

La mirada legal: el estatuto del embrión no implantado

Aída Kemelmajer de Carlucci, Eleonora Lamm y Marisa Herrera*

CONICET / Universidad de Buenos Aires

I. Un precedente esperadoⁱ

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación ha sido el centro de un acalorado debate desarrollado a lo largo de este año 2012, tan próximo a terminar. Ese intercambio de ideas, en hora buena, ha movilizó muy positivamente a la doctrina nacional. Uno de los temas más polémicos fue el relativo a la naturaleza jurídica del embrión no implantado y, consecuentemente, la regulación de la filiación que tiene por origen la reproducción humana asistida.

Casi al finalizar el año, un hito altamente significativo se ha producido. Ha hablado la Corte Interamericana de Derechos Humanosⁱⁱ. No se trata de una voz más en esta disputa, sino de la expresión más autorizada de la región, obligatoria para todos los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

¿Qué ha dicho respecto al embrión no implantado este calificado tribunal en la decisión, tan esperada, fechada el 28/11/2012, recaída en el caso "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica"?

Dijo exactamente lo mismo que el art. 19 del proyecto: la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

II. El caso

El 3/2/1995, Costa Rica reguló por decreto la práctica de la fecundación in vitro (FIV); restringió su acceso a parejas, con material genético propio y prohibió la crioconservación de gametos y/o embriones. El 15/03/2000, la Sala

* marisaherrera12@gmail.com

Constitucionalⁱⁱⁱ declaró la inconstitucionalidad del referido decreto por considerar que la regulación de la fecundación in vitro trae como consecuencia una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país. En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de fecundación in vitro. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia y el 14/07/2010 presentó el informe 85/10. Sostuvo que la prohibición efectuada por el Estado de Costa Rica constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar (art. 11 de la Convención Americana) al derecho a conformar una familia (art. 17), y una violación al derecho de igualdad (art. 24). Recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la fecundación in vitro y asegurar que la regulación futura sea acorde con los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención. Ante el incumplimiento del estado, luego de tres prórrogas, el 29/07/2011 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica por violación a diversos artículos de la Convención americana de Derechos Humanos.

III. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos

Interesa detenerse en la interpretación de la Corte Interamericana de los artículos 4.1 del Pacto de San José relativo al derecho a la vida, "protegido, en general, a partir del momento de la concepción", y art. 1.2 que dispone que "persona es todo ser humano".

En este sentido, el tribunal analiza las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones, que sintetizamos: (i) el sentido corriente de los términos; (ii) sistemática e histórica; (iii) evolutiva, y (iv) según el objeto y fin del tratado.

(1) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos.

La Corte afirma que la prueba obrante en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión en torno a qué debe entenderse por "concepción". En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Consecuentemente, reconoce que la definición de "concepción" que los redactores de la Convención Americana tuvieron en miras ha cambiado, desde que antes de la FIV, científicamente, no se preveía una fertilización fuera del cuerpo de la mujer. Además, en el contexto científico actual, se destacan dos lecturas bien

diferentes del término "concepción": una corriente entiende por "concepción" el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; la otra, entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero.

Ante esta disyuntiva, la Corte considera que corresponde que se pronuncie sobre cómo debe interpretarse el término "concepción" contenido en el art. 4 del Pacto de San José. A ese fin, resalta que la prueba científica concuerda en la pertinencia de diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción. Conforme esa prueba constata que, si bien el óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado. Concluye, entonces, que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo expuesto, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonadotropina Coriónica", detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.

En definitiva, elocuentemente, la Corte afirma que el término "concepción" al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que ocurre el implante.

(2) *Interpretación sistemática e histórica.*

La Corte analiza cuidadosamente cuatro sistemas de Derechos Humanos: el interamericano (Convención Americana y de la Declaración Americana); el universal (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño); el europeo y el africano. Concluye que ningún artículo de todos estos tratados permite deducir que el embrión no implantado es persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios ni de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención americana o en la Declaración americana.

(3) *Interpretación evolutiva*

La Corte afirma que las tendencias de regulación en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de manera igual a una persona nacida ni que titularice un derecho a la vida.

Reconoce que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la región y que, ante la ausencia normativa, los Estados permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la mayoría de los Estados Parte, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. La Corte considera que estas prácticas en los Estados se relacionan con la manera en la que éstos interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. Dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado.

La Corte concluye que el objeto y fin de la expresión "en general" contenida en el artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto. En el caso, señala que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

IV. Primeras conclusiones sobre el concepto de persona, el comienzo de su existencia, y repercusión directa de la decisión en el art. 19 del proyecto de Código Civil y comercial

a) La Corte utilizó diversos métodos de interpretación; todos la condujeron a sostener que el embrión no puede ser entendido como persona a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.

Asimismo, sobre la base de prueba científica, concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento, no hay lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención.

Consideró, además, que la expresión "en general", indica que la protección del derecho a la vida desde la concepción, mencionado en el art. 4, no es absoluta ni

incondicional, sino gradual e incremental según su desarrollo, e implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

b) La clara posición que asume la Corte coincide plenamente con la postura adoptada en el artículo 19 del proyecto de reforma que distingue según la persona haya sido gestada por métodos naturales o asistidos. Cabe, entonces, preguntar y responder: ¿Qué se entiende por "concepción"?

Tanto para la Corte como para el proyecto, concepción es anidación.

No obstante, como ese término no es usado jurídicamente, se ha conservado la palabra concepción.

La experiencia indica que en el ámbito de los tratamientos de fecundación in vitro el término "concepción" se reserva para la circunstancia en la que un embrión llega al útero y la mujer logra quedar embarazada. En el lenguaje ordinario cotidiano de la comunidad, el término "concepción" también significa más de lo que puede lograrse en un tubo de ensayo, y se refiere al inicio de un embarazo en el cuerpo de una mujer. Esto es compatible con las ediciones actuales tanto del diccionario Oxford de Inglés como del Diccionario Macquarie y el diccionario de la Real Academia Española. Todos definen "concebir" entre otras cosas, como "quedar embarazada". Igualmente, la edición anterior del diccionario Oxford de inglés define "concebido" como "traído a la existencia embrionaria en el útero".

En definitiva, para el artículo 19 en ambos supuestos, por naturaleza y por TRHA, la persona comienza en un mismo momento: cuando empieza el embarazo^{iv}, y esto se produce en el momento de la concepción (entendida como anidación), es decir, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero^v.

Consecuentemente, tanto para la Corte Interamericana como para el proyecto de reforma, el embrión in vitro no es persona.

V. Los derechos afectados y la proporcionalidad de la medida de prohibición. El acceso a las TRHA, en especial, a la FIV

La Corte afirma que la cuestión planteada presenta una combinación particular de diferentes aspectos del derecho la vida privada relacionados con los derechos a fundar una familia, a la integridad física y mental y, específicamente, a los derechos reproductivos de las personas. Precisa que, en el caso, la injerencia se circunscribe a la posibilidad de tomar una decisión autónoma sobre el tipo de tratamientos que las personas quieran intentar para ejercer sus derechos sexuales y reproductivos. A los efectos de determinar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada, la Corte

pondera la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y en los demás derechos involucrados.

Según la Corte, la decisión del Estado de Costa Rica afecta severamente los derechos a la integridad personal, libertad personal, vida privada, intimidad, autonomía reproductiva, acceso a servicios de salud reproductiva y a fundar una familia. En la práctica, dice, estos derechos han sido suprimidos a las personas cuyo único tratamiento posible de la infertilidad es la FIV. Funda esta conclusión en las siguientes consideraciones:

La prohibición de la FIV impacta la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, ante la imposibilidad de practicar esta técnica en Costa Rica, se generara un éxodo, empujando a las personas a realizar tratamientos fuera del país y exponer así aspectos que hacen a la vida privada fuera de su hábitat o centro de vida.

La respuesta judicial local afecta la autonomía personal y el proyecto de vida de las parejas; la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas; en consecuencia, la prohibición impacta especialmente los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV.

La integridad psicológica de las personas también se compromete, en tanto niega la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada.

Por último, se priva del derecho a gozar del desarrollo de la ciencia, en este caso íntimamente conectado con el derecho a fundar una familia, con la autonomía y la libertad de procrear, desde que es indudable que la FIV constituye un modo de alcanzar la paternidad/maternidad.

VI. Una afectación concreta y evidente: la violación del principio de igualdad y no discriminación

La interferencia ilegítima también tiene impacto en las víctimas por su situación de discapacidad, los estereotipos de género y, frente a algunas de ellas, por su situación económica, generando verdaderas desigualdades.

a. Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad

La Corte parte de la noción aceptada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo; considera, por lo tanto, que la infertilidad es una limitación funcional; siendo así, las personas con infertilidad deben estar

protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva. Las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, en cambio, desprotegen a estas personas, generándose una verdadera desigualdad.

b. Discriminación indirecta en relación con el género

La Corte considera que los estereotipos influyen en esta situación. Si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de la mujer. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida a la mujer y, por lo tanto, parece neutral, tiene un impacto negativo sobre ella. El Tribunal no valida dichos estereotipos; sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

c. Discriminación indirecta en relación con la situación económica

La prohibición de la FIV tiene un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no cuentan con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero.

VII. Conclusiones de la decisión y medidas ordenadas por la CIDH

La posición de la máxima instancia judicial de la región es precisa: adopta una postura amplia, flexible y plural para que más niños puedan nacer gracias al desarrollo de la ciencia médica. Por eso, declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana y dispone varias medidas. En primer lugar, ordena levantar la prohibición, para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos vulnerados en el caso.

En segundo lugar, impone al Estado demandado el deber de regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en su decisión.

En tercer lugar, obliga a la Caja Costarricense de Seguro Social a incluir la cobertura de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

En cuarto lugar, impone al Estado la obligación de indemnizar a las víctimas, estableciendo el monto de US\$ 5000 en concepto de daño material y de US\$ 20.000 en concepto de indemnización por daño inmaterial para cada una de ellas.

VIII. Palabras de cierre de esta nota informativa

Una vez más, la máxima instancia judicial de la región en materia de Derechos humanos ha hablado. Por primera vez, la Corte Interamericana se enfrenta a un tema por demás sensible, como es la naturaleza jurídica del embrión no implantado y, consecuentemente, la reproducción humana asistida in vitro. Esta sensibilidad se observa, especialmente, en el siguiente argumento: Las concepciones que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones (...) no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten" (párrafo 185). Reiteramos lo dicho en otras oportunidades: el ordenamiento jurídico debe respetar la libertad reproductiva de todas las personas, las que están a favor o en contra de la FIV; las contrarias a estas prácticas, no están obligadas a someterse a ellas.

La CIDH tuvo claramente en cuenta los principios de realidad, pluralidad, solidaridad y responsabilidad, los mismos que sostienen el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial. Por eso, no es casual que la sentencia que aquí se comenta siga la misma línea argumental y se hayan esgrimido similares fundamentos a los que desarrollan cuando se defiende el art. 19 proyectado. Ahora sí, sin hesitación, se puede aseverar que dicho articulado pasa el test de constitucionalidad y de convencionalidad; así lo ha expresado, nada más ni nada menos, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un fin de año con una disyuntiva menos.

ⁱ Publicado originalmente en 2012. Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aida y Lamm, Eleonora. El embrión no implantado. Proyecto de código unificado. Coincidencia de la solución con los países de tradición común. En: *Revista La Ley* 28/12/2012, 1, LA LEY 2013-A, 907.

ⁱⁱ Esperábamos con ansiedad esta decisión. Así lo adelantamos en varios de nuestros trabajos, especialmente, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.- HERRERA, M. y LAMM, E., "El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común", *Revista La Ley*, 10/07/2012, p. 1 y ss. En esta nota nos detenemos en las argumentaciones de la Corte Interamericana. Para el resto de las argumentaciones, nos remitimos a la publicación mencionada.

ⁱⁱⁱ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO.

^{iv} En la filiación que se deriva del acto sexual, biológica, o por naturaleza, el embarazo se produce en el cuerpo de la mujer y allí comienza la protección de los derechos de esa persona (sucesorios, de alimentos, a reclamar daños y perjuicios, etc.); en cambio, cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona comienza con "la implantación del embrión en la mujer", ergo, también con el embarazo. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, HERRERA, MARISA Y LAMM,

ELEONORA. "Con el impulso de la ciencia." La Nación, 27/09/2012. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1511918-con-el-impulso-de-la-ciencia>.

^v Véase la sentencia australiana del 2012 (LWV & another v. LMH [2012] QChC 26).

Resumen

En este artículo se analiza la doctrina nacional de la República Argentina en relación al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en particular en relación con la naturaleza jurídica del embrión no implantado y, consecuentemente, la regulación de la filiación que tiene por origen la reproducción humana asistida. Desde que, en 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana, los Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos deben seguir estos lineamientos. Por otra parte, se suma al análisis la articulación con la accesibilidad a las tecnologías de reproducción humana asistida, ya que el ordenamiento jurídico debe respetar la libertad reproductiva de todas las personas, las que están a favor o en contra de la FIV; y quienes tengan un posicionamiento contrario a estas prácticas, tienen la libertad de no realizarlas.

Palabras clave: **Embrión, TRHA, Fertilización in vitro, Derechos Humanos**

Summary

This article analyzes the national doctrine of the Argentine Republic in relation to the National Civic and Commercial Code Project, particularly with regard to the legal nature of the non-implanted embryo, and consequently the affiliation act which is the result of assisted human reproduction. Since 2012, when the Inter-American Court of Human Rights determined that the existence of a human being starts with the implantation of the embryo, the non-implanted embryo is therefore not a human person; the countries that have ratified the American Convention of Human Rights must follow these guidelines. Also included in the analysis, is the articulation with access to assisted human reproduction technologies, as the legal system must respect the reproductive freedom of all persons, whether or not they are in favor of IVF; and those whose positions are contrary to these practices, have the freedom to abstain.

Key Words: Embryo, AHRT, in vitro fertilization, Human Rights