

Voces: FECUNDACION ASISTIDA ~ DERECHO COMPARADO ~ REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY ~ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ~ DERECHOS HUMANOS ~ DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO ~ SENTENCIA EXTRANJERA ~ PERSONA POR NACER ~ PERSONAS ~ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS ~ BIOETICA ~ PROTECCION DE LA FAMILIA ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ ENFERMEDADES ~ MUJER ~ INFERTILIDAD ~ MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO ~ MATRIMONIO ~ CRIOCONSERVACION DE EMBRIONES ~ COBERTURA MEDICA ~ MATERNIDAD SUBROGADA

Título: La fuerza de la realidad: la reciente ley de técnicas de reproducción humana asistida del Uruguay

Autores: Herrera, Marisa Lamm, Eleonora

Publicado en: LA LEY 02/12/2013, 02/12/2013, 1 - LA LEY2013-F, 1183

Cita Online: AR/DOC/4478/2013

Sumario: 1. Las fuerzas presentes y ocultas. — 2. La ley. — 3. La realidad.

1. Las fuerzas presentes y ocultas

Cruzando el Río de la Plata, los hermanos uruguayos han sancionado hace pocos días -más precisamente el 12 de noviembre de 2013- su primera ley integral de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA o ley a secas). Se trata de una gran deuda pendiente, como acontece en la gran mayoría de los países de la región, no siendo casualidad sino causalidad, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su rol de máxima instancia judicial en materia de Derechos Humanos para todos aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y cuya jurisprudencia resulta de aplicación obligatoria so pena de generar responsabilidad en el plano internacional, haya tenido que tomar postura clara y precisa sobre uno de los temas más sensibles que despierta el uso de las TRHA: la naturaleza jurídica del embrión, aclarando que no es persona en los términos y con la protección que prevé el art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica ([1](#)).

De esta manera, Uruguay se coloca en América Latina a la vanguardia de los ordenamientos jurídicos que se atreven a dar un debate serio, eminentemente jurídico- médico y bioético, en torno a una práctica médica que va en franco aumento y que por fuerza no va a ceder a los infructuosos intentos de frenar el imparable avance de la ciencia para mejorar la calidad de vida de todas las personas, a tal punto de permitir que una gran cantidad de niños puedan nacer y a la par, varias personas puedan ver satisfecho su derecho a formar una familia.

Uruguay puede darse el lujo de vanagloriarse de ser uno de los primeros países en América Latina -porque en el derecho comparado de otros continentes son muchos los países que tienen leyes de TRHA- en contar con una ley integral de TRHA (como nosotros con la ley 26.618 de matrimonio igualitario o posteriormente, con la ley 26.743 de identidad de género) porque es un Estado laico de hecho y de derecho. En ese contexto, resulta sencillo o innegable centrar el debate de una ley en aspectos técnicos médico- jurídicos y bioéticos, con argumentos avalados por la ciencia y apoyados en el desarrollo de la doctrina internacional de los Derechos Humanos y el consecuente reconocimiento de los diferentes derechos que involucra el uso de las TRHA como ser, el derecho a formar una familia o el derecho a gozar de los beneficios de la ciencia, el derecho a la procreación, al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad, a la privacidad, y a la dignidad por mencionar los más evidentes.

¿Qué otras fuerzas pueden oponerse, contrariar o anteponerse a sólidos argumentos y fundamentos bioéticos, médicos y jurídicos, pilares básicos para la elaboración de toda normativa que pretenda regular cuestiones como el uso de las TRHA? La única respuesta posible son los criterios religiosos. Esta es la única explicación racional a las modificaciones -quitas y/o cambios- sufridos por el proyecto de reforma del Código Civil en pleno debate ante el Congreso Nacional. Los mismos criterios que han estado totalmente ausentes en la reciente ley uruguaya objeto de la presente columna, como también del citado caso Artavia Murillo y otros de la CIDH.

Yace aquí una primera conclusión: es posible un derecho secularizado, aún cuando se traten temas de alto contenido de interés para ciertos actores sociales como acontece con todo lo relativo a las familias y las mujeres, a quienes siempre se las ha querido controlar. Más aún, no sólo es posible sino necesario, incluso, obligatorio a la luz de la noción de "pluralismo" que campea los Derechos Humanos. De otro modo, Argentina no se hubiera vanagloriado de los dos hitos normativos mencionados, el matrimonio igualitario y la identidad de género.

2. La ley

En primer lugar, ya la práctica judicial uruguaya ha resuelto bien la cuestión del embrión no implantado al adoptar el término de "preembrión" ([2](#)) -siguiendo la legislación española- y por lo tanto, presuponer que no le cabe la protección que se deriva del concepto de persona. A modo de ejemplo, traemos a colación el fallo del Juzgado Letrado Civil nro 3° de Montevideo en los autos "L. F., M. y otros c. A. Española s/ daños y perjuicios. Responsabilidad médica" del 22/02/2012, en el que dos matrimonios demandan a un centro de fertilidad por la pérdida de un total de 7 embriones crioconservados producto de una falla mecánica en el aparato de unidad y almacenamiento criogénico. En la misma demanda, los actores reclaman incumplimiento contractual por: 1) la falta de consentimiento informado y 2) la destrucción de preembriones. Con relación a este segundo tópico, la sentencia afirmó: "Esta decisora considera innecesario profundizar y/o polemizar acerca de la terminología que

utilizan los actores en la demanda cuando hablan de pérdida de hijos, hermanos, de niños, niñas, etc. Con el mayor de los respetos se dirá que en el caso estamos ante la destrucción de preembriones humanos como lo explicaron los peritos en sus informes, que conllevó en la especie a la pérdida de la posibilidad de tener hijos para Marisel y de tener más hijos en el caso de su hermana Mabel".

En este contexto, fácil se comprende la línea legislativa que adopta la ley en comentario. Veamos, en el primer artículo dedicado al "Objeto" de la ley, tras disponer que se dedica a regular las TRHA, aclara en el segundo párrafo que "A tales efectos se entiende por técnicas de reproducción humana asistida el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo", completado por el siguiente párrafo al decirse que "Quedan incluidas dentro de las técnicas de reproducción humana asistida la inducción de la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 25 de la presente ley". Como se puede observar, esta normativa es más amplia que nuestra ley de cobertura médica, la ley 26.862, que no alude de manera expresa al diagnóstico genético preimplantacional (DGP), con los problemas prácticos que ya se han empezado a plantear en la jurisprudencia (3) y que fueron advertidos oportunamente por la doctrina (4).

En línea con esta postura legislativa que cuenta con el aval de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ya citado, el art. 5 dedicado a explicitar qué se entiende por técnicas de baja y alta complejidad, las dos que permite la ley, conceptualiza a esta última como aquellas "en virtud de las cuales la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del aparato genital femenino, transfiriéndose a este los embriones resultantes, sean estos criopreservados o no". Aquí sí en términos muy similares a los que recepta el decreto 956/2013 que reglamenta la ley 26.862 al expresar en el segundo párrafo del art. 2 que "Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos".

Asimismo, la ley uruguaya, a diferencia de la argentina, sí se atreve a hacer una distinción básica desde el aspecto médico que debería tener un tratamiento diferenciado en el plano jurídico: la de embriones viables y no viables. Así, el art 11 de la ley uruguaya referida a la transferencia embrionaria, se dedica a establecer un máximo de transferencia de dos embriones por ciclo, agregándose en el segundo párrafo que "En caso de embriones viables no transferidos deberán preservarse a los efectos de ser transferidos en un ciclo posterior"; completándose esta idea con lo previsto en el art. 17 relativo a la "conservación de gametos y embriones" que prevé que "Los gametos y embriones no transferidos se conservarán por los plazos que determine la reglamentación, teniendo en cuenta su viabilidad, así como la posibilidad de generar un embarazo a partir de los mismos".

Precisamente, este art. 17 descansa dentro del capítulo III "De la donación de gametos y embriones", tomándose, como debe ser y es en las legislaciones del derecho comparado, una postura clara acerca de que no se trata de un supuesto especial de "adopción"; está totalmente ausente cualquier tipo de proceso de declaración de adoptabilidad previa, o juicio de adopción o decisión si el tipo adoptivo que corresponda sea simple o plena.

A los fines de cerrar el círculo de coherencia que muestra la reciente legislación uruguaya en materia de TRHA, y en particular, con uno de los temas que seguiría siendo el más sensible como lo es el embrión, el art. 18 incorpora una variable central para el desarrollo de la ciencia de un país: la investigación. Al respecto, esta disposición expresa en sus primeros párrafos que "Los gametos podrán ser utilizados con fines de investigación o experimentación científica para la mejora de las técnicas de reproducción asistida. En tales casos, los gametos no podrán ser fertilizados con el fin de obtener embriones. Se prohíbe la investigación o experimentación científica con embriones generados para desarrollar embarazos con las técnicas de reproducción humana asistida reguladas por la presente ley". Por lo tanto, a todos aquellos embriones no viables para "desarrollar embarazos" no les alcanza esta prohibición y podrían ser utilizados con fines investigativos. Por su parte, el art. 19 prohíbe "la clonación de seres humanos así como cualquier procedimiento dirigido a la transformación o alteración de la especie humana, a partir de material biológico obtenido en aplicación de técnicas de reproducción humana asistida autorizadas por la ley." Es decir, expresamente se prohíbe la clonación reproductiva así como también la terapia génica in ovo, mas no la clonación terapéutica, por no implicar una transformación o alteración de la especie humana.

¿Cabe alguna duda que para la ley uruguaya de TRHA el embrión no es persona, más allá de su protección que gira en tono a la noción de viabilidad? ¿Acaso habría que haber apelado, de manera eufemística, al término de preembrión para corcernos del debate religioso y así plantearlo en el campo correcto - como se lo hace en el país vecino, en una gran cantidad de países del globo y como también lo ha hecho la CIDH - el científico-jurídico?

Más allá de algunas críticas — justificadas - que se le pueden esgrimir a la ley uruguaya desde el prisma

obligado de la igualdad y no discriminación, ya que en varias normativas se cuela que los destinatarios serán sólo parejas heterosexuales, máxime cuando Uruguay constituye otro de los países que nos acompañan en el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio a las personas del mismo sexo; lo cierto es que de otras disposiciones se pueden arribar a dos conclusiones: 1) el proyecto de reforma del Código Civil en su versión originaria ha sido fuente de inspiración con resultado exitoso en el debate de tres de las figuras y/o situaciones que más discusiones han generado: la fertilización post mortem, la gestación por sustitución y el derecho a conocer los orígenes de los niños nacidos con material genético o embrión de terceros y 2) se ha logrado consolidar la sana separación entre Estado- Iglesia; y esto se pone de resalto en una cantidad de debates que han librado en los últimos tiempos: el matrimonio igualitario, la ley de interrupción del embarazo, los avances en materia de despenalización del consumo de marihuana para uso personal y esta reciente ley de TRHA.

Veamos: el art. 9 regula la filiación post mortem como una "situación especial" disponiendo que "Podrá realizarse fertilización de gametos o transferirse embriones originados en una persona que hubiere fallecido, siempre que esta hubiera otorgado previamente por escrito su consentimiento para ello y dentro de los 365 (trescientos sesenta y cinco) días posteriores a su fallecimiento". Como se puede observar, se establecen los mismos requisitos que preveía el suprimido art. 563 del proyecto de Código Civil. Incluso en la legislación uruguaya se la regula de manera más benigna, o con menos reparos que en el proyecto argentino, ya que en este último la primera parte sentaba la regla: "En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento".

En lo que respecta a la gestación por sustitución, otra figura eliminada del proyecto argentino, la ley uruguaya le dedica un capítulo propio, el IV, receptando exactamente la misma denominación.

Si bien la primera parte del art. 25 establece que "Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero", la ley le abre juego a esta práctica de manera "excepcional"; así se prevé "únicamente" para "la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio". Como se puede observar, se comienza abrir camino -de manera tímida- a una figura que empieza a calar con mayor énfasis en el derecho comparado por un argumento incontrovertible: la fuerza de la realidad. En la regulación uruguaya no se prevé -como en el proyecto argentino - un proceso judicial previo en el que se homologa el acuerdo al que arriben gestante y comitentes, sino que directamente se le da valor jurídico a dicho acuerdo sin ningún tipo de control estatal, sin perjuicio de los dispuesto en el apartado 4 del art. 25, 4 que dice: "La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo."

Como es evidente que esta figura afecta los principios básicos en materia de determinación de la maternidad, el art. 27 asevera que "En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación", agregando en el articulado siguiente, el 28, que "La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada". Como se puede ver, una ley especial de TRHA regula la gestación por sustitución. La supresión que en nuestro país se ha logrado más por fuerzas religiosas que por un fecundo debate científico- jurídico y bioético de tinte académico, ha sido tal vez el primer eslabón necesario para encender el debate en un mundo en constante movimiento. Siempre se trató de plantear una ley que no peque de hipócrita. La gestación por sustitución en la Argentina se hace; de lo contrario, no habríamos conocido en los repertorios jurisprudenciales los casos tramitados por la Cámara Civil y Comercial de Gualeguaychú del 10/04/2010 [\(5\)](#) y de manera más reciente, el del Juzgado Nacional de Primera Instancia nro. 86 del 18/06/2013 [\(6\)](#) que al quedar firme por su contundencia, ni siquiera tuvo que ocupar la atención de la Alzada.

Por último, merece ser destacada la línea legislativa que se adopta en torno al derecho de los niños nacidos por TRHA a conocer los orígenes genéticos del donante, con semejanzas y diferencias con la regulación que propone el proyecto de reforma en su art. 564. La regulación proyectada distingue información no identificatoria (datos de salud) de información identificatoria (identidad del donante). La primera está a disposición de la persona cuando lo desee por parte del centro médico interviniente. En cambio, para la segunda se requiere de una resolución judicial que se otorgará cuando se esgriman razones debidamente justificadas que ameriten priorizar el derecho a la identidad sobre el derecho a la intimidad del donante que por ello, o al menos en ese marco normativo, procedió a donar.

En la nueva ley de TRHA del Uruguay, según los arts. 21 al 24 la identidad del donante sólo puede ser revelada previa resolución judicial cuando la propia persona o sus descendientes así lo soliciten. Al respecto, se afirma que "La información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los

donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación" (conf. art. 21, 2do párrafo). En consonancia con ello, el art. 22 alude al secreto profesional, aseverándose que "Toda la información relativa a la donación de gametos se encuentra alcanzada por el secreto profesional y en todos los casos sujeta a las responsabilidades que establecen las leyes y los códigos de ética vigentes". El resto de los articulados se dedica a fijar las reglas formales de este proceso judicial, como ser juez competente, legitimación, y procedimiento. Como se puede advertir, la regulación proyectada presenta una mayor flexibilidad al prever un régimen totalmente extrajudicial o administrativo a cargo de los centros de salud para evacuar todo tipo de información no identificatoria.

3. La realidad

La reciente ley integral de TRHA uruguaya es hábil para mostrar y demostrar que es posible lograr una regulación laica, despojada de toda fuerza "sobrenatural" y esencialista que siempre ha atentado contra el progreso científico, como así, de planteos que promueven una clara ampliación de derechos humanos para todos, con total independencia de la raza, la religión y la orientación sexual que tengamos cada uno de nosotros; en el que el único foco está puesto en lo más común que tenemos: ser personas humanas, cuya consolidación de derechos acontece como sabiamente lo ha dicho Vélez Sársfield en los orígenes del Código Civil: el nacimiento con vida.

Como bien lo ha dicho Franz Kafka: "A partir de cierto punto no hay retorno. Ese es el punto que hay que alcanzar". Y para ello, Charles Darwin asevera que "No es el más fuerte de las especies el que sobrevive, tampoco es el más inteligente el que sobrevive. Es aquel que es más adaptable al cambio".

Esta es la realidad y la fuerza de hoy: la de la "humanización" del derecho civil, que cala bien hondo en el derecho de familia. De ello dan cuenta una gran cantidad de leyes, la ley uruguaya de TRHA no escapa a este punto de "no retorno", para lo cual hay que ser "adaptable al cambio". No hay duda alguna, la resistencia y defensa del "statu quo" está cediendo por fuerza de la realidad.

(1) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", en LA LEY 2013-A, 907.

(2) Somos conscientes de que esta terminología no es uniforme ni universalmente aceptada, pero creemos necesaria su implementación porque refleja una realidad diferente: un preembrión -in vitro, no implantado- no es lo mismo que un embrión.

(3) Ver fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en los autos "M. M. O. y otro c/ Obra Social OSPIMOL y otros s/ amparo", 12/07/2013 publicado en MJ-JU-M-81779-AR | MJJ81779, en el que se niega la cobertura del DGP a una pareja que pretendía someterse a FIV para evitar tener otro niño con fibrosis quística, enfermedad de la cual había fallecido su primer hijo.

(4) HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora. "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", Revista La Ley, 31/07/2013, p. 1 y ss.

(5) Capel, Civ., Com. y Lab., Gualeguaychú, 14/04/2010, "B., M. A. c. F. C., C. R.", La ley online AR/JUR/75333/2010.

(6) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", Revista La Ley, 11/07/2013, p. 3 y ss.