

LA CONTINUIDAD DE LA INVESTIGACIÓN DE CÉLULAS TRONCO EMBRIONARIAS EN EL BRASIL Y LA POLÉMICA DE LOS EMBRIONES EXCEDENTES*

CONTINUITY OF RESEARCH IN BRAZIL EMBRYONIC STEM CELLS AND THE CONTROVERSY OF SURPLUS EMBRYOS

Guilherme Tomizawa**

Docente investigador Pregrado y Posgrado, *Organização de Ensino Tecnológico do Paraná*, Grupo Educacional OPET, Curitiba, Brasil Vicepresidente del *Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico*, IBDE, Brasil

Fecha de recepción:

14 de julio de 2012

Fecha de aprobación:

6 de noviembre de 2012

Palabras clave:

Células madre embrionarias, dignidad humana, embriones excedentes, fecundación, vida.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo, el estudio y análisis de la discusión sobre la polémica decisión de la Corte Suprema de Brasil (STF), con respecto a la acción directa de inconstitucionalidad perpetrada por el exprocurador General Cláudio Lemes Fonteles, con respecto a la continuidad de la investigación de células madre embrionarias, y si ha existido afrenta al principio del derecho a la vida y, al principio de la dignidad humana.

En este sentido, se busca definir el inicio de la vida y, comprender los votos de los 11 Ministros adscritos a la STF, y si hay diferencia entre vida *In Vivo* e *In Vitro*, a efectos de la fertilización de embriones criopreservados en clínicas de reproducción asistida humana.

Key words:

Embryonic stem cells, human dignity, surplus embryos, fertilization, life.

ABSTRACT

This paper aims at the study and analysis of the discussion on the controversial decision of the Brazilian Supreme Court (STF), with respect to the direct action of unconstitutionality perpetrated by the former general attorney Dr. Cláudio Lemes Fonteles, regarding the continuity of embryonic stem cell research, and whether there has been an affront to the principle of the right to life and the principle of human dignity.

*In this sense, it seeks to define the beginning of life and understand the votes of the 11 Ministers assigned to the STF, and if difference between life *In Vivo* and *In Vitro*, fertilization purposes of cryo-preserved embryos in assisted human reproduction clinics.*

* Artículo de Revisión de Tema.

** Doctorando en Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, UBA; Maestro en Derecho Público, *Universidade Gama Filho*, Río de Janeiro, UGF-RJ; Especialista en Derecho de Familia, *Pontificia Universidade Católica*, Paraná, PUC-PR; Licenciado en Administración Pública y Derecho, *Universidade Tuiuti do Paraná*, UTP-PR. Correo electrónico: professorguilhermet@yahoo.com.br

El presente artículo, trata de una Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) contra el Art. 5 de la Ley Número 11.105/2005 (Ley de Bioseguridad), en relación con los embriones excedentes de los procesos de reproducción humana asistida, conocida como fertilización *In Vitro*, que libera el uso en la investigación, de embriones con tres años de almacenamiento o más.

El Tribunal Superior de Justicia (TSJ), decidió el día 28 de mayo de 2010, que las investigaciones realizadas con células madre embrionarias, no violan el derecho a la vida, así como no afrontan a la dignidad de la persona humana; éstos argumentos, han sido utilizados por el exprocurador General de la República Claudio Lemes Fonteles, en la ADI 3.510 (TSJ, 2010) presentados con el propósito de impedir esta línea de estudio científico.

Dicho estudio, es precisamente para tratar las varias posturas en el Brasil y en algunos países del mundo, sobre el inicio de la vida o de la personalidad jurídica; asimismo, tiene el cuidado de analizar la mencionada ADI y, el parecer detallado de los 11 Ministros de la STF, ante esta paradigmática decisión, que juzgó la continuidad de los estudios con células embrionarias.

Conjuntamente, el principio del derecho a la vida y, el principio de la dignidad humana, también son analizados con el fin de dilucidar los puntos positivos o contrarios, a fines de establecer parámetros y límites dentro del juicio, como será visto más adelante el entender de los ilustres magistrados. Para ello, necesitamos (intentar, si es posible) establecer algunos conceptos básicos para el análisis de dicho juicio.

1. ¿Cuándo comienza realmente la vida?

Antes de entrar en un tema tan enigmático y, al mismo tiempo, tan emocionante, existe un cuestionamiento existencial y paradójico que se encuentra en cualquier persona que se pregunta: ¿Dónde comienza la existencia de un ser vivo? Lógicamente se hace alusión a un estado laico, ya que a priori, las discusiones religiosas no podrían interferir en las decisiones políticas, jurídicas o científicas, que implican diversas doctrinas o formas de comprender dichos conceptos instigantes como la vida o la muerte, y que pueden llevar al individuo, a reflexionar sobre estas preguntas, que asombran tanto en el estudio de la ciencia (que tampoco es unánime)

como a los abogados y los *iusfilósofos* (abogados-filósofos) contemporáneos.

En el medio jurídico brasileño, hay en principio, dos teorías que abarcan verdaderamente el pensamiento doctrinal sobre el inicio de la personalidad civil o de la persona natural. La primera, es la teoría concepcionalista, y la segunda, es la teoría de la natividad (Gagliano & Pamplona, 2012).

La teoría concepcionista, que posee una adhesión minoritaria en el Brasil, resalta que el feto ya tendría derechos aún antes de su nacimiento, inmediatamente después de ocurrida su fecundación, o sea, cuando el embrión (naturalmente) instalado en el útero materno comienza a formarse.

Algunos ejemplos de los derechos del feto son los siguientes: - Arts. 1609, párr. 1 del Código Civil (CC) – reconocimiento de los hijos, 1779 y párr. 1, Art.1798 – derecho sucesorio; Ley 11.105/2005, Arts. 6, inciso III y 25, Art. 5, *caput* de la Corte Federal Brasileña (CFB) (derecho a la vida); a la filiación (Art. 1596 y 1597 del CC); a la integridad física y alimentos (Ley Número 11.184/2008; 650:220; (Tribunal de Justicia de São Paulo (TJSP), 150:90-6), asistencia prenatal, representación (Arts. 542, 1630, 1633, 1779, párr. 1; Código de Procedimiento Civil (CPC), Arts. 877 y 878, párr. 1); curador para representar y cuidar de sus intereses (Art. 542, y 1779, par. 1. del CC); incapacidad o imposibilidad de sus progenitores de recibir herencia (Art. 1784, 1798, 1799, I, y 1800, párr. 3 del CC) a ser adoptado (Art. 542 del CC), entre otros.

La segunda teoría, que es la mayoritaria en Brasil, y la que se incluye en la STF, quedando entendido que el inicio de la personalidad jurídica, comienza con el nacimiento con vida, independientemente de si el recién nacido fallece momentos después. Es decir que, obviamente, con el primer aliento del niño que acaba de llegar al mundo, se iniciaría la vida de ese ser y en consecuencia, sus derechos.

Sin embargo, existe en el Brasil una “tercera teoría” aislada, sostenida por Carlos Roberto Gonçalves (2010), que él prefiere llamar “de división”, caso contrario al de Washington de Barros Monteiro (2001), quien la enuncia como “de la personalidad condicional”, esta última sostiene que, el feto es una persona condicional, pues la adquisición de la personalidad se encuentra bajo dependencia de condición suspensiva, de manera similar, se entiende que la base de la personalidad comienza con el nacimiento con vida.

Para analizar el juicio que tuvo lugar en la STF, se adoptan en principio las dos tesis más consolidadas en la doctrina y en los tribunales brasileños, a fin de no perturbar el estudio de este caso. Washington de Barros Monteiro (2001), manifestó:

Discútese si el feto es persona virtual, ciudadano en germen, hombre *in spem*. Cualquiera que sea la definición, no hay para el feto una esperanza de vida humana, una persona en formación. La ley no puede ignorarlo, y por eso protege sus eventuales derechos. Pero, para que éstos los adquieran, es necesario que ocurra el nacimiento con vida. Por así decirlo, el feto es persona condicional; la adquisición de la personalidad se encuentra bajo dependencia de condición suspensiva, el nacimiento con vida. A esta situación especial le llama Plainiol “anticipación de la personalidad” (p. 61).

Resulta que existe una antinomia jurídica para analizar el dispositivo 2 del CC, que señala lo siguiente: “Art. 2: La personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida; pero la ley pone a salvo, desde la concepción, los derechos del feto”.

Se percibe de forma clara, que el Art. 2 del CC fue confeccionado con una falla bastante contradictoria, pues en un primer momento, afirma que la personalidad civil del individuo comienza con el primer aliento de vida del recién nacido; en un segundo momento, parte del mismo dispositivo, el legislador ordinario, de manera dudosa afirma que se produce este fenómeno desde su concepción, (según lo explicado anteriormente), fortaleciendo de manera significativa la tesis de los derechos del feto (Fiuza, 2008; Negrão, Gouvêa & Bondioli, 2010).

De acuerdo a lo anterior (Art. 2, CC), se establecen interrogantes relacionados a la contradicción de sus dos partes, como: ¿La segunda parte es sólo un complemento de la misma? ¿En otras palabras, una mera cuestión de interpretación del mencionado dispositivo? ¿Será que los derechos de la personalidad civil coinciden con los derechos del niño que está por nacer, o son cronológicamente distintos? Desde allí, entonces, se forma una antinomia, porque nadie sabe con seguridad qué parte del dispositivo debe prevalecer, si la primera o segunda parte del artículo, o qué realmente quería decir el legislador con éste.

La doctrina mayoritaria, como ya se señaló anteriormente, se entiende que comienza con el nacimiento con vida (aceptada también por otros países, como Portugal, Suiza, Alemania, Italia, España), otra corriente aislada entiende que el feto ya tendría

algunos derechos; Carlos Roberto Goncalves (2010) explica que:

Esta prueba se basa en el principio de que el feto, al respirar, infló de aire los pulmones. (...) La medicina tiene hoy recursos modernos y eficaces, incluso por el examen de otros órganos del cuerpo, para establecer si hubo aire o no, circulando en el cuerpo del feto (p. 102).

En algunos países como Francia, Hungría, China y Argentina, la teoría concepcionista es predominante. La comunidad científica (genetistas) que estudia el tema, comparte la idea de que la vida comienza con el embrión desarrollado (desde la etapa inicial de la célula humana llamada “cigoto”, en el proceso de “mitosis” pasa a la etapa llamada “blastocisto”, después de 5 días de la fecundación) y sólo después de 7 semanas, la formación del feto (aproximadamente 50 días de formación), daría lugar a la formación completa del cerebro.

¿Existiría la vida fuera del útero materno? Es decir, del embrión que aún no había sido ubicado en el vientre de la futura madre (aquí se menciona claramente, a los embriones excedentes o excedentarios que están criopreservados o congelados en clínicas de reproducción humana asistida). ¿Sólo existiría vida con la implantación del embrión en etapa de desarrollo (fase de implantación – blástula; esta etapa se produce con los primeros 15 días [en la etapa de blástula], cuando el embrión se adhiere al endometrio en el útero materno), cuando estuviese fijado dentro del vientre de la supuesta madre, más específicamente en el endometrio?

Algunos Ministros del STF, a ejemplo del ponente de la ADI 3510, Carlos Ayres Britto (hoy actual presidente de la Excelsa Corte), que fuera acompañado por otros 5 colegas, entendieron que la vida sólo existiría de hecho con la formación completa del cerebro, a pesar de que el redactor se contradijera en su voto: “el inicio de la vida humana sólo puede coincidir con el preciso instante de la fecundación de un óvulo femenino por un espermatozoide masculino”.

Debe tomarse en consideración, que la fecundación *In Vitro* (en las clínicas de reproducción humana asistida) se realiza fuera del útero materno y, posteriormente es insertado, sujeto a innumerables razones (tener un hijo en una fecha aplazada, tratar de tener otro hijo más tarde, entre otras).

Más adelante, el Ministro Ayres Britto resalta: “el cigoto humano no es una persona” porque así lo

entiende el Ordenamiento Jurídico Brasileño; sin embargo, al final de su voto, el Ministro va más allá: “en el caso de un embrión excedente fertilizado *In Vitro*, no existe persona humana, ni siquiera como pura potencialidad, debido a que carece de cerebro”.

Este embrión “es algo que nunca será alguien”. Máxima *rogata* venia, esta línea de razonamiento es al menos contradictoria, porque en un momento dado dice que la vida humana comienza con el acto de la fertilización y más adelante desconsidera a la fecundación *In Vitro* porque no existe ninguna potencialidad de transformarse en vida, así como dicho cigoto humano no posee cerebro, esta línea de razonamiento es por lo menos incoherente.

El Tribunal Supremo de Justicia (TSJ, 2002), a su vez, ha albergado la teoría de la concepción, reconociendo al feto el derecho a la indemnización por daños morales, pero no ha tenido el mismo entendimiento:

Derecho civil. Daños morales. Muerte. Acción presentada 23 años después del evento. El feto también tiene derecho a daños morales por la muerte de su padre, pero la circunstancia de no haberlo conocido en vida influye en la fijación del *quantum* (STJ, REsp 399.029/SP, 4ª. T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU, 15-4-2002, p. 232).

El STF, no posee una posición clara con respecto a las teorías anteriormente comentadas. En otro juicio emblemático, teniendo como Ministro ponente a Francisco Rezek, decidió el citado tribunal, que la protección de derecho del feto es, en realidad, “protección de expectativa, que se tornará un derecho, si el mismo nace vivo”, aduciendo que las hipótesis previstas en el CC “relativas al niño por nacer son exhaustivas, sin equipararlos en todo a un niño que ya ha nacido”.

En una votación bastante ajustada, el resultado fue de seis contra cinco, es decir, seis ministros (Carlos Ayres Britto -ponente del juicio-, Ellen Gracie, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio y Celso de Mello), fueron totalmente favorables a la continuación de las investigaciones en células tronco embrionarias, juzgando dicha ADI totalmente improcedente, sin alguna restricción, cada cual con sus contundentes puntos de vista. Por otro lado, cinco Ministros juzgaron parcialmente procedente dicho remedio, aunque con algunas restricciones que se citaran a continuación.

Los Ministros Gilmar Ferreira Mendes y Cezar Peluso, también entendieron que la Ley es constitu-

cional, sin embargo, discutieron sobre la necesidad de que las investigaciones con células madre embrionarias, fueran debidamente controladas desde el punto de vista ético, por un órgano central, en este caso se refieren a la Comisión Nacional de Ética de la Investigación (CONEP); este punto de discusión, generó un intenso debate entre los jueces, y el final de la prueba, no fue albergado por el STF.

Los otros Ministros (Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski y Eros Grau), subrayaron que las investigaciones se podrían realizar, sólo si los embriones aún viables no fuesen destruidos para la extracción de células madre. Cada uno de estos jueces fundamentó en sus votos, varias advertencias para el lanzamiento de la investigación con células madre embrionarias en Brasil.

2. Postura de algunos Ministros

2.1 Ministro Carlos Ayres Britto (ponente de la ADI 3510 y presidente del STF)

El Ministro Carlos Ayres Britto, juzgó totalmente infundada la acción ofrecida por la Procuraduría General de la República (PGR), argumentando, en principio, las calificaciones constitucionales que enaltecen el derecho a la vida, el derecho a la salud, a la planificación familiar y principalmente, a la investigación científica, que sería el punto neurálgico de la discusión.

De manera similar, comentó el espíritu altruista enumerado en la Constitución Federal Brasileña de 1988, al defender el avance de la ciencia, en favor del uso de células madre embrionarias en las investigaciones, para curar o para entender enfermedades como: el Mal de Alzheimer, el Mal de Parkinson, las neuromusculares, las cataratas, el cáncer, entre otras.

El presidente ponente consideró la Ley de Bioseguridad como un bloque “perfecto” y “bien concatenado bloque normativo”, coherente con su decisión de que para existir vida humana, es necesario que el embrión haya sido implantado en el útero materno. Según Ayres Britto, es esencial la participación de la futura madre, asimismo, afirmó que, el cigoto (célula madre), es la etapa inicial del embrión humano y representa una realidad distinta de la persona natural, porque aún no tiene cerebro en formación total.

Carlos Britto también hizo mención a varios dispositivos constitucionales que se refieren a la salud

(como los Artículos comprendidos del 196 al 200 de la CFB) y a la obligación del Estado de garantizar esos derechos, para salvaguardar el uso de células madre embrionarias en el tratamiento de enfermedades.

2.2 **Ministra Ellen Gracie**

La Ministra Ellen Gracie, siguió totalmente al voto del ponente Carlos Ayres Britto, considerando que la opinión del Ministro es valedera, ya que no es inconstitucional la Ley de Bioseguridad, además, manifestó que, no se puede oponer la garantía de la dignidad de la persona humana, ni la garantía de la inviolabilidad de la vida, porque, el pre-embrión no acogido en su nido natural, el útero, no se califica como una persona.

Ellen Gracie, distinguió que la ley brasileña, confirió la calificación de persona, al nacido con vida, expresando que: el pre-embrión tampoco encaja en la condición de feto, porque a éste, la denominación lo aclara, se presupone la posibilidad, la probabilidad de nacer, y éste no es el caso de estos embriones no viables o destinados al descarte.

2.3 **Ministro Carlos Alberto Menezes Direito**

De manera distinta al ponente Ayres Britto, el Ministro Carlos Alberto Menezes, juzgó la acción como parcialmente procedente, interpretando el texto constitucional del artículo cuestionado (Art. 5), sin retirar cualquier parte de la ley en discusión. En su opinión, se puede continuar con la investigación de células madre embrionarias, pero no a expensas de los embriones humanos viables, es decir, sin que sean descartados.

Además, en seis puntos en particular, Menezes Direito recomienda algunas restricciones sobre el uso de la investigación con células embrionarias, aunque no lo cohiba. El Ministro destacó, que es necesaria una mayor supervisión de los procedimientos de fecundación *In Vitro*, para los embriones en exceso congelados durante tres años o más (según la ley), en el trato de los embriones considerados como inviábiles, con la indispensable autorización de los padres o progenitores de los embriones utilizados, con la excepción de los considerados inviábiles.

En la conclusión de su voto, él afirmó contundentemente que, las células madre embrionarias son existencia humana y, cualquier destino que se les dé con la finalidad que no sea la reproducción humana, viola el derecho a la vida.

2.4 **Ministra Carmen Lúcia**

La Ministra Carmen Lúcia, de igual manera que la Ministra Ellen Gracie, acompañó el voto de Ayres Britto. Sostiene que, las investigaciones con células madre embrionarias, no hieren el derecho a la vida, sino que colaboran para dignificar la vida humana. Para ella, su uso para la investigación y, tras sus resultados consolidados, su uso en tratamientos para la recuperación de la salud, no agreden a la dignidad humana constitucionalmente garantizada.

Carmen Lúcia incluso mencionó, que los estudios científicos en el Brasil, muestran que las investigaciones con células madre embrionarias, pueden crear cualquier tejido humano, no pueden ser reemplazadas por otras líneas de investigación -como las llevadas a cabo con células madre adultas- y, que el rechazo de estas células que no se insertan en el útero humano, sólo generarían basura genética.

2.5 **Ministro Ricardo Lewandowski**

El Ministro Ricardo Lewandowski, al igual que el Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, juzgó la acción parcialmente fundada, votando a favor de la continuidad de la investigación con células madre embrionarias. Sin embargo, limitó la realización de los estudios con células madre a diversos factores condicionales.

2.6 **Ministro Eros Grau**

El Ministro Eros Grau, en la misma línea de razonamiento lógico de sus colegas Menezes Direito y Ricardo Lewandowski, votó por la constitucionalidad del Art. 5 de la Ley de Bioseguridad, con tres observaciones contundentes: la primera, que sea creado un Comité Central en el Ministerio de Salud, con el propósito de controlar estas investigaciones; la segunda, que sean en total fertilizados cuatro óvulos por ciclo; y, finalmente, la tercera, que la extracción de células madre embrionarias, sean realizadas a partir de óvulos fecundados no viables, o incluso sin dañar a los viables.

2.7 **Ministro Joaquim Barbosa**

El Ministro Joaquim Barbosa, de la misma forma que el ponente, acompañó totalmente el voto de Ayres Britto por la improcedencia de la acción, destacando que la autorización para la investigación con células embrionarias propuesta en la Ley de Bioseguridad, no es inconstitucional.

Joaquim Barbosa mencionó que, en algunos países como Suiza, España y Bélgica, este método de investigación está permitido con algunas salvedades parecidas a las ya previstas en la ley de Brasil, como la obligatoriedad de que estudios atiendan al bien común, además, que los embriones empleados sean inviables para la vida y, oriundos de procesos de fecundación *In Vitro*, siempre que haya consentimiento expreso de los padres para el uso de embriones en las investigaciones.

Barbosa, afirmó que el impedimento de las investigaciones con células embrionarias, como dice la ley, significa hacer la vista gorda para el desarrollo científico y los beneficios que de él puedan surgir.

2.8 Ministro Cezar Peluso

El Ministro Cezar Peluso, pronunció su voto favorable a las investigaciones con células madre embrionarias, ya que para él, dichas búsquedas no afrontan al derecho a la vida, puesto que los embriones congelados no equivalen a personas. Cezar Peluso comentó sobre la necesidad de que estos estudios sean duramente inspeccionados y controlados, y resaltó la importancia de que el Congreso Nacional, apruebe instrumentos legales para dicho desiderátum.

2.9 Ministro Marco Aurélio de Mello

El Ministro Marco Aurélio de Mello, también acompañó integralmente el voto de Ayres Britto, además, señaló que el Art. 5 de la Ley de Bioseguridad, “está en armonía con la Constitución Federal del Brasil, en particular los Art. 1 y 5 y con el principio de razonabilidad”. El Art. 1, inciso III de la Constitución Federal, prevé la dignidad de la persona humana y, el artículo 5, que vela por la inviolabilidad del derecho a la vida.

El Ministro también mencionó, el riesgo de la Corte Suprema de Brasil para tomar el lugar del Poder Legislativo, cuando propone restricciones a una ley que fue aprobada con adhesión de 96 de los senadores y 85 de los diputados federales, lo que pone en evidencia su “razonabilidad”.

Aún más, Marco Aurélio de Mello, destacó que no hay, en cuanto al principio de la vida, límites que no sean meramente opinables, aportando conceptos, siempre inarmónicos, desde la antigüedad hasta los días actuales. En opinión del Ministro: el inicio de la vida no sólo presupone la fecundación,

sino también la viabilidad del embarazo, es decir, de la gestación humana.

Además, continuó esclareciendo que: decir que la Constitución protege la vida uterina ya es discutible, cuando se considera el aborto terapéutico o aborto de niños generados con violencia, y que, la posibilidad jurídica depende del nacimiento con vida. Paralelamente, ponderó que el descartar embriones utilizados para la reproducción humana, sería un gesto de egoísmo y ceguera, cuando los mismos podrían ser utilizados para curar enfermedades.

2.10 Ministro Celso de Mello

Celso de Mello, también acompañó al ponente por la improcedencia total de la acción, según él, el Estado es laico y no puede ser influenciado por la religión: “La votación permitirá a esos millones de brasileños que hoy sufren y, son marginados de la vida, el ejercicio concreto de un derecho básico e inalienable, el de la búsqueda de la felicidad y, al de vivir con dignidad, derecho del que nadie, absolutamente nadie, puede ser privado”.

2.11 Ministro Gilmar Ferreira Mendes

Gilmar Mendes destacó que el Art. 5 de la Ley de Bioseguridad es constitucional, pero entendió que el Tribunal dejará expreso en su decisión, la excepción de la importancia del control de las investigaciones por un Comité Central de Ética e Investigación vinculado al Ministerio de Salud.

El Ministro también afirmó que el Decreto 5.591/2005, que dispone sobre la Ley de Bioseguridad, no prevé esta omisión, al no disponer expresamente de las funciones de un fidedigno Comité Central de Ética, a fin de supervisar las investigaciones con células madre embrionarias.

3. Embriones excedentarios criopreservados ¿Hay diferencia entre vida intrauterina y vida extrauterina?

La docente Flávia Piovesan, con la autoridad en el tema y la brillante posición que goza académicamente, comenta la ubicación jerárquica de los tratados internacionales y, las leyes infraconstitucionales en el Brasil, señalando la igualdad entre el Tratado de San José de Costa Rica y la Constitución Federal del Brasil, que son sin duda, superiores a la legislación civil vigente, es decir, la ley superior deroga la ley inferior. Flávia Piovesan (2002), afirmó que:

La carta de 1988 consagra de manera inédita, después de la extensa declaración de derechos por esta prevista, que los derechos y garantías expresados en la Constitución, no excluyen otros derivados del régimen y de los principios adoptados por ella o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil es parte (Art. 5, párr. 2).

Cabe señalar que la Constitución de 1967, en el Art. 153, párrafo 36, previa: especificación de los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros derechos y garantías derivadas del régimen y de los principios que esta adopta. La carta de 1988 innova de esta forma, al incluir, entre los derechos constitucionalmente protegidos, los derechos enunciados en los tratados internacionales de los cuales Brasil es signatario.

Ahora, al prescribir que los derechos y garantías expresadas en la Constitución no excluyen otros derechos derivados de los tratados internacionales, a contrario sensu, la carta de 1988 incluirá en el catálogo de derechos constitucionalmente protegidos, los derechos enunciados en los tratados internacionales de los que Brasil forma parte.

Este proceso de inclusión implica la incorporación por el texto constitucional de estos derechos. Al hacer tal incorporación, la Carta atribuirá a los derechos internacionales una jerarquía especial y diferenciada, la jerarquía de norma constitucional. Los derechos enunciados en los tratados de derechos humanos de los que Brasil forma parte, por lo tanto, el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados.

Esta conclusión sobreviene aún de una interpretación sistemática y teleológica del texto, especialmente ante la fuerza expansiva de los valores de la dignidad humana y los derechos fundamentales, como parámetros axiológicos para orientar la comprensión del fenómeno constitucional (p. 75).

(...) A favor de la naturaleza constitucional de los derechos establecidos en los tratados internacionales, se añade otro argumento: la naturaleza materialmente constitucional de los derechos fundamentales. Este reconocimiento se hace explícito en la Carta de 1988, al invocar la previsión del Art. 5, párrafo 2. Vale decir, si no se tratara de materia constitucional, dicha previsión perdería su sentido (p. 78).

El Pacto de San José de Costa Rica, fue reconocido con estatus constitucional, es decir, ¿cómo podemos interpretar la votación del ponente Carlos Ayres Britto, teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente?

Como fue comentado, según la orientación reciente de la STF, el Pacto en su Art. 4, sección I (“Toda persona posee el derecho de que su vida sea respetada. Ese derecho debe ser protegido por ley, y en general, desde el momento de la concepción. Nadie

puede ser privado de la vida arbitrariamente”), goza de estatus constitucional.

Esta distinción de vida, reconocida sólo: con el nacimiento real, con el embrión en el útero, con el feto, con la vida en laboratorio, cae completamente a tierra, ya que, según esta norma de nivel “constitucional” todo ser humano, sin distinción, tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

A pesar del razonamiento de la sentencia, discutida y fortalecida por el parecer del Ministro Carlos Ayres Britto, es relevante hacer alusión a las brillantes ponderaciones cuidadosamente impresas por la notoria docente María Helena Diniz (2002), respecto a la adquisición de la personalidad humana y, los derechos del feto:

Se podría decir que en la vida intrauterina se encuentra el feto y en la vida extrauterina el embrión, concebido *In Vitro*, personalidad jurídica formal, en lo que atina a los derechos personales, visto que posee diferente carga genética desde la concepción, ya sea *In Vivo* o *In Vitro*, pasando a tener personalidad jurídica material, alcanzando los derechos patrimoniales, que se encontraban en estado potencial, solamente con el nacimiento con vida (CC, Art. 1808, párrafo 3). Si nace con vida, adquiere personalidad jurídica material, pero si esto no ocurre, no tendrá ningún derecho patrimonial (p. 180).

La docente María Helena Diniz (2011), no hace ninguna distinción entre el feto intrauterino (*In Vivo*) y el embrión desarrollado extrauterino (*In Vitro*), ya que ambos tendrán personalidad jurídica formal (derechos personales) y en consecuencia personalidad jurídica material y derechos patrimoniales.

El Proyecto de Ley Número 6.960 de 2002, presentado al Congreso Nacional bajo la autoría del Diputado Ricardo Fiuza, y con el objetivo de perfeccionar el Art. 2 del Código Civil actual, reemplazado por el Proyecto de Ley Número 267/2007, que dice lo siguiente: “La personalidad civil de la persona comienza con el nacimiento con vida; pero la ley pone a salvo, desde la concepción, los derechos del embrión y del feto”.

En relación con lo anterior, Carlos Roberto Gonçalves (2010), expresa que:

La referencia al embrión cumple la sugerencia de la profesora María Helena Diniz y se afirma al argumento de que, aunque no pueda este ser considerado feto antes de implantado y viabilizado en el vientre de la madre, también es sujeto de derecho (p. 119).

Silvio de Salvo Venosa (2009), afirmó recientemente que:

El código actual se refiere a la personalidad civil de “persona” en esa disposición. Debido a los nuevos horizontes de la ciencia genética, trata de proteger también el embrión segundo, proyecto que tiene como objetivo cambiar esta dicción de la ley actual. El tema es polémico, sin embargo, porque el embrión no presenta por sí misma como una forma de vida siempre viable. La ciencia aún no ha tomado las medidas necesarias para proporcionar al jurista la exacta concepción de la dimensión del embrión como titular de ciertos derechos (p. 136).

Venosa (2010), de igual manera, manifiesta que:

A efectos prácticos, sin embargo, el reglamento nacional asigna las herramientas necesarias para la protección del patrimonio del feto. Hay intentos legislativos para ampliar esta protección al propio embrión, que se extendería demasiado esta “casi personalidad”. Vamos a esperar lo que el futuro y lo que la ciencia genética nos reserva (p. 138).

El jurista especializado en Derecho de Familia Brasileño, el docente Eduardo de Oliveira Leite (1995), también nos brinda su indiscutible definición acerca de la vida *In Vitro*:

Desde el punto de vista estrictamente ético, en cualquiera de las etapas de su vida “*In Vitro*”, el embrión puede ser tratado como una cosa (como pretenden las leyes más liberales). Por el contrario, desde el momento en que dos células se encuentran y comienzan a multiplicarse, nos guste o no, nos encontramos ante un nuevo ser, ante una nueva vida. Es esta vida que la ética pretende proteger; es esta vida que, independientemente de cualquier consideración meramente científica, el Derecho siente la vocación y obligación de proteger (p. 179).

CONCLUSIONES

El resultado de la votación del debate sobre células madre embrionarias ha sido muy cuestionado, algunos ministros han entendido que algunas suposiciones básicas fuesen rigurosamente seguidas, con el fin de que la Ley de Bioseguridad, no tuviese ningún problema al ser puesta en práctica.

La autorización de los padres que donan el embrión para la investigación, la cuestión temporal de 3 años o más (cuando el embrión ya no sirve para fertilizar a cualquier pretendiente o generar un hijo a una supuesta pareja), deben ser contemplados por un Comité de Ética en Investigaciones que realiza-

ría el control y la reglamentación de los centros y clínicas de reproducción humana asistida, en donde sería vetada la comercialización de cualquier material genético que, de manera exclusiva y única debería ser utilizado para fines de investigaciones terapéuticas.

Vale la pena destacar que, el factor tiempo es implacable en aquellos que necesitan de la investigación, los estudios y los adelantos de la ciencia. Cada minuto, cada día, cada mes son preciosos para los que esperan la cura o el reemplazo de algún órgano, célula o tejido; el individuo necesita una esperanza o al menos una opción, más cuando se trata del bien jurídico de la vida.

Asimismo, se entiende que el Derecho, es una ciencia en constante transformación. Los avances de la tecnología, o mejor aún, de la biotecnología y de la bioética, hacen que nos convirtamos en mejores individuos, más saludables y, con una mayor longevidad; estos son los retos de la humanidad: prolongar nuestra existencia siempre con miras a una mejor dignidad y calidad de vida, al menos con la esperanza de que algún día, se descubrirá la cura para los diversos tipos de enfermedades que, paradójicamente, azotan al ser humano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Diniz, M. (2002) *Curso de Derecho Civil Brasileño*, Vol. I. (18va. ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- (2011) *Manual de Derecho Civil*. Brasil, São Paulo: Saraiva.
- Fiuza, C. (2008) *Derecho Civil - Curso Completo* (12va. ed.). Belo Horizonte, Brasil: Editora Del Rey.
- Gagliano, P. & Pamplona R. (2012) *Nuevo Curso de Derecho Civil – parte general*, Vol. I. (10va. ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Gonçalves, C. (2010) *Derecho Civil Brasileño – parte general*. (8va. ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Leite, E. (1995) *Procreaciones Artificiales y el Derecho (aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos y jurídicos)*. São Paulo, Brasil: Editora RT.
- Monteiro, W. (2001) *Curso de Derecho Civil: parte general*. (38va. ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Negrão, T., Gouvêa, J. & Bondioli, L. (2010) *Código Civil y el Derecho Civil vigente* (29va. ed.). São Paulo, Brasil: Saraiva.
- Piovesan, F. (2002) *Derechos Humanos y el Derecho Constitucional Internacional* (5ta. ed.). São Paulo, Brasil: Max Limonad.

Tribunal Superior de Justicia. (2002) REsp nº. 399.029/SP, 4ta. T., rel. *Min Salvo Teixeira de Figueiredo*, DJU de 15.4.2002. Brasil: Tribunal Superior de Justicia.

Tribunal Superior de Justicia. (2010) ADI 3.510, ponente Ministro Carlos Ayres Britto. Brasil: Tribunal Superior de Justicia.

Venosa, S. (2009) *Código Civil Interpretado*. São Paulo, Brasil: Editora Atlas.

Venosa, S. (2010) *Derecho Civil – parte general* (10ma. ed.). São Paulo, Brasil: Atlas.