagnostico preimplantacional, etc. cuando países desarrollados ya están practicando la clonación y evitar enfermedades hereditarias o contraídas.

Si bien somos aprendices en estas técnicas, no somos lerdos, dejar sin regular las conductas de los médicos, de padres biológicos de los embriones, el consentimiento informado, las sanciones; es abrir las puertas a los errores que ahora el mundo enfrenta con el exceso de embriones humanos sobrantes de la FIV que fueron criopreservados. Es mejor ser precavido, como dice el lema; antes de que se presenten los problemas.

2.1.2. ¿Si en su centro criopreservan embriones que sobraron de la FIV –TE? y ¿por cuanto tiempo?

Solo uno nos respondió que no, los demás respondieron que si, y cuando concatenamos la pregunta a los que respondieron que si, por cuanto tiempo nos dijeron que eso dependía de factores externos a ellos como:

- Habían casos en que los embarazos fracasaban y que después de un tiempo (casi 5 meses) las pacientes volvían para terminar su tratamiento con los embriones que sobraban.
- En otros casos, señalaron que, como ellos pagan un alquiler para que sus embriones estén criopreservados, entonces mientras ellos sigan pagando los embriones pueden quedarse.
- Solo cinco años, porque después los médicos no se responsabilizan si después de este tiempo no resultan eficaces si pretenden descongelarlos y querer implantarlos.
- Tres años, siguiendo las corrientes medicas y recomendaciones mundiales que se hacen en cada Congreso de fertilización in vitro.

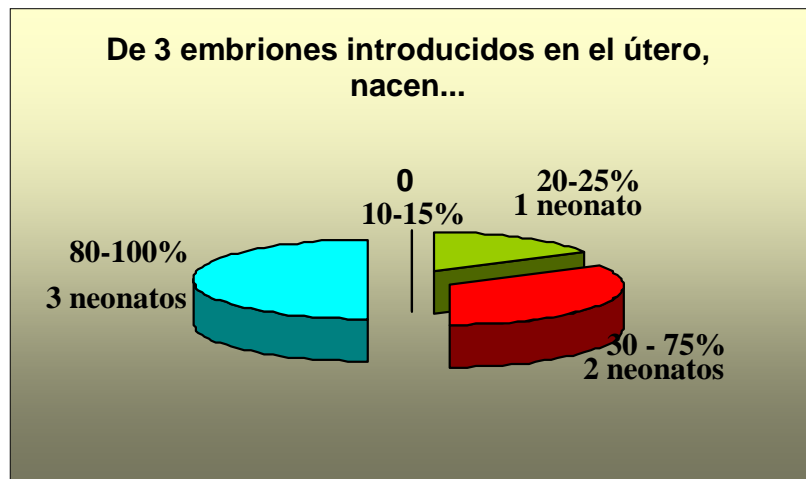


Los datos arrojados en estas respuestas, nos dan la razón cuando presumimos que, como no existe una ley que regule estas situaciones, los embriones sobrantes se pueden quedar años y años, hasta que sus padres se olviden de ellos y corran el mismo futuro de los embriones europeos o norteamericanos, por su excesiva cantidad sean donados con fines investigativos.

2.1.3. ¿Cuántos óvulos son fecundados y cuantos embriones son implantados?

Generalmente se extraen de 8 a 10 óvulos del cuerpo de mujer; de estos solo llegan a fecundarse como máximo 4 o 5, y solo se implantan tres o a veces dos, para evitar riesgos en el cuerpo de la madre. Si son todos implantados en el cuerpo de la madre,

como dicen en las leyes de otros países: “que se debe implantar todo cuanto se fecundo”, se correría el riesgo que el embarazo no se lleve a cabo y se produzca la muerte de todos los embriones en el útero mismo. En La Paz no se introducen todos los embriones por los riesgos que se corren, por ello tenemos embriones criopreservados.



Es importante conocer este dato, porque según los médicos, solo pueden ser implantados tres por razones que explicamos en la anterior pregunta, entonces obviamente los dos que sobran se van criopreservar. Dentro de estos porcentajes están los casos de mujeres que no soportan el embarazo y no tienen hijos con el primer implante, ya que las demás mujeres tienen un exitoso embarazo. Y como ya tienen hijos, se limitan a pagar el alquiler de la criopreservación de los otros dos embriones sobrantes.

2.1.4. ¿Por qué deben criocongelarse los embriones; no pueden ser óvulos o los espermatozoides?

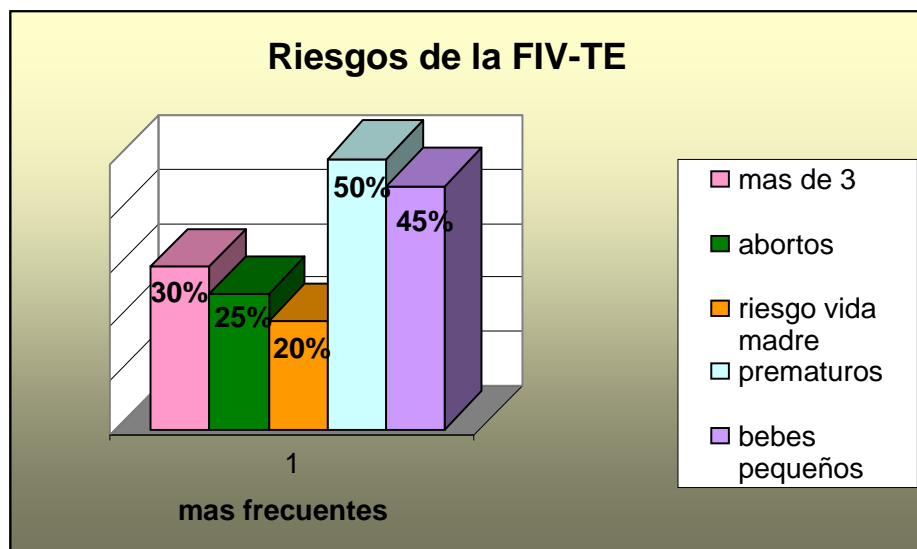
Las respuestas que dieron los médicos no las vamos a poner en cuadros porque varían según su modo de percibir y señalaban que:

- El óvulo vive de 24 a 36 horas como máximo, y no soporta el proceso de ser congelado ya que los cristales rompen su estructura y después ya no sirve.
- El espermatozoide vive de 48 a 72 horas, considerando que el hombre eyacula alrededor de 250 millones de éstos; estos si se pueden conservar, incluso hay Bancos de Semen.

- El congelamiento de los óvulos no se realiza en el país, por lo avanzado de esa tecnología que trata de congelar óvulos. Si bien se avanzó en el congelamiento de espermias, de embriones y otros órganos, en el caso del óvulo el problema radica en el descongelamiento.
- El óvulo es una célula, puede afectarle los cambios de temperatura, o cambios físico-químicos, que imposibilitan que madure, aunque añade que los laboratorios del mundo trabajan en ese método.
- Un embrión, no causa tanto problema porque ya sean fusionado los gametos lo que resta es congelar para después ser utilizados.

2.1.5. ¿Cuáles son los riesgos de la FIV-TE ? ¿Y de la criopreservación de embriones?

- Uno de los riesgos es que todos los embriones implantados fueran capaces de anidar.
- Existan más de tres embriones en el cuerpo de madre.
- Otro riesgo es que ciertos casos los fetos son tan pequeños que ninguno sobrevive.
- Corre riesgo la vida de la madre, también la gestación misma, debido a que la fecundación múltiple
- Provoca partos prematuros o Amenazas de aborto.



El riesgo mas grave que se puede correr es, como se dio un caso en España uno de dos gemelos pero con 7 años de diferencia, ya que tras un primer implante el embarazo llevo a la culminación con el feliz nacimiento de un bebe; y años después tras quererse hacer otro implante la madre, los médicos se dieron de cuenta que era el gemelo del primer hijo.

Del total de los embriones que se crioconservan, solo la mitad de los que son descongelados logran concluir con un nacimiento, la otra mitad no acepta el descongelamiento o una vez producido el implante al útero no logra adaptarse y fracasa. No hay manera de predecir esto, es uno de los riesgos que se corre, del que deben ser informados los pacientes que se someten a este procedimiento.

2.1.6. ¿Se realiza algún documento legal con los pacientes que se van a someter a la fertilización in vitro?

Para el vaciado de las respuestas en esta pregunta no se hará cuadros estadísticos por que las respuestas varían y las transcribiremos tal y cual respondieron:

- Se les brinda el conocimiento informado, se le hace conocer el procedimiento, su papel como paciente, las limitaciones que tendría si acepta hacerse el tratamiento.
- Otros pacientes, (según ellos) traen un documento privado, en el que piden confidencialidad para ellos, responsabilidad de los médicos, sujetas a el tiempo en que se vaya a realizar la fertilización in vitro.
- Si, previamente proporcionamos formularios solo a las personas que van a someterse a la FIV-TE, formularios que deben firmar los pacientes (la pareja) para de algún modo no llevar solos la carga si el procedimiento fracasa.

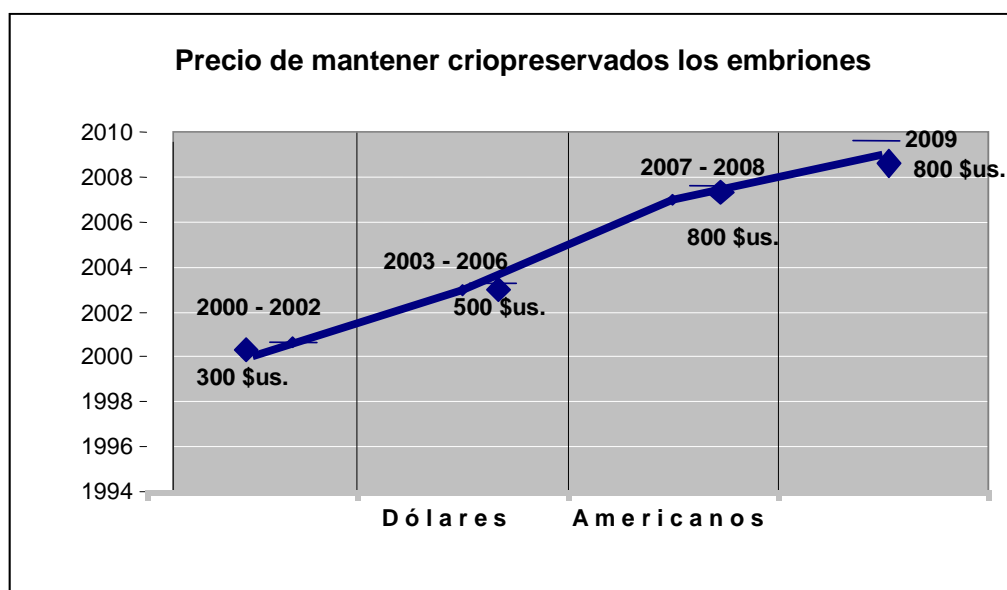
Con el conocimiento informado no basta, es cierto sin una ley que regule estas situaciones que se dan conforme al avance de la ingeniería genética. Quedan desprotegidos, no solo la pareja si resulta alguna complicación en la FIV-TE, sino también las personas (médicos) que la realizan ya que pueden ser demandados por la

pareja que piensa que no se hizo lo que se debió hacer. Y ponemos en tela de juicio cuando la pareja trae documento privado, este mismo no tendría un objeto lícito ya que no se puede disponer de la vida de un embrión en un documento privado (y menos si en este dice que los embriones que sobraron del procedimiento llevado, deben destruirse) entonces este documento no tendría valor legal.

2.1.7. ¿Cuánto es el costo por realizar técnicas de reproducción humana asistida? y ¿Cuál el precio por criopreservar embriones?

El costo en estos centros varía y nos dan una explicación de cuando cuesta el tratamiento más casero, más convencional hasta el más complicado por los métodos que se utilizan:

- El coito asistido es el más barato, y cada consulta cuesta unos 100 bolivianos.
- La inseminación oscila entre 200 hasta 300 dólares por sesión. Variando, según las complicaciones que se tenga en el tratamiento y dependiendo en que centro se realice.
- Y la fertilización in vitro varía entre 2.500 hasta 4.000 dólares. Este costo en el que se mueve en las diferentes clínicas, el mismo no incluye la criopreservación de embriones, que es un costo mensual.



Una vez conocidos los precios, de cuanto cuesta mantener a un hijo que todavía no ha nacido; los padres deben pagar a los centros de salud, hasta que puedan implantarlos, porque los médicos no pueden descongelarlos para destruirlos, según ellos hasta ahora no se ha dado el caso de padres irresponsables en el pago.

La pareja a veces paga por adelantado por dos años el “alquiler” como le llaman; es decir la criopreservación del embrión, algunas parejas ven a estos embriones criopreservados como verdaderos hijos en reserva, que sienten y piensan; pero otras parejas ven a los implantados como hijos y a los criopreservados los ven como “materia embrionaria congelada”.

2.1.8. ¿Se presento alguna vez la situación de que los padres biológicos del embrión fallecen y son reclamados por familiares?

<u>Centro</u>	<u>Embriones congelados Abandonados</u>	<u>Padres que fallecieron y reclamados por los familiares</u>
Centro 1	NO	SI
Centro 2	NO	SI
Centro 3	NO	NO
Centro 4	NO	NO

Es sorprendente, pero en ninguno de estos Centros Especializados en reproducción humana asistida existen embriones congelados abandonados, es decir todas las pacientes sometidas a estas técnicas reclaman a sus embriones por lo menos en La Paz, porque si se lee el capítulo 1ro de esta tesis se verá en un subtítulo que mujeres en Cochabamba (Donde se podría decir que se encuentra el Centro más grande de Reproducción Asistida en Bolivia como es el SENAFLES) se implantan embriones de otras parejas que abandonaron sus embriones criopreservados.

Entonces en La Paz, según estas entrevistas no hay abandonados. La justificación a esta respuesta fue:

- Que se realiza estas técnicas especialmente con parejas responsables.
- Otra de las justificaciones fue que el centro recién tiene poco tiempo en el mercado y todavía no se puede responder con exactitud porque puede ser que los abandonen con el tiempo pero por ahora no, todos pagan sus alquileres.
- Otra, que la mayoría de la gente en La Paz, es conservadora y creyente en la fe de Cristo por ello se cree, que no abandonan a esos embriones porque los consideran sus hijos.

Y con relación a que si lidiaron con la situación de que los padres hayan muerto y los familiares reclamaron los embriones criopreservados: Respondieron solo dos clínicas donde ocurrió el hecho: *“si aceptamos introducir los embriones que sobraron de la FIV a los familiares, porque la hermana de nuestra paciente era la que se iba hacer cargo de ellos, ya que la madre biológica no pudo concebir los que se le implantaron y falleció en un accidente, y el esposo murió dos meses después”* por ello accedimos; ese embarazo concluyo con el nacimiento de 2 niños.

Según nos cuenta el medico que también se presento otro caso: que los familiares solo querían saber cuantos embriones criopreservados existían, y seguir pagando el alquiler aún siguen pagando. El médico expresa *“creo que por eso es importante una ley que regule estas situaciones porque no podemos disponer nosotros como médicos de su futuro, los familiares siguen pagando, los embriones siguen aquí, es compleja esta situación y no tenemos sustento legal en el que apoyarnos solo el código de ética pero ese no menciona el tiempo de crió-conservación de embriones”*.

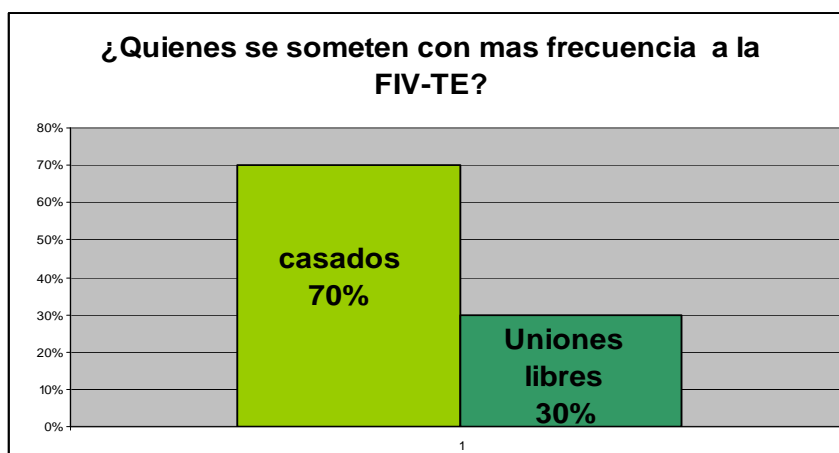
Entonces nos vamos dando cuenta que no solo es el problema para los pacientes sino también ponemos en jaque a los médicos, ginecólogos y especialistas en estas ramas cuando se presentan situaciones, que no fueron previstas en el contrato o documento privado o peor aun cuando no hubo tal documento. Es importante crear una norma que regule la situación de estos embriones criopreservados, la de los padres biológicos de los mismos, la de los médicos como profesionales en estas ramas, la de las clínicas y centros especializados en estas ramas.

2.1.9. ¿Promediando cuantas parejas acceden a la FIV-TE y criopreservan embriones anualmente?

Según sus respuestas se atiende de 100 a 150 parejas durante todo el año, ya sea brindando información sobre estas técnicas especializadas en fertilización, de estas solo el 57% llegan a la fase en que sean sometidos a la fertilización in vitro y posterior transferencia de Embriones y los que sobran se crioconservan.

2.1.10. ¿Las parejas sometidas a la FIV-TE debe ser casada o solteros o parejas que vivan en unión libre? Y si es así ¿que porcentaje es de cada uno?

“Mientras sean casados, es mejor, pero no diferenciamos si son en unión libre” (concubinato). En estas dos situaciones los cuatro Centros Especializados mencionaron que es mejor así porque no hay mucho problema con relación a esta técnica porque ambos (la pareja toma la decisión) ambos son padres biológicos del embrión y si uno no es el biológico, tiene el consentimiento escrito del otro para que no niegue la paternidad si la técnica es heteróloga o con semen u ovocito de un donante. Los médicos de estos centros unánimemente expresaron que realizarlo en una mujer soltera, no se da; no se realiza la in vitro, porque las mujeres prefieren ser inseminadas artificialmente y no prefieren la transferencia ya de embriones, el motivo puede ser que cuando se les explica como se las va preparar, muchas se desaniman. Ese es un motivo para que no se realice. Y con relación de cuáles son los porcentajes de quien recurre más a estas técnicas:



En su mayoría son parejas casadas entre sí, que deciden someterse a estas técnicas, podría decirse que después de intentar tener hijos, recién concurren a estas técnicas o también por lo que explicábamos al principio del capítulo uno, por la vida ajetreada que llevan prefieren guardar embriones para cuando su vida este mas estable.

Lo que si piden estos médicos, como uno de los requisitos es: que la técnica sea su última salida u opción para tener hijos; aunque no todos los centros, porque como mencione párrafo arriba, deciden congelar embriones, para después, por decirlo así de vivir su juventud, en la etapa adulta tener sus hijos.

2.1.11. ¿Cuál cree que es el motivo porque se recurre a esas técnicas?

“Sucede que, en nuestra sociedad se critica las formas de infertilidad, tanto en el hombre como en la mujer. Machista como es el entorno, es importante embarazar a la pareja, de lo contrario se cuestiona la virilidad”.

El machismo es una razón para que no se tengan datos estadísticos de estos procedimientos, ya que las familias no admiten abiertamente tener dificultades de fertilidad y haber intentado o haber tenido un hijo con estos métodos. El secreto médico es fundamental para los pacientes. Es otro problema que surge para los embriones criopreservados, que la sociedad sea machista, que no se reconozcan que se tienen problemas de esterilidad, problemas para engendrar, por ello estas técnicas son utilizadas con la mayor confidencialidad, y al tener los hijos se olviden de los criopreservados.

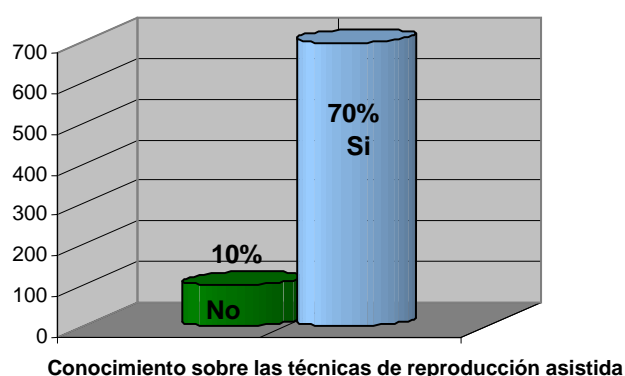
2.2. Encuestas realizadas al publico en general

Fueron 80 las personas encuestadas sobre las técnicas de reproducción artificial en general y la criopreservación en particular. Población que abarco estudiantes, profesionales y no profesionales de distintos géneros. Para evitar distinciones entre hombres y mujeres, profesionales y no profesionales además de estudiantes se vaciaron los datos en cuadros estadísticos; que exhibirán el pensar y percibir de la sociedad

boliviana en general con relación a las técnicas de reproducción humana asistida en general y la criopreservación en particular.

2.2.1. ¿Usted conoce las técnicas de reproducción humana asistida o también llamadas de fecundación artificial?

De nuestros ochenta encuestados fueron diez las personas que no conocían las técnicas de reproducción humana; al ser esta nuestra primera pregunta, iba condicionada; de que si desconocía estas técnicas pase a la pregunta número seis, que preguntaba sobre que métodos, procedimientos conoce alternativos a la esterilidad e infertilidad, y siendo esta una pregunta abierta; las respuestas que dieron fueron (textual) el calendario, el rosario de los días positivos, la forma natural y otros cuatro que dejaron el espacio en blanco.

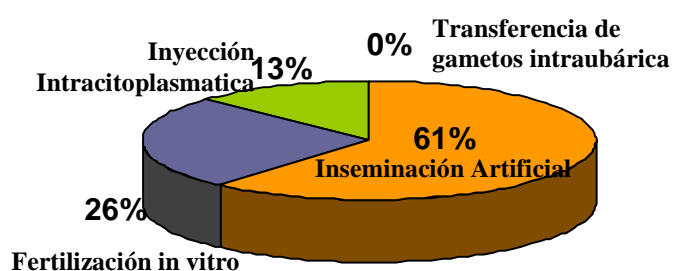


2.2.2. ¿Cuál de estas técnicas de reproducción artificial conoce?

De los setenta que continuaron con la segunda pregunta, fueron cuarenta y tres personas, que en porcentaje se hace 60%, los que marcaron la inseminación artificial (I.A.), de lo que se puede establecer que la inseminación artificial es la primera y más conocida técnica en combatir la esterilidad tanto en mujeres como de varones. Dieciocho fueron las personas que además de marcar la inseminación artificial marcaron la fertilización in vitro (FIV-TE); nueve los que también marcaron la

Inyección Intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). La casilla que se dejó vacía fue, la técnica de Transferencia de Gametos Intraubárica (GIFT).

Conocimiento de técnicas de reproducción asistida

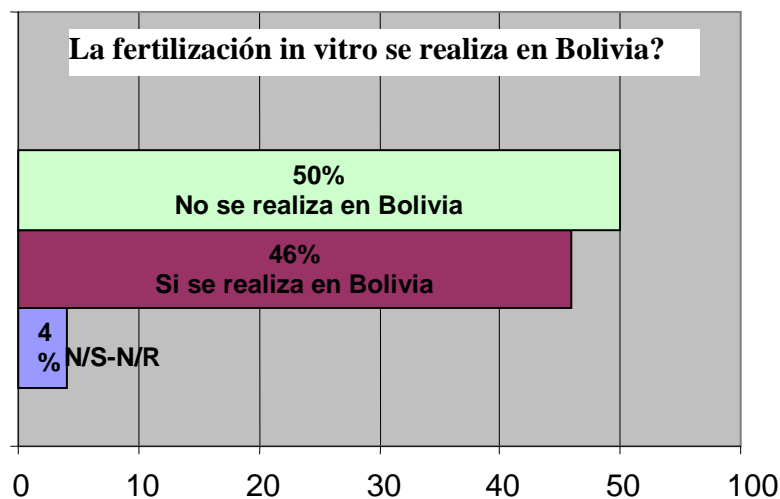


2.2.3. ¿Usted piensa que la fertilización in vitro y posterior transferencia embrionaria se realizan en Bolivia? y ¿por qué?

Fueron la mitad los que respondieron que no se realiza, en Bolivia la fertilización in vitro y la transferencia embrionaria; no porque desconozcan el procedimiento y los métodos sino que:

- Argumentaron que Bolivia es un país con altos índices de pobreza; que cuesta en dólares todo el procedimiento ya que no se realiza en un mes sino puede durar mucho más. También respuestas que respaldan a otras como: que hay pocos centros que realizan la fertilización in vitro; los llamados centros de reproducción asistida se dedican más a la inseminación artificial.
- Otra respuesta que nos llamó la atención, fue que los médicos bolivianos todavía no han llegado a realizar ese tipo de procedimientos, no tienen esa tecnología tan sofisticada para realizar la fertilización in vitro.
- Se debe viajar a Chile para que las parejas puedan someterse a la fertilización in vitro, pues Chile posee biotecnología para realizar esos procedimientos.
- Una respuesta señalaba (textual) No se realiza, porque no se necesita, las mujeres y los hombres bolivianos son capaces de procrear.

Los que respondieron que si se realizaba la fecundación in vitro en Bolivia fundamentaron también su respuesta; mencionaron que hace algunos años se publico en los periódicos que se estaba practicando la FIV precisamente por médicos bolivianos; otras respuestas hicieron mención de los anuncios de centros especializados en fecundación artificial que invitan a combatir la esterilidad, y engendrar hijos. Argumentaron que deben existir pacientes que requieran estos servicios, por ello se abrieron otros centros dedicados a la reproducción asistida; si hay demanda hay oferta y viceversa.



Una observación que efectuó es, que cuando se pregunto ¿si se realiza en Bolivia la FIV? cuatro personas también respondieron que si pero no fundamentaron su respuesta, dejaron el espacio en blanco.

2.2.4. ¿Qué se debe hacer con los embriones congelados que sobraron si sus papás fallecen?

Esta pregunta va con una explicación al inicio de la misma; que es transcrita a continuación: Sabemos que de la fertilización in vitro (fecundación del esperma y el ovulo en una tubo de vidrio) existen embriones embriones que sobran que no son transferidos al cuerpo de la madre y son congelados. ¿Qué se debe hacer con los embriones congelados que sobraron si sus papas fallecen?

Entre las respuestas señalaron que el embrión era un niño más por tanto debería transferirlo a un familiar cercano coincidieron las respuestas en su mayoría, otros encuestados dejaron en blanco esta pregunta.

Algo similar ocurre con las corrientes que se inclinan unas más por la protección del embrión como es el caso de esta tesis que, al principio quería solucionar este problema otorgando derechos patrimoniales sucesorios a todos los embriones que tienen causantes conocidos sin embargo las corrientes europeas así como algunas americanas sostienen que el embrión es un conjunto de células y nada más; por ello consideramos que es preferible defender primero sus derechos inmanentes a su ser.

2.2.5. Usted piensa que se debería crear una ley para regular las técnicas de reproducción asistida? ¿por qué?

Unánimemente todos respondieron que si, si es imprescindible una ley para regular y prevenir en un futuro situaciones de esta naturaleza. Los motivos que dieron son variados; en los que se mencionan: es importante, porque los pacientes no se encuentran seguros en estos programas médicos; para deslindar responsabilidades tanto del medico, la clínica y los pacientes; para tener una entidad donde recurrir si se equivocan los médicos con el embrión o con el semen transferido; para que no ocurran situaciones como las de la pregunta cuatro (haciendo referencia a la pregunta anterior); para controlar los centros de reproducción artificial.

Con este cuestionario concluye las encuestas realizadas más el vaciado de datos; del que se puede llegar a establecer que como bolivianos no estamos enterados del todo lo que ocurre en nuestro país, vemos como cosas fútiles temas que en mundo se están debatiendo y peleando, como la investigación, la vida, la seguridad. Pensamos que va tardar en llegar a nuestro país; sin embargo ya se encuentran hace varios años; pero hasta ahora no lo hemos sentido; por manejar una cultura de no importismo hacia temas que en un determinado momento serán relativamente la manzana de la discordia.

3. Hipótesis a prueba

3.1. Hipótesis del perfil de tesis

En mi perfil de tesis la hipótesis de trabajo consistía en:

*Si existe una regulación en el tema de criopreservación de embriones sobrantes que no fueron transferidos al útero materno **entonces** gozarían de toda la gama de derechos incluyendo los derechos sucesorios a la muerte de sus padres biológicos.*

Hipótesis que estaba basada en que se debía aplicar las reglas de la sucesión legal; no solo al concebido naturalmente sino también el extrauterinamente, porque después de todo era concebido; pero la doctrina y las corrientes actuales que refieren al embrión criopreservado no le conceden derechos patrimoniales como el derecho a ser sucesor legal a la muerte de sus padres, entretanto no estén anidados en el cuerpo de una mujer; pero la corriente que va en pro del embrión considera que sino tiene derechos patrimoniales se le debe reconocer los que son inherentes a su calidad de ser humano.

Basado en esta hipótesis se realizó el trabajo de investigación, haciendo entrevistas a centros especializados en reproducción asistida, para saber que hacen con los criopreservados, pero las respuestas dadas por estos, que están vaciadas en datos en el primer título de este capítulo, se fueron por la tangente. Las encuestas avizoraron que se desconoce en gran medida la fertilización in vitro y la criopreservación de embriones, incluso que se desconoce que se realiza en nuestro medio. Por ello el resultado dado en la demostración de la hipótesis debe ser considerado.

3.2. Demostración de la Hipótesis

La hipótesis mencionada arriba es **disprobada en parte**, ya que en todo el trabajo de investigación realizado, se ha comprobado por diferentes teorías, por corrientes, y la normativa extranjera que “los embriones criopreservados” procedentes de la técnica de reproducción humana asistida como es la fertilización in vitro que no fueron transferidos en el útero de una mujer, durante la vida de sus padres, no pueden ser merecedores de

derechos sucesorios, no pudiendo heredar por la vía legal (ab intestato) por no estar anidados en el cuerpo de la madre.

Disprobada en parte la hipótesis, porque no goza de derechos sucesorios el embrión criocongelado, pero si de toda la gama de derechos de tiene un ser humano como tal. El hecho de no poder suceder a sus padres no le priva de otros derechos que le son inherentes por el solo hecho de ser un ‘ser humano’. Es así como el derecho a la vida (al ser introducido en el vientre de su madre biológica de preferencia; y sino es su madre biológica entonces de alguna mujer nodriza) y el derecho a la seguridad y protección (para evitar que se lo someta a experimentación, e investigación mientras se encuentra criopreservado por el abandono o muerte de sus familiares).

Como sabemos la hipótesis es una suposición que se hace acerca de la presencia de una situación; es formarse un juicio probable a partir de ciertos indicios u observaciones. Sin embargo las hipótesis no siempre son corroboradas o apoyadas por datos; esto no significa que la investigación este mal desarrollada o mal planteada. Debido a ello mencionamos que la propuesta de hipótesis para que sea probada en todo debiera ser: *Si existe una normativa jurídica en la criopreservación de embriones que no fueron transferidos al útero materno entonces no suceden a sus causantes pero se les reconoce derechos inherentes a su calidad de seres humanos”*

Con lo que se concluye la etapa de prueba.

C A P Í T U L O V

1. Conclusiones

La vida humana se inicia cuando la cabeza del espermatozoide penetra a través de la membrana del óvulo, dando comienzo al proceso de fecundación y posterior concepción. Sostener lo contrario implicaría una falsedad, que daría lugar a que el embrión no sea considerado como ser humano y por lo tanto ser materia embrionaria y, desde el primer momento de su existencia, exigir el respeto incondicionado que, es debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El embrión humano debe ser respetado y tratado como ser humano desde el instante de la fecundación, y a partir de ese mismo momento se le deben reconocer derechos como el derecho a la protección.

Las concepciones modernas, teorías y doctrina analizada en este trabajo de investigación rechaza la categoría de concebido para el embrión criopreservado por ende, al no ser concebido no son merecedores de derechos patrimoniales, por no estar dentro del cuerpo de la mujer; sin embargo no los excluyen de tener derechos extrapatrimoniales, derechos esenciales por el hecho de ser seres humanos.

El desconocer los derechos patrimoniales; hace que se reduzca las posibilidades de considerarle como ser humano, sin embargo, no quiere decir que no se siga peleando por demostrar que merece derechos que, si bien no son patrimoniales, sean extrapatrimoniales. Muchos autores piensan que son un conjunto de células, las que se encuentran en la probeta; pero se sabe con certeza que ese conjunto de células como le denominan no va evolucionar para ser una zanahoria o un conejo sino si va evolucionar para ser un ser humano, entonces no se admite que sostengan que no son seres humanos los embriones humanos que están criopreservados.

En la hipotética situación de que los padres lleguen a fallecer teniendo embriones criopreservados, como en un principio planteamos: que los embriones debieran heredar sin embargo, a la conclusión que llegamos coincidiendo con la fundamentación hecha

por autores del porque estos embriones no pueden suceder a sus padres, pues ellos no son objeto de comercio; para que de disputen en nombre de ellos, las fortunas de los causantes. Aunque no pueda ser susceptible de adquirir derechos patrimoniales, como el derecho a ser sucesor legal, ya que la doctrina señala que, mientras no este dentro del cuerpo de una mujer no puede ser heredero, por ese lado; pero no le prohíbe ser un sucesor testamentario, es ahí donde se deja una puerta abierta para este ser humano.

No obstante debemos empezar por reconocer los derechos del embrión criopreservado e ir poco a poco conquistando más y más derechos; rompiendo barreras. Condenando el excesivo uso de los estas técnicas de reproducción asistida con fines a crear embriones par ser investigados, repudia la destrucción de embriones criopreservados que fueron abandonados, o donados a la ciencia. Pese a que no se pudo conocer que se experimente con embriones en estos centros entrevistados, sin embargo recalcamos que los médicos aceptan, que su código de ética les prohíbe hacer investigaciones con los criopreservados, pero no niegan que se debe seguir investigando, pero con fines terapéuticos.

Es de vital importancia recordar los tratados internacionales en materia de derechos humano y en particular tratados sobre la protección del niño. Por lo investigado en medios de prensa escrita, libros, revistas científicas, en la red (internet); en países con avances en estas prácticas no aseguran derechos de nadie sino que, por el contrario, los avasallan por lo que no es prudente que el Estado ampare conductas indebidas por parte de ninguna persona tenga el grado de instrucción que tenga. Debido a ello proponemos un anteproyecto de ley que consideramos que debe ser tomado en cuenta.

Al congelar embriones estamos congelando y deteniendo la vida de un ser humano en acto, impidiéndole su normal desarrollo y proceso de vida: congelamos la vida de un ser humano pleno en su dignidad y sujeto de derecho, de identidad y de no discriminación ni instrumentalización. Es bueno recordar sintéticamente que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde la fecundación y desde ese momento posee el derecho a una vida y a la seguridad. Se debe tutelar los derechos inviolables del ser

humano ante los intentos de experimentación o de una destrucción programada con el respaldo legislativo.

Los autores que pretenden apoyarse en un utilitarismo como un fin para encontrar su verdad, es decir lo que les sirve, a quienes no les importa en absoluto el respeto a la vida humana, respeto que se consiguió con los horribles crímenes cometidos en la segunda guerra mundial, aprendiendo a valorar a la persona sin diferenciarla de ninguna manera y guiado por un derecho que les compete 'la vida' y la seguridad. Sin la existencia humana no tiene sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no solo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo.

Después de todo, nos encontramos con la terrible paradoja, científicos que logran producir artificialmente vidas humanas, casi en cadena, y por otro lado miles de niños de todas partes del mundo que mueren de hambre o añoran tener una familia que los adopte. Concluimos la investigación manifestando que el hecho de no poder heredar, el de no tener derechos patrimoniales sucesorios como cualquier concebido, no lo hace menos, ni algo inferior a una persona. Es una razón más para velar por sus derechos de ser humano, que vive de alguna manera.

2. Recomendaciones

- Se recomienda para temas de futuras investigaciones referidas a la criopreservación de embriones que se tome en cuenta que: si bien los embriones criopreservados no pueden suceder por vía legal (sin testamento); se vea la posibilidad de una sucesión por la vía testamentaria, ya que el testamento puede tener un contenido patrimonial como extrapatrimonial, en esta parte del mismo especificar que se va hacer con los embriones criopreservados que poseen el o los causantes.
- Se recomienda que, se debe legislar con prontitud el tema referido a las técnicas de reproducción humana asistida en sus diferentes connotaciones como la inseminación artificial, fecundación in vitro, fertilización intracitoplasmática, fertilización con diagnóstico preimplantacional, clonación, células embrionarias, estaminales, etc. porque no podemos dejar de lado estos procedimientos que ya no son ajenos a nuestra idiosincrasia y que si bien se han mimetizado en la realidad boliviana no pueden estar sin regularse. No dejamos de reconocer que todas estas técnicas son y tienen un carácter revolucionario e innovador que ha influido profundamente en la vida social y en la moral de los pueblos.
- Para regular todos estos temas se debe tomar en cuenta las teorías modernas que vayan en pro de proteger al embrión criopreservado como ser humano, tomando como referencia que el ser humano es la primera célula de un Estado, por tanto merece su protección y mas aún si esta entre la vida (al ser introducido en el útero de una mujer) o la muerte (al ser donado a la ciencia para hacer con el experimentos y luego desecharlo). Ser humano como es posee ciertos derechos inalienables que deben ser respetados como tales en la conciencia colectiva. Hoy en día, encontramos una desvalorización de estos derechos fundamentales en el mundo, y consideramos necesaria la intervención del legislador para protegerlos. Siendo así fiel al principio que "se debe proteger al más débil", en este caso el embrión.

- Se recomienda investigar cual es el tratamiento y la importancia que le da el Ministerio de Salud al crecimiento de la población de embriones en centros que criopreservan a nivel Bolivia. Si es que hubiera un registro de embriones humanos criopreservados y un control respectivo de la población y desde que perspectiva observan la evolución de cada tratamiento (cada cuanto tiempo sus padres biológicos realizan el implante de los embriones criopreservados que sobraron) y si controla todas las fecundaciones y la mortalidad en los mencionados centros.
- Se recomienda prever una situación, la existencia de embriones humanos abandonados, o que no tengan familiares. A raíz de ello crear mecanismos y procedimientos para una viabilizar una institución de embrioadopción, es decir, buscar una familia para los embriones criopreservados. Que se regulara mediante una ley especial y su objeto será llenar una necesidad social al crear un vínculo sustitutivo de la filiación natural, a efectos de dar padres a los menores que se encuentran en riesgo de inviabilizarse. El efecto de la adopción es sustituir la filiación natural cortando los lazos del adoptado con sus padres genéticos, cesando los efectos jurídicos que emergían de la patria potestad y los lazos familiares, adquiriendo el adoptado todos los derechos y obligaciones como si fuera un hijo matrimonial.
- Se recomienda hacer un estudio estadístico sobre la opinión de algunas parejas sometidas a programas de fecundación artificial y sobre sus embriones criopreservados, ya que el estudio que se hizo en esta investigación no pudo contactarse y escuchar la versión de la otra parte (de la y los pacientes que se someten a estas técnicas), así conocer percepciones sobre los métodos, información brindada por médicos tratantes, como el costo por cada tratamiento.
- Se recomienda estudiar a detalle los contratos o documentos suscritos entre las partes; documentos privados que se suscriben cuando se inicia el tratamiento de la fecundación artificial, los contratos durante la fecundación artificial y los contratos posteriores a la fecundación artificial. Cual es el tratamiento que le dan

las diferentes cláusulas al embrión criopreservado y cual es la responsabilidad del centro especializado en fecundación asistida.

- Se recomienda investigar la ciencia de la Bioética, sus diferentes alcances, la directa relación con la supervivencia del ser humano en un contexto sociológico teológico, filosófico, económico, psicológico y jurídico. Su trascendencia con relación a temas de fecundación artificial e ingeniería genética.
- Se recomienda realizar una complementación legal en el Código Penal, tipificando nuevos delitos, tomando en cuenta estas técnicas y sancionando drásticamente a los que experimenten con embriones con cualquier fin; como el delito de lesiones en embriones y al hablar sobre embriones nos referimos a los congelados que han sobrado de la fertilización in vitro. Es cierto que en nuestro código está tipificado las lesiones, pero desde una óptica de la persona humana, es decir de aquella que nació. En ese sentido, el Derecho Positivo le daría al concebido un status jurídico de protección. Complementar Código de Familia, y el Código Civil, donde consideramos existen vacíos jurídicos, sobre la base de un *Anteproyecto de Ley* sobre Reproducción Asistida y manipulación genética, para proteger efectivamente la vida, dignidad y derechos del ser humano, desde el momento de su concepción cualquiera fuera la forma de su origen.

C A P Í T U L O VI

A N T E P R O Y E C T O DE LEY

Ley para Regular la criopreservación de embriones originados por la técnica de la fecundación in vitro no transferidos

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Ante el raudo avance de las investigaciones en el campo de la medicina y la biogenética con referencia a las “Técnicas Humanas de Reproducción Asistida”, en especial de la “fecundación artificial extracorpórea” a nivel mundial y gradualmente Bolivia, que no puede quedar ajena por mucho tiempo al desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, cuya finalidad fundamental es la actuación médica ante la infertilidad humana para facilitar la procreación, cuando otros tratamientos se hayan descartado por inadecuados o ineficaces, ha abierto al mismo tiempo un espacio propiciador de implicaciones casi ilimitadas, de alcance social, ético, biomédico y jurídico.

Que, una consecuencia de la fecundación artificial extracorpórea es la criopreservación de embriones, una técnica de conservación de material biológico embrional por medio de su congelamiento; embriones que en principio estaban destinados a ser introducidos al útero materno, pero por diferentes factores no fueron implantados. Las expectativas que el progresivo desarrollo de los conocimientos científicos plantean, generan un entorno en el que, la inquietud científica por una parte, y el derecho y la dignidad de los individuos y de las sociedades en las que éstos integran, por otra, pueden suscitar temor y prejuicios con alcances distintos.

Por ello, es necesario para garantizar la protección de los embriones humanos que se encuentran criopreservados; embriones que no son considerados seres humanos, cuando lo son; y que a título de “materia embrionaria” se los quiere utilizar con el fin de

experimentación e investigación científica; cualquier fin, menos el ser introducido al útero materno.

Al defecto corresponde crear una norma que regularice la criopreservación de embriones que no fueron transferidos al útero materno por diferentes razones, para que los mismos tengan los derechos inherentes a su calidad de seres humanos, derechos a ser protegidos por el Estado y la sociedad en general.

TÍTULO I
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
CAPÍTULO I
Definiciones y Alcances

Artículo 1.- A los fines de esta ley, se entiende por:

- 1. Técnicas de reproducción humana asistida.-** Las técnicas alternativas a la esterilidad de la pareja, procedimientos para poder concebir hijos y comprenden:
 - a) Las técnicas de baja complejidad, mediante las cuales la fecundación acontece dentro del seno materno la inseminación artificial homóloga o heteróloga.
 - b) Las técnicas de alta complejidad, mediante las cuales la fecundación acontece fuera útero de la mujer, es “extrauterina”, en sus diferentes concotaciones; que puede ser homóloga o heteróloga.
- 2. Fertilización in vitro - transferencia embrionaria.-** Se denomina fecundación in vitro a la unión de los gametos (ovulo y espermatozoide) fuera del útero de la mujer; al producirse la fecundación de estos gametos, los embriones serán retirados para implantarse en el útero, para continuar con su desarrollo embrional normal.
- 3. Embrión in vitro).-** Se denomina embrión in vitro cuando comienza el período de diferenciación celular hasta su transferencia al útero.

4. **Embrión criocongelado.-** Se denomina embrión criopreservado, el embrión que no pudo ser transferido e implantado en el útero de una mujer y se encuentra congelado en centros especializados.
5. **Criopreservación de embriones.-** Técnica de utilización de las bajas temperaturas para disminuir las funciones vitales de un embrión in vitro que no fue transferido al útero de la mujer con la finalidad de mantenerlo en condiciones aptas hasta su posterior transferencia.

CAPÍTULO II

Objeto y alcance

Artículo 2 (Objeto).- La presente ley tiene por objeto proteger y garantizar la vida de los embriones humanos procedentes de la fecundación artificial, en cualesquiera de las fases de división en que se encontraba antes de ser criopreservado; así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas.

Artículo 3 (Alcance).- Las disposiciones de la presente ley regulan actividades de los centros especializados en reproducción humana asistida y criopreservación de embriones no transferidos al útero de la mujer.

TÍTULO II

DISPOSICIONES NORMATIVAS

CAPÍTULO I

De los embriones criopreservados en particular

Artículo 4. (Status Legal).- El embrión criopreservado será considerado como “ser humano”, desde la unión del óvulo con el espermatozoide, etapa conocida como la fecundación y es desde allí que se le da protección a los embriones humanos, sean transferidos o criopreservados.

Artículo 5.- La criopreservación de embriones responde al criterio del médico actuante y del paciente en tratamiento, para ello deberá contarse con el previo consentimiento

debidamente informado firmado por el paciente antes de realizar el procedimiento y antes de definir la cantidad de ovocitos a inseminar.

La pareja tratada será la tutora de los embriones in vitro criopreservados por el tiempo descrito en el documento.

Artículo 6. (Consentimiento informado).- Para los efectos de esta ley, existe consentimiento informado cuando a la persona que debe prestarlo se le proporciona información adecuada, suficiente y comprensible siendo así que conoce los aspectos esenciales del procedimiento, en especial su finalidad, beneficios y riesgos que implica la técnica de reproducción humana asistida de la que se va servir para concebir, así como la criopreservación de su progenie, es decir de sus embriones que van a ser sometidos a criocongelación y los riesgos de su descongelación y el tiempo en el que permanecerá congelado.

Artículo 7. (Límites de criopreservación).- Debido a lo complejo del proceso de criopreservación y posterior descongelación de embriones, se establece que, el límite máximo para que los padres biológicos descongelen sus embriones criopreservados es de 4 (cuatro) años prorrogable por 2 (dos) años más, mediante comunicación fehaciente a los pacientes titulares de los embriones criocongelados.

Concluido los 6 (seis) años, los embriones criopreservados que no hubieren sido transferidos al útero materno, serán ofrecidos para la embriodonación, a efectos de ser transferidos al útero mediante procedimientos terapéuticos al seno materno de la receptora. La autorización para ser donados constará en el consentimiento informado de criopreservación, firmada por quienes la solicitan.

Artículo 8. (Prohíbe la discriminación).- Se prohíbe toda forma de discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético de las personas. En consecuencia, los resultados de exámenes genéticos y análisis predictivos de la misma naturaleza no podrán ser utilizados con ese fin.

Artículo 9. (Información genética)La información genética de un ser humano será reservada. Lo anterior es sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia, en

los casos y en la forma establecidos en la ley. Asimismo, para los efectos de esta ley, resultan plenamente aplicables las disposiciones sobre secreto profesional.

CAPÍTULO III

Profesionales médicos y centros especializados en reproducción humana asistida

Artículo 10. (Prohibiciones).- Se prohíbe terminantemente:

1. Utilizar embriones criopreservados abandonados o no; con fines experimentales o de investigación, con o sin fines terapéuticos o diagnósticos.
2. La producción de embriones para ser gestados, íntegramente in vitro o en otro lugar que no fuera el útero de una mujer.
3. La destrucción en cadena de embriones humanos criopreservados.
4. La extracción de las células troncales de los embriones criocongelados, que dan origen a tejidos y órganos en el ser humano.
5. La clonación de seres humanos, cualesquiera que sean el fin perseguido y la técnica utilizada.
6. El embrión humano sólo podrá utilizarse para lograr la procreación humana, quedando expresamente prohibido su implante en cualquier otra especie.

Artículo 11 (Obligación).- El profesional médico tratante, deberá efectuar un documento escrito que debe ser firmado por la pareja y el medico director responsable y por el director del centro de reproducción asistida donde se lleve a cabo; en el mismo deben exponerse las responsabilidades, obligaciones, derechos, riesgos y ventajas del procedimiento al que se va someter la pareja; previamente debe existir un consentimiento debidamente informado que detalla el art.6 del mismo cuerpo legal.

Artículo 12 (Bancos de criopreservación de embriones).- Los centros de fertilización humana asistida tienen como límite máximo de almacenamiento 40 embriones humanos criocongelados por año.

Artículo 13 (Sanciones).- Los médicos profesionales que realicen experimentos catalogados como prohibidos serán sancionados con:

1. La inhabilitación temporal de su profesión por el lapso de un año.
2. En caso de reincidencia, el infractor será sancionado con la pena de inhabilitación perpetua para ejercer la profesión.

CAPÍTULO IV

Registro de embriones

Artículo 14 (Registro de embriones criopreservados) El Ministerio de Salud deberá registrar en una base de datos todos los centros especializados en reproducción humana asistida que criopreservan embriones humanos procedentes de estas técnicas de fertilización y ejercer control de la población de los embriones criopreservados para evitar una sobrepoblación.

TÍTULO II

DISPOSICIONES ORGÁNICAS

CAPÍTULO I

Artículo 15.- Créase una Comisión Nacional de Bioética, que estará integrada por los siguientes miembros:

1. Por dos representantes designados por las sociedades científicas más representativas del ámbito nacional, relacionadas con la fertilidad humana y las técnicas de reproducción asistida.
2. Por dos profesionales, expertos en bioética, más representativos del ámbito nacional.
3. Por dos representantes de los centros médicos relacionados con la fertilidad humana y las técnicas de reproducción asistida.
4. Por 1 representante del Ministerio de Salud

Artículo 16.- La Comisión Nacional de Bioética tendrá, entre sus funciones, asesorar a los distintos Poderes del Estado en los asuntos éticos que se presenten como producto de los avances científicos y tecnológicos en biomedicina, así como en las materias

relacionadas con la investigación científica biomédica en seres humanos, recomendando la creación, modificación y supresión de las normas que la regulen.

Artículo 17.- Crease el Registro Único de Receptores para la embriodonación, dependiente del Ministerio de Salud; en el cual deberán anotarse las personas interesadas en recibir los embriones criopreservados, con el fin de unificar su demanda y establecer la prioridad en la recepción.

Las instituciones que dispongan de embriones in vitro para la embriodonación, informará al Registro Único de Receptores para que sean derivados a él los solicitantes.

1. Bibliografía

- ANDRADE, Beatriz. Revista Escape “La fecundación in vitro” Revista de domingo N° 212, de junio de 2005.
- “Al menos 140 mujeres utilizaron la criopreservación: Dos clínicas paceñas congelan embriones y espermatozoides” web: www.laprensa.com.bo
- ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa “El Derecho frente al congelamiento de óvulos” ED. 182-1645, pág.1648
- BASSO, Domingo M. “Nacer y Morir con Dignidad- Estudio de Bioética contemporánea” 4ta edición Buenos Aires: Rexis Nexos Argentina 2005
- BANCHIO, ENRIQUE CARLOS “*Status jurídico del “nasciturus” en la procreación asistida*” LL, 1991-B
- BLANCO, Guillermo Luís, “Bioética y Bioderecho” pag. 283 Editorial Universidad S.R.L. Rivadavia 1225 Buenos Aires 2002
- BLANCO, Luís Guillermo El “Preembrión humano” (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias) ED, 155-581
- BOCHATEY, Alberto G. “*Los embriones son vidas humanas y tienen identidad*”. Web: www.biotech.bioetica.org/ap58.htm
- BRENER, Eliseo. “*Embriones Congelados*” <http://www.arquidiocesisgdl.org.mx/BoletinEclesiastico/fertilizacion.html>
- CABA, Gróver y SHAYMANN. *Ya existen niños con tres padres*. Periódico La Razón: Sector Tendencias, domingo 27 de mayo de 2001 Pág. C4.
- CORTEZ, Jacqueline y TIRADO, Noemí “Aspectos éticos y bioéticos de la reproducción asistida y manipulación genética en Bolivia.” Revista BIOFARBO, 2000 La Paz – Bolivia.
- “*Gran Bretaña legaliza la clonación de embriones de seres humanos*”. Periódico La Prensa: Sección La Ciudad , Publicado en La Paz, el miércoles 20 de diciembre de 2000. Pág. 6 y 7 b
- HOYOS Castañeda, Ilva Myriam. “La persona y sus derechos”, Editorial Temis 3ra. Edición. Bogota-2000
- “*La fecundación in vitro, exitosa en más del 65 por ciento de mujeres jóvenes*” Web: www.eldeber.com.bo.
- *La Fertilización in vitro mira otra vez a la Ética*. Periódico La Razón: Sector tendencias. Pág. C4
- LACADENA, Juan José “Aspectos genéticos de la reproducción humana en la fecundación artificial. Ciencia y Ética”, PS Editorial, Madrid, 1985

- LEHMANN, Heinrich " Derecho de Familia " vol IV, Edit Rev deDerecho Privado, Madrid 1956
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, GRACIELA N. "*Bioderecho*" Abeledo Perrot, Bs. As. 1998
- PADILLA, Vargas Abel. Artículo "El secreto de la vida a punto de revelarse" La Prensa" La Paz, Martes 15 de abril de 2003 pág. 6-7 b
- PAVON, Hector. "Los embriones ¿son personas?" Artículo publicado en marzo de 2007 en la página web: <http://www.vidahumana.org>
- PAZ, Espinoza Felix. El derecho de familia y sus instituciones. Ediciones e impresiones "El original San José" La Paz-Bolivia 2007
- PAZ, Espinoza Felix. "Derecho de sucesiones mortis causa". Ediciones e impresiones "El original San José" La Paz-Bolivia 2008
- POLO, Samaniego Carlos, "*Brasil: Tribunal Supremo podría desconocer calidad de "personas" a los embriones*" web: www.lapop.org
- RABINOVICH-BERKMAN; Ricardo "Derecho Romano", Editorial Astrea, Bs. As. 2001 Capítulo IX, págs. 252 y ss
- "*Reproducción asistida, entre 100 bolivianos y 4 mil dólares*". <http://www.laprensa.com.bo>
- SAMBRIZZI, EDUARDO A. "*La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*", Abeledo-Perrot, Bs. As., junio 2001
- SILES, Nuria. "*Engendrar vida después de la muerte*" de fecha 18.05.09 artículo extraído de la página del Diario Médico-Agencia Noticias y Portal Medicina y Salud- <http://www.diariosalud.net>
- SILVILA Peñaranda, Gustavo. "Bioética y derecho genesis, lineamientos y bases para la acción" 1ra Edición. Mayo 2004. La Paz-Bolivia
- SOTO Lamadrid , Miguel Ángel. "Biogenética, filiación y delito" Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Delpalma. Buenos Aires 1900
- VALDERRAMA, Paola. "*La hipocresía del sujeto del derecho* (agosto 2003)" Número 4 - La protesta. Web: www.palabrerio.com.ar/index.htm
- VALENT, Maria "*Más sobre la cuestión de los embriones congelados*" <http://www.cnce.mecd.es/tematicas/genetica>
- VATTIMO, Gianni. "*La vida humana comienza cuando nace un objeto capaz de tener derechos y deberes*" www.vidahumana.org/vidahumana/spiss
- ZANNONI Eduardo, "Inseminación Artificial y fecundación Extrauterina" Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires 1978