

BIBLIOTECA
LOS NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO EN EL SIGLO XXI

Director

Prof. Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
(Università «Mediterranea» di Reggio Calabria)

Vice-directores

Prof. Dr. María Teresa Álvarez Moreno (España)
Prof. Dr. Nicolás Nord (Francia)
Prof. Dr. André Dias Pereira (Portugal)
Prof. Dr. Luciana Aboim Machado (Brasil)
Prof. Dr. Juan Antonio Travieso (Argentina)
Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira (Brasil)
Prof. Dr. Rubén Pacheco Inclán (México)
Prof. Dr. Carlos Antonio Agurto González (Perú)
Prof. Dr. Fausto Santos de Morais (Brasil)
Prof. Dr. Goran Ilik (Macedonia del Norte)

Comité Científico

Prof. Dr. Amalia Chiara Di Landro (Italia)
Prof. Dr. Marcelo López Mesa (Argentina)
Prof. Dr. Arturo Caumont (Uruguay)
Prof. Dr. Fabiano Hartmann Peixoto (Brasil)
Prof. Dr. Patricio Marianello (Argentina)
Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior (Brasil)
Prof. Dr. María Teresa Carreño (Colombia)
Prof. Dr. Viviane Coelho de Sellos-Knoerr (Brasil)
Prof. Dr. María Fuensanta Gómez Manresa (España)
Prof. Dr. Eduardo Tomasevicius Filho (Brasil)
Prof. Dr. Leonardo Pérez Gallardo (Cuba)
Prof. Dr. Carla Piffer (Brasil)
Prof. Dr. Pedro Antonio Goic Martinic (Chile)
Prof. Dr. Octavio Campos Fisher (Brasil)
Prof. Dr. Karlos Manuel Navarro Medal (Nicaragua)
Prof. Dr. Fátima Tardío Quiroga (Bolivia)
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (Brasil)
Prof. Dr. Augusto Valenzuela Herrera (Guatemala)
Prof. Dr. Rafaela Ester Sayas (Colombia)
Prof. Dr. Zélia Luiza Pierdoná (Brasil)
Prof. Dr. Elena Guliaeva (Rusia)
Prof. Dr. Mar Aguilera Vaqués (España)
Prof. Dr. Alfredo Di Pietro (Argentina)
Prof. Dr. Flavio Tartuce (Brasil)
Prof. Dr. Alfredo Mario Soto (Argentina)

Prof. Dr. Fernando Knoerr (Brasil)
Prof. Dr. Ezequiel Ramírez (México)
Prof. Dr. Danilo García (Ecuador)
Prof. Dr. Carla Martins Romar (Brasil)
Prof. Dr. Tiziana Rumi (Italia)
Prof. Dr. Magalie Nord-Wagner (Francia)
Prof. Dr. Sidney Bravo (Perú)
Prof. Dr. Claudio Finkelstein (Brasil)
Prof. Dr. Cristian Altavilla (Argentina)
Prof. Dr. Salvador Tomas Tomas (España)
Prof. Dr. Francielle Vieira (Brasil)
Prof. Dr. Pascal Peña-Pérez (República Dominicana)
Prof. Dr. Boris Barrios Gonzáles (Panamá)
Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares (Brasil)
Prof. Dr. José Antonio Castillo (España)
Prof. Dr. Daniel Borges (Brasil)
Prof. Dr. Henry Eyner Isaza (Panamá)
Prof. Dr. Juan Marcelino González Garcete (Paraguay)
Prof. Dr. Germán Oliverio Rivera Hernández (El Salvador)
Prof. Dr. Maria Eugenia Finkelstein (Brasil)
Prof. Dr. David Zammit (Malta)
Prof. Dr. Frederico Zenedin Glitz (Brasil)
Prof. Dr. Pedro Pablo Hernández Ramos (República Dominicana)
Prof. Dr. Héctor Patricio Tapia Ramírez (Ecuador)
Prof. Dr. João Victor Rozatti Longhi (Brasil)
Prof. Dr. Alfonso Martínez Lazcano (México)
Prof. Dr. Joel Melgarejo Allegretto (Paraguay)
Prof. Dr. Kurt Xerri (Malta)
Prof. Dr. Paola Cantarini (Brasil)
Prof. Dr. Fernando Núñez Jiménez (Bolivia)
Prof. Dr. Hector Bombiella (Colombia)
Prof. Dr. Bruno Cozza (Brasil)
Prof. Dr. Pablo Dario Villalba Bernie (Paraguay)
Prof. Dr. Carlos David Cálix Vallecillo (Honduras)
Prof. Dr. Carlos Arturo Ruiz (Colombia)
Prof. Dr. Wilmer Castro (Venezuela)

Colaboradores editoriales:

Chiara De Marco (Italia)
Francesco Geria (Italia)
Rafael Ferreira (Brasil)
Rocco Saverino (Italia)
Maria Eduarda Trevisan Kroeff (Brasil)
Flaviana Versace (Italia)

ANGELO VIGLIANISI FERRARO
(Director)

ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN
HUMANO Y EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA.
ALGUNOS MODELOS EN CONFRONTACIÓN

Edición al cuidado de
Angelo Viglianisi Ferraro
Marcos Catalan
Laura Miraut Martín



Con las contribuciones de 10 autores, de 10 países, europeos, asiáticos y latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Cuba, España, Italia, Macedonia del Norte, Mexico, Polonia, Portugal).

Título: ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO Y
EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA.
ALGUNOS MODELOS EN CONFRONTACIÓN

© ANGELO VIGLIANISI FERRARO
(Director)

ANGELO VIGLIANISI FERRARO
MARCOS CATALAN
LAURA MIRAUT MARTÍN
(Coordinadores)

© Ediciones Olejnik
Huérfanos 611, Santiago - Chile
E-mail: contacto@edicionesolejnik.com
Web site: <http://www.edicionesolejnik.com>

Primera edición en Ediciones Olejnik: 2023

ISBN: 978-956-407-311-8

Diseño de Carátula: Ena Zuñiga
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Argentina 2023 Printed in Argentina

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	11
PREFÁCIO	13

HUMAN EMBRYO THROUGH EUROPEAN LENSES: LEGAL STATUS AND SCIENTIFIC RESEARCH

Jelena Risti

1. INTRODUCTION	17
2. INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK ON HUMAN EMBRYO SCIENTIFIC RESEARCH	18
3. HUMAN EMBRYO STATUS AND ITS USE FOR SCIENTIFIC RESEARCH IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS	22
4. EUROPEAN REGULATION ON SCIENTIFIC RESEARCH INVOLVING HUMAN EMBRYO	27
5. CONCLUSION	29

A TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

André Dias Pereira

1. A PERSONALIDADE JURÍDICA ADQUIRE-SE COM O NASCIMENTO COMPLETO E COM VIDA	31
2. A TESE DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMBRIÃO E DO FETO	32
3. A TESE DO NASCITURO COMO BEM JURÍDICO PROTEGIDO	36
4. PROBLEMAS PRÁTICOS DA PROTEÇÃO JUSCIVILISTA DO NASCITURO	41
4.1. Indemnização por lesões à integridade física e pela lesão do direito à saúde	41

LEGAL STATUS OF EMBRYO GENE-EDITING IN SPAIN IN THE LIGHT OF CONTROVERSIAL PRACTICES INVOLVING HUMAN GERMLINE

Pedro Diaz Peralta

1. INTRODUCTION	47
-----------------------	----

2.	USE OF GENETIC ENGINEERING TECHNIQUES FOR EDITING HUMAN EMBRYOS	48
3.	IMPACT OF GENE-EDITING	49
4.	TOWARDS AN ABSOLUTE MORATORIUM ON EXPERIMENTS ALTERING THE HUMAN GERMLINE	50
5.	ASILOMAR REVISITED. THE PANIC BUTTON	52
6.	OVERVIEW OF SPANISH AND EU LEGISLATION	53
7.	NEW CHALLENGES TO PRIVACY: PERSONAL DATA PROTECCION AND DONOR ANONYMITY	56
8.	FINAL REMARKS	57

¿ES, POR TANTO, UN OBJETO O UN SUJETO DE DERECHO?
 SOBRE LA CONTROVERTIDA CALIFICACIÓN DEL EMBRIÓN
 EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO
 Angelo Viglianisi Ferraro

1.	INTRODUCCIÓN. LOS MOTIVOS DE UNA INVESTIGACIÓN	59
2.	LAS ANTIGUAS POSICIONES DOCTRINALES Y LAS NUEVAS ORIENTACIONES, NO DEL TODO CONVERGENTES, DE LA CORTE DE CASACIÓN	61
3.	LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RESPECTO	64
4.	EL «ESTATUS» DEL EMBRIÓN EN EL SISTEMA CEDH	69
5.	CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE COMPARTIDO EN EL «ESPACIO JURÍDICO EUROPEO»	71

LEGAL STATUS OF THE EMBRYO
 IN THE POLISH LEGAL SYSTEM
 Agnieszka Wojcieszak

1.	INTRODUCTION	73
2.	EMBRYO AS AN OBJECT OF OWNERSHIP	74
3.	EMBRYO AS A LEGAL SUBJECT	75
4.	EMBRYO AS A SPECIAL CATEGORY	76
5.	LEGAL STATUS OF THE EMBRYO IN THE LIGHT OF A STANDPOINT PRESENTED BY THE POLISH LAW	77
6.	CONCLUSION	80

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN
 NO IMPLANTADO EN EL DERECHO ARGENTINO
 Adriana N. Krasnow

2.	EL EMBRIÓN NO IMPLANTADO EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO	84
2.1.	Un marco previo necesario	84
2.2.	El comienzo de la existencia de la persona humana en sintonía con la situación jurídica del embrión no implantado	85
2.3.	El embrión no implantado por su status exige contar una tuición especial	89

2.4.	El destino de los embriones no implantados ante la revocación o no renovación del consentimiento informado	89
3.	CIERRE	98

APONTAMENTOS LIGEIOS ACERCA DO STATUS JURÍDICO
DO EMBRIÃO NO DIREITO BRASILEIRO
Marcos Catalan

1.	BREVÍSSIMAS NOTAS A TÍTULO DE INTROITO	99
2.	A SITUAÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO NO DIREITO BRASILEIRO	103
3.	À GUIZA DE CONCLUSÃO	110

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN Y SUS IMPLICACIONES
PARA LA EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA EN CHILE
Leonardo Javier Castillo-Cárdenas

1.	INTRODUCCIÓN	111
2.	NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN HUMANO	111
	2.1. Desde una perspectiva Constitucional	111
	2.2. Desde una perspectiva de Derecho Civil	113
3.	EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA CON EMBRIONES HUMANOS	117
4.	CONCLUSIONES	120

LA EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA CON CÉLULAS MADRE
EMBRIONARIAS. ANÁLISIS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO
Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Manuel Felipe Ledea Pérez
Ana Elisa Gorgoso Vázquez

1.	INTRODUCCIÓN	121
2.	EL USO DE LAS CELULAS MADRE EMBRIONARIAS EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA	122
	El uso de embriones humanos en las investigaciones científicas como derecho humano tutelado a la salud	127
	Las células madre o troncales. Su uso en la medicina genética	128
	El constitucionalismo del derecho a la protección de la salud y la praxis del Derecho Médico	129
3.	LOS ENSAYOS CLÍNICOS EN CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS EN EL SISTEMA DE SALUD CUBANO	129
	Los ensayos clínicos en el sistema de salud	129
4.	LOS ESTATUTOS JURÍDICOS DE LA SALUD EN CUBA COMO DERECHO HUMANO. DESARROLLO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS EN LA MEDICINA GENÉTICA	130
	El ordenamiento jurídico de la salud	132
	Aciertos y desaciertos en el campo de la manipulación genética en Cuba	135
5.	CONCLUSIONES	137

EL EMBRIÓN HUMANO EN MÉXICO.
LA CONCIENCIA DEL HOMBRE Y LA MUJER
PARA PROTEGER AL SER HUMANO EN GESTACIÓN
Ezequiel Ramírez Gómez

1.	INTRODUCCIÓN	139
2.	CONSIDERACIONES IMPORTANTES EN RELACIÓN CON EL EMBRIÓN EN MÉXICO	139
3.	CONCLUSIÓN	141

INTRODUCCIÓN

Este volumen reúne los textos de las ponencias presentadas en el Congreso Internacional *Statuto normativo dell'embrione e sperimentazione scientifica* organizado por el *Mediterranea International Centre for Human Rights Research* (Italia), en colaboración con el *Department of Civil, Economic and Private International Law* de la *Krakow University of Economics* (Polonia) y con la *REDHT - Rede de Pesquisa Direitos Humanos e Transnacionalidade* (Brasil).

Este Congreso forma parte de las actividades formativas de la primera edición del posdoctorado internacional en «Nuevas tecnologías y derecho», en el que se han inscrito 97 doctores de 21 países europeos, asiáticos y latinoamericanos, permitiendo compartir trabajos producidos por investigadores de Argentina, Bolivia, Brasil, Bulgaria, Chile, Colombia, Cuba, España, Italia, México, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rusia y Uruguay, en un evento de innegable trascendencia.

En la obra que les presentamos, se suman, al bello prefacio escrito por la profesora Débora Gozzo, diez fecundas y copiosas reflexiones acerca de debatidas cuestiones sobre el embrión humano, discusiones que intentan identificar su naturaleza a la luz de los derechos argentino, brasileño, chileno, español, italiano, mexicano, polaco, portugués y, también, la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abordando los problemas relacionados con la edición genética y discusiones específicas como la posibilidad de reparar los daños causados en el contexto de lesiones a la integridad física y a la salud, la posible pérdida del no nacido e incluso el fallecimiento de los padres durante el embarazo.

En verdad, al pensar el embrión en la contemporaneidad, parece difícil negar que los dilemas antes confinados a los libros y a las películas de ficción científica se hayan vuelto merecedores de plena atención de una serie de áreas del conocimiento. Eso ocurre tanto por su importancia - en especial, tras el descubrimiento de la edición genética y de la fusión de genes de especies distintas de seres vivos - como por los dilemas religiosos, éticos y morales - no siempre de fácil desacoplamiento - que gravitan alrededor de la cuestión, circunstancias éstas que potencializan el papel del Derecho y de los juristas y enfatizan la importancia de trabajos como el que se ofrece en este instante a los lectores.

¡Que les guste!

Los coordinadores
Prof. Dr. ANGELO VIGLIANISI FERRARO
Prof. Dr. MARCOS CATALAN
Prof. Dr. LAURA MIRAUT MARTÍN

PREFÁCIO

Quando recebi o convite do Professor Marcos Catalan para prefaciara presente obra, confesso que fiquei muito feliz, mas, ao mesmo tempo, angustiada frente ao repto que a responsabilidade da tarefa imporia, uma vez que o livro está centrado na figura do embrião humano e seus mais diversos aspectos, no Brasil e, no mundo. No entanto, sendo pessoa normalmente movida por desafios, encarei a empreitada com muita coragem. Assim, muito obrigada, Professor Catalan, por ter me dado esse presente, que foi voltar no tempo, uma vez que comecei a aprofundar meus estudos sobre tão complexa questão em meados dos anos 1980 do século XX, quando escrevi um texto sobre o Direito à Vida do Embrião Congelado. Fui levada a tal reflexão, durante disciplina sobre os Direitos da Personalidade, regida pelo já falecido Professor Doutor Livre-Docente Walter Moraes, no Mestrado em Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tal texto, apesar de terem sugerido sua publicação, continua inédito como outros escritos sobre a temática. Importante dizer, desde já, que não mudei minha opinião sobre o direito à vida defendido por mim naquele momento. Note-se, porém, que aquele estudo cuidava única e exclusivamente do embrião criopreservado, não do nascituro, como será visto mais adiante.

Escrever, investigar, falar sobre o embrião humano, a partir do momento em que a medicina consegue fecundar o óvulo fora do útero, passou a ser primordial a partir de 1978. Neste ano, na Inglaterra, Patrick Steptoe e Robert Edwards, lograram o nascimento do primeiro bebê de proveta do mundo, Louise Brown. Nesta ocasião o embrião *in vivo*, isto é, sem passar por qualquer forma que fosse de criopreservação, foi implantado no útero de sua mãe. Desde então, a medicina só fez por avançar nessa área, trazendo como consequência todo um questionamento, sobre o *status* jurídico do embrião humano. Poder-se-ia considerar esse ser uma *pessoa*? Seria ele um ser humano *em potência*? Seria ele uma mera *coisa*? Ora, *coisa* certamente não é! Enfim, praticamente os mesmos dilemas existentes em relação ao nascituro, que é um embrião já em desenvolvimento no útero materno, já implantado, portanto, foram transferidos ao embrião não implantado, pelas novas técnicas de reprodução humana assistida. Até hoje sua situação jurídica ainda não foi solucionada, muito embora sempre se recorra ao argumento de que ele é, no mínimo, o início de um ser humano, e que mereceria ter garantido o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, a partir do seu nascimento com vida. Lembro-me aqui da Lei alemã de Proteção ao Embrião, art. 8º. 1, promulgada no ano de 1990¹. Este diploma legal, ao que ao que sei, foi talvez o primeiro a cuidar dessa temática.

¹ Sobre esse dispositivo da Embryonenschutzgesetz (Lei de proteção aos embriões) alemã, v.: H.L. GÜNTHER, J. TAUPITZ e P. KAISER, *Embryonenschutzgesetz: Juristischer Kommentar mit medizinischen naturwissenschaftlichen Einführungen*, Kohlhammer, 2008, p. 267 ss.

No Brasil temos visto que o embrião recebeu em 2005, um único tratamento legislativo, a saber, o art. 5º. da Lei de Biossegurança - Lei n. 11.105 -, o que descontentou muitas pessoas que consideram o embrião humano como merecedor da mesma proteção jurídica dispensada ao nascituro. No entanto, o legislador da citada lei, entendeu que o embrião não implantado depois de três anos de seu congelamento, ou que fosse inviável, poderia ser descartado. Sendo assim, ele poderia vir a ser empregado em pesquisas com células-tronco embrionárias, o que levantou uma grande discussão, com julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo que esse embrião poderia ser utilizado para fins de pesquisa². Hoje, sabe-se que as células-tronco, que são células consideradas totipotentes, que podem se transformar em qualquer órgão ou tecido do corpo humano, também podem ser obtidas até de um mero dente de leite. No entanto, por ocasião do julgamento da Corte Constitucional brasileira, os estudos ainda não estavam tão desenvolvidos. Ao longo dos anos, contudo, foram sendo descobertas outras formas de se chegar às células-tronco embrionárias, e que não implicavam a destruição de uma vida potencial.

Outro ponto importante em relação ao embrião, no mundo, é o da descoberta do CRISPR/Cas9 (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*), uma «tesoura genética», capaz de recortar a parte «defeituosa» da linha genética - DNA -, na fase embrionária, fazendo com que aquele ser nasça sem aquela imperfeição³. Esta técnica garantiu à Emmanuelle Charpentier, microbióloga, e à Jennifer Doudna, bioquímica, o prêmio Nobel de Química de 2020⁴. No entanto, apesar do grande avanço mundial em favor da ética nas pesquisas, em especial com o embrião humano, em 2018, um cientista chinês de nome He Jiankui⁵, sem autorização, modificou a sequência genética de duas gêmeas. O objetivo seria fazer com que elas a fim de que elas se tornassem imunes ao vírus da Aids, doença contraída pelo pai delas. O ato foi condenado por toda comunidade científica mundial e, até onde se sabe, não houve novas tentativas. No entanto, não se tem conhecimento ao certo, de quais serão as implicações que essa alteração poderá causar nas gêmeas, nem na sociedade de uma forma geral.

No Brasil, o tema do embrião tem sido bastante negligenciado pelo legislador, que ainda não se deteve para regulamentar sua situação jurídica. E deixe-se claro aqui, que, ao se falar em embrião, não se está tratando do nascituro, ser que já tem seus direitos resguardados desde sua concepção, de acordo com o disposto no art. 2º. do Código Civil de 2002, repetindo o que já se encontrava igualmente no art. 2º. do Código Civil por este revogado. Dispõe o citado artigo: «A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.» Por certo que os direitos aqui assegurados, inicialmente, eram

² BRASIL, STF, ADIn 3510/DF, em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages_search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&simonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=AD1%203510&sort=_score&sortBy=desc.

³ Sobre o tema: G.T. CLEMENTE e D. GOZZO, «Tecnologias de edição genética (Crispr/Cas9) e sua aplicabilidade na reprodução humana assistida: desafios de uma nova realidade», em M.F. FREIRE DE SÁ et al, *Direito e medicina: interseções científicas - genética e biotecnologia*, Belo Horizonte, 2021, p. 109-122. D. GOZZO e J.R. MONTEIRO, «Melhoramento do embrião e responsabilidade civil do profissional da saúde», em F.I. PIRES, *Da estrutura à função da responsabilidade civil*, Indaiatuba, 2021, p. 41-52.

⁴ F. NAVES, «Nobel da química para Emmanuelle Charpentier e Jennifer A. Doudna», em <https://www.dn.pt/vida-e-futuro/nobel-da-quimica-para-emmanuelle-charpentier-e-jennifer-a-doudna-12886360.html>.

⁵ E. DÍAZ AMADO e A.M. GONZÁLEZ ANGULO, «El debate ético y de regulación sobre el uso de CRISPR-Cas9 en la línea germinal humana», em *Universitas Medica*, v. 62, n. 4, oct. 2021.

só os de cunho patrimonial, uma vez que o direito à vida estaria desde sempre protegido. Mas, como não há um único direito que seja absoluto, nem mesmo os chamados direitos fundamentais, como os que se encontram previstos no art. 5º, da Constituição da República, o Código Penal prevê, em seu art. 128 expressamente, dois casos em que o abortamento não será considerado crime, nas seguintes hipóteses legais: 1) no caso do aborto necessário, em que a gestante corre risco de vida; ou, 2) na ocorrência o aborto sentimento, que é aquele resultante de estupro.

Além dessas duas exceções, o Supremo Tribunal Federal, por oito votos a dois, ao julgar a ADPF n. 54, que foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde no ano de 2004⁶, autorizou a interrupção da gestação de bebês anencefálicos, no ano de 2012, até mesmo por entender que esse ato não poderia ser considerado crime de abortamento. Isto porque o ser que estaria sendo gerado não teria cérebro.

Mencione-se, ainda, que no ano de 2016, os Ministros Luiz Barroso, Edson Fachin e Rosa Weber, entenderam não ser crime de abortamento, no julgamento do HC se a mulher optasse por cessar a gravidez até o terceiro mês de gestação, hipótese esta que não tem amparo legal, única e exclusivamente, jurisprudencial⁷.

Note-se que as questões que suscitam essas dúvidas acerca do direito à vida do nascituro, que já é um embrião em desenvolvimento no útero materno, também têm sido aplicadas ao embrião congelado, ser este que está aguardando para ser implantado no útero de uma mulher, a fim de ter garantido seu direito à vida. Quando se trata dele, pelo menos em termos de Brasil, a situação tem sido entendida de outro modo, isto é, seu direito à vida não tem merecido proteção legal. Cite-se como exemplo, o art. 5º, da Lei n. 11.105/2011, que autoriza o descarte do embrião, se ele estiver criopreservado há pelo menos três anos, ou se for inviável. A Resolução n. 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina – CFM –, que regulamentava o emprego das técnicas de Reprodução Humana Assistida, também autorizava o seu descarte, desde que fosse a pedido dos doadores do material genético e, havendo autorização judicial para isso. A atual Resolução n. 2.320/2022, do CFM, que disciplina a matéria, contudo, nada menciona sobre o descarte, com ou sem a necessidade de autorização judicial, determinando que os *embriões viáveis sejam criopreservados (V, 2)*⁸. Tudo leva ao entendimento, portanto, de que só embriões inviáveis poderão ser descartados.

A partir dessas breves reflexões, chega-se aos artigos que compõem a presente obra. Em cada um dos textos, constata-se pela leitura, que seus respectivos autores não temeram o confronto com temática tão espinhosa quanto aquelas relativas ao embrião humano, o que demonstra o quão necessário se faz sua discussão. A riqueza dos pensamentos aqui esposados, tendo em vista tratar-se de livro com visões de ordenamentos jurídicos de vários países europeus e latino-americanos, certamente auxiliará o leitor a querer aprofundar-se e a entender mais e mais os meandros da situação jurídica do embrião humano, seja ele implantado ou não. Ambos os casos merecem atenção.

⁶ BRASIL, STF, ADPF 54 QO / DF, en https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%2054%20e%20anencefalia&sort=_score&sortBy=desc.

⁷ RIO DE JANEIRO, TJRJ, HC 124306, en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur364766/false>.

⁸ CFM, «Resolução 2320/2022», en <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>.

Da mesma forma com que eu fui arrebatada pela leitura de cada um dos artigos ora publicados, tenho certeza de que o leitor também o será. Assim, só tenho a dizer: Aproveite cada uma das visões aqui trazidas e reflita mais e mais sobre o início da vida!

São Paulo, Primavera de 2022.

Débora Gozzo

Pós-doutora pelo Max-Planck-Institut, Hamburgo/Alemanha. Doutora em Direito pela Universidade de Bremen/Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Münster/Alemanha e pela USP/Brasil. Professora Titular de Direito Civil - USJT. Professora Colaboradora do Mestrado em Ciência do Envelhecimento - USJT; Coordenadora do Núcleo de Biodireito e Bioética da ESA-OAB/SP. *Visiting Professor* nas Universidades de Bonn, Heidelberg/Mannheim, e *Bucerius Law School*, Alemanha. *Research Fellow* do Max-Planck-Institut, Hamburgo/Alemanha. Membro-fundadora da *Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas*. Membro da diretoria da *International Academy of the Study of the jurisprudence of the Family*. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Líder do Grupo de Pesquisa: Do início ao fim da vida: uma discussão bioética sobre as inovações tecnológicas do século XXI. (USJT). Advogada e Consultora. @profa.deboragozzo

HUMAN EMBRYO THROUGH EUROPEAN LENSES: LEGAL STATUS AND SCIENTIFIC RESEARCH

JELENA RISTI

(University «Ss. Cyril and Methodius» in Skopje - North Macedonia)

1. INTRODUCTION

The legal status of a human embryo, obtained by *in vitro* fertilization, raises serious questions to be answered, due to the complexity of moral, ethical and legal issues it concerns. These issues are regularly raised in the context of scientific research on human embryos, such as human embryonic stem cell research. Namely, stem cell research, where one of the possible sources for stem cells are human pre-implantation embryos, is «one of the promising areas of biotechnology, which offers the prospect of developing new methods to repair or replace tissues or cells damaged by injuries or diseases and to treat serious chronic diseases, such as diabetes, Parkinson's, chronic heart failure as well as stroke and spinal cord injuries»¹. However, when stem cell research concerns the use of human embryos, it raises various questions of ethical values and of the limits and conditions for such research². This is mainly due to the fact that although scientific experiments on embryos, such as human embryonic stem cell research, carry a great potential to treat serious chronic diseases, they eventually result in the destruction of the embryo, which, if implanted in a woman, has the potential to become a human being³.

When regulating the legal status of a human embryo, one of the major questions that lawmakers are facing with is whether to allow the use of human embryos for scientific research and under what conditions, as the issue of determining the legal status of a human embryo and the question whether to allow its use for scientific research are closely connected. In this regard, the main focus of this paper is to examine the level of European consensus towards the legal status of a human embryo and the use of human embryo for scientific research. In order to do this, the first part of the paper will provide an overview and analysis of the international and European legal framework on human embryo scientific research. The second part will outline and analyse the case-law of the European Court of Human Rights («ECtHR» or «Court») in terms of the human embryo status and its use for scientific research, determining the position that the Court has taken in this regard. The next part will elaborate on the European regulation concerning research that involve

¹ European Commission, Report on Human Embryonic Stem Cell Research, 2003, p. 1.

² *Ibidem*.

³ D. MICKOVIC, E. IGNOVSKA and A. RISTOV, *New Reproductive Technologies and Law*, University «Ss. Cyril and Methodius» in Skopje, 2016, p. 332.

human embryo. This will be done mainly through analysis of various documents that contain overview of the legislation of a number of European countries regarding scientific research on human embryos. In addition, an overview and analysis in view of the number of signatures and ratifications of the Convention on Human Rights and Biomedicine⁴ by the Council of Europe countries will be conducted. Finally, the results of the previously mentioned analysis will be summarized, and the question concerning the level of European consensus towards the legal status of a human embryo and its use for scientific research will be answered.

2. INTERNATIONAL AND EUROPEAN LEGAL FRAMEWORK ON HUMAN EMBRYO SCIENTIFIC RESEARCH

On international level, there are a number of declarations regarding the human embryo research. Namely, the United Nations («UN») have adopted several declarations regulating the use of human embryo for scientific research.

The Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights⁵ was adopted unanimously and by acclamation at UNESCO's 29th General Conference on November 11th 1997⁶. The UN General Assembly endorsed the Declaration by consensus on December 9th 1998⁷. It is the first universal instrument in the field of bioethics. In the Preamble of this Declaration, it is emphasized that «research on the human genome ... should fully respect human dignity, freedom and human rights, as well as the prohibition of all forms of discrimination based on genetic characteristics». Furthermore, in its Article 10 it is foreseen that «no research or research applications concerning the human genome ... should prevail over respect for the human rights, fundamental freedoms and human dignity of individuals or, where applicable, of groups of people».

Human embryo research is not directly prohibited by the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights. However, the Declaration explicitly specifies that there is a need for balance between safeguarding respect for human dignity, freedom and human rights and ensuring freedom of research⁸. Although it is a soft-law document and thus not legally binding, the Declaration «sets out internationally agreed standards and good practices concerning genetic interventions, which were supported by a broad international consensus at the time of its adoption and are still pertinent today»⁹. The entering of the states into moral commitments by adopting the Declaration marks the beginning of the international community's awareness that scientific and technological progress raises important ethical issues which need to be addressed and has significant human and social implications¹⁰.

⁴ Council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, April 4th 1997, ETS 164.

⁵ UN Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, November 11th 1997, 53/152.

⁶ Division of the Ethics of Science and Technology of UNESCO, Birth of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, 1999, p. 1.

⁷ *Ibidem*, p. 2.

⁸ *Ibidem*, Preface.

⁹ R. YOTOVA, «Regulating Genome Editing under International Human Rights Law», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.69, July 2020 p. 671.

¹⁰ Division of the Ethics of Science and Technology of UNESCO, Birth of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, 1999, Preface.

Genetic research has opened the way for far-reaching medical research and biomedical applications as genetic data can be used for various medical diagnosis and disease prevention. Furthermore, forensic science and the judicial systems use genetic data for identification purposes, while the number of genetic databanks is constantly rising¹¹. In order to address the concerns that human genetic data will be used for purposes contrary to human rights and freedom, the International Declaration on Human Genetic Data¹² was adopted unanimously and by acclamation at UNESCO's 32nd General Conference on October 16th 2003¹³.

The International Declaration on Human Genetic Data foresees that «human genetic data and human proteomic data may be collected, processed, used and stored»¹⁴. However, the latter can only be done for specific purposes, such as: diagnosis and health care; medical and scientific research; forensic medicine and legal proceedings; or, any other purpose consistent with the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights and the international law of human rights¹⁵. Namely, the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights and the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights are important soft law human rights instruments¹⁶ as they are international points of reference in the field of bioethics¹⁷.

The Declaration on Human Cloning¹⁸ was adopted by the UN General Assembly on March 8th 2005, but not unanimously¹⁹. It is a document of a soft-law nature, and it calls on states to «prohibit all forms of human cloning inasmuch as they are incompatible with human dignity and the protection of human life»²⁰. According to critics of the Declaration, its language is vague and ambiguous to the effect that it «permits an essentially subjective judgment to be made as to the compatibility of cloning with human dignity»²¹. However, there are also authors who are convinced that «the Declaration calls for a global prohibition of research as well as 'reproductive' cloning»²².

The Universal Declaration on Bioethics and Human Rights²³ was adopted unanimously on October 19th 2005 at the 33rd session of the UNESCO General

¹¹ UNESCO, «International Declaration on Human Genetic Data», <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/human-genetic-data>.

¹² UN Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), International Declaration on Human Genetic Data, October 16th 2003.

¹³ UNESCO, «International Declaration on Human Genetic Data», <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/human-genetic-data>.

¹⁴ Article 5 of the International Declaration on Human Genetic Data.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ R. YOTOVA, *op.cit.*, p. 658.

¹⁷ UNESCO, «International Declaration on Human Genetic Data», <https://en.unesco.org/themes/ethics-science-and-technology/human-genetic-data>.

¹⁸ UN General Assembly, Declaration on Human Cloning, March 8th 2005, 59/280.

¹⁹ A. LANGLOIS, «The Global Governance of Human Cloning: the Case of UNESCO», *Palgrave Communications*, 2017, p. 3.

²⁰ Clause (b) of the UN General Assembly, Declaration on Human Cloning, March 8th 2005.

²¹ N. M. de S. CAMERON and A. V. HENDERSON, «Brave New World at the General Assembly: The United Nations Declaration on Human Cloning», *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, Volume 9, Issue 1, Article 8, 2007, p. 195.

²² *Ibidem*, pp. 195-197.

²³ UN Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, 19 October 2005.

Conference²⁴. It focuses on legal regulations concerning social consequences of the development of genetic engineering in a broader context²⁵, as they concern «ethical issues related to medicine, life sciences and associated technologies»²⁶. One of the aims of the Declaration is «to recognize the importance of freedom of scientific research and the benefits derived from scientific and technological developments, while stressing the need for such research and developments to occur within the framework of ethical principles set out in this Declaration and to respect the human dignity, human rights and fundamental freedoms»²⁷. This Declaration is a soft-law document as well.

On European level, the strength of human rights protection derives mainly from two established systems. One of these systems for human rights protection is established within the Council of Europe, while the other is established within the EU²⁸. In this sense, these two regional organizations deal as well with the area concerning the human embryo status and its use for scientific research in the context of human rights²⁹.

Council of Europe's Parliamentary Assembly Recommendation 1046 (1986) on the use of human embryos and foetuses for diagnostic, therapeutic, scientific, industrial and commercial purposes³⁰, «having regard to the variety of ethical opinions on the question of using the embryo or the foetus or their tissues, and to the conflicts between values which arise»³¹ and «considering that human embryos and foetuses must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity, and that use of materials and tissues therefrom must be strictly limited and regulated ... to purposes which are clearly therapeutic and for which no other means exist»³², recommends to the Committee of Ministers of the Council of Europe to «call on the governments of the member states ... to forbid any creation of human embryos by fertilisation *in vitro* for the purposes of research during their life or after death»³³.

Council of Europe's Parliamentary Assembly Recommendation 1100 (1989) on the use of human embryos and foetuses in scientific research³⁴ confirmed the approach foreseen by the Recommendation 1046 (1986), «noting the desirability of implementing the various parts of the Council of Europe's Parliamentary Assembly Recommendation 1046 ... as well as the necessity of ensuring: that the

²⁴ P. KWIATKOWSKI, «Public International Law with Regard to the Social Consequences of the Development of Genetics», *Adam Mickiewicz University Law Review*, DOI 10.14746/ppuam.2016.6.04, 2016, p. 66.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Article 1 of the UN Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, October 19th 2005.

²⁷ Article 2 of the UN Educational, Scientific and Cultural Organisation (UNESCO), Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, October 19th 2005.

²⁸ S. DOUGLAS-SCOTT, «A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis», *Common Market Law Review*, Vol. 43, Issue 3, 2006, p. 631-632; X. GROUSSOT and L. PECH, «Fundamental Rights Protection in the European Union post Lisbon Treaty», *Foundation Robert Schuman European Issue* No. 173, 2010, p. 1.

²⁹ A. TYMOFEYEVA, «The Human Embryo in the Case-Law of the European Court of Human Rights», *SSRN Electronic Journal*, January 2017, p. 142.

³⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1046 (1986)*, September 24th 1986

³¹ *Ibidem*, Paragraph 9.

³² *Ibidem*, Paragraph 10.

³³ *Ibidem*, Paragraph 14.

³⁴ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1100 (1989)*, February 2nd 1989.

human embryo and foetus are treated in conditions appropriate to human dignity, and ii. that products and tissues therefrom may be used solely under strict regulation for limited scientific, diagnostic and therapeutic purposes as defined in Recommendation 1046»³⁵.

The Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, known as the Convention on Human Rights and Biomedicine³⁶ or Oviedo Convention, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on November 19th 1996 and opened for signature on April 4th 1997, entered into force on December 1st 1999³⁷. Unlike the declarations and recommendations presented above, this Convention is binding for its signatories³⁸. In fact, it is «the first legally-binding international text designed to preserve human dignity, rights and freedoms, through a series of principles and prohibitions against the misuse of biological and medical advances»³⁹.

The Convention on Human Rights and Biomedicine sets out two main principles concerning the human embryo. It does not allow the use of techniques of medically assisted procreation for the purpose of choosing a future child's sex, except in cases where serious hereditary sex-related disease is to be avoided⁴⁰. In addition, it prohibits the creation of human embryos for research purposes⁴¹. It also foresees that, where the law allows research on embryos, it shall ensure adequate protection of the embryo⁴².

There are four additional Protocols to the Convention on Human Rights and Biomedicine adopted, in order to clarify, strengthen and supplement the overall Convention. One of them is the Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings⁴³, which, «noting scientific developments in the field of mammal cloning, particularly through embryo splitting and nuclear transfer»⁴⁴, stipulates that «any intervention seeking to create a human being genetically identical to another human being ... is prohibited»⁴⁵.

Within the European Union, there are also a number of documents concerning human embryo research. In this sense, the Charter of Fundamental Rights of the European Union⁴⁶ prohibits reproductive cloning of human beings⁴⁷. In addition,

³⁵ *Ibidem*, Paragraph 3.

³⁶ Council of Europe, *supra* note 4.

³⁷ KWIATKOWSKI, *supra* note 24, p. 70-71.

³⁸ *Ibidem*, p. 70.

³⁹ Council of Europe, «Details of Treaty No.164», <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=164>

⁴⁰ Article 14 of the Council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, April 4th 1997, ETS 164.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Council of Europe, Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings, January 12th 1998, ETS 168.

⁴⁴ *Ibidem*, Preamble.

⁴⁵ *Ibidem*, Article 1.

⁴⁶ European Union, Charter of Fundamental Rights of the European Union, October 26th 2012, 2012/C 326/02.

⁴⁷ *Ibidem*, Article 3.

the European Group on Ethics and Science in New Technologies («EGE») at the European Commission⁴⁸ have provided opinions on this matter⁴⁹. According to EGE, «stem cell research aims to alleviate severe human suffering ... there is no argument for excluding funding of this kind of research ... if it complies with ethical and legal requirement»⁵⁰.

3. HUMAN EMBRYO STATUS AND ITS USE FOR SCIENTIFIC RESEARCH IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The legal status of a human embryo has been elaborated in a number of cases of the ECtHR. Within these cases, there are two Grand Chamber judgments that seem to be of particular relevance in this regard. The first judgment is brought in the case of *Vo v. France*⁵¹, while the second one is brought in the case of *Evans v. the United Kingdom*⁵².

In *Vo v. France*⁵³, the applicant had a medical check-up at a hospital. At that time, she was about five months pregnant. The doctor, confusing the applicant with another patient with a similar name, performed a medical procedure intended for the other patient, during which the applicant amniotic sac was pierced, which caused the applicant to undergo a therapeutic abortion. The applicant and her partner filed a criminal complaint alleging unintentional injury to the applicant and unintentional homicide of her child.

The Criminal Court acquitted the doctor, establishing that «a 20 to 21 week-old foetus is not viable and is not a 'human person' or 'another' for purposes of the French Criminal Code»⁵⁴. The applicant appealed and the Court of Appeal overturned the judgment, holding that «established scientific fact and elementary common sense all dictate that a negligent act of omission causing the death of a 20-24 week-old foetus in perfect health should be classified as unintentional homicide»⁵⁵. It convicted the doctor of unintentional homicide and imposed a six-month suspended sentence and a fine. The Court of Cassation reversed the judgment of the Court of Appeal, finding that the facts of the case did not constitute the offence of involuntary homicide. Thus, it refused to consider the foetus as a human being entitled to the protection of the criminal law.

Relying on Article 2 of the European Convention on Human Rights («ECHR» or «Convention»), which guarantees the right to life, the applicant complained of the national authorities' refusal to classify the unintentional killing of her unborn child as involuntary homicide. She alleged that France had an obligation to adopt legislation making such acts a criminal offence. Namely, the main question raised by the applicant is «whether the absence of a criminal remedy within the French legal system to punish the unintentional destruction of a foetus constituted a failure

⁴⁸ An independent body composed of experts whose task is to advise the European Commission on ethical questions relating to science and new technologies.

⁴⁹ Opinion no. 12: Ethical aspects of research involving the Use of Human Embryos in the Context of the 5th Framework Programme, November 14th 1998; Opinion no. 15: Ethical Aspects of Human Stem Cell research and use, November 14th 2000.

⁵⁰ Opinion no. 15: Ethical Aspects of Human Stem Cell Research and Use, November 14th 2000

⁵¹ *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII.

⁵² *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I.

⁵³ *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, ECHR 2004-VIII.

⁵⁴ *Ibidem*, § 19.

⁵⁵ *Ibidem*, § 21.

on the part of the State to protect by law the right to life within the meaning of Article 2 of the Convention»⁵⁶.

According to the Court, the issue of when the right to life begins was a question to be decided at national level. The latter is due to the fact that «the issue had not been decided within the majority of the States which had ratified the Convention, in particular in France, where the issue has been the subject of public debate» as well the fact the «there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life»⁵⁷.

Although the ECtHR maintained «that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention»⁵⁸, it could still be noted that the Court partially answered the question raised by the applicant. Namely, it held that «it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race»⁵⁹ and that she/he «require[s] protection in the name of human dignity»⁶⁰. It could be said that «this principle affords protection to the unborn child against violations of his/her dignity, such as inhuman or degrading treatment, which the Court cannot tolerate due to the absolute prohibition of such treatment under the Convention»⁶¹.

In this way, the ECtHR has continued to follow the path drawn by the former European Commission of Human Rights («Commission») in several cases, which did not exclude the unborn child from the protection guaranteed by Article 2⁶². One of these cases is *H. v. Norway*⁶³, concerning an abortion carried out on non-medical grounds against the father's wishes, where the Commission considered that it did not have to decide «whether the foetus may enjoy a certain protection under Article 2, first sentence», but did not exclude the possibility that «in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 protects the unborn life»⁶⁴.

In the instant case, the Court deemed unnecessary to examine whether the abrupt end to the applicant's pregnancy fell within the scope of Article 2, holding that, even assuming that Article 2 was applicable, there had been no failure on the part of France to comply with the requirements concerning the preservation of life in the public-health sphere⁶⁵. In this sense, contrary to what had been submitted by the applicant, the States' positive obligation did not necessarily require to adopt provision of a criminal-law remedy⁶⁶. Accordingly, the Court concluded that, «even

⁵⁶ *Ibidem*, § 74.

⁵⁷ European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, Grand Chamber Judgment in the Case of *Vo v. France*, 350, 8.7.2004, p. 2.

⁵⁸ *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 85, ECHR 2004-VIII.

⁵⁹ *Ibidem*, § 84.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ G. PUPPINCK, «Abortion and the European Court of Human Rights», *Irish Journal of Legal Studies*, Volume 3(2), 2013, p. 151.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *H. v. Norway*, no. 17004/90, Commission decision of 19 May 1992, DR 73.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 167.

⁶⁵ European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar, Grand Chamber Judgment in the Case of *Vo v. France*, 350, 8.7.2004, p. 3.

⁶⁶ *Ibidem*.

assuming that Article 2 was applicable in the instant case ..., there has been no violation of Article 2 of the Convention»⁶⁷.

In *Evans v. the United Kingdom*⁶⁸, the applicant and her partner started fertility treatment at a clinic. During an appointment at the clinic, the applicant was diagnosed with a pre-cancerous condition of her ovaries and was offered one cycle of *in vitro* fertilization («IVF») treatment prior to the surgical removal of her ovaries. During the consultation held that day with medical staff, the applicant and her partner were informed that they would each need to sign a form consenting to the treatment and that, in accordance with the provisions of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 («the 1990 Act»), it would be possible for either of them to withdraw his or her consent at any time before the embryos were implanted in the applicant's uterus⁶⁹.

The couple attended the clinic for treatment, resulting in the creation of six embryos which were placed in storage and, after a month, the applicant underwent an operation to remove her ovaries. She was told she would need to wait for two years before the implantation of the embryos in her uterus. However, after half a year the relationship between the applicant and her partner ended and subsequently, in accordance with the 1990 Act, he informed the clinic that he did not consent to the applicant using the embryos alone or their continued storage⁷⁰.

The applicant brought proceedings before the High Court seeking, among other things, an injunction to require her partner to give his consent. Her claim was refused, and her partner was found to have acted in good faith, as he had embarked on the treatment on the basis that his relationship with the applicant would continue⁷¹. The Court of Appeal upheld the High Court's judgment⁷².

The applicant, for whom the embryos represented her only chance of bearing a child to which she is genetically related, lodged an application with the European Court of Human Rights. Relying on Article 2 (right to life), Article 8 (right to respect for private and family life) and Article 14 (prohibition of discrimination) of the ECHR, she complained that domestic law permitted her former partner effectively to withdraw his consent to the storage and use by her of embryos created jointly by them, preventing her from ever having a child to whom she would be genetically related.

As regards the alleged violation of Article 2 of the ECHR, the Court reiterated its position expressed in *Vo v. France*, where «the Grand Chamber had held that, in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere»⁷³. In this sense, it further held that «under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant's case, an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim - or have claimed on its behalf - a

⁶⁷ *Vo v. France* [GC], no. 53924/00, § 95, ECHR 2004-VIII.

⁶⁸ *Evans v. the United Kingdom* [GC], no. 6339/05, ECHR 2007-I.

⁶⁹ *Ibidem*, § 13-16.

⁷⁰ *Ibidem*, § 17-18.

⁷¹ *Ibidem*, § 19-23.

⁷² *Ibidem*, § 24-28.

⁷³ *Ibidem*, § 54.

right to life under Article 2»⁷⁴. For these reasons, in the instant case the Grand Chamber found that the embryos created by the applicant and her partner do not have a right to life within the meaning of Article 2, and, therefore, there has not been a violation of that provision⁷⁵.

In terms of the alleged violation of Article 8 of the ECHR, the applicant contended that the provisions of the 1990 Act, which permitted her partner to withdraw his consent after the fertilisation of her eggs with his sperm, violated her right to respect for her private and family life under Article 8 of the Convention. In this regard, although the Court accepted that it would have been possible for the Parliament to regulate the situation differently, it further observed that «the central question under Article 8 is not whether different rules might have been adopted by the legislature, but whether, in striking the balance at the point at which it did, Parliament exceeded the margin of appreciation afforded to it under that Article»⁷⁶. Having in consideration the lack of European consensus on this issue, the fact that the domestic rules were clear and brought to the attention of the applicant and that they struck a fair balance between the competing interests, the Grand Chamber found that there has been no violation of Article 8 of the Convention⁷⁷. In view of the Article 14 claim, the Court held that the reasons for dismissing the Article 8 claim showed as well that the different treatment was objectively justified⁷⁸.

As far as the use of human embryos for scientific research is concerned, one of the most important cases of the ECtHR in this regard is the Grand Chamber case of *Parrillo v. Italy*⁷⁹. In this case, the Court has ruled for the first time on the question whether the right to make use of embryos obtained from *in vitro* fertilisation for the purpose of donating to scientific research falls within the scope of Article 8 of the ECHR⁸⁰. This case raises important issues relating to the legal status of the embryo and its consequences «including the rights, duties and responsibilities of those who have a genetic connection to the embryo or who have committed themselves to potential parenthood by undertaking a course of *in vitro* fertilisation treatment resulting in the creation of embryo»⁸¹.

The applicant in this case and her partner underwent *in vitro* fertilisation treatment from which five embryos were obtained⁸². The applicant's partner subsequently died, before the embryos could be implanted⁸³. After deciding not to go ahead with a pregnancy, she sought to donate the cryopreserved embryos for stem cell research⁸⁴. Her request was refused on the grounds that Law no. 40/2004 of February 19th 2004 («the 2004 Law») prohibits experiments on human embryos, even for the purposes of scientific research, making any such experiment punishable

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*, § 56.

⁷⁶ *Ibidem*, § 91.

⁷⁷ *Ibidem*, § 92.

⁷⁸ E. GOODEMOTE, «Evans v. United Kingdom, 43 E.H.R.R. 21 European Court of Human Rights Case Summary», *Cornel International Law Journal*, Volume 40, Issue 2, Article 9, Spring 2007, p. 584

⁷⁹ *Parrillo v. Italy* [GC], no. 46470/11, ECHR 2015.

⁸⁰ J. GILES and S. LEE, «Parrillo v. Italy: Is There Life in the European Court of Human Rights?», *Oxford Journal of Law and Religion* 5(1), 2016, p. 1

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Parrillo v. Italy* [GC], no. 46470/11, § 12, ECHR 2015.

⁸³ *Ibidem*, § 13.

⁸⁴ *Ibidem*, § 14.

by a sentence of between two and six years' imprisonment⁸⁵. This Act came into force four months after the death of the applicant's partner. The applicant lodged an application with the ECtHR, alleging that the ban under the 2004 Law was incompatible with her right to respect for her private life pursuant to Article 8 of the ECHR and her right to peaceful enjoyment of her possessions pursuant to Article 1 of Protocol 1 to the ECHR.

Maintaining that the embryos obtained through IVF contained the genetic material of the person in question and accordingly represented a constituent part of his or her identity⁸⁶, the Court concluded that the applicant's ability to exercise a choice regarding the fate of her embryos concerned an intimate aspect of her personal life and accordingly related to her right to self-determination⁸⁷. The Court also took into consideration the importance attached by the domestic legal system to the freedom of choice of parents regarding the fate of embryos not destined for implantation⁸⁸. Therefore, it found that Article 8 was applicable in this case⁸⁹.

As regards the legitimacy of the aim (protecting the «embryo's potential for life», as the human embryo is considered in the Italian legal system a subject of law entitled to the respect due to human dignity), pursued by the interference in the applicant's private life, the Court noted that although this aim could be linked to the legitimate aim of «protecting morals and the rights and freedoms of others», as foreseen in Article 8, this did not imply any assessment by the Court as to whether the word «others» extended to human embryos⁹⁰.

In terms of assessing the necessity of the interference in a democratic society, the Court observed that there was no European consensus regarding the delicate question of the donation of embryos not destined for implantation⁹¹. In addition, it also noted that the domestic authorities enjoyed a broad margin of discretion to adopt restrictive legislation where the destruction of human embryos was at stake, having in consideration, among other things, the plurality of views in Europe on the concept of the beginning of human life⁹². As regards the Italian legislation on this subject, the Court observed that the drafting of the 2004 Law had given rise to considerable discussions and that the Italian legislature had taken account of the State's interest in protecting the embryo and that of the persons concerned in exercising their right to individual self-determination⁹³. Finally, the Court noted that there was no evidence that the applicant's deceased partner, who had had the same interest in the embryos in question as the applicant at the time of the IVF, would have wished to donate the embryos to scientific research⁹⁴. Having in consideration the previous observations, the Court held that Italy had not overstepped the wide margin of appreciation enjoyed by it in this case and that the ban it imposed had been «necessary in a democratic society»⁹⁵. Therefore, it found no violation of Article 8⁹⁶.

⁸⁵ *Ibidem*, § 16.

⁸⁶ *Ibidem*, § 158.

⁸⁷ *Ibidem*, § 159.

⁸⁸ *Ibidem*, § 157.

⁸⁹ *Ibidem*, § 159.

⁹⁰ *Ibidem*, § 162-167.

⁹¹ *Ibidem*, § 69-76.

⁹² *Ibidem*, § 180.

⁹³ *Ibidem*, § 184-188.

⁹⁴ *Ibidem*, § 196.

⁹⁵ *Ibidem*, § 197.

⁹⁶ *Ibidem*, § 198.

In regard with the alleged violation of Article 1 of Protocol 1 to the ECHR, the Court firstly considered that it was not necessary to examine the sensitive and controversial question of the status of the human embryo *in vitro* and when human life begins, as Article 2 (right to life) was not in issue in this case⁹⁷. Then, the Court considered that Article 1 of Protocol 1 did not apply to the present case, since «human embryos cannot be reduced to «possessions» within the meaning of that provision»⁹⁸. This complaint was accordingly rejected as incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention⁹⁹.

4. EUROPEAN REGULATION ON SCIENTIFIC RESEARCH INVOLVING HUMAN EMBRYO

There are various comparative analyses and research conducted concerning European regulation on scientific research that involves human embryo. In this regard, a summary of regulation of stem cell research in 17 European countries¹⁰⁰ has been conducted by EuroStemCell¹⁰¹.

According to this summary, in Austria, research on embryos, including the derivation of embryonic stem cell lines, is banned. The use of imported embryonic stem cell lines is not addressed by Austrian law and is therefore permissible. In Bulgaria, embryonic stem cells can be derived legally from surplus embryos donated following IVF treatment. Embryonic stem cell research is permitted in the Czech Republic as well, while reproductive cloning is banned. In Denmark, human embryonic stem cells can only be derived from embryos that are surplus in the fertility clinic. Imported embryonic stem cell lines must have been derived from surplus embryos. In Estonia, embryos which, in order to ensure the success of the artificial insemination or to protect the health of the child or the mother, are not transferred to a woman, and embryos which have remained unused may be used for scientific research. In Finland, human embryonic stem cells can be derived legally from excess IVF embryos for up to 14 days after fertilisation. Research on human embryos and embryonic stem cells is permitted in France under specific conditions, while embryos used for research must come from the IVF process. In Germany, the derivation of embryonic stem cells is banned, but embryonic stem cell lines can be imported specifically for research if the line was generated before a defined cut-off date. In Greece, embryonic stem cells can be derived legally from surplus IVF embryos, for medical and research purposes. In Ireland, there is no specific legislation dealing with stem cell research. The derivation of embryonic stem cell lines is banned in Italy, but it is permitted to use imported embryonic stem cell lines for research. In Lithuania, research on human embryos is prohibited as well as the import and export of tissues of a human embryo, stem cells of a human embryo and lines. Portugal prohibits the creation of embryos through medically assisted procreation techniques with the deliberate purpose of their use in scientific research. However, it allows the scientific investigation in embryos with the aim of prevention, diagnosis or therapy of embryos, of perfecting the techniques of medically assisted procreation, as long as their realisation is controlled. Spain has a comprehensive regulatory framework for stem cell research, with a

⁹⁷ *Ibidem*, § 215.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ibidem*, § 216.

¹⁰⁰ EuroStemCell, «Regulation of Stem Cell Research in Europe», <https://www.eurostemcell.org/regulation-stem-cell-research-europe>

series of laws and regulations applied to different aspects of research. In Sweden, the use of human embryos for research is comprehensively regulated. Human embryonic stem cells can be derived from excess IVF embryos. The creation of human embryos for research by using somatic cell nuclear transfer (SCNT) is allowed as well. Reproductive cloning is banned. In Switzerland, embryonic stem cells can be derived from surplus IVF embryos (up to 7 days old). Embryonic stem cell lines can be imported specifically for research purposes. In the United Kingdom, the majority of embryos used in research projects are donated by patients undergoing fertility treatment, but embryos can also be created for research purposes.

As regards the use of human embryos for scientific research, a comparative analysis was conducted by the ECtHR for the purpose of rendering a judgment in the Grand Chamber case of *Parillo v. Italy*¹⁰². The analysis encompasses 41 Council of Europe member states. According to this analysis, it seems that the countries for which the Court has information concerning research on human embryos can be divided into five categories: a. 3 countries which allow the creation of human embryos for research (Belgium, Sweden, the United Kingdom); b. 14 countries which prohibit the creation of embryos for scientific research and allow, under certain conditions, research using surplus embryos from IVF treatment (Bulgaria, the Czech Republic, Estonia, Finland, «the Former Yugoslav Republic of Macedonia», France, Greece, Hungary, the Netherlands, Portugal, Serbia, Slovenia, Spain and Switzerland); c. 4 countries which prohibit scientific research on embryos in principle, and permit it only in very restricted cases (Germany, Austria, Italy, Slovakia); d. 4 countries which expressly forbid any research on embryonic stem cells (Andorra, Croatia, Latvia and Malta); e. 16 countries with no regulations on this matter: Armenia, Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Georgia, Ireland, Liechtenstein, Lithuania, Luxembourg, Moldova, Monaco, Poland, Romania, Russia, San Marino, Turkey and Ukraine (the practice in some of these states, such as Turkey and Ukraine, is rather restrictive, while others, such as Russia, have a rather non-prohibitive practice)¹⁰³.

In terms of the European regulation on scientific research that involves human embryo, it is worth noting the number of signatures and ratifications of the Convention on Human Rights and Biomedicine¹⁰⁴, which prohibits the creation of human embryos for research purposes and foresees that, where the law allows research on embryos, it shall ensure adequate protection of the embryo¹⁰⁵. Out of 47 Council of Europe member states, 29 states have ratified this Convention (Albania, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Georgia, Greece, Hungary, Island, Latvia, Lithuania, Montenegro, North Macedonia, Norway, Portugal, Republic of Moldova, Romania, San Marino, Serbia, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Switzerland and Turkey), while 7 states have signed it, but still not ratified it (Andorra, Italy, Luxembourg, Netherlands, Poland, Sweden and Ukraine)¹⁰⁶. There are thus 11 states which have

¹⁰¹ «A partnership of more than 400 stem cell and regenerative medicine labs across Europe, connected via research centres, consortia, networks and hubs», <https://www.eurostemcell.org/about-eurostemcell>

¹⁰² *Parrillo v. Italy* [GC], no. 46470/11, § 69-76, ECHR 2015.

¹⁰³ European Court of Human Rights, Press release issued by the Registrar of the Court, Banning a woman from donating embryos obtained from in vitro fertilisation to scientific research was not contrary to respect for her private life, ECHR 260 (2015), 27.08.2015, p. 4.

¹⁰⁴ Council of Europe, *supra* note 4.

¹⁰⁵ *Ibidem*, Article 14.

¹⁰⁶ Council of Europe, «Chart of signatures and ratifications of Treaty 164», <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=164>

still not signed the Convention on Human Rights and Biomedicine (Armenia, Austria, Azerbaijan, Belgium, Germany, Ireland, Liechtenstein, Malta, Monaco, Russian Federation and the United Kingdom)¹⁰⁷.

5. CONCLUSION

One of the main features of the international and European instruments on human embryo research seems to be the great importance given to the notion of «human dignity». Namely, it is consistently emphasized that scientific research should fully respect human dignity. In this sense, the need for balance between safeguarding respect for human dignity and ensuring freedom of research is explicitly specified. More concretely, on European level, it is explicitly emphasized that human embryos must be treated in all circumstances with the respect due to human dignity, while the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine stresses the necessity to protect the embryo in the framework of research (where national law allows research on embryos *in vitro* the law must ensure adequate protection of the embryo), and prohibits the creation of human embryos with the aim to carry out research on them. Having in mind that it is widely accepted that «inherent dignity ... of all members of the human family»¹⁰⁸ is the foundation of human rights and democracy¹⁰⁹, it is no surprise that international and European instruments on human embryo research stress the importance of the notion of «human dignity».

The European Court of Human Rights also stressed the importance of the notion of «human dignity» in its case-law, in terms of the legal status of a human embryo and its use for scientific research. Namely, in the Grand Chamber judgment rendered in the case of *Vo v. France*, it noted that it is a common ground between States that the embryo belongs to the human race and that her/his protection is required in the name of human dignity. The Court observed as well on several occasions that there is a plurality of views in Europe on the concept of the beginning of human life and the question of the donation of embryos not destined of implantation. In this sense, the Court noted that these issues come within (broad) margin of appreciation which it generally considers that the States should enjoy in this sphere. As regards the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention, the Court maintained that it is not desirable, nor even possible as matters stand to answer this question in abstract. However, it did not exclude the possibility that in certain circumstances this may be the case notwithstanding the divergence of views in Europe regarding this question. In addition, it also noted that human embryos cannot be reduced to «possessions» within the meaning of Article 1 of Protocol 1 to the Convention.

The plurality of views in Europe concerning the legal status of the embryo and its use for scientific research seems to be also evident from the presented overview of the European regulation as regards research involving human embryo. Namely, it certainly seems that there is a lack of European consensus on this issue, as observed by the European Court of Human Rights. The latter also seems clear from the analysis of the number of signatures and ratifications of the Council of Europe Convention on Human Rights and Biomedicine. The reason for the absence

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).

¹⁰⁹ R. ANDORNO, «Biomedicine and International Human Rights Law: in Search of a Global Consensus», *Bulletin of the World Health Organization*, 80, 2002, p. 960.

of European consensus on this subject is mainly the absence of consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. However, notwithstanding the plurality of views on this subject, it seems that there is a trend of growing consensus on the issues covered by the Convention on Human Rights and Biomedicine, which also include principles concerning the human embryo. Namely, although the emerging consensus in this regard could be still said to be quite minimalist, the growing number of Council of Europe states which are willing to sign and ratify this Convention is a positive indicator in terms of reaching a certain level of European consensus on this subject.

A TUTELA JURÍDICA DO EMBRIÃO NO DIREITO PORTUGUÊS

ANDRÉ DIAS PEREIRA
(Universidade de Coimbra – Portugal)

1. A PERSONALIDADE JURÍDICA ADQUIRE-SE COM O NASCIMENTO COMPLETO E COM VIDA

Segundo o artigo 66.º do Código Civil, a personalidade jurídica adquire-se com o nascimento completo e com vida. O que impõe a definição de 3 pressupostos: (1.º) o facto do nascimento; (2.º) que o nascimento seja completo e (3.º) que o nascimento seja com vida.

Para alguma doutrina, «separação inteira não significa que também o cordão umbilical deve estar cortado. Para haver uma separação inteira do corpo da mãe, é suficiente que o feto tenha saído completamente do ventre materno»¹. Pela nossa parte, temos dúvidas em sustentar esta posição. Primeiro, o corte do cordão umbilical permite maior certeza jurídica, maior segurança na determinação de que o nascimento está completo. A separação do ventre materno pode levantar dúvidas, pois pode haver complicações no período expulsivo, sobretudo tratando-se de parto pélvico... Por seu turno, no caso de cesariana, após a abertura do abdómen, qual é o exato momento em que se dá a separação?

Segundo, no decurso de uma interrupção da gravidez em estágio avançado, pode acontecer que o feto seja extraído do ventre materno ainda com vida. Deverá preservar-se a sua vida, como se impõe face a uma pessoa já nascida? Ou deverá continuar-se a intervenção de abortamento que deverá culminar com a morte do referido feto? O Parecer n.º 28/CNECV/99² do CNECV (Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida) seguiu uma via intermédia, que passa por dar o conforto e os cuidados básicos ao feto 'abortado', mas não fazer manobras agressivas de manutenção da vida, uma vez que a intencionalidade prévia do procedimento em curso visava a eliminação do feto, seja com malformações graves (até às 24 semanas de gravidez), seja de um feto inviável (a todo o tempo)³.

¹ HÖRSTER, H, DIAS, E. SILVA, *A Parte Geral do Direito Civil Português*, Almedina, 2019, 2.ª edição, p. 317; MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português: Vol. IV, Parte Geral, Pessoas*, 3.ª ed., 2011, p. 363.

² Parecer n.º 28/CNECV/99: Posição do CNECV Sobre o Procedimento a Adotar em Caso de Fetos Vivos Resultantes de Abortamento, que afirmou: «os médicos que praticaram, em tais condições, o abortamento de acordo com a lei em vigor devem abster-se de solicitar a colaboração de todo e qualquer profissional de saúde sem intervenção no processo de interrupção e tomar sobre si a responsabilidade ética da omissão de cuidados que ultrapassem os básicos».

³ Cf. a alínea c) do n.º 1, do art. 142.º CP.

Finalmente, ao contrário do previsto no Código Seabra, não se exige o nascimento com figura humana, nem, ao contrário do que foi até há pouco tempo (2011) consagrado no Código civil espanhol, um prazo de viabilidade⁴.

No âmbito do Direito Penal, Figueiredo Dias tem considerado que a vida, para efeitos de delimitação do âmbito de proteção da norma relativa ao homicídio (art. 131.º), começa com o início do ato do nascimento⁵. Em sentido contrário, Maia Gonçalves⁶ defende que a vida começa, tal como para o Direito Civil, com «o nascimento completo e com vida». Esta última tese parece mais conforme ao princípio da unidade do sistema jurídico e, por outro lado, evita uma interpretação *in malam partem*, ao fazer uma interpretação extensiva do conceito de «pessoa», com mero interesse punitivo⁷, estando esta interpretação em maior conformidade com o princípio da legalidade (art. 1.º, n.º1 do Código Penal (CP) e art. 29.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP).

2. A TESE DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMBRIÃO E DO FETO

O estatuto jurídico-civil do nascituro tem vindo a ser objeto de debate doutrinário⁸. Se para alguns Autores o nascituro tem personalidade jurídica⁹, para outros

⁴ Cf. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2005, p. 201-202: o art. 110.º do Código Seabra exigia o nascimento com vida e «com figura humana» e o Código civil espanhol disponha até 2011 (art. 30.º): «Para os efeitos civis só se reputará nascido o feto que tiver figura humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do ventre materno.» - Com a reforma de 2011, reza o Artículo 30. «La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.»

⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo 1, 2012, Antes do art. 131.º, p. 8 citando doutrina nacional e alemã concordante. Segundo o ilustre Professor, «o fim de proteção da norma do homicídio impõe que a morte dada durante o parto, seja qual for a via pela qual este se opere, se considere já um verdadeiro homicídio, antes que um mero aborto.» Um argumento forte é o elemento textual do art. 136.º que pune como homicídio privilegiado (não como aborto) a morte dada pela mãe ao seu filho durante o parto e, por conseguinte, num momento em que o processo de nascimento não se completou ainda.

⁶ MAIA GONÇALVES, *Código Penal Português - Anotado e Comentado*, 17.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, Anotação ao art. 131.º, 3.

⁷ Mais do que uma crítica à tese de Figueiredo Dias, apenas queremos juntar a nossa voz à daqueles que têm pugnado pela criação de um tipo legal de crime de aborto por negligência, semelhante ao que existe no Código Penal espanhol, cujo art. 146 prescreve: «El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto». Refira-se, porém, que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não condenou a França pela inexistência desse tipo legal de crime (caso *Vo vs. França*, de 8/7/2004). Por outro lado, um tipo legal de crime assim deveria ser redigido com a cautela necessária para não incriminar a mulher grávida por condutas praticadas com negligência leve, pois isso iria bulir gravemente com o seu direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito à reserva da intimidade da vida privada. Cautela, aliás, evidenciada pelo legislador espanhol.

⁸ Cf. T. FIGO, *Tutela juscivilística da vida pré-natal. O conceito de pessoa revisitado*. Coimbra Editora, 2013.

⁹ Cf. M.B. CHORÃO, *Pessoa Humana, Direito e Política*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2006, em especial os textos sobre Bioética e Biodireito, em que advoga «in dubio pro persona». Vide os textos: «Revolução Biotecnológica e Direito (Uma perspectiva biojurídica personalista)», e especialmente «O Problema da Natureza e Tutela Jurídica do Embrião Humano à luz de uma conceção realista e personalista do Direito», «Conceção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro» e «Bioética, pessoa e direito (para uma recapitulação do estatuto do embrião humano).»

doutrinadores, os direitos¹⁰ que a lei reconhece aos nascituros (e aos nascituros não concedidos) poderiam ser compreendidos na figura dos direitos sem sujeito¹¹ ou «estados de vinculação»¹².

A tese de que o embrião é já titular de personalidade jurídica é defendida por Oliveira Ascensão¹³, Menezes Cordeiro¹⁴, Paulo Otero¹⁵, Pedro Pais de Vasconcelos¹⁶, Diogo Leite de Campos¹⁷, João Loureiro¹⁸, Stela Barbas¹⁹ e, ainda que com especificidades argumentativas, Carneiro da Frada²⁰ e ainda Mafalda Barbosa e David Magalhães²¹.

Esta doutrina deixa-se seduzir pelo alargamento do domínio da subjetividade e dos direitos subjetivos, no que se poderia enquadrar no movimento denunciado por Bobbio como a Idade dos Direitos²². Apesar da força persuasiva de alguns argumentos utilizados pelos Autores, temos para nós que a doutrina tradicional ainda não deve ser superada por várias razões fortes.

¹⁰ Ao nascituro são reconhecidos certos direitos de índole patrimonial: arts. 952.º (doações a nascituros), 1855.º (perfilhação de nascituros), 1878.º (poder paternal quanto a nascituros), 2033.º, n.º1, e n.º 2 al. a) (capacidade sucessória dos nascituros), e 2240.º (administração da herança ou legado a favor do nascituro). Dentro destes casos, os arts. 1855.º e 2033.º, n.º1, pressupõem a existência de nascituros já concebidos. Veremos *infra* como se opera a tutela de direitos não patrimoniais.

¹¹ J. TAVARES, *Princípios*, I, p. 232 ss.; GALVÃO TELLES, *Sucessões*, p. 34, n. 19; CASTRO MENDES, *Teoria*, I, p. 116 ss, 156 e 159 ss.; CARVALHO FERNANDES, *Teoria* I, p. 123 e 199 e *Sucessões*, p. 143.

¹² M. de ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, p. 34 ss.; MOTA PINTO, *Teoria*, pp 197 ss. que explica: «O objeto possível de um direito não estaria integrado, nessas hipóteses, em nenhuma relação jurídica, mas também não estaria livre; estava a ser objeto de uma tutela jurídica adequada que o reservava para um provável direito futuro.»

¹³ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, p. 55.; IDEM, *Embrião e personalidade jurídica*, in *Vida e Direito, Reflexões sobre um referendo*, Cascais, 1998, p. 85.

¹⁴ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Parte Geral, Pessoas*, 2011, p. 364. Fundando-se no art. 24.º CRP, o Autor defende que o «nascituro é uma pessoa desde a concepção» e tem o «direito à vida».

¹⁵ P. OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional de Bioética*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 61 e 62.

¹⁶ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 9.º Edição, 2021, p. 78 e ss., IDEM, *Direito de Personalidade*, p. 104 ss.

¹⁷ LEITE DE CAMPOS, «O início da pessoa humana e da pessoa jurídica», *ROA*, Ano 61, 2001, III, p. 1254 ss.; LEITE DE CAMPOS, «A capacidade sucessória do nascituro (ou da crise do positivismo legalista)», in LEITE DE CAMPOS/ SILMARA JUNY DE ABREU CHINELLATO (Coord.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 49.

¹⁸ J. LOUREIRO, «Estatuto do embrião», in: L. ARCHER/ J. BISCAIA/ W. OSSWALD/ M. RENAUD (Coord.), *Novos desafios à bioética*, Porto, 2001, p. 110-121

¹⁹ S. BARBAS, *Direito do Genoma Humano*, 2016, p. 235 e ss.

²⁰ CARNEIRO DA FRADA «A Protecção juscivil da vida pré-natal- sobre o estatuto jurídico do embrião», *Revista da Ordem dos Advogados*, 2010, Ano 70 - Vol. I/IV.

²¹ Cf., M. BARBOSA, «Vida como um dano: breve reflexão», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Imprensa da Universidade. - V. 95, t. 2 (2019), p. 1209-1254 e D. MAGALHÃES, «Responsabilidade por vidas e nascimentos «indevidos» e direito fundamental ao aborto?: a dignidade humana numa encruzilhada», in *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, a.1 v.3 (2019), p.1123-1143 e bibliografia aí indicada.

Em regra, todos estes Autores manifestam absoluto desacordo com a leitura que o Tribunal Constitucional faz da Constituição, bem como das opções legislativas em vigor, no que respeita à matéria de interrupção voluntária da gravidez (e - presume-se - relativamente ao direito de usar um Dispositivo Intrauterino e ao regime jurídico sobre a pílula do dia seguinte); ora, tal pressuposto de negação das opções jurídico-constitucionais e legislativas da comunidade politicamente organizada condiciona os resultados jurídicos a que se propõem chegar.

²² N. BOBBIO, *A Era dos Direitos*, 4.ª reimp., Rio de Janeiro, Campus, 1992.

Em primeiro lugar, a tese de que a personalidade jurídica se adquire (se adquire sempre, mas só se adquire) com o nascimento completo e com vida corresponde na perfeição à letra da lei e à intenção do legislador.

Em segundo lugar, essa interpretação está em conformidade com os restantes ramos do Direito, desde logo, com o Direito Farmacêutico e com o Direito dos Dispositivos Médicos que autorizam métodos de controlo da natalidade pós-concepcionais (v.g., pílula do dia seguinte, dispositivo intrauterino, etc.), mas sobretudo, com o Direito Penal²³, com o Direito Constitucional e com o Direito Europeu dos Direitos Humanos. Donde a não subjetivação do nascituro está mais conforme ao sistema jurídico no seu todo, seja face à interpretação da Constituição repetidamente realizada pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos sobre a Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG)^{24 25}, seja face à distinção feita pelo Cód

²³ Cf. as lúcidas reflexões de FIGUEIREDO DIAS, in *Comentário Conimbricense*, p. 6-7: «no homicídio e no aborto são jurídico-penalmente distintos os bens jurídicos protegidos e não apenas os objetos do ataque que contra eles se dirija; e isto ainda mesmo quando se deva considerar que ambos constituem «vida humana» (...). No mesmo sentido, vide DAMIÃO DA CUNHA, anotação ao art. 140.º, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense...*, 2012, p. 224.

²⁴ Cf. Ac. TC n.º 25/84; Ac. TC n.º 85/85; Ac. TC n.º 288/98, de 17 de Abril e o Ac. TC n.º 617/2006 e, por último, o Ac. do TC N.º 75/2010, de 23/2/2010 (Sousa Ribeiro) que, numa extensa e profunda análise conclui pela não inconstitucionalidade das soluções normativas constantes da Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. Segundo o Tribunal Constitucional, há um reconhecimento de que a vida humana intrauterina está também protegida no art. 24.º CRP (na dimensão *objetiva* da norma de direito fundamental), enquanto *bem jurídico e imposição constitucional*, bem como o reconhecimento de que o legislador ordinário está vinculado a estabelecer formas de proteção da vida humana intrauterina. A Portaria n.º 741-A/2007, de 21 de junho, estabelece algumas normas de proteção à vida intrauterina.

J. LOUREIRO, *Constituição e Biomedicina*, p. 740-741 procura «denunciar o erro daqueles que pensam que reconhecer um estatuto constitucional ao embrião terá como efeito a proibição da interrupção da gravidez.» O Autor procura argumentar que no caso da IVG sempre estaria em causa uma ponderação de interesses envolvidos distinta da que ocorreria no confronto entre experimentação com embriões vs. proteção do embrião. Concordamos com a afirmação, mas não deixa de ser clarificador que o próprio Autor admita que tal conceção (de que o embrião é pessoa e tem personalidade jurídica) poderia levar à proibição da IVG («embora se possa chegar a esta conclusão»). O Autor, ademais, escrevia em 2003, altura em que o contrato social face à faculdade de a mulher levar a cabo uma IVG era radicalmente distinto do que se regista desde o Referendo de 2007. Donde, em puro esforço hermenêutico-jurídico, mas respeitando a Lei em vigor no ordenamento jurídico, não podemos subscrever a visão otimista de João Loureiro. Pelo contrário, esta equiparação de pessoas/ personalidades jurídicas nascidas e ainda na fase de nascituro pode ter consequências negativas para a tutela das pessoas mais vulneráveis (em estado de coma, estado vegetativo persistente, doença mental grave, etc.).

Por outro lado, o Direito Farmacêutico e o Direito dos Dispositivos Médicos autorizam métodos de controlo da natalidade pós-concepcionais (pílula do dia seguinte, dispositivo intrauterino, etc.). Neste mesmo sentido, cumpre mencionar a possibilidade de indemnização por uma conceção derivada de uma intervenção médico/ farmacológica «errada». Assim, o Acórdão do STA de 26/6/2009 (Pais Borges) decide um caso de *wrongful conception*, tendo mantido a condenação da primeira instância no valor de €5000. Neste caso, a Autora, foi aconselhada a realizar uma esterilização durante a cesariana e deu o seu consentimento escrito para a mesma intervenção. Contudo, os médicos decidiram não proceder à dita esterilização. Mas nunca informaram a lesada de que haviam optado por não realizar aquele procedimento. Consequentemente, a lesada veio a engravidar novamente alguns meses depois.

²⁵ Como nota comparativa, é de referir que o Código Civil Brasileiro consagra, no seu artigo 2º, que «A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.» Neste sentido, importa referir ainda a existência de disposições constitucionais, onde se reconhece o direito à vida do embrião desde a concepção, o que conduz à proibição do aborto, com exceção dos casos de aborto necessário (quando é a única forma de salvar

go Penal entre crimes contra a vida e crimes contra a vida intrauterina, seja face às decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Assim, segundo a jurisprudência deste Tribunal, a CEDH não é explícita quanto ao momento a partir do qual a vida humana deve ser protegida, questão que assume especial importância no debate quanto ao aborto e quanto ao estatuto jurídico do embrião *in vitro*²⁶.

De acordo com o Tribunal de Estrasburgo, ainda que se reconheça ao não nascido um 'direito à vida', esse direito não deve ser tomado como absoluto uma vez que pode colidir com direitos da mãe: integridade física, vida, disposição do corpo e reserva da vida privada. Inicialmente, a Comissão declarou-se incompetente para apreciar normas nacionais quanto ao aborto; mais tarde, alegou ilegitimidade das partes. Entretanto, tem-se sempre furtado a oferecer uma resposta acabada quanto ao quando e ao *quantum* da proteção da vida humana²⁷.

O TEDH tendencialmente não lança mão do art. 2.º da CEDH para proteger embriões ou fetos, o que é congruente com o alastramento da despenalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras semanas no âmbito europeu. Os casos de aborto por negligência médica são resolvidos por recurso aos direitos próprios da mãe (integridade física e reserva da vida privada, essencialmente), entendendo o Tribunal que os Estados não têm, para tal, a obrigação de criar legislação penal nesse sentido, bastando a responsabilidade civil (como decidiu no caso *Vo vs. França*)²⁸.

Em suma, o Direito Civil não se pode constituir como uma ilha que desatenda aos elementos constitutivos da ordem jurídica. E pretender doutrinar em Direito Civil sem atender às decisões do Tribunal Constitucional, do Tribunal

a vida da mãe ou se a gravidez é decorrente de estupro). Também a questão do nascimento de bebês com problemas de formação cerebrais e que têm uma chance de vida reduzida tem suscitado controvérsia. Todavia, a jurisprudência aceitou a descriminalização do aborto no caso de feto anencéfalo (Supremo Tribunal Federal, 12/04/2012). e o projeto de Código Penal brasileiro também vai no sentido de uma abertura a maior autodeterminação da maternidade

²⁶ No direito internacional, quer o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 6.º/5) quer a Convenção Interamericana dos Direitos do Homem (art. 4.º/5) proíbem a execução da pena de morte em mulheres grávidas, de onde se depreende um reconhecimento do interesse da vida do não nascido. Por seu turno, a Convenção Interamericana é o único diploma em que é expressa a proteção do direito à vida desde a concepção, único requisito da personalidade.

²⁷ Seguimos V.L. RAPOSO: «O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo» in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 14, Abril - Junho 2007, p. 76 ss. Segundo a Autora (p. 81), esta falta de posição é interessada, no sentido em que lhe subjaz prudência em não ferir sensibilidades e entrar em conflito aberto com os Estados.

No que respeita à tutela dos embriões *in vitro*, a única pronúncia do TEDH refere-se ao caso *Evans vs Reino Unido* (Abril 2007): neste caso, um casal recorre a PMA em Julho de 2000; o marido da requerente deu consentimento à utilização do seu esperma, à aplicação reprodutiva dos embriões e à criopreservação dos embriões excedentários pelo período de 10 anos. No processo foram congelados 6 embriões. Em 2002, o casal separou-se e o elemento masculino requereu a destruição dos embriões ao abrigo do previsto na secção 8(2) do Schedule 3 do *Human Fertilization and Embryology Act*. Perante isto, a Senhora Evans, esgotados todos os expedientes internos, recorreu ao TEDH alegando a violação do seu direito à privacidade, proibição da discriminação e violação do direito à vida dos embriões, com base nos arts. 8.º, 14.º e 2.º da CEDH, respetivamente. Todas as pretensões de Evans foram recusadas. Cf. Vera RAPOSO, *O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo...*, p. 82 ss.

²⁸ V. RAPOSO, «O Direito à Vida na Jurisprudência de Estrasburgo», *op. cit.*, p. 80 e ss; D. KORFF, *The right to life: A guide to the implementation of Article 2 of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 8, p. 13.

Europeu dos Direitos Humanos e ao Direito que a Assembleia da República vem produzindo²⁹ não nos parece ser boa Metodologia Jurídica.

Finalmente, a doutrina segundo a qual o nascituro não tem personalidade jurídica, mas é um bem jurídico que merece a mais elevada proteção é a que permite um enquadramento mais harmonioso da situação jurídica dos nascituros (embriões e fetos *in utero* e *in vitro*) e a sua relação com as pessoas nascidas e titulares de personalidade jurídica. Assim, a tutela do nascituro através do instrumento dos «interesses juridicamente protegidos» ou de «bens jurídicos» parece-nos mais conforme aos elementos da ordem jurídica³⁰.

3. A TESE DO NASCITURO COMO BEM JURÍDICO PROTEGIDO

A tese dominante entende que o embrião é um bem jurídico protegido ou um interesse juridicamente protegido³¹. Acompanhando Orlando de Carvalho, «a subjetividade jurídica (a qualidade de quem é sujeito de direito) supõe no homem a personalidade jurídica, que, por seu turno, supõe a personalidade humana. É porque o homem é pessoa – pessoa humana – que ele se reconhece como pessoa em sentido jurídico e, logo, como sujeito para o Direito»³².

Capelo de Sousa admite que «é inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependentes da mãe. Pelo que, não só ao nível de garantias constitucionais, mas também no âmbito das relações entre os particulares, por força da eficácia civil daquela norma, dever-se-á considerar o ser do nascituro como um bem juridicamente protegido, tanto mais que o legislador constitucional não distinguiu, no seu art. 24.º...» da CRP, «...a vida humana extrauterina da intrauterina, aquela depende desta e a razão de ser da lei a ambas abrange, no respeito das correlativas especificidades»³³.

²⁹ Pensamos na Lei sobre a Procriação Medicamente Assistida, Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, que permite, por exemplo, a investigação com embriões (art. 9.º) e o diagnóstico genético pré-implantatório (art. 28.º), bem como a Lei 16/2007, de 17 de abril, sobre a IVG por opção da mulher.

Cf. Ac. do TC n.º 101/2009, de 3/3/2009 (Fernandes Cadilha), que declarou a não inconstitucionalidade de várias normas, nas quais o embrião não goza de uma proteção absoluta.

³⁰ No plano do direito internacional e do direito holandês, J. DORSCHIEDT, *Developments in Legal and Medical Practice Regarding the Unborn Child and the Need to Expand Prenatal Legal Protection*, *EJHL*, 17 (2010), p. 433-454. Confrontando o embrião *in vitro* e o embrião in útero, E. KOUNOUGERIMANOLEDAKI: «Biomedical progress and the beginning of human life as a civil law problem» in *Revue Hellénique de Droit International*, année 53, n.º 2, 2000, p. 555-563, afirma que o ato da implantação pode conceder uma tutela jurídica mais forte ao nascituro.

³¹ Cf., MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 202, L. NETO, *O Direito Fundamental à Disposição Sobre o Próprio Corpo*, p. 553 e ss.. Também no direito germânico Larenz e Wolf afirmam que o embrião é um ser humano em formação e necessita como tal de proteção do ordenamento jurídico, mas isso não significa que seja pessoa jurídica (LARENZ/ WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 1997, p. 125). No mesmo sentido, H. M. PAWLOWSKI, *Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts*, 7., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg: C.F. Müller, 2003, p. 81 e 82. No direito inglês, HERRING, *Medical Law and Ethics*, p. 244: „English law is clear that a fetus is not a person until it is born».

³² O. de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 161. Cf. tb. O. de CARVALHO, «Para uma teoria da pessoa humana (reflexões para desmistificação necessária)», *O homem e o tempo - Liber amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1999, p. 535 ss., embora não se concorde com a compreensão (biologicamente errada) apresentada de que se trata apenas de «*un simplex viscus, um das viscera matris*».

³³ CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, 1995, p. 156 e ss.

Seguimos, pois, a doutrina tradicional e maioritária na Academia e na Jurisprudência, e julgamos que o estatuto de pessoa e o atributo da personalidade jurídica apenas se obtém com o nascimento completo e com vida. Ser pessoa demanda uma dimensão individual e uma dimensão de comunitas. Por um lado, só o ser humano nascido goza de verdadeira autonomia e individualidade, por outro, apenas este vive em comunidade e vivendo a comunitas, responde. Acompanhando o ensino de Orlando de Carvalho, «Porque o homem se conhece, distingue-se: se se distingue opõe-se; quem se opõe resiste; e quem resiste subsiste. O homem, ao encontrar resistência e oposição, encontra os outros que são conformadores da sua personalidade»³⁴.

Assim, o embrião (*in vitro* e *in utero*) e o feto, porque são vida humana merecem proteção – proteção forte – do Direito. Donde qualquer lesão na sua «expectativa» de desenvolvimento e de aceder à vida autónoma deva ser devidamente justificada pela Lei e apenas tendo em vista a salvaguarda de interesses jurídicos constitucionalmente protegidos, num juízo de ‘concordância prática’ em vista a tutelar outros direitos ou bens jurídicos protegidos³⁵. Assim vem acontecendo, na controvérsia do debate democrático, no que respeita à legislação sobre a Interrupção Voluntária da Gravidez, à experimentação em embriões «supranumerários» ou mesmo na aceitação do diagnóstico genético pré-implantação. A Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho permite a investigação com embriões (art. 9.º) e o diagnóstico genético pré-implantatório (art. 28.º).

A explicação da existência de alguns direitos patrimoniais a favor do nascituro, embora dependentes do seu nascimento, leva a vários entendimentos. Desde a personalidade jurídica parcial³⁶ (e necessariamente provisória ou resolúvel), seja à doutrina da retroação da personalidade, seja à admissão dos direitos sem sujeito – sendo direitos que se referem a um «centro autónomo de relações jurídicas», que tem lugar na provisão e expectativa da pessoa» (não personalizado) (Santoro-Passarelli)³⁷, ou então, «não rompendo com esse prejuízo mas recusando-se à construção de uma personalidade jurídica de funil, negue a existência aqui de autênticos direitos e conceba os «direitos» do nascituro como «meros estados de vinculação» de certos bens.»³⁸ Para Orlando de Carvalho, a tese mais realista será – no que respeita aos direitos patrimoniais – a dos direitos sem sujeito, isto é, «sem uma personalidade que os ostente» (mas só um «centro de imputação», um património autónomo)³⁹.

A proteção jurídica dos bens não patrimoniais pode ser compreendida fora do quadro da personalidade jurídica, mas deve ser afirmada para os nascituros concebidos; estes «não são um nada humano, são já um embrião, uma firmada «*spes vitae*». Para tanto, subscrevemos a explicação dogmática de Orlando de Carvalho:

³⁴ O. de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1973, nota 269.

³⁵ A vida, a saúde física e psíquica da mãe, a autodeterminação da maternidade, no caso da IVG (art. 142.º do CP); a *investigação científica*, desde que baseada em forte legitimidade científica e ética e apenas com embriões criados no âmbito das técnicas de PMA (art. 9.º e art. 30.º, n.º2, al. g) da Lei n.º 32/2006); a saúde da futura criança (DGPI) (arts. 28.º e 29.º da Lei n.º 32/2006), sendo muito fraco o argumento da tutela da saúde de um irmão (bebé-medicamento) (ainda assim não rejeitado de plano pelo art. 30.º, n.º 2, q).»

³⁶ CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, p. 156 e ss. e 361 e ss.

³⁷ SANTORO-PASSARELLI, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Atlântida, 1967, p. 8.

³⁸ M. de ANDRADE, I, 34 e ss., *apud* O. DE CARVALHO, *Teoria...*, p. 169.

³⁹ O. de CARVALHO, *Teoria...*, p. 171.

«Há que repor, para os nascituros concebidos, a ideia clássica de que «*nasciturus pro jam natus habetur quotiens de commodis ejus agitur*», não no sentido de que têm, entretanto, uma personalidade limitada a tudo o que respeite os seus interesses, mas no sentido de que a personalidade jurídica que lhes advirá pelo nascimento é à medida da respetiva personalidade humana, considerando-se como tutela dessa personalidade, como direitos dessa personalidade, os direitos respeitantes à defesa do indivíduo na fase meramente intrauterina. O que vale sobretudo para os direitos pessoais (designadamente os direitos de indemnização por ataques à sua integridade física praticados nessa fase embrionária, mas ajuda também a dar verdadeiro sentido aos direitos patrimoniais que lhe competem (como ao direito de sucessão legítima e legitimária, inconcebível sem uma autêntica *spes vitae*). Nesta ordem de ideias, se a personalidade jurídica só nasce com o nascimento, deve considerar-se como integrando toda a tutela do indivíduo a partir do momento da conceção»⁴⁰.

Acrescentamos ainda que a personificação do nascituro pode acarretar a prazo o risco de desproteção das pessoas humanas. Isto porque há um conjunto de equilíbrios jurídico-sociais entre os interesses do nascituro e interesses das pessoas nascidas que, transpostas para uma colisão entre pessoas seriam contrários à ordem justa, tal qual nós a conhecemos.

Neste sentido, cumpre ainda referir o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019 de 18 de outubro de 2019, relativo à Procriação Medicamente Assistida⁴¹, relativo, entre outros, à revogabilidade do consentimento por parte da gestante na gestação de substituição, conferindo-lhe a possibilidade de recorrer à interrupção voluntária da gravidez nas hipóteses consagradas no artigo 142º/1 do Código Penal, em conjugação com a Lei n.º 16/2007, de 17 de abril. Nestes casos, não existe qualquer tipo de responsabilidade a ser alocada à gestante de substituição no caso de optar pelo aborto, num princípio de respeito ao seu direito à autodeterminação, autonomia e desenvolvimento da personalidade, não obstante as expectativas dos pais que recorrem a esta técnica de procriação medicamente assistida (oriundas do contrato celebrado entre estes, de onde advêm direitos e deveres para as partes)⁴².

⁴⁰ O. de CARVALHO, *Teoria...*, p. 172 explica: «A personalidade humana não surge no nascimento *ex abrupto*: surge como termo de um processo biológico – há uma formação progressiva da personalidade. O Direito não pode desconhecer tal formação progressiva e deixar de proteger as infraestruturas da personalidade que se vão formando nessa fase embrionária. A tutela jurídica do embrião leva ao reconhecimento de direitos pessoais irreduzíveis à mera ideia de um património autónomo (e, identicamente, a uma ideia de uma personalidade de funil ou a de uma teoria de estados de vinculação de certos bens).»

⁴¹ Disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/465-2019-125468550>. Trata-se de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, duas normas constantes do artigo 2.º do Decreto que procede à «Sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, que regula a procriação medicamente assistida» (Lei da Procriação Medicamente Assistida, doravante «LPMA»), aprovado pela Assembleia da República em 19 de julho de 2019, que lhe foi enviado para promulgação como lei. De acordo com o requerente (Presidente da República), a lei não cumpre não cumpre a decisão do Tribunal Constitucional constante do Acórdão n.º 225/2018, padecendo do vício de inconstitucionalidade material por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos.

⁴² De facto, e como referido no Acórdão acima mencionado, «apesar de todas as conexões, a aceitação do contrato de gestação de substituição por parte da gestante não garante necessariamente a continuidade do seu consentimento por todo o tempo da execução do contrato». Tratando-se de um

Poderíamos falar aqui de um confronto entre o direito do embrião em conflito com o direito da gestante a interromper a gravidez de substituição para a qual foi contratada? Não nos parece correto, nem existe qualquer base legal que o sustente, em virtude dos princípios mais basilares relacionados com a dignidade humana.

Assim, veja-se a descriminalização do aborto quando este «a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida» (art. 142.º, n.º 1, al. a) CP). Já antes do Código Penal de 1982 se aceitava esta solução; já o Reichsgericht alemão, nos inícios do Século passado (decisão de 11 de março de 1927), comungava desta perspetiva. Ora, se entendermos que o nascituro tem o mesmo estatuto de subjetividade que uma pessoa (após o nascimento completo e com vida), não estaremos a lançar a rede para que amanhã se venha juridicamente defender a licitude da causação da morte de uma pessoa para remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica de outra?

Veja-se ainda o caso de fetos inviáveis, «caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo o tempo.» A sua equiparação a uma pessoa, designadamente a uma pessoa com graves lesões cerebrais, como um Estado Vegetativo Persistente, não poderá abrir a porta a uma argumentação por analogia e a proposição de que se pode terminar a vida de uma pessoa em EVP, visto que está numa situação «inviável»?

Dir-se-á que o argumento é falacioso e que prova demais. Ou que, pelo contrário, provaria a necessidade de rever a lei da IVG (Lei n.º 16/2007)⁴³? Com a devida vénia, não me parece que a «consciência jurídica geral»⁴⁴ pudesse aceitar esse recuo nos direitos das mulheres e no reabrir da chaga do aborto clandestino⁴⁵⁻⁴⁶.

Nesse sentido, no sentido da não inconstitucionalidade da lei em vigor, se pronunciou claramente – e com fundamentação convincente – o Tribunal Constitucional no Ac. n.º 75/2010.

processo dinâmico e complexo, é de questionar se a gestante se encontra efetivamente plena e completamente informada acerca do mesmo; as variáveis biológicas terão aqui grande peso e influência no desenrolar dos 9 meses de gestação, podendo influir no consentimento da mesma, não podendo o mesmo ser vinculativo ou mesmo obrigatório para esta. A gestante não é neutra, biológica ou afetivamente, ao feto/embrião que transporta dentro de si.

⁴³ Cf. a análise sábia de FIGUEIREDO DIAS, Nótula antes do art. 142.º, *Comentário Conimbricense*, 2012, p. 251 ss. a que aderimos sem reservas.

⁴⁴ Para um revisão do longo e debatido caminho que a sociedade portuguesa percorreu até chegar à solução da Lei 16/2007, *vide* FIGUEIREDO DIAS, Nótula antes do art. 142.º, *Comentário Conimbricense*, 2012, p. 243 ss. Não sendo – e nunca podendo ser – uma solução unânime, afigura-se, porém, uma solução que reúne um consenso alargado no ‘auditório’ democrático da República portuguesa.

⁴⁵ Convém ainda recordar que o Direito Internacional da Saúde pugna pela melhoria da saúde materna, tendo sido este um dos Objetivos do Milénio. E é sabido que o planeamento familiar e a faculdade de interromper a gravidez com higiene e segurança são um aspeto importante da saúde feminina, independentemente do julgamento ético que se possa fazer sobre o abortamento.

⁴⁶ A este propósito, cumpre referir a recente proposta apresentada pela deputada à Assembleia da República Joacine Katar Moreira, com o Projeto de Lei n.º 953/XIV/3º, «Pelo alargamento do prazo legal de acesso à interrupção voluntária da gravidez (IVG) e pelo fim do período de reflexão». De acordo com a exposição de motivos apresentada pela mesma, «(...) o limite de 10 semanas que se encontra em vigor na lei portuguesa como prazo máximo em que mulher pode aceder à IVG é, comparativamente aos demais ordenamentos jurídicos nos quais a IVG foi despenalizada, profundamente restritivo.», «sugerindo a alteração para as 14 semanas de gravidez. Como se pode ler no texto da proposta», disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/>

Recolocando a discussão: a personificação do nascituro (o entendimento de que este goza de personalidade jurídica) vai trazer para o discurso jurídico inegáveis contradições e dificuldades, podendo mesmo colocar em risco o equilíbrio das soluções e a proteção de pessoas vulneráveis, como as pessoas em EVP ou com outras deficiências graves que tornassem a sua sobrevivência inviável. E tudo isso sem qualquer vantagem tangível no que respeita à proteção dos interesses do embrião e do feto.

Um outro argumento é o de que conceder personalidade jurídica ao nascituro seria sempre uma personalidade limitada, adstrita a determinados fins. Ora, Orlando de Carvalho ensina: «A personalidade jurídica é a projeção no Direito (no mundo do normativo jurídico) da personalidade humana. Do que resultam os seguintes corolários: 1.º Essencialidade (...); 2.ª Indissolubilidade; 3.º Ilimitabilidade. A personalidade jurídica é tão ilimitada como a personalidade humana. O que exclui as chamadas gradações de personalidade (como o sistema de «*capitis deminutiones*» romanas), ou o *numerus clausus* dos direitos de personalidade»⁴⁷.

Donde, a personalidade jurídica do nascituro seria sempre incompleta, conduzindo a diferenciações nesta categoria básica do Direito: passaria a haver entes com personalidade jurídica plena (as pessoas nascidas) e personalidade jurídica parcial (os nascituros). Por outro lado, teríamos problemas práticos quase irresolúveis, como o registo civil dos nascituros⁴⁸ e a distinção entre a fase anterior à nidação e posterior à nidação⁴⁹. Problemas esses que são de grande relevo para o Direito Civil, um ramo do Direito fortemente norteados pelo princípio da segurança jurídica.

Finalmente, recordamos a lição de Orlando de Carvalho, segundo o qual a ciência jurídica moderna nasceu «como se sabe, com a laicização do Direito, isto é, com a sua autonomização da Teologia»⁵⁰.

DetalheIniciativa.aspx?BID=121132. Ainda nesta senda, cumpre convocar o Projeto de Lei n.º 954/XIV/3º, apresentado pela Deputada à Assembleia da República Cristina Rodrigues (disponível para consulta em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d45764d575a68596a68694e6a51744f5755354e6930304e4445794c5745334e4441744e47517a4d7a67344e6d5a6d5a6d526b4c6d527659773d3d&fich=1fab8b64-9e96-4412-a740-4d33886fffdd.doc&Inline=true>), Pretendia esta Proposta aumentar o prazo da interrupção voluntária da gravidez das 10 para as 16 semanas e eliminar o período de reflexão. Esta proposta adota a visão do aborto como um direito da mulher e não como uma «permissão» não punida, com vista a obter ganhos de saúde pública.

⁴⁷ Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral...*, p. 163.

⁴⁸ Cf. art 132.º do Código do Registo Civil (*perfilhação de nascituros*): «1 - O assento de perfilhação de nascituro só pode ser lavrado se for posterior à conceção e o perfilhante identificar a mãe. 2 - O assento, além dos requisitos gerais, deve conter a indicação do nome completo, data de nascimento, estado, naturalidade, residência habitual e filiação da mãe do perfilhado, época da conceção e data provável do parto.» Sobre a morte fetal com tempo de gestação de 22 semanas ou superior, *vide* o art. 209.º do Código do Registo Civil. Estas normas mostram que o nascituro embora possa ser objeto de um ato de registo o é sempre *por conexão à sua mãe* e não enquanto centro autónomo de imputação de relações jurídicas.

⁴⁹ Para efeitos do crime de aborto, o embrião só merece proteção depois da nidação, cf. FIGUEIREDO DIAS/ Nuno BRANDÃO, in *Comentário Conimbricense*, p. 6 e DAMIÃO DA CUNHA, anotação ao art. 140.º, in FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense...*, 2012, p. 225. Contudo, o art. 40.º da Lei n.º 32/2006 contém um tipo legal de crime que visa proteger o embrião *in vitro*.

⁵⁰ Orlando de CARVALHO, *Para um Novo Paradigma Interpretativo: O Projecto Social Global*, Casa da Relação do Porto, 1995, p. 77.

4. PROBLEMAS PRÁTICOS DA PROTEÇÃO JUSCIVILISTA DO NASCITURO

Importa agora abordar, muito brevemente, os principais problemas litigados nos tribunais portugueses que envolvam o problema de proteção dos bens jurídicos de índole pessoal reconhecidos ao nascituro, designadamente a possibilidade de indemnizar os danos causados à integridade física e à saúde do feto, o problema da ressarcibilidade do «dano da morte» do feto e ainda da compensação por danos não patrimoniais resultantes da morte do seu pai⁵¹.

4.1. Indemnização por lesões à integridade física e pela lesão do direito à saúde

A indemnização por lesões à integridade física (caso venha a nascer) é defendida pela doutrina dominante, designadamente por Antunes Varela⁵², Orlando de Carvalho⁵³, Oliveira Ascensão⁵⁴, Mota Pinto⁵⁵, Capelo de Sousa⁵⁶, Heinrich Hörster⁵⁷ e Carneiro da Frada⁵⁸ e a que nós aderimos.

Partindo da distinção que fazemos entre direito à integridade física e direito à saúde, sendo este mais amplo e não estando limitado às condições físico-psíquicas prévias, vem dar um grande alcance a esta pretensão indemnizatória, face a agressões

⁵¹ Sobre os problemas do estatuto do embrião no âmbito da investigação científica, vide PEREIRA A.G.D., «Experimentação com pessoas humanas e embriões humanos: desafios em tempos de terapia génica», *IDIBE: Instituto de Derecho Iberoamericano*, novembro de 2017, <http://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/experimentacao-com-pessoas-humanas-e-embrioes-humanos-desafios-em-tempos-terapia-genica/e-ainda> PEREIRA A.G.D. / FERRARO A. V. / CASCANO A., «I nuovi orizzonti della sperimentazione sugli esseri umani e sugli embrioni ed i molti interrogativi ético-giuridici ancora da sciogliere» («Experimentation with human beings and human embryos and many ethical-juridical questions to be solved»). *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 26, n. 1, p. 135-160, jan./abr. 2021. DOI: <https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdf.v26i12193>. Disponível em: <https://revistaeletronicardf.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2193>.

⁵² ANTUNES VARELA, «A condição jurídica do embrião perante o direito civil», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinéz*. - V. I., p. 634.

⁵³ O. de CARVALHO, *Teoria...*, p. 172.

⁵⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria Geral*, p. 52. O Autor defende a indemnização mas apenas a partir do momento em que já há conceção. Assim, «se alguém contagiar uma mulher com sífilis, antes da conceção, e esta se comunicar depois ao filho, não há nenhum direito de indemnização deste.» Temos dúvidas quanto a este resultado e não nos parece o mais apropriado para os riscos criados pelas modernas biotecnologias, a imporem deveres objetivos de cuidado que vão para além das pessoas já existentes (e concebidas). Pensemos nos medicamentos com efeitos teratogénicos nas gerações futuras. Ultrapassados os problemas de causalidade e de prescrição que possam surgir, não vemos como negar a indemnização a uma pessoa que nasce com lesões corporais imputáveis a um medicamento que a sua mãe (ou a sua avó) tomou anos antes da sua conceção.

⁵⁵ MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 203.

⁵⁶ CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral*, p. 270: «um dos direitos legalmente reconhecidos ao nascituro concebido é justamente (...) o direito ao respeito e ao desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral e, nomeadamente, o direito à omissão contra ofensas ou ameaças à sua vida e à sua saúde, pois, como vimos, ele, embora não tenha personalidade jurídica plena, é, para efeitos do art. 70.º, um «indivíduo» - e até mais do que isso, uma «pessoa» - e tem uma «personalidade física e moral.»

⁵⁷ HÖRSTER, *A Parte Geral...*, p. 301. «No momento do nascimento, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade. Nestes termos, ao ter nascido, a criança adquiriu um direito à indemnização e isto em conformidade com a lei que faz depender a personalidade do nascimento completo e com vida, não conhecendo qualquer tipo de personalidade limitada ou com efeitos retroactivos.»

⁵⁸ CARNEIRO DA FRADA, A própria vida como dano?, *ROA*, Ano 68 - Vol. I - Jan. 2008.

físicas, químicas, farmacológicas ou ambientais que um terceiro cause ao recém-nascido, antes ou durante a gestação⁵⁹.

Considerações atinentes aos direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade e do direito à (não) constituição da família conduzem à justificação de ações quer de erro em sede de planeamento anticoncepcional (*wrongful conception*), quer de erro em sede de medicina pré-natal e pré-concepcional (*wrongful birth* e *wrongful life*)⁶⁰.

⁵⁹ Recordemos que a lei de março de 2002 expressamente previu a manutenção desta pretensão indemnizatória no direito francês.

⁶⁰ Não iremos aqui tratar das questões do *wrongful birth* e do *wrongful life* – tema fascinante tem merecido atenção da doutrina e da jurisprudência portuguesa e que mereceu já várias decisões, na jurisprudência nacional. Também o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre estas ações. No Acórdão n.º 55/2016, de 14 de março, determina que: «Não julga inconstitucionais os artigos 483.º, 798.º e 799.º do Código Civil, interpretados no sentido de abrangerem uma pretensão indemnizatória dos pais de uma criança nascida com uma deficiência congénita, a serem ressarcidos pelo dano resultante da privação do conhecimento dessa circunstância, no quadro das respetivas opções reprodutivas, quando esse conhecimento ainda apresentava potencialidade para determinar ou modelar essas opções.». Para uma análise destes temas, vide PEREIRA, André Dias, «A responsabilidade civil por danos causados por médicos que atuaram com violação das *legis artis* no âmbito da Medicina pré-natal», *Deliberações(bio) éticas e deliberações jurídicas*, 2021, «Este tema chegou recentemente ao debate público, em Portugal, devido ao caso do bebé que nasceu sem parte do rosto. Recorde-se que o bebé Rodrigo nasceu a 7 de outubro de 2019, no Hospital, com várias malformações graves, com falta de olhos, nariz e parte do crânio, sem que o médico que realizou as ecografias de acompanhamento da gravidez tivesse detetado ou sinalizado aos pais qualquer problema.», p. 250. Ainda «No caso que aqui analisamos – que corresponde ao caso do Rodrigo – houve uma omissão de um comportamento devido. Uma omissão de um dever de cuidado no aconselhamento médico, na realização de análises clínicas, na interpretação de uma imagem, na análise de ADN. Nestas ações, pede-se ressarcimento dos danos (patrimoniais e não patrimoniais) causados por um comportamento (omissivo) do médico (ou outro profissional de saúde) que causam um profundo desconforto moral, pois na maior parte das vezes a alternativa à omissão ilícita e culposa seria um resultado eticamente controverso: o abortamento da criança.» p. 256. Também a este propósito, MOTA PINTO, Paulo, «Ainda a indemnização por «nascimento indevido» (*wrongful birth*) e a «vida indevida» (*wrongful life*)», in PEREIRA A.D./ BARCELÓ DOMENECH J./ ROSENVALD N., *Responsabilidade Civil em Saúde, Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, 2021 (<http://www.centrodedireitobiomedico.org/publica%C3%A7%C3%B5es/publica%C3%A7%C3%B5es-online/responsabilidade-civil-em-sa%C3%BAde-di%C3%A1logo-com-o-prof-doutor-jorge-sinde>) - «A posição dominante da nossa jurisprudência orienta-se no sentido de admitir as ações por «nascimento indevido», interpostas pelos progenitores relativamente a danos sofridos por estes, mas rejeitar as ações de *wrongful life*, em que é pedida uma indemnização à própria criança, por danos sofridos por esta.», p. 547. Invocamos ainda MANSO, Luís, «Revisitando as ações de «*wrongful life*»: procriação medicamente assistida e «selecting for disability»- problemas ético-jurídicos», in *Responsabilidade Civil em Saúde, Diálogo com o Prof. Doutor Jorge Sinde Monteiro*, 2021, que abordando o Diagnóstico Genético Pré-Implantação (DGPI), afirma que «(...) cumpre indicar que tem sucedido, com frequência, incorporarem-se no espaço das ações de *wrongful life* as circunstâncias de Diagnóstico Pré-Natal (DPN) em que a mãe, ou o casal, ainda que devidamente informados, por via de aconselhamento genético, dos riscos de anomalia fetal, decide, por motivos variados, prosseguir com a gravidez, sendo que a criança, uma vez lesada, passa, desta feita, a dirigir a ação diretamente contra os seus pais. Destarte, também nas situações que ora tratamos, em DGPI, de seleção de um embrião portador de anomalia, existe um esclarecimento prévio aos progenitores, que, não obstante, decidem avançar na respectiva implantação, assumindo o risco do nascimento de uma criança, com deficiência, pelo que o substrato da respetiva ação processual que venha a ter lugar, encontrará, certamente, arrimo nos fundamentos que, em geral, se elencam nas ações – clássicas – de *wrongful life*, podendo, assim, merecer igual designação.», p. 511 e 512.

4.2. Indemnização pela morte do nascituro

Já a indemnização pelo «dano da morte» (do embrião e do feto) suscita uma querela doutrinal.

O Acórdão da Relação de Coimbra de 29 de janeiro de 2013⁶¹, onde se pode ler que:

«I - É indemnizável a perda do direito à vida do nascituro já concebido, nos termos do art.º 496º, n.º 2 do C. Civil.

II - Esta indemnização é cumulável com a indemnização pelos danos morais sofridos pelos pais com a perda do feto.».

A sentença recorrida neste acórdão reconheceu a indemnização do dano da morte do feto, tendo condenado o Réu a pagar a quantia de € 25.000 a um autor que, em consequência de um atropelamento, havia perdido a sua esposa, grávida de 5 meses, e a sua filha de 3 anos. O Réu recorreu, seguindo a corrente jurisprudencial que discorda que este dano seja indemnizável, por ter um entendimento de que é impossível reconhecer ao feto um direito à vida suscetível de ser indemnizado, por haver perecido antes de ter nascido, não chegando a alcançar personalidade jurídica. Contudo, esta perspetiva não impede, necessariamente, e de acordo com o texto deste acórdão, que o instituto da responsabilidade civil cubra o dano da morte do nascituro, por uma ordem de razões:

- (1) a responsabilidade civil visa satisfazer finalidades preventivas e punitivas, que impeçam e sancionem a lesão de um bem jurídico; face à inexistência de um sujeito jurídico lesado, não deixa de poder atribuir um direito de indemnização pela lesão desse bem jurídico a determinadas pessoas, considerando a sua relação com o bem ofendido;
- (2) tendo existido violação de um dever geral de respeito por um bem jurídico «vida», não subjetivado, esta violação pode ser reconduzida ao artigo 483º do Código Civil, numa leitura ampla de interesses alheios, fundamentando a obrigação de ressarcimento dos danos;
- (3) por fim, a redação dos números 2 e 3 do artigo 496º do Código Civil permite incluir na previsão de morte o ser humano que ainda não nasceu.

Na realidade «(...) sendo certo que em dimensões menos exigentes da vida intra-uterina, o instituto da responsabilidade civil não tem deixado de intervir, tutelando, por exemplo, a integridade física do feto, ao reconhecer um direito de indemnização por ofensas corporais, não seria compreensível, relativamente ao lesante, que sobre este recaísse a obrigação de indemnizar quando o seu comportamento causasse lesões físicas ao feto, e já não se constituísse essa obrigação quando o resultado fosse a morte, só porque, nesta situação, o titular do direito ofendido não tinha chegado a existir como pessoa jurídica. Além disso, o não reconhecimento deste direito de indemnização colocaria a nossa ordem jurídica numa situação de défice de protecção do bem jurídico vida, na dimensão da vida intra-uterina, enquanto bem jurídico cuja tutela é um imperativo constitucional, como já tem sido acentuado, o que feriria de inconstitucionalidade qualquer interpretação em contrário.»

⁶¹ Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, «Processo 475/04.9TBANS.C1», disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/d76bc8c3680af27480257b1800397a0f?OpenDocument>.

A decisão de conceder esta indemnização fundou-se em argumentos de natureza punitiva e da coerência de conceder tutela civil à perda da vida, uma vez que se concede tutela civil, em caso de lesão corporal. Todavia, como se afirma no aresto, tal não exige a consagração de direitos subjetivos ao embrião e de lhe reconhecer personalidade jurídica.

Apesar do esforço argumentativo da doutrina favorável à indemnização,⁶² julgamos que a razão está do lado da jurisprudência e doutrina que nega essa pretensão⁶³. Com efeito, a indemnização prevista no art. 496.º visa compensar a perda da vida de uma pessoa nascida. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça, no Ac. de 09/10/2008 (Bettencourt de Faria)⁶⁴, decidiu:

«III – Numa sociedade pluralista, multicultural e constitucionalmente agnóstica, não é possível adotar um conceito de dignidade humana, de origem metafísica, segundo o qual o ser humano tem uma essência espiritual presente desde o momento da conceção.

IV - O art. 66º, nº 1 do C. Civil, ao atribuir a personalidade jurídica, apenas ao nascido com vida, não é incompatível com o art. 24.º, nº 1 da Constituição, quando diz que a vida humana é inviolável, uma vez que o preceito constitucional, neste caso, está a proteger a vida uterina ainda não integrada numa pessoa.

V - Assim, não há lugar à reparação por perda do direito à vida de um feto que faleceu em consequência de acidente de viação.»

Diferente é o dano que a mulher grávida sofre pela perda do feto, como aliás se prevê na tabela do dano corporal⁶⁵. Aqui está em causa a dor, o sofrimento, a angústia e a tristeza da mulher, que naturalmente merece uma compensação adequada e autónoma da simples lesão da integridade física.

4.3. Indemnização pela morte do pai durante a gestação

Um terceiro problema é o de saber se o nascituro poderá receber uma indemnização pela morte do seu pai. Contra essa possibilidade decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, no Ac. STJ, 17/02/2009. Partindo de uma hermenêutica lógico-formal, entende que o nascituro não goza de personalidade jurídica, e, portanto, não pode reclamar uma indemnização, mesmo depois de nascer.

A tese oposta, seguindo uma perspetiva mais intuitivo-emocional, considera o facto inegável de que a criança irá sofrer toda a sua vida por não beneficiar das alegrias de ser criado e crescer pelo seu pai, mas oblitera o facto irrefutável de que, no momento do acidente, o nascituro não tinha personalidade jurídica⁶⁶.

⁶² Cf. CAPELO DE SOUSA, *Direito Geral de Personalidade*, p. 162, PAIS DE VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, p. 110.

⁶³ O Ac. STJ, 25/5/85 reconheceu um direito de indemnização aos pais, face ao n.º 1 do art. 496.º, pelos danos não patrimoniais que a perda do filho, com cerca de nove meses de gestação e que aguardavam, lhes causou, mas já não um direito a indemnização pela supressão da vida do feto à luz dos preceitos dos n.º 2 e 3 do art. 496.º, sob a consideração de que este não era ainda uma pessoa jurídica. Na doutrina, pronunciaram-se contra o direito de indemnização pelo dano da morte do nascituro Pires de Lima, Antunes Varela, Mota Pinto, Castro Mendes, Dias Marques, Carvalho Fernandes e Heinrich Hörster.

⁶⁴ Ac. STJ, 09/10/2008 (Bettencourt de Faria).

⁶⁵ Portaria n.º 679/2009, de 25 de junho: Anexo 2 - Dano moral por perda do feto.

⁶⁶ A favor da indemnização, MENEZES CORDEIRO, *Tratado... Parte Geral*, Vol. IV, *Pessoas*, 2011, p. 370.

A referida decisão do STJ encontra bom fundamento na letra do art. 66.º, n.º 2, segundo a qual o nascituro só terá os direitos reconhecidos pela lei, como é o caso em matéria de doações, sucessões e responsabilidades parentais⁶⁷. Nesta interpretação, as referidas normas têm caráter excepcional e não podem ser aplicadas por analogia (art. 11.º).

Todavia, o art. 496.º, n.º 2, confere a compensação pela morte da pessoa «aos filhos ou outros descendentes». Ora, terão estes filhos ou outros descendentes de já ser nascidos no momento da morte? No plano gramatical, podemos argumentar que onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir (filhos nascidos e filhos nascituros). No plano teleológico – o que verdadeira releve – julgamos que a lei quer atribuir uma compensação ao filho pelo sofrimento emocional e psicológico que a morte de um progenitor causa, em regra. Ora, tanto poderá sofrer pela orfandade de pai o recém-nascido como o nascituro, pelo que não nos parece estarmos perante uma questão encerrada.

Com efeito, o n.º 2 do art. 496.º não distingue os filhos nascidos dos filhos nascituros, pelo que teremos que atender à teleologia do regime. A lei confere uma compensação pela morte de um familiar próximo a certas pessoas (círculo restrito da família nuclear, em regra) por pressupor a orfandade causa dos filhos sofrem danos morais *graves* que ‘merecem a tutela do direito’. E, com efeito, não se vê que diferença faça distinguir entre a orfandade de um recém-nascido da de um nascituro, pelo que a questão permanece em aberto.

O desejo de ‘travar’ a lista de beneficiários ou «manter os diques fechados» (parafrazeando Jaap Spier)⁶⁸, ou a intenção de não cair na banalização do dano moral, também não é prejudicado, pois estes casos são muito raros e podem ser averiguados poucos meses após o falecimento da vítima primária. Donde tendemos a considerar que a tese que vê o nascituro como beneficiário – se vier a nascer (pois só aí adquire personalidade jurídica) – como adequada à resolução deste problema⁶⁹.

⁶⁷ Pelo contrário, o Código Civil espanhol conta com uma redação mais aberta, que permite uma interpretação diferente pela doutrina do país vizinho. Segundo o art. 29: «El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.»

⁶⁸ J. SPIER, *The Limits of Liability, Keeping the Floodgates Shut*, Kluwer, 2000.

⁶⁹ Já uma indemnização pela morte de outras pessoas previstas no art. 496.º, n.º 2, nos parece de afastar, pois não se chegou a desenvolver uma relação afetiva com essas hipotéticas vítimas. Já a figura do pai (ou da mãe, no caso extraordinário de a mãe falecer durante a gestação, conseguindo a medicina manter a mesma) tem uma representação psicológica e psicanalítica deveras especial.

LEGAL STATUS OF EMBRYO GENE-EDITING IN SPAIN IN THE LIGHT OF CONTROVERSIAL PRACTICES INVOLVING HUMAN GERMLINE

PEDRO DIAZ PERALTA
(Universidad Complutense de Madrid - España)

1. INTRODUCTION

At the time of writing this paper, the insertion of primates' DNA in human embryos in China research centre, as announced by an international researcher team led by the Spanish scientist Juan Carlos Izpisua¹, has proven to be highly controversial. As a result, a human-monkey «chimerae» viable for 20 days was developed with the aim of studying critical early stages of embryonic development. The term «chimerae» describes in genetics «an organism or tissue that contains at least two different sets of DNA, most often originating from the fusion of as many different zygotes (fertilized eggs)»².

The use of gene editing technologies, as an example of «disruptive technology», raises serious doubts about the real capacity of regulators for guaranteeing its use in accordance with well-established scientific and bioethics principles. The Tsunami of gene editing, as the 2020 Nobel Prize Professor Jennifer Doudna deliberately defined in a classic article published in *Nature* in 2015³, has thus become a matter of growing concern about the unwanted consequences that may derive from the uncontrolled use of new technologies such as CRISPR and has bring again into discussion the imperative need of halting the irrepressible race to obtain mutants, or even worse «chimerae». In a sharp contrast, the fact that we know the technology for making H-bombs do not imply that we shall actually built such kind of devices.

¹ A. PARK. «Scientists Report Creating the First Embryo with Human and Non-Human Primate Cells», *Time*, April, 15th 2021: «In a ground-breaking experiment, researchers have successfully created the first human-monkey chimera. The work, published in the journal *Cell*, describes the first embryo containing both human and monkey cells that was cultured for 20 days. Led by Juan Carlos Izpisua Belmonte, the study represents the culmination of decades of work in understanding early embryo development in non-human species, which Belmonte hopes will now apply to humans. But it is bound to raise serious ethical questions about the implications of combining human cells with those from a different species (even if it is a closely related one), and the report was accompanied by commentary from ethicists on how the work should be interpreted and what the careful next steps should be in pursuing this line of study.» at <https://time.com/5954818/first-human-monkey-chimera-embryo/>

² <https://britannica.es/>

³ J. DOUDNA. «My whirlwind year with CRISPR», *Nature*, Vol 528. December 24-31th 2015, p. 469.

Other related aspect is the development of gene-engineering Genetically Modified Organisms by gene-editing techniques. Following the judgment of the European Court of Justice of June 25th 2018, the European Union applies the full alignment of new mutagenic organisms within the general framework of GMOs. This fact obliges to adapt Directive 98/44/EC of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions to include mutagenesis techniques affecting human germline.

In Spain, there are currently tens of thousands of human embryos donated for research that are not used due to the scarcity of suitable scientific projects. On December 31, 2017, there were 545.333 cryopreserved embryos in Spain⁴. Two are the main issues at stake identified by this «embryos´ surplus»: the ethical issues arising of protection of human germline through the entire research and the protection of fundamental rights of anonymous donors and recipients.

In spite of the advanced legislative framework provided by the Spanish Law 14/2006, of May 26th on *Técnicas de reproducción humana asistida*, the fact that any ongoing experiments involving human embryos need to follow the international agreed rules⁵ and namely the WHO guidelines, must not be neglected.

2. USE OF GENETIC ENGINEERING TECHNIQUES FOR EDITING HUMAN EMBRYOS

The impact analysis of new gene editing techniques⁶. and their enormous potential for modelling natural processes and especially those influencing the ways human genes are expressed, have been highlighted by the work of Jennifer Doudna following the pioneering efforts of Professor Francisco Juan Martínez Mojica⁷. and others on CRISPR molecular mechanisms the awarding last November of the Nobel Prize in Chemistry 2020 to Doudna and Charpentier only underlines the major role that gene editing techniques will play in the future of biochemistry and genomics research.

The first CRISPR repeat sequences were originally observed in *Escherichia coli* and *Haloflex mediterranei* (Archaea) as an adaptive microbial immune system against bacteria or viruses⁸. The introduction of gene editing tools allows accurate

⁴ J. CORBELLA. «Lack of suitable scientific projects prevents the use of donated embryos for research purposes», *Vanguardia*, February 11th, 2020 at <https://www.lavanguardia.com/ciencia/20200211/473429546045/embriones-congelados-espana-mediomillon.html>

⁵ C. LINDMIER. «Statement on governance and oversight of human genome editing», *World Health Organization*, July 2019 at <https://www.who.int/news/item/26-07-2019-statement-on-governance-and-oversight-of-human-genome-editing>

⁶ Among the mutagenesis techniques, those that have been tested most effective to obtain gene-edited organisms are those using site-specific bacterial DNA cutting enzymes (site-specific nucleases), which include: meganucleases (MNs), zinc-finger nucleases (ZFs), transcription activator-like effector nucleases (TALEN), and clustered regularly interspaced short palindromic repeats-CRISPR (as CRISPR/Cas9). Q. U. ZAMAN et al. «Genome editing opens a new era of genetic improvement in polyploid crops», *The Crop Journal*, Volume 7, Issue 2, 2019, Pages 141-150, at <https://doi.org/10.1016/j.cj.2018.07.004>

⁷ K. W. MAKAROVA et al. «An updated evolutionary classification of CRISPR-Cas systems» *Nature Reviews Microbiology*, Vol. 13, 2019, pp. 722-736.

⁸ Y. ISHINO et al. «History of CRISPR-Cas from Encounter with a Mysterious Repeated Sequence to Genome Editing Technology», *Journal of Bacteriology*, Vol. 200, No. 7, April 1st 2018 at <https://doi.org/10.1128/JB.00580-17> and F.J.M. MOJICA et al. «Transcription at different salinities of *Haloflex mediterranei* sequences adjacent to partially modified PstI sites», *Mol. Microbiol.*, Vol. 9, 1993, pp. 613-621.

manipulation of plant genomes, thus replacing established methods of random mutagenesis such as and gamma-irradiation sequencing, reducing laborious screening of huge populations for mutants⁹.

By mutagenesis we mean¹⁰ the direct intervention in the original genome of the individual without introducing foreign genetic material into the process, leading to a mutation with the potential to self-perpetuate in future generations.

Additionally, the awarding of the Nobel Prize to this pioneering line of research makes it necessary to review the global regulatory framework for GMOs obtained by mutagenesis or autogenesis (editing or «rewriting» of one's own genetic material), in parallel to those currently authorized. And this distinction is not an innocent one, since it opens the regulatory debate on forced mutations in animal and plant varieties, which are considered products of nature and equivalent to the natural species, but not autogenic or mutagenic ones, as opposed to these same varieties and their hybrids.

3. IMPACT OF GENE-EDITING

On a more concrete level, mutagenesis within modern biotechnology is defined as the process by which the genetic information of an organism is modified with the consequent mutation. This mutation can occur spontaneously in nature or by exposure to mutagens. It can also be achieved experimentally using laboratory procedures. In nature, naturally occurring mutagenesis is often an evolutionary disadvantage in many cases, leading to degenerations, tumours and hereditary diseases; it is also undoubtedly a driving force of evolution¹¹.

In any case, the definition of modern biotechnology requires appropriate modifications because the introduction of gene editing techniques with the potential to modify the germline for all live species, including the humans. Genome editing, with predetermined and precise changes, has revolutionized the reproduction of crop species. The identification and characterization of gene editing nucleases has also increased the possibilities for intervention. Such mutations occur routinely - and on a large scale - without human intervention, so expert geneticists argue that there is no logical reason to treat them differently¹². Unlike what happens with targeted selection (conventional mutagenesis), which is complex, imprecise and time-consuming, genomic editing carried out by CRISPR has the potential to accelerate mutations in a targeted and precise way¹³.

However, the future ramifications of advances on gene editing directly affecting the human germline in the current state of science may lead to other

⁹ P. SIKORA et al. «Mutagenesis as a Tool in Plant Genetics, Functional Genomics, and Breeding», *International Journal of Plant Genomics*, January 2011 at <https://doi.org/10.1155/2011/314829>

¹⁰ C. AUERBACH; J. M. ROBSON, «Production of mutations by allyl isothiocyanate», *Nature* 154, 1944, p. 81.

¹¹ Q. U. ZAMAN et al, *Op. Cit*, 2019.

¹² As an example, spontaneous mutations occur in conventional livestock breeding that can lead to hundreds of unpredictable changes in an animal's DNA. One of these natural changes is the birth of young cattle without horns, which are easier to handle when they reach adulthood. Selective crossbreeding between breeders is enough to pass this trait permanently into a given population. M. LE PAGE. «The second great food war», *New Scientist*, July 7, 2018, at [https://doi.org/10.1016/S0262-4079\(18\)31203-X](https://doi.org/10.1016/S0262-4079(18)31203-X).

¹³ P.A.C. HUNDLEBY; W. A. HARWOOD. «Impacts of the EU GMO regulatory framework for plant genome editing», *Wiley Online Library*, Volume 8, Issue2, May 2019 at <https://doi.org/10.1002/fes3.161>

unexpected consequences. In February 2018, the UK Parliament voted to approve regulations permitting the clinical use of mitochondrial replacement techniques. While mitochondrial gene transfer does not *sensu stricto* involve gene editing techniques, approval of any form of human germline genetic modification poses a regulatory challenge. There has been a rapid development of gene editing technologies in the last five years following the announcement in April 2015 of genomic editing of non-viable human embryos using CRISPR-Cas9, thus demonstrating that germline genetic modification and clinical applications are feasible. This ease of use poses a real danger of deregulation in the current international regulatory landscape that constrains modification of human cells in the short and medium term¹⁴ (Le Page, 2018).

Is not surprise therefore that recent developments in the field of biomedicine and biotechnology have provoked intense debate on the variety of ways in which parts of human tissues and human cells can be used, modified, donated or sold, thus leading to a public debate on crucial issues in the interaction of bioethics and biotechnology, influencing policy initiatives and the decision-making process with the real risk of a global commodification of human beings.

In addition, the rapid changes in scientific knowledge of the bases of gene editing have generated, at the end of this process, a formidable challenge: the use of genetics to directly modify human embryos for clinical (and non-clinical). The issue opens also a new dimension with the generation of genetically modified organisms capable of perpetuating their genome with the subsequent threat to biodiversity.

4. TOWARDS AN ABSOLUTE MORATORIUM ON EXPERIMENTS ALTERING THE HUMAN GERMLINE

The Tsunami of gene editing, in the words of Professor Jennifer Doudna, focus in the potential use of genetics to directly modify human embryos with the real possibility of perpetuating these mutations through mutagenic processes (such as CRISPR-Cas9)¹⁵. In the months leading up to the Nobel Prize award, Jennifer Doudna did not hesitate to voice her strong objections to the course that the systematic use of genetic engineering was taking.

At the end of 2019 and just before a real biological tsunami occurred, the coronavirus, SARS Cov 2, the news on the birth of twin girls in China fathered from gene-edited embryos was a «rude awakening to the almost idyllic panorama»¹⁶.

Putting her well-known Tsunami definition of gene editing before the more obscure reality of its use by third parties outside the norms of self-control and, of course, the obligatory control of high-level bioethics committees, Dr. Doudna issued a stern warning that only reflected the unanimous feeling of the international scientific community. In Doudna's words: «... the temptation to tinker with the human germ line is not going away (...) There are key moments in the history of every disruptive technology that can make or break its public perception and

¹⁴ M. LE PAGE, *Op. cit.*, 2018.

¹⁵ CRISPR is Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats / CRISPR-Cas9: CRISPR associated proteins from *Streptococcus pyogenes*.

¹⁶ J. DOUDNA. «CRISPR's unwanted anniversary», *Science*, Vol 366 Issue 6467, November 15, 2019, p. 777 at <https://doi.org/10.1126/science.aba1751>

acceptance. For CRISPR-based genome editing, such a moment occurred 1 year ago—an unsettling push into an era that will test how society decides to use this revolutionary technology. In November 2018, at the Second International Summit on Human Genome Editing in Hong Kong, scientist He Jiankui announced that he had broken the basic medical mantra of «do no harm» by using CRISPR-Cas9 to edit the genomes of two human embryos in the hope of protecting the twin girls from HIV. His risky and medically unnecessary work stunned the world and defied prior calls by my colleagues and me, and by the U.S. National Academies of Sciences and of Medicine, for an effective moratorium on human germline editing»¹⁷.

Previously, in July 2019, WHO issued a statement requesting that regulatory agencies ban experiments involving human germline editing and announced the first steps to establish a registry for future such studies¹⁸.

This was the position previously shared by Sheila Jasanoff¹⁹ and David Baltimore in the Second International Summit on Human Gene Editing, held in November, 2018. Immediately thereafter, an International Commission on the Clinical Use of Human Germline Genome Editing convened its first meeting to set the scientific, medical and ethical requirements necessary for the evaluation of clinical guidelines that would avoid potential editing of human germline. The U.S. National Academy of Medicine and the U.K. Royal Society spearheaded this commission, which had the participation of the world's leading academies of science and medicine, reflecting the urgent nature of its mission.

Returning to the case of the Chinese twins, a paradigm of technical misuse in therapeutic applications, experts have also pointed out an additional challenge: the measure of genetic efficiency of direct interventions on the human genome, which is far from being absolute from a strict «zero risk» policy²⁰. It is therefore necessary, in our own interest and in the interest of our descendants, to establish the adequate legal mechanisms to limit access to the scientific knowledge necessary to develop mutagenesis processes, including patent law mechanisms and regulatory barriers, if necessary. It has not taken long to obtain an international response to infringements of ethical and scientific guidelines²¹.

¹⁷ J. DOUDNA. *Op. cit.*, 2019, p. 779.

¹⁸ «The WHO expert advisory committee on governance and oversight of human genome editing convened on March 18-19th 2019. At this meeting the Committee in an interim recommendation to the WHO Director-general stated that «it would be irresponsible at this time for anyone to proceed with clinical applications of human germline genome editing.» WHO supports this interim recommendation and advises regulatory or ethics authorities to refrain from issuing approvals concerning requests for clinical applications for work that involves human germline genome editing. «Human germline genome editing poses unique and unprecedented ethical and technical challenges,» said WHO Director-General Dr Tedros Adhanom Ghebreyesus. «I have accepted the interim recommendations of WHO's Expert Advisory Committee those regulatory authorities in all countries should not allow any further work in this area until its implications have been properly considered.» C. LINDMIER, *Op. Cit.*, 2019.

¹⁹ N. DELANEY. «Sheila Jasanoff wants society to reclaim the meaning of life», *Harvard Kennedy School*, Summer 2019 at <https://www.hks.harvard.edu/faculty-research/policy-topics/science-technology-data/democracy-science-sheila-jasanoff-wants>

²⁰ A. RICRÓCH et al. «The ethical concerns about transgenic crops». *Biochemical Journal*, Vol 475, 2018, pp. 803- 811 at <https://doi.org/10.1042/BCJ20170794>

²¹ J. DOUDNA. «The promise and challenge of therapeutic genome editing», *Nature*, Vol. 578, February 13th 2020, p. 229. <https://doi.org/10.1038/s41586-020-1978-5>

5. ASILOMAR REVISITED. THE PANIC BUTTON

A return to the bioethical principles of the Asilomar Conference held in California (USA)²² and the scientific consensus that led to the 1975 moratorium, which proved to be an excellent instrument of self-regulation to avoid undue results. After 45 years, a dark cloud now appears on the horizon.

As the first initiative aimed at specifically limiting the potential harms that could result from the inappropriate use of biotechnology, the 1975 Asilomar Conference followed to the moratorium imposed by the Committee on Recombinant DNA Molecules of the US National Academy of Sciences. A series of scientific principles were adopted to guide the experiments to be carried out with agents potentially pathogenic for humans and, in general, those that could lead to an intentional or unintentional release of modified organisms into the environment, reinforcing the protocols for the safe confinement of the cell lines under study. From another point of view, the work of this conference and its proposals for self-regulation have been considered as the first practical application of the precautionary principle in the area of biotechnology²³.

Since then, the technology has undergone a formidable ethical, regulatory, technical and social challenge, scientists have gained a better understanding of the processes by which the genetic material of microorganisms, plants and animals can be modified and it is now possible to precisely insert or delete the DNA sequences of interest through gene-editing. The global consensus, which has allowed a de facto moratorium for forty years on genome studies that could affect the human germ line, has recently come under significant pressure from the advance of gene editing techniques, with the competing interests of emerging powers. In parallel, somatic cell gene editing is currently in the clinical development phase due to a few conditions. Certainly, genome editing in human somatic cells raises ethical questions, but it is distinct from germline genetic modification.

And with that we enter the thorny field of eugenics; Eugenics is the discipline that seeks to apply the biological laws of heredity to perfect the human species²⁴.

²² «An important milestone was the International Summit on Human Gene Editing, held in Washington DC in December 2015. (...) Nobel laureate David Baltimore began the summit by invoking the 1975 Asilomar meeting on recombinant DNA research: «In 1975, as today, we believed it was prudent to consider the implications of a remarkable achievement in science. And then, as now, we recognized we had a responsibility to include a broad community in our discussions.» Asilomar is often remembered as a model of successful self-regulation that affirmed science's autonomy and the principle of responsible research. (...)» S. JASANOFF; B. HURLBUT. «A global observatory for gene editing», *Nature*, Vol 455, March 2018, p. 435.

²³ J. LARRION. «La resistencia a las razones de Pusztai. El conocimiento y la incertidumbre en la polémica sobre los organismos modificados genéticamente», *Política y Sociedad*, Vol. 47 Núm. 1, 2010, pp. 215-230 at <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO1010130215A>.

²⁴ American Medical Association explained: «On July 17th 2018, the UK-based Nuffield Council on Bioethics released its long-awaited report on the social and ethical issues raised by heritable genome editing. The significance of the report has only been heightened by unconfirmed news from China of the birth of twins whose genomes are said to have been edited before implantation. Heritable genome editing denotes the modification of the DNA of an embryo, sperm, or egg to alter the characteristics of future generations. Unlike earlier reports, this report rejects drawing a distinction between therapeutic heritable genome editing (eg, corrects disease-causing genes) and heritable genome editing intended for cognitive or physical enhancement (eg, augments stature or other attributes). (...) Editing the genome of human gametes or embryos is a disruptive unactualized technology and continues to be the subject of a wide range of concerns. (...) A key argument against

In general, the progress of the «OMIC» techniques (genomics, proteomics, etc.)²⁵, and the wide availability of low-cost interventions on gene expression have given rise to efficient gene-editing techniques with sufficient potential to ultimately alter the germline of living beings and in particular humans. And not only the human germline. Biosafety issues are also reaching a unknown level of concern²⁶. In the short term, this concern shall force a detailed assessment of the key safety elements that will be essential to evaluate the use of CRISPR/Cas in future developments²⁷.

6. OVERVIEW OF SPANISH AND EU LEGISLATION

As said before, in Spain there are tens of thousands of human embryos donated for research that are not used due to the scarcity of suitable scientific projects. According to the most recent data from the Spanish Fertility Society, on December 31st 2017, there were 545,333 cryopreserved embryos in Spain. The number of embryos that are frozen (about 87,000 per year in 2016 and 2017) far exceeds the number that are thawed yearly for implantation (4,500 per year), so the total number of stored embryos must currently be (at the end of 2020) around 700,000.

The rapid development of reproductive techniques and the need to respond to the problem of the fate of supernumerary pre-embryos led in the past to a revision of Law 35/1988, which was successively repealed and ultimately by Law 14/2006, of May 26, on Assisted Human Reproduction Techniques²⁸.

According to article 11 of the current Law 14/2006, the pre-embryos left over from in vitro fertilization treatments which are not implanted in a reproductive

heritable genome editing intended for enhancement draws on the notion of genomic essentialism, according to which genetics is the foundation of human nature. This school of thought asserts that genes comprise the essential self and thereby the essence of human identity. Facetiously referred to as Genes «R» Us, this reductionist outlook views a person as the sum of his or her genes or the nucleotide components of those genes. This conception is hardly insignificant, in that the equation of genes with destiny may raise the spectre of state-sanctioned eugenics. A related objection to heritable enhancement upholds the genome as the embodiment of humanity's common heritage, dignity, and diversity, and, thus, as being unalterable. Enshrined in Article 1 of the Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, which is a key position statement of the United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, concerns are raised about heritable genome editing in general, and, particularly, the prospect of enhancement». E. Y. ADASHI; I. GLENN COHEN. «The Ethics of Heritable Genome Editing New Considerations in a Controversial Area», *JAMA*, Vol 320, Number 24, December 25th 2018 at <https://doi.org/10.1001/jama.2018.18270>

²⁵ C. MANZONI et al. «Genome, transcriptome and proteome: the rise of omics data and their integration in biomedical sciences». *Brief Bioinform*, Vol 19 Number 2, 2018, pp. 286–302 at <https://doi.org/10.1093/bib/bbw114>

²⁶ K. M. WHITWORTH et al. «Resistance to coronavirus infection in amino peptidase N-deficient pigs», *Transgenic Res*, Vol. 28, Issue 1, 2019, pp. 21–32 at <https://doi.org/10.1007/s1124-8-018-0100-3>

²⁷ «In recognition of the potential risk/threat posed by genetic modification, we strongly support the involvement of the Biological Toxins and Weapons Convention (BTWC) to ensure the inclusion of the biosafety and biosecurity communities in any deliberations and standard setting (...). The potential for CRISPR to be used to create or manipulate more viruses, bacteria, and bacteria-produced toxins (i.e., select agents) has been discussed (Clapper, 2016). Previous bioweapons programs focused on molecular experimentation with select agents to make them more effective. Now, techniques such as CRISPR may enable an improved ability to manipulate pathogens for this purpose and may make such manipulations easier and faster to achieve». D. DIEULIIS; J. GIORDANO, «Gene editing using CRISPR/Cas9: implications for dual-use and biosecurity», *Protein Cell* Vol. 9 Number 3, 2018, pp. 239–240 at <https://doi.org/10.1007/s13238-017-0493-4>.

²⁸ <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

cycle can be cryopreserved in banks authorized for this purpose and can be prolonged until the doctors in charge, with the favourable opinion of outside independent specialists, consider that the recipient does not meet the clinically adequate requirements for the practice of the assisted reproduction technique.

Ignoring redundant questions as the definition of «preembrion» currently hold in article 1. 2. «pre-embryo means the in vitro embryo consisting of the group of cells resulting from the progressive division of the oocyte from fertilization to 14 days later», this Law has been deemed as one of more progressive pieces of legislation regulating in vitro fertilization

Relevant provisions of Law 14/2006 on Article 3. «Personal conditions for the application of the techniques. 1. Assisted reproductive techniques shall be performed only when there is a reasonable chance of success, do not pose a serious risk to the health, physical or psychological, of the woman or the possible offspring, and after free and conscious acceptance of their application by the woman, who must have been previously and duly informed of their chances of success, as well as their risks and the conditions of such application. 2. In the case of in vitro fertilization and related techniques, only the transfer of a maximum of three pre-embryos in each woman in each reproductive cycle is authorized. 3. The information and advice on these techniques, which must be given both to those who wish to use them and to those who, if applicable, are to act as donors, shall cover the biological, legal and ethical aspects of the techniques, and shall also include information on the economic conditions of the treatment. It shall be mandatory for this information to be provided in appropriate conditions that facilitate its understanding to those responsible for the medical teams that carry out its application in the centers and services authorized for its practice. (...) 6. All data relating to the use of these techniques should be recorded in individual clinical records, which should be treated with due guarantees of confidentiality with respect to the identity of the donors, the data and conditions of the users and the circumstances surrounding the origin of the children thus born. Nevertheless, an attempt will be made to maintain the maximum possible integration of the clinical documentation of the person using the techniques».

On the same law, on Article 11. «Cryopreservation of gametes and pre-embryos. 1. The semen may be cryopreserved in authorized gamete banks during the life of the male from whom it originates. 2. The use of cryopreserved oocytes and ovarian tissue shall require prior authorization from the corresponding health authority. 3. The pre-embryos left over from the application of in vitro fertilization techniques which are not transferred to the woman in a reproductive cycle may be cryopreserved in banks authorized for this purpose. The cryopreservation of the oocytes, ovarian tissue and surplus pre-embryos may be prolonged until such time as it is considered by the medical authorities, with the favourable opinion of independent specialists from outside the corresponding center, that the recipient does not meet the clinically adequate requirements for the practice of the assisted reproduction technique. 4. The different possible destinations that can be given to the cryopreserved pre-embryos, as well as, in the appropriate cases, to the cryopreserved semen, oocytes and ovarian tissue, are: (a) Their use by the woman herself or her spouse. b) Donation for reproductive purposes. c) Donation for research purposes. d) The cessation of their conservation without any other use. In the case of cryopreserved pre-embryos and oocytes, this last option will only be applicable once the maximum period of conservation established in this Law has expired without having opted for any of the destinations mentioned in the previous

paragraphs. (...) 6. The consent to give the cryopreserved pre-embryos or gametes any of the above-mentioned destinations may be modified at any time prior to its application.

In the case of the pre-embryos, at least every two years, the woman or the progenitor couple will be asked to renew or modify the previously signed consent. If during two consecutive renewals it is impossible to obtain from the woman or the progenitor couple the signature of the corresponding consent, and the actions carried out for the purpose of obtaining said renewal without obtaining the required response can be reliably demonstrated, the pre-embryos will remain at the disposal of the centers in which they are cryopreserved, which may use them according to their criteria for any of the aforementioned purposes, maintaining the established requirements of confidentiality and anonymity, and free of charge and not for profit.

Other legislative references:

- A) Law 14/2007, of July 3rd 2007, on Biomedical Research²⁹: Relevant provisions on Article 28. «Donation of human embryos and foetuses. 1. The human embryos that have lost their capacity for biological development, as well as the dead human embryos or foetuses, can be donated for biomedical research purposes or other diagnostic, therapeutic, pharmacological, clinical or surgical purposes. 2. The termination of pregnancy shall never have as its purpose the donation and subsequent use of the embryos or foetuses or their biological structures. The procedure and manner of performing the termination of pregnancy shall be subject only to the legal requirements and limitations and to the characteristics and circumstances of the pregnancy. The professionals who are members of the medical team performing the termination of pregnancy shall not intervene in the use of the aborted embryos or foetuses or their biological structures. To this effect, the members of the research team shall leave a written record of this circumstance, as well as of the absence of conflict of interest with the medical team. 3. Foetuses expelled prematurely and spontaneously will be treated clinically as long as they maintain their biological viability, with the sole purpose of favouring their development and vital autonomy. 4. Before proceeding with any intervention on human embryos that have lost their capacity for biological development or on dead embryos or foetuses, a record shall be made by the corresponding medical personnel that such circumstances have occurred».
- B) Law 41/2002, of November 14, 2002, basic law regulating patient autonomy and the rights and obligations regarding clinical information and documentation³⁰.
- C) Organic Law 3/2018 of December 5th 2018, on the Protection of Personal Data and guarantee of digital rights³¹.
- D) Law 24/2015, of July 24th 2015, on Patents³². Relevant provisions on Article 5. «Exceptions to patentability. They may not be the object of patent: 1. Inventions

²⁹ <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/14/con>

³⁰ <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con>

³¹ <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>

³² <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/24/24/con>

whose commercial exploitation is contrary to public order or morality, without the exploitation of an invention being considered as such by the mere fact that it is prohibited by a legal or regulatory provision. In particular, the following shall not be considered patentable by virtue of the provisions of the preceding paragraph: a) The processes of cloning human beings. b) The processes of modification of the germinal genetic identity of the human being. c) The use of human embryos for industrial or commercial purposes. 5. The human body in the different stages of its constitution and development, as well as the simple discovery of one of its elements, including the total or partial sequence of a gene. However, an element isolated from the human body or otherwise obtained by a technical process, including the sequence or partial sequence of a gene, may be considered as a patentable invention, even if the structure of said element is identical to that of a natural element. The industrial application of a total or partial sequence of a gene must be explicitly stated in the patent application. 6. A mere sequence of deoxyribonucleic acid (DNA) without indication of any biological function.»

- E) Oviedo Convention, European Convention on Human Rights and Biomedicine. 1997.
- F) Universal Declaration on the Genome and Human Rights of UNESCO, November 11, 1997.
- G) Universal Declaration on Bioethics and Human Rights of October 19th 2005.

7. NEW CHALLENGES TO PRIVACY: PERSONAL DATA PROTECCION AND DONOR ANONYMITY

An additional question is the protection of the anonymity of the donor in Spain³³, in contrast with the situation in Portugal where anonymity has been repealed by a ruling of the Constitutional Court, significantly reducing the number of gamete donors.

The Constitutional Court of Portugal declared, through its 2018 Judgment (*Acórdão do Tribunal Constitucional, no. 225/2018, of April 24*), the unconstitutionality of «absolute secrecy with respect to persons born as a result of a process of medically assisted procreation having resorted to gamete or embryo donation, even in situations of surrogate gestation», on the grounds that it violated the rights to personal identity and to the development of the personality of the children.

Article 15 of the Portuguese Law on assisted reproduction (Law No. 32/2006, of July, on medically assisted procreation), contrary to what happens in Spain, did not provide for any exception to the rule of anonymity on the grounds of danger to

³³ «European countries of our environment, highlight the leadership of Spain in the performance of assisted reproduction treatments with gamete and embryo donation, which allows to meet the clinical needs of the Spanish population that needs them to have offspring. 2. It is an objective fact that in the countries where the rule of anonymity of the donors has been suppressed, the donations have decreased in a very sensitive way. In Spain, 20% of gamete donation treatments are performed on foreign patients, which is directly related, among other things, to the anonymity rule. The final conclusion of the group is that a hypothetical elimination of the rule of anonymity in gamete donation would not be justified, among other reasons, because it would be notably detrimental to care in Spain for the population that needs donor gametes for reproduction» - Positioning of the Spanish Fertility Society Regarding the Rule of Anonymity in Gamete Donations at <https://www.sefertilidad.net/docs/posicionamientoAnonimato.pdf>

the life or health of the child (it was only admitted by judicial decision). Following this annulment, a law was issued to amend the Portuguese assisted reproduction regulation (Law No. 48/2019, of July 8th), which has amended the aforementioned art. 15, to include that «persons born as a result of medically assisted procreation procedures, resorting to gamete or embryo donation, may obtain, together with the competent health services, the genetic information concerning them, as well as, provided they are 18 years of age or older, they have the right to obtain, at the National Council of Medically Assisted Procreation, information on the civil identification of the donor»³⁴.

8. FINAL REMARKS

Improved knowledge of the human genome and the universalization of genetic testing now allow access to extensive information on the genetic profile of human beings, which opens up the real possibility of providing patients with solutions a la carte, as in the case of the twins born after Dr. He Jiankiu's genetic intervention. The collection of this big data poses a challenge to the identity and integrity of human beings with the protection of personal data, privacy and intimacy seriously compromised for the sake of «precision medicine».

At the same time, the improvement of human genome knowledge and the universalization of genetic testing makes possible access to wide information of the genetic profile of human beings. A logical step from this Big Data realm is offering A la carte solutions for patients. The collection of this big data poses a challenge to the identity and integrity of human beings with the protection of personal data and privacy on the grounds of «precision medicine».

The experts also have pointed out an additional challenge: the measure of genetic efficiency of the interventions of human germline, where the strict zero-risk policy applies in our own most essential interest and in the interest of our descendants.

The general claims for remedial measures against undesirable effects of genetics technology, which has now come to stay, are:

- A) Introduction of effective and enforceable ethics codes such as United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, which is not realistic given «the widespread accessibility and ease of use» of the genome intervention techniques;
- B) Monopolising the so-called self-limiting genes or killer genes (as a last-resource panic button);
- C) Limiting the editing to Ribonucleic acid (RNA) codes (which modifies the expression of proteins but not the human germline itself); and
- D) Establishing the legal mechanisms for auto limiting the access to the scientific knowledge necessary for developing those process, through intellectual property law mechanisms or directly.

As a corollary, 545,333 cryopreserved embryos in Spain potentially provide for thousands and thousands of «chimerae».

³⁴ The right to know the biological origin is not an absolute right. European Court of Human Rights, following the *Gaskin v. United Kingdom* case (Judgment of July 7th 1989).

¿ES, POR TANTO, UN OBJETO O UN SUJETO DE DERECHO? SOBRE LA CONTROVERTIDA CALIFICACIÓN DEL EMBRIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

ANGELO VIGLIANISI FERRARO

(Università «Mediterranea» di Reggio Calabria - Italia)

1. INTRODUCCIÓN. LOS MOTIVOS DE UNA INVESTIGACIÓN

La noticia de hace unos años, según la cual dos grupos de investigación cultivaron cigotos humanos a partir de un cuerpo femenino, en un medio de cultivo, durante trece días, volvió a centrar la atención sobre un tema antiguo aunque siempre de actualidad y a la vez de gran interés para los juristas de todo el mundo: la relativa a la posibilidad de realizar un experimento con embriones y practicarlo, quizás, a los catorce días de la unión de los gametos, es decir, el término que se considera la etapa intransitable más allá del «objeto biológico» convirtiéndose entonces en un «sujeto en desarrollo»¹.

La posibilidad de intervenir en el feto con fines terapéuticos y diagnósticos, de producir embriones in vitro para superar la infertilidad o riesgos genéticos o obtener células madre para ser utilizadas en medicina regenerativa o para realizar experimentos, y de recurrir a la clonación para incrementar el número de embriones con el mismo fenotipo, es uno de los temas más discutidos y controvertidos hoy.

¿Cuándo empieza la vida? ¿Es el embrión una cosa, o un ser humano en formación? Estas son algunas de las preguntas cruciales que surgen continuamente durante los debates sobre el aborto, la fertilización extracorpórea y las células madre.

En la mayoría de los países europeos, también en Italia, las únicas intervenciones permitidas sobre el embrión humano son las que respetan la integridad del embrión y que tengan como objetivo su curación; es decir, la mejora de sus condi-

¹ Los resultados científicos sobre estos temas han sido incorporados por algunos ordenamientos jurídicos inspirados, entre otras cosas, en el Informe de la Comisión de Investigación sobre Fertilización y Embriología, más conocido como Informe Warnock, de julio de 1984, que distingue al preembrión del embrión, identificando este último no desde el momento de la fecundación, sino catorce días después de la implantación en la mucosa uterina (desde la aparición de la «línea primitiva» sólo hacia el día 14, lo que indicaría la diferenciación entre las células del embrión y las células que formarán la placenta y los tejidos protectores).

ciones de salud o su supervivencia individual y que no supongan, además, riesgos desproporcionados para éste².

Mucho más compleja es la cuestión relativa a la posibilidad de realizar experimentos sobre embriones por razones científicas, y con ello garantizar intereses supraindividuales; especialmente cuando ello implica la destrucción de estos últimos³.

Como bien destacó el Tribunal Constitucional italiano hace unos años (en la sentencia n. 84 de 22 de marzo de 2016, en la que nos centraremos detenidamente en este trabajo), la doctrina y la jurisprudencia, después de todo, de todo el mundo, se dividen en dos enfoques principales sobre el tema.

Quienes están a favor de ampliar el campo de aplicación de la investigación científica en la medida de lo posible observan que ante la inevitable extinción que los blastocistos no implantables (viven en proceso de formación destinados a la hibernación indefinida, sin posibilidad real de venir al mundo), la balanza debería operar de manera más razonable a favor del destino de estos embriones con fines de experimentación, capaces de salvar la vida de millones de seres humanos; y afirman que tal destino afirma, en la situación antes descrita, un respeto por la vida humana mucho más allá del mero «dejarla perecer» y da un sentido socialmente útil a la futura e inevitable destrucción del embrión.

Además, incluso las personas vivas, no estarían exentas de experimentaciones. Por tanto, el esperado cumplimiento de los derechos del embrión con respecto a las necesidades de la ciencia enmarcaría la historia de los embriones supernumerarios, no destinados a la implantación, en una perspectiva humanitaria y solidaria (promovida, por ejemplo, por el artículo 2 de la Constitución, así como por todas las Cartas de Derechos Humanos Fundamentales).

En la posición contraria⁴, se subraya, que el uso y manipulación del embrión humano, como objeto de investigación, implicaría su destrucción en evidente contraste con la idea de que pudiera ser considerado como un sujeto que ha dado inicio a la dignidad de la persona; y que si bien la criopreservación no es una medida suficiente para preservar a los embriones de su extinción natural, el respeto debido a la vida (aunque sea «en pocas palabras») no debería permitirnos equiparar «matar» con «dejarlos morir».

Posteriormente se observó que, dada la existencia de vías alternativas, como las que, por ejemplo, apuntan a orientar la investigación en la dirección de una técnica de regresión de células somáticas adultas hasta una etapa cercana a la embrionaria, o en todo caso de la utilización de células madre humanas, ya solo en el tratamiento de un «principio de precaución», ante la posibilidad de que el embrión sea mucho más que un mero material biológico, el científico debería decidir, no ya simplemente «no hacer», sino «hacer otra cosa».

Según esta orientación sería, además, legalmente inaceptable la pretensión de los padres de considerarse «dueños» de sus propios embriones como si estos fueran «bienes» y no «sujetos en desarrollo», y que se donan, con el propósito de investigación científica; «algo», pero no «alguien». Y precisamente porque el embrión

² Para obtener una imagen detallada de las diversas disciplinas sobre el tema, consulte V. DURANTE, 2012, pp. 69 y ss. Y A. SCALISI, 2005, pp. 205 y ss.

³ Cfr. D. D'ALVIA y A. VIGLIANISI FERRARO, 2018, pp. 421 y ss.

⁴ Véase, para todos, M. ARAMINI, 2009, pp. 241 y ss.

debe ser considerado «una persona en proceso de formación», la experimentación - que no necesariamente puede basarse en el consentimiento informado del paciente - sería ilícita per se, si se realizara sobre el embrión, porque éste no puede tomar una decisión sobre lo que le concierne (y que, además, implica su extinción).

Más allá de las posiciones tomadas sobre estos temas, el problema más grave gira hoy entorno de los denominados embriones supernumerarios, por diversas razones no (o ya no) transferibles en el útero y destinados a permanecer criopreservados hasta su muerte⁵. Abrir, al menos en estos casos, el camino de la experimentación en todos los países aún escépticos supondría una importante aportación a la búsqueda de soluciones médicas destinadas a salvar la vida de personas que padecen enfermedades graves, y para las que hoy por hoy, no existe cura: basta con pensar en la Enfermedad de Parkinson, Alzheimer o en muchas otras enfermedades degenerativas.

2. LAS ANTIGUAS POSICIONES DOCTRINALES Y LAS NUEVAS ORIENTACIONES, NO DEL TODO CONVERGENTES, DE LA CORTE DE CASACIÓN

Como ya se mencionó, antes de hablar de experimentos sobre el embrión, se debe desatar un nudo gordiano, ligado a la necesidad de entender quién o qué es un embrión humano y cuándo comienza la vida humana.

El Código Civil italiano de 1942 dispone, en el primer párrafo del art. 1, que «la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento»⁶, pero no establece cuándo se puede realmente hablar de nacimiento.

En ausencia de indicaciones precisas contenidas en el Código Civil, el sujeto se considera nacido, según la ciencia forense, cuando tiene total independencia del cuerpo materno; es decir, cuando comienza la respiración pulmonar, ya que las funciones circulatoria y nerviosa preexisten⁷.

En caso de duda sobre si el feto nació muerto o si la muerte ocurrió después del nacimiento, será necesario comprobar si los pulmones han respirado (utilizando los criterios médico-legales de la llamada docimasia pulmonar).

Para la adquisición de la «capacidad legal», sin embargo, no se requiere vitalidad (es decir, aptitud física para sobrevivir). Si el recién nacido falleció inmediata-

⁵ En el Informe del Ministro de Salud italiano al Parlamento sobre el estado de implementación de la Ley 40 de 26 de junio de 2015, disponible en el sitio web del Registro Nacional PMA (www.iss.it/rpma), se lee que: «ha habido (...) un aumento considerable de embriones formados y criopreservados que en 2008 eran solo 763 mientras que en 2009 pasaron a 7337. En 2009 es útil saber que el número total de embriones formados con técnicas de FIV o ICSI fueron 99,258 (por tanto, de estos 7,4% se criopreservaron). Los embriones criopreservados fueron 22.143 (+3.186). Mientras que los embriones formados y criopreservados siguen aumentando: son 22.143 en 2013; fueron 18.957 en 2012, con un incremento del 16,8%».

⁶ Si bien para algunos académicos autorizados no es posible distinguir entre «capacidad jurídica» y «subjetividad jurídica» cfr. A. FALZEA, 1960, 14; P. RESCIGNO, 1988, p. 221, otros estudiosos se oponen en cambio a admitir tal coincidencia y escindir la «subjetividad» -para ser reconocida también en el embrión concebido e in vitro- de la «capacidad jurídica» - para atribuirse solo al sujeto nacido vivo - F.D. BUSNELLI; PALMERINI, 2000, pp. 175 y ss. Sobre el tema, v. además, N. LIPARI 1988, p. 641.

⁷ El nacido muerto no puede ser considerado una persona con derechos y deberes. (Casación, 19 de febrero de 1993, n. 2023).

mente después del nacimiento, en todo caso, ha adquirido, aunque sólo por unos momentos, la capacidad jurídica, con sus todas sus consecuencias (por ejemplo, se le llama a la sucesión del padre premuerto, de conformidad con el art. 462 del Código Civil)⁸.

Aún más complejo es el problema del inicio de la llamada vida prenatal. Como señala la doctrina, el momento en cuestión se ha encerrado (y sigue estando) encerrado en definiciones muy lejanas como, por ejemplo, el ovocito activado, el oótipo, el cigoto, el blastocisto, la implantación en el útero, la aparición de la línea embrionaria, la pérdida de la capacidad de producir gemelos, la aparición de las primeras células nerviosas o la formación de un feto con aspecto antropoide⁹.

El artículo 1, párrafo 2, del Código Civil italiano, establece que «los derechos que la ley reconoce al niño están sujetos al evento del nacimiento».

Esta disposición, sin embargo, está vinculada a otras normas codificadas que atribuyen relevancia jurídica al concebido¹⁰. Piénsese en los artículos 320, que regula las facultades de los padres para administrar los bienes del feto; el 330, en relación con la representación y administración en el contexto de la responsabilidad parental; el 687, relativo a la revocación testamentaria por aparición de hijos; el 715, que trata los casos de impedimento a la división de la herencia y, sobre todo, los artículos 462 y 784, que reconocen expresamente al concebido la capacidad para suceder o ser un potencial receptor de una donación.

El escrutinio de esta plataforma normativa ha llevado a parte de la doctrina y jurisprudencia a cuestionar la calificación jurídica del embrión, perfilando un debate destinado a producir efectos significativos en materia de protección judicial¹¹.

En concreto, una primera aproximación teórica derivada de las disposiciones reglamentarias antes mencionadas (artículos 320, 462, 784 del Código Civil italiano, en particular) el reconocimiento implícito por parte del legislador de una especie de «capacidad jurídica anticipada» del concebido¹².

Además, esta tendencia hermenéutica es corroborada por la referencia al art. 254 del Código Civil, que habla de un posible reconocimiento; en el artículo 1, párrafo 1, inciso c), de la Ley no. 405 de 1975, que estableció clínicas familiares, habla de la «protección de la salud de la mujer y del producto de la concepción»; en el artículo 1 de la Ley No. 194 de 1978, sobre el aborto, según la cual «el Estado protege la vida humana desde sus inicios»; en el artículo 1 de la Ley 40/2004 (sobre la procreación asistida médicamente), que se ocupa de proteger «los derechos de todos los implicados, incluido el niño»¹³; y el art. 578 del Código Penal, que al castigar el infanticidio en condiciones de abandono material y moral, asimila al recién nacido al «feto durante el parto».

Por tanto, el embrión ha sido definido como un «centro de imputación de derechos no patrimoniales»¹⁴, un «sujeto en proceso de formación»¹⁵, o un «germen

⁸ Sobre el punto, véase, para todos, A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, 2013, p. 92.

⁹ Así G. PERRONE, 2016.

¹⁰ Para una discusión extensa del tema, v. F. SCARDULLA, 1977, pp. 541 y ss.

¹¹ Cfr., por ejemplo, M. SESTA, 2010, pp. 480 y ss.

¹² Sobre el tema, v., *ex multis*, F. CARNELUTTI, 1954, pp. 57 y ss.; F. MESSINEO, 1959, pp. 216 y ss.; F. SANTORO PASSARELLI, 1945, pp. 9 y ss.

¹³ Cfr., para todos, C. BUCCELLI, 2006, pp. 15 y ss.

¹⁴ Así P. ZATTI, 1999, p. 113.

¹⁵ L. BARASSI, 1945, p. 34.

de la persona humana», protegido como un «bien en sí mismo» y no vinculado a un interés (por lo tanto, no en forma de derecho subjetivo sino como un «ordenamiento objetivo de valores»¹⁶).

Incluso el Comité Nacional de Bioética, ya en el documento *Identidad y estado del embrión humano* (fechado el 27 de junio de 1996), había llegado «a reconocer por unanimidad el deber moral de tratar al feto, a partir de la fecundación, según criterios de respeto y protección», que debe ser adoptado hacia los individuos humanos a los que comúnmente se atribuye la característica de las personas, y en 2003 reafirmó su posición, subrayando que «los embriones humanos son vidas humanas por derecho propio» y que existe, por tanto, el deber moral de respetarlos siempre y protegerlos siempre en su derecho a la vida, «independientemente de las formas en que fueron procreados e independientemente de que algunos de ellos puedan ser calificados -con expresión cuestionable, por no tener valor ontológico- supernumerarios»¹⁷.

La citada ley sobre procreación médicamente asistida de 2004 llega a soluciones similares. No en vano, en el proyecto de ley comunicado a la Presidencia el 20 de junio de 2002, se pone mucho énfasis en «el derecho del feto a una determinada identidad, así como a un patrimonio genético no manipulado» y se resuelve (un poco apresuradamente) la cuestión relativa al destino de los embriones supernumerarios, así como a los límites de la investigación científica que se les aplica, subrayando que «el problema no puede resolverse en una ley de regulación general de la procreación médicamente asistida».

Incluso la Corte de Casación ha apoyado durante mucho tiempo este enfoque reconociendo, por ejemplo, al feto, el derecho a una indemnización por los daños resultantes de una conducta llevada a cabo cuando la persona en cuestión sólo fue concebida y, por lo tanto, no tenía formalmente derechos (aunque siempre subordinada la posibilidad de liquidar en forma concreta la compensación, al evento del nacimiento): se piensa en el daño a la salud y la integridad física causado al feto (por ejemplo, por la impericia del obstetra) antes o durante el parto (ver, más

¹⁶ G. OPPO, 1982, pp. 499 y ss.

¹⁷ Este es el dictamen de la CBN sobre «Investigación con embriones humanos y células madre» del 11 de abril de 2003, formulado en relación con las solicitudes realizadas por el Ministro Moratti, con motivo del lanzamiento del VI Programa Marco de Investigación de la UE, y relativo a la legalidad, desde el punto de vista ético, de la posibilidad de: a) realizar investigaciones en el territorio nacional utilizando embriones humanos, incluidos los supernumerarios, que determinen su destrucción; b) realizar investigaciones utilizando células madre derivadas de embriones humanos producidos tras el lanzamiento del VI Programa Marco de Investigación de la Unión Europea; c) producir células madre derivadas de embriones humanos, incluidos los supernumerarios. El Comité expresó una opinión negativa sobre las tres cuestiones, «considerando (...): e) que cualquier financiación pública para la investigación en embriones solo puede fortalecer y respaldar injustificadamente la opinión errónea de que los embriones son una mera colección de células, desprovista de intrínsecos valor, y en consecuencia la idea de la irrelevancia bioética de la vida humana en la etapa embrionaria; f) que la limitación de la experimentación a embriones supernumerarios, además de no tener un motivo lógico, sino solo ocasional y pragmático, favorecería subrepticamente la práctica de producir embriones in vitro solo con fines de investigación, es decir, independientemente de fines específicos relacionados con la asistencia fertilización y, por tanto, en violación de principios bioéticos consolidados; g) que la extracción de células madre humanas de embriones, que implica la destrucción de estos últimos, debe ser igualmente estigmatizada, también por el efecto éticamente inaceptable de no orientar la investigación hacia el uso cada vez más prometedor y éticamente impecable de células madre extraídas de células madre umbilicales, cordón o de fetos abortados espontáneamente o de células madre adultas».

recientemente, Cass Mayo de 2009, n. 10741; Corte de Casación, 9 de mayo de 2009, n. 5881); o el sufrido tras el homicidio de su padre por un tercero (por ejemplo, en un accidente de tráfico provocado por la imprudencia de este último), cuando la gestación aún estaba en curso (ver Cas. 3 de mayo de 2011, núm. 9700); y -según cierta jurisprudencia- incluso a la del diagnóstico omitido de malformaciones del feto, que impedía a la madre ejercer prontamente el derecho a no llevar el embarazo a término (ver Cas. 2 de octubre de 2012, n. 16754; pero, por el contrario, Cass. 11 de mayo de 2009, n. 10741; Cass. 29 de julio de 2004, n. 14488).

Y a la luz de todo ello, se discutió la posibilidad de otorgar al embrión su propia capacidad jurídica, aunque parcial y condicional o, en todo caso, su propia subjetividad jurídica autónoma (Caso de 11 de mayo de 2009, n. 10741).

Recientemente, la Corte Suprema italiana parece revisar el antiguo enfoque y colocándose con ello en una perspectiva diametralmente opuesta y abandonando las «categorías metafísicas constituidas por la tríada conceptual de personalidad, subjetividad y capacidad».

Según los jueces, para garantizar un nivel adecuado de protección del embrión, no es necesario considerarlo un «sujeto de derecho» (en ausencia, no obstante, al menos en la etapa actual, de una base jurídica sólida para esta solución) ya que, además, la subjetividad es «una atribución normativa funcional a la imputación de situaciones jurídicas, y no una técnica para la protección de las entidades protegidas»¹⁸: en todo caso, sería más correcto concebir al feto como un mero «objeto de protección jurídica» (Caso de 2 de octubre de 2012, n. 16754, cit.).

E incluso, en un pasaje, la Corte Suprema se refiere al feto, hablando de una «descalificación jurídica» con respecto a una entidad «que no tiene ciudadanía en el derecho».

De un «derecho adhesivo» hablan las Secciones Unidas, en el Caso de 22 de diciembre de 2015, n. 25767, que niega la existencia de un derecho a no nacer si no está sano¹⁹.

3. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL RESPECTO

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano parece asumir una tendencia contraria.

En un fallo de 1975, n. 27, el Consejo abordó el problema relativo al equilibrio entre dos intereses opuestos (y no comparables): el derecho a la vida y la salud de la madre (que ya es persona), por un lado, y la «protección del feto» («embrión que una persona aún no es»), por otro lado, valorando la práctica del aborto como legítima, siempre que el legislador la ancle a una evaluación previa de las condiciones para justificarla.

¹⁸ Y, por otro lado, el Tribunal de Casación sigue señalando que si tanto la embarazada como el hijo concebido fueran considerados sujetos de derecho, las disposiciones contenidas en la ley sobre el aborto y relativas a la interrupción del embarazo serían irrazonables, ya que la comparación entre la enfermedad física de la mujer y la vida del feto nunca podría resolverse privilegiando la primera.

¹⁹ Crítico con respecto a esta configuración es R. SENIGAGLIA, 2016, pp. 1591 y ss., que, remitiendo a G. FERRANDO, 1999, pp. 236 y 237, evidencia: «son, a la inversa, derechos que tiene un titular, un individuo en formación como persona y que al ser equilibrados con otros derechos con los que entran en conflicto deben gozar de la consideración predominante; con la particularidad de que en la hipótesis del embrión formado in vitro, su interés por convertirse en persona (en sentido formal) no es alcanzable de forma independiente, sino que requiere la colaboración de una mujer».

Posteriormente, en la sentencia n. 35 de 10 de febrero de 1997, la Corte se expresó en términos distintos, garantizando más el derecho a la vida prenatal, considerando este último «un principio que a lo largo de los años ha obtenido un reconocimiento creciente, también a nivel internacional y mundial», y respecto a lo cual resulta «reforzada la concepción, inherente en la Constitución italiana, en particular en el art. 2, según el cual, el derecho a la vida, entendido en su más amplia extensión, debe inscribirse entre los derechos inviolables»²⁰.

En 2005, sin embargo, el constitucional, abordó la cuestión relativa a la admisibilidad del referéndum que derogó la Ley núm. 40/2004, y con la sentencia n. 45, respondió negativamente, destacando que la eliminación del documento legislativo en cuestión «determinaría la suspensión de una protección mínima para las situaciones que dicha protección requiera de acuerdo con la Constitución», y por lo tanto se traduciría en la cancelación de «un núcleo constitucional indispensable para la protección de un principio constitucional», y también de «equilibrio, afirmado internacionalmente».

Llamado, unos años después, a pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de varios artículos de la ley en cuestión, el Tribunal Constitucional, con la sentencia n. 151/2009²¹, declaró ilegítimo al art. 14, párrafo 2, del texto legislativo en cuestión, limitado a las palabras «a un implante único y simultáneo, en todo caso no superior a tres» y también el párrafo 3, en la parte en la que no disponía que la transferencia de los embriones, a realizar, no tan pronto como sea posible, según lo establecido en esta norma, debe realizarse sin perjuicio de la salud de la mujer²².

Estas conclusiones -agregó el Tribunal- introducen en realidad «una excepción al principio general de prohibición de la criopreservación a que se refiere el apartado 1 del art. 14»²³.

²⁰ La Corte Constitucional, en particular, se apoya en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en cuyo Preámbulo se afirma que el niño, «por su falta de y madurez intelectual», se considera que necesita «protección y cuidados especiales, incluida la protección jurídica adecuada, tanto antes como después del nacimiento». Y sí para R.C. BARRA, 2000, p. 164, «esta declaración no fue rechazada por los estados que la suscribieron, por lo que debe ser considerada de acuerdo con el espíritu de la Convención», E. GIACOBBE, 2010, p. 17, cree que «el niño al que se refiere el art. 1 de la Convención de 1989 sólo puede ser todo ser humano desde la concepción hasta los dieciocho años».

²¹ La sentencia, adoptada el 8 de mayo de 2009, se encuentra en *Famiglia e diritto*, 2009, p. 761, con una nota de M. DOGLIOTTI. Pero, v. también G. FERRANDO, 2009, pp. 521 y ss.; E. DOLCINI, 2009, pp. 950 y ss.; E. TURILLAZZI, 2009, pp. 767 y ss.; G. RAZZANO, 2010, pp. 2 y ss.; S. AGOSTA, 2009.

²² Como destacó PERRONE, 2016, «en los casos de mujeres mayores de cierta edad, por lo tanto, las posibilidades de éxito de las técnicas médicas disminuyeron considerablemente y la obligación de reiniciar con un ciclo adicional de estimulación ovárica en caso de la primera falla puso en peligro su salud; para las mujeres más jóvenes, por el contrario, la obligación de un implante único y simultáneo conllevaba el riesgo de embarazos múltiples con consecuencias potencialmente perjudiciales para ellas mismas y los futuros fetos».

²³ Con el decreto de 25 de junio de 2009, el Ministro de Salud nombró una «Comisión de Estudio sobre embriones criopreservados en centros de procreación asistidos médicamente». En el informe final de esta comisión en www.salute.gov.it/imgs/C_17_minpag_658_documenti_documento_1_fileAllegato_Doc.pdf, adoptado por mayoría el 8 de enero de 2010, se afirma lo siguiente: «La prohibición legal de la supresión de embriones nos lleva a pensar que la criopreservación sólo puede interrumpirse en dos casos: cuando el embrión descongelado pueda implantarse en el útero de la madre o en cualquier caso de una mujer dispuesta a aceptarlo o cuando sea posible constatar científicamente su muerte natural o la pérdida definitiva de vitalidad como organismo. En el estado actual de los

La consecuencia de este pronunciamiento fue la expansión del número de embriones residuales intransferibles, que luego se amplió aún más debido a la posterior sentencia n. 96 de 2015²⁴, que - al declarar la ilegitimidad constitucional de los artículos 1, párrafos 1 y 2, y 4, párrafo 1, de la ley núm. 40 de 2004, en la parte en la que no permitieron el uso de técnicas de procreación asistida médicamente a parejas fértiles, portadoras de enfermedades genéticas transmisibles, posibilitando el diagnóstico preimplantacional, precisamente para evitar el traslado, en el útero, de la mujer, embriones afectados por tales patologías genéticas (por lo que también se renuncia a la prohibición de la criopreservación).

El once de noviembre del mismo año, con la sentencia n. 229²⁵, el Tribunal intervino nuevamente en el asunto, estableciendo la ilegitimidad constitucional del art. 13, tercer párrafo, inciso b), y 4 de la Ley no. 40/2004, en la parte en la que se contempla como hipótesis de delito la realización de la selección de embriones incluso en los casos en que ésta esté dirigida exclusivamente a evitar la implantación en el útero de la mujer de óvulos fecundados afectados por enfermedades genéticas transmisibles cumpliendo severidad a que se refiere el art. 6, 1er párrafo, inciso b), de la ley n. 194/1978 sobre aborto y aceptado por estructuras públicas especiales.

La Corte, en cambio, excluyó simultáneamente la validez de la cuestión de la legitimidad constitucional del art. 14, párrafos 1 y 6, de la Ley 40, que prohíbe penalmente, con sanciones, la realización de supresión de embriones (aunque estén afectados por enfermedad genética)²⁶.

Según el juez de legalidad, la «malformación» de la entidad creada in vitro no justifica, solo por ello, un «peor tratamiento» (o «protección debilitada») en comparación con el de los embriones sanos. Para quienes no pueden implantarse, no hay otra respuesta que el procedimiento de criopreservación. El embrión, de hecho, cualquiera que sea el grado de subjetividad reconocible, más o menos grande, relacionado con la génesis de la vida, ciertamente no es reducible a un mero material biológico.

Para el Tribunal Constitucional, la dignidad del embrión, como entidad que tiene en sí mismo el principio de vida (aunque en una etapa de desarrollo no predefinida por el legislador y aún no identificada de manera única por la ciencia) constituye un valor de significación constitucional, «atribuible al precepto general del art. 2 de la Constitución».

En 2016, el Tribunal Constitucional volvió a ocuparse del tema con la citada sentencia n. 84, en respuesta a tres preguntas planteadas por el Tribunal de Florencia,

conocimientos, para conocer la vitalidad duradera del embrión es necesario descongelarlo, lo que nos presenta una paradoja, dado que una vez descongelado el embrión no puede congelarse por segunda vez y si no está previsto para su implantación inmediata en el útero provoca inevitablemente su muerte. De ahí la perspectiva tuciorista de un posible almacenamiento indefinido de embriones congelados».

²⁴ Esta es la sentencia del 5 de junio de 2015, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, II, pp. 582 y ss., con comentario de G. FERRANDO.

²⁵ El pronunciamiento ha sido comentado, *inter alios*, por A. PORRACCILO, 2015, pp. 16 y ss.; A. VALLINI, 2015.

²⁶ Y esto en base a la consideración de que «la lesión a la protección de la dignidad del embrión (aunque esté) enfermo, como se derivaría de su supresión tamquam res, no encuentra (...) justificación, en términos de contrapeso, en la protección de otro interés antagónico».

con auto de 7 de diciembre de 2012, y que se referían a la compatibilidad con una serie de disposiciones de la Constitución²⁷, de las disposiciones contenidas en el art. 13 («prohibición absoluta de cualquier investigación clínica o experimental sobre el embrión que no tenga por objeto protegerlo») y en el art. 6, párrafo 3, último párrafo («prohibición absoluta de revocar el consentimiento para PMA después de la fertilización del óvulo»).

El asunto surgió a raíz de la solicitud judicial de una pareja que, tras intentar aprovechar la procreación asistida médicamente, había decidido ordenar, al centro médico al que se había dirigido, la devolución de los embriones producidos (diez en total). Asignar los nueve embriones que se encontraban no implantables (cuatro por no ser biopsables y cinco por estar afectados de exostosis) para actividades de diagnóstico médico e investigación científica relacionadas con su patología genética y pretendiendo, no obstante, revocar el consentimiento ya prestado para la del décimo embrión restante, ya que es «material de calidad media».

El Tribunal de Florencia había considerado necesario abordar el problema al Consejo, planteando la cuestión de la legitimidad constitucional de la Ley núm. 40 de 2004, alegando que el art. 13 del texto legislativo en cuestión resultó en una negación total de las necesidades individuales y colectivas que subyacen a la investigación científica, precisamente en sectores como la terapia génica y el uso de células madre embrionarias, que la comunidad médica científica cree que se encuentra entre los más prometedores para el tratamiento de numerosas y graves patologías y que la prohibición de la retirada del consentimiento para el tratamiento de la procreación asistida médicamente después de la fertilización del ovocito, predicada en el art. 6, inciso 3, último párrafo, representaría una clara violación del principio normativo de la relación médico-paciente, ya que este último quedaría expropiado de la posibilidad de revocar la opción de realizar actos que ciertamente son invasivos a la integridad psico-física.

El constitucional, tras un aplazamiento del tratamiento de los temas relacionados, ordenando esperar a la publicación de la sentencia de la Grande Chambre de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el caso *Parrillo contra Italia* (la publicación se produjo apenas el 27 de agosto de 2015), volvió a fijar la audiencia de debate el 22 de marzo de 2016²⁸.

Y en esa ocasión, abordó el problema relativo a la compatibilidad con la Ley Fundamental italiana de la prohibición absoluta de la experimentación con embriones y, por tanto, del necesario equilibrio entre la protección del embrión y el interés por la investigación científica dirigida a proteger la salud (individual y colectiva), inmediatamente destacó que la pregunta así planteada se refiere al «conflicto, cargado de implicaciones tanto éticas como legales», entre la ley de la ciencia (y las ventajas de la investigación relacionada con ella) y la ley del embrión, para el

²⁷ Es decir con los artículos 2, 3, 9, 13, 31, 32 y 33, primer párrafo, de la Constitución.

²⁸ En primer lugar, el Consejo examinó rápidamente la cuestión relativa a la legitimidad constitucional del art. 6, párrafo 3, último párrafo, de la ley núm. 40 de 2004, considerándola «inadmisible por el carácter puramente hipotético, y no actual, de su relevancia», ya que -como destacó el propio Tribunal florentino- la demandante, después de haber declarado en un primer momento que no quería para someterse a la implantación en el útero del único embrión (de los diez productos) ciertamente no afectado por patologías, accedió entonces a llevar a cabo -y lo hizo, aunque con resultado negativo- el tratamiento de la procreación médicamente asistida.

«perfil de protección (débil o fuerte) debido a y en la medida del grado (más o menos amplio) de subjetividad y dignidad antropológica que se reconoce»²⁹.

Recordando la posición adoptada por la citada sentencia de Estrasburgo y estableciendo que ante lo que algunos han definido como «una elección trágica», entre el respeto al principio de la vida (que está contenido en el embrión donde es afectado por patología) y las necesidades de la investigación científica, la línea de composición entre los intereses contrapuestos, que se encuentra en las disposiciones censuradas, pertenece al ámbito de las intervenciones, con las que el legislador, como intérprete de la voluntad de la comunidad, está llamado a traducir, en el plano normativo, el equilibrio entre los valores fundamentales en conflicto, «teniendo en cuenta las orientaciones e instancias que usted aprecia como más profundamente arraigadas, en el momento dado, en la conciencia social», el Tribunal Constitucional decidió, de hecho, no pronunciarse.

Casi brindando pautas para la acción, la sentencia n. 84 de 2016, concluyó que corresponde al legislador, y sólo a él³⁰, la evaluación de las oportunidades (también a partir de la «evidencia científica» y su grado de divulgación alcanzado a nivel supranacional) para, entre otras cosas, la utilización, para fines de investigación, sólo de los embriones afectados por enfermedades -y de cuáles enfermedades- o incluso aquellos científicamente «no biopsables»; la selección de los objetivos y propósitos específicos de la investigación que puedan justificar el «sacrificio» del embrión; la posibilidad, y la determinación de la duración, de un período de crioconservación previo; la necesidad o no (después de tales períodos) de una consulta posterior por parte de la pareja, o de la mujer, para verificar la voluntad confirmada de abandonar el embrión y su destino para la experimentación; y las precauciones más adecuadas para evitar la «comercialización» de embriones residuales.

La impresión que la (falta de) toma de posición ha producido en muchos comentaristas es que la Consulta podría, quizás, haber adoptado una sentencia de rechazo interpretativa declarando constitucionalmente ilegítimo el art. 13, numeral 1, en la parte en la que no especifica que la prohibición debe referirse únicamente a aquellos embriones que puedan efectivamente ser utilizados con fines procreadores, pero no a los destinados en cualquier caso a la muerte³¹.

Como se señaló, de hecho, art. 13 de la ley n. 40/2004 es irrazonable cuando no distingue entre la prohibición de producir embriones con fines de investigación y la de destinar con el mismo fin los embriones sobrantes de un tratamiento de fecundación asistida que ya no pueden utilizarse con fines procreadores³².

Sin embargo, la situación actual en el ordenamiento jurídico italiano con respecto al tema en cuestión es la que se acaba de describir.

²⁹ Se trata, afirman los jueces constitucionales, de «un conflicto, respecto de cuya solución se encuentran profundamente divididos juristas, científicos y la propia sociedad civil. Y también las legislaciones, los comités de ética y las comisiones especiales de los numerosos países que han abordado el problema (...) están lejos de haber logrado resultados en los que converja un consenso general».

³⁰ La Corte Constitucional ha destacado en repetidas ocasiones que, cuando entran en juego «derechos y requisitos constitucionales en conflicto», el equilibrio para resolver el conflicto solo puede pasar por una intervención legislativa. Ver, para todos, las sentencias del 26 de septiembre de 1998, n. 347, en *Giurisprudenza italiana*, 1999, pp. 461 y ss., con notas de L. BALESTRA y F. UCCELLA.

³¹ Cfr., sobre el tema, E. CHEREGATO, 2016.

³² Así G. PERRONE, 2016.

4. EL «ESTATUS» DEL EMBRIÓN EN EL SISTEMA CEDH

Recientemente, en el conocido caso *Parrillo contra Italia*, recurso n. 46470/11, de 27 de agosto de 2015³³, los jueces europeos, en una sentencia larga y compleja, abordaron indirectamente la cuestión, tras estudiar la compatibilidad de la prohibición de la investigación con embriones (incluidos los criopreservados, por ser supernumerarios o no implantables) contenidas en el art. 13 de la Ley 40/2004 (que, además, sanciona cualquier infracción a la norma con pena privativa de libertad de dos a seis años, con multa de 50.000 a 150.000 euros y, para los profesionales del sector sanitario, con la suspensión del ejercicio profesional de 1 a 3 años) con el CEDH.

La historia surgió a raíz de la apelación de Adelina Parrillo, quien había sido sometida a procreación asistida médicamente junto con su pareja Stefano Rolla en 2002. Los cinco embriones producidos no fueron implantados inmediatamente y por lo tanto fueron criopreservados en ausencia de una ley que en ese entonces prohibiera esta operación. El Señor Rolla murió en el ataque de Nasiriya el 12 de noviembre de 2003. Después de decidir no continuar con el implante, la demandante expresó su intención de donar sus embriones a la investigación científica. La solicitud de la mujer fue rechazada por el centro de salud donde se almacenaban los embriones, en virtud de la prohibición absoluta prevista en la ley italiana sobre procreación asistida por médicos.

Precisamente por el carácter imperativo de la prohibición, no susceptible de ser redimensionada de manera interpretativa por los jueces nacionales, la señora Parrillo decidió recurrir de inmediato ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando el contraste del derecho italiano con los artículos. 1, del Protocolo No. 1 (derecho a la propiedad), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 10 (libertad de expresión) del CEDH.

El 28 de mayo de 2013 la Sala Segunda de la Corte declaró inadmisibile la cuestión relativa a la violación a la libertad de expresión (de conformidad con el artículo 10 de la CEDH, que también protege la libertad de investigación científica), por incompatibilidad *ratione personae* (ex art. 35, apart. 3 y 4, CEDH), siendo los investigadores los únicos titulares del derecho en cuestión; y aplazó el examen de los demás motivos de recurso ante la Gran Cámara.

Ésta última, resolvió -como se mencionó- en 2015, declaró no admisible el recurso de casación respecto al art. 1 del Protocolo Adicional y, si bien no consideró relevante establecer cuándo comienza la vida humana (en ausencia de referencias a una supuesta violación del artículo 2 del CEDH), destacó que ciertamente no es posible reducir los embriones a «posiciones» según el significado del primer protocolo agregado al Convenio; y, en cambio, excluyó (con un solo voto en contra; una opinión concordante, una parcialmente concordante, una en desacuerdo y dos parcialmente en desacuerdo) la presunta violación del art. 8 del CEDH.

La Corte, al resolver la cuestión, partió de la conexión existente entre la persona que accedió a someterse a técnicas de fecundación artificial y los embriones producidos como consecuencia de las operaciones de procreación asistida: este últi-

³³ Entre los comentarios más interesantes sobre la sentencia en cuestión, v. V. ZAGREBELSKY, 2015, pp. 609 y ss.; L. POLI, 2015; V. TIGANO, 2015; G. CASABURI, 2015, pp. 453 y ss.; L. FILIPPI, data?; M. D'AMICO, 2015; J. GILL y S. LEE, 2015, pp. 1 y ss.

mo, se precisa (§ 158), contienen material genético perteneciente a la demandante y, por tanto, deben considerarse como partes constitutivas de su identidad genética y biológica³⁴; y se destacó que la posibilidad de Adelina Parrillo de tomar una decisión consciente sobre el destino de sus propios embriones concierne ciertamente a un aspecto íntimo de su vida privada y es una forma de ejercer el derecho a la autodeterminación (§ 159) - de ahí que la aplicabilidad del art. 8 CEDH al caso en cuestión³⁵ - sin embargo, el derecho, invocado por la demandante, de donar los embriones (producidos por ella) a la investigación científica, mientras se hace referencia a la disposición antes mencionada de la Convención de Derechos Humanos «no concierne a un aspecto particularmente importante de la existencia e identidad» (§ 174), como para justificar una restricción de la discreción estatal.

Además, debido a la complejidad ética de la cuestión, que plantea «delicadas cuestiones morales y éticas», y la ausencia de un consenso europeo sobre este punto (§ 176), los Estados miembros de la Convención tienen un amplio «margen de apreciación» sobre la elección de regular la práctica de la donación de embriones.

Tratando, por tanto, de interpretar las palabras del TEDH de manera coherente, parece considerarse que los derechos de «otros», cuya protección es capaz de contrarrestar la comprensión del derecho de autodeterminación del solicitante (según lo dispuesto en el art. 8 de la Convención)³⁶, son las de los asociados que perciben la experimentación sobre el producto de la concepción como una ofensa a la dignidad del género humano (y no a la del embrión, que aún no es titular de derechos)³⁷.

³⁴ De relevancia genética, perteneciente a los padres biológicos del embrión y que no puede ser utilizado sin el consentimiento de este último, el Tribunal de Estrasburgo ya se había pronunciado en el caso *Evans contra Reino Unido* (recurso n. 6339/05, de 10 de abril de 2007), en el que los jueces de Estrasburgo habían declarado que, en ausencia de un consenso europeo sobre la definición científica y jurídica del comienzo de la vida humana, «los embriones creados con gametos del solicitante no tiene derecho a la vida según el sentido del art. 2 de la Convención» (§ 56). Precisamente por ello, no se consideró ilegítima la legislación inglesa que atribuye a ambos miembros de la pareja la potestad de disponer de los embriones, e incluso optar por la destrucción de estos últimos (como es el caso aquí). Y, por tanto, el derecho del marido a decidir denegar la implantación del embrión en el útero de su esposa prevalece sobre el derecho de ésta a ser madre.

³⁵ Según PERRONE, 2016, «sin embargo, surge una contradicción entre el razonamiento que introduce la discusión y las conclusiones alcanzadas por el Tribunal en la sentencia final (...) en el párrafo 174, sin embargo, los jueces de Estrasburgo cambian la dirección del razonamiento al argumentar que el derecho a poder decidir el destino de los propios embriones, si bien estos representan una parte constitutiva de la identidad genética de la persona, no se refiere directamente al respeto del derecho del solicitante a la vida privada y familiar». Para los jueces Casadevall, Ziemele, Power-Forde, De Gaetano y Yudkivska, la posición de la mayoría no puede ser compartida según la cual los embriones son meras pertenencias biológicas de otras personas, de hecho, tendrían una identidad separada y distinta de la de sus propios «padres». De lo contrario, ¿por qué razón, se preguntan, «habría tanta abundancia de documentos, recomendaciones, convenciones y protocolos internacionales dirigidos a su protección?». Estos instrumentos demostrarían claramente que «según la sociedad» los embriones no pueden ser considerados «cosas»: son entidades autónomas y, según lo establecido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «deben ser tratados en todo caso con el respeto debido a su dignidad humana» (como en el § 53 de la sentencia *Parrillo*).

³⁶ Según la disposición en cuestión, «no puede haber injerencia de una autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo que dicha injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria (...) para la protección del orden, la salud o la moral pública, o la protección de los derechos y libertades de los demás». La pregunta sobre la identificación exacta del significado de la expresión «otros» generó mucha discusión, incluso dentro del foro judicial convocado para decidir sobre el caso *Parrillo* (ver, por ejemplo, el párrafo 6 de la opinión disidente del juez Sajó).

³⁷ V., sobre el tema, las observaciones de TIGANO, 2015.

5. CONCLUSIONES. LA NECESIDAD DE UN ENFOQUE COMPARTIDO EN EL «ESPACIO JURÍDICO EUROPEO»

La delicadeza de los temas relacionados con el estado del embrión y la posibilidad de realizar investigaciones sobre el mismo no nos permiten hablar por el momento de una armonización de disciplinas a nivel europeo.

Sin embargo, no es razonable pensar que en una Europa que tiene la ambición de aspirar a una unión cada vez más fuerte entre sus países es posible seguir dejando a los legisladores individuales o intérpretes nacionales plena discreción sobre el asunto, con riesgo de compra de foros o escapes hacia sistemas más progresistas (pero, solo para aquellos que pueden permitírselo económicamente)³⁸.

Según John Rawls, el método para propiciar un proceso de integración jurídica en campos tan sensibles sería el del consenso superpuesto, es decir, el consenso por intersección (partiendo de los puntos en los que es más fácil encontrar el mismo sentimiento de la comunidad)³⁹.

Es curioso, por ejemplo, que la propia Gran Cámara del Tribunal de Estrasburgo no preguntó (o no quiso preguntar), en 2015, si la prohibición absoluta de experimentar con embriones humanos debería referirse únicamente a los destinados a la implantación en útero, y por lo tanto dejar las puertas abiertas a la investigación científica sobre los afectados por la muerte por microorganismos⁴⁰ incluso en presencia de blastómeros únicos aún viables⁴¹ (y en este punto quizás sería útil intervenir en la legislación, dando una definición de muerte embrionaria, como ha sucedido en Italia para el concepto de muerte encefálica⁴²), así como sobre aquellos que, por graves anomalías irreversibles del desarrollo, no pueden implantarse y deben dejarse en cultivo hasta su extinción natural, o sobre aquellos (para los que tendría sentido pensar en una denominada «adopción por nacimiento»⁴³) que han sido abandonadas o que por diversas razones han sido criopreservadas durante un cierto número de años, y por tanto ya no se utilizan en un proceso reproductivo.

Y un argumento similar podría ser válido, además, para el feto destinado a ser desechado tras un aborto (voluntario o espontáneo).

Desde este punto de vista, la disposición a que se refiere el artículo 13 de la Ley italiana 40/2004, por ejemplo, es mucho más rígida que el mismo art. 18 del

³⁸ Como se indica en el documento de la Dirección General de Estudios, Industria, Investigación y División de Energía del Parlamento Europeo, STOA (Scientific and Technological Options Assessment), cit, p. 57, «dado el rápido ritmo de desarrollo y la fragmentación del enfoque entre los Estados miembros, surgen preocupaciones sobre la aparición de posibles 'refugios' para la investigación, donde los científicos podrían aprovechar la falta de regulación para eludir las restricciones legales vigentes en sus países».

³⁹ J. RAWLS, 1999, pp. 340 y ss.

⁴⁰ Cfr. V. TIGANO, 2015.

⁴¹ Sobre el argumento se remite a D.W. LANDRY y H.A. ZUCKER, 2004, pp. 1184 y ss.; H. PEARSON y ABBOTT, 2006; X. ZHANG, P. STOJKOVIC, S. PRZYBORSKI, M. COOKE, L. ARMSTRONG, M. LAKO - et al. 2006, pp. 2669 y ss.; S. GAVRILOV, R.W PROSSER, I. KHALID, J. MACDONALD, M.V. SAUER, D.W LANDRY, V.E. PAPAIOANNOU, 2009, pp. 301 y ss.

⁴² Según el art. 1 de la ley n. 578 de 29 de diciembre de 1993, «La muerte se identifica con el cese irreversible de todas las funciones cerebrales». Sobre el tema, cfr. A. CAPRON y L. KASS, 1972, pp. 87 y ss.

⁴³ Cfr. el Dictamen del Comité Nacional de Bioética de 18 de noviembre de 2005., disponible en www.presidenza.governo.it/bioetica/testi/APN.pdf

Convenio de Oviedo (que impide la producción de embriones con fines de investigación, pero no niega la posibilidad de experimentar con los creados para ser implantados, que luego quedaron sin utilizar).

Probablemente ha llegado el momento de tomar decisiones racionales, teniendo en cuenta que ampliar el tejido de la investigación, en los casos en que esto no conduzca a la destrucción de vidas humanas, podría significar favorecer el tratamiento de enfermedades degenerativas particularmente graves, en interés de todo el mundo.

Y tratar de alcanzar soluciones armonizadas al menos en el Viejo Continente sería un logro importante de la civilización.

LEGAL STATUS OF THE EMBRYO IN THE POLISH LEGAL SYSTEM

Agnieszka Wojcieszak

(Adam Mickiewicz University in Poznań - Poland)

1. INTRODUCTION

There has been a discussion on the legal status of the human embryo in the Polish legal system for many years¹. The topic is particularly crucial because the Catholic ethics supports the existence of "humanity from the beginning"². Thus, "a man does not become a person in time"³. It should be considered that the doubts presented by representatives of law, philosophy, bioethics and medicine focus not only on the embryo itself, but also on the dispute about the beginning of human life⁴. These days, there are two concepts which compete with each other. The first one assumes that the creation of a genetic code, or the moment of conception, determines the beginning

¹ See: T. BIESAGA, "Antropologiczny status embrionu ludzkiego", in *Podstawy i zastosowania bioetyki*, ed. T. Biegasa, Cracow 2001, p. 102 i n.; T. BIESAGA, *Podmiotowość człowieka w okresie prenatalnym Studia Ecologiae et Bioethicae* 2004, no. 2, p. 215–216; A. GRUDZIEN, "Kryterium człowieczeństwa embrionu ludzkiego", *Bioetyczne Zeszyty Pediatрії* 2005, no. 2, p. 17-26; R. SALA, *Początki życia ludzkiego w komentarzach patrystycznych*, Polonia Sacra 2013, no. 1 (32), p. 51-70; K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, "Dawstwo materiału genetycznego a rozwiązanie polskiej ustawy o leczeniu niepłodności", *Białostockie Studia Prawnicze* 2020, vol. 25, no. 2, p. 141-164; E. BĄGINSKA, "Kinga Bączyk Rozwadowska, Prokreacja medycznie wspomagana". *Studium z dziedziny prawa*, Wydawnictwo TNOiK - Dom Organizatora, Toruń, sp. 807, p. 326; Ł. SZYMANSKI, "Embrion ludzki - pytanie o status", *Scientiarum* 2017, no. 6, p. 59-78; T. BIESAGA, "Status embrionu - stanowisko personalizmu ontologicznego", *Medycyna Praktyczna* 2004, no. 7-8, p. 28-31; Z. SZAWARSKI, "Etyka i przerywanie ciąży", in *W kręgu życia i śmierci. Moralne problemy medycyny współczesnej*, ed. Z. Szawarski, Warsaw 1987, p. 169–201; A. J. KATOŁO, "Embrion ludzki - osoba czy rzecz?", Wydawnictwo Diecezjalne Sandomierz", *Lublin-Sandomierz* 2000, p. 46-66; M. NARUSZEWICZ, P. MURASZKO, "Pojęcie i status embrionu ludzkiego w świetle wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej - Olivier Brulstle przeciwko Greenpeace eV", *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne* 2012, no. 3, p. 155-167.

² R. SALA, *Początki*, p. 51.

³ *Ibidem*, p. 51.

⁴ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, "Prokreacja medycznie wspomagana". *Studium z dziedziny prawa*, Toruń 2018, p. 250.

of human life⁵. On the other hand, the second concept identifies it with the beginning of brain activity⁶. Regardless of which one seems to be more appropriate, it is crucial to determine whether to be led by the need to guarantee the protection of dignity or by the freedom of reproduction. The development of medically assisted procreation requires not only the EU and international legislation, but also national legislation to introduce legislative solutions to protect both of these values. Of course, this assumption is not always reflected in the literature or jurisprudence. Nevertheless, due to the need to protect the right to life, the provisions should be interpreted in such a manner as to ensure the maximum guarantee of protection of the dignity and freedom of reproduction. In this context, it should be highlighted that the legal status of the human embryo is not determined by acts in international, EU or national law. The current legislative solutions contain only mechanisms aimed at protecting embryos against the excessive influence of biotechnology and the development of medically assisted procreation⁷. We can even get the impression that the issue of the legal status of embryos and the possible issue of their subjectivity are secondary considerations⁸. Therefore, there is still an open discussion about whether it is possible to talk about the humanity of the human embryo at all. According to the legality of medically assisted procreation techniques, especially in vitro fertilization, it is crucial to establish the legal status of the human embryo. Establishing a particular standpoint in this regard may significantly affect the further development of the in vitro fertilization methods.

In literature, it is rightly said that an embryo is an independent biological entity, independent of reproductive cells⁹. Naturally, it has a different legal position than a fetus or a conceived child¹⁰. These concepts should not be equated with each other. It should be noted that the jurisprudence also highlights that conception is the same as the implementation and implantation of the embryo in the mother's

⁵ M. GABRYŚ, "Opinia dotycząca pytania, od kiedy zaczyna się życie ludzkie?", *Biuro Analiz Sejmowych*, Druk Sejmowy no. 993, Warsaw 2007, no. 3, p. 144.

⁶ K. SZCZUCKI, "Prawo dziecka poczętego metodą in vitro do poznania własnej tożsamości biologicznej", in *Współczesne wyzwania bioetyczne*, ed. L. BOSEK, M. KRÓLIKOWSKI, Warsaw 2010, p. 190.

⁷ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, "Status prawny embrionu in vitro", in *Wielka Encyklopedia Prawa. Tom X*, ed. E. BAGIŃSKA, Warsaw 2016, p. 135.

⁸ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 251.

⁹ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 251.

¹⁰ K. WIAK, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin 2001, p. 131-132; E. ZIELIŃSKA, "Z problematyki wykładni przepisów karnych dotyczących ochrony płodu ludzkiego", *Państwo i Prawo* 1995, no. 2, p. 28-29; J. MAJEWSKI, W. WRÓBEL, "Prawonokarna ochrona dziecka poczętego", *Państwo i Prawo* 1993, no. 5, p. 36-37.

uterus¹¹. Whereas, the beginning of human existence is not the moment of fertilization, because "it only constitutes the creation of a human being who is not yet a person"¹².

According to the Polish legal system, the difference between the status of the human embryo and a fetus results particularly from the provisions of civil and family law. The provisions relating to *nasciturusa* do not apply to the human embryo¹³. It applies to the institution of conditional legal capacity and subjectivity. Adopting a different point of view would lead to a situation where the acquisition of conditional legal capacity would be uncertain, so it would depend on the implementation. In addition, the Polish legislator does not exercise the right to life regarding defective embryos due to their annihilation and excludes the possibility of remedying prenatal damages¹⁴.

Similarly, the Polish Constitutional Tribunal claims that a human life "at every stage of its development is a constitutional value subject to protection, which does not mean that the intensity of this protection is the same at every stage of life and in all circumstances. The intensity of legal protection and its type is not a simple consequence of the value of the protected good. The intensity and the type of legal protection, in addition to the value of the protected good, is influenced by a number of factors of a diverse nature, which must be taken into consideration by an ordinary legislator when deciding on the type of legal protection and its intensity. This protection should be always sufficient from the point of view of the protected good"¹⁵. Therefore, the protection of life is gradual and the guarantees associated with it are changing. A stronger legal protection is given to a conceived child than to embryos. It is even said that embryos "have a certain type of protection; however, this entity is not treated by law as a person and their life does not constitute an inherent value"¹⁶.

Due to the above considerations, the question arises in which category the legal status of the human embryo is. In literature we can find three different standpoints. According to the first of them, an embryo is an object of ownership. The second concept is that an embryo

¹¹ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 251.

¹² K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 252; M. ŻELICHOWSKI, *Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno - płodowego*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1997, no. 1, p. 109; T. SMYCZYŃSKI, *Pojęcie i status prawny dzieciak poczętego*, *Studia Prawnicze* 1989, issue 4, p. 27.

¹³ J. HABERKO, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, *Przebieg Sądowy* 2008, no. 10, p. 29-30.

¹⁴ M. FILAR, *Lekarskie prawo karne*, Cracow 2000, p. 231-232.

¹⁵ Judgment of the Constitutional Tribunal of 28 May 1997, K 26/96, OTK 1997, issue 2, item 19.

¹⁶ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 255.

is a subject of law. On the other hand, the last of the concepts is indirect and assumes that an embryo cannot be considered either an object or a legal subject. For that reason, it seems necessary to try to analyze all three concepts in order to determine which of them is the most adequate and consistent with Polish legal regulations.

2. EMBRYO AS AN OBJECT OF OWNERSHIP

The perception of the human embryo as a thing causes a number of doubts in legal science and medicine¹⁷. Most of all, an embryo is an object of ownership of people who led to the creation of it from their gametes¹⁸. Therefore, they are entitled to freely decide about its fate. They can use embryos for their own procreating purposes, annihilate them or donate to science¹⁹. The interest of potential parents over the interests of the future child is a priority.

According to the opponents of this concept, an embryo is deprived of legal protection. It decreases the possibility of using it in the medically assisted procreation procedures by genetic parents. The parents who created the embryo are entitled to exercise and dispose of it. We cannot avoid a situation where genetic material banks will acquire embryos from genetic parents by means of donation or sales agreements or they will import or export gametes.

The genetic parents' right to their embryo is connected with the issue of its storage. Some courts in the USA have their opinion on this subject²⁰. For instance, the court of Virginia decided that in the absence of provisions relating to the status of an in vitro embryo, embryos in an excessive number are the object of ownership of their genetic parents. As a result, the clinic, which stored them, was obliged to give them fertilized embryos²¹.

The consequence of the above is the recognition of fertilized egg cells as the subject of marital co-ownership, which may be divided in case of divorce²². The judgement of Alabama state in the Cahill vs. Cahill case found that it is crucial to indicate that the frozen embryos

¹⁷ See: A. F. DZIUBA, "Embrion jest osobą", *Ius Matrimoniale* 1999, no. 4(10), p. 215-255; B. GACKA, "Kościół w obronie godności osoby ludzkiej", in: *Teologia i świat osoby*, ed. Cz. P. Bartnik, Lublin 2008, p. 128-132.

¹⁸ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 256; K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Status prawny*, p. 135.

¹⁹ O. NAWROT, *Status prawny pre-embrionu*, *Państwo i Prawo* 2009, issue 3, p. 15-16.

²⁰ See: K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Status prawny*, p. 135.

²¹ "York vp. Jones" z 1989 r. (717 F. Supp. 421; E.D. Va 1989), See: <https://embryo.asu.edu/pages/york-v-jones-1989>.

²² K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 260.

constitute a marital property in order to establish who is entitled to exercise and dispose of the embryos in case of divorce²³.

The perception of the human embryo as a thing does not agree to the current decisions of the courts and the dominant standpoint in literature. It remains in contradiction with currently accepted values and axiological assumptions. The adoption of the above concept not only would limit it, but also would threaten the commercialization of the gameteic material, including the entire medically assisted procreation procedure²⁴. It indicates that "treating an embryo as a thing disrespects it and every person and it is an act against the people. It dehumanizes our basic interpersonal relationships, our culture and medicine"²⁵.

4.. EMBRYO AS A LEGAL SUBJECT

The second concept presented in literature assumes that an embryo is a subject of law from the moment of the connection of gametes²⁶. As a subject of law, it has a dignity as every human being²⁷. It is even indicated in literature that an embryo is "a form of a human life which has a unique genetic code and according to biology, it is a living creature, it responds to incentives, metabolises and it is able to become a person"²⁸. It is necessary to "respect an inviolable right of the embryo to life and the protection of its integrity, assuming that, if needed, there is a possibility to treat it in the same way every human being is treated"²⁹. This view is reflected in the doctrine of the catholic church³⁰. It is assumed that the destruction of embryos is forbidden,

²³ See: M. TROEGER, "The Legal Status of Frozen Pre-Embryos When A Dispute Aries During Divorce (Comment)", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 2002-2003, vol. 18, p. 570 i n.

²⁴ See: K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 262.

²⁵ T. BIESAGA, *Status embrionu*, p. 30-31.

²⁶ The concept of treating an embryo as a person has also been adopted in the German legal order. The judgment of the German Constitutional Tribunal indicated that the embryo is the subjects of law - it is entitled to the dignity of a person (See: O. LUCHTERHANDT, R. BRÜSCHKE, *Godność człowieka - aktualne kwestie sporne w niemieckim prawie państwowym*, PiP 2005, no. 2, p. 41).

²⁷ T. SMYCZYŃSKI, *Tezy w sprawie projektu prawnej regulacji medycznie wspomagannej prokreacji i ochrony prawnej zarodka ludzkiego*, in: *Wspomagana prokreacja ludzka. Zagadnienia legislacyjne*, ed. T. SMYCZYŃSKI, Poznań 1996, p. 176-178.

²⁸ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 262.

²⁹ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 263.

³⁰ E.g. CZ. P. BARTNIK, *Człowiek od poczęcia osobą*, *Teologia w Polsce* 2020, no. 4 p. 5-11; *Początek ludzkiego życia - bioetyczne wyzwania i zagrożenia*, ed. W. SINKIEWICZ, R. GRABOWSKI, Bydgoszcz 2016, *passim*; W. GALEWICZ, *Status ludzkiego zarodka a etyka badań biomedycznych*, Cracow 2013, p. 190-195; B. GACKA, *Kościół w obronie godności*, p. 128-132; M.K. JABŁŃSKA, P. E. FRĄCZEK, D. SIWCZYŃSKA, A. PACIAN, H. SKORZYŃSKA, J. PACIAN, "Embrion - istota ludzka czy tylko zapłodniona komórka jajowa?", *Hygeia*

donating them to science, as well as using them in medical experiments³¹. An embryo is treated as every human being. It has the same rights as a person. Therefore, it should be acceptable to use embryos in such a number which will be implemented into the body of a woman in the same cycle. The process of freezing embryos in an excessive number is often connected with their annihilation. In consequence, some representatives of the church and doctrines of law talk about the need to suspend processes artificially abstaining the development of embryos in time³². Due to that, the proper protection of a potential human life will be ensured.

The legal capacity and court ability of a human being is a consequence of the perception of an embryo as a person³³. Thus, it does not constitute a property of the gametes donors, medical personnel or clinic in which medically assisted procreation procedures are carried out. This solution found its reflection in the legal system of Louisiana. It is forbidden there to destroy embryos deliberately or to create and use them in science. However, all doubts and disputes on this subject should be resolved by taking into account the principle of the embryo's good. The principle of the embryo's good is equivalent to the principles of the child's good. It aims to guarantee, to the fullest extent, the protection of embryos' further fate. Therefore, all instructions for genetic parents are limited to transfer or to consent to another pair's transfer and unlimited time of cryox conservation³⁴. Yet, it is forbidden to annihilate an embryo or donate it to science.

The concept of treating an embryo as a person seriously limits the development of medically assisted procreation. It is an extremely radical solution. It deprives genetic parents of autonomous decisions on the further fate of the embryo. For all intents and purposes, in vitro fertilization, according to this concept, is unacceptable. It disrespects the dignity of a human being as well as the right to protect life. The adoption of this concept significantly reduces the effectiveness of the medically assisted procreation procedures and also exposes a poten-

Public Health 2012, no. 47(3), p. 280-281; A. MUSZALA, "Czy embrion ludzki jest osobą ludzką?", in *Człowiek – od kiedy?*, ed. R. Słowiński, Poznań 2013, p. 85-120.

³¹ A. MUSZALA, *Czy embrion ludzki jest osobą ludzką?*, p. 85-120; A. SIKORA, *Status embrionu. Perspektywa biomedyczna i etyczno-antropologiczna w świetle prac Papieskiej Akademii "Pro Vita"*, *Poznańskie Studia Teologiczne* 2009, vol. 23, p. 115-124.

³² M. GAŁĄZKA, "Problemy prawnej ochrony embrionów nadliczbowych", in *Współczesne wyzwania bioetyczne*, ed. L. BOSEK, M. KRÓLIKOWSKI, Warsaw 2010, p. 238.

³³ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Status prawny*, p. 136.

³⁴ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Status prawny*, p. 136; K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 265.

tial mother to health problems through the direct transfer of all embryos irrespective of their condition³⁵.

5. EMBRYO AS A SPECIAL CATEGORY

The last concept is commonly called "indirect" and it treats an embryo as a special category. According to it, an embryo is neither an object nor a subject of law. It is a category which should owe a legal protection "due to the potential of human life and associated dignity"³⁶. Human dignity is a fundamental value with an extremely complex legal meaning³⁷. It appears, from the inherent character of dignity, that it is a good which is inseparably entitled to every man³⁸ because of the fact of being a human being³⁹. For this reason, no one can be deprived of their dignity⁴⁰. Regardless of the legal status, the scope of legal capacity belongs to people throughout their lives⁴¹. Dignity is a universal value⁴². It demands respect for those values which define the subjective position of an individual. This is the attribute of

³⁵ V. FINESCHI, M. NERI, E. TURILLAZZI, "The New Italian Law on Assisted Reproduction Technology (Law 40/2004)", *Journal of Medical Ethics* 2005, vol. 31, p. 538.

³⁶ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Status prawny*, p. 136

³⁷ See: K. DOBRZENIECKI, in *Leksykon ochrony praw człowieka. 100 podstawowych pojęć*, ed. M. BALCERZAK, P. SYKUNA, Warsaw 2010, p. 144-147; H. MAJKRZAK, *Godność i niegodność człowieka*, Cracow 2009, p. 16-17; F.J. MAZUREK, *Godność osoby ludzkiej podstawa prawa człowieka*, Lublin 2001, p. 17 i n.; L. BOSEK, in *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz art. 1-86*, ed. M. SAFJAN, L. BOSEK, Warsaw 2016, p. 723; T. GUZ, "O naturze wrodzonej godności człowieka", in *Normatywny wymiar godności człowieka*, ed. W. LIS, A. BALICKI, Lublin 2012, p. 13-27.

³⁸ R. HAJDUK, "Współczesne zagrożenia godności ludzkiej według adhortacji apostoelskiej Jana Pawła II *Ecclesia in Europa*", in *Godność człowieka i rodziny*, ed. W. NOWAK, M. TUNKIEWICZ, Olsztyn 2007, p. 14-15; J. KRUKOWSKI, "Zasada poszanowania godności ludzkiej i prawa do życia w biomedycynie w prawie międzynarodowym", in *Ius et Lex. Księga Jubileuszowa ku czci Profesora Adama Strzembosza*, ed. A. DĘBINSKI, A. GRZEŠKOWIAK, K. WIAK, Lublin 2002, p. 491.

³⁹ W. JEDLECKA, "Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna porządku prawa Unii Europejskiej", in *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, ed. A. BATOR, M. JABŁOŃSKI, M. MACIEJEWSKI, K. WÓJTOWICZ, Wrocław 2013, p. 170; A. ZOLL, "Wymiar kary w aspekcie godności człowieka", in *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warsaw 2003, p. 173; F.J. MAZUREK, *Godność człowieka a prawa człowieka*, *Roczniki Nauk Społecznych* 1980, vol. 8, p. 39.

⁴⁰ See: B. BANASZAK, M. JABŁOŃSKI, *Konstytucja Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, ed. J. BOCIA, Wrocław 1998, p. 68.

⁴¹ See: M. WITKIEWICZ, "Rozważania wokół art. 30 Konstytucji RP", *op.cit.*, p. 20, 26.

⁴² A. ZOLL, "Godność człowieka jako źródło wolności i praw", in *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci profesor Alicji Grześkowiak*, ed. A. DĘBINSKI, M. GAŁĄZKA, R. G. HAŁAS, K. WIAK, Lublin 2006, p. 281; K. WOJTYCZEK, "Ochrona godności człowieka, wolności i równości przy pomocy skargi konstytucyjnej w polskim systemie prawnym", in *Godność człowieka jako kategoria prawa*, ed. K. Complak, Wrocław 2001, p. 206.

human dignity which requires to recognise its subject as an individual demanding protection⁴³.

The concept of treating an embryo as a special category is a kind of compromise. It does not focus on establishing the moment when a human life begins, but on determining who to treat an embryo as a potential person who differs only in the degree of development. The literature claims that "the potential of becoming human gives the embryo an intrinsic value, implies the requirement to be treated with respect due to human dignity and involves certain moral and legal obligations". "These obligations are qualitatively identical, but in terms of scope they differ from those which belong, on the one hand, to a conceived child (*nasciturus*) and, on the other hand, to a human being after birth (*natus*)"⁴⁴. Therefore, the assumption of this concept is not to protect the life and health of the embryo, but its dignity⁴⁵. Of course, dignity "as an intrinsic value itself is inviolable but the required respect may be violated by behaviour which disregards or violates the natural status of personal responsibility of the value-bearer"⁴⁶. Consequently, the national legislator's task is to protect an individual against impersonal treatment⁴⁷. According to the Polish Constitutional Tribunal, which adopted a similar standpoint, "human dignity as inviolable is not lost even by acting in an "unworthy" manner. It cannot be taken away from any human being. However, the resulting right to demand respect may be a subject of violations"⁴⁸. Thus, personality dignity⁴⁹, personal dignity⁵⁰ and dignity established

⁴³ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 268; L. BOSEK, *Gwarancje godności osoby ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warsaw 2012, p. 113.

⁴⁴ K. Bączyk-Rozwadowska, *Prokreacja*, p. 269; See: O. NAWROT, "Diagnostyka preimplantacyjna w prawodawstwie Rady Europy", *Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych* 2009, no. 2, p. 45.

⁴⁵ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 269.

⁴⁶ A. KOŚĆ, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 2005, p. 157.

⁴⁷ J. POTRZESZCZ, "Godność człowieka w orzecznictwie polskiego Trybunału Konstytucyjnego", *Roczniki Nauk Prawnych* 2005, vol. 15, no. 1, p. 36.

⁴⁸ Judgment of the Constitutional Tribunal of 5 March 2003, K 7/01, OTK-A 2003, nr 3, poz. 19.

⁴⁹ Personality dignity means "closest to that which can be defined by the right of personality, encompassing the values of the mental life of every human being and all those values which define the subjective position of an individual in society and which, according to the common opinion, constitute the respect due to every person. Of course, only dignity in the latter sense may be violated, it may be "affected" by the behavior of other people and legal regulations. - The judgment of the Constitutional Tribunal of 5 March 2003 K 7/01, OTK-A 2003, no. 3, item 19; similarly, the judgment of the Constitutional Tribunal of 1 September 2006, SK 14/05, OTK-A 2006, no 8, item. 97.

⁵⁰ Personal dignity is a personal trait which is expressed in self-esteem. Treated as the good name of the subject, it may occur in connection with a specific social role that a given person plays - see: J.J. MRÓZEK, "Godność osoby ludzkiej jako źródło praw człowieka i obywatela", *Civitas et Lex* 2014, no. 1, p. 43.

in some circumstances of life may be violated but dignity of a person⁵¹ remains inviolable.

It should be added here that the concept of the special status of the human embryo also results from the content of the 1997 Bioethics Convention⁵². Its provisions clearly show that, depending on the stage of development, a human being is entitled to a completely different level of protection. The convention protects an embryo in an indirect way. This protection is manifested in the prohibition of interference with the human genome, sex selection and the creation of embryos only for research purposes. Also, the provisions allow to test embryos as long as the legal system ensures the protection for them⁵³.

Moreover, the judgment of the European Court of Human Rights in the *Evans* v. United Kingdom case of 10 April 2007 (complaint No. 6339/05) shows that the refusal to hand over embryos to the woman for further implementation without the consent of her former partner (donor) does not violate the right to respect for private and family life. Consequently, the embryos, if they cannot be used, should be annihilated. An embryo is not a person. It is not entitled to the protection of life. A similar standpoint was adopted by the European Court of Human Rights in the *Vo* v. France case of 8 July 2004 (complaint no. 53924/00), pointing out that the basis for the protection of an embryo is the dignity criterion, and the determination of the moment when it starts to be subject to protection depends on the national legal order.

From the axiological point of view, treating the embryo as a special category seems to be the correct solution. Recognizing that an embryo is an object of ownership owned exclusively by the donors would be contrary to the current legal systems. On the other hand, granting embryos legal subjectivity would lead to situations, as they seem, incompatible with the legislator's intention. It is necessary to clearly distinguish a human being from an embryo. The protection,

⁵¹ In the axiological-ontological (personal) approach, dignity is "a transcendent value, primary to other human rights and freedoms (for which it is the source), inherent and inalienable - it always accompanies a man and cannot be violated either by the legislator or by specific actions of other subjects. In this sense, a man always maintains dignity and no behavior may deprive them of this dignity or violate it" - The judgment of the Constitutional Tribunal of 5 March 2003. K 7/01, OTK-A 2003, no. 3, item. 19.

⁵² See: L. BOSEK, "Ochrona embrionów w prawie międzynarodowym i europejskim, *Ruch Prawniczy*", *Ekonomiczny i Socjologiczny* 2007, issue 3, p. 11-23.

⁵³ K. BĄCZYK-ROZWADOWSKA, *Prokreacja*, p. 274; O. NAWROT, "Istota ludzka czy osoba? Status nasciturusa na gruncie Europejskiej Konwencji Bioetycznej", *Prawo i Medycyna* 2004, no. 1, p. 96.

to the same extent as a human being has, would be contrary to the purpose of medically assisted procreation⁵⁴.

5. LEGAL STATUS OF THE EMBRYO IN THE LIGHT OF A STANDPOINT PRESENTED BY THE POLISH LAW

There were no regulations in the Polish legal system referring directly to the procedures of medically assisted procreation for a long time. It was not until the Law of 25 June 2015⁵⁵ when the legal solutions related to the in vitro fertilization procedure were introduced⁵⁶. Before the introduction of the law, it was assumed that the legal system could not grant or take away dignity from anyone. All fundamental rights of an individual are secondary to dignity. Therefore, legal provisions should be interpreted in such a way as to protect and guarantee dignity.

According to the Article 30 of the Polish constitution, “the inherent and inalienable dignity of man is the source of human and civil freedom and rights. It is inviolable and its respect and protection is the responsibility of the public authorities”. Still, it is necessary to mention that the Polish constitution does not define the concept of “dignity”. It only indicates its character – “inalienable”, “inherent”, “inviolable”. It is considered as “a constitutional value of central importance for building the axiology of the current constitutional solutions, through its prism it is necessary to perform all other provisions on rights and liberties”⁵⁷. Moreover, dignity “is inseparably linked with the right to life and the protection of life”⁵⁸ which is reflected in the Article 38 of the Polish constitution. According to this provision, “The Republic of Poland provides every human being with the legal protection of life”. It is clear that the right to the protection of life is one of the fundamental rights. It has the character of a subjective right

⁵⁴ See: M. GAŁĄZKA, “Polskie prawo wobec zapłodnienia in vitro – dyskusja wciąż otwarta”, *Forum Prawnicze* 2016, no. 3, p. 53 i n.

⁵⁵ Law of June 25, 2015 on infertility treatment, i.e. Journal of Laws of 2020 item 442, hereinafter referred to as “the Law”.

⁵⁶ A. STĘPKOWSKI, “Opinia prawna w sprawie merytorycznej oceny rządowego projektu ustawy o leczeniu niepłodności”, *Zeszyty Prawnicze BAŚ* 2015, no. 48(4), p. 164-172.

⁵⁷ Judgment of the Constitutional Tribunal of 22 January 2013, P 46/09, OTK-A 2013, no. 1, item 3; the judgment of the Constitutional Tribunal of 20 March 2006, K 17/05, OTK-A 2006, no. 3, item 30; M. CHMAJ, “Konstytucyjna zasada godności człowieka i praktyka jej stosowania w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”, in *Dylematy praw człowieka*, ed. T. GARDOCKA, J. SOBCZAK, Toruń 2008, p. 36; E. H. MORAŃSKA, “Prawa konstytucyjne człowieka i obywatela Rzeczypospolitej Polskiej a prawa podstawowe Unii Europejskiej”. *Analiza porównawcza*, *Przegląd Sejmowy* 2009, no. 1 (90), p. 36.

⁵⁸ M. RYLSKI, *Zakres prawnej ochrony embrionów ludzkich w polskim porządku konstytucyjnym na tle procedury in vitro*, *Przegląd Sejmowy* 2020, no. 3 (158), p. 127; See: wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 stycznia 2004 r., K 14/03, OTK-A 2004, no. 1, item 1.

and as such is protected by the Polish legal system⁵⁹. It means that the dignity and right to the protection of life are granted to every living creature, i.e. "a being characterized by life processes, in addition, belonging to the human species (human being)"⁶⁰.

According to most representatives of Polish law, an embryo is a human being (it has a subjectivity) because it has a human genotype resulting from the amalgamation of the genetic codes of its genetic parents⁶¹. Therefore, it means that "both an embryo conceived *in utero* or *in vitro*, as well as a child after birth are human beings, but in biological science they are defined differently depending on the stage of development. A human being in the initial stage of development is not a part (in the objective sense) of the mother's body, but a separate being, a new creature, although it is physiologically dependent on the mother's organism until it acquires the ability to live outside her body"⁶². Therefore, legal protection of human life should cover all its forms, including an embryonic form⁶³. The embryonic stage of development also requires protection which is a consequence of granting dignity to each creature

In the context of the above remarks, it should be determined whether the concept of treating an embryo as a person is reflected in the provisions of other normative acts applicable in the Polish legal system. For this purpose, the provisions of the Civil Code as well as the law on infertility treatment have been analyzed.

⁵⁹ B. GRONOWSKA, "Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela", in *Prawo konstytucyjne*, ed. Z. WITKOWSKI, Toruń 1998, p. 96 i n.; P. WINCZOREK, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997*, Warsaw 2000, p. 57.

⁶⁰ M. RYLSKI, *Zakres*, p. 129.

⁶¹ See: M. RYLSKI, *Zakres*, p. 130; J. HABERKO, "Kilka uwag na temat statusu cywilnoprawnego ludzkiego embrionu w świetle projektu ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw", http://www.ptb.org.pl/pdf/haberko_in_vitro_1.pdf, 3.1.2022; T. SMYCZYŃSKI, "Opinia prawna o poselskim projekcie zmiany (art. 38) Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej", in *Konstytucyjna formuła ochrony życia*, Warsaw 2007, p. 16 i n.; M. ŻELICHOWSKI, "Podmiotowość prawna człowieka w okresie życia embrionalno-rodowego", *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 1997, vol. 1, no. 1, p. 103 i n.; M. SAFJAN, *Rozwój współczesnej medycyny i biologii a prawna ochrona dziecka poczętego*, *Studia Prawnicze* 1988, no. 3, p. 117 i n.; A. GRZEŚKOWIAK, "Prawo karne wartości. Wybrane problemy", in *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. II, ed. P. KARDAS, T. SROKA, W. WRÓBEL, Warsaw 2012, p. 300; J. HABERKO, K. OLSZEWSKI, "Moralne i prawne aspekty dążenie małżonków do posiadania dziecka w kontekście techniki zapłodnienia pozaustrojowego (*in vitro*)", *Prawo i Medycyna* 2008, no. 1(26), p. 66 i n.

⁶² M. RYLSKI, *Zakres*, p. 130.

⁶³ F. SZTANDERA, "Ochrona prawna dolności do życia zarodka w ustawie o leczeniu niepłodności z uwzględnieniem dorobku konstytucyjnego", <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-c5ae47de-5ffa-41a5-9793-d0b7e2cb7059/c/16-Sztandera.pdf>, 3.1.2022.

The embryo subjectification raises a number of doubts and difficulties in practice. As mentioned above, we should clearly distinguish "an embryo" from "a conceived child" (*nascitursa*). So far, the Polish legislator only grants the protection of integrity, including health and life to a conceived child⁶⁴. As J. Haberko rightly points out, "the protection in terms of certain elements of legal capacity applies in its entirety and without limitations only to the situation of a child conceived either naturally or conceived in a medically assisted way but already in the woman's body"⁶⁵. There are no regulations in the Civil Code with reference to embryos outside the womb of a woman. The Civil Code is a legal act which "was drafted in a situation where the techniques of medically assisted reproduction and in vitro fertilization allowing to obtain an embryo outside the woman's body were not popular"⁶⁶. Moreover, for a long time the legislator did not take into consideration the procedures of medically assisted procreation at all. The techniques allowing the medically assisted procreation were not applied at all, and if so, they were applied without any legal regulations⁶⁷. Medical possibilities definitely predated Polish law. This state of affairs continued until 2015 when the legislator decided to comprehensively regulate the principles and legal consequences of the use of medically assisted procreation techniques. It should be clearly highlighted that the law on infertility treatment did not eliminate the problems the Polish civil law has to face to this day.

By definition, the legislator protects human life and grants it the legal subjectivity from the moment of conception. Simultaneously, they do not distinct a human life outside a woman's body. Therefore, they are in favor of treating human life, in the case discussed here, as the life of a conceived child. It results from all the provisions of civil law, as well as the prerequisites for the admissibility of termination of pregnancy, the catalog of which is still limited⁶⁸. Nevertheless, it is neither deliberate nor possible to settle for solutions in the field of the subjectivity of the conceived child which proved effective at the time

⁶⁴ Decision of the Constitutional Tribunal of 28 May 1997, K 26/96, OTK-A 1997, no. 2, item 19; Z. CZARNIK, J. GAJDA, *Ochrona prawna dziecka poczętego in vitro i pozostającego poza organizmem matki (uwagi de lege lata i de lege ferenda)*, Nowe Prawo 1990, no. 10-12, p. 104.

⁶⁵ J. HABERKO, "Kilka uwag na temat statusu cywilnoprawnego ludzkiego embrionu w świetle projektu ustawy o ochronie genomu ludzkiego i embrionu ludzkiego oraz Polskiej radzie Bioetycznej i zmianie innych ustaw", http://www.ptb.org.pl/pdf/haberko_in_vitro_1.pdf

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ J. HABERKO, "Głos w dyskusji: Techniki wspomaganego rozrodu – problemy prawne i ich konsekwencje", *Ginekologia Praktyczna* 2005, no. 6, *passim*.

⁶⁸ See: Decision of the Constitutional Tribunal of 28 May 1997, K 26/96, OTK-A 1997, no. 2, item 19; the judgment of the Constitutional Tribunal of 22 October 2020, K 1/20, OTK-A 2021, item 4.

when the Civil Code was drafted.⁶⁹ The legislator should clearly regulate the legal status of an embryo. As a rational being, they should be aware of "the fact of using new technologies in medicine which lead to the creation of human life outside the body of a woman, and if so, since they do not exclude the application of general provisions concerning human life in the prenatal phase, it should be assumed that these provisions are applied without limitation. As long as the legislator did not bother to regulate this matter, any attempts of interpretation, whether in terms of granting embryos in the pre-implantation phase equal status to conceived children, or aiming at weakening their position, could find their supporters and opponents"⁷⁰.

Granting embryos the status of a subject by representatives of legal science in relations with other participants in the process of medically assisted procreation raises problems of a practical nature. In fact, since the legislator does not distinct an embryo conceived *in vivo* and *in vitro*, when defining the status of life before birth, only one term "conceived child" should be used in the civil law. Consequently, a child conceived due to reproductive support procedures and remaining outside the woman's body should be treated as a child conceived before birth. Therefore, the provisions of art. 8, art. 23, art. 446¹ and art. 927 § 2 of the Civil Code are applicable with reference to *in vitro* embryos. This results in granting the legal capacity to all created embryos according to the general rules provided for in art. 446¹ and art. 927 § 2 of the Civil Code.

It should be added that the law on infertility treatment is a normative act which regulates the techniques and the entire procedure of medically assisted procreation in the Polish legal system. The analysis of the provisions of this normative act leads to the far-reaching, but the deserving of approval conclusion that the legislator notices and recognizes the special moral status of an embryo. In art. 4 of the law it is pointed out that "infertility treatment is carried out with respect for human dignity, the right to private and family life, with particular reference on the legal protection of life, health, welfare and rights of the child". However, art. 23 sec. 3 of the law shows that "it is unacceptable to destroy embryos capable of proper development, formed in the medically assisted procreation procedure, not transferred to the recipient's organism" and art. 83 of the law introduces criminal liability for such an action - imprisonment from 6 months to 5 years. It is worth noticing that the legislator divides embryos into those which "are capable of proper development" and those which are not. It means that only those embryos whose rate and sequence of cell division, the de-

⁶⁹ J. HABERKO, *Kilka uwag*.

⁷⁰ J. HABERKO, *Kilka uwag*.

gree of development with reference to the age of the embryo and their morphological structure make them likely to develop properly, and additionally, a defect, which would result in severe and irreversible impairment or an incurable disease, has not been found are protected by the aforementioned provisions⁷¹.

It is worth emphasizing that art. 23 sec. 1 of the Act indicates that "embryos created from reproductive cells collected for partner donation or donation other than partner donation, capable of proper development, which have not been used in a medically assisted procreation procedure, are stored under conditions ensuring their proper protection until they are transferred to the recipient organism". It confirms the legislator's respect for the life and health of embryos, particularly that in the case of in vitro fertilization, in principle, it is allowed to fertilize no more than six female reproductive cells is allowed (Article 9 of the law).

In the further part of art.9 of the law there are exceptions to the above rule, in the case of which it is permissible to fertilize a larger number of reproductive cells if it is justified by: 1) the recipient is over 35 years old; 2) medical indications resulting from a disease coexisting with infertility; 3) previous, double and ineffective treatment with the method of in vitro fertilization. The presence of at least one of these conditions justifies the creation of a larger number of embryos. Therefore, the provision allows to create embryos in an excessive number, even above the statutory limit adopted as the rule, only in exceptional, strictly defined situations.

It results from the above that "all embryos can be implanted simultaneously; some of the embryos can be implanted at once, while the unused part will be frozen; one embryo will be implanted and the rest of them will be cryopreserved. Finally, the current law does not exclude the situation in which the embryos will not be transferred to the mother's organism at all"⁷². Under these circumstances, a statutory prohibition on the creation of embryos in an excessive number should be introduced. Only such a solution would guarantee an absolute protection of the constitutional value which is the embryo's viability⁷³.

The content of art. 28 sec. 1 and 2 of the law, which prohibits the sale, purchase or intermediation in a paid sale or purchase of a reproductive cell or embryo, speaks in favor of subjective treatment of the

⁷¹ See: M. RYLSKI, *Zakres*, p. 140.

⁷² F. SZTANDERA, "Ochrona prawna dolności do życia zarodka w ustawie o leczeniu niepłodności z uwzględnieniem dorobku konstytucyjnego", <http://cejsh.icm.edu.pl/cejsh/element/bwmeta1.element.desklight-c5ae47de-5ffa-41a5-9793-d0b7e2cb7059/c/16-Sztandera.pdf>.

⁷³ F. SZTANDERA, *Ochrona prawna*; similiar J. HABERKO, *Status cywilnoprawny ludzkiego embrionu w fazie przedimplantacyjnej*, *Przegląd Sądowy* 2008, no. 10, p. 31.

human embryo⁷⁴. It is not allowed to demand or accept any payment, other material benefits or personal benefits for the reproductive cells or used embryos⁷⁵.

Regardless of the above, it should be taken into consideration that some representatives of legal science in Poland assume that "human life from the moment of conception is protected only as a constitutional value, and the embryo is not entitled to the subjective right to protection of life"⁷⁶. Consequently, it is not treated as a person, but as a special category. The supporters of the view presented here claim that the life of embryos is subject to the constitutional protection, not because the embryo is a subject of law, but because a human life is a constitutionally protected value. In other words, an embryo is denied the legal subjectivity which a human being acquires. Nevertheless, this concept, which is based on the indirect protection, imposes an obligation to respect the dignity of the embryo. Its axiological justification is based on the internal morality of law, social pluralism and the principles of justice on which the Polish legal system is formed⁷⁷.

6. CONCLUSION

It is undeniable that the dispute over the beginning of human life is difficult to settle. However, regardless of this, human life must always be granted protection based on respect for the inviolable and inherent dignity of man⁷⁸. Of course, the level and scope of the embryo's protection in each legal order depend on the choice of the concept related to its status. These days, there are three concepts regarding the juridical status of an embryo: 1) an embryo perceived as a thing (object); 2) an embryo perceived as a person (subject) and 3) an embryo perceived as a special category (the so-called indirect/dignity concept).

De lege ferenda, the Polish legislator should clearly decide whether to cover "the legal protection of life of something that is not life, or not to cover the legal protection of life of what is life and deserves such

⁷⁴ Similar solutions in Germany, Russia, Slovakia, Sweden, Turkey and Italy

⁷⁵ Art. 76 and Art. 79 of the Law provides for criminal liability: 1) for the dissemination of advertisements for paid sale, purchase or intermediation in the paid sale or purchase of a reproductive cell or embryo; 2) to people who, in order to obtain material or personal benefits, acquire or sell an embryo, mediate in its acquisition or sale, or participate in the use of an embryo obtained contrary to the provisions of the Law.

⁷⁶ See: np. E. ZIELINSKA, "Konstytucyjna ochrona prawa do życia od momentu poczęcia (uwagi krytyczne do projektu zmiany art. 38 Konstytucji)", *Państwo i Prawo* 2007, no. 3, p. 5-11; J. OSTOJSKA, "O problemie podmiotowości prawnej embrionu *in vitro*", *Prawo i Medycyna* 2012, no. 14(46), p. 84 i n.

⁷⁷ K. BĄCZYK ROZWADOWSKA, *Prokreacja medycznie wspomagana*, p. 326.

⁷⁸ J. HABERKO, *Kilka uwag*.

protection”⁷⁹. It is assumed in the literature⁸⁰ that a certain solution to this problem was proposed by the Polish Constitutional Tribunal in the judgment of January 7, 2004. Which refers to the interpretative directive, according to which all possible doubts about the protection of human life should be resolved in favor of this protection (*in dubio pro vita humana*). Naturally, the intensity of this protection may be different, but it is not desirable that under certain factual circumstances, a given legal interest does not benefit from legal protection at all.

The status of the human embryo in the Polish legal system has not been clearly specified. Actually, there are two partially contradictory concepts. The first of them supports the assumption that the embryo should be treated as a subject of law. Oppositely, the second concept is indirect and refers to the dignity of the embryo. Both exclude perceiving the embryo as a thing (object).

From the pragmatic point of view, we should clearly opt for an indirect concept. It allows not only to adapt the legal situation of the embryo to the constantly developing biotechnology, but also indicates the areas of acceptable activities in the field of medically assisted procreation. Assigning the status of a special category to an embryo gives a possibility of storing the embryos, carrying out diagnostic tests and also protecting the embryos depending on the stage of their development through i.a. the prohibition on trading of genetic material. However, taking into account the constitutional provisions, the Polish legislator aims to protect every creature, regardless of the stage of its development and existence. The embryo is entitled to the dignity referred to in art. 30 of the Constitution. Moreover, it has a guaranteed right to protect this dignity and to respect it by the authorities (state). Dignity is due from the moment when a separate human organism is created, regardless of the manner of creation⁸¹.

Taking into account the previous considerations, it can be observed that there is an urgent need to determine how the status of the embryo should be perceived in the Polish legal system *ex lege*. The standpoint presented the doctrine or the judicature is not sufficient. The legislator should take immediate action to limit the situation in which the law does not keep up with the dynamic development of medical sciences, and the existing regulations on the use of the in vitro procedure do not explicitly refer to the fundamental issues, which certainly is the determination of the legal status of a human embryo.

⁷⁹ Judgment of the Constitutional Tribunal of 7 January 2004, K 14/03, OTK-A 2004, no. 1, item 1.

⁸⁰ F. SZTANDERA, *Ochrona prawna*.

⁸¹ M. RYLSKI, *Zakres*, p. 152.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL EMBRIÓN NO IMPLANTADO EN EL DERECHO ARGENTINO

ADRIANA N. KRASNOW

(Universidad Nacional de Rosario – Argentina)

1. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar, destaco que este trabajo es el resultado de la comunicación presentada en la Conferenza Internazionale «Statuto normativo dell'embrione e eperimentazione scientifica», la cual fue organizada por MICHHR – REDHT-Department of Civil, Economic and Privite International Law – Cracow University of Economics, el día 27 de febrero del año 2021.

En dicho marco y en respuesta al título propuesto, se limitó el abordaje a un relato de la situación jurídica del embrión no implantado en el Derecho argentino. Siguiendo con la misma línea de análisis, pero con la posibilidad de profundizar el objeto, se propone emprender un camino que, partiendo de un encuadre general del Modelo de Derecho privado en mi país, se pueda avanzar en el estudio del tema propuesto.

Con esta visión, invito al lector a compartir el estudio del objeto desde una perspectiva que en sintonía con los valores y principios que constituyen los pilares del Derecho privado argentino, permita abordar el problema anteponiendo la protección de la persona en su unicidad, en su familia y en sus vinculaciones con los demás. Adherir a esta visión, exige estudiar, interpretar y aplicar el Derecho desde una perspectiva orientada a la persona humana como centro de protección jurídica.

Este cambio de paradigma que se ubica en la segunda mitad del siglo XX, como una muestra de reconocimiento de los daños sufridos por la humanidad como consecuencia de las dos guerras mundiales, impulsó un movimiento en el seno de la comunidad internacional que derivó en el desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos.

El proceso descrito se consolida con la formulación de instrumentos de derechos humanos que fueron suscriptos e incorporados al Derecho interno de los Estados Partes. De esta forma, cada Estado asumió el compromiso de adecuar sus legislaciones al contenido de los mismos, lográndose internamente un marco de reconocimiento y protección de los derechos humanos, situación que en Argentina se logra materializar con la reforma constitucional del año 1994. A través de la misma, se modifica la estructura del sistema de fuentes, puesto que la ley fundamental pasa a compartir la cúspide de la pirámide jurídica junto con los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos – en adelante, IIDH – expre-

samente reconocidos en la Constitución nacional (art. 75, inc. 22): Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Derecho de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Además se aclara en el enunciado citado que se sumarán otros Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso de la Nación, conforme el procedimiento que la misma norma fundamental prescribe. En esta línea, se sumó en el año 2014, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En este escenario, entra en vigencia el 1° de agosto del año 2015 el Código Civil y Comercial argentino - en adelante, CCC - pensado y plasmado en clave constitucional y convencional. Con esta impronta, el Derecho privado capta los principios constitucionales y convencionales que se encuentran contenidos en sus institutos. Como se expresa en los Fundamentos de lo que fuera en sus inicios el Anteproyecto de Reforma del CCC,

[E]n nuestro anteproyecto, [...], tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina [...] Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado [...]

Es en este contexto humanista, donde nos proponemos abordar la situación jurídica del embrión no implantado.

2. ELEMBRIÓN NO IMPLANTADO EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

2.1. Un marco previo necesario

Sirviéndonos del relato contenido en el punto 1, destinamos este espacio a una breve caracterización del sistema de Derecho privado argentino, por entender que resulta clave para la comprensión del cómo se pretende encauzar el desarrollo del tema que nos convoca.

Empecemos por señalar que la nota que lo distingue es el responder a una estructura flexible sostenida en principios y valores. Este importante cambio, exige en el operador un mayor desafío, puesto que deberá abordar cada caso atendiendo a su particularidad, siguiendo para ello una labor de interpretación e integración de las normas que resulten de aplicación en armonía con los valores y principios que iluminan el sistema.

El método seguido se corresponde con su espíritu, al incluir un Título Preliminar a través del cual se refleja su impronta constitucional y convencional en los artículos 1° a 3°, con el complemento de los principios generales reconocidos en los artículos 9° a 14.

El artículo 1^o dispone que todo caso enmarcado en el Derecho privado debe ser resuelto armonizando lo dispuesto en el CCC con la base axiológica emanada de las normas de superior jerarquía, respetando el orden establecido por el sistema de fuentes interno: Constitución Nacional e IIDH de igual jerarquía (art. 75, inc. 22); instrumentos internacionales de derechos humanos de rango inferior ratificados por el Estado argentino; los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o lo interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho.

Especial importancia reviste la referencia en el texto del término «caso», puesto que su inclusión indica que la respuesta para cada situación es única, recayendo en el intérprete el deber de indagar y rescatar los elementos y problemas que cada historia de vida presenta, para así arribar a una respuesta tuitiva de la persona en cuestión. En particular, en la filiación por TRHA, debemos detectar cómo pasar de lo real a lo posible, recurriendo a la imaginación y al método de las variaciones, para proponer una solución que atienda a la utilidad de las distintas posibilidades².

En vinculación con lo precedente, el artículo 2^o del CCC informa sobre el cómo se debe interpretar³, cuya respuesta surge del propio enunciado cuando indica que el intérprete al momento de subsumir un caso en la norma, tendrá que desplegar una labor que no se limite a lo que dice, sino que atienda a su finalidad. No debe realizar esta tarea aislando a la norma del todo, sino por el contrario, desde un lugar que facilite la vinculación con normas análogas y normas de validez primaria. En suma, debe abstraerse de estructuras rígidas para así acceder a una respuesta realizadora de los derechos comprometidos en la situación a resolver.

En sintonía con lo expuesto, el artículo 3^o⁴, establece el deber del juez de arribar a una decisión «razonablemente fundada», extendiéndose la razonabilidad tanto a la definición de la norma o normas de aplicación, como así también, a la contemplación de los valores y derechos comprometidos en el caso a resolver.

2.2. El comienzo de la existencia de la persona humana en sintonía con la situación jurídica del embrión no implantado

Para introducirnos en el tema, corresponde decir que el artículo 19 del CCC es el que precisa el comienzo de la existencia de la persona humana. Arribar al texto vigente no fue sencillo, dado que se trató de uno de los enunciados que mayores debates despertó en el transcurso del período comprendido entre la presentación en el año 2011 de lo que fuera en sus inicios el Anteproyecto de Reforma, hasta concretar la puesta en vigencia del CCC el 1^o de agosto del año 2015.

¹ «Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o lo interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarias a derecho».

² A. KRASNOW, «El Título Preliminar del Código Civil y Comercial y su incidencia en la filiación por TRHA. Un abordaje posible desde la visión de sistema», en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 76, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 99-116.

³ «La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento».

⁴ «El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada».

Si uno se retrotrae a su redacción en la instancia inicial, la norma proyectada decía que «La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado».

Del texto se desprendería una distinción en relación al comienzo de la existencia, según se tratara de una fecundación corpórea o extracorpórea, texto que motivó en ciertos autores sostener que se estaba ante un doble régimen⁵.

Cuando el 28 de noviembre del año 2013, se logra la media sanción en la Cámara de Senadores el Proyecto de Reforma de CCC, se modifica el texto dado al proyectado artículo 19 que sin cambios pasa a integrar el CCC vigente. De forma simple y sin distinguir, el enunciado vigente se reduce al texto que pasamos a compartir: «La existencia de la persona humana comienza con la concepción».

Tras una primera lectura, uno podría decir que se vuelve al sistema originario, en el sentido de que se es persona desde la concepción, equiparando su alcance en todo supuesto de procreación natural, inseminación artificial o fecundación extracorpórea.

Sin embargo, quienes nos dedicamos al estudio del derecho como ciencia, contamos en el presente con un modelo de sistema que valida lo que muchos desde siempre sostuvimos: todo problema no debe analizarse en el limitado marco de las normas propias del instituto en el que se inserta, sino desde un análisis comprensivo de las fuentes que integran el ordenamiento jurídico vigente. Siendo así, nace la exigencia de brindar una respuesta receptiva de los principios, reglas y valores del mismo. Con esta visión amplia sobre la cual nos referimos en los apartados que preceden, es que podemos sostener con plena convicción que cabe hacer una distinción, según se esté ante una fecundación corpórea o extracorpórea.

Con esta impronta, el texto no debe ser interpretado de forma aislada, sino en el marco del sistema de fuentes interno, considerando lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 26.994⁶ y lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – en adelante, CIDH – en el caso «Artavia Murillo y otros c. Costa Rica»⁷⁻⁸. Servirnos

⁵ J. W. TOBIAS, «La persona humana en el Proyecto», *RDFyP*, 2012 (julio), 2012, p. 261; E. SAMBRIZZI, «Situación de los embriones crioconservados obtenidos antes de la eventual entrada en vigencia del Proyecto de Reformas al Código Civil», *RDFyP*, 2012 (septiembre), p. 145; J. N. LAFFERRIERE y M. I. FRANCK, «La situación de los embriones no implantados en el Proyecto de Código Civil y Comercial», *RDFyP*, 2012 (noviembre), p. 207; R. ANDORNO, «La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial», *RDPyF*, 2012 (agosto), p. 232.

⁶ Ley que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación. Sancionada el 1° de octubre del año 2014. Promulgada el día 7 de octubre de 2014. Publicada en el Boletín Oficial el día 8 de octubre del año 2014.

⁷ CIDH, 28/11/2012, «Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica», LL 2013-A, 160.

⁸ Si bien excede el objeto de esta colaboración, corresponde señalar que con fecha 26/02/2016, la CIDH emitió un pronunciamiento en relación al procedimiento de cumplimiento de la sentencia dictada el 28/11/2012. En la misma, carga sobre la Sala Constitucional de la Corte de Costa Rica el no contar con una ley de TRHA. Finalmente, el 22 de noviembre de 2019, la CIDH se vuelve a pronunciar favorablemente, después de constatar que el Estado de Costa Rica ha tenido en consideración lo dispuesto en el año 2016; poniendo fin al caso. Ver: A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA Y E. LAMM, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones», en *La Ley Online* AR/DOC/875/2016 y M. M. CULACIATTI y M. RODRIGUEZ ITURBURU, «Actualidad de la Corte Interamericana de derechos Humanos: Derecho de familia, bioética y derechos humanos», en *RDF* 2020-VI, 257.

del fallo del Tribunal internacional para interpretar el artículo 19 del CCC, responde a la doctrina que sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, al decir que los fallos de la CIDH por ser el órgano de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, es norma vinculante en el Derecho interno.

Previo a describir los elementos de relevancia que aporta este fallo, resulta conveniente transcribir lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 26.994: «Dispónese como normas transitorias de aplicación del Cód. Civil y Com. [...]: Segunda: La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial»⁹.

Esta norma transitoria se corresponde con lo que se disponía al final de la versión originaria del artículo 19 y busca poner de manifiesto que la situación jurídica del embrión no implantado exige una tutela especial. Como expresa Gil Domínguez,

[E]l Estado constitucional y convencional de derecho argentino le depara al embrión, mediante la conformación del derecho secundario, una tutela o protección efectiva de una intensidad menor que la otorgada al embrión implantado y a la persona nacida. Prueba de ello, es que el Código Civil y Comercial establece que si bien la existencia de la persona comienza con la concepción (art. 19), la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial (norma transitoria de aplicación segunda), con lo cual, estableció expresamente que la tutela civil del embrión tiene una intensidad menor que la del embrión concebido dentro del cuerpo de la mujer o del concebido mediante la TRHA que luego es implantado [...] ¹⁰.

En sintonía con lo expresado, cabe diferenciar cuando puede hablarse de concepción en cada tipo de fecundación. Para ello, cabe reseñar los argumentos de la CIDH en el caso «Artavia Murillo y otros c. Costa Rica».

Para situar al lector en el caso referenciado, cabe recordar que el 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad de algunos enunciados del Decreto N° 24029-S de fecha 3 de marzo del año 1995; norma del Poder ejecutivo que regulaba las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Sala del Superior Tribunal, entendió que la fecundación in vitro importaba una manipulación de la persona y, por tanto, el decreto implicaba una afectación del derecho a la vida de los embriones/personas. Con este argumento de base, dispuso su prohibición en el Estado de Costa Rica. Esto motivó en el colectivo afectado por esta prohibición, plantear una denuncia ante la Comisión Interamericana. Ésta emitió el informe de admisibilidad el 25 de abril del año 2004 y después de transcurrir siete años, se elevó la cuestión a consideración de la CIDH que se pronuncia en contra del Estado demandado el 28 de noviembre del año 2012.

En el tema que nos convoca, reviste especial importancia la posición que asume la CIDH en el carácter de órgano de interpretación de los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos, debiendo deslindar dos aspectos: 1) respecto a la situación jurídica del embrión no implando, señala que «[...] no puede ser entendido como persona a los efectos del artículo 4.1 [...]; 2) en relación a qué se entiende por concepción, señala que en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en

⁹ Sancionada el 1° de octubre de 2014. Promulgada el 7 de octubre de 2014.

¹⁰ A. GIL DOMÍNGUEZ, «Embrionación», en *La Ley* 2015-D, 1232.

que el embrión se implanta en el útero (párrafo 264); 3) sobre esta línea argumentativa, entiende que la posición adoptada por el Estado de Costa Rica compromete derechos humanos, como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, el derecho a la salud reproductiva, el derecho a la no discriminación y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico. Con motivo de este caso, la Corte señala que la definición de persona debe ser elaborada a la luz de las menciones que el Tratado trae respecto a la «concepción» y al «ser humano», partiendo de entender que el alcance de estos términos debe valorarse con amparo en la literatura científica. Desde este lugar, informa que en el ámbito científico actual se destacan dos lecturas del término «concepción». Una corriente la entiende como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide; originándose una nueva célula que recibe el nombre de cigoto; mientras que otra corriente sostiene que la concepción se produce en el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Desde esta doble lectura, la Corte considera procedente definir este término, partiendo de la diferenciación entre dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación cuando se esté ante una fecundación extracorpórea.

Tras este análisis, afirma que con la implantación se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Explica que, 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 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 para su desarrollo.

Trasladando lo dispuesto en el fallo de la Corte a lo prescripto en el artículo 19 del CCC, se concluye que el momento de la concepción será distinto según se trate de una fecundación corpórea o extracorpórea. Mientras que en la primera, el comienzo de la existencia de la persona humana se ubicará en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide; en la segunda el inicio de la existencia se situará en el momento del implante del embrión en el cuerpo de la mujer¹¹.

¹¹ Sobre el particular, ver entre otros: A. KRASNOW, «La filiación por técnicas de reproducción humana asistida» en Adriana Krasnow (directora) – Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk (coordinadoras), *Tratado Derecho de Familia*, T. III, Buenos Aires, *La Ley*, 2015, p. 29 ss.; «El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción asistida», en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 68, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 193-211; «A un paso de concretarse el reconocimiento pleno en la dimensión normológica de las técnicas de reproducción humana asistida», en *Revista ADLA*, N° 34, *La Ley*, diciembre 2014, pp. 3-13; «Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el Proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora», en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 64, Buenos Aires, Buenos Aires, 2014, pp. 29-47; «La filiación y sus fuentes en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial 2012 en Argentina», en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014; Barcelona, 1-38; E. LAMM, «La Bioética en el Derecho de familia», en *Tratado Derecho de Familia*, Adriana Krasnow (directora) – Rosana Di Tullio Budassi y Elena Radyk (coordinadoras), T. I, Buenos Aires, *La Ley*, 2015, p. 979 ss.; «El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial», en *Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea*, Marisa Herrera y Marisa Graham (coordinadoras), Buenos Aires, Infojus, 2014, p. 413 ss. y «El comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial. Estatus, alcance y protección», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Claves del Código Civil y Comercial, Número Extraordinario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 45 ss.; A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, M. HERRERA Y E. LAMM, «El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH», en *La Ley* 2013-A, 907.

2.3. El embrión no implantado por su status exige contar una tuición especial

Cabe aclarar en este apartado que la posición que asumimos en relación a que el embrión «*in vitro*» no reviste la condición de persona humana, no importa asimilarlo a una cosa. Esto importaría privarlo de la protección jurídica que se le debe garantizar, como lo prescribe el artículo 9° de la ley 26.994.

Siendo así, consideramos oportuno, compartir unas reflexiones que nos interpelan a seguir investigando sobre el tema, para así brindar un marco de contención y protección. Entre ellas, rescatamos:

- El embrión «*in vitro*» NO es una cosa y, por tanto, exige contar con un marco legal de protección.
- El embrión no implantado como parte separada del cuerpo está fuera del comercio. En este sentido, el artículo 17 del CCC argentino prescribe: «Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales».
- Con sustento en los principios bioéticos de «beneficencia» - «no maleficencia», el embrión no implantado solo puede ser objeto de prácticas con fines terapéutico y NO con fines eugenésicos.
- El Diagnóstico Genético Preimplantatorio con fines terapéuticos está admitido en el Derecho argentino.
- En sintonía con el principio bioético de justicia, la Ley argentina sobre Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico - asistenciales de reproducción humana asistida N° 26.862¹², prevé que el Diagnóstico Genético Preimplantatorio sea cubierto por el sistema de salud (art. 8°).

2.4. El destino de los embriones no implantados ante la revocación o no renovación del consentimiento informado

Después de sentar doctrina sobre la situación jurídica del embrión no implantado que en el Derecho argentino se define a través de la interpretación e integración del artículo 19 en el sistema de fuentes interno (arts. 1° a 3°, CCC); todo lo relativo a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida - en adelante, filiación por TRHA -, se regula en el marco del Título V «Filiación», inserto en el Libro segundo «Relaciones de familia».

Para no excederme y desviarme del objeto, me limito en aclarar que el CCC argentino reconoce tres fuentes de la filiación: la filiación por naturaleza, la filiación por TRHA y la filiación por adopción. Respecto a las dos primeras que se regulan de modo conjunto, pero separando las cuestiones que son propias y distinguen una de otra, se concentra el estudio en la connotación que el consentimiento informado, como manifestación formal de la voluntad procreacional, tiene en la filiación por TRHA.

En relación a esto último, corresponde resaltar que la voluntad procreacional es el elemento que tipifica a la fuente que tratamos, actuando al mismo tiempo

¹² Sancionada el 5 de junio de 2013. Promulgada de hecho el 25 de junio de 2013.

como nota que marca el distingo con la filiación por naturaleza. Mientras que, en la última de las nombradas, el vínculo filial se define por la verdad genética atento que su propósito es lograr la concordancia entre el vínculo biológico con el vínculo jurídico; en la filiación por TRHA el emplazamiento filial siempre se define en función de la voluntad procreacional¹³.

De forma simple, basta con decir que la voluntad procreacional refiere al querer ser progenitor, formalizándose dicho sentir en el instrumento de consentimiento informado. En virtud de esto, el artículo 560 del CCC argentino dispone que el centro de salud que intervenga en la práctica médica debe reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales (art. 560, CCC).

El encuadre contenido en la citada norma, receta lo que en Bioética se denomina el derecho deber de información como elemento que se integra al principio bioético de autonomía, en el sentido que todo paciente antes de expresar su conformidad para someterse a una práctica médica, tiene el derecho a recibir una clara y completa explicación sobre sus aspectos positivos y negativos. Este extremo se expresa en la norma bajo la frase: «consentimiento previo, informado y libre».

Se completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción (art. 561) para dotar al acto de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados¹⁴.

Una cuestión resuelta con buen criterio en el CCC argentino, responde al interrogante que se venía planteando desde antes de la reforma: ¿la voluntad procreacional/parental se conserva estable y no puede cambiar en el devenir? La respuesta de este interrogante comprende dos aspectos: a) definir si el consentimiento informado es revocable y b) si la conformidad inicial debe renovarse en prácticas médicas posteriores a la inicial.

En relación al primer aspecto, tratándose el consentimiento informado de un acto derivado del principio de autonomía, el Código adhiere a la tendencia que se observa en las legislaciones de otros países en relación a la viabilidad de la revocación antes de proceder a la inseminación corpórea o antes de proceder a la implantación en la fecundación extracorpórea (art. 19, CCC de conformidad con la doctrina de la CIDH en el caso *Artavia Murillo*). En sintonía con lo expuesto, el artículo prescribe: «[E]l consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión»¹⁵.

En relación a la renovación, el artículo 561 *in fine* del CCC, expresa que «[E]ste consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones»¹⁶.

¹³ A. KRASNOW, *La filiación por TRHA en el Código Civil argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad*, en *Revista de Derecho Privado*, N°32, Universidad del Externado de Colombia, pp. 175-217

¹⁴ M. V. FAMÁ, «Filiación», en J. C. Rivera (director) y G. Medina (coordinadora), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 422.

¹⁵ Siguieron la misma línea la ley 26862 y su decreto reglamentario 956/2013.

¹⁶ Ver, entre otras leyes: España, art. 3-5 y Art. 11.4 y 5 Ley 14/2006; Portugal, art. 14.4 Ley 32/2006; Suiza, art. 7 de Ley de procreación asistida de 18.12.1998; Grecia, art. 1456 Ley 3089/2002; Reino Unido, Sección 3 de la HFEA.

Aclarada esta cuestión, pasamos a compartir y abordar un problema que comprende el objeto de estudio y la explicación que precede. Para ello nos serviremos de pronunciamientos judiciales de mi país.

Empecemos el recorrido con un caso que llega a instancia de la Sala G de la Cámara Nacional en lo Civil de fecha 9 de abril del año 2021¹⁷. Conforme los hechos, una pareja solicita en la justicia autorización para disponer el cese de la crioconservación de embriones originados por medio del recurso a una técnica de reproducción humana asistida – en adelante, THRA -. En la instancia de grado se dispuso que no se requería de la autorización peticionada, dado que debían ocurrir por la forma y vía que procediera para la resolución del contrato. La decisión a la cual se arriba y que no compartimos, consistió en asimilar la pretensión, «[...] a la situación de los progenitores que deben decidir si retiran las medidas de soporte vital a que está sometido el hijo para prolongar en el tiempo un estado irreversible [...]»; encontrándose los representantes legales «[...]plenamente facultados para disponer el cese de la crioconservación de los embriones en los que participaron [...]».

Disconforme con la decisión tomada, la Defensora apela. El Ministerio Público de la Defensa fundó el recurso interpuesto, integrándose por último la cuestión con el Ministerio Público Fiscal. Éste último revoca el pronunciamiento de grado, bajo la convicción de que correspondía desestimar la petición solicitada.

La Cámara circunscribe la cuestión al tratamiento de la apelación interpuesta por el Ministerio Público de Defensa, partiendo del entendimiento que compartimos, de que

[...] resulta claramente inexacto que los embriones se encuentren en una situación de ‘enfermedad irreversible e incurable, o en un ‘estado terminal’ o ‘hayan sufrido lesiones que lo ubiquen en la misma situación’ [...] desde que no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial [...].

El argumento seguido en la instancia de grado que encuentra respaldo en lo dispuesto en el artículo 59 del CCC en correspondencia con los artículos 2 inciso a) y artículo 5 inciso g) de la ley nacional sobre Derechos del paciente N° 26.529 según texto ley 26.742¹⁸; conduce a la alzada a sostener que en su caso correspondería no

¹⁷ CNCiv., Sala G, «R. G. A. y otro», 09/04/2021, *La Ley Online* AR/JUR/8973/2021. Ver nota: A. KRASNOW, «Derecho a la vida privada, a la libertad reproductiva y situación jurídica del embrión crioconservado: ¿cómo conciliar», en *La Ley Online* AR/DOC/1628/2021.

¹⁸ Art. 2°, inc. a): Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente [...]; Art. 5°: Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El

proceder al descarte de embriones, sino recurrir a la adopción prenatal o a la entrega con fines reproductivos, como se desprende del consentimiento informado prestado por los peticionantes.

El razonamiento que realizan reposa en el convencimiento de que el embrión crioconservado no es una cosa, dado que el deber de contar con una ley que brinde una protección especial al embrión no implantado de conformidad con los términos del artículo 9º de la ley 26.994, indica que no cabe proceder a su destrucción. Sobre esta base, se revoca la resolución apelada, a fin de que puedan ser adoptadas las medidas que se consideren pertinentes para brindar el debido amparo a los embriones en cuestión

En primer término, se destaca el asombro que despierta la fundamentación seguida en la justicia de grado, por dos razones: a) asimilar la petición con una situación de enfermedad irreversible y b) sostener que el embrión crioconservado es persona humana. Esto último se desprende de la unión de ambas razones, dado que el encontrarnos ante una situación de enfermedad o estado terminal exige partir de la existencia de la persona humana. Aclarado esto y poniendo el foco en la ampliación de fundamentos que formula cada miembro de Cámara, se constata como denominador común, el asociar concepción, vida humana y persona humana.

La semblanza que precede, no se corresponde con la tendencia que se observa en el criterio seguido en este último tiempo tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, la cual se corresponde con una interpretación e integración del sistema de fuentes de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1º a 3º del CCC argentino. Es por ello que, seguidamente se pasan a compartir una reseña de aquellos precedentes que nos guiarán en el análisis comparativo y reflexivo que se pretende. Sin perjuicio de ello, no podemos soslayar sino valorar, el criterio seguido en la alzada cuando resalta el error interpretativo en el que incurrió el magistrado de grado, cuando asimila el problema llevado a la justicia con la situación de enfermedad irreversible o estado terminal.

Planteado el cuadro de situación, traemos a consideración el método seguido en otros fallos cercanos en el tiempo, los cuales refieren al lugar que ocupa la voluntad procreacional - formalizada en el instrumento de consentimiento informado - ante el pedido de implante por voluntad unilateral o por la decisión común de pedir autorización para cambiar el destino de los embriones crioconservados por ausencia de proyecto parental. El móvil que no lleva a introducir esta cuestión, radica en el interés de mostrar como esto fortalece la posición que venimos sosteniendo, en el sentido de que el embrión crioconservado no es persona, pero si una potencialidad de vida merecedora de una protección especial.

Con este propósito y siguiendo un orden cronológico, iniciamos el recorrido con el fallo de la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil de fecha 20 de abril del

derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

año 2021¹⁹. Si bien refiere a un pedido unilateral de implante de embriones crioconservados que viene unido a la negativa de implante por parte del demandado, los argumentos expuestos por la recurrente respecto a la desestimación del pedido en la instancia de grado, reposan entre otros, en identificar vida humana con persona humana, al expresar que «[...] la Juez a quo no considera el derecho a la vida de los embriones en cuestión [...]». Como puede observarse, mientras que la actora expone entre otros argumentos, la condición de persona de los embriones crioconservados; la parte demandada se ajusta a la distinción que corresponde hacer cuando tratándose de una fecundación extracorpórea resultado de la cual se destinaron embriones no implantados a la crioconservación, nace el deber de renovar el consentimiento informado por parte de quienes inicialmente compartían el deseo de ser progenitores con sustento en que el comienzo de la persona en estos supuestos se ubica en el momento del implante.

En este último sentido, en la alzada se sostuvo con buen criterio que «[E]l consentimiento debe repetirse ante una nueva utilización de los embriones crioconservados, es decir, que el consentimiento de las partes debe estar complementado con una renovación del mismo antes de la utilización de aquellos y es revocable hasta la concepción en el útero materno o hasta la implantación [...]».

Trasladando la atención a otra situación fáctica similar, el Juzgado Nacional en lo Civil N° 92, no hace lugar a la medida autosatisfactiva²⁰, planteada por la Sra. R.C.C., con el objeto de solicitar el implante de tres embriones crioconservados producto del empleo de material genético de la requirente y el ex cónyuge²¹. Siguiendo los hechos, en junio del año 2017, el matrimonio firmó con el Centro PROCREARTE el consentimiento informado para someterse a un procedimiento de TRHA. Se realizaron dos tratamientos de alta complejidad. En el segundo intento se concreta la fecundación y fruto de la misma nace la primera hija. Se preservaron los embriones no implantados para una práctica a futuro. Luego del nacimiento, el demandado petitionó unilateralmente el divorcio; remitiendo el 18 de noviembre del año 2018 una carta documento dirigida al centro médico, manifestando su decisión de desvincularse de los embriones crioconservados.

En el fallo se trasladan los dichos de la actora en relación a que no pretende [...] debatir sobre la naturaleza jurídica del embrión [...], sino que se concrete su única posibilidad de ser madre nuevamente. Que en el caso resulta de aplicación el art. 562 del CCyC de modo que ante la falta de voluntad procreacional del demandado corresponde autorizar la transferencia, quedando su ex cónyuge desvinculado de cualquier responsabilidad o vínculo filiatorio con el embrión, revistiendo la actora el carácter de 'madre unilateral' y asimilando la situación del demandado a la del donante anónimo [...].

Por su parte el demandado al contestar demanda confirma la revocación del consentimiento informado y se opone a la transferencia embrionaria a favor de la

¹⁹ CNCiv. Sala J, «C., R. C. c. R., M. F.», 20/04/2021, La Ley Online AR/JUR/9855/2021.

²⁰ Instrumento que permite poner en acto el derecho acceso a la justicia, cuando se busca superar el estado de incertidumbre acerca de la existencia o inexistencia de un derecho. En el ámbito filial, se podría plantear como supuesto hipotético, el caso de una persona que previo reconocer un hijo, quiere tener la certeza de ser el progenitor biológico. Esta situación puede surgir cuando toma conocimiento de que la progenitora mantuvo relaciones sexuales con otro/s hombre/s a la época de la concepción.

²¹ JNCiv. N° 92, «R. C. C. c. M. F. R.», 28/08/2020, inédito.

actora. En este contexto, la jueza dispone dar intervención al Ministerio Público, para prevenir la invocación de un prejuizgamiento respecto a la naturaleza jurídica del embrión. La jueza, después de realizar un análisis exhaustivo anclado en una visión constitucional y convencional, el cual se nutre con extractos de doctrina sentada por la CIDH en el caso «Artavia Murillo», citas de autoridad provenientes de la doctrina, normas de fuente internacional y convencional y extractos de fallos extranjeros; arriba a una decisión razonable que, con apoyo en la Teoría de la Ponderación de Robert Alexis, le permite arribar a la conclusión de que la petición no debe prosperar. Se rescata entre los argumentos, el explicar con claridad que la voluntad procreacional actual se debe corresponder con el proyecto parental inicial; advirtiendo en tal sentido que la actora confunde

[...] su situación con la de la maternidad en solitario [...] Estamos ante un proyecto parental compartido en su origen en donde los miembros de la pareja decidieron procrear mediante el uso de TRHA y así lo hicieron, dando vida a L. Este proyecto parental compartido quedó interrumpido por la separación de la pareja y la decisión del demandado de no tener más descendencia con la actora [...].

Con poca distancia en el tiempo, merece acompañarse un breve relato del caso que llega a conocimiento del Juzgado de Familia N° 8 de la ciudad argentina de La Plata, del cual surge que se estaba ante una pareja que a través del empleo de una TRHA pudo concretar el proyecto parental compartido. Respecto a los embriones no implantados, celebró un contrato con la clínica privada que tenía por objeto la crioconservación de los embriones no implantados²². Transcurridos diez años, deciden poner fin al vínculo contractual. Ante el requerimiento de la clínica de reunir una previa autorización judicial por la falta de una ley especial, llega el planteo a conocimiento de este juzgado. Con una visión que compartimos, el juez entiende que de modo preliminar corresponde definir la naturaleza jurídica del embrión no implantado, arribando a la conclusión de que

[...] el legislador relaciona directamente la noción de embarazo con el concepto de concepción, lo que permitiría suponer que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico pues sin implantación del embrión no hay embarazo posible en la persona. A mayor abundamiento, el art. 21 sienta como principio que los derechos y obligaciones del concebido o implantado quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Una interpretación armónica de los arts. 19, 20 y 21 del Cód. Civ. y Com. de la Nación permite suponer que el legislador prevé dos momentos diferentes del comienzo de la existencia de la persona humana en sentido jurídico: en caso de filiación por naturaleza o en supuestos de TRHA de baja complejidad será a partir de la concepción; en tanto para los supuestos de TRHA de alta complejidad será al momento de implantación del embrión. Por su parte, en consonancia con ello, el art. 562 al hablar de la voluntad procreacional, establece que la misma se exterioriza a través del consentimiento previo, informado y libre, el cual puede ser revocado libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (cfr. 560 y 561 Cód. Civ. y Com. de la Nación) [...].

²² JFamilia N° 8 La Plata, «C. M. L. y otro/a», 30/09/2019, RDF 2020-III, p. 25.

En relación a la voluntad común del no implante, expresa que si bien los peticionantes

[...] en un principio han exteriorizado a través del consentimiento informado su voluntad procreacional; es decir, su más íntimo y profundo deseo de formar una familia, con el devenir de los años, ya en la actualidad, resulta a todas luces claro con la presentación de inicio que ya no desean agrandar la familia, desistiendo de aquella voluntad procreacional que enlazara contractualmente a los requirentes con la Clínica P. Deseo que debe ser respetado por formar parte de la esfera íntima de los peticionarios. En este entendimiento, sin más, adelantando mi pronunciamiento, estimo que corresponde hacer lugar a la autorización pretendida por los interesados, correspondiendo – en función del consentimiento revocado – cesar el contrato que los une con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la crioconservación de los embriones que mantiene la pareja para su descarte [...].

En el mismo año y en la misma ciudad, el Juzgado de Familia N° 7 se expidió en igual sentido sobre una petición similar, siguiendo para ello la misma línea de análisis²³. Conforme los hechos, la señora M. J. L. y el señor G. J. R., se presentan solicitando autorización judicial para interrumpir la crioconservación de embriones. Relatan que se sometieron a un procedimiento de TRHA, resultado del cual se lograron nueve embriones. En el primer intento se implantaron tres, hecho que permitió el nacimiento del primer hijo; destinándose los embriones no implantados a la crioconservación. En el año 2017 nace el segundo hijo fruto de una procreación natural. Transcurrido un tiempo deciden no tener más hijos y esto motiva la decisión compartida de suspender la crioconservación.

Ante la ausencia de una ley especial que contemple la cuestión, la jueza decide resolver, partiendo de sentar posición respecto a la naturaleza jurídica del embrión no implantado, a través de una labor de interpretación e integración que parte de recordar la versión original del artículo 19 en contrapunto con el enunciado vigente; sumando como fortaleza lo dispuesto en el Proyecto de Ley presentado en la Cámara de Diputados el mismo año²⁴. En este marco entiende que se

[...]hace presente el Anteproyecto del Cód. Civ. y Comercial en el art. 19 proyectado que abordaba el comienzo de la persona humana. En el segundo párrafo proponía que en el caso de técnicas de reproducción humana asistida comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado. Si bien este segundo párrafo fue suprimido posteriormente, es decir que no se encuentra en el art. 19 del Cód. Civ. y Comercial aprobado por la Ley 26.994, en el entendimiento de dar una normativa específica sobre el tema recientemente se presentó ante la Cámara de Diputados de la Nación el proyecto del ley 1541-D-2019 que entiende que la titularidad de los embriones corresponde a quienes han prestado el correspondiente consentimiento informado para su conformación, excepto contrato de donación, así como al regular sobre el destino de los embriones crioconservados menciona como uno de los posibles el cesar de su crioconservación [...].

²³ JFamilia N°7 La Plata, «R., G. J. y otra/o», 22/04/2019, RDF 2019-V, p. 87.

²⁴ Proyecto de Ley 1541-D-2019, sobre «Protección de embriones no implantados. Régimen», de 5 de abril de 2019. Firmantes: Filmus, D.; Alonso, L.; Moreau, C.; Macha, M.; Austin, B.; De Pont, L.; Salvarezza, R.; Lipovetzky, D.; Mendoza, M.; Rach Quiroga, A.; Ferreyra, A.; Raverta, M. F.; Donda Pérez, V.; Carrizo, A. C.; Najul, C.

La vinculación que invoca con el consentimiento informado, deriva en declinar la atención en la voluntad procreacional, partiendo de la doctrina sentada por la CIDH en el caso «Artavia Murillo», tanto en relación a cuándo se es persona y a cómo debe interpretarse el derecho a la vida privada, expresando respecto a éste último que

[...] incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico [...].

La reseña que precede, permite rescatar como elemento común la adhesión plena a la doctrina de la CIDH, motivando esta visión una distancia con el criterio seguido en el fallo del cual partimos.

Cerramos el análisis, con un breve comentario de fallos extranjeros contemporáneos en el tiempo, con el fin de mostrar la ausencia de una respuesta uniforme para el problema sensible que se aborda.

Siguiendo con el hilo aperturista que denotan los sumarios nacionales, acercamos la narración de una historia de vida que después de atravesar distintas instancias, llega a conocimiento de la Suprema Corte de Arizona²⁵. De los hechos surge que, la señora Torres fue diagnosticada en el año 2014 con cáncer, enfermedad que exigía un tratamiento que podría causarle esterilidad. En el mes de julio, Torres y Terrell firmaron formularios de consentimiento requeridos por el Centro de Tratamiento de Fertilidad. El problema se presenta respecto al formulario denominado «Crioconservación de embriones y disposición de embriones», por el cual el Centro de referencia accedió a almacenar todos los embriones por hasta diez años; estableciéndose que debía reunirse el consentimiento de ambos para decidir entre las tres opciones de su uso o disposición en caso de muerte, divorcio o incapacidad: descarte, donación o empleo por uno de los miembros de la pareja con la conformidad del otro. A los cuatro días de celebrado el contrato, contraen matrimonio. Acto seguido y previo tratamiento de quimioterapia, se someten a una práctica de TRHA. Se dispone la crioconservación de los embriones. En el año 2017 se divorcian.

Surge un conflicto motivado por el interés de Torres en el deseo de disponer los embriones para implante. La Corte de Familia concluyó que «[E]l derecho de Terrell de no ser compelido a ser padre tiene más peso que el derecho [de Torres] a procrear y su deseo de tener un hijo biológicamente relacionado [...]». En una opinión dividida, la Corte de Apelaciones revocó la disposición de los embriones dispuesta por la Corte de Familia y ordenó a la Corte otorgárselos a Torres. La mayoría interpretó que el contrato preveía el consentimiento de las partes para que una Corte utilizara su discrecionalidad ya sea para otorgar los embriones a una parte o para ordenar su donación. Finalmente, la Corte de Arizona revocó la opi-

²⁵ SCArizona, «John Joseph Terrell c. Ruby Torres», 21/02/2020, *RDF* 2020-VI, p. 230.

nión de la Corte de Apelaciones y confirmó la orden de la Corte de Familia que ordena la donación de los embriones²⁶.

Desde nuestro lugar, destacamos como nota disvaliosa del caso que precede, ciertos términos que hacen al contenido del contrato, como el rotular a los embriones como «propiedad» de la pareja, cuestión sobre la cual no se detectan observaciones en el recorrido judicial que ha tenido la causa. Trasladamos esta crítica, por entender que los embriones crioconservados no pueden ser asimiladas a una «cosa» por carecer de valor económico y esto impide reconocer en quienes tuvieron en su momento voluntad procreacional, el carácter de «dueños» o «propietarios» de los mismos. Como bien sabemos los términos no son neutros, sino que llevan ínsita una carga valorativa que exige en el operador un deber de cuidado al momento de rotular.

Siguiendo con el relato, sumamos un caso que se aleja de lo que se viene sosteniendo. Nos referimos al pronunciamiento proveniente del Tribunal de Apelaciones de Niñez y Adolescencia de Asunción (Paraguay). En este caso, la actora solicita la implantación unilateral de los embriones crioconservados, ante la negativa de quien compartía en un inicio el proyecto parental. Partiendo de asociar concepción con fecundación, se entendió en la voz de uno de los miembros del Tribunal que

[L]a implantación de embriones debe continuarse pese a la negativa del aportante de material genético, pues el tratamiento ha concluido, la concepción se ha producido, los embriones se encuentran resguardados por las técnicas correspondientes y no pueden desecharse, dado que la vida comienza con la concepción —que puede producirse dentro y fuera del seno materno [...].

Con esta mirada cerrada, se elude y no respeta la voluntad procreacional²⁷.

²⁶ Como antecedente, cabe hacer mención del pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Evans v. The U.K.*, de fecha 7 de marzo 2006. Del relato de los hechos, surge que el 12 de julio del año 2000, Natalia Evans, y su pareja J., comenzaron un tratamiento médico de reproducción asistida. El 10 de octubre 2001 la pareja fue informada de que las pruebas preliminares revelaron en Natalia serios tumores precancerígenos en ambos ovarios, los cuales deberían ser removidos. Sin embargo, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación in vitro (FIV). Durante la consulta una enfermera les explicó que debían expresar su consentimiento sobre la realización del tratamiento y que, de acuerdo lo previsto en la Ley de 1990, cada uno podría retirar su consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no fuesen implantados en el útero, retiro que conllevaría la destrucción de éstos. En mayo de 2002 la pareja se disuelve. El Sr. J. notifica a la clínica la separación y pide la destrucción de los embriones. La clínica informa a Natalia que se encontraban bajo la obligación legal de destruir los embriones. La Sra. Evans inicia una acción para preservarlos. El juez sostuvo que un embrión como no es persona no cuenta con derechos propios y, además, señala que el derecho a la vida familiar de la señora no fue vulnerado. Evans apela sin obtener respuesta favorable. El TEDH, ajustándose a la ley inglesa que admite la revocación, confirmó la decisión de las instancias judiciales británicas. Entre otras consideraciones, el Tribunal entendió que el dilema central que el caso presentaba, era el conflicto entre los derechos irreconciliables de dos particulares: la peticionaria y J. En caso que le fuera permitido a la peticionaria el uso de los embriones, J. se vería forzado a convertirse en padre, mientras que si la negativa o el retiro del consentimiento de J. es mantenido, se vería negada la oportunidad de la peticionaria de convertirse en una madre genética. En las difíciles circunstancias de este caso, cualquiera sea la solución que adopten las autoridades nacionales, los intereses de una u otra parte respecto al tratamiento FIV resultarían totalmente frustrados. Por tanto, la Gran Sala aceptó las recomendaciones de las cortes locales respecto a que J. nunca consintió a la peticionaria el uso solitario de los embriones creados conjuntamente, puesto que el consentimiento se limitaba a someterse al tratamiento junto con la peticionaria. Ver: E. FARNOS AMOROS, «De quien son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida, 1-2007, *Indret*, Barcelona, pp. 1-16.

²⁷ Trib. Ap. Niñez y Adolescencia de Asunción, «M. C. G. G. c. P. P. G. director de la Clínica G.», 03/12/20128, *La Ley Online AR/JUR/86615/2018*.

3. CIERRE

Retomando lo expresado en la introducción, me propuse profundizar la situación jurídica del embrión no implantado en el Derecho argentino, comprendiendo en el abordaje un encuadre general del Modelo de Derecho privado en mi país, para así avanzar en el estudio de aquellas declinaciones de directa vinculación.

Desde este lugar se expuso como conclusión de base que, el encontrarnos ante un sistema que tiene como pilar la protección de la persona, nace el deber de garantizar la efectividad de aquellos derechos que resulten comprometidos.

Siendo así, el intérprete deberá asumir el caso desplegando una labor que no se limite a lo que dicen las normas en tensión, sino atendiendo a la finalidad para así lograr un análisis que abra el cauce al diálogo de fuentes.

El poner en dialogo a las fuentes constitutivas del ordenamiento jurídico argentino, me permitió esbozar mi posición respecto a que el embrión no implantado es una potencialidad de vida que no alcanza la entidad de persona humana, pero con la viabilidad de concretar el pasaje a persona humana de completarse el proceso vital que dependerá del implante y nacimiento con vida.

Desde este lugar, también advertimos que el encontrarnos ante una potencialidad de vida que no puede ser enmarcada como una cosa, amerita y exige una protección especial desde el derecho, como así lo dispone el artículo 9° de la ley 26.994.

Las conclusiones preliminares que preceden, permitió avanzar en el planteo de un problema, como es el supuesto de casos que tienen por objeto la petición del no implante. En estas situaciones, cabe proteger el derecho a la vida privada comprensivo del derecho a no procrear, puesto que con este actuar se respeta el derecho de cada persona de construir con libertad su proyecto de vida. Decir esto armoniza con el sostener que el embrión no implantado NO es persona humana.

Advertimos que este pensamiento no desplaza sino reclama, el bregar por sumar en el Derecho interno un régimen especial de protección para el embrión no implantado.

APONTAMENTOS LIGEIROS ACERCA DO STATUS JURÍDICO DO EMBRIÃO NO DIREITO BRASILEIRO¹

MARCOS CATALAN
(Universidade LaSalle- Brazil)

1. BREVÍSSIMAS NOTAS A TÍTULO DE INTROITO

Ventos vindos do Oriente ecoam o fato de que o Japão teria dado permissão normativa para a criação de seres híbridos e, que ao fazê-lo, rompera as correntes que até então atavam a mitológica Quimera à imaginação humana². O sopro de Éolo³ ainda trouxe consigo, de terras outrora tão distantes, duas outras preocupantes notícias: (a) a primeira informando que cientistas espanhóis teriam criado, na China, um ser híbrido, parte símio, parte humano, cuja gestação fora interrompida intencionalmente antes do parto⁴, (b) a segunda escancarando que, no mesmo país asiático, os embriões de um par de gêmeas foram editados de modo a torná-las resistentes ao HIV, brindando-as, entretanto, com tão indesejada como significativa menor expectativa de vida⁵. Mesmo que notadamente à margem da lei brasileira, tais notícias fazem pensar sobre a possibilidade – quiçá, não tão remota – de que experimentos similares sejam replicados no país, situação que por si só emerge como argumento mais que suficiente a abonar a revisitação do tema metodologicamente recortado para reflexão e crítica.

Ademais, mesmo podendo ser situada no interior da moldura delimitadora da ideia de legalidade, por tratar de terapia gênica em células somáticas, a permissão

¹ Este artigo foi escrito sob a supervisão do professor Arturo Caumont no âmbito do estágio pós-doutoral realizado junto ao *Mediterranea International Center for Human Rights Research*, Reggio Calabria, Itália, coordenado pelo professor Angelo Vigliani Ferraro. Também é imperioso agradecer o olhar rigorosamente gentil, atento e cuidadoso de Graziella Trindade Clemente, chamando-me a atenção para os muitos erros contidos nas primeiras versões deste texto.

² R. C. R. TARIFA ESPOLADOR e J. C. PAVÃO, «Avanço das biotecnologias e afetação do ser humano: um estudo de caso sobre as pesquisas envolvendo embriões híbridos no Japão», em R. C. R. TARIFA ESPOLADOR, A. C. C. Z. MATTOS DO AMARAL e J. C. PAVÃO, *Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito*, Londrina, 2020, vol. 2, pp. 122-128.

³ Éolo, consoante relatado na *Odisseia*, é o guardião dos ventos. HOMER, *The Odyssey*, Transl. Samuel Butler, Planet PDF, [s.l.], [s.d.], pp. 198-199.

⁴ GALILEU, «Cientistas espanhóis criam ser híbrido de humano e macaco na China» em <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2019/07/cientistas-espanhois-criam-ser-hibrido-de-humano-e-macaco-na-china.html>.

⁵ BBC News, «A polêmica experiência de edição genética chinesa que pode reduzir expectativa de vida», em <https://www.bbc.com/portuguese/geral-48479434>.

outorgada, há poucos meses, pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança⁶, ratificada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁷ de forma bem mais perceptível que os fragmentos fenomênicos soprados do leste asiático, ancora, sob os auspícios da prevenção e da precaução, a justificativa que legitima esta investigação científica.

O texto que envolve e abriga essa pesquisa tomou forma ao beber na imaginação jus-sociológica, método que permitiu estruturar reflexões que não desprezam as extraordinárias efemérides, tampouco, os muitos riscos que pululam, nem sempre de forma visível, na cadência ditada pelo rufar de tambores que costumam anunciar, muitas vezes com pompa e galhardia, cada avanço da técnica⁸.

Aclare-se que não se olvida quão relevantes são os portentosos aspectos legados pelas ciências à humanidade ao largo dos últimos séculos, percepção, aliás, ratificada mesmo quando se nota, de modo muito pontual, que a genética tem ofertado mais do que é efetivamente capaz de entregar⁹, afinal, mesmo recorrendo à apurada técnica, raramente consegue fazer (a) que os filhos projetados em laboratório venham ao mundo com traços que que lembrem o observador das feições de Apolo ou de Afrodite, com o tirocínio de Atena ou, ainda, a força de Herácles, tampouco, (b) que as crianças que fabrica, ou mesmo as pessoas dispostas a gestá-las, atravessem a fase intrauterina com a serenidade semioticamente difundida pela publicidade¹⁰ e, ao menos por ora, (c) segue sendo incapaz de curar incontáveis doenças tidas como irremediáveis ou regenerar órgãos e tecidos.

Méritos à parte, não se pode ignorar, de outra banda, os dilemas que acompanham os reais avanços da técnica. Ênfase seja dada a ainda recorrente alusão à «questão da instrumentalização dos embriões humanos»¹¹.

É verdade que parte desse impasse foi suplantado pela *lex artis* diante da legitimação por ela dada aos corriqueiros testes e ensaios com «embriões nos primeiros estágios de desenvolvimento» graças à atribuição de «status [jurídico] próprio» àquele conjunto de células não albergado pelas paredes uterinas, o que permite diferenciá-lo da situação jurídica do feto e do recém-nascido¹². Não se pode negar, entretanto, que muitas contendas seguem a reverberar, dentre elas, a frutificada no entrechoque de narrativas que sustentam a vedação da «criação de embriões para pesquisa» com afirmações que firmemente sugerem que investigações

⁶ BRASIL, «Comissão de biossegurança aprova produto para terapia genética no Brasil», em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/03/comissao-de-biosseguranca-aprova-produto-para-terapia-genetica-no-brasil>.

⁷ ANVISA, «Aprovado primeiro produto de terapia avançada no Brasil» em <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2020/aprovado-primeiro-produto-de-terapia-avancada-no-brasil>.

⁸ Sobre o tema *vid.* G. B. SALES SARLET, «Melhoramento humano e a efetividade dos direitos humanos e fundamentais: uma investigação a partir da perspectiva do sistema normativo brasileiro acerca das possibilidades de regulamentação da edição genética em embriões humanos (CRISP Cas9)», em *Revista de Direito Público*, Brasília, edição especial, 2019 e, ainda, R. C. R. TARIFA ESPOLADOR e M. M. S. FERRARI, «Eugenia «negativa» sob uma leitura bionegocial», em R. C. R. TARIFA ESPOLADOR, A. C. C. Z. MATTOS DO AMARAL e J. C. PAVÃO, *Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito*, Londrina, 2020, vol. 2.

⁹ E. R. LÓPEZ, *Problemas de vida o muerte: diez ensayos de bioética*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 145-153.

¹⁰ M. CATALAN; C. FRONER, *A reprodução humana assistida na Sociedade de Consumo*, Foco, Indaiatuba, 2020.

¹¹ G. T. CLEMENTE, «Modulação gênica em embriões humanos», em *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valência, n. 9, ago. 2018, p. 209.

¹² G. T. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 209.

«pré-clínicas só são possíveis em embriões no estágio inicial de segmentação», logo, em embriões situados cronologicamente em estágio anterior àquele que permite qualificá-los como excedentários¹³.

Como se vê, dilemas outrora dignos de obras de ficção científica tornaram-se, em pouquíssimo tempo, merecedores da atenção das ciências e não mais, apenas, dos cuidados da literatura fantástica. Ao percebê-lo algum tempo atrás, Eduardo Leite anotava que aquele mesmo embrião que há pouco vivia escondido «no seio da mulher, protegido pelos segredos da natureza que não permitiam o acesso indiscreto da curiosidade humana»¹⁴, agora é «examinado, estudado e analisado cada vez melhor, desde a concepção, de modo que o «mistério» antigo é revelado com uma precisão técnica que permite ver o caminho e o desenvolvimento no organismo materno. Os progressos espetaculares da tecnologia, materializados no aperfeiçoamento de procedimentos quase, infalíveis, permitem ver o embrião, tocá-lo, avaliá-lo, agindo sobre ele com profundidade inesperada. O antes mistério da vida se revela dado técnico e o ventre ‘feminino, envolto em nebulosa, torna-se transparente»¹⁵.

E foi assim que em pouquíssimo tempo, mostrando-se ao mundo enquanto estruturas microscópicas formadas por não mais que algumas poucas células, os embriões se tornaram os principais destinatários dos prodígios da técnica no campo da engenharia genética. Nesse cenário, parece evidente que eles assumam o papel de iminentes beneficiários¹⁶ da incontestável possibilidade de alteração de seu sequenciamento genético, de fragmentação e remodelagem, fissura e ulterior costura de seu DNA, portanto, de literal edição gênica.

Ocorre que, nos moldes antecipados, há dúvida acerca da legalidade de condutas que manipulem referidos organismos multicelulares mesmo quando despidos da proteção intrauterina, questão que inspirou o questionamento que informa esta pesquisa, indagação que, em apertada síntese, busca aferir, à luz do Direito brasileiro, a possibilidade de intervenções gênicas em embriões pré-implantatários. E isso, registre-se, mesmo que referida interferência possa, ao menos em tese, atender às leis da bioética.

Anote-se, enquanto nota propedêutica, que o recurso semiótico ao signo editar deriva da representação do genoma por meio de «letras que expressam proteínas que, em média, no caso humano, alcançam o patamar numérico de mais de três milhões [e que graças aos avanços da técnica podem] ser substituídas» ou alteradas em seu sequenciamento¹⁷ natural.

Tema moralmente sensível, não são poucos os que «defendem ser desnecessário lançar mão de tal tecnologia», argumentando que o diagnóstico que precede a implantação do embrião - ou embriões - no útero daquele ser que

¹³ G. T. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 213.

¹⁴ E. O. LEITE, «O direito do embrião humano: mito ou realidade?» em *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 29, 1996, p. 122.

¹⁵ E. O. LEITE, *op. cit.*, p. 122.

¹⁶ Sobre potenciais vantagens e riscos vid. R. N. FURTADO, «Edição genética: riscos e benefícios da modificação do DNA humano», em *Revista Bioética*, Brasília, vol. 27, n. 2, abr./jun. 2019.

¹⁷ G. B. SALES SARLET, *op. cit.*, pp. 101-102. V., ainda, G. T. CLEMENTE, «Responsabilidade civil, genética e riscos desconhecidos», em A. G. D. Pereira et al, *Responsabilidade civil em saúde*, Coimbra, 2021, pp. 462-463.

se propôs a gestá-lo(s) daria conta da adequada seleção dos candidatos mais aptos, posição que, ao menos, no campo da fundamentação de escolhas normativas abstratas que são editadas e promulgadas na tentativa de dar conta da referida problemática, claramente, não se sustenta, pois, ignora a infinidade «de situações» nas quais «a possibilidade de seleção de embriões viáveis é muito reduzida ou próxima de zero»¹⁸.

Isso não quer dizer, entretanto, que não existam sólidas objeções na defesa da opção normativa que informa a hipótese na qual se ampara uma investigação científica que a esta altura se espalha nas muitas orações, frases e parágrafos que dão corpo a este artigo. É difícil desdizer – mesmo diante de respeitável controvérsia¹⁹ – o fato de que o melhoramento genético fissa a solidariedade social²⁰, mormente em países como o Brasil²¹, fragmentação nitidamente evidenciada na eugenia positiva fundida à «frenética busca pela perfeição e à [correlata] onda de ansiedade que caracterizam o tempo presente»²². A mesma preocupação decorre, ainda, da possibilidade – atual ou futura – de esquadramento de embriões à procura de patologias hereditárias que potencialmente se manifestarão «na idade adulta»²³, escolha que impacta, diretamente, a dimensão distributiva inerente à genética²⁴ ao tentar burlar a aleatoriedade e a seleção natural que historicamente a acompanharam até mui recentemente.

E na medida em que parece «ingênuo demais pensar que a pesquisa em biotecnologia é movida com exclusividade pelo amor à ciência»²⁵ – como bem lembra, com peculiar e acurada argúcia, Giselda Hironaka – revela-se imperioso somar aos argumentos colacionados o fato de que o acesso à tecnologia, nem de perto, é marcado pela isonomia substancial²⁶.

Ademais, ao ter em mente o funcionamento do sistema econômico capitalista, parece possível destacar também a possibilidade do uso *off-target* da terapia genética com alterações «que podem ocorrer de forma inesperada em decorrência da técnica»²⁷. A questão ganha corpo quando se tem em mente a dificuldade de saciar o desejo humano²⁸. O ponto a ser aqui enfatizado diz respeito à força normativa que pulsa dos princípios da precaução e da prevenção, da igualdade – pensada em sua vertente substancial²⁹ –, bem como, da promessa feita aos que vivem no Brasil de vidas dignas garantidas a todos diante da teórica probabilidade de sua burla.

Acrescente-se à discussão o risco inerente às terapias gênicas – antessala de outras tantas possibilidades de melhoramento – no que toca à «discriminação

¹⁸ G. T. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 209.

¹⁹ L. FRIAS, *op. cit.*, p. 245.

²⁰ E. R. LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 146-149.

²¹ J. SOUZA, *A elite do atraso*, Estação Brasil, Rio de Janeiro, 2019.

²² G. B. SALES SARLET, *op. cit.*, p. 98.

²³ D. GOZZO, «Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana», em *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 92, a. 23, jul./set. 2015, p. 348.

²⁴ E. R. LÓPEZ, *op. cit.*, p. 153.

²⁵ G. M. F. N. HIRONAKA, «As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões», em G. TEPEDINO, *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, São Paulo, 2008, p. 317.

²⁶ Vid. M. CATALAN; C. FRONER, *op. cit.*, *passim*.

²⁷ G. T. CLEMENTE, *op. cit.*, p. 208. Vid. ainda R. N. FURTADO, *op. cit.*, *passim*.

²⁸ M. SANDEL, *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*, Trad. A. C. Mesquita, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2018.

²⁹ G. B. SALES SARLET, *op. cit.*, p. 97.

genética»³⁰. A ameaça de dano oculta-se nas sombras do porvir, espreita, espera por sua próxima vítima, e isso só ocorrer mesmo em países que possuem leis destinadas à tutela de dados. Em outras palavras, mesmo diante de incontestável proteção de dados considerados sensíveis – como ocorre no Brasil, desde meados de 2020, ante o início da vigência de boa parte da Lei de Geral de Proteção de Dados –, tem-se que a efetividade da referida proteção normativamente moldada em abstrato não é consequência daí irretorquível.

E não se olvide que talvez possam ser afetados os netos, bisnetos e outras tantas gerações de descendentes da técnica³¹, antecipando-se, assim, uma espécie de revolta, possível, mesmo que não necessariamente provável, dos fatos contra a ciência, pauta que, ao lado das demais preocupações listadas nos breves parágrafos anteriormente delineados e de tantas outras questões não percebidas por conta da miopia intelectual que afeta aquele que os redigiu, devem balizar as relevantes discussões acerca dos limites da intervenção humana em humanos.

Dito isso é possível compartilhar que tendo na revisão bibliográfica seu método de pesquisa e, consoante antecipado, extraído da imaginação jus-sociológica³² a energia que deu vida à escrita, este artigo encontrou na crítica metodológica³³ as balizas que orientaram a escolha de cada palavra, oração e período nele grafados.

O texto, (a) além deste breve exórdio, busca analisar, criticamente, a situação jurídica do embrião no Direito brasileiro, na tentativa de extirpar teorias que tenham se distanciado da *lex artis* que mapear, com exatidão, a teoria que melhor alberga o embrião.

2. A SITUAÇÃO JURÍDICA DO EMBRIÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A simplificação de cenários e situações deveras complexas fomentada com o advento da Modernidade afetou a compreensão do que é o ser humano – ou, simplesmente, ser humano – ao albergar abstratamente e, sob túnica conceitual única, o indivíduo, a pessoa e o sujeito de direitos³⁴. Referida constatação – ao menos, aparentemente – reforça a importância de se apreender que inenarráveis experiências microscópicas absorvidas pelo Direito influenciaram e, é evidente, continuam indefinidamente a modelar os contornos teóricos esboçados na tentativa de involucrar (a) a pessoa, aqui pensada enquanto elo integrante da comunidade e, em paralelo, (b) a pessoa humana, esse ser condenado a ser infinitamente redelineado³⁵ e, que aos olhos do Direito, tem a sua humanidade fundida aos ideais de «liberdade, igualdade e responsabilidade»³⁶.

³⁰ D. GOZZO, «Novas tecnologias e a responsabilidade na reprodução humana artificial», em *Lex Medicinæ*, Coimbra, vol. 4, 2019, p. 170. No âmbito de ficção científica cada vez menos distante das relações fenomênicas cotidianas, vid. GATTACA, Dir. Andrew Niccol, Prod. Danny DeVito et al, United States, 1997.

³¹ G. T. CLEMENTE, *op. cit.*, 2021, pp. 459-460.

³² M. H. JACOBSEN e K. TESTER, «Introdução», em Z. BAUMAN, *Para que serve a sociologia?* Trad. C. A. Medeiros, Rio de Janeiro, 2015, p. 13-14.

³³ M. GUSTIN; M. T. F. DIAS, *Repensando a pesquisa jurídica*, 4. ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2013.

³⁴ J. R. N. HERNANDÉZ, *La persona en el derecho civil: historia de un concepto jurídico*, México, Porrúa, 2005, p. 18.

³⁵ P. E. COSTA, «Diferença ontológica e técnica moderna em Heidegger», em *Saberes*, Natal, vol. 1, n. esp., jan. 2015, p. 61.

³⁶ N. M. M. S. COELHO, «A pessoa como tarefa infinita da experiência jurídica», em R. BEÇAK e I. M. P. VELASCO, *O direito e o futuro da pessoa: estudos em homenagem ao professor Antonio Junqueira de Azevedo*, São Paulo, 2011, p. 41.

Apontada tríade, aliás, com inegável importância no campo jurídico e, em especial, na seara privada, molda e ordena as condutas havidas no âmbito da terapia gênica, pulsando de modo a balizar as ações e omissões que deverão ser observadas tanto em abstrato – a partir do sombreado elaborado pela dogmática jurídica – como em concreto, bastando que para isso o raciocínio hermenêutico seja chamado a colorir um dos muitos momentos que marcam a vida. Atribuir-lhes a escoreta densidade normativa, entretanto, é sem dúvida tarefa digna dos esforços de Sísifo, mormente, quando se nota que: (a) as controvérsias sobre o início da vida se encontram apoiadas em critérios arbitrários, sendo, portanto, nada mais que escolhas ideologicamente³⁷ fundadas, e, ainda, (b) os princípios destacados neste texto – aliás, como quaisquer outros princípios jurídicos – não bastam a si mesmos e, por conta disto, não podem retroalimentar-se na seara argumentativa³⁸.

A problemática ganha novos tons³⁹ quando se vislumbra que ao lado da pessoa humana, do nascituro e do concepturo – figuras incorporadas aos Códigos Civis da Modernidade –, o embrião emerge enquanto personagem incapaz de revelar aquilo que de fato é ao desnudar-se frente o olhar analítico da dogmática jurídica, mormente, por conta de sua dificuldade em decodificar tudo o que se encontra situado entremeio às brumas da incerteza, dado deveras conhecido da teoria crítica⁴⁰.

Eis aí parte do combustível que alimenta a tensão inerente ao uso de embriões em pesquisas e fomenta o trânsito de perguntas que vagam sem respostas que deem conta de explicar «se – ou quando – [o embrião] é humano ou não». Respostas que – talvez por estarem presas entre os escombros da Modernidade, soterradas pela dicotomia cartesiana incapaz de dar conta da miríade de possibilidades existentes entre as suas antípodas – buscam relatar se os embriões residem entre aqueles que pertencem ao reino humano e, em tal contexto, merecem ser tratados como seres plenos de direitos e de dignidade ou se, ao contrário, nada mais são que objetos sujeitos ao império da natureza não-humana⁴¹.

Tentando desvelar alguns desses mistérios, desses verdadeiros nós-górdios contemporâneos, a *lex artis* vem sendo moldada, hodiernamente, no entrelaço de cinco importantes teorias: (a) genética, (b) embriológica, (c) neurológica, (d) ecológica e (e) gradualista⁴².

As teses genética e gradualista parecem nutrir a matriz concepcionista – ou serem por ela alimentadas –, atribuindo personalidade ao ser humano no exato instante em que o espermatozoide atravessa as paredes do óvulo e, com isso, põe em movimento o processo biológico no qual a vida humana tem origem. A tela envolta por seus contornos, como se pode intuir, escancara a percepção de que o embrião humano, indelevelmente, detém «personalidade, é pessoa, é sujeito de

³⁷ G. C. JEVEAUX, *Direito e ideologia*, GZ, Rio de Janeiro, 2018.

³⁸ L. STRECK, *Dicionário de hermenêutica*, Casa do Direito, São Paulo, 2017, p. 243.

³⁹ Nem todos o percebem como se identifica em: D. Z. BELMONTE, *A tutela dos direitos da personalidade do embrião pré-implantacional sob a ótica do planejamento familiar e o acesso à justiça*, Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2017, p. 22.

⁴⁰ L. E. FACHIN, *Direito civil: sentidos, transformações e fim*, Renovar, Rio de Janeiro, 2015.

⁴¹ L. N. CESARINO, «Nas fronteiras do 'humano': os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões», em *MANA*, Rio de Janeiro, a. 13, n. 2, 2007, pp. 348-349.

⁴² L. N. CESARINO, *op. cit.*, pp. 347-380.

direitos», mesmo quando *in vitro*⁴³, «como se a humanidade, por si só, aflorasse em qualquer [pessoa] de maneira independente à sua história»⁴⁴.

Anote-se que muitas são as respeitáveis vozes que ecoam em defesa de referida teoria como sendo a mais adequada à tutela do embrião humano. Merece destaque, dentre todas elas, a do cultíssimo e probo Francisco Amaral, que reverbera há bastante tempo a apreçoar «que a vida é um processo contínuo de desenvolvimento protegido pelo Direito, iniciando-se com a fecundação do óvulo e, que o embrião humano é o início desse processo, [...] ser humano em potência e, como tal, revestido da dignidade própria da pessoa humana»⁴⁵.

São muitas, entretanto, as razões que justificam a não atribuição do direito à vida aos embriões intencionalmente seccionados no contexto desta pesquisa. Dentre elas, podem ser listadas, as seguintes: (a) o zigoto não alcançou o status de diploide e suas células são todas iguais, logo, no limite, mediante recurso à tecnologia correta, é possível produzir um indivíduo a partir de cada célula que o compõe, (b) nessa fase de desenvolvimento, o embrião ainda poderá decompor-se em dois ou mais embriões, (c) existem relatos de embriões que se fundiram, somaram-se um ao outro, bem como, (d) «não se sabe quais células formarão o embrião e quais formarão as membranas extraembrionárias». Advirta-se, ainda, (e) que a depender da avaliação, «um em cada dois ou quatro em cada cinco embriões produzidos durante a reprodução natural morrem» e, enfim, (f) que como o embrião não pode ser qualificado como indivíduo, seria incoerente afirmar que o «direito à vida» teria início antes da existência do indivíduo⁴⁶.

Consoante os dados colacionados sugerem, a observação da teoria concepcionista desde as suas relações mais íntimas com a fenomenologia revela, entretanto, o pulular de situações que solaparam os alicerces de um modelo que, de fato, parece não permitir a escorreita compreensão da situação jurídica do embrião humano despido do abrigo uterino. Dentre tais circunstâncias podem ser pinçadas, (a) para além da desconexão transdisciplinar, (b) a oferta em larga escala de métodos contraceptivos que atuam após a concepção, (c) a produção de embriões em contextos artificiais no âmbito da reprodução humana assistida, ou mesmo (d) seu uso e descarte nos processos postos em movimento no campo da experimentação científica.

Sem abandonar a linha crítica que permeia este trabalho e dirigindo o olhar para os embriões crioconservados – no limite, viáveis ou não –, tem-se que a coerência exigida pelo Direito⁴⁷ levaria, inexoravelmente, a concluir que a matriz concepcionista moldou a existência de um direito a ser gestado⁴⁸, posição jurídica

⁴³ E. SZANIAWSKI, «O embrião humano: sua personalidade e a embrioterapia», em *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 46, 2007, p. 152.

⁴⁴ J. C. M. SILVA FILHO, «Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade», em J. C. M. SILVA FILHO e M. C. C. PEZZELLA, *Mitos e rupturas no direito civil contemporâneo*, Rio de Janeiro, 2008, p. 297..

⁴⁵ F. AMARAL, *Direito civil: introdução*, 9. ed., Saraiva, São Paulo, 2017, p. 368.

⁴⁶ L. FRIAS, *A ética do uso e da seleção de embriões*, UFSC, Florianópolis, 2012, p. 244.

⁴⁷ Vid. A. L. ARNT RAMOS, *Segurança jurídica e indeterminação normativa deliberada: elementos para uma teoria do direito (civil) contemporâneo*, Juruá, Curitiba, 2021.

⁴⁸ R. PAMPLONA FILHO e P. F. ROCHA, P. FERREIRA, «Estatuto jurídico do nascituro: a necessidade de construção do conceito jurídico de concepção em face dos embriões *in vitro*», em M. EHRHARDT JÚNIOR e E. CORTIANO JUNIOR, *Transformações no direito privado nos 30 anos da Constituição: estudos em homenagem à Luiz Edson Fachin*, Belo Horizonte, 2019, p. 96.

que vem na contramão de muito do que fora construído no campo das liberdades sexuais e reprodutivas ao largo das últimas décadas⁴⁹ e que deságua em uma hermenêutica que, claramente, entoa que o embrião não tem direito ao útero⁵⁰.

Em desfavor da acenada constatação, pode-se argumentar com alguma razão que em um futuro não tão distante será possível gerar os embriões excedentários em dispositivos ectópicos⁵¹, máquinas que farão as vezes de verdadeiros úteros artificiais, como profetiza Henri Atlan ao discorrer que «como as inseminações artificiais e as fecundações in vitro, os úteros artificiais serão utilizados para responder a desejos de filhos de todos os tipos que a procriação natural, não medicalizada, não permite satisfazer. Em particular, associados às técnicas atuais e futuras de procriação medicamente assistidas, eles permitirão a qualquer um, homem ou mulher, procriar sem recorrer a uma mulher que empreste seu útero. No mínimo, o útero artificial completo evitará a necessidade de submeter-se a mães de aluguel a cada vez que a mãe genética não puder ou não quiser assumir os inconvenientes da gravidez»⁵².

Tal possibilidade técnica, mesmo que transformada em cena cotidiana, ao menos aparentemente, segue sem dar conta de responder questões afetas à necessária atribuição dos laços parentais ao ser gestado fora do ventre feminino e, obviamente, à correlata assunção das responsabilidades decorrentes das relações de parentesco, tarefas que no caso brasileiro, longe de se deixarem conduzir por qualquer forma de energia aporética, são balizadas no contexto das liberdades civis outrora referidas e dentre as quais ecoa, como grafado, o direito a não ter filhos.

A tese concepcionista, igualmente, não dá conta de tratar o uso de embriões em pesquisas: em diversas ocasiões as investigações, testes e ensaios realizados em laboratório fatalmente conduzirão a sua destruição⁵³, o que só ocorrer também nos casos em que os embriões restem, indefinidamente, criopreservados, logo, expostos aos humores de um Chronos cuja intemperança e força insuperável a tudo corrói. Além disso, ela resta fissurada, nesse mesmo âmbito, frente à inconteste possibilidade de congelamento e descarte⁵⁴, ações que provocam – no primeiro caso, em inúmeras situações, no segundo, sempre, e, em ambos, por motivos ululantes, sem a escuta do embrião⁵⁵ – o abrupto fim do processo biológico posto em marcha quando da fecundação. Semelhante conjuntura pode ser fractalmente delineada no contexto do diagnóstico pré-implantatório⁵⁶, ainda que, nesse caso, pela via reflexa, eis que referido exame irá catalogar e posteriormente eleger os embriões que quiçá, com sorte, conhecerão a beleza do sol poente, da lua cheia e toda a força das tormentas.

⁴⁹ Vid, P. P. CARLOS, «Gênero, maternidade e direitos sexuais e reprodutivos», em *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, vol. 5, 2019. E, ainda, T. SCHIOCCHET, «Direitos sexuais e reprodutivos: entre a gestão biopolítica e a perspectiva emancipatória», em L. L. STRECK, *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, Porto Alegre, 2014.

⁵⁰ C. COUTO, «Uma janela para a vida: sobre o início da vida e sua proteção jurídica», em *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, a. 7, n. 3, 2021, p. 555.

⁵¹ D. DINIZ, «Rumo ao útero artificial», em *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 5, maio 2007, p. 1241.

⁵² H. ATLAN, *O útero artificial*, Trad. I. E. Dias, Fiocruz, Rio de Janeiro, 2006.

⁵³ E. SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 151.

⁵⁴ M. EHRHARDT JUNIOR, *Direito civil: LICC e parte geral*, Podivm, Salvador, 2009, vol. 1, p. 121-122.

⁵⁵ D. GOZZO, «Embriões excedentários, seu descarte e os avanços da biotecnologia: *quo vadit?*», em R. B. T. SILVA, *Família e pessoa: uma questão de princípios*, São Paulo, 2018, p. 312.

⁵⁶ D. GOZZO, «Embriões ...» *op. cit.*, p. 313.

Tudo isso mostra, aliás, que assertivas que alocam os embriões usadas em pesquisas em cenários nos quais «vidas humanas indefesas [estariam sendo] suprimidas sem qualquer proteção»⁵⁷ não passam de ecos vindos do passado trazendo consigo fragmentos de uma moral jusnaturalista há muito sepultada por movimentos que, ocasionalmente, impactam – às vezes, profundamente – a História e a História do Direito.

Anote-se ainda que o descrédito da matriz concepcionista também parece ser fomentado por outro dado fenomênico cotidianamente identificado, dado que escancara que o Brasil admite, sem ressalvas dignas de nota, tanto o uso do dispositivo intrauterino como o da pílula do dia seguinte. O DIU de progesterona age de forma a impedir a implantação do embrião no útero que iria gestá-lo⁵⁸. O blastocisto é expelido ante a impossibilidade de aderir à membrana uterina. Por sua vez, a pílula do dia seguinte age de modo a dificultar a liberação do óvulo, retardando a fertilização e, eventualmente, descamando o endométrio e, tal qual o DIU, impedindo que o embrião adira no útero.

É possível especular, ainda, sobre (a) a impossibilidade de registro civil dos embriões usados em pesquisa como natimortos ou (b) a ausência de titularidade do direito ao nome, bem como, acerca (c) da não existência de um direito à herança nas hipóteses nas quais o(s) titular(es) do projeto parental faleça(m) enquanto o embrião – ou, no mais das vezes, os embriões – segue(m) indefinidamente crioconservados(s). E mesmo que respeitáveis vozes ressoem em sentido contrário, indaga-se: quantas perguntas mais hão de provocar a reverberação de respostas que carregam em seu ventre uma nem sempre incômoda negação?

Agora sim, é possível explicitar que estando situada na antípoda dessa discussão, a teoria natalista, despida de energia para resistir ao labor de Chronos, sequer foi elencada dentre aquelas que conflituam, hodiernamente, na arena pública. Inspiração em modelos europeus filiados ao vetusto direito romano que via no embrião e no feto «parte das vísceras da mãe», logo, algo sem «autonomia genético-biológica»⁵⁹, citada matriz teórica parece, de fato, não fazer nenhum sentido, mesmo que tal conclusão nem sempre seja identificada nas seções das bibliotecas dedicadas à civilística contemporânea⁶⁰.

Vale lembrar que o próprio Beviláqua afirmara há mais de cem anos que «com aqueles que harmonizam o direito civil consigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a logica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota no art. 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege comminando pena contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caracter de pessoa»⁶¹, o que mostra que a suposta opção pela teoria natalista contida no Código Civil de 1916 deveu-se à

⁵⁷ E. M. SANTOS, «O estatuto jurídico-constitucional do embrião humano, com especial atenção para o concebido in vitro», em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 12, jul./dez. 2008, pp. 76-78.

⁵⁸ P. PRANKE, «A importância de se discutir o uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos», em *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, vol. 56, n. 3, jul./set. 2004, p. 36.

⁵⁹ E. SZANIAWSKI, *op. cit.*, p. 163.

⁶⁰ G. K. M. NEVES; M. M. S. COELHO, «Os embriões crioconservados excedentários na dissolução da sociedade conjugal», em *Civilística*, Rio de Janeiro, a. 9, n. 3, 2020, p. 9.

⁶¹ C. BEVILÁQUA, *Em defeza do projecto de código civil brasileiro*, Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1906, p. 58-59.

intervenção do legislador, único responsável pela alteração da redação originária do projeto elaborado por Beviláqua, fruto de interpolação grosseiramente promovida sem a devida atenção e cuidado com a originalidade, complexidade e organicidade que marcam referido trabalho.

Antes de avançar é preciso enfatizar que – também – por estarem à margem do campo no qual se desenvolvem os debates contemporâneos, optou-se por não dar maior atenção a modelos teóricos recheados de caráter metafísico, como o que se percebe em passagens que noticiam que (a) «o elemento biológico da vida humana ganha nova dimensão por estar inserido conaturalmente em outro elemento, o coeficiente espiritual» e, nesse contexto, «não se pode considerar a vida apenas sob a perspectiva de um fenômeno químico ou fisiológico [que] ultrapassa a medida de seu funcionamento puramente biológico»⁶², ou que (b) «a infusão da alma ao corpo» se dá em momento ainda obscuro, mas que muito provavelmente não é alcançado pelas primeiras semanas de existência do embrião⁶³.

No mais, o reencontro com o fio de Ariadne que guia as reflexões esboçadas nestas páginas permite afirmar que qualquer leitura apressada das três teorias remanescentes – embriológica, neurológica e ecológica – poderia induzir à percepção de que as duas primeiras estariam mais próximas daquilo que emerge como normalidade no seio das relações sociais vividas no Brasil por permitirem delinear o status normativo do embrião no Direito brasileiro, o que não ocorreria com a última que – ao menos, aparentemente – legitima o aborto. Ocorre que a tese neurológica – também por conta do largo espectro temporal por ela abarcado em sua delimitação interna e, evidentemente, de toda a incerteza daí resultante – revela-se não apenas controversa⁶⁴, revelando-se, em um primeiro olhar, bem menos apta a tutelar o embrião levado ao ventre feminino que a teoria embriológica.

Daí que talvez possa ser afirmado que a tese embriológica ou, no mínimo, as muitas pontes que a conectam à teoria genético-desenvolvimentista conduzem a perceber que o humano deverá não apenas atravessar, como vencer uma série de fases para alcançar a sua plenitude: fecundação, pré-embrião, embrião e feto estão entre as mais marcantes⁶⁵.

Tudo isso leva a intuir que em seus primeiros dias, o embrião humano não pode ser reconhecido enquanto pessoa, sendo não mais que um «amontoado de células»⁶⁶.

Células humanas, evidentemente, mas, nada mais que células aglutinadas umas às outras enquanto multiplicam-se. E assim, sem classificar o embrião como humano tampouco negando a possibilidade de vir a sê-lo, acenada teoria vê nele algum nível de autonomia – a embrionária⁶⁷ –, ideia que parece bem absorver o conteúdo

⁶² A. T. M. ARAÚJO, *A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro*, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009, p. 77.

⁶³ J. T. LORENTZ, «O início da vida humana», em M. F. FREIRE DE SÁ, *Biodireito*, Belo Horizonte, 2002, p. 339.

⁶⁴ T. PIRES, «A autorização das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias (ADIn nº 3.510): implicações da decisão na definição do estatuto jurídico do nascituro e no debate sobre direito ao aborto», em *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, a. 14, n. 19, jan./jul. 2016, p. 218.

⁶⁵ E. O. LEITE, *op. cit.*, p. 123-128.

⁶⁶ E. O. LEITE, *op. cit.*, pp. 123-128. Vid. ainda CFM, «Processo Consulta CFM 1698/96», em https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/pareceres/BR/1996/23_1996.pdf.

⁶⁷ E. O. LEITE, *op. cit.*, pp. 123-128.

proposto pela teoria da nidação, consoante a qual «a vida se inicia com a fixação da mórula [sic, na verdade, do blastocisto] no endométrio», logo, o prelúdio de algo que virá a ser humano⁶⁸, embora ainda não o seja.

É preciso reconhecer, entretanto, que a escolha⁶⁹ – devidamente fundamentada – da referida matriz teórica como a que desponta como a mais adequada para delinear o status jurídico dos embriões carentes da proteção intrauterina talvez mereça tal título muito menos por sua perfeição do que por ser aquela que parece estar menos exposta a críticas no contexto da ininterrupta fricção havida entre o Direito e a Sociedade.

Ademais, ao desaguar na possibilidade de diferenciação parcial entre o concebido e a pessoa, mencionada teoria também merece ser acolhida por alimentar a tentativa de legitimar a tutela gradual do ser humano a depender de seu estágio de formação⁷⁰. De outra banda, referida leitura não mais permite – ao menos, no recorte teórico por ela formulado – alusões a eventual «sacrifício altruístico»⁷¹ tampouco a profanação da vida⁷², mesmo porque, não parece haver coerência na defesa da supressão da vida de algo que, como demonstrado, não a detém nos moldes desenhados pelo Direito brasileiro.

Enfim, como se infere, os limites que metodologicamente balizam este texto parecem dispensar a necessidade de maior detalhamento teórico na tentativa de responder à questão que procura saber qual seria «momento inicial de atribuição» da situação jurídica de pessoa ao embrião: se «a fecundação ou a introdução uterina»⁷³, afinal, distante do abrigo uterino, o embrião não é pessoa, como o reconhece, também, a mais alta Corte de Justiça do país⁷⁴.

Caso se indague acerca de eventuais diferenças entre o embrião desnudado da proteção uterina e aquele que lá, por sorte ou azar, encontrara abrigo, alento e alimento, estas parecem emergir no âmbito das probabilidades de que venham a nascer, tendência deveras maior no último grupo de casos quando comparadas ao primeiro, mormente, quando se resgata (a) a quantidade de embriões crioconservados no Brasil ou (b) o descarte correlato aos diagnósticos pré-implantatórios. Aliás, atualmente, estando longe da proteção uterina, a chance de qualquer embrião humano vir a ser uma pessoa não é maior que zero.

E claro, por mais que seja «difícil dizer» que o embrião encontrado fora do ventre que poderia acolhê-lo não pode ser equiparado à pessoa humana, evidentemente, tal conclusão não referenda – ao menos desde uma perspectiva bioética – que ele se sujeite a qualquer ação destruidora gratuita, proibição esta, entretanto,

⁶⁸ D. GOZZO e F. QUEIROZ, «O direito ao respeito da vida embrionária na reprodução humana», em *(Re)pensando o Direito: desafios para a construção de novos paradigmas*, Conpedi, 2014, p. 221.

⁶⁹ N. LUNA, «A personalização do embrião humano», *Mana*, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 2, 2007, p. 434.

⁷⁰ T. M. M. LIMA, «O uso de amostras biológicas humanas para fins de pesquisa e identificação: uma breve reflexão», em C. FIUZA, M. F. F. SÁ e B. T. O. NAVES, *Direito civil: atualidades II*, Belo Horizonte, 2007, p. 166-167.

⁷¹ H. H. BARBOZA, «O estatuto ético do embrião humano», em D. SARMENTO e F. GALDINO, *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*, Rio de Janeiro, 2006, p. 533.

⁷² E. M. SANTOS, *op. cit.*, p. 76.

⁷³ F. TARTUCE, *Direito civil: direito das sucessões*, GEN-Forense, São Paulo, 2020, vol. 6, p. 80.

⁷⁴ BRASIL, STF, *ADI n. 3510/DF*, em <http://redir.stf.jus.br/estfvizualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>

como lembra Antônio Junqueira de Azevedo, fundada não no «princípio da intangibilidade da vida humana», mas na necessária proteção da vida⁷⁵.

Derradeiramente, é preciso reconhecer que referida leitura não garante que a construção de qualquer espécie de «gradação hierárquica» que tenha em seu momento mais distante «o blastócito», e sucessivamente, «o feto, a criança doente e(ou) deficiente, a criança normal, o adulto doente e(ou) deficiente e - no ápice - o adulto normal, provavelmente também homem, branco, heterossexual e burguês»⁷⁶ não irá prevalecer em campos fenomênicos marcados pela negação da alteridade, destacando-se como padrão econômico-comportamental em detrimento de tão utópica quanto necessária proteção da pessoa humana.

3. À GUIA DE CONCLUSÃO

Muito mais próxima do Direito que da Biologia, a revisão de literatura realizada nas páginas precedentes permitiu apreciar as matrizes concepcionista e natalista, ocasião em que, após esquadrihar a arquitetura jurídica de ambas, demonstrou sua insuficiência no tratamento jurídico dos embriões despidos da proteção uterina.

A partir daí, foi impossível não perceber que os embriões - aqueles que não se encontram uterinamente albergados - não detém o status de pessoa humana. De outra banda, isso não quer dizer que estejam expostos à voracidade de predadores como o Mercado.

⁷⁵ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Estudos e pareceres de direito privado*, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 17.

⁷⁶ L. N. CESARINO, *op. cit.*, p. 367.

EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN Y SUS IMPLICACIONES PARA LA EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA EN CHILE

LEONARDO JAVIER CASTILLO-CÁRDENAS
(Universidad de La Frontera - Chile)

1. INTRODUCCIÓN

La regulación jurídica del embrión humano no se trata de una cuestión nueva, mas sí de una bastante polémica. A raíz de los avances científicos, nuevas situaciones hasta hace poco impensadas, como la fertilización in vitro, los vientres de alquiler, la experimentación con células madre para uso farmacéutico o cosmético, han traído aparejadas nuevas problemáticas tanto para el derecho, como para la bioética.

En esta contribución, se abordará la regulación normativa, así como las diversas posturas que se tienen en Chile respecto del estatuto jurídico del embrión y las implicaciones que de ello devienen respecto de la experimentación científica. Las preguntas que subyacen, quizá de sencilla formulación respecto de los embriones humanos, como ¿qué son? y ¿qué es posible hacer con ellos? son, como se demostrará bastante más complejas de abordar. Para ello se revisará tanto la legislación, como el tratamiento doctrinario nacional a dicho respecto.

De esta manera, la estructura propuesta consiste en tratar por una parte la regulación y doctrina respecto de la naturaleza jurídica del embrión humano, en primer término, con un encuadre constitucional mínimo, para luego analizarla desde la óptica del Derecho Civil, para finalmente, examinar la normativa relativa a los embriones humanos en el ámbito de la investigación científica.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN HUMANO

2.1. Desde una perspectiva Constitucional

La Constitución Política de la República de 1980, adoptada durante la dictadura cívico militar encabezada por el General Pinochet, y que está actualmente en proceso de ser reemplazada por otra elaborada democrática, igualitaria y participativamente, por una Convención Constitucional, establece en su artículo 19 N° 1 «La ley protege la vida del que está por nacer». La misma fórmula establece el artículo 75 del Código Civil de Andrés Bello.

Al respecto, consta en las actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política el acuerdo de garantizar la vida del que está por nacer, desde el

momento de su concepción, además de reconocer al concebido no nacido de su calidad de sujeto del derecho a la vida. Esto ha quedado establecido en las Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, particularmente en las sesiones 84^a, 87^a, 89^a, 90^a, 93^a las cuales se verificaron entre noviembre y diciembre de 1974 y 407^a en agosto de 1978¹. Más recientemente, con la reforma a la Constitución por la cual se estableció la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres, ley 19.611 publicada el 16 de junio de 1999, el inciso 1º del artículo 1º pasó de tener la redacción original «Los hombres nacen libres en dignidad y derechos» a la actual «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos». Durante el Segundo trámite constitucional en el Senado, particularmente en la discusión en sala que tuvo lugar el 03 de marzo de 1999 legislatura 339 sesión 21, el entonces Senador Bombal solicitó «con el objeto de hacer constar en forma expresa, para la historia fidedigna del establecimiento de la norma pertinente, que, ante el hipotético caso de que este proyecto se convierta en norma constitucional, jamás se podrá desprender de él que, en conformidad a nuestro ordenamiento fundamental, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado por otra norma constitucional. En la especie, el artículo 19, N° 1º, de la Carta, al proteger la vida del que está por nacer, lo hace luego de que en el epígrafe de aquel precepto se dispone expresamente que «La Constitución asegura a todas las personas:»; es decir, que la criatura que se encuentra por nacer es persona y sujeto de derecho desde su concepción.» Lo anterior fue acordado por el Senado².

El Tribunal Constitucional chileno, se ha pronunciado a dicho respecto en sentencia de 18 de abril de 2008 de causa Rol n° 740-2007, caratulada «Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las «Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad», aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud.» En su considerando Quincuagésimo cuarto señala «Que, de esta forma, queda claro que, para el Constituyente -y a diferencia de lo que pueda desprenderse del examen de normas legales determinadas-, el embrión o el nasciturus es persona desde el momento de la concepción.» Más recientemente, el Tribunal Constitucional se pronunció en sentencia del 28 de agosto de 2017 sobre «Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de Senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, correspondiente al boletín N° 9895-11» causa signada con el rol 3729-17. Si bien el fallo en su voto de mayoría señala que el que está por nacer es «un bien jurídico de la mayor relevancia», que es una «expectativa de persona», que no tiene «las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos», en definitiva, una cosa. Mas, el voto disidente señala que se trata de una persona, estando comprendido quien está por nacer al corresponder a un individuo de la especie humana. El Ministro Domingo Hernández señalando que son «impertinentes» las discusiones semánticas, originalistas o literalistas respecto de si el embrión o feto es o no persona humana. que el feto constituye una forma de vida humana intrauterina, un ser humano vivo dependiente de su madre, el cual existe desde su concepción. Argumenta que «por razones pragmáticas» y para efectos civiles

¹ «Las Actas oficiales pueden ser consultadas en la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile», en su sitio: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/3767/2/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf

² «La Historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.611» puede ser consultada en el siguiente link: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7355/>

se considere persona al ser humano desde el momento de su nacimiento, donde se asocia a los atributos de la personalidad, pero que esa razón pragmática «no puede llegar a significar que el feto antes de nacer sea sólo un mero ‘centro de atribución o imputación normativa’ para ciertos efectos, y no una forma de vida humana plena sólo que en otro estadio de evolución, sin derecho a la vida y disponible para la madre, dadas ciertas circunstancias». Señala que «la calidad humana del feto es clara y evidente por sí misma, más allá del choque paradigmático entre posiciones iusnaturalistas, neo constitucionalistas y positivistas, como señala el voto de prevención en el N°1 letra «c» en la página 242 del fallo. Al respecto el profesor Hernán Corral estima que a este respecto el voto de disidencia debiera sumarse a la minoría por lo que no habría pronunciamiento del Tribunal Constitucional manteniéndose un empate y considerándose vigente la sentencia rol N°740 de 2007, que señala como se planteó, que la persona comienza en la concepción y no con el nacimiento³.

Una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, que por su relevancia se menciona es aquella pronunciada por la Tercera sala, que corresponde a la sala constitucional, el 30 de agosto de 2001. La sentencia se pronunció sobre apelación del recurso de protección interpuesto en la Corte de Apelaciones de Santiago el 28 de mayo de 2001 en la causa «Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública, Ministra de Salud y Laboratorio Médico Silesia S.A.», a propósito de la denominada píldora del día después revocándolo. Al respecto señala a la letra: 17° «Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre natal- pues la norma constitucional no distingue-, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación».

En el plano de los derechos humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, del que Chile se hizo parte recién en el mes de enero de 1990 al ser inminente el retorno a la democracia, y que de acuerdo al inciso 2° del artículo 5° de la Constitución los tratados en materia de derechos humanos constituyen un límite al ejercicio de la soberanía. Así las cosas, el artículo 1° al establecer que «persona es todo ser humano» y el artículo 3 «toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica» ha dado pie para que parte de la doctrina entienda modificado el Código Civil. Basándose en aquello, Lyon ha señalado que «la doctrina tradicional ha interpretado las normas de los artículos 74, 75 y 77 de nuestro Código haciendo una separación entre «existencia legal» de la persona y existencia natural: la primera comienza con el nacimiento; la segunda con la concepción. De este modo, el *nasciturus* no sería legalmente persona mientras no llegue a nacer ...».⁴ Esto, da pie para la discusión que se abordará en el párrafo siguiente.

2.2. Desde una perspectiva de Derecho Civil

Desde la perspectiva civil, los artículos del Código que regula principalmente esta materia son el 55 que dispone «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición...»; el artículo 74 «La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completa-

³ H. CORRAL TALCIANI, «El estatus del embrión humano en la sentencia sobre aborto del Tribunal Constitucional», en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-estatus-del-embrión-humano-en-la-sentencia-sobre-aborto-del-tribunal-constitucional>

⁴ A. LYON, *Personas naturales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, p. 39.

mente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás»; y el artículo 75. «La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Todo castigo de la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento»; artículo 77 los derechos que se deferirán a la criatura que está en el vientre materno si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido».

De acuerdo a la historia fidedigna del establecimiento del artículo 75 del Código Civil, que es donde nos hemos de centrar, en el proyecto de 1853 apareció como artículo 77, luego en idéntica redacción al «Proyecto inédito» y luego al «Proyecto de 1855» en el artículo 76, para luego, finalmente al Código civil promulgado 1855 y publicado en 1856, sin mediar diferencia en la redacción. En el proyecto de 1853 se hace referencia a leyes de las Siete partidas, en este caso la Ley 3 título 23, parte IV «Demientra que estoviére la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga, o se diga, a pro della aprovechase ende, bien assi como si fuesse nascida; mas lo que fuesse dicho, o fecho a daño de su persona, o de sus cosas, non le empece [...]»⁵. El propio Barrientos, señala que se puede rastrear hasta el Derecho Romano. Así Ulpiano en el Digesto (37,9,1,15), afirmaba: «No dudamos de que el pretor debe socorrer también al que va a nacer, y tanto más cuanto debe favorecerse aún más al no nacido que al que ya ha nacido, en efecto se favorece al no nacido, para que llegue a nacer (ut in luce.m producat)»⁶.

Antes del nacimiento, el feto es considerado una *muleris portio vel viscerium* como señala Ulpiano en el Digesto (25.4.11) careciendo de individualidad y patrimonio. Con estos textos del Corpus Iuris, señala Corral Talciani, glosadores y comentaristas habrían construido el aforismo *conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodi agitur*, que apuntaría a que al concebido se le habrá de considerar como nacido en los efectos jurídicos que vayan en su provecho⁷.

Respecto de la pregunta fundamental acerca de qué tipo de derecho tiene el *nasciturus*, para el caso de que consideremos que es sujeto de derecho, los autores clásicos de Derecho Civil, como Arturo Alessandri, Luis Claro Solar, sostienen que el derecho del *nasciturus* sería un derecho sujeto a condición suspensiva, la de nacer. Para otros como Galecio, se trataría de un derecho eventual⁸. Barros Errázuriz, señala que la ley protege además de su vida, las expectativas de derechos patrimo-

⁵ J. BARRIENTOS GRANDON, *Código Civil. Tomo I*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 168.

⁶ *Ib.*, ídem p.169.

⁷ H. CORRAL TALCIANI, «El embrión humano; consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de 'despenalización' del aborto» en *El aborto. Perspectiva filosófica, jurídica y médica*, Cuadernos de Extensión Jurídica Editorial Universidad de Los Andes, Santiago, 2015 p. 111.

⁸ A. VODANOVIC, *Derecho civil Parte preliminar y Parte General. Tomo I*, Editorial Conosur, Santiago, 1990, p. 347.

niales, los que estarán suspensos hasta el nacimiento⁹. Somarriva, por su parte sostiene que se trataría de un derecho especial, y al respecto argumenta que: i) por una parte, no se trataría de un derecho bajo condición suspensiva, pues las personas a quienes correspondería los derechos para el caso de que en definitiva el nasciturus no naciera y tuviera existencia legal, no podrían estar sujetas a la misma especie de condición. Ello pues no sería concebible que un derecho estuviese subordinado a una misma especie de condición para dos o más personas que sustentan intereses opuestos; ii) tampoco puede ser el derecho de la criatura que está por nacer condicional resolutorio, toda vez que la condición resolutoria implica un derecho actual. Al respecto, cita un argumento de texto, el artículo 485 del Código Civil que se refiere a «los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo». Con ello se expresa que el hijo antes de nacer vivo, carecería de aquel derecho. Por lo demás, considerar aquello, implicaría que quien no es persona, toda vez que la existencia legal de la persona principia al nacer, podría adquirir bienes; iii) tampoco podría tratarse de un derecho eventual, pues el titular de una situación jurídica no existe o está indeterminado, y el derecho eventual, como cualquier derecho, tiene su fundamento en una relación entre un sujeto derecho y una regla jurídica, situación que no se dará mientras la criatura no nazca¹⁰.

Corral Talciani, sintetiza las principales teorías que exponen la naturaleza jurídica de la protección civil del nasciturus: a) El concebido como persona anticipada, que se sustenta en la afirmación que la concepción es la que determina la personalidad y no el nacimiento, por lo que cuenta con derechos precisamente por tener la aptitud para adquirirlos. Señala el profesor Corral que la dificultad es como justificar que, siendo persona, se le niegue la titularidad cuando su muerte se produce antes del nacimiento. Debido a esto es que surgen los conceptos de personalidad futura, condicional o anticipada, aun cuando aquellas condicionalidades no serían a su juicio compatibles con el concepto de personalidad; b) El concebido como titular con capacidad limitada, así no siendo persona el nasciturus podría gozar de cierta capacidad, aunque fuere limitada, parcial y revocable. Al respecto el profesor Corral recuerda que el concepto de capacidad general de goce supone la ausencia de restricciones; c) El concebido como futuro beneficiario de derechos sin sujeto actual. La teoría de los derechos sin sujeto que sostiene la existencia de bienes o derechos patrimoniales que pueden configurarse sin la necesidad de un titular actual, manteniéndose los derechos en suspenso en espera de un titular que no tiene existencia legal; d) El concebido como beneficiario de una ficción de nacimiento. Así se plantea una ficción en la que el concebido habría nacido antes de que ello efectivamente ocurriese. Ello implicaría, señala Corral, sacrificar la coherencia de los principios para lograr una mayor adecuación a la realidad social; e). el concebido como persona jurídica técnica, así el embrión y su eventual patrimonio sería una forma de persona jurídica técnica o tácita, tal como las corporaciones, fundaciones y sociedades. En ese sentido, si bien en la práctica respecto de los derechos patrimoniales está resuelta, si bien quizá como opinan algunos como Vodanovic, no satisfactoriamente explicado¹¹⁻¹².

⁹ A. BARROS ERRÁZURIZ, *Curso de Derecho Civil. Primer Año. Cuarta edición*. Editorial Nascimento, Santiago, 1930, p. 93.

¹⁰ A. VODANOVIC, *op. cit.*, p. 348.

¹¹ H. CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, pp 112-114.

¹² Una muy completa remisión a los diferentes autores se encuentra en: H. MORALES, «El concepto de persona en el Código Civil: criterios, fundamentos y consecuencias normativas», en *Ius et Praxis*, Talca, 2018, pp. 361-396.

Vial y Lyon, sostienen que, al reconocerse la existencia natural, como contrapartida a la existencia legal, implica que la ley protege los intereses del que está por nacer. De hecho, Lyon recalca acertadamente que el Código Civil «no sostiene que la vida comienza con el nacimiento. Solo le atribuye la condición de «persona» desde el momento de la separación completa de la madre». Prosigue su exordio señalando que para el derecho positivo chileno es «un hecho indudable» que la vida humana comienza con la concepción, por lo que en consideración a aquel que considera un principio, es que se protege la vida e intereses del que está por nacer, vida que ya existe e intereses en vista de su eventual y futura personalidad¹³. Afirma además que interpretando el Código de forma sistemática en perspectiva del concepto de persona que recoge la Constitución de 1980, «el nasciturus es considerado un ser humano y por ende una persona con derecho a la vida.» Lo anterior teniendo a la luz la norma del artículo 55 del Código «Son personas todos los individuos de la especie humana»¹⁴. Suponer que quien no ha nacido no es persona y por tanto no puede adquirir derechos y contraer obligaciones, contradice la realidad humana y natural sostiene.

Para Gonzalo Figueroa, la categoría no definida «el que está por nacer» puede ser identificable con el embrión. Precisa que se trataría del embrión implantado en las paredes uterinas, no distinguiendo si ha sido natural o artificialmente implantado. Para ello se basa en las expresiones «la criatura que está en su seno» del artículo 75, y «la criatura que está en el vientre materno» del artículo 77. El Código Civil no distingue entre las categorías de nasciturus o concebidos no nacidos. Para Figueroa, es relevante hacer la distinción entre el momento de implantación del embrión preimplantatorio, donde «aunque conserve su naturaleza jurídica de ‘cosa’, y corresponda a un objeto de derecho la ley debe considerarlo de manera especial otorgándole un trato privilegiado mediante un estatuto específico. Respecto del embrión ya implantado en las paredes uterinas. Así las cosas, habría un estatuto jurídico para el embrión adherido a las paredes uterinas, sin ser una persona, sería un sujeto de derechos puros y simples, los derechos de la personalidad, y sujeto de derechos eventuales que emergerán a la vida del derecho una vez que nazca»¹⁵. Posteriormente Figueroa dio un giro a su argumento, sostuviendo que no siendo cosa el embrión, entonces integraría la categoría de personas. Autores como el profesor Rodrigo Soto, atribuyen a que Figueroa lo que intentó era una recomendación de *lege ferenda* para modificar el artículo 74 que excluye la personalidad para el embrión implantado¹⁶. Para Figueroa, el momento de la anidación constituye un criterio satisfactorio para determinar un antes y un después respecto a la calificación de certeza de la calidad de persona del embrión humano.

Hernán Corral sostiene que sería persona desde la concepción, criticando que exista personalidad para efectos civiles que comienza desde el nacimiento, lo que rompería el concepto unitario de la personalidad. Así, al embrión humano no le sería negada su subjetividad jurídica, sino solo postergada su capacidad patrimonial, por lo que el artículo 74 habría de ser interpretada como la aptitud para la adquisición de derechos de carácter económico. De este modo, la edad es completa-

¹³ A. LYON, *Personas naturales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, p. 36.

¹⁴ A. LYON, *Personas naturales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, p. 40.

¹⁵ G. FIGUEROA, *Derecho civil de la persona. Del genoma al nacimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 132-152.

¹⁶ R. SOTO, «Comentario a ‘Derecho Civil de la Persona: del genoma al nacimiento’ de Gonzalo Figueroa Yáñez», en *Ius et Praxis*, Talca, 2001, pp. 521-531.

mente irrelevante, ubicándose los intereses del embrión humano en un plano igualitario respecto de otros intereses, lo cual es relevante en casos de colisión de intereses como la crío preservación, experimentación o aborto. En una postura similar está el profesor Joaquín García Huidobro. Por cierto, Alberto Lyon también realiza una interesante argumentación respecto de que la individualidad como la identidad del embrión no podrían discutirse desde el punto de vista de la ciencia¹⁷.

3. EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA CON EMBRIONES HUMANOS

La Ley N° 20.120, publicada el 22 de septiembre de 2006, que regula la investigación científica en el ser humano y su genoma y prohíbe la clonación humana. Como señala Corral, «este cuerpo legal contiene una nueva reafirmación de la protección que el ordenamiento jurídico realiza del nasciturus, en su calidad de individuo de la especie humana»¹⁸. Esta ley tuvo una larga tramitación en la Cámara de Diputados y Senado, casi 10 años, desde que ingresó esta moción de 5 senadores demócrata cristianos el 12 de marzo de 1997, con el boletín 1993-11.

En Chile, existe prohibición de clonación humana, y del mismo modo se prohíben las técnicas de reproducción asistida con fines diferentes de la procreación humana. En Chile se prohíbe la congelación de embriones para transferencia diferida de embriones.

En su artículo 1° establece los fines de la ley que son: a) garantizar la protección de «la vida de los seres humanos»; b) hacerlo desde el momento de la concepción; c) además de su integridad física y psíquica; d) la diversidad e identidad genética humana en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas. Al respecto, esta norma establece con rango legal que la concepción es el momento desde el cual inicia la vida de los seres humanos, sin hacer mención al concepto de persona o alguno de sus atributos. También llama la atención la protección que se brinda a la identidad genética, distinta de la de sus padres.

En su artículo 2° establece el límite a la libertad de investigación científica biomédica: el respeto a los derechos y libertades esenciales «que emanan de la naturaleza humana». De esta manera, el marco mínimo es la garantía y respeto de las libertades y derechos de quienes participan en aquellas investigaciones. Así las cosas, si se considerara persona al nasciturus, poseería también aquella dignidad intrínseca de la cual emanan los derechos humanos, y el texto pareciera dar esa idea. A ese respecto, se ha avanzado en reconocer la dignidad de los no natos, al establecer mediante la ley 21.171 una modificación a la ley 4.408 sobre registro civil e identificación, creando un catastro nacional de mortinatos, facilitando su individualización y sepultación, publicada el 22 de agosto de 2019¹⁹⁻²⁰. También como una peculiaridad, en virtud de la ley 20.699 «Artículo único. Declárase el 25 de marzo de cada año como el «Día del que está por nacer y de la adopción».

¹⁷ A. LYON, *Personas naturales*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2007, pp. 45-50.

¹⁸ H. CORRAL TALCIANI, *Derecho civil y persona humana. Cuestiones debatidas*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2007, p. 91.

¹⁹ Una discusión muy interesante es la que plantea: J. VIAL CORREA y A. RODRIGUEZ GUERRO, «La dignidad de la persona humana: desde la fecundación hasta su muerte», en *Acta bioeth.*, Santiago, 2009, p. 55-64.

²⁰ Respecto de la dignidad de mortinatos y nasciturus, ver D. MARTIN HERRERA, «Sobre la dignidad humana del mortinato y nasciturus: un nuevo reto bioético a propósito de la STC 11/2016 y la jurisprudencia del TEDH», en *Rev. derecho genoma hum.*, Bilbao, 2018, pp. 161-197.

El artículo 3° prohíbe toda práctica eugenésica, exceptuando la consejería genética. El artículo 4° plantea una cuestión interesante al prohibir toda clase de discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético de las personas, impidiendo la utilización de resultados de exámenes genéticos y análisis predictivos. Al respecto, dista bastante de parecer una exageración el establecer estas prohibiciones. La información sobre las condiciones y preferencias de las personas, debe ser celosamente resguardada. El riesgo es lo suficientemente alto como para soslayarlo.

El artículo 5° prohíbe, sin distinción de ninguna clase, la práctica de la clonación en todas sus formas con independencia del fin perseguido o la técnica utilizada. Esto se ha de relacionar con el artículo 17 que establece sanción penal en caso de clonación o procedimiento eugenésico, y presidio menor en su grado medio a máximo más inhabilitación del ejercicio de la profesión por el tiempo que dure la condena; además en caso de reincidencia, la sanción será, además, la inhabilitación perpetua de ejercicio de la profesión. Como señala Valenzuela²¹, se protege la vida de ciertos embriones no implantados, aquellos que han sido sujetos a un procedimiento de reproducción humana asistida. Al respecto, extrañamente la destrucción de embriones humanos para obtención de células troncales no tiene aparejada una sanción expresamente señalada. De acuerdo al Reglamento corresponde a la Autoridad sanitaria y los miembros de los Comités Ético Científicos denunciar los hechos constitutivos de dichas actuaciones de que tomen conocimiento con motivo del desarrollo de investigaciones científicas biomédicas.

El artículo 6° solo permite el cultivo de tejidos y órganos con fines de diagnóstico terapéuticos o de investigación científica, señalando a reglón seguido la prohibición de la destrucción de embriones humanos para la obtención de células troncales que den origen a tejidos u órganos. La investigación con células troncales embrionarias humanas genera problemas de índole ética, a diferencia de la investigación con células troncales adultas que se obtienen de tejidos adultos, o respecto de las células obtenidas de cordón umbilical o fetos abortados de manera espontánea²². El Reglamento de la ley Decreto 114 a este respecto complementa que quienes conserven muestras o elementos biológicos deberán adoptar las medidas necesarias par su seguridad y confidencialidad suficientes para resguardar su correcto uso. El artículo 7° por su parte, permite la terapia génica en células somáticas para fines de tratamiento o prevención de enfermedades.

El artículo 8° plantea la titularidad del conocimiento del genoma humano como patrimonio común de la humanidad y coherente con las normas de propiedad intelectual (industrial diríamos acá) tanto nacionales como en los tratados suscritos, la prohibición de patentabilidad sobre los procesos biotecnológicos derivados del conocimiento del genoma humano. A este respecto, es importante destacar que de acuerdo al artículo 37 de la ley 19.039 de propiedad industrial, no es invención y no son patentables los descubrimientos, letra a); letra d) «Los métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico del cuerpo humano o animal, así como los métodos de diagnóstico aplicados al cuerpo humano o animal, salvo los productos

²¹ J. VALENZUELA, «Aproximaciones a la regulación de la ley 20.120: cuestiones generales sobre la protección penal del embrión no implantado en el derecho chileno», en *Rev. estud. justicia*, Santiago, 2007, p. 123.

²² H. SALINAS, A. ADAUY, R. IDE. «Reflexiones acerca de células troncales obtenidas mediante la utilización de embriones humanos», en *Rev. chil. obstet. ginecol.*, Santiago, 2005, pp. 264-271.

destinados a poner en práctica uno de estos métodos.»; y letra f) «Parte de los seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma. Sin embargo, serán susceptibles de protección los procedimientos que utilicen uno o más de los materiales biológicos antes enunciados y los productos directamente obtenidos por ellos, siempre que satisfagan los requisitos establecidos en el artículo 32 de la presente ley, que el material biológico esté adecuadamente descrito y que la aplicación industrial del mismo figure explícitamente en la solicitud de patente.» Finalmente, el artículo 38 dispone «Artículo 38.- No son patentables las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público, la seguridad del Estado, la moral y las buenas costumbres, la salud o la vida de las personas o de los animales, o para preservar los vegetales o el medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga sólo por existir una disposición legal o administrativa que prohíba o que regule dicha explotación». Esto es coherente con el Tratado ADPIC particularmente con el artículo 27.2 y 27.3.

El artículo 9º plantea la posibilidad de investigar y determinar la identidad genética de un ser humano solo si se cuenta con su consentimiento previo e informado, o de quien deba suplir su voluntad, o por medio de los tribunales cuando la ley lo establezca. El art. 10 establece que toda investigación científica en seres humanos cuando implique intervención física o psíquica requiere profesionales idóneos, y justificarse en su objetivo y metodología a esta ley, no permitiéndose si hay antecedentes que supongan riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal grave y duradera para un ser humano, que de acuerdo al artículo primero se pudiera entender extensible al embrión. Otra disposición importante es el artículo 10 inciso 2º que señala que no podrá desarrollarse investigación científica si hay riesgo de destrucción, muerte o lesión corporal grave y duradera para un ser humano, donde encontraríamos también incluido al embrión.

El artículo 12, dispone que la información genética de un ser humano será reservada, sin perjuicio de las facultades de los tribunales en los casos establecidos por la ley, resultando plenamente aplicables las disposiciones sobre secreto profesional. Para la violación de la reserva, se establece una sanción penal en el artículo 18 inciso 1º. El artículo 13, también se vincula con la protección de datos personales, señalando que la recopilación, almacenamiento, tratamiento y difusión del genoma de las personas se ajustará a las disposiciones de la ley N° 19.628. También, la obligación de encriptar los datos que permitan identificar a una persona, tanto para su almacenamiento, como para su transmisión, pudiendo omitirse por razones de utilidad pública, que la ley no aborda. Esto se relaciona con el artículo 18 inciso 2º donde se establece una fuerte multa a quien omita la encriptación. El artículo 14 prohíbe solicitar, recibir, indagar, poseer y utilizar información sobre el genoma relativa a una persona, salvo que ella lo autorice expresamente o, en su defecto, el que deba suplir su voluntad en conformidad con la ley. Lo anterior es sin perjuicio de las facultades de los tribunales de justicia, en los casos y en la forma establecidos en la ley. Finalmente, entre las disposiciones que se destacan se encuentra el Artículo 20 que dispone que todo el que desarrollare un proyecto de investigación científica biomédica en seres humanos o en su genoma, sin contar con las autorizaciones correspondientes exigidas por la presente ley, será sancionado con la suspensión por tres años del ejercicio profesional y con la prohibición absoluta de ejercicio profesional en el territorio nacional en caso de reincidencia.

4. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, en primer lugar, no es sencillo el abordaje respecto de la situación jurídica del nasciturus. Desde una perspectiva constitucional, las posturas que han primado son las más conservadoras. Coherente con ello, también la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han señalado la misma ruta, que con mayor o menor pudor califican al producto de la concepción, con variaciones respecto de los momentos, como persona. No obstante, han surgido nuevas voces en el concierto constitucional, además, el propio proceso que hoy se está viviendo con la redacción de una nueva Carta Magna, también abre oportunidades para re discutir.

Desde una perspectiva civil, se aprecia un enorme énfasis en la búsqueda de soluciones respecto de lo patrimonial, pero se omiten otras discusiones, quizá más álgidas como la de la dignidad del nasciturus, en cuanto a persona si así lo calificáramos como parte importante, e influyente hasta ahora, de la doctrina plantea.

Donde sí es posible apreciar un mayor grado de certeza, es respecto de qué se puede hacer con los embriones. En ese sentido, la ley 20.120 es bastante clara respecto de los límites. Pero va aun más allá. Por cierto, circunscrita a lo que regula, esta ley plantea además de cuestiones procedimentales, y otras fundamentales como prohibir la clonación, o la eugenesia, algunas premisas proteger la vida de los seres humanos decantando el legislador elocuentemente su posición «desde el momento de la concepción». Por ello es que por ejemplo es que categóricamente prohíbe la destrucción de embriones humanos para obtener células troncales que den origen a tejidos u órganos.

Así, esta ley que nace en el ocaso del siglo XX y se aprueba a principios del actual, otorga algún grado de certeza, también respecto del estatuto del embrión.

LA EXPERIMENTACIÓN CIENTÍFICA CON CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS. ANÁLISIS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ

(Universidad de Granma-Cuba)

MANUEL FELIPE LEDEA PÉREZ

(Universidad de Granma-Cuba)

ANA ELISA GORGOSO VÁZQUEZ

(Universidad de Granma-Cuba)

1. INTRODUCCIÓN

La razón por la que Aristóteles y otros muchos filósofos consideraron en sus estudios que, el ser humano aparecía como el resultado de una gestación previa no coincide en modo alguno con las corrientes contemporáneas que establecen una línea entre lo prehumano y lo humano, marcada por cualidades (capacidades del sujeto), sino por el momento en que científicamente se posee una evidencia de que el individuo en cuestión ya puede ser definido científicamente con la misma definición que los demás miembros de su especie¹.

Bobbio, como continuador, en sus estudios sobre el tema, ha sistematizado que las escuelas filosóficas y jurídicas que sostienen que es inútil buscar un fundamento de los derechos humanos, más allá del poder que los establece, que, en nuestro tiempo, camina en los acuerdos, pactos, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos que van fijando las naciones².

Permite conocer como en los finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, han estado marcados por la irrupción de la ciencia en la vida del hombre. Su desarrollo ha sido ingente, con una influencia positiva, al facilitar el mejoramiento de la especie humana. Pero la ciencia no sólo es en este siglo una fiel aliada del progreso, también suscita temores por su poder y alcance.

Los resultados de la investigación científica con los avances que ha tenido en el siglo XXI ha posibilitado la intervención del cuerpo humano en sus diferentes estadios del desarrollo biológico, y la intervención de embriones, como una práctica desarrollada en la búsqueda de posibilidades eugenésicas, cura a las enfermedades hereditarias y, para enfrentar problemas de reproducción asistida.

¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*. Porrúa. México. 1971.

² Véase N. BOBBIO, *El problema de la guerra y las vías de la paz*. España. 2000.

Sin embargo, desde su descubrimiento, se aprecia como las células embrionarias han sido una herramienta con inclusión en numerosos campos de la Biomedicina. Empero, su aplicación potencial de estas células se ha visto frenada por la controversia que las rodea, principalmente en cuanto a su procedencia. Por ello, como consecuencia del rápido y, aparentemente, inexorable desarrollo biotecnológico, ha sido la búsqueda por parte de los legisladores de criterios generales para legislar.

Para ello, se analiza cómo se ejecuta la experimentación científica con células madre embrionarias en el sistema de salud cubano, de cómo es su reconocimiento legal dentro del ordenamiento jurídico de la salud, que permita demostrar la necesidad de su actualización normativa en la actualización del modelo económico y social.

2. EL USO DE LAS CELULAS MADRE EMBRIONARIAS EN LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA

Los embriones humanos

El controvertido uso de embriones humanos ya sea en las acciones terapéuticas o en investigaciones científicas con el fin de modificar genéticamente la especie humana no está libre de riesgos, muchos lo ven desde una óptica conservadora que se engloba el planteamiento «jugar a ser Dios». Este es un apotegma que tiene diversas lecturas.

Para ello, se hace una revisión somera de que se conoce por *Nascitûrus* «el que va a nacer», participio de futuro en latín, es un término jurídico que designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión, por tanto, al concebido y no nacido. En diversas legislaciones, el *nascitûrus* no tiene personalidad jurídica en los ordenamientos jurídicos.

Sin embargo, y dado que generalmente la adquiere al nacer, en ciertas circunstancias se le reconoce una serie de derechos. Así, el *nascitûrus* se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico pues se le considera «un bien jurídico necesitado de tutela». Por otra parte, una vez acontecido el nacimiento la mayor parte de legislaciones existentes reconocen constitucionalmente derechos a toda persona nacida desde la normativa internacional.

De la misma manera, para el Derecho Romano, al *nascitûrus* no se lo consideraba persona, por lo que en la Antigua Roma el aborto estaba permitido; sin embargo, se le reconocían derechos al *nascitûrus*. Por ejemplo, si la mujer embarazada estaba condenada a muerte, la ejecución se posponía hasta el momento del nacimiento³.

También es cierto que, el tema sobre la naturaleza del embrión humano ha causado gran polémica en el quehacer científico y filosófico; existen varias posiciones que están a favor y en contra de considerarlo vida humana, lo cual está influenciado directamente sobre la posición de los pensadores sobre si el inicio de la vida del hombre es desde la concepción o en etapas posteriores.

Así mismo, por embrión humano, «...se entiende el producto de la concepción durante los tres primeros meses, a partir de los cuales toma el nombre de feto...», definición recogida en el Diccionario de terminologías en ciencias médicas⁴.

³ Confróntese, E. PETIT, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 23 edición, Porrúa. México. 2007.

⁴ *Diccionario de terminología de ciencias médicas*, 12ª edición. Salvat, España. 1984.

Para la ciencia, un embrión es aquel organismo en pleno desarrollo, el cual va desde el comienzo en el huevo (cigoto) o en su defecto en el útero materno y hasta que se desarrollen bien sus diferentes órganos. Es la etapa inicial del desarrollo humano. Desde este punto de vista, la naturaleza del embrión es compleja, tanto desde la perspectiva biológica, ontológica, como también jurídica.

Desde el ámbito jurídico, dentro del Digesto de Justiniano existía un principio general en el cual el concebido se asimilaba al ya nacido, era el principio: «*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*» (El niño concebido es tenido por nacido toda vez que se trate de su propio interés), es verdad que la persona se consideraba a partir del nacimiento donde nacían los derechos civiles del ciudadano, pero este principio reconocía protección al no nacido y era desde el momento de la concepción, es decir, abarcaba al embrión⁵.

El marco jurídico internacional sobre la materia genética y los derechos humanos. Su reconocimiento en los ordenamientos jurídicos.

Los fundamentos filosófico jurídicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde el Derecho Internacional, se valora que expresa con rigor y profundidad las cuestiones fundamentales acerca de los derechos del hombre y así mismo, enuncia con claridad que se trata de derechos inherentes al ser humano desde el ámbito internacional. Este hecho histórico jurídico acontecido en París en el año 1948, ocurre después de largas negociaciones entre los países que entonces formaban la Organización de las Naciones Unidas en este momento analizado⁶.

Por esta razón se valora que, la Declaración de los Derechos Humanos constituye la corriente clásica y realista del iusnaturalismo. Por ello, paradójicamente el siglo XX fue el siglo que ha visto gestar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. El recorrido del siglo XX, ha resultado un tiempo que ha presenciado, como pocos momentos de la historia humana, atentar dramática y cruelmente contra la vida y la dignidad del hombre.

En este contexto jurídico social, la protección al ser humano y las alternativas para el impulso biocientífico son temas que preocupan a algunos sectores de la sociedad. Las universidades, gremios, Estado y particulares vienen acopiando las necesidades y los efectos del desarrollo biotecnológico a fin de que le brinden garantías adecuadas al ser humano.

Por lo cual, no cabe dudas afirmar que en los últimos años el paradigma biotecnológico se ha convertido en el escenario que ofrece una gran diversidad de herramientas que intentan justificar el desarrollo del progreso científico, social, económico, ambiental y el profesional, integrando para ello diversos contenidos de varias ciencias y ramas del saber científico, como es el del Derecho como ciencia social.

De acuerdo al Pacto de San José de Costa Rica, en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, es el instrumento jurídico internacional que, en su artículo

⁵ La obra jurídica del Digesto, es concebido como el Codex compilatorio el cual se compone de 7 partes de la historia del Derecho Romano, es el resultado del material recogido por compiladores de juristas de la época clásica tardía. Como lo refiere en su obra el profesor Álvaro D ORS, *Derecho Privado Romano*, Editorial Universidad de Navarra. Pamplona. 1991, p.6 y ss.

⁶ O.N.U. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

4, señala que «Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción»⁷.

La UNESCO, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras, y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, establece que no deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Reconoce al genoma humano como unidad fundamental de todos los seres humanos y patrimonio de la humanidad⁸.

En el Convenio Sobre Derechos Humanos y la Biomedicina, se establece el deber de proteger la dignidad e identidad de todo ser humano, respecto a las aplicaciones de biología y medicina. Se aprecia en este particular, como los temas relacionados con la biomedicina analizan en qué medida las actuaciones de los profesionales de la investigación y de la sanidad afectan a los derechos humanos de los sujetos de la investigación y de los pacientes que requieren atención médica⁹.

La Declaración de Bioética de Gijón, adoptada por la Sociedad Internacional de Bioética plantea que el genoma humano no puede ser patentable y constituye patrimonio de la humanidad. Concibe que una finalidad esencial de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida es el tratamiento médico de los efectos de la esterilidad humana y facilitar la procreación si otras terapéuticas se han descartado por inadecuadas o ineficaces¹⁰.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana, plantea que los Estados deben procurar y proteger la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas; prohibir cualquier modo de clonación humana y de aplicación de técnicas de ingeniería genética que vayan en contra de la dignificación del ser humano y su protección¹¹.

La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos por la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Se reivindica el respeto a la dignidad humana, de los derechos y libertades fundamentales y protege los progresos científicos de los individuos de forma privilegiada¹².

De esta manera, a escala mundial se aprecia cómo no todos los Estados cuentan con una legislación sobre lo que se ha denominado Derecho Genético, en el cual los estudios vienen avanzando en buena medida en el aspecto académico, doctrinario y dogmático de esta nueva rama de las ciencias jurídicas en el siglo XXI.

Por consiguiente, en el siglo XX el ser humano no tenía la capacidad de intervenir sobre los embriones humanos. Lo permitió los avances de la ciencia y de la aparición de las tecnologías biomédicas con la aplicación de la biotecnología. Su uso en el área de la medicina es otro de los grandes desafíos en los que se ha materializado su aplicación durante los últimos años, ejemplo de ello ha sido el desarrollo de la terapia de fecundación in vitro para el tratamiento de la infertili-

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 22 de noviembre de 1969.

⁸ ONU. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Adoptada por la conferencia general de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997.

⁹ ONU. Convenio relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina, más conocido como Convenio de Oviedo o Convenio de Asturias. España. 4 de abril de 1997.

¹⁰ Sociedad Internacional de Bioética. *Declaración de Bioética de Gijón*. España. Octubre 2000.

¹¹ ONU. Declaración de las Naciones Unidas sobre la Clonación Humana. Aprobada por la Asamblea General el 8 de marzo de 2005 sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/59/516/Add.1).

¹² ONU. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Adoptada por la conferencia general de la UNESCO el 19 de octubre de 2011.

dad humana, además de la detección oportuna de enfermedades, para ampliar la calidad de vida de los seres humanos, como lo significa en sus estudios el catedrático Belver-Capella¹³.

En este sentido, se valora lo ponderado por Díaz De Terán al afirmar que «... la misión del Derecho es, por tanto, la tutela integral de la persona...», lo cual aporta aún mayores razones para proteger a esa persona frágil e indefensa que es el embrión humano. Lo afirmado por el autor consultado, se explicita en que, siendo el embrión humano un miembro de la especie humana, no queda dudas de que el Derecho se encuentra ante una persona, ante un sujeto de derecho, a quien se le debe otorgar la protección correspondiente en el ordenamiento jurídico¹⁴.

Es el nexo que se aprecia con las implicaciones del desarrollo del Proyecto Genoma Humano a finales del siglo XX con el Derecho de la Propiedad Industrial, suceso que impulsó un aumento en la solicitud de patentes sobre material biológico humano con un matiz mercantilista, ello trajo como consecuencia avances significativos para la mejora de la salud humana y la calidad de vida, en el aumento de la esperanza de vida, toda vez que la investigación biomédica permitió desarrollar tratamientos que repercutieron benéficamente en la salud humana¹⁵.

Es acertado recordar de esta forma como el Proyecto Genoma Humano, según la postura de Loepky, se presentó como el pináculo de una verdadera revolución biológica y tecnológica con el objetivo de mapear y secuenciar la totalidad del material genético humano¹⁶. El cual a criterio de los autores ha creado diversas polémicas en el ámbito jurídico en el tema de las patentes desde el Derecho de la Propiedad Industrial.

Este recuento legislativo internacional se colige que, existe una tendencia encaminada a la protección del genoma humano como patrimonio humanitario para garantizar la vida y la supervivencia del hombre. Demuestra que, los avances científicos en materia genética sobre la clonación han llevado a la comunidad científica a plantearse muchos argumentos que sobrepasan el ámbito médico para derivarlos al campo de la ética y su regulación jurídica desde escenarios internacionales, al surgir el riesgo de desarrollar prácticas que sean contrarias al reconocimiento de la igualdad y los derechos humanos.

En este plano jurídico analizado, son analizadas las posiciones de Casabona y Malanda, quienes destacan desde sus aportes los aspectos novedosos de la bioética, por su carácter interdisciplinario, su abordaje a los conflictos generados por las prácticas biocientíficas desde perspectivas desiguales pero complementarias que ofrecen las diversas disciplinas que convergen en el seno de la bioética¹⁷.

¹³ V. BELLVER-CAPELLA, «Biotecnología 2.0: las nuevas relaciones entre la biotecnología aplicada al ser humano y la sociedad», *Persona y Bioética* No. 2, España. 2012.

¹⁴ M. DÍAZ DE TERÁN, *Derecho y nueva eugenesia: un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida*, España. 2005.

¹⁵ ONU. Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos. Adoptada por la conferencia general de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997.

¹⁶ R. LOEPKY, «Gene Production: A Political Economy of Human Genome Research». *Studies in Political Economy: A socialist review*, No. 60, 1999, pp. 29-57.

¹⁷ Confróntese C. ROMEO CASABONA y S. ROMEO MALANDA, *Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline*. E. VALDÉS y J.A. LECAROS. *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century*. Switzerland. 2019.

También en esta misma cuerda, se valora el aporte del profesor Casonato para quien, entre otras características, la nueva disciplina estudiada representa un derecho abierto porque está en proceso de construcción de leyes para la toma de decisiones en la intersección ciencia-ética. O sea, el bioderecho, además de abierto, sería para este jurista italiano, al igual que para los españoles y franceses, un instrumento argumentativo de la bioética. Consideración a la cual los autores se afilian, por ser pertinente en el objetivo que persigue el artículo¹⁸.

De acuerdo con Santosuosso, estudioso también del bioderecho y su desarrollo en el sistema de Derecho de Italia, afirma desde sus aportes que éste es simplemente un derecho de la tecnología, que no debe en absoluto comprender y abordar las complejidades jurídicas de la biociencia, de una manera distinta a como lo hace el derecho tradicional y la misma bioética¹⁹.

Por esta razón se arguye que, unir los saberes de la Bioética y el Derecho es pertinente, no para juridificar a la primera, sino para entender los valores constitucionales y los principios generales de las naciones civilizadas como acuerdo mínimo de la Declaración de Derechos Humanos y de las demás declaraciones internacionales y convenios que forman parte del acervo común, de aquí su reconocimiento en los textos constitucionales. De modo que, se pondera que los Derechos Humanos constituyen a la vez la base jurídica y el mínimo ético irrenunciable sobre los cuales se asientan las sociedades democráticas desde el Derecho Internacional.

El Bioderecho es concebido como una disciplina que estudia la conducta de los seres humanos desde el punto de vista de la ética y de la ciencia jurídica, y, ante el desarrollo científico tecnológico que ha alcanzado la humanidad, se encarga de establecer límites y regulaciones en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, tal y como lo refieren en sus estudios Atienza y Romeo Casabona²⁰.

Permite discurrir a los articulistas que, el bioderecho es considerado como el instrumento mediante el cual podría alcanzarse los criterios de juicio de la bioética y su alcance jurídico, a partir de la evolución del bioderecho hacia la bioética. Toda vez que, el lenguaje del derecho es diferente al de la bioética, al colisionar con su naturaleza y sus complejidades jurídicas. De aquí que tenga un carácter multidisciplinario e interdisciplinario, que permita seguir evolucionando en su construcción.

Queda claro que, el bioderecho representa para muchos estudiosos una nueva epistemología jurídica, un nuevo modelo deliberativo dentro del derecho, un nuevo enfoque hermenéutico para la ciencia jurídica, y una nueva rama del derecho que optimiza el alcance y densidad jurídica de otras ramas tradicionales del Derecho como ciencia social. Aseveración que en su desarrollo y construcción jurídica dictarán la última palabra.

¹⁸ Consúltese, C. CASONATO, *The Essential Features of 21st Century Biolaw*. E. VALDÉS y J.A. LECAROS. *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*. Switzerland. 2019.

¹⁹ Véase A. SANTOSUOSSO, *From Biolaw to Technological Innovation in Law*. E. VALDÉS y J.A. LECAROS. *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century: Building Answers for New Questions*. Switzerland. 2019.

²⁰ En este sentido M. ATIENZA, «Juridificar la bioética». *Isonomía. Teoría y Filosofía del Derecho* N° 8, México, 1998, pp.75-99; C. ROMEO CASABONA y S. ROMEO MALANDA, *Approach to Biolaw as an Autonomous Juridical Discipline*. E. VALDÉS y J.A. LECAROS. *Biolaw and Policy in the Twenty-First Century*. Switzerland. 2019.

Consecuentemente, se pondera que el Derecho debe estar atento a los cambios científicos tratando de controlar los riesgos potenciales de los mismos, sin ser un obstáculo a la innovación, sino actuando como elemento de racionalización y de garantía. Sin perder de vista la necesidad de que sus normas están dotadas de la temporalidad limitada que requiere una materia en continua evolución y basadas en el consenso que, idealmente, debe seguir al debate social informado que tanto se preconiza desde diversas aristas.

La polémica como se aprecia abarca diversas aristas que involucran diversos saberes y aspectos jurídicos, científicos, filosóficos, sociológicos, entre otros debido a su multidisciplinariedad y transversalidad. Los cuales, en la actualidad, cobran relevancia en el siglo XXI. Las dificultades se acrecientan a la velocidad que van los avances en la biotecnología, la genética y la biomedicina mediadas por el uso de las tecnologías de la informática y las comunicaciones (TIC).

El uso de embriones humanos en las investigaciones científicas como derecho humano tutelado a la salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS), ha definido a la salud como un estado integral de bienestar físico, mental, social y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Por ende, su protección trae consigo actos de hacer y no hacer por parte de una entidad pública en vista de garantizar un estado de completo bienestar, de acuerdo a los términos referidos; por lo que el derecho de protección a la salud se ha definido como el medio para hacer efectivo el derecho humano a la salud tutelado por una norma fundamental, a entenderse como: «... el sistema de normas jurídicas de derecho social, que tiene por objeto, regular los mecanismos para lograr la protección de la salud como bien supremo del hombre, a través de la delimitación del campo de la actividad gubernamental, social e individual, siendo esta un elemento de justicia social...»²¹.

En consecuencia, se asevera que, desde en el ámbito del Derecho Internacional la salud alcanza un reconocimiento jurídico concreto y consecuente protección jurídica a partir de tres momentos cruciales para el desarrollo de los derechos Humanos: la Constitución de la OMS en 1946.

La vida comienza desde el momento de la fecundación considerada ésta como un proceso y no como un suceso único, mediante la fusión de los gametos masculino y femenino, produciéndose así un embrión gamético. Además, puede comenzar la vida con la sustitución de un núcleo de un ovocito por una célula somática, produciendo así un embrión somático. Pero existen otras alternativas en cuanto al momento de comenzar la vida propuestas por la doctrina.

De igual manera, la vida comienza desde el momento preciso de la concepción y con ello la protección normativa al derecho a la vida. Entendemos por el momento de concepción cuando el gameto masculino -espermatozoide- entra en contacto con el óvulo produciendo lo que se conoce como reacción acrosómica que es la que permite penetrar al óvulo, lo que origina, entre otras cosas, que se produzca una suerte de bloqueo de membrana externa del óvulo que impide que penetren otros espermatozoides.

²¹ L.M. DÍAZ, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), Instrumentos administrativos fundamentales de Organizaciones Internacionales* (Compilación), Universidad Nacional Autónoma de México, 1ra Edición, 1980, p. 179.

Permite aseverar que, los avances de la Biomedicina de forma exponencial en el último siglo y principios del presente, vinculado al desarrollo de nuevas técnicas y metodologías, del trabajo constante de la comunidad científica por alcanzar hallazgos que permitan mejorar el diagnóstico y tratamiento de los pacientes. Donde han tenido gran importancia el uso de las células madre embrionarias, las cuales, desde su descubrimiento, se han situado en el foco de numerosas investigaciones de distinta índole, aprovechando las características especiales que presentan las mismas: pluripotencialidad y autorenovación. Junto con el especial interés suscitado por estas células, están las técnicas de reproducción asistida, proporcionando el material necesario para las investigaciones con células madre embrionarias humanas, los preembriones humanos sobrantes de los tratamientos de fertilización in vitro.

Por ello, las células madre embrionarias humanas constituyen una herramienta muy potente por sus amplias posibles aplicaciones terapéuticas, con un gran camino por recorrer para que puedan ser una realidad en la clínica del siglo XXI, es un reto para las ciencias médicas y no médicas.

También es cierto que, ningún científico dudaría en responder que el inicio de la vida humana tiene lugar cuando surge una realidad nueva y distinta: en el momento de la fecundación, el cigoto, con una potencialidad propia una autonomía genética, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo y con su propio programa genético. Toda vida -de cualquier ser vivo multicelular que se origine por reproducción sexual- comienza con una célula, y las diferencias específicas se hayan contenidas en la información genética que posee dicha célula inicial.

En el ser humano la vida comienza con la formación del cigoto por unión de dos células germinales de sexo opuesto: el espermatozoide y el ovocito. Si la vida humana comienza con el cigoto, ¿por qué se ha generado tanta controversia social sobre el estatuto del embrión humano? Para distanciar conceptualmente el aborto y la selección con eliminación de embriones, por una parte, de la muerte de un ser humano, por otra, se ha introducido la idea de que el embrión no es un individuo humano y, además, se ha realizado una diferenciación entre embrión y preembrión.

Los conocimientos adquiridos en los últimos años es una realidad que han abierto nuevas perspectivas para la medicina regenerativa y el tratamiento de las enfermedades de origen genético. Se ha suscitado un gran interés sobre la investigación sobre células madre o troncales en el campo de la biomedicina. Los que, en el siglo XXI, desde una perspectiva integradora, en las últimas tres décadas, la salud ha tenido un enfoque relacionado con el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible, llegando sus diversas actividades a ser parte importante de los Objetivos de Desarrollo del Milenio²².

Las células madre o troncales. Su uso en la medicina genética

Son concebidas como células indiferenciadas que poseen dos características fundamentales: la prolongada capacidad de multiplicarse sin diferenciarse, y la capacidad de dar origen a células progenitoras de tránsito, de las que descienden células sumamente diferenciadas, como: músculos, tejido nervioso o hemático.

²² CEPAL. Agenda 2030. *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Chile. 2018.

Las células madre pueden ser extraídas de células embrionarias o de células troncales de la medula ósea, del cordón umbilical, del cerebro, del líquido amniótico, y del hígado. Las células troncales pueden ser utilizadas para formar diferentes tejidos de las tres capas (ecto, meso y endodermo). Éstas no plantean problemas éticos, pues no forman embriones.

Para la utilización de las células embrionarias es preciso dañar o destruir un embrión vivo. El embrión no es un racimo de células, sino un individuo real que tiene una secuencia coordinada bajo el control del nuevo genoma, una continuidad ininterrumpida y progresiva. La destrucción de embriones para obtener sus células madres embrionarias es injustificable desde un punto de vista ético personalista, pues supone dar más valor a la vida de un adulto enfermo que a la de un embrión. Provocar la muerte de uno para salvar a otro es inadmisibile.

Se colige por lo analizado que, la medicina genética colisiona con variados dilemas e incertidumbre, se manifiesta en qué tipo de células usar: las células madre embrionarias, las células madre adulta, las células que se encuentran en el cordón umbilical, que conforme a que la ciencia avance podrá traer ventajas o desventajas en su utilización²³.

El constitucionalismo del derecho a la protección de la salud y la praxis del Derecho Médico

La realización del Derecho a la protección de la salud, en el contexto actual de las relaciones sociales y su reconocimiento constitucional, «nos adentra de lleno en el terreno propio de los habitualmente denominados «derechos sociales» (derechos económicos, sociales y culturales, según la terminología al uso en el Derecho internacional), planteando todo el abanico de situaciones y problemáticas que son características de los mismos: la exigencia de un entramado organizativo capaz de asegurar a todos las prestaciones y servicios necesarios para su efectividad, su estrecha dependencia con el desarrollo económico y social de un país y de los recursos de que dispone, el problema de su configuración o no como derechos subjetivos plenamente justiciables, su inevitable operatividad en un marco de gradualidad o progresividad para alcanzar su plena efectividad, etc.»²⁴.

Mazziotti, desde su postura argumenta «(...) pueden entenderse tales derechos en sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, podrían entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos»²⁵.

3. LOS ENSAYOS CLÍNICOS EN CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS EN EL SISTEMA DE SALUD CUBANO

Los ensayos clínicos en el sistema de salud

En Cuba en los ensayos clínicos se exige que el investigador garantice la calidad y utilidad del estudio, la protección y respeto a los sujetos que participan en él y la fiabilidad de los resultados de acuerdo con los principios bioéticos. Deben

²³ C. R. GONZÁLEZ ESPINOZA, «Células madre, aspectos éticos y jurídicos II». *Investigación*. Perú. 2013, pp.75-85.

²⁴ J.M. PEMÁN GAVÍN, «El Derecho a la Salud como Derecho Social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado». *Administración Pública*, No. 179, Madrid, 2009, p. 40.

²⁵ M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali, Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 804.

tomarse todas las medidas necesarias para respetar los derechos y libertades del ser humano que desde la Declaración de los derechos del hombre están establecidas²⁶.

En el caso de los ensayos clínicos, los centros hospitalarios del Sistema Nacional de Salud deben nombrar un Comité de Ensayos Clínicos, que se encargue de examinar las ventajas y riesgos de la investigación y el consentimiento libre y consciente de los sujetos de la investigación, estando obligado a informar al Comité de Ética de todos los riesgos conocidos y eventuales a los que puedan ser sometidos los sujetos que participarán en el estudio, información que debe ser conocida por estos en relación con la ética médica.

El investigador en sus instituciones tiene que garantizar tres aspectos: calidad y utilidad del estudio, protección y respeto de los sujetos que participan y fiabilidad de los resultados obtenidos. Deben ser tomadas todas las medidas necesarias para respetar los derechos y libertades del ser humano. Debe garantizarse un buen diseño del experimento y la calidad moral de los investigadores.

Para ejemplificar, es el caso de la inseminación artificial (IA), la cual consiste en el depósito de forma no natural de espermatozoides en el tracto reproductor de la mujer con el objetivo de conseguir una gestación. Puede ser: IA con semen conyugal, de pareja u homólogo o IA con semen de donante o heterólogo.

La modalidad más aceptada es la homóloga ya que resulta menos conflictiva, pues ante la inseminación artificial heteróloga se generan contradicciones con el donante del material genético, con respecto a la filiación legal de la descendencia obtenida, así como el costo que representa mantener los bancos de esperma. Durante el proceso se requerirá de ecografías periódicas, consultas médicas reiteradas, análisis de sangre, etcétera.

Otra ejemplificación es la Fecundación o Fertilización in vitro que consiste en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y femeninos (ovocitos) en pos de la fecundación y el desarrollo embrionario inicial fuera del organismo de la mujer, de aquí la diferencia con la inseminación artificial. Tema este de actual relevancia en las instituciones de la salud cubana, ante el actual envejecimiento poblacional, el que para el 2030 será un dilema social a resolver por el Estado.

También, está el diagnóstico genético preimplantacional (DGP) que es un método de diagnóstico prenatal que permite seleccionar embriones sanos para su transferencia al útero, la elección del sexo y la selección inmunológica del embrión. Esta técnica puede resultar útil en personas afectadas o portadoras de enfermedades transmisibles genéticamente y debidas a la alteración de un gen; personas portadoras de alteraciones cromosómicas transmisibles y personas con mayor riesgo de alteraciones genéticas en sus gametos, que podrían determinar la formación de embriones genéticamente anormales.

4. LOS ESTATUTOS JURÍDICOS DE LA SALUD EN CUBA COMO DERECHO HUMANO. DESARROLLO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LAS CÉLULAS MADRE EMBRIONARIAS EN LA MEDICINA GENÉTICA

En Cuba, el derecho a la protección de la salud tiene un antecedente en la Carta Magna de 1940, abanderada en el sistema de Derecho como una de las prime-

²⁶ O.N.U. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

ras constituciones que incluyó los derechos de segunda generación, al relacionar las actividades de prestación de servicios de salud en el sistema de instituciones de beneficencia del Estado, la Provincia y el Municipio con carácter gratuito solo para los pobres²⁷.

Sin dudas, hay que ponderar que esta aludida norma constitucional constituyó, de conjunto con las Cartas Magnas del Constitucionalismo Socialista, los referentes históricos directos que tuvo en cuenta el constituyente cuando en 1976 se aprobara la Constitución de la República después del triunfo de la revolución cubana²⁸.

Con la actualización del modelo económico y social en el siglo XXI, la Constitución de la República de Cuba de 2019, de su lectura sobresale el desarrollo de una gama de derechos a tono con las organizaciones y los instrumentos internacionales de los que forma parte y se ha ratificado la nación en relación al objetivo que se propone en el artículo²⁹.

El Estado cubano promueve el avance de la ciencia, la tecnología y la innovación como elementos imprescindibles para el desarrollo económico y social. Igualmente implementa formas de organización, financiamiento y gestión de la actividad científica; propicia la introducción sistemática y acelerada de sus resultados en los procesos productivos y de servicios, mediante el marco institucional y regulatorio correspondiente (Artículo 21).

El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, las ciencias y la cultura en todas sus manifestaciones (Artículo 32). En su política educativa, científica y cultural se atiene a los postulados siguientes: a) se fundamenta en los avances de la ciencia, la creación, la tecnología y la innovación, el pensamiento y la tradición pedagógica progresista cubana y la universal; f) la actividad creadora e investigativa en la ciencia es libre. Se estimula la investigación científica con un enfoque de desarrollo e innovación, priorizando la dirigida a solucionar los problemas que atañen al interés de la sociedad y al beneficio del pueblo.

La dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes (Artículo 40).

El Estado cubano reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad, igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos (Artículo 41).

El aseguramiento por parte del Estado de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer (Artículo 43), el derecho al trabajo (Artículo 64) y otros derechos en el trabajo (Artículo 65 al 69); el derecho a fundar familia (Artículo 81) y la protección por parte del Estado de la maternidad y la paternidad (Artículo 84); los cuales deben analizarse de manera armónica, en tanto su interpretación y aplicación le imponen nuevos retos para garantizar su pleno disfrute.

La salud pública es un derecho de todas las personas y es responsabilidad del Estado garantizar el acceso, la gratuidad y la calidad de los servicios de atención,

²⁷ Constitución de la República de Cuba, 1ro de julio de 1940.

²⁸ Constitución de la República de Cuba, 24 de febrero de 1976.

²⁹ Constitución de la República de Cuba. 2019. Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019.

protección y recuperación. El Estado, para hacer efectivo este derecho, instituye un sistema de salud a todos los niveles accesible a la población y desarrolla programas de prevención y educación, en los que contribuyen la sociedad y las familias. La Ley define el modo en que los servicios de salud se prestan (Artículo 72).

El ordenamiento jurídico de la salud

En consecuencia, su desarrollo en el ordenamiento jurídico de la salud, la Ley No. 41 de 1983, Ley de la Salud Pública, en el Artículo 4 de su Capítulo I Disposiciones Generales, dispone que la organización de la salud pública y la prestación de los servicios que a ella corresponde en nuestra sociedad socialista, se basan entre otros principios que quedan establecidos en los incisos c), e) y f), en la aplicación adecuada de los adelantos de la ciencia y de la técnica médicas mundiales³⁰.

Por ello, se aprecia cómo se regula la donación de órganos, sangre y otros tejidos, como un acto de elevada conciencia humanitaria. Las instituciones del Sistema Nacional de Salud con la colaboración de las organizaciones sociales y de masas, las administraciones de las entidades laborales y la Sociedad Nacional Cubana de la Cruz Roja desarrollan trabajos tendentes a la obtención e incrementos de esas donaciones (artículo 41).

Se autoriza la realización de trasplante de órganos y tejidos donados, de acuerdo con las reglamentaciones que establece el Ministerio de Salud Pública, así como la extracción, el manejo y la conservación de órganos y tejidos y su utilización posterior (artículo 42).

El Decreto No. 139 de 1988, Reglamento de la Ley de la Salud Pública, regula que, la donación de órganos, sangre y tejidos será un acto de libre y expresa voluntad del donante o de quien lo represente, según el caso, realizado con fines humanitarios, y se acreditará en el Carné de Identidad del donante. Ningún familiar de un fallecido o persona podrá revocar la decisión de donación expresada por éste en vida (artículo 80)³¹.

También, se establece en este cuerpo legal que, podrán donar sus órganos y tejidos los mayores de 18 años de edad que estén en el pleno uso de sus facultades mentales. Los menores de 18 años de edad no incapacitados podrán donar sus órganos y tejidos con la autorización del padre o la madre, o de su representante legal en ausencia de éstos. Cuando se produzca un fallecimiento sin que se hubiere plasmado en el Carné de Identidad la voluntad de donación, los padres o los representantes legales, en ausencia de éstos, o cualquier otro familiar, podrán autorizar la extracción de los órganos y tejidos del fallecido a los fines establecidos en los artículos 41 y 42 de la Ley (artículo 81).

Sobre este mismo tema, la extracción de órganos y tejidos donados con fines terapéuticos se ejecutará en las unidades y antes las autoridades del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con las formalidades establecidas por el Ministerio de Salud Pública (artículo 82).

De la lectura e interpretación de los artículos del 83 al 85, cabe colegir que la única modalidad de «donación» de órganos y tejidos humanos admitida en Cuba es

³⁰ Ley No. 41, Ley de la Salud Pública. G.O.O. No 61 de 15 de agosto 1983.

³¹ Decreto No. 139 de 1988, Reglamento de la Ley de la Salud Pública. G.O.E. No 12 de 22 de febrero de 1988.

la post mortem, pues se supedita este proceder quirúrgico-terapéutico a la expedición del certificado médico de defunción, como lo señala el profesor Pérez Gallardo en sus estudios sobre el tema abordado en el artículo³².

Donde se dispone que, todo proceder médico en la realización de trasplantes de órganos y tejidos donados estará condicionado a la certificación de la muerte del donante, conforme a la ley, y ajustado a un severo criterio anatomodiagnóstico basado en métodos o procederes establecidos o adoptados por el Ministerio de Salud Pública (artículo 83).

A los efectos de la ejecución de los procederes médicos a que se refiere el Artículo precedente, corresponderá al Ministerio de Salud Pública dictar las disposiciones por las que se determinen las unidades asistenciales del Sistema Nacional de Salud autorizadas para la realización de trasplante de órganos y tejidos, así como el personal de alta calificación encargado de la ejecución de tales procederes (artículo 84).

Queda claro que el Ministerio de Salud Pública será el organismo facultado para dictar las disposiciones jurídicas dirigidas a crear, organizar y poner en funcionamiento los bancos de órganos, tejidos y otras piezas anatómicas donadas, a los fines de la práctica de los procederes (artículo 85).

El profesor Villabella Armengol, en este sentido señala, «... la legalidad socialista se esfuerza ante todo por garantizar el bienestar colectivo sobre los valores de la igualdad. Los logros en Cuba en las esferas de la atención médica y la educación de calidad y de los beneficios sociales son excepcionales, particularmente si se tiene en cuenta su subdesarrollo económico. Cada sociedad debe decidir dónde debe estar el equilibrio adecuado entre los diferentes derechos dependiendo de sus valores sociales y éticos (...) cualquier compromiso entre las consideraciones en pugna exige concesiones de un lado y de otro. En Cuba no cabe duda de que el equilibrio está del lado de la colectividad...»³³.

En el estudio del ordenamiento jurídico administrativo, las Disposiciones Finales Sexta y Séptima del Decreto-Ley No. 147 de 1994, De la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado, este cuerpo jurídico establece que el Ministerio de Salud Pública tiene entre sus funciones específicas, en los numerales 3, 5 y 7 de su disposición segunda: regular y controlar la aprobación, ejecución y evaluación de las investigaciones biomédicas o de cualquier tipo que se realicen directamente en seres humanos³⁴.

En el orden administrativo interno del sistema de la salud cubano, la Resolución No 219 de 2007 del Ministro de Salud Pública, tiene un anexo en que establece normas para la protección de la información de la información genética de ciudadanos cubanos que participan en investigaciones o se les realizan diagnósticos asistenciales en los que se accede a datos relativos al individuo y sus familiares, así como a material biológico a partir del cual pueda obtenerse ADN³⁵. Este tema

³² L. PEREZ GALLARDO, «Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial». *IUS*, No. 36. México. 2015, pp.1-24.

³³ Véase C. M. VILLABELLA ARMENGOL, *Los Derechos Humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución Cubana. Temas de Derecho Constitucional Cubano*. Félix Varela. La Habana. 2000.

³⁴ Decreto-Ley No. 147 de 1994, De la Reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado

³⁵ Resolución No 219 de 2007 del Ministro de Salud Pública de la República de Cuba.

regulatorio es concomitante con el consentimiento informado aplicado en las instituciones del sistema de la salud³⁶.

La Resolución No. 857 de 2015 del Ministro de Salud Pública en su artículo 6, y con carácter excepcional, autoriza a los menores de edad a la dación de células hematopoyéticas, no así de órganos³⁷. Pérez Gallardo desde su análisis considera, a la vez que colma la vacuidad legal que la dación y trasplante de órganos y tejidos humanos entre vivos ha tenido por décadas en el Derecho positivo cubano, ofreciendo con ello cobertura legal a uno de los procedimientos médico-quirúrgicos de mayor reconocimiento internacional por el acto filantrópico que supone, dada la imposibilidad hoy día de cubrir a través de otras vías, la sustitución de órganos humanos insanos³⁸. Criterio al que nos afiliamos, toda vez que la regulación normativa de estos temas ha sido construida por especialistas médicos.

Queda clarificado que, la investigación con células madre embrionarias ha tenido diversos dilemas éticos y el empleo de fuentes alternativas, como la obtención de células madre adultas, ha contribuido a la disminución de los conflictos. Los investigadores deben adoptar muchas precauciones al diseñar sus estudios en sujetos humanos, seguir todas las normas internacionales y buscar siempre el bienestar de los pacientes como fin.

En conclusión, no se está radicalmente a favor ni en contra del uso de células embrionarias, es un camino aún no trillado-La Controversia entre el uso de las células embrionarias células pluripotentes inducidas (iPS), células mesenquimales y la clonación abren campos aún no bien estudiados en cuanto el riesgo y beneficio, la mayoría se deslumbran por los prometedores y hasta ahora imposibles hitos de curación y mejoría genética, los detractores y llamados conservadores éticos lo ven como algo que a la larga traería consecuencias antinaturales y funestas para el género humano. Habría que ver esta dinámica con un equilibrio ético biológico dando pasos seguros en la inmensa fronda de la medicina genética y sus sucedáneos.

Se colige de este análisis que, en Cuba, a pesar de existir un ordenamiento jurídico para la actividad de la salud, tal como se ha desarrollado el Derecho a la Salud; se arguye que el Derecho Médico carece de un tratamiento sistémico a profundidad, permisivo de su adecuada construcción dogmática desde que en el ordenamiento jurídico se reguló la Ley No. 41 en 1984. Por ende, los escasos intentos por lograr un acercamiento han sido liderados en su construcción por especialistas del personal del Sistema Nacional de Salud y no por juristas, hecho que, si bien le atribuye un nivel de cualificación a su contenido material, hace limitada su configuración desde las Ciencias Jurídicas, que permita señalar a los articulistas que exista un constructo adecuado. Además, su estudio no es pertinente en las materias optativas del Plan de estudios E de la carrera de Derecho del Ministerio de Educación Superior³⁹, que permitiera ir motivando su estudio, desarrollo y evolución a los nuevos juristas⁴⁰.

De igual modo, de las aproximaciones realizadas, tal cual se valoró en el análisis del Derecho a la protección de la salud, se denota que el Derecho Médico

³⁶ A. ANTÚNEZ SANCHEZ, «Consentimiento informado», *Ámbito Jurídico*. Brasil. 2011, pp.1-25.

³⁷ Resolución No. 857 de 2015 del Ministro de Salud Pública de la República de Cuba.

³⁸ L. PEREZ GALLARDO, «Dación de órganos y tejidos humanos entre vivos y función notarial». *IUS*, No. 36. México. 2015, pp. 1-24.

³⁹ Plan de Estudio y especialidad de Derecho. Ministerio de Educación Superior. Cuba. 2017.

⁴⁰ A. F. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, «La bioética y el bioderecho en el ordenamiento jurídico cubano». *Campo Jurídico*. Brasil. 2020, pp. 1-25.

resulta un aspecto a precisar en Cuba, a partir de su reconocimiento constitucional indirecto, requerido de un tratamiento sistémico e integrador, concluyente a una concepción como un subsistema del Derecho a la protección de la salud, de arraigo constitucional, conformado por normas, principios y valores de carácter públicas con participación popular, encaminados al estudio, regulación y control de las relaciones sociales con trascendencia jurídica suscitadas en el ámbito de las actividades sectoriales y transectoriales, concretadas en las relaciones establecidas entre el personal médico - directo o indirecto, no solo al médico- y el paciente durante su interacción en algunos de los ámbitos preventivo o curativo del ejercicio de las especialidades médicas, en pos satisfacer la necesidades devenidas de la máxima protección de la salud de cada persona, expresadas en la consecución de un completo estado de bienestar físico, mental y social, coherentes con el desarrollo ambiental sostenible y con las condiciones culturales y socio-económicas.

Aciertos y desaciertos en el campo de la manipulación genética en Cuba

En los aciertos y desaciertos, hay que destacar que, en Cuba, los adelantos alcanzados en el campo de la manipulación genética que en el ámbito médico han impactado a nivel internacional con los centros que se dedican a la investigación científica, han estado centrados fundamentalmente, en el campo de la obtención de vacunas que combaten la hepatitis B y otras enfermedades, en la actual pandemia de la COVID-19 hoy se cuenta con 5 candidatos vacunales en fase de certificación.

También, en el sector agrícola, los resultados científicos se han destacado en la producción de semillas de alta calidad a través de una red de biofábricas. Se reportan resultados de transferencia con técnicas de Ingeniería Genética y Biología Molecular, aplicadas en la caña de azúcar, boniato, café, fruta bomba, plátano y otros, con el fin de incrementar su resistencia a plagas, enfermedades o estrés ambiental en pos de alcanzar el principio constitucional de seguridad y soberanía alimentaria. Así como disposiciones jurídicas en pos de preservar los recursos zoogenéticos de la nación cubana vinculantes con el tema⁴¹.

Ello, a consideración de los articulistas tiene una pertinencia con la conservación del patrimonio cultural de la nación en la gestión cultural para el desarrollo, para como ya ha sido citado un tema pertinente en la actualización que lleva a cabo la nación cubana en su modelo económico y social, ante un mundo con grandes problemas económicos, sociales, ambientales, políticos, y alimentarios⁴².

Por ello, se arguye que, en Cuba en su ordenamiento jurídico, luego del análisis en relación al tema tratado en el artículo, se aprecia la ausencia dentro del derecho positivo:

- Una normativa jurídica que regule las técnicas de reproducción asistida con rango de Ley, para la inseminación y la fertilización in vitro, las donaciones por parte del sistema de salud.
- Una Ley que regule las aplicaciones biotecnológicas en la medicina, y la ingeniería genética en el propio sistema de la salud y en las empresas de alta tecnología dedicadas a la investigación, producción de medicamentos

⁴¹ Decreto Ley No. 387 De la conservación, mejoramiento genético y uso sostenible de los recursos zoogenéticos. G. O. O. No. 50 de 16 de julio 2020.

⁴² A. GORGOSO VÁZQUEZ y A. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, «La gestión socio cultural para el desarrollo. Un estudio desde el Derecho Constitucional Cultural» (sin publicar). 2021.

y comercialización, certificadas por el Ministerio de Ciencias, Tecnología y el Medio Ambiente⁴³.

- Un cuerpo jurídico que disponga como se conformarán los Bancos de Óvulos, de Semen, de cordón umbilical, de ADN, y de Embriones desde el Derecho Administrativo, concomitantes con regulaciones desde el Derecho Laboral, Derecho Mercantil, Derecho de Seguros y del Derecho Penal para su adecuada protección jurídica en el sistema de la salud cubano y de cómo estos serán utilizados.
- Una norma jurídica que actualice las invenciones, para que reconozca los genes, los elementos del cuerpo humano como parte de la biomedicina en las instituciones de la salud cubana.

En el programa legislativo después de promulgada la Constitución de 2019⁴⁴, el Ministerio de Justicia, ha programado que hay que actualizar:

- la Ley N° 59 Código Civil de 1987⁴⁵;
- la Ley N° 1289 Código de Familia de 1979⁴⁶;
- la Ley No. 16 Código de la Niñez y la Juventud de 1978⁴⁷;
- la Ley N° 41 de la Salud Pública de 1983⁴⁸;
- la Ley No. 81 de Medio Ambiente de 1987⁴⁹;
- el Decreto Ley N° 139 de 1987⁵⁰;
- la Ley No. 62 Código Penal de 1987⁵¹;
- las disposiciones jurídicas en materia de Seguros⁵²;
- las normas jurídicas vinculadas al Derecho de la Propiedad Industrial⁵³.

Que a criterio de los articulistas son estos cuerpos jurídicos concomitantes con el tema abordado en el artículo, muy controvertido y de una importancia para la ciencia del siglo XXI en la 4ta Revolución Industrial, los que requieren una actualización normativa en el Derecho positivo.

Permite a manera de cierre de esta aproximación de un tema que tiene diversas aristas por su multidisciplinariedad y transdisciplinariedad para los científicos cubanos, donde el legislador tiene variados retos en la actualización del modelo económico y social en relación con el ordenamiento jurídico en el sistema de salud

⁴³ A. ANTÚNEZ SÁNCHEZ, «La empresa de alta tecnología. Una visión desde el Derecho en Cuba». *Legis Derecho Mercantil* No. 57. Colombia. 2017.

⁴⁴ Constitución de la República de Cuba. 2019. Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019.

⁴⁵ Ley No. 59, Código Civil. G.O. Extraordinaria No. 9 de fecha 15 de octubre de 1987.

⁴⁶ Ley No. 1289, Código de Familia de 1975. G. O. O. No. 6, de 15 de febrero de 1975.

⁴⁷ Ley No. 16, Código de la Niñez y de la Juventud. G.O. O. No. 19 de 30 de junio de 1978.

⁴⁸ Ley No. 41, Ley de la Salud Pública. G.O. O. No. 61 de 15 de agosto de 1983.

⁴⁹ Ley No. 81, del Medio Ambiente. G.O. E. No.7 de 11 de julio de 1997.

⁵⁰ Decreto No. 139 de 1988, Reglamento de la Ley de la Salud Pública. G.O.E. No 12 de 22 de febrero de 1988.

⁵¹ Ley No. 62 de 1987, Código Penal G. O. E. No. 3 de 30 de diciembre de 1987.

⁵² Decreto Ley No. 263, Del Contrato de Seguro. G. O. E. No. 5 de 26 de enero de 2008.

⁵³ Decreto-Ley No. 290, De Invenciones, Dibujos y Modelos Industriales. G.O. 2011. Decreto No. 342, *Reglamento del Decreto Ley* No. 290, G.O.E. No. 40 de 10 de agosto de 2018.

cubano vinculado al programa legislativo. Y la academia tiene una responsabilidad en la formación de los estudiantes.

5. CONCLUSIONES

Del análisis de los fundamentos filosófico jurídicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde el Derecho Internacional, expresan con rigor y profundidad las cuestiones fundamentales acerca de los derechos del hombre, enuncia con claridad que se trata de derechos inherentes al ser humano desde el ámbito internacional. La Bioética surge como un intento de establecer un «puente» entre el saber científico y el saber humanístico-moral, este puente se establece entonces como el único camino de solución posible ante el proceso científico y tecnológico indiscriminado que pone en peligro la humanidad y su propia supervivencia.

La manipulación genética está concebida como la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético y se puede aplicar tanto para la cura de las enfermedades como para la modificación de rasgos como la personalidad, la inteligencia, el carácter y la fortaleza, del individuo. Ello sigue siendo un reto para las ciencias médicas en el siglo XXI.

La Bioética como disciplina, desde un enfoque plural, se analiza cómo pone en relación el conocimiento del mundo biológico con la formación de actitudes y políticas encaminadas a conseguir el bien social. El Derecho y la Bioética se han unido para dar pie a una nueva disciplina jurídica que sistematiza y da coherencia jurídico-ética a las nuevas realidades que emergen del ámbito de la conducta humana conocida como Bioderecho.

Las células madre embrionarias aplicadas en los tratamientos dentro de la medicina genética ha tenido diversos dilemas éticos, como la obtención de células madre adultas, ha contribuido a la disminución de los conflictos. Por lo que deben adoptarse precauciones al diseñar sus estudios en sujetos humanos, seguir las normas internacionales y buscar siempre el bienestar de los pacientes como fin. Va a constituir hitos en el desarrollo de la medicina en unión a la genética médica.

El Bioderecho representa una nueva epistemología jurídica, se analiza como un nuevo modelo deliberativo dentro del Derecho, un nuevo enfoque hermenéutico para la ciencia jurídica, y una nueva rama del derecho que optimiza el alcance y densidad jurídica de otras ramas tradicionales del derecho.

Del análisis realizado al ordenamiento jurídico de la salud de Cuba demuestra que se requiere la actualización de las normativas legales por parte del legislador vinculadas a las células madre que permitan brindar una adecuada seguridad jurídica a los pacientes que acuden a solicitar que se le practiquen tratamientos a su salud con la implantación de células madre embrionarias en las instituciones médicas.

EL EMBRIÓN HUMANO EN MÉXICO. LA CONCIENCIA DEL HOMBRE Y LA MUJER PARA PROTEGER AL SER HUMANO EN GESTACIÓN

EZEQUIEL RAMÍREZ GÓMEZ

(Universidad La Salle Ciudad de México y Universidad Anáhuac - México)

1. INTRODUCCIÓN

A fin de sentar las bases para realizar un análisis respecto del estatus jurídico del embrión en México, se debe comenzar a exponer desde una perspectiva teórica, la conceptualización de la personalidad jurídica y establecer, de conformidad con las leyes mexicanas y la jurisprudencia que existe en la materia, si se le puede considerar como un sujeto de derecho y por consiguiente puede ser tratado y considerado como un ser vivo.

2. CONSIDERACIONES IMPORTANTES EN RELACIÓN CON EL EMBRIÓN EN MÉXICO

En lo que toca a la definición del embrión, en México, se puede encontrar en la Ley General de Salud que establece en su artículo 314 que el embrión es el producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional. Por lo que, existen algunos problemas en razón de la descripción prevista y en torno a esta problemática.

Resulta conveniente definir tres conceptos importantes desde la perspectiva teórica para su aplicación *a posteriori* en el análisis de este trabajo: personalidad jurídica, capacidad jurídica (goce y ejercicio) y sujeto de derecho.

La teoría ha definido a la personalidad jurídica como la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones¹, dicho en otras palabras, es una atribución cuyo origen se encuentra en el ordenamiento legal. Por ello, el autor Ferrara señala que, el hombre es persona no por naturaleza, sino por obra del derecho².

Es preciso mencionar que la personalidad jurídica tiene las siguientes características: es única e inmutable; no admite ninguna alteración a su naturaleza, alcances y contenido, es decir, son idénticos en todos los sujetos; en todos los sujetos la personalidad es la misma; no admite graduación, es decir no se puede tener más o menos personalidad; se condiciona la calidad de persona a tener personalidad jurídica.

¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ J. A., *Derecho civil Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, México, Porrúa, 2008

² FERRARA F., *Teoría de las personas jurídicas*, vol.4 Jurídica Universitaria, México, 2022, colección Grandes Maestros.

dica, entendiéndose que se es persona porque se tiene esa cualidad; el origen y fundamento de la personalidad jurídica se encuentra en un ordenamiento jurídico, siendo el Estado por medio de leyes quien atribuye la personalidad, a manera de reconocimiento sin quedar al arbitrio de la autoridad; tiene un principio y un fin.

En este sentido, el ser humano gozará de los derechos reconocidos desde el momento de su nacimiento hasta su muerte. Generándose una problemática doctrinal y legal en cuanto a que los hechos científicos, políticos y sociales verificados que se suscitaron después de la Segunda Guerra mundial, cuestionaron aspectos relativos al principio y fin de la personalidad, como lo fue: si en verdad inicia con el nacimiento.

Al respecto, la evidencia científica ha demostrado que la vida humana inicia desde el momento de la concepción, por lo que los derechos que se le atribuyen al concebido no suponen un reconocimiento de su existencia jurídica, sino que únicamente presuponen una protección de intereses expectantes y futuros, derechos existentes pero condicionados a que nazca vivo y viable.

Por consiguiente, el *naciturus*: «el concebido, pero no nacido, como fase de la vida humana interna o en formación», tal como lo define el Diccionario del español jurídico, de la Real Academia Española, tendrá protección jurídica al considerarse nacido en determinados casos que establece el Código Civil Federal, sin considerarse persona (en sentido jurídico), como puede ser para tener la calidad de heredero, recibir donaciones o ser legatario, teniendo capacidad de goce no de ejercicio.

Adicionalmente señalaremos los seis atributos de la personalidad jurídica: capacidad, estado civil, patrimonio, nombre, domicilio, y nacionalidad. Siendo la capacidad el elemento más importante y que a continuación se define como: la aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación. Atributo integrado por la capacidad de goce, que es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones; y la capacidad de ejercicio, que es la aptitud de ejercer por sí misma sus derechos y obligaciones; con carácter indivisible, es decir, se requiere de estos dos aspectos.

Por lo que, el atributo de la capacidad se encuentra definida y regulada en nuestro país, por el artículo 22 del Código Civil Federal al establecer: «La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código».

A nivel internacional el Sistema Universal y el Regional Interamericano han reconocido como derecho humano a la personalidad jurídica. Asimismo, se encuentra estipulada como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considerando como el derecho a tener derechos.

De acuerdo con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, es obligación de los jueces nacionales resolver conforme a la jurisprudencia, de conformidad con el control de convencionalidad. En este sentido, en México tuvo que intervenir la Suprema Corte de Justicia para solventar las dudas de algunos tribunales en atención a la obligatoriedad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, re-

solviendo la contradicción de tesis 293/2011, la cual señala que de conformidad con el artículo primero constitucional los criterios emitidos por la Corte IDH, serán vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales del país, incluida la interpretación dada al artículo 4.1 de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la cual a través de una perspectiva de derechos humanos concluye que el feto no puede considerarse como persona, que la protección de la vida prenatal debe ser gradual e incremental y que por medio del ejercicio de los derechos de las mujeres puede darse la protección de la vida prenatal.

Asimismo, la Corte IDH estableció que los términos concepción y fecundación no son sinónimos, sino procedimientos distintos en donde el primero se refiere a la implantación del cigoto en el útero, a partir del cual se desarrollará el embrión de un ser vivo.

En este orden de ideas, las autoridades administrativas, jurisdiccionales y legislativas mexicanas, deben acatar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la protección de la vida prenatal, a través de medidas como lo son: no criminalizar a las mujeres vinculadas a procesos penales por el delito de aborto; no interpretar que el delito de homicidio se puede tipificar atendiendo a lo establecido para proteger la vida prenatal; el establecimiento de medidas de reparación integral en casos de muerte materna y/o violencia obstétrica; garantizar el acceso a todos los servicios de salud reproductiva y la provisión de suplementos alimenticios de carácter gratuito durante el embarazo y los primeros años de vida para evitar alteraciones congénitas.

3. CONCLUSIÓN

Es por ello, que la protección al ser humano debe de ser garantizada desde el inicio de la concepción y la conciencia al respecto está orientada en razón de la armonización de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la legislación nacional.

Sin duda, el bien jurídico superior es la vida. Es por ello que, en el marco de la dignidad humana y los derechos del embrión humano nuestro deber es salvaguardar el respeto irrestricto de los derechos humanos a través de mecanismos de protección en torno a las personas, incluidos los embriones como esperanza de vida, sin perder el respeto por nosotros.

ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO Y EXPERIMENTACIÓN
CIENTÍFICA. ALGUNOS MODELOS EN CONFRONTACIÓN,
de ANGELO VIGLIANISI FERRARO se imprimió
en la República Argentina en enero de 2023.