

1

Posición

Frente a proyectos de ley con estado parlamentario que prevén la destrucción de embriones congelados(1) se levantan voces doctrinarias que promueven la prohibición de la técnica de crioconservación.

Al respecto, considero insuficiente e ineficaz prohibir legalmente solo el congelamiento de embriones producidos mediante las “técnicas de fecundación artificial”(2) extracorpórea sin prohibir al mismo tiempo las técnicas en sí.

2

Fundamentación(3)

2.1. Antropológica

1. El congelamiento de embriones intenta remediar un efecto “no deseado” de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea(4).

Los mismos centros de fecundación artificial extracorpórea lo reconocen: “Las indicaciones para la crioconservación del embrión incluyen: 1. Almacenamiento de los embriones en exceso para uso futuro después de la transferencia fresca del embrión. 2. Disminuir el riesgo del OHSS (por sus siglas en inglés(5)) en el ciclo de transferencia fresca del embrión de un alto riesgo de OHSS. 3. Condiciones uterinas que son desfavorables para la transferencia fresca del embrión después de su recuperación (v. gr. sangrado uterino, pólipos, leiomiomas, estenosis cervical severa, o recubrimiento endometrial delgado)”(6) (los resaltados me pertenecen).

Las condiciones uterinas desfavorables se vinculan, entre otras causas, con la denominada “ventana de implantación”.

En efecto, la implantación implica un diálogo de estímulos y respuestas entre la madre y el embrión en la fase de blastocisto. Ambos, madre y embrión, poseen un rol activo. La ventana de implantación se produce entre el 6º y el 14º día. Es el período en el cual el embrión se adhiere al útero.

La implantación embrionaria (luego de una fecundación artificial extracorpórea y transferencia de embriones) es regulada por muchos y muy importantes factores, los cuales permiten su éxito en un 30 % de los ciclos considerados fértiles. Con las técnicas de reproducción artificial este porcentaje no ha podido superarse, a pesar del estudio intenso durante los últimos veinte años. Se ha demostrado que debe existir un adecuado ambiente hormonal (estradiol y progesterona), que actúa de forma endocrina sobre los órganos maternos implicados en el embarazo; esto se traduce en una buena receptividad uterina. Se conoce también que debe existir una fecundación y desarrollo embrionario normal. Además, estudios recientes han encontrado la gran importancia de un intercambio paracrino y autocrino entre los dos. Lo anterior solo puede lograrse en un momento y lugar determinados, lo cual se denomina “ventana de implantación”(7).

“Entre las variables que afectan las tasas de embarazo en los ciclos de transferencia luego de congelación embrionaria están: la calidad de los embriones a congelar, la técnica de congelación y descongelación, el tiempo de almacenamiento de los concepti y la preparación del endometrio para la transferencia. La transferencia embrionaria se puede realizar en ciclos ovulatorios naturales o substituidos (...) Si se descongelan los embriones en un ciclo ovulatorio espontáneo, se debe determinar con precisión el día del pico de la hormona luteinizante (LH) o el día de la ruptura folicular. Es igualmente importante, establecer la presencia de secreción de progesterona por parte del cuerpo lúteo. Los embriones descongelados de 2-4 células se transfieren al útero el día de la desaparición del folículo por ecografía o 2 días después del pico de LH en sangre. La transferencia debe coincidir con un desarrollo endometrial adecuado al estadio celular de los concepti congelados”(8) (los resaltados son nuestros).

Por otra parte, la hiperestimulación ovárica previa a la fecundación artificial produce una fase lútea deficiente en la mujer. Así lo reconocen los centros que realizan estas técnicas: “Toda paciente que ingresa a un protocolo de reproducción asistida de alta complejidad debe contar con un soporte de fase lútea, mismo que se inicia previo a la transferencia embrionaria, usualmente 48 horas. La hiperestimulación ovárica controlada origina un ambiente hiperestrogénico, y el daño folicular en el momento de la captura ocasiona una fase lútea deficiente”(9).

Esta fase lútea deficiente debe ser remediada con medicamentos antes de la transferencia de los embriones, para que se produzca su implantación. Durante ese período de tiempo necesario para remediar la fase lútea deficiente, los embriones que se van a transferir se congelan.

Por ello afirmamos que, por la ventana de implantación –entre otras causas–, la mayoría de las fecundaciones artificiales extracorpóreas conllevan el congelamiento de embriones. En palabras de

la Dra. López Moratalla, “la congelación de embriones se considera actualmente un protocolo de rutina y completamente validado en el tratamiento de la infertilidad”, pues “el ciclo resultante de la estimulación ovárica no es adecuado para proceder con la transferencia del embrión y en tal caso se ha de recurrir a la conservación del embrión”(10).

2. El congelamiento de embriones es hoy tecnología estándar en las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, tal como lo reconoce la misma Red Latinoamericana de Reproducción Asistida: “La criopreservación de cigotos y embriones, se ha convertido en una tecnología estándar en reproducción humana”(11) (el resaltado me pertenece), y “las indicaciones para la crioconservación del embrión incluyen: 1. Almacenamiento de los embriones en exceso”(12).

3. Cabe preguntarse si el congelamiento de embriones –al cual se considera un complemento material de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea para garantizar que los embriones “sobrantes” puedan sobrevivir para ser utilizados en una segunda transferencia– está destinado a la protección de los embriones “sobrantes” o más bien a tranquilizar y adormecer las conciencias, y ocultar la masacre de embriones que se produce... No es lo mismo seleccionar, matar, descartar, que “congelar” alegando que se lo realiza para “salvar la vida” de esos embriones.

4. Es indicativo de que la verdadera finalidad del congelamiento es el adormecimiento de las conciencias y el ocultamiento del exterminio de embriones que se produce, el hecho de que más del 95 % de los embriones congelados jamás verá la luz del sol. “Un estudio realizado en Bélgica arribó al siguiente resultado: sobre 2200 embriones congelados solo sobrevivieron al proceso de descongelación 725 y estos una vez implantados culminaron su desarrollo naciendo vivos 52. O sea que al descongelarlos se perdieron el 68 % de los embriones, sobreviviendo a la técnica solo el 32 %. La tasa de los nacidos vivos corresponde al 7 % de los embriones descongelados y al 2,36 % de la población inicial, es decir que se perdieron prácticamente el 98 % de los sometidos a esta técnica(13). En una entrevista periodística un especialista argentino rechazaba el método del congelamiento sosteniendo que ‘con embriones frescos fertilizados in vitro las chances de embarazo son del 15 % al 25 % y con los congelados del 7 %. Además solo puede recuperarse el 50 % de los embriones congelados’(14). Si tenemos en cuenta que la referencia es al embarazo y que el porcentaje de nacimientos es menor del 50 % de los embarazos logrados por las técnicas, arribamos a porcentajes similares a los del estudio mencionado(15)”(16) (los resaltados me pertenecen).

5. Por otra parte, es sabido que la mayoría de los embriones congelados permanecen en ese estado indefinidamente, ya que al perder “calidad” con el transcurso del tiempo de congelamiento, los técnicos suelen producir nuevos embriones más “frescos” para transferencias, y no utilizan los que se encuentran congelados.

El congelamiento indefinido implica condenar a los embriones a interrumpir bruscamente su desarrollo (es decir, detener o paralizar el proceso biológico natural al que tiene derecho todo ser humano vivo) y a permanecer a 196 grados centígrados bajo cero, en un hábitat no acorde a la dignidad de la vida incipiente de un individuo humano.

2.2. Jurídica

6. El embrión humano es persona desde la concepción, tal como lo establece –en una lectura armónica, cfr. art. 75, inc. 22, CN– la Convención sobre los Derechos del Niño. Por otra parte, el art. 3º de su ley reglamentaria 26.061 puntualiza que se entiende por interés superior del niño “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. El primero de esos derechos es, de acuerdo con el art. 8º, el derecho a la vida.

7. Las técnicas de fecundación artificial extracorpórea (y su congelamiento y demás procedimientos vinculados con ellas) violan el derecho a la vida, a la salud y la dignidad de las personas humanas producidas extracorpóreamente(17).

8. Proféticamente, se advertía en la década del ochenta, respecto del aborto, lo que ha sucedido respecto de la fecundación artificial: permitir estas técnicas por vía legislativa o judicial “tanto vale como mandar a algún facultativo que lo practique, como obligar a los Servicios de Seguridad Social a que lo acepten y a que dediquen sus servicios a tal función, o como a imponer, en fin, a contribuyentes o asegurados, la carga de pagarlo”(18). La obligatoriedad de cobertura gratuita de las técnicas por parte del sistema de salud argentino, establecida en la ley 26.862 y su decreto reglamentario, es antijurídica y debe ser derogada o declarada inconstitucional por los jueces.

9. Más allá de la derogación de la ley 26.862, considero necesario y prudente la prohibición expresa de las técnicas aludidas mediante ley y sin excepción alguna, sin soslayar que, si bien la ley tiene una función pedagógica(19) –sobre todo frente al oscurecimiento de las conciencias–, no es el único ni el principal factor de influencia en la cultura de un país, ya que es primordial la educación moral de sus habitantes.

10. Al afirmar que es “prudente” prohibir expresamente las técnicas, no estoy diciendo que el legislador podría optar entre tolerar el recurso a las técnicas o prohibirlas, ya que el Estado no puede tolerar la violación del derecho fundamental a vivir de las personas por nacer. El Estado argentino se encuentra obligado por el art. 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño a garantizar “en la máxima medida posible” el derecho a la vida de todo niño. Por tanto, las técnicas de fecundación artificial extracorpórea nunca pueden ser conductas toleradas por el Estado. Expresar que es prudente prohibirlas implica afirmar que deben ser prohibidas porque así lo indica la prudencia, cuyo acto principal es el imperio.

11. Uno de los problemas éticos y jurídicos que se plantean en la jurisprudencia argentina es el del destino de los embriones congelados, consecuencia muy frecuente –al menos en el estado actual de desarrollo de las técnicas– del empleo de la fecundación artificial extracorpórea. El proyecto de ley 101/14, que cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados y se encuentra bajo análisis

del Senado, permite su destrucción o su utilización para investigación. Cualquiera de las opciones que puedan esbozarse para resolver el problema del destino de estos embriones reviste elementos negativos, puesto que el mal que ha originado el congelamiento ya está hecho. Se trata de una “situación de injusticia que es de hecho irreparable”(20).

12. Por todo lo expuesto, en cuanto a la estrategia legislativa, mi posición es contraria a sancionar en primer lugar una legislación prohibitiva parcial(21) —es decir, comenzar prohibiendo, v. gr., el congelamiento de embriones o la clonación—, para arribar finalmente a la prohibición total de las técnicas. Entiendo que de poco sirve que se propongan soluciones para el problema de los embriones “restantes” o “supernumerarios” congelados si no se embiste su causa: evitar su proliferación. En efecto, mientras se sigan produciendo embriones in vitro, el problema se convierte en un círculo vicioso y las soluciones que se sugieran no serán, por tanto, definitivas. La cruel práctica del congelamiento de embriones no cesará en tanto no se prohíban total y definitivamente las técnicas.

3

Conclusión

Teniendo en cuenta todo lo brevemente expuesto, puedo afirmar que hoy en la Argentina es un acto de prudencia legislativa la prohibición expresa y total de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea y todos los procedimientos que estas conllevan complementariamente (congelamiento de embriones, manipulación embrionaria, entre otros).

Es de lamentar que a la fecha(22) no existan en el Congreso de la Nación Argentina proyectos de ley prohibitivos de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea que cuenten con estado parlamentario.

VOCES: BIOÉTICA - LEY - PERSONA - JURISPRUDENCIA - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHO COMPARADO - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - ORDEN PÚBLICO - ESTADO - PODER LEGISLATIVO

* - Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: Embriones congelados y temas conexos, ¿es un ser humano?, por Siro De Martini, EDCrim., 245-1130; ¿Qué ha dicho la jurisprudencia argentina sobre la fecundación artificial?, por Silvia Marrama, EDCrim., 245-1251; ¿La ley debería imputar la condición de progenitor del niño al científico o a la pareja que le encargó a este su generación artificial? (La responsabilidad civil de los científicos en la generación artificial de seres humanos), por Pedro J. M. Chiesa, EDCrim., 245-1277; Los embriones congelados, en un callejón sin salida, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 257-922; La Argentina, próxima a la sanción de una ley de fecundación artificial que permite la destrucción de embriones humanos, por María Inés Franck, ED, 260-911; Proyecto de ley permisivo

de la investigación y descarte de embriones humanos, por Silvia Marrama, ED, 261-623; Corte Europea de Derechos Humanos pone freno a uso de embriones para investigación, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 264-883; ¿Debe respetarse la vida del embrión congelado?, por Gabriel Mazzinghi, ED, 248-831; Análisis del proyecto de ley con media sanción sobre técnicas de fecundación artificial, por Jorge Nicolás Lafferrière, ED, 248-921; La protección de la vida de los embriones criopreservados, por Eduardo A. Sambrizzi, ED, 265-162. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

****** - La autora es Abogada-mediadora. Doctora en Ciencias Jurídicas. Magíster en Desarrollo Humano. Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

1 - Cfr. el proyecto de ley 0581-D-14 y 4058-D-14, sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación el 12-11-14, actualmente en revisión en la Cámara de Senadores de la Nación –en la que tramita bajo el número 101/14–.

2 - Expresión utilizada por la Comisión 6 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en su Conclusión N° 4.

3 - Una fundamentación más exhaustiva puede leerse en el libro de mi autoría: Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos, Paraná, Editorial Dictum, 2012, Colección Doctrina.

4 - La palabra "antropología" proviene del griego y etimológicamente significa el estudio del hombre. El hombre es una unidad sustancial de cuerpo y alma. Es decir, es algo uno. Y si es uno solo el objeto que tenemos que estudiar, necesitaremos una ciencia una para estudiarlo. Para estudiar al hombre, si queremos comprenderlo en su unidad compleja, deberemos considerarlo en su unidad. Por esta razón, no denominamos a estos fundamentos "biológicos" sino "antropológicos". Una fundamentación más exhaustiva puede leerse en el libro de mi autoría: Fecundación in vitro..., cit.

5 - La sigla OHSS significa, en inglés, "ovarian hyperstimulation syndrome". La incidencia informada oscila entre el 1 % y el 10 % de los ciclos de fertilización in vitro (FIV). Los factores que llevan a este síndrome no han sido explicados por completo. Parece probable que la liberación de sustancias vasoactivas, secretadas por los ovarios bajo la estimulación de la gonadotropina coriónica humana (HCG) juegue un papel importante en el desencadenamiento del síndrome. Lo que caracteriza a este trastorno es el traslado masivo de líquidos del compartimiento intravascular hacia el tercer espacio, lo que provoca depleción intravascular profunda y hemoconcentración. Cfr. D'Angelo, Arianna - Amso, Nazar, Congelación de embriones para la prevención del síndrome de hiperestimulación ovárica, en La Biblioteca Cochrane Plus, Oxford, Update Software Ltd, 2008, N° 3.

6 - The Center for Reproductive Health, División de Andrología y servicios relacionados, en http://www.reproductivehealthctr.net/spanish/surgicalctr_andrology.htm.

7 - Cfr. Valbuena, Diana - Simón, Carlos, Cocultivo embrionario: mejoría de la implantación, en Instituto Valenciano de infertilidad, Valencia, s/f, <http://www.encolombia.com/medicina-reproductiva24299-cocultivo.htm>.

8 - Marelló, Ellen, con la colaboración de la Unidad de Fertilidad del Country, Bogotá, Colombia; Fecunditas, Buenos Aires, Argentina; Fertilitat, Porto Alegre, Brasil, Primer taller de criopreservación de embriones, en Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 12/96, <http://www.redlara.com/>.

9 - Kably, Alberto - Estévez, Sergio, Fertilización in vitro con transferencia de embriones, en CEPAM: Revista Dolor, Clínica y Terapia, vol. VI, N° 1, 21-4-09.

10 - López Moratalla, Natalia, Destino de los embriones congelados, 10-2-07, en <http://foropelajo.blogcindario.com/2007/02/00734-destino-de-los-embriones-congelados.html>.

11 - Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Manual de procedimientos, Santiago de Chile, Laboratorio de Reproducción Asistida, 1998, en <http://www.redlara.com/>.

12 - The Center for Reproductive Health, División de Andrología..., cit.

13 - NA: Van der Elst, J., Fertil-Steril, Centro de Medicina Reproductiva, Escuela de Medicina y Hospital Universitario, Bélgica, 1995.

14 - NA: La Nación, Buenos Aires, 15-6-93.

15 - NA: Quintana, Eduardo M., Crioconservación y adopción de embriones, EDLA, 1996-B-1273.

16 - Quintana, Eduardo M., Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial, exposición en las IV Jornadas Internacionales de Derecho Natural, "Ley natural y laicidad", Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, 12-9-08, en formato digital.

17 - Tal como he demostrado en mi tesis doctoral titulada La fecundación artificial extracorpórea en el derecho argentino, dirigida por el Dr. Eduardo M. Quintana, y defendida en la Pontificia Universidad Católica Argentina el 2-6-11.

18 - García Torres, Tristán, La vida y el aborto, en Doctrina Judicial, Año V, N° 33, 19-7-89. Esta afirmación, que fue hecha en 1983 respecto del aborto, es hoy una realidad no solo respecto de este delito, sino también respecto de la fecundación artificial extracorpórea.

19 - "La dignidad de la ley no está exclusivamente en su función de prevenir los comportamientos injustos o contrarios a la utilidad común. Función muy importante es esta, sin duda, y a ella atienden la conminación y la aplicación ejemplar de las sanciones, de la cual puede depender en cierta medida la pacífica convivencia; pero no se agota en este objetivo la finalidad de las leyes humanas. Desde antiguo se ha puesto de resalto que la ley civil tiene también la aptitud de enseñar al hombre la conducta correcta en las relaciones con el prójimo y con el todo comunitario". Tale, Camilo, El valor de la ley positiva, en www.carlosparma.com.ar.

20 - Esta expresión la hemos tomado de Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción Dignitas Personae: sobre algunas cuestiones de bioética, Ciudad del Vaticano, 12-12-08, en www.vatican.va/.../rc_con_cfaiht_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html, N° 19.

21 - No obstante lo dicho, reconozco que la postura contraria tiene un sólido fundamento en la siguiente argumentación: la ley humana pretende inducir a los hombres a la virtud, pero no repentina, sino gradualmente. Por eso no impone desde un principio a la multitud de los imperfectos las obligaciones propias de los ya virtuosos. Cfr. Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, texto latino de la edición crítica Leonina, traducción y anotaciones por una Comisión de PP Dominicos presidida por el Excmo. y Rvdmo Sr. Dr. Francisco Barbado Viejo, O.P., Madrid, Edit. Biblioteca de Autores Cristianos, 1959, I-II, 96, 2 ad 2.

22 - Cabe recordar al respecto dos valiosos proyectos de ley: Avelín, Alfredo, Reproduce Proyecto de ley de protección de derechos humanos de las personas por nacer Ref. 1352-S-1995 (Expediente 0450-S-97). López de Zavalía, Fernando J.; Meneghini, Javier R.; Ibarbia, José M.; Álvarez Echagüe, Raúl A.; Topa, Raúl R.; Toma, Miguel Á.; Ibarreche, Julio C.; Germano, Alberto R.; Gallo, Orlando J.; Fernández Gill, Guillermo C., Proyecto de ley sobre Programa de crecimiento demográfico (Expediente 1378-D-93).