

La función clínica del derecho en el campo de la salud sexual y reproductiva

The clinical role of the right law in the field of sexual and reproductive health.

Naves, Flavia Andrea

RESUMEN

En materia de derechos reproductivos no todo está legislado. Si de prácticas abortivas se trata existe un vacío legal que expone al cuerpo de la mujer a prácticas clandestinas que producen efectos subjetivos devastadores. Prácticas que por realizarse a edades tempranas y en las peores condiciones de higiene, muchas veces, obturan el acceso a la maternidad tardía. Si de maternidad se trata, en muchos casos se requiere de tratamientos exhaustivos que exponen al cuerpo femenino a un sin fin de procedimientos invasivos.

En ambos casos el cuerpo femenino es expuesto a tratamientos médicos que no son llevados a cabo en las mismas condiciones de higiene y, consecuentemente, no cuidan al cuerpo de la mujer de la misma forma.

Con el objetivo de resaltar la importancia de la existencia de leyes que avancen hacia la igualdad de derechos derribando las barreras morales, religiosas y psico-sociales nos serviremos de tres casos clínicos que sentaron jurisprudencia en el campo del derecho a partir de la interpretación del juez que, como el acto analítico, constituye una decisión

entendida como un acto que trasciende el cuerpo teórico del que proviene.

Palabras clave: Aborto - TRHA - Derechos - Subrogación - Embrión

ABSTRACT

With regards to reproductive rights all is not legislated. Considering illegal abortions there is a legal vacuum that exposes the body of the woman to clandestine practices which cause devastating subjective effects. There are practices that are carried out at early ages in the worst conditions of hygiene and many times they clog the access to late motherhood.

Regarding motherhood, in many cases exhausting treatments are required and they expose the body of the woman to a great many invasive procedures.

In both cases the body of the woman undergoes medical treatments that are not carried out in the same conditions of hygiene and, consequently, the body of the woman is not cared for in the same way.

To emphasize the importance of the laws that move toward equal rights breaking down the moral, religious and cultural barriers we will use three clinical cases

that establish a legal precedent in the field of the law from the interpretation of the judge that, as the analytical act, constitutes a decision that is understood as an act which transcends the theoretical body that comes from.

Key words: Abortion - TRHA - Right - Subrogation - Embryo

Universidad de Buenos Aires (UBA). Licenciada en Psicología, UBA. Maestranda y Especialista en Tecnología Educativa, Facultad de Filosofía y Letras, UBA. Docente en la Práctica Profesional 824: El Rol del Psicólogo en el Ámbito de las Tecnologías de Reproducción Humana Asistida (TRHA) y de la Cátedra I de Psicología, Ética y Derechos Humanos. Facultad de Psicología, UBA. Investigadora del Programa de Ciencia y Técnica de la Universidad de Buenos Aires (UBACyT) en el proyecto: UBACyT Las competencias del psicólogo en el ámbito de las Tecnologías de Reproducción humana asistida. Dirigido por la Dra. Elizabeth Beatriz Ormart.

INTRODUCCIÓN

Por un lado, el acceso a la maternidad expone al cuerpo femenino a múltiples tratamientos médicos. Por el otro, la interrupción voluntaria de un embarazo expone al cuerpo femenino a la marginalidad absoluta y a las peores condiciones de higiene.

En ambos casos las barreras legales, religiosas y psicosociales no contemplan el padecimiento subjetivo de las mujeres que toman una decisión u otra.

En el presente trabajo nos proponemos realizar un análisis de las barreras que obstaculizan, en el caso de la medicina reproductiva, la promulgación de la Ley especial de acceso integral de TRHA - ley que regula el destino de los embriones in vitro (extracorpóreos) y la gestación por sustitución- y en el caso de la interrupción voluntaria del embarazo la modificación de los artículos correspondientes a su legislación en el Código Penal Argentino. Para ello, en primer lugar, daremos entrada a tres fallos que tuvieron lugar en el campo de los derechos reproductivos; uno emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, conocido como el “Caso AG” (aborto), un fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) y, finalmente, el fallo dictado por el Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires “H. M. y otros s/medidas precautorias” (Gestación por Sustitución). En segundo lugar, presentaremos el marco teórico sobre

la base del cual realizaremos nuestro análisis. En la conclusión destacaremos la importancia de la vigencia de Leyes que regulen los derechos reproductivos. Pero también, y sobre todo, de la decisión del juez interviniente ya que el derecho no sólo es simplemente un conjunto de leyes es, también, administración de justicia.

FALLOS QUE HACEN HISTORIA

El acto de impartir justicia es la interpretación de una ley para un caso particular y constituye en sí mismo un acontecimiento único (Cinzone, 2011: 29). Administrar justicia, entonces, es una decisión que alcanza la singularidad del caso que se presenta ante el juez.

A continuación presentamos tres sentencias que sentaron jurisprudencia en el campo de los derechos reproductivos a partir de la interpretación del juez; interpretación que constituye una decisión entendida como un acto que trasciende el cuerpo teórico del que proviene y sólo puede leerse en función de las consecuencias éticas que afecten no sólo al sujeto sobre el que recae la sentencia sino, también, al discurso mismo en el que se inscribe.

- El caso A. G (Interrupción voluntaria del embarazo)
A. F., en representación de A. G., su hija de 15 años de edad, el 14 de enero de 2010, solicitó a la justicia penal de la Provincia del Chubut -ante

cuyos estrados se instruía una causa contra O.C., esposo de aquélla, por la violación de A. G. - que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña adolescente mencionada, con base en lo previsto en el artículo 86, incisos 1º y 2º, del Código Penal. Señaló que el 3 de diciembre de 2009 había denunciado la violación ante el Ministerio Fiscal de la Provincia del Chubut y que, el 23 del mismo mes y año, un certificado médico dio cuenta de que A. G. cursaba la octava semana de gestación (fs. 17/18 y constancias obrantes a fs. 1/1 vta. y 11). El juez penal sostuvo que carecía de facultades para adoptar medidas como la solicitada durante la etapa de la investigación, por lo que ordenó el pase de las actuaciones a la fiscalía. Esta última declaró que ese fuero no era competente para resolver el pedido (fs. 85 de la causa penal).

La madre de A. G. inició entonces la medida auto satisfactiva que originó la presente causa (fs. 17/18) y, con fecha 22 de enero de 2010, reeditó ante la justicia de familia sus solicitudes anteriores, vinculadas con la interrupción del embarazo de su hija. Tales peticiones fueron rechazadas tanto en la primera instancia (fs.153/169) como en la cámara (fs. 350/379 vta.), no obstante los informes que se habían ordenado y que, en lo principal, reflejaban que A.G., *“presentaba síntomas depresivos... (e) Ideas suicidas persistentes”* y que *“el embarazo e[ra] vivido como un evento extraño, invasivo... [E]n su mundo interno e[ra] imposible, incompatible e*

intolerable calificar como hijo a quien sería hijo del padre de sus hermanos, hijo del marido de la madre...” por lo que se estimó que *“la continuidad de este embarazo contra la voluntad de [la niña] implica[ba] grave riesgo para su integridad psicofísica, incluido riesgo de vida”* (conf. E. T.I., Equipo Técnico Interdisciplinario, fs. 27 vta).

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, con fecha 8 de marzo de 2010, revocó la decisión de la instancia anterior admitiendo la solicitud de la señora A.F. En la sentencia, dictada por distintos fundamentos de sus miembros, hubo acuerdo en que: a) el caso encuadraba en el supuesto de “aborto no punible” previsto en el inciso 2º, primera parte del artículo 86 del Código Penal; b) que esta hipótesis de interrupción del embarazo era compatible con el plexo constitucional y convencional y c) que, pese a la innecesaridad de la autorización judicial de esta práctica, se la otorgaba a fin de concluir la controversia planteada en el caso. La intervención médica abortiva así habilitada se produjo finalmente el 11 de marzo de 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew (fs. 648).

Este caso tuvo una prolongación de dos años y finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió por unanimidad, en el año 2012, que no puede impedirse a una mujer violada ejercer su derecho a interrumpir el embarazo, según está establecido por ley desde 1921, y que los médicos no deberán pedir autorización judicial

previa, ya que esta medida se convierte en un obstáculo para que la víctima pueda ejercer su derecho. Asimismo, señaló que el “Código Penal no exige ni la denuncia ni la prueba de la violación como tampoco su determinación judicial”; por lo tanto, sólo con la presentación de una declaración jurada, en la que se manifieste que fue víctima de una violación, el aborto deberá ser practicado sin consecuencias penales para el médico ni para la mujer.

Este fallo señala que:

- a) la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo no prohíben la realización de esta clase de abortos sino que, por el contrario, impiden castigarlos respecto de toda víctima de una violación en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad.
- b) los médicos no deben requerir autorización judicial para realizar esta clase de abortos, debiendo practicarlos pidiendo exclusivamente la declaración jurada de la víctima, o de su representante legal, en la que manifieste que hubo violación.
- c) los jueces tienen la obligación de garantizar derechos y su intervención no puede convertirse en un obstáculo para ejercerlos, por lo que no deben judicializar el acceso a estas intervenciones que quedan exclusivamente reservadas a lo que decidan la paciente y su médico.

• El Caso Artavia Murilla y otros contra Costa Rica. (Fecundación in vitro)

El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso contra el Estado de Costa Rica. La Comisión indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in vitro “FIV”, vigente en Costa Rica desde el año 2000. Esta prohibición a practicar la “FIV” se sustentó en el “derecho a la vida” señalando que se produciría una “pérdida embrionaria”, omitiéndose que, dichas pérdidas también ocurren en los embarazos naturales y en otras técnicas de reproducción.

Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia, a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual y reproductiva y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico sin discriminación.

La corte dispuso, entre otras cosas, que el Estado adopte, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos en el ejercicio de sus derechos. Derechos vulnerados en la sentencia. Asimismo se

determino que el embrión no puede ser entendido como persona a efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que la “concepción” tiene lugar desde el momento en que aquél se implanta en el útero. Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (2014) explican que a efectos de la interpretación del término “concepción” —art. 4 de la CADH—, la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación, y sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción, pues, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si el embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, es decir, no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

- El caso H. M. y otro s/medidas precautorias (Gestación por sustitución) La señora M. H. padece una enfermedad congénita denominada Síndrome de Rokitansky, que significa la ausencia de útero y vagina con ovarios funcionales; esto genera una imposibilidad de llevar adelante un proceso de gestación. La señora mantiene una unión convivencial con C.A. desde el año 2010. Ante esta situación su hermana se ofrece, altruistamente, a gestar un bebé

con material genético de su hermana y su pareja, por lo que se procede a la transferencia de dos embriones, pero solo uno se anidó. La gestante está casada con L. O. y tienen juntos tres hijos.

El embarazo comenzó en mayo de 2015 y el parto fue programado para el 19/01/2016. A fin de cumplir con lo dispuesto por los arts. 560 y 561 del Código Civil y Comercial Argentino protocolizaron, en una escribanía, la instrumentación del consentimiento informado en las Técnicas de reproducción asistida que el Instituto de Obstetricia, Ginecología y Fertilidad recabó. Las hermanas se presentan ante la justicia peticionando, con carácter URGENTE, la autorización judicial para la inscripción de la niña por nacer ante el Registro Nacional de las Personas con el prenombre M.S. y con los apellidos de los donantes de los gametos A. y H.

Refieren que M. R. H. y C. J. N. A. se hacen cargo del pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación de M. C. H. tanto durante la realización de la técnica, como durante el embarazo y con posterioridad al parto.

Agregan que M. C. H. cuenta con la Obra Social del esposo, que cubre también gastos médicos, durante el embarazo, y con posterioridad al parto.

Relatan que ambas hermanas se comunican regularmente, que M. C. gesta el bebé para M. R. y C.J.N., es decir que la niña por nacer es y será sobrina de M. C. y agregan que *M. C. nunca tuvo intención de procrear un hijo propio*, ya que ella puede concebir y gestar, sin necesidad de recurrir a TRHA, *por lo que*

su voluntad siempre ha sido la de gestar un bebé para su hermana y cuñado.

En este caso se inició el proceso judicial previo al parto y posterior a la transferencia del embrión, siendo éste distinto a los otros casos que se han presentado ante la justicia ya que los otros ocho casos se plantearon luego del nacimiento del niño o previo a la implantación del embrión (Notrica, 2015)

DERECHOS REPRODUCTIVOS

El Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley N° 25.673 del año 2002) tiene como misión promover la igualdad de derechos, la equidad y la justicia social; así como contribuir a mejorar las oportunidades para el *acceso a una atención integral de la salud sexual y reproductiva*. Si bien entre sus objetivos no se encuentra explícitamente la prevención y el tratamiento de la infertilidad, hace mención a la prevención y la detección precoz de las enfermedades de transmisión sexual y las patologías genitales que pueden causarla.

Es recién en el año 2010 que la Provincia de Buenos Aires universaliza los problemas relacionados con la infertilidad, pero, sólo en el caso de matrimonios heterosexuales y con limitaciones en la edad de la mujer, a partir de la sanción de la Ley N° 14.208 de Fertilización Asistida de la Provincia de Buenos Aires. Estos nuevos derechos reproductivos alcanzan a las parejas del mismo sexo con la Ley N°26.618

de Matrimonio igualitario promulgada el mismo año y dos años después la Ley N° 26.743 de Identidad de género que diferencia el sexo, del género y de la orientación sexual cierra el círculo garantizándole el acceso a las técnicas reproductivas a heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales.

Si bien la Ley N° 14.208 carece de la figura jurídica del consentimiento libre e informado sirvió de antecedente a la Ley Nacional N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, sancionada y reglamentada en 2013. Esta Ley define a la reproducción medicamente asistida como un conjunto de procedimientos y técnicas médico-asistenciales para la consecución de un embarazo y, al mismo tiempo, define y comprende a las técnicas de baja y alta complejidad que incluyen o no la **donación de gametos y/o embriones**. Asimismo garantiza el acceso integral a los tratamientos a toda persona o pareja que lo requiera sin restricción de edad, de estado civil u orientación sexual.

Finalmente, en el año 2015 se produce la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en el que las técnicas de reproducción asistida se constituyen en la tercera fuente de filiación siendo la figura de la voluntad procreacional la que le da sustento apoyándose en el consentimiento libre e informado de quienes recurren a ellas para procrear. Se determina el derecho inalienable del niño nacido por TRHA a conocer su origen genético y aparece la figura

jurídica del consentimiento libre e informado.

Más allá del avance legislativo en materia de derechos sexuales y reproductivos hay deudas pendientes; deudas que ubican el acceso a la maternidad mediante la gestación por sustitución, el destino de los embriones extracorpóreos y al aborto legal, gratuito y seguro en una misma laguna legal que se apoya en los discursos que utilizan al estatuto jurídico del embrión como estandarte para impedir la promulgación y/o actualización de leyes que garanticen genuinamente los derechos reproductivos.

EL ABORTO Y SU HISTORIA

El aborto es una práctica controvertida y milenaria; en la antigüedad cada cultura ha determinado las pautas de comportamiento para el tratamiento del aborto de acuerdo con sus propias creencias. Sin embargo, compartían su legalidad y dotaban a la mujer de la libertad para decidir o no su realización.

En las culturas patriarcales como Grecia y Roma antiguas el aborto era una práctica permitida. En Grecia, el médico poseía la autorización para realizarla y se dejaba a la madre la decisión de su práctica salvo en las situaciones de incumbencia Estatal. Su finalidad era regular el número de integrantes de la población para mantener estables las condiciones sociales y económicas. Platón recomendaba, a las mujeres de más de cuarenta años, realizar esta práctica; Aristóteles consideraba que el aborto ayudaba a limitar el

número de integrantes de una familia y lo recomendaba en el caso de embarazos extraconyugales. Asimismo el derecho romano no consideraba al *nasciturus*¹ como persona, razón por la cual en la antigua Roma esta práctica era permitida.

En las culturas matriarcales el aborto era dejado a discreción de la mujer, aunque su práctica casi no era realizada por cuestiones religiosas ya que suponían que su ejecución implicaba un rechazo a la vida que la Diosa de la Fertilidad donaba, rechazo que era asociado con la mala suerte al clan de pertenencia.

Con el advenimiento del Cristianismo las prácticas abortivas fueron restringidas; las primeras leyes estatales contra el aborto tienen su origen en el siglo II d. C. A partir del siglo XVII muchos países del mundo promulgaron leyes que convertían el aborto en ilegal.

A principios del siglo XX el aborto comenzó a ser despenalizado en el caso en que la vida de la madre corriera peligro, es decir, con el objetivo de proteger su salud.

Fue Islandia el primer país del mundo que legalizó el aborto terapéutico en el año 1935.

En los años cincuenta la mayoría de los países del ex bloque soviético legalizaron el aborto voluntario en el primer semestre de embarazo. Entre finales de los años sesenta y principios de los setenta, casi todos los países industrializados de Europa y Norteamérica (Estados Unidos y Canadá) lograron despenalizarlo en el primer trimestre de embarazo y ampliar las circunstancias en que se permitiera

practicarlo gracias a la revolución sexual y a las luchas feministas de esos años. Los países escandinavos y anglosajones fueron más sensibles hacia el derecho a decidir de las mujeres.

En Argentina el aborto es considerado un delito y como tal está contemplado en el Código Penal Argentino, promulgado en el Siglo XIX más precisamente en el año 1886. Desde antes de su sanción se reclamaban reformas a su artículo sobre el aborto. En el año 1904 comenzó a regir la reforma sancionada bajo el número de Ley 4.189, esta ley incluyó el tipo penal del aborto sin admitir justificaciones específicas que lo permitieran. Recién en 1919 se introdujeron formas de impunidad en la figura del aborto tomándolas del anteproyecto del Código Penal Suizo en su artículo 112. Fue sancionado por el congreso nacional por la Ley N° 11.179 que entró en vigencia desde el 29 de Abril de 1922. Los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal en el “Libro Segundo. De los Delitos”. “Título I. Delitos contra las personas”, Capítulo I de “Delitos contra la vida” hacen mención al aborto. Los artículos 85 y 87 establecen la pena para quienes lo causaren. El artículo 88 penaliza a la mujer que cause su propio aborto o autorizase a un tercero para realizarlo. Sólo el artículo N° 86 que se refiere al aborto profesional y a las figuras impunes: abortos terapéuticos, eugenésicos y sentimental – producida la gestación por violación- sufrió cuatro modificaciones, la última corresponde al año 1984 que reimpone la redacción original del Código Penal de 1922.

En la actualidad el discurso social acerca del aborto prioriza la moral por sobre los efectos mortíferos que dicha práctica suscita en las mujeres. Sin embargo, pese a todos los intentos realizados con la finalidad de erradicar su práctica el mismo se sigue realizando en la clandestinidad.

Esta situación da cuenta de una deuda pendiente sobre una “*Educación Sexual para Decidir, Anticonceptivos para No Abortar y el Aborto Legal, Seguro y Gratuito para No Morir*” como puntos nodales que ubican la discusión del aborto en el acceso igualitario a la educación y la salud.

En síntesis, poco a poco fue instalándose en el discurso social un valor superlativo de la maternidad que ubicó al cuerpo de la mujer en la mira y determinó los roles esperables para ella dentro de una sociedad y una cultura que, por un lado, condiciona el ejercicio de la sexualidad y el cuidado de la salud sexual y reproductiva y, por el otro, construye un deseo de embarazo y maternidad atribuible y esperable en y para la mujer. En este contexto la ciencia no se hizo esperar y la medicina reproductiva salió a escena para dar respuesta a la infertilidad ¿de la mujer?; cabe aclarar que en sus inicios la infertilidad era propiedad exclusiva del cuerpo femenino.

LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Según algunos historiadores en el año 1776 se produjo la primera asistencia

médica para lograr un embarazo; fue el cirujano John Hunter quien tomó con una jeringa el semen de un hombre con hipospadia (deformación del pene que hace que al momento de la eyaculación el semen caiga fuera de la vagina) para depositarlo en la vagina de su mujer.

En 1866, el ginecólogo estadounidense James Marion Sims publicó su libro sobre esterilidad, donde incluyó un capítulo sobre la fecundación artificial. Allí describe la supervivencia de los espermatozoides en el moco cervical y vaginal y algunas técnicas muy primitivas para mejorar la acción del semen como fecundante.

En 1933 Ogino y Knaus demostraron la relación entre el ciclo femenino normal y la ovulación dando lugar al nacimiento del método calendario de anticoncepción según las fechas del ciclo.

Los avances científicos, en el campo de la reproducción humana asistida, continuaron y fue en 1969 que un biólogo inglés, Robert G. Edgard, corroboró la fecundación de ovocitos in vitro; pero, recién en 1973 el equipo de Monashen consiguió, mediante técnicas de fecundación in vitro, el primer embarazo cuya gestación sólo duró unas pocas semanas.

Finalmente, en el Reino Unido en el año 1978, Patrick Steptoe y Robert G. Edwards lograron el nacimiento de Louis Brown, el primer bebé de probeta de la historia de la humanidad.

Actualmente las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), por la definición médica, conforman un conjunto de técnicas biomédicas en las que la fecundación se produce

prescindiendo del acto sexual.

Según la dificultad del tratamiento pueden ser de Baja Complejidad (BC) o intracorpóreas y de Alta Complejidad (AC) o extracorpóreas. En ambas agrupaciones, haciendo referencia al origen de los gametos, las técnicas se consideran homólogas (ambos gametos pertenecen a la pareja) o heterólogas (uno de los gametos -óvulo o espermatozoide- o ambos proceden de donantes).

En las primeras el proceso de fecundación o fertilización del óvulo u ovocito por el espermatozoide se efectúa en el interior del aparato reproductor femenino y puede utilizarse gametos donados o de la pareja; dentro de éstas se encuentran:

a) Tratamientos a base de hormonas que estimulan la ovulación y su sincronización con las relaciones sexuales

b) Inseminación intrauterina. Con esta técnica los espermatozoides se depositan directamente en el útero, evitando su tránsito por la vagina. La llegada de los espermatozoides hasta el óvulo y la fecundación, en esta técnica, se efectúan del mismo modo que en el proceso fisiológico normal.

En las segundas la fecundación se produce en el exterior del tracto reproductor femenino, estas son:

c) Fertilización In-Vitro (FIV) que consiste en la extracción de los ovocitos de la mujer para luego fecundarlos con el espermatozoide de la pareja o de un donante fuera del cuerpo femenino; esta técnica consta de diversas etapas: En primer lugar se recogen óvulos,

previa hiperestimulación ovárica por vía transvaginal. Este procedimiento, al que la mujer se expone tanto para concretar su anhelo de tener hijos como para donar óvulos, conlleva un tratamiento hormonal para poder inducir una ovulación múltiple y no puede repetirse indiscriminadamente. A continuación, se utiliza un medio de cultivo para lograr la maduración de los ovocitos extraídos y se recogen y se capacitan los espermias para, luego, co-cultivar los ovocitos y los espermatozoides y verificar, posteriormente, la fecundación y segmentación del cigoto. Luego, se seleccionan los embriones más “aptos” sobre la base de la aplicación de criterios morfológicos para escogerlos, situación que supone una decisión externa a la pareja. Por último, se realiza la transferencia intrauterina de los embriones más aptos y se congelan los sobrantes (crio preservación de embriones).

d) Inyección Intracitoplasmática (ICSI) que se realiza mediante la inserción mecánica del espermatozoide en el interior del ovocito; en esta técnica se precisa la manipulación de los gametos mediante pipetas y agujas de punta extremadamente fina (capilares) para facilitar al máximo la penetración de los espermatozoides en el óvulo a fecundar. En esta modalidad la punta de la pipeta que contiene al espermatozoide perfora la membrana citoplásmica del óvulo y deposita al gameto masculino en el interior de su citoplasma.

De este tipo de técnicas se desprende

la maternidad subrogada. Es decir que el embrión en lugar de ser transferido al vientre de la mujer que integra la pareja es transferido al vientre de una mujer externa a la misma (la gestante). Esta práctica no está regulada en nuestro país y se encuentra a la espera de la sanción de la Ley especial que la contempla y regula. Este vacío legal no impide que algunos centros de reproducción la realicen bajo ciertas condiciones.

EL EMBRIÓN: SU DEBATE

Existen barreras psicosociales, morales y religiosas que utiliza al estatuto del embrión como estandarte para impedir la promulgación y/o actualización de leyes que garanticen genuinamente los derechos reproductivos.

Ahora bien, ¿Por qué el estatuto del embrión genera tantas controversias? ¿Qué es un embrión? ¿Es lo mismo el embrión que el feto? ¿Es el embrión una persona? ¿Qué se entiende por concepción? Aclarar estos conceptos es importante para re orientar el eje de la discusión sobre el aborto legal, gratuito y seguro y, en el ámbito de la medicina reproductiva, para que la Ley especial de acceso integral de TRHA, que contempla los destinos del embrión extracorpóreos y la gestación por sustitución, vuelvan a formar parte de la agenda política.

Haciendo uso de la biología, más precisamente de la embriología, veremos que aunque suelen tomarse como sinónimo de *persona por nacer* a las palabras *embrión* o *feto*, éstas no

significan lo mismo. El cigoto es el primer estadio de vida y aparece tras la unión del óvulo y del espermatozoide (gameto femenino y masculino). Cuando se fusionan los gametos se forma una nueva célula con un núcleo y 46 cromosomas de los cuales 23 son de origen femenino y 23 de origen masculino. Esto es lo que se conoce como cigoto. Al día siguiente, se produce la primera división por lo que deja de denominarse *cigoto* y pasa a ser embrión en día 2, embrión en día 3, etc. mórula y posteriormente blastocisto. La genética y la biología demuestran que la fecundación no es el inicio de la persona como tal. Al respecto la *Dra. Laura Kopcow (2016), Especialista en Medicina Reproductiva y Diagnóstico Genético Pre-implantatorio*, explica en el artículo *¿Cuándo el embrión comienza a ser persona? Que si bien el embrión es vida humana, porque se origina de otras dos células de origen humano, ni científica ni biológicamente es una persona. La mayoría de los embriones presentan anomalías genéticas que no permiten su evolución más allá del quinto día, es decir, que ni siquiera llegan a implantarse, y, si lo hace, se detienen en un período temprano dando lugar a un aborto espontáneo.*

Sin embargo, es dable aclarar que “persona” es un término jurídico, distinto a “vida humana”. El óvulo y el espermatozoide tienen la potencialidad de desarrollar vida humana. La atribución de Persona necesita de otros atributos que no son equiparables.

En síntesis, el embrión es la etapa

inicial del desarrollo de un ser vivo, este término se aplica hasta el final de la octava semana desde el momento de la concepción. Entre la segunda y la tercera semana de gestación el embrión se traslada desde el lugar donde se produce la fecundación y posterior singamia hasta el útero, donde acaece la anidación por acción conjunta del útero que lo atrae y lo fija con mucosa y diminutas prolongaciones tentaculares de la blástula que le permiten implantarse en el endometrio. Al concluir el desarrollo embrionario, comienza la etapa fetal que completará su desarrollo en el momento del parto. Asimismo no está demás puntualizar que el vocablo *persona* admite, de acuerdo con el contexto, diversos matices.

En Argentina, el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación determina que la existencia de la persona humana (entendida con sus derechos y deberes en el ámbito civil) comienza con la concepción. El término concepción fue incorporado por la Ley N° 23.849 al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional e internacional establece que la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno y en el caso de las TRHA comienza con la implantación del embrión en la mujer.

La doble acepción que tiene la definición del comienzo de la existencia de la persona humana en el Nuevo Código Civil y Comercial nos sirve de base para abrir el juego y reflexionar sobre la relación

existente entre las duplas embrión-aborto y embrión- TRHA; duplas que parecen limitar el avance legislativo en el campo de los derechos reproductivos aumentando los efectos subjetivos que hacen síntoma en el cuerpo femenino.

- El aborto y su relación con el embrión
El vocablo aborto proviene del latín *abortus*, que a su vez deriva del término *aborior* y hace referencia a lo contrario de *orior* que significa nacer. Por lo tanto *abortus*, hace referencia a “no nacer”. Este vocablo adquiere diferencias notables entre el lenguaje que corresponde a la medicina y el que corresponde a la justicia.

El discurso médico hace mención al término “aborto” refiriéndose a la interrupción del embarazo antes de ser viable. A su vez el término “viable” presenta sus dificultades en el discurso médico. Cada país considera la viabilidad del embarazo en distinto tiempo, por ejemplo, en Alemania no es viable hasta los 196 días y en México no es viable hasta las 20 semanas –equivalente a decir 140 días- siempre contados a partir del primer día de la última menstruación. Para la justicia el término “aborto” significa la muerte del producto de la concepción y dentro del lenguaje jurídico se entiende que hay tres tipos de aborto: *el procurado* aquel realizado por la madre como sujeto activo primario, *el consentido* cuando la madre faculta a un tercero para realizarlo y *el sufrido* cuando la madre es víctima porque se practica en contra de su voluntad (esta situación

es dable en el ámbito de las TRHA ya que en muchos casos el embrión no anida en el útero provocándose un aborto involuntario).

En síntesis, las barreras que impiden el acceso a un aborto legal, gratuito y seguro son muchas. Como se desprende del Caso A.G. para realizarle un aborto de manera segura se le exige a la mujer, muchas veces víctima de una violación, una autorización judicial, la intervención de comités de ética, de equipos interdisciplinarios o autoridades hospitalarias, el requerimiento de comprobaciones médicas innecesarias, la denuncia y/o la prueba de la violación, entre otras cosas.

Sin embargo, con el objetivo de mejorar esta situación, en el marco del Programa de Salud Sexual y Procreación responsable, se ha publicado, en el año 2010, una Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles. Sin embargo, hace ya cinco años (dos años después de la presentación de la Guía) que en los medios de comunicación estalló la noticia “*La Corte Suprema resolvió ayer por unanimidad que no puede impedirse a una mujer violada ejercer su derecho a interrumpir el embarazo, según está establecido por ley desde 1922 y los médicos no deben pedir autorización judicial previa, ya que esta medida se convierte muchas veces en un obstáculo para que la víctima pueda ejercer ese derecho*” (Diario Clarín, 2012); esta noticia hace referencia al caso que puso en jaque al sistema judicial conocido con el nombre de “Caso AG”

En síntesis ¿Cuál es la relación entre el estatuto del embrión y el impedimento legal a ejercer el derecho de una mujer a exponer su cuerpo para realizar un aborto gratuito y en las mejores condiciones de seguridad y e higiene? Tal como el Caso AG dejó entrever la imposibilidad para hacer del aborto una práctica legal, que garantice los derechos reproductivos de la mujer, esconde las barreras religiosas y sociales que levantan la bandera de la prohibición argumentando el derecho a la vida del niño por nacer. Argumento que hace oídos sordos a de los avances de la embriología que permite afirmar que el embrión (hasta el final de la octava semana desde el momento de la concepción) es la etapa inicial del desarrollo de un ser vivo.

Santo Tomás y San Agustín afirmaban que el embrión no tenía alma hasta que asumía forma humana. En la Edad Media, el derecho canónico establecía la distinción entre el *corpus formatum* (que podía recibir el alma, convirtiéndose en feto animado) y el *corpus informatum* (que no había llegado a ese estado). Sin embargo, más allá del problema de la animación del feto, la Iglesia Católica ha afirmado desde sus inicios (y hasta la fecha) que el embrión debe ser considerado como persona. Desde esta perspectiva el aborto es la muerte provocada del embrión (entendido como sinónimo de persona) realizada por cualquier método. Así ha sido declarado el 23 de mayo de 1988 por la Comisión para la Interpretación Auténtica del Código de Derecho Canónico.

Las palabras de Monseñor José María Arancedo, haciendo referencia al “Caso AG”, tal como puede leerse en el diario Clarín del día 14 de marzo del año 2012, ilustran la postura del Poder Eclesiástico “*el aborto es la supresión de una vida inocente y no existe ningún motivo ni razón que justifique la eliminación de una vida inocente, ni siquiera en el caso lamentable y triste de una violación*”.

Desde nuestra perspectiva sostener, sobre la base de creencias erróneas, que el embrión es persona no sólo avasalla el derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo –en el caso del aborto- sino que también obstaculiza la elaboración psíquica del fracaso de un tratamiento en el ámbito de la reproducción humana asistida.

- Sobre la relación entre el embrión y las TRHA

Recordemos que, como lo expresamos líneas arriba, la existencia de la persona humana (entendida con sus derechos y deberes en el ámbito civil) comienza con la concepción. Entonces, en el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida ¿qué significa concepción? Para Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera (2014) existen dos lecturas muy distintas 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. Esta disyuntiva no le impidió afirmar a la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica (2012) que “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. Por lo tanto, la concepción acontece cuando el embrión es implantado en el útero de la mujer.

En el ámbito nacional el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 20, relaciona la noción de concepción con la de embarazo dejando claro que sin anidación no hay embarazo, es decir, que en el caso de las TRHA sin la implantación del embrión en el útero de la mujer no hay embarazo. Asimismo, en su artículo 21 establece que los derechos y obligaciones de la persona se consolidan en el momento del nacimiento con vida.

Por último, en el artículo 561 establece que el consentimiento previo, informado y libre a someterse a una práctica médica en el ámbito de las TRHA es revocable *«mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión»*.

Cabe destacar que la medicina reproductiva ofrece la posibilidad de un embarazo mediante el uso de técnicas de alta complejidad o extracorpóreas con o sin donación de gametos y/o embriones. Esto implica que la fecundación del óvulo se realiza por fuera del cuerpo de la mujer. Para luego, realizar la transferencia intrauterina de los embriones más aptos congelándose los sobrantes (criopreservación de

embriones). Si el embrión es persona ¿podrían congelarse?

Por último, la Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Asistida (CATRHA) establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial que tenga por objeto la protección del embrión no implantado ya que si fuera persona humana debería estar regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación. En esta ley especial se determinan los términos de su protección fundada en tres pilares legales centrales: la donación de embriones, la criopreservación de embriones y la revocación del consentimiento informado hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

En síntesis, como profesionales de la salud mental sabemos que las mujeres que recurren a las TRHA, con el anhelo de acceder a la maternidad, exponen su cuerpo a un sinnúmero de tratamientos médicos para cumplir su objetivo; tratamientos invasivos que no son sin consecuencias psíquicas para ellas. Consecuencias que se ven agravadas por las barreras psicosociales y religiosas que obturan el desarrollo genuino de normativas que legitimen las prácticas médicas a las que la mujer se expone y que, incluso, generan confusión a la hora de hacer valer los derechos reproductivos frente a las obras sociales y las prepagas quienes están obligadas, por ley, a cubrir diferentes procedimientos de TRHA, entre ellos, la donación y la criopreservación de embriones.

REFLEXIONES FINALES

Cambrón (2001) afirma que “El discurso del derecho es un discurso normativo específico que apoyado en la *autoridad* obliga, prohíbe y permite determinados comportamientos a los/as ciudadanos/as” (p. 18). No obstante, Franck Chaumon, psiquiatra y psicoanalista francés, sostiene que muchos juristas buscan, para desarrollar su práctica, un apoyo en los conceptos formulados por Lacan. Pierre Legendre, jurista francés, sobre la base de una lectura lacaniana del derecho, abre una nueva perspectiva para la institución jurídica.

Desde nuestra perspectiva solventada en el marco teórico del psicoanálisis, en sintonía con estos autores, el discurso del derecho puede elaborar las representaciones comunes sobre la subjetividad y los efectos que en ella producen las prácticas médicas en materia de derechos reproductivos.

En ambos discursos las leyes son fuente de organización simbólica y, como tales, regulan los intercambios sociales y culturales. Consecuentemente, la intervención de un jurista, que atiende los problemas reproductivos desde un enfoque de los derechos humanos, puede dar lugar a la función clínica del derecho ordenando lugares e inscribiendo en la estructura social el respeto por la libertad reproductiva de la mujer.

Para ejemplificar lo expresado líneas arriba nos serviremos de la sentencia de un juez que hace intervenir la tarea terapéutica (Legendre, 1989) enlazando,

en un caso de gestación por sustitución, la normativa con la subjetividad, lo jurídico y la singularidad. Se trata del Fallo dictado el 30/12/2015, por el Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora en el que la hermana de la señora M.H. se ofrece para gestar el bebé con material genético de su hermana y la pareja y juntas inician el proceso judicial, antes del parto y posterior a la transferencia del embrión, para que al momento del nacimiento se efectúe la inscripción de la niña ante el Registro Nacional de las Personas con los apellidos de A. y H., es decir, como lo expresa la voluntad procreacional expresada en el consentimiento informado.

El análisis del fallo realizado por Dr. Notrica avanza destacando los puntos neurálgicos de los que se valió la magistrada para ordenar la inscripción inmediata de la niña como hija de M. H., y de C.A. Puntos neurálgicos del campo del derecho, pero, cuyos efectos subjetivos son indiscutibles. Avanzaremos con los puntos que tiene relación directa con la propuesta de este escrito.

Considerando la Magistrada que la gestación por sustitución es una Técnica de Reproducción Humana Asistida, considerada como una figura jurídica compleja, que en alguna de sus modalidades -como es el caso de autos- pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano *mater semper certa est*; que en los ordenamientos jurídicos en los que la gestación por sustitución se halla instrumentada a través de acuerdos comerciales, una persona o pareja

comitente paga a la gestante una suma de dinero destinada a **compensar** los gastos razonables y básicos derivados de la gestación; que en la modalidad gestacional, como es el caso de autos, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la mujer gestante, que en este caso es la madre comitente y que la filiación, mediante el acceso a las TRHA, constituye una fuente de filiación en igualdad de condiciones y efectos que la filiación por naturaleza o por adopción con el límite máximo de dos vínculos filiales configurándose como una garantía primaria del derecho a la voluntad procreacional (derecho fundamental y un derecho humano, cuya garantía para muchas personas heterosexuales, gays, lesbianas, travestis y transexuales se traduce en el acceso integral y sin discriminación alguna a las TRHA y a las gestación por sustitución); que en la actualidad, la ley 26.862, en armonía con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica”, garantiza el libre acceso a las TRHA a toda persona mayor de edad que explice su consentimiento informado sin discriminación alguna, en pos del derecho a intentar procrear, ya sea como un derecho autónomo o entendido como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos, vale decir un derecho derivado de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, resuelve que *“por las condiciones de un contexto en el que*

faltan reglas claras sobre la gestación por sustitución a pesar de la “fuerza de la realidad tanto nacional como internacional” es posible determinar con precisión el vínculo de filiación a favor de quienes recurrieron a la TRHA, como registrales, para asegurar la inmediata inscripción de la niña que pueda nacer, como hija de quienes han querido ser sus padres y/o madres desde el inicio del proceso”.

Notrica (2016) rescata el argumento de la Juez, quien dio un paso más allá de la reglamentación jurídica, determinando que los progenitores de la niña por nacer son los comitentes y no la gestante quien no tiene el deseo o la voluntad de ser madre y que, además, reconoce a su hermana y su conviviente como tales. En este sentido, dijo la Juez *“En los casos de GS, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional, por ello, el art. exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso”.*

Finalmente, coincidimos con Federico Notrica (2016) *“este fallo es el reflejo de una realidad que no se puede ni se debe silenciar (...) para otorgar seguridad jurídica y protección a todas las partes intervinientes, la mejor forma es regular, siempre regular antes que prohibir o silenciar”* (p. 5).

Referencias Bibliográficas

CAMBRÓN, A. (2001) *“Fecundación in vitro agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos”*; Ascensión Cambrón (ed.),

Reproducción asistida: promesas, normas y realidad, Trotta, Madrid, 2001, p. 165-210.

CASO A.G. (2012) La Corte Suprema precisó el alcance del aborto no punible y dijo que estos casos no deben ser judicializados. EN CIJ Centro de información judicial. Agencia de noticias del poder judicial. Recuperado de: <http://www.cij.gov.ar/nota-8754-La-Corte-Suprema-preciso-el-alcance-del-aborto-no-punible-y-dijo-que-estos-casos-no-deben-ser-judicializados.html>

CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS CONTRA COSTA RICA (2012). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

CASO H. M. Y OTRO/A S/MEDIDAS PRECAUTORIAS Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires Departamento Judicial de Lomas de Zamora JUZGADO DE FAMILIA Nro. 7. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/05/H.-M.-Y-OTROA-SMEDIDAS-PRECAUTORIAS-art.232-del-CPCC.pdf>

CATRHA (2016) "Argumentos jurídicos a favor de la postura de que el embrión in vitro o no implantado NO es persona humana". Disponible en: <http://www.samer.org.ar/pdf/Argumentos%20juridicos%20favor%20de%20la%20postura%20embrion%20in%20vitro%20NO%20es%20persona.pdf>

CIZONE, S. (2011).La decisión del juez y la interpretación psicoanalítica. En Salomone, Gabriela (Coord.) Discursos institucionales:

Lecturas clínicas. Dilemas éticos de la psicología en el ámbito jurídico y otros contextos institucionales. Dynamo, Argentina.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

CÓDIGO PENAL ARGENTINO. Libro Segundo. De los Delitos. Título I. Delitos contra las personas. Capítulo I de "Delitos contra la vida".

CHAUMON, F. (2005). *La ley, el sujeto y el goce*. Nueva visión, Argentina.

DIARIO CLARÍN (14/03/2012) Fallo histórico: El aborto es legal en todas las violaciones. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/Fallo-historico-aborto-legal-violaciones_0_663533681.html

DIARIO CLARÍN (15/03/2012) El jefe de la iglesia le presentó sus inquietudes a Lorenzetti. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/jefe-Iglesia-presento-inquietudes-Lorenzetti_0_664133666.html

DIZIONARIO ITALIANO-LATINO, vol. II, Torino, Rosenberg & Sellier, 1965, p. 1528

KEMELMAJER DE CARLUCCI, LAMM Y HERRERA (2014). "La mirada legal: el estatuto del embrión no implantado". En *Aesthethika. International Journal on Subjectivity, Politics and the Arts Revista Internacional sobre Subjetividad, Política y Arte* Vol. 10, (1), julio 2014, 116-124

LAMAS, M. (2001) *Política y Reproducción*.

Aborto: la frontera del derecho a decidir.
México: Plaza & Janés editores.

LEGENDRE, P. (1989) *Lecciones VIII El Crimen del Cabo Lortie, tratado sobre el padre.* Buenos Aires, 1994, Siglo XXI Editores.

[Ley N° 26.150 Programa Nacional de Educación Sexual Integral. 2006](#)

[Ley N° 26.618. Matrimonio igualitario. 2010](#)

[Ley N° 26.743. Identidad de género. 2012](#)

[Ley N° 14.208 de Fertilización Asistida de la Provincia de Buenos Aires.](#)

Ley N° 26.862 de Reproducción Medicamente asistida. 2013

NAVÉS, F. A. (2017). "Aborto y tecnologías reproductivas: ¿Derechos reproductivos para el cuerpo femenino?". Presentado en las XIII Jornadas Nacionales de Historia de las Mujeres. *VIII Congreso Iberoamericano de Estudios de Género "Horizontes revolucionarios. Voces y cuerpos en conflicto"*. Facultad de Filosofía y Letras. Universidad de Buenos Aires.

NAVÉS, F. A. (2017). "Técnicas reproductivas y cuerpo femenino: ¿Instrumentalización o deseo?". Presentado en el *IX Congreso Internacional de Investigaciones y Práctica Profesional en Psicología, las XXIV Jornadas de Investigación y el XIII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología. Universidad de Buenos Aires.

NOTRICA, F. (2016) Gestación por

sustitución: Un nuevo fallo a favor de esta realidad imposible de silenciar. En <http://www.nuevocodigocivil.com/>

Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley N° 25.673). 2002

SADLER, T. W. (2012) *Embriología medica – Langman*. 12 va edición. Lippincott

TARDUCCI, M (2016) *Las políticas de la reproducción asistida. Filo debate*. Facultad de Filosofía. UBA

TUBERT, S. (1991) *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*. Madrid: Siglo XXI

VECSLIR, L. (2015). «'I'm a normal pregnant person»: análisis exploratorio de videoblogs sobre infertilidad y tecnologías reproductivas". En *Entramados y perspectivas. Revista de la carrera de sociología, vol. 5, núm. 5, págs. 135-152* (oct. 2014/sept. 2015). Recuperado de <http://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/entramadosyperspectivas/article/view/1498>

WINOCUR, M. (2012). "El mandato cultural de la maternidad. El cuerpo y el deseo frente a la imposibilidad de embarazarse". Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas.

Notas

¹ Etimológicamente el vocablo latino *nasciturus* es el participio futuro de *nasci* = aquel que nacerá, que está por nacer. Dìzionario Italiano-Latino, vol. II, Torino, Rosenberg & Sellier, 1965, p. 1528