

**LAS TRHA Y QUE HACER CON LOS EMBRIONES
CRIOCONSERVADOS EN UN DIVORCIO -NUEVOS
ESCENARIOS ETICOS Y JURIDICOS-**

TUTORA: STAROPOLI, MARIA DEL
CARMEN
ALUMNA: POSCHENRIEDER, JOSEFINA
CARRERA: ABOGACIA
MATRÍCULA: 10133950

INTRODUCCIÓN.....	5
OBJETO	5
HIPOTESIS	6
METODOLOGIA.....	6
MARCO TEORICO	7
I. ANTECEDENTES.....	7
II. BREVE HISTORIA.....	7
III.CONCEPTOS	8
III. I. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	8
A. EMBRION CRIOPRESERVADO.....	9
B. CONCEPCIÓN.....	9
C. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA.....	10
III.II. CONSENTIMIENTO	11
A. VOLUNTAD PROCREACIONAL.....	12
ANALISIS ART. 560 CCCN.....	13
IV.REGULACIÓN LEGAL.....	14
A. La persona por nacer en el derecho positivo latinoamericano	17
V. PROTECCIÓN.....	18
VI. PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE ACOMPAÑA A LAS TRHA.....	19
La voz de la Ciencia.....	20
VII. JURISPRUDENCIA.....	21
¿Qué hacer con los embriones congelados? La Cámara Civil rechazó la autorización requerida por una pareja para disponer el cese de la crioconservación de embriones. El caso reavivó la discusión sobre la protección, el estatus jurídico del embrión y el vacío legal existente.	21
¿La expareja debe consentir? La Sala J de la Cámara Civil rechazó el pedido de una mujer que deseaba implantarse tres embriones conformados con su material	

genético y el de su expareja. El hombre no dio su consentimiento para el tratamiento.....	22
Revocan sentencia que negó la autorización a una ex pareja para cesar la crioconservación de embriones.....	23
CONCLUSIÓN.....	26
ANEXO: CONTROVERSIA DOCTRINARIA.....	29
Derecho a la vida privada, a la libertad reproductiva y situación jurídica del embrión crioconservado: ¿cómo conciliar? Adriana N. Krasnow	29
El valor jurídico de la vida en el embrión no implantado y un pronunciamiento que dignifica la condición humana. María del Carmen Starópoli	41
CONCLUSIONES FINALES DEL ANEXO PERTINENTE:	51
BIBLIOGRAFÍA.....	53

INTRODUCCIÓN

“Persona es todo ser humano”. Esta afirmación presente en el art. 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos o también conocido como Pacto de San José de Costa Rica constituye el punto de partida para cualquier diálogo constructivo en el ámbito de la sociedad. En efecto, la convivencia social se fundamenta en el reconocimiento del “otro” como alguien distinto, con dignidad y derechos inalienables fundamentados en el simple hecho de ser persona. De otro modo, la sociedad pierde su rumbo y se transforma en un lugar de lucha de intereses constantes, de combate entre individuos que no tienen límites en su obrar para sobrevivir y prosperar.

En este marco, la cuestión del comienzo de la existencia de la persona es de suma importancia. En efecto, las disposiciones de los Tratados Internacionales, nacidas para tutelar a la persona humana frente a los posibles abusos que pudiera cometer cualquier Estado (o particular) serían fácilmente desatendidas si la noción de persona es manipulada para hacerla funcional a los intereses de los más poderosos.

Sentado este puntapié, sumado a los avances tecnológicos y médicos, que en la última década han tomado un ritmo galopante, nos encontramos actualmente inmersos en una dimensión impensada décadas atrás, donde es hoy que con la aplicación de técnicas de reproducción asistida en seres humanos se ha creado un nuevo espacio de discusión ética y jurídica en cuanto a sus implicaciones en el derecho. Su uso se deriva de los avances científicos para lograr la fertilización en parejas que sufren patologías de infertilidad, aunque también se ha extendido a la satisfacción de otros intereses. Por cierto, es cada vez mayor el número de personas que para cumplir el deseo de ser padres acude a la reproducción asistida. La misma comprende los procedimientos realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo que por diversas razones no puede lograrse naturalmente. Dichas técnicas o procedimientos de reproducción asistida (en adelante TRHA) consisten en un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para lograr el embarazo, e incluyen la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones para el establecimiento de un embarazo.

La problemática presentada con las TRHA con frecuencia se analiza desde la perspectiva del hombre o mujer o persona gestante que acuden a ellas en la búsqueda de un hijo; o de la tercera persona donante que aporta los gametos, sumándole así la ruptura del vínculo matrimonial, tema que analizaremos en el presente trabajo, ya que al crear un embrión juntos, su material genético está unido y el pacto acordado entre ambos sujetos en los consentimientos informados se torna trascendente para definir dichas cuestiones.

OBJETO

El presente trabajo tiene por objeto analizar cuáles son los problemas jurídicos y éticos y los eventuales conflictos de derechos que pueden surgir como consecuencia de la utilización de las TRHA entre las personas participantes, y el destino de los embriones en los diferentes escenarios posibles. Partiendo de la base de que el derecho a la procreación no es ilimitado,

como no lo es ningún derecho subjetivo, y su límite esencial está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear.

El objeto de estudio es la regulación legal de las TRHA en Argentina, en el marco del Código Civil y Comercial de Nación, evaluandola proporcionalidad de sus normas y la jurisprudencia actual sobre el tema de investigación. Además de ello, se propone analizar los alcances del contrato de consentimiento informado que establecen las parejas al empezar el tratamiento de fecundación asistida. Consecuentemente identificando las distintas opiniones doctrinales sobre el inicio de la persona humana.

HIPOTESIS

Los interrogantes que pueden surgen a raíz de la investigación de las TRHA son infinitos, dentro de ellos mis cuestionamientos son si en un caso de divorcio, ¿la madre puede implantarse el embrión sin el consentimiento de su ex pareja? ¿pueden ser utilizados por un tercero ajeno? ¿los embriones deben ser descartados? ¿cuál será el destino? ¿quién decidiría si los embriones restantes deben donarse o destruirse? ¿qué pueden hacer con esos embriones desde el punto de vista legal? ¿destruirlos o matarlos? Si así lo hicieran, ¿es el embrión una persona por nacer o no? ¿ha adquirido algún derecho? ¿Donarlos a otras personas o a la ciencia para experimentación, clonación, etcétera? ¿conservarlos indefinidamente? ¿con qué objeto? Y de ser así, ¿a qué costo económico? ¿quién asume ése costo? ¿quién debe decidirlo? Se buscará encontrar respuestas a dichas preguntas con el fin de enfrentar la problemática presente en nuestra actualidad y que han dado paso a diversos análisis en la doctrina, cuyo planteamiento contiene connotaciones jurídicas, filosóficas, éticas, biológicas, científicas, sociales, morales y como así también religiosas.

METODOLOGIA

Teniendo en cuenta el presente trabajo final utilizaré diferentes métodos científicos para poder llevar a cabo el estudio de investigación. El método científico es un conocido procedimiento de actuación general siguiendo el conocimiento objetivo. Para ello emplearé el método científico de carácter empírico, ya que tomaré las experiencias que han sucedido en nuestro país.

En este sentido aplicaré el método inductivo, por lo que de los datos que obtenga a través de la observación de esta aplicación bajo el derecho comparado se podrá determinar qué cosas se pueden tomar de los demás ordenamientos y cuáles deben adaptarse con el fin de mutarlo a nuestro ordenamiento.

Además, a partir del método crítico, con bibliografía pertinente al objeto de estudio con la finalidad de formar y obtener una valoración clara sobre la problemática a resolver.

Como estrategia también desarrollaré el método cualitativo, el cual se enfoca en comprender y profundizar los fenómenos y tiene como principal objetivo científico la comprensión de los hechos.

Para concluir, me encuentro con varios apuntes de la materia Familia y Sucesiones, al igual que cuento con material de Bioética ya que al haber cursado la carrera de Medicina considero que adquirí las herramientas necesarias para comprender y efectuar una suerte de revisión del concepto de consentimiento informado y su incidencia en el campo de la filiación derivada del uso de estas técnicas.

MARCO TEORICO

I. ANTECEDENTES

En el presente trabajo de investigación se pretende realizar un acercamiento tal como lo establecimos, en nuestra temática a desarrollar, para poder luego adentrarnos en los aspectos involucrados en torno a su aplicación. Lo cual implica no sólo entender en qué consisten desde el punto de vista científico, si no principalmente vislumbrar las cuestiones jurídicas y ética que de ellas surgen, punto sobre el que gira este trabajo de investigación. Es evidente que este asunto en las últimas décadas dejó de ser de exclusivo interés de la medicina para adquirir verdadera relevancia social en las investigaciones científicas y poder plasmarlo en la legislación. Y como suele pasar con todos los temas que invitan a revisar conceptos tradicionales, la mirada contemporánea sobre las TRHA no es ni puede ser igual para todos. Nuestro punto de partida es explicar la necesidad de su regulación en estas situaciones adversas, reconociendo que no sólo están presentes en la realidad social, sino que ameritan un enmarque legal, con principios, reglas y soluciones jurídicas propias.

II. BREVE HISTORIA

Todo comenzó en la ciudad inglesa de Oldham, el 25 de julio de 1978 nació, el primer "bebé probeta" de la historia, una niña llamada Louise Brown. Su concepción se había producido en un laboratorio nueve meses antes mediante la técnica de fecundación in vitro. Para ello, los especialistas extrajeron un óvulo de su madre (durante su ciclo- aproximadamente catorce días tras la menstruación-) y lo cultivaron junto a un espermatozoide en una placa de laboratorio. Se produjo, entonces, la unión de ambos gametos y, dos días y medio después, el óvulo fecundado se había dividido hasta formar una pequeña masa de ocho células (denominado en la ciencia como blastómero). Este blastómero fue implantado en el útero materno, dando comienzo al embarazo. Sin embargo, hicieron falta varios años de investigación para que este hecho se llevase a cabo.

El nacimiento de la pequeña niña abrió una página totalmente nueva en el tratamiento de la esterilidad, que durante años había llevado a una enorme cantidad de parejas en todo el mundo a llegar a su vejez sin poder formar una familia de descendencia sanguínea propia.

El éxito de la fecundación in vitro dio impulso a las actuales técnicas de reproducción asistida, que comprenden todos los tratamientos de la esterilidad en los que se manipulan óvulos y espermatozoides.

III. CONCEPTOS

III. I. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Conforme la ley 26.862, las TRHA han sido comprendidas como “reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico- científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación.” Es decir que, es el conjunto de métodos o técnicas médicas que, a través de la unión de gametos -extracción quirúrgica de los óvulos del ovario de la mujer y su combinación con el espermatozoides- conducen a facilitar o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana.

Las mismas pueden ser de baja complejidad, como la inseminación artificial, que consiste en colocar espermatozoides previamente seleccionados en el laboratorio dentro de la cavidad intrauterina en el momento en que la mujer está ovulando. Se utiliza mayormente en parejas que tienen dificultades en el trayecto de los espermatozoides desde la vagina hasta el interior del útero o en aquellos casos en los que el semen requiere ser tratado o seleccionado previamente por distintos motivos. O bien pueden ser de alta complejidad, como la fertilización in vitro (FIV), en el cual se fertilizan los gametos (óvulos y espermatozoides) en el laboratorio para que posteriormente se transfieran los embriones al útero con el objeto de que continúen su desarrollo natural, hasta adquirir la capacidad de implantarse en la capa interna del útero conocida como endometrio. Este procedimiento está especialmente indicado para parejas con infertilidad de larga data, aquellas con causas severas de infertilidad, o para las que han intentado sin éxito otros tratamientos previos, de menor complejidad. Un hito en la evolución de la reproducción asistida lo constituye la criobiología. La misma estudia la congelación de células y tejidos, lo que permite la preservación de células por tiempos prolongados manteniendo sus propiedades biológicas una vez descongeladas. Se han desarrollado protocolos eficientes de congelación y descongelación que posibilitan preservar células y tejidos a temperaturas de hasta -160°C sin afectar su estructura y funcionalidad. En la actualidad existen dos técnicas de crio preservación: la crio preservación lenta y la vitrificación. Esta última es la más nueva y la que se utiliza en la actualidad permitiendo una evolución embrionaria muy similar a la que ocurre en fresco.

También puede utilizarse el procedimiento de la maternidad sustituta o subrogada, el cual permite que una mujer desarrolle el embarazo y dé a luz entregando luego al recién nacido a la pareja comitente, que es la que tiene la voluntad procreacional. Hoy es la vía elegida que utilizan las parejas homosexuales masculinas para materializar su deseo de ser padres, como así también varias personalidades del espectáculo (donde conocemos infinitos ejemplos) en donde de manera uniparental conciben a su familia.

Las TRHA, como se puede apreciar, dan lugar a situaciones que sin duda movilizan los cimientos sobre los cuales se asienta la familia tradicional. Permitiendo el embarazo de

mujeres a edades avanzadas, de mujeres solas, con óvulos provenientes de otra mujer o con material genético masculino proveniente de una persona distinta de su pareja; e incluso el embarazo de una mujer, con o sin óvulos propios, para una persona o pareja comitente heterosexual u homosexual, como ocurre en la maternidad subrogada. En otras palabras, las TRHA habilitan co-paternidades y/o co-maternidades imposibles tiempo atrás; maternidadessin paternidades extendiéndose la configuración de familias monoparentales de modo originario a otros supuestos además de la adopción unipersonal; también paternidades sin maternidades; o configuraciones familiares que traen consigo fuertes debates de tinte interdisciplinarios como las maternidades y paternidades a edades avanzadas o de un modo más rupturista y complejo la posibilidad de que un niño pueda tener más de dos progenitores.

Si bien se carece de datos estadísticos fidedignos sobre la cantidad de niños nacidos por el uso de las TRHA en el mundo, como en la región de América y en nuestro país, lo cierto es que no se duda sobre el desarrollo, perfeccionamiento e inserción que tiene esta práctica en la realidad social.

A. EMBRION CRIOPRESERVADO

En términos científicos se denomina embrión al organismo que aparece producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario, ocho semanas después de la fecundación. En oposición a ello, surge el concepto de embrión in vitro, aquel que se obtiene a través de TRHA, precisamente de la fecundación in vitro. A diferencia de la reproducción natural, en donde la concepción y su desarrollo transitan en el seno materno, aquí ocurre que de manera artificial la fecundación se produce en probetas de laboratorios y hasta no alcanzar el grado de formación de Blastocisto no es trasplantado al útero, donde se debe producir la implantación y posterior desarrollo, hasta las seis semanas, en que pasa a llamarse feto. En algunas de las TRHA se utilizan embriones ya congelados mediante la técnica conocida como crioconservación. Ésta consiste en enfriar los embriones en un proceso de congelación a velocidad controlada a menos de -80°C y luego son sumergidos en nitrógeno líquido a -196°C . La continua mejora y el refinamiento de las técnicas de vitrificación y manipulación hormonal, así como de los medios de cultivo celular, han logrado que en la actualidad se desarrollen embriones in vitro de muy buena calidad y con altas tasas de implantación. Una consecuencia de ello es la obtención de cada vez más y mayores números de embriones en condiciones de ser criopreservados. Sin embargo, tanto en el plano ético como jurídico presentan serias dificultades. Las técnicas desarrolladas hasta hoy apenas son la punta del iceberg de una ciencia que sigue sumando controversias por sus métodos cada vez más selectivos de fecundación, que lamentablemente acarrearán altos costos y cada vez más se asemejan a un proceso de producción. No debe sorprender por ende el silencio normativo imperante en la materia, pues, en lo que lleva proyectar y promulgar una norma, el vértigo científico la vuelve obsoleta.

B. CONCEPCIÓN

La palabra concepción según la RAE, se refiere a la acción y efecto de concebir. Para la ciencia biológica se trata de la fusión de dos células sexuales que da lugar u origen al cigoto, unión de los cromosomas masculinos y femeninos. Con dicha unión se forma el embrión que se desarrollará hasta nacer. El primer paso en la formación de un individuo es precisamente el encuentro y la fusión de dos células altamente especializadas: el óvulo y el espermatozoide; esto se conoce como concepción. El número cromosómico de ambos será completado a 46 cromosomas, correspondiente a la especie humana y termina constituyendo un nuevo genoma, único e irrepetible.

Bioquímicamente, este proceso es complejo, hay cierto quimiotactismo que precisamente guía el paso de los espermatozoides hacia la trompa en donde sucede la ovulación; las hialuronidasas, enzimas contenidas en el acrosoma del espermatozoide, tendrán como función abrirse camino entre la corona radiata y la zona pelúcida que rodean al óvulo. Solamente un espermatozoide atravesará la membrana citoplásmica del óvulo, volviéndose en ese momento impermeable; únicamente penetra la cabeza del espermatozoide, que es donde está contenido el material de herencia. La singamia consiste en la unión de ambos pronúcleos, masculino y femenino. En cuanto la cabeza de un espermatozoide penetra en el citoplasma de un óvulo comienza una cadena de actividades. Dos sistemas, el del óvulo y el del espermatozoide, dejan defuncionar en forma individual, y constituyen un nuevo sistema (genoma) que comienza a operar como una 'unidad' llamada cigoto o embrión unicelular. Una vez ocurrida la concepción se observa un proceso que no se detendrá hasta la muerte del individuo.

C. EL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA

No cabe duda sobre la importancia de precisar el momento del inicio de la vida humana, por cuanto ella determina la vigencia de la personalidad jurídica y la calidad, por ende, de sujeto de derecho. En nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 19 establece que: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción". Pero, no discriminó si esto ocurre intra o extra uterinamente; por lo cual se puede concluir que se optó por reconocer a los embriones producidos in vitro los derechos inherentes a todas las personas. La vida humana entonces comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide que significa la aparición de una realidad celular con fenotipo cigoto, con una identidad genética propia y un ciclo vital definido.

Este es el principal reparo que merece la utilización de TRA indiscriminada o sin los debidos parámetros de control, seleccionado, investigado y experimentado. En general, se producen numerosa cantidad de embriones, de los cuales se seleccionan los más aptos y luego se congelan a la espera de la primera transferencia. Ni la ley de TRA ni el Unificado Código han contemplado el problema que significan los embriones sobrantes, es decir aquellos que por diversos motivos no fueron implantados, ya sea por el éxito en la primer transferencia y abandono posterior de los progenitores al haber logrado un embarazo, por desinterés o bien, por muerte o separación de la pareja, ya que se necesita el consentimiento de ambos para

una nueva implantación.

III.II. CONSENTIMIENTO

Tratándose de derechos personalísimos, especialmente referidos a la salud y la disposición del cuerpo humano, afirmamos que la disposición de ellos no es absoluta sino relativa, ya que depende de la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento. El **consentimiento informado** es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades.

El consentimiento informado debe reunir al menos cuatro requisitos:

- Capacidad del otorgante: el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones.
- Voluntariedad: Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se le ofrece al paciente un tiempo suficiente para reflexionar, consultar, asesorarse y decidir.
- Información: Las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio en cualquier momento, sin que ello le pueda traer otros perjuicios.
- Comprensión: Es la capacidad del paciente de comprender la información relevante.

En su artículo 560, el CCCN indica que “el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.”

En la materia que nos ocupa, el otorgamiento del consentimiento informado es de importancia vital, ya que constituye la prueba de la filiación generada mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida y, por lo tanto, creador de la voluntad procreacional que genera el vínculo jurídico entre padres e hijos. Es un hecho que posee todos los elementos del acto jurídico (discernimiento, intención y libertad), por medio del cual el individuo declara su voluntad, luego de habersele brindado una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone como aconsejable. El paciente podrá escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención. Solo cuando este posee información integral, ha sido capaz de comprenderla y ha contado, además, con el tiempo necesario para analizarla y tomar a partir de ella una decisión, puede prestar su consentimiento.

A su vez, el artículo 575 CCCN establece que, en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

De este modo, se consagra el principio de la voluntad procreacional frente al origen genético. Es decir, se establece como regla que los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento, manifestando su voluntad y deseo de someterse a dichas técnicas, para lograr la maternidad y/o paternidad, según sea el caso, con total independencia de quién ha aportado los gametos, conforme lo dispone el artículo 562 CCCN.

A. VOLUNTAD PROCREACIONAL

Se lo describe como un elemento fundamental de la filiación, siendo el acto de la voluntad, la decisión autónoma e independiente de ser madre o padre, la causa eficiente por excelencia de la filiación.

La voluntad procreacional está presente en todas las fuentes de filiación: ya sea en la causa biológica, en la decisión de ser madre y/o padre coincide con el aporte genético de cada una de las personas de la pareja, en la adopción no hay aporte genético de ninguna de las personas de la pareja y la sentencia judicial que hace posible una nueva filiación se basa en considerar precisamente a la voluntad procreacional de la pareja como elemento necesario que resguarda el interés superior de ese niño o niña que será adoptado/a, en el caso de personas nacidas por el uso de técnicas humanas de reproducción asistida una de las personas de la pareja generalmente hace el aporte genético y la otra no, aquí la decisión de las personas de la pareja determinan la existencia de un nacimiento en concreto, o sea sin esa decisión y acto de voluntad libre de amor filial ese niño o niña no hubiera nacido. Se es madre y/o padre porque voluntariamente se ha asumido y querido esa maternidad y/o paternidad. Y esto es lo que el derecho ha venido a reconocer.

Entonces la filiación por voluntad procreacional significa que los hijos concebidos mediante técnicas reproductivas son también hijos de quien haya prestado su consentimiento previo, informado y libre con independencia de quien haya aportado los gametos, o sea el material genético. Es así como una o más personas, a pesar de no tener vínculo biológico alguno con la persona nacida, son igualmente inscriptos como progenitores con los mismos deberes y derechos de un/a progenitor/a biológico/a.

¿Por qué la voluntad procreacional hace tanto ruido en el caso de dos madres y/o dos padres? Cultural y socialmente el dato genético como elemento único y excluyente para

conformar la relación filial está muy arraigado por la “heterobiologicidad” que determina que la única causa válida de filiación debe provenir de aquella en donde hombre y mujer conciben en virtud del acto sexual. En la adopción la falta de aporte genético en la relación filial no escandaliza, no sacude a casi nadie, pero en el caso de dos madres o dos padres parecería ser determinante la gente se rompe la cabeza tratando de adivinar como funciona ese vínculo social y jurídico con aquella persona de la pareja que no aportó nada genético.

El Dr. Gil Domínguez explica que la filiación biológica y la adopción mantienen a salvo la heterobiologicidad proveniente del acto sexual entre hombre y mujer. Por lo que también hay que trabajar en que cultural y socialmente la gente incorpore la realidad y los derechos no solo de las parejas del mismo sexo sino también los derechos de las personas nacidas mediante técnicas humanas de reproducción asistida.

ANALISIS ART. 560 CCCN

En el ámbito de las técnicas de reproducción humana asistida, el derecho a la identidad es una cuestión compleja, ya que dentro de la primera vertiente —la estática— se debe diferenciar la identidad genética de la biológica. Así, cuando se utilizan gametos o embriones de terceros —conf. Ley 26.862, que permite la donación tanto de gametos como de embriones— la identidad biológica está en quien gesta al niño —que además, debe prestar el correspondiente consentimiento informado—; en cambio, la identidad genética está en cabeza de quien o quienes aportaron el material genético del cual se formó el embrión. De este modo, se observa que la identidad estática se encuentra desmembrada.

¿Quién o quiénes son progenitores del hijo, que nace producto de esta práctica médica y por la cual tantísimos niños han podido nacer? Los que prestaron el correspondiente consentimiento. Dicho consentimiento que debe ser realizado en forma previa al sometimiento a las técnicas, ser formal de conformidad con los requisitos que establece el Código —y, también, según lo que se explicita mejor en la ley especial e integral de técnicas de reproducción humana asistida—, y libre, como elemento esencial de la voluntad que se plasma a través del correspondiente consentimiento.

El CCCN dispone, de manera expresa, que el consentimiento debe recabarse en el centro de salud interviniente, es decir, en el establecimiento médico especializado debidamente inscripto, de conformidad con lo dispuesto en la ley 26.862 que crea un registro (arts. 4° y 5°), a los fines de que el Estado, a través de la autoridad de aplicación (en este caso, el Ministerio de Salud), controle esta práctica médica de altísimo grado técnico y también de sofisticación por lo cual no cualquier centro médico estaría preparado para brindar este tipo de atención médica.

El CCyC regula las técnicas de reproducción medicamente asistidas; de allí, la necesaria intervención de un centro de salud especializado que debe recabar el pertinente consentimiento informado, no así las llamadas "prácticas caseras", a las que suelen apelar las parejas de mujeres que se inseminan de manera casera con material genético masculino de una persona conocida ya que ellas carecen —por lo general— de problemas de infertilidad médica sino que la infertilidad es de carácter estructural. Este tipo de prácticas no están incluidas en la regulación de las técnicas de reproducción asistida ya que esta se refiere a las que son "médicamente" asistidas siendo el centro de salud una pieza fundamental y quien tiene a cargo recabar el correspondiente consentimiento previo, informado y libre. Este tipo de "prácticas caseras" quedarían bajo la regulación de la filiación por naturaleza o biológica. Así, se desincentiva este modo informal de acceder a paternidad/ maternidad con el objetivo de evitar conflictos.

Ha habido casos, en el derecho comparado, en los que quien auspició de aportante de material genético, después alegó que en realidad esa no era su intención, sino la de ser padre, y solicitó ser tenido por tal cuando el niño ya estaba viviendo en el marco de una familia integrada con dos mujeres a quienes se les reconocía el carácter de comadres, es decir, ya contaban con doble vínculo filial.

El consentimiento previo, informado y libre es de tal envergadura en el campo de la filiación derivada de las TRHA que debe ser recabado por el centro de salud antes de cada práctica o procedimiento de reproducción asistida, de conformidad con los recaudos que señala el art. 560 CCyC; es decir que debe renovarse antes de iniciar cada tratamiento.

Esta consideración relativa a la renovación del consentimiento se relaciona de manera directa con la revocación que regula el art. 561 CCyC en su última parte. Justamente, se trata de reafirmar la actualidad que debe tener una decisión de tal envergadura como lo es consentir las TRHA como exteriorización de la voluntad procreacional, por lo cual debe renovarse y, a la vez, puede revocarse hasta un determinado momento.

Por último, cabe destacar otra consecuencia ineludible y propia de la filiación derivada de las TRHA, que se deriva del consentimiento como exteriorización de la voluntad procreacional, eje o columna vertebral del sistema que rige en la materia, según el CCyC. Nos referimos a la imposibilidad de interponer acción de impugnación cuando se trata de filiación por TRHA y se ha prestado el debido consentimiento informado, tal como lo expresa de manera precisa el art. 577 CCyC, a cuyo análisis nos remitimos.

IV. REGULACIÓN LEGAL

Pasaremos seguidamente a analizar el marco legal vigente dentro del contexto bioético en el que resulta necesario encuadrar esta problemática. A la hora de adentrarnos en el estudio de

los problemas biológicos, éticos y jurídicos que se plantean respecto del inicio de la vida humana, se ha partido de la premisa de que vivimos en una sociedad plural, no en una sociedad de código ético único. Por lo tanto, entendemos que se puedan dar respuestas distintas, incluso opuestas, a estos problemas;¹ más aún si se tiene en cuenta que, en el orden interno, Argentina es uno de los países de América Latina que más desarrollo científico ha logrado en torno a las TRHA.²

En este contexto, y especialmente en cuanto el trabajo de investigación que nos aborda se ha logrado implementar en nuestro país la regulación legal de las prácticas médicas de reproducción humana asistida (TRHA). Para ello, se ha tenido en cuenta primordialmente el derecho de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con los derechos a la salud, reconocido por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional presentes en el art. 75, inc. 22, a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana; en conformidad con la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del derecho internacional de los derechos humanos. Así, se ha traído una solución integral a todas aquellas personas que no tienen acceso a la concepción de manera natural.

En el año 2013, nace la Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013. Cuya finalidad, en palabras de los considerandos de su decreto reglamentario, es “garantizar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Asimismo, la ley se fundamenta en

... la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y justa.

Establece, además, que

... pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir modificaciones o limitaciones que

1. 2 Cfr. *Abel i Fabre, Francesc, y otros “Consideraciones sobre el embrión humano”, en bioética & Debat. Tribuna abierta del Institut Borja de bioética, Esplugues (Barcelona), Institut Borja de bioética-Universidad Ramon Llull, N° 57, 2009.*

2. *Aizenberg, Marisa S., “El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina” [online], en Revista Derecho Privado, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica – Ministerio de Justicia de la Nación], año 1, N.º 1, 2012, id. SAIJ: DACF120033*

impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado...

Esta nueva visión

... ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones derivadas de: (i) parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil; (ii) núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como "familia ensamblada"; (iii) grupos a cargo de una persona sola, llamados "familia monoparental", que pueden serlo de manera "originaria" (como acontece con la adopción unipersonal o mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten que una mujer sola pueda inseminarse con material genético de donante anónimo y ser madre sin un padre), o de modo "derivado", tras el fallecimiento o separación de la pareja (siendo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno-filial porque el otro se desentiende); (iv) las llamadas "familia homoparental" y "familia transexual", etc.

Las técnicas de reproducción humana asistida han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina como fuente de filiación, con fundamento en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado.

Antes de abocarnos a ello, es pertinente tener en cuenta que nos hallamos frente a derechos de carácter personalísimo, que son condición natural del ser humano por ser tal, sin tener en cuenta sus características o condiciones. Los derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son esenciales, innatos, inalienables, imprescriptibles y de contenido extrapatrimonial. Son derechos de objeto interior, es decir, sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente. Los denominados derechos personalísimos han sido consagrados primariamente y fundamentados a través de normas de carácter internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos o también conocido como Pacto de San José de Costa Rica, que posteriormente se adoptaron a las legislaciones locales de cada país adherente. La regulación integral y sistemática se los plasma en el CCCN, generando un gran acierto para nuestro estudio en cuestión tratándose involucrados con el tema que nos ocupa: el derecho a la salud y la disposición de los derechos sobre el cuerpo humano. A tal efecto, el art. 17 del CCCN dice que los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

El contenido del artículo se centra en la vinculación de los derechos sobre el cuerpo humano con los conceptos jurídicos asociados a los derechos personalísimos, y adopta la tesis de la extra-patrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa. La disposición de estos derechos requiere del consentimiento expreso de su titular, no se presume conforme art. 55 CCCN.

El derecho al cuidado del propio cuerpo y el derecho a la salud tienen su corolario y aplicación práctica en los art. 56 y 59 del CCCN, referidos al otorgamiento del consentimiento

informado, su contenido, alcance y limitaciones, y en el art. 60, en referencia a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, actos médicos e investigaciones en salud y el otorgamiento de directivas médicas anticipadas, en previsión de la propia incapacidad futura. Por su parte, los tratamientos y técnicas de reproducción humana asistida encuentran su correlato en el art. 560, referente al otorgamiento del consentimiento informado, la forma, los requisitos y su valor como fuente de la voluntad procreacional. Dicho consentimiento es libremente revocable.

A. LA PERSONA POR NACER EN EL DERECHO POSITIVO LATINOAMERICANO

Argentina recoge la tradición romanista que equiparaba al concebido con el nacido y la modifica, adaptándola a la realidad de un Código y dando un estatuto de persona al concebido. Si hacemos una sintética referencia a las fórmulas legales adoptadas por las codificaciones latinoamericanas en relación al concebido, podemos advertir que en todos los casos se busca algún tipo de protección para el ser humano concebido, particularmente en atención a sus derechos hereditarios, a saber:

a) Chile, Colombia y Ecuador serían los países que más se apartan de la tradición romanista, pues si bien protegen con claridad la “vida” del que está por nacer, no contienen ninguna referencia a que el concebido se equipara al nacido para todo lo que lo beneficie.

b) Bolivia, México y Venezuela reflejan casi textualmente la fórmula romana del *pro iam nato habetur*, de modo que dan fuerza legal a la equiparación entre concebido y nacido.

c) Brasil y Perú contienen disposiciones que protegen los derechos del concebido, pero que introducen una distinción entre el concebido y el nacido. En efecto, en el caso de Brasil, la persona comienza desde el nacimiento y el status jurídico del concebido queda sujeto a interpretación, ya que la misma norma reconoce que puede ser titular de derechos desde la concepción y que esos derechos quedan a salvo por disposición legal, pero no se advierte por qué si el *nascituro* tiene derechos no es persona.

En el caso de Perú, la norma se preocupa de establecer claramente que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es “sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”, pero al hacerlo introduce una distinción difícil de justificar entre persona y sujeto de derecho.

d) Finalmente, Argentina y Paraguay consideran al concebido una “persona por nacer”, indicando con claridad que el momento de la concepción es el punto de inicio de la personalidad.

A nuestro entender, la fórmula utilizada por nuestro Código asimismo por la legislación del Paraguay, resulta la que mejor protege al ser humano concebido, al incluirlo expresamente en el concepto de persona. Se recoge el dato de la experiencia, que claramente nos presenta al que está en el vientre materno, como un nuevo individuo humano, distinto del padre y de la madre, con la dignidad y derechos inherentes a su naturaleza. De esta forma, la calificación del concebido como persona por nacer resulta una sabia profundización de la tradición romana al darle al concebido una protección más coherente y armónica en el contexto general del ordenamiento jurídico.

V. PROTECCIÓN

Desde el punto de vista jurídico, la protección del embrión humano se ha de analizar desde la protección de la vida humana y el reconocimiento que la ley le otorga. De esta interpretación jurisprudencial, se desprende la consideración de que el embrión humano, desde el inicio de formación del cigoto hasta su implantación en el útero materno, pasa por diferentes fases, que pueden darse de forma natural o bien en el laboratorio, en las que la ley le otorga diferentes grados de protección.

Hay suficientes argumentos desde el punto de vista biológico, ético y jurídico para afirmar que al embrión humano hay que otorgarle un valor diferenciado, distinguiendo entre la fase previa a la implantación y la fase posterior a la implantación, que lo hacen ponderable, en uno y otro momento, con otros valores que puedan concurrir con él. Ello no significa que no se le haya de otorgar protección. Una de las protecciones que se ha dado en torno a esta cuestión es la determinación de que la utilización de las diferentes TRHA son aplicables solo a aquellas personas que, por razones de tipo biomédico, no pueden tener hijos de manera natural.

En la fase posterior a la implantación del embrión (más allá del décimo cuarto día), entendemos que hay una vida humana en proceso de desarrollo, con unidad e individuación, aunque no siempre con todos los elementos necesarios propios o derivados de su interacción con la madre para considerarse un ser humano completo. Esta vida humana, entendemos, es digna de ser protegida con mayor intensidad. Esta protección del embrión se observa en concreto en el art. 17 de la ley nacional 26.862, que impiden la comercialización y manipulación de gametos. *“Artículo 17: A partir de la sanción de la presente Ley, se prohíbe: a. La comercialización de embriones b. La comercialización de gametos crio conservados c. La utilización de embriones para la experimentación. Exceptúese de lo previsto en el inciso c) de este artículo las técnicas para obtener un diagnóstico genético preimplantatorio, a los fines de determinar la viabilidad del embrión a implantar”.*

Aizenberg reseña un argumento judicial que resolvió que “Tratándose de una fecundación asistida y habiendo probables embriones restantes, deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deben formalizar por escrito oportunamente; los profesionales actuantes deben proceder a la inmediata crioconservación de ellos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crio conservados, decretase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarteo destrucción.”

Esto implica que el embrión humano no implantado, no es persona, pero subyace en él la posibilidad de serlo. Por lo tanto, se debe proteger dicha potencialidad con los medios jurídicos necesarios para viabilizar el camino correcto de modo tal que garantice la

conducción al fin perseguido al momento de su fecundación, que se traduce en la posibilidad de dar a luz a un niño, permitiendo de este modo el nacimiento de una persona dentro del núcleo familiar que ha solicitado la intervención médica. Desde este punto de vista, todas las partes actuantes (las entidades sanitarias, los centros de investigación y salud, los profesionales tratantes, los operadores jurídicos y del derecho, incluso el Estado, que es parte) deben hacer el máximo de los esfuerzos, desde todos los sectores comprometidos, para lograr, por todos los medios posibles, la protección de la vida de ese embrión que se encuentra en vías de desarrollo, porque lo que aquí está en juego es el derecho a la vida de las personas, su dignidad y el compromiso con la equidad, la justicia y los derechos humanos.

VI. PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE ACOMPAÑA A LAS TRHA

En la aplicación de las técnicas, podemos distinguir claramente diversos intereses y derechos involucrados, correspondientes a cada una de las personas que participan en ella: el interés de la mujer de ser madre y el del hombre de ser padre. Si interviene un tercero ajeno a la pareja, como ocurre en el caso de la inseminación heteróloga o de la maternidad subrogada, aparece otro interés en juego, que podrá ser concordante con el de la pareja que desea tener un hijo o no, si, en definitiva, el tercero deseara que se reconozca su relación biológica con el hijo. En ocasiones se analiza la problemática desde la perspectiva de los intereses de cada persona en particular, cuando una pareja decide preservar embriones pactan en un consentimiento informado qué destino deciden darle a los mismos. Desde el reproductivo hasta el cese de la crio preservación. Se considera que este último es factible en virtud de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. En los casos donde ocurre una separación o tras el fallecimiento (en donde sólo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno filial porque el otro se desentiende) es ahí donde se reluce el consentimiento informado, el cual constituye la columna vertebral en materia de determinación filial. Por lo tanto, el consentimiento tiene validez y hay que regirse por él mismo. De ahí es que se dictamina que no se puede proceder ni a transferirlos ni a descartarlos ya que nadie puede hacer a alguien padre o madre, ir contra su propia voluntad. Tal es así que cuando se procede a crio preservar embriones se firma un consentimiento y en él es donde quedan fijadas las pautas que rigen frente a determinadas situaciones. Pero ¿Cómo enfrenta el ordenamiento jurídico argentino todo este cúmulo de relaciones jurídicas que encierra el uso de las TRHA? En caso de separación, en general se establece que ambas partes deben estar de acuerdo con lo que se decida hacer. Acompañado de una regulación incipiente, precaria y en desarrollo. La normativa vigente especializada está integrada por la mencionada ley 26.862 y su decreto reglamentario y el CCCN, sin embargo, aún restan varios aspectos de esta especial práctica médica, cuyo silencio legislativo se pretende sortear con el uso del consentimiento informado.

La voz de la Ciencia

La Comisión de Ética en la Ciencia y la Tecnología, reconociendo organismo público depende del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación, integrado por científicos de reconocida trayectoria de nuestro país se ocuparon de manera expresa, profunda y procesa sobre el tema en análisis.

Al respecto, han sostenido que “el concepto de “vida” puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto”. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (el espermatozoide), y el cigoto que se forma tras la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas, con el concepto inverso, es decir la muerte o la finalización. La ciencia y la ley establecen criterios escritos para definir la muerte o el fin de la existencia de una persona aun cuando en gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable. Según la teoría que ellos asignan “instantaneista”, el comienzo de la persona humana coincide con la fecundación dado que el cigoto contiene la totalidad de la información genética. Sin embargo, este argumento resulta insuficiente, teniendo en cuenta que la información genética no alcanza para constituir un individuo completo. Entonces, el concepto de información es más amplio e incluye modificaciones sustanciales durante el desarrollo embrionario: a partir de esa única célula se llega a conformar un organismo que al nacer llega a tener más de 10¹² células, con un orden asociado a su distribución espacial que no estaba presente en la información contenida en el óvulo fecundado. El estudio del desarrollo del embrión después de su implantación en el útero revela que se produce información de otro tipo asociada a la estructura espacial y a la interacción entre cada uno de los componentes, que no existía en el óvulo fecundado y se adquiere el ambiente provisto por la madre”. En relación al embrión no implantado, se asevera que “el adelanto del conocimiento científico abrió la posibilidad de que la fecundación y el desarrollo inicial del embrión se realice por fuera del tracto reproductor femenino, in vitro. Los embriones resultantes de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida necesitan ser implantados en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño, lo que implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión pre-implantado y el embrión implantado. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en un útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano”. En este análisis efectuado por un grupo de científicos se aclara al referirse y sale en defensa el art. 57 del Código donde no se prohíben los diagnósticos de genes tanto prenatales como preimplantatorios en los que se apliquen técnicas que no afecten al cigoto. Por tales motivos es que para evitar dificultades es que hay una única prohibición que es a la de producir alteraciones que resulten transmisibles a la descendencia.” Además, en el documento sobre “Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: el comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado” que “las células madres embrionarias se utilizan en ensayos de toxicidad de nuevos medicamentos, en investigaciones y sobre innumerables terapias que puedan contribuir a distintos tratamientos. Por lo tanto, la selección, criopreservación no solo son procedimientos que encuentran cubiertas de conformidad

conforme a lo dispuesto en la ley 26.862 y su decreto complementario, sino que además lleva a la conclusión de que el embrión NO implantado no es considerado persona a la luz de nuestra normativa.

VII. JURISPRUDENCIA

¿Qué hacer con los embriones congelados? La Cámara Civil rechazó la autorización requerida por una pareja para disponer el cese de la crioconservación de embriones. El caso reavivó la discusión sobre la protección, el estatus jurídico del embrión y el vacío legal existente.

La Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó la autorización requerida por unapareja para para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida.

Los jueces dispusieron que, en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa apelante para que “pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata”.

En primera instancia, según consta en la causa, se resolvió que los peticionarios “no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones” y que “debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado”.

El juez de grado expresó que asimilaba “el caso 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” y que “como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron”.

El fallo, firmado por los jueces Carlos Bellucci, Gastón Polo Olivera y Carlos Carranza Casares, descartó que el embrión sea “una cosa”.

Sin embargo, el Tribunal de Alzada reflexionó que “resulta claramente inexacto” que los embriones se encuentren en una situación de “enfermedad irreversible, incurable”, o en un “estado terminal” o “hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación”, al entender que “no se ha diagnosticado enfermedad alguna y tampoco se hallan en una situación terminal sino, en todo caso, en una inicial”.

El fallo, firmado por los jueces Carlos Bellucci, Gastón Polo Olivera y Carlos Carranza Casares, descartó que el embrión sea “una cosa”. Estimó, asimismo, que “existen importantes fundamentos como para considerar que los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano”.

y que “aun si no se considerase que a los embriones no implantados les caben los derechos que corresponden a todo ser humano, de todos modos (...) son acreedores de una adecuada protección”.

En su ampliación de fundamentos, el juez Bellucci sostuvo que “el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente a sus progenitores, con una entidad propia”, y añadió: “(...) las técnicas de fertilización asistida conllevan lamentablemente una lógica cosificante, y se presenta a los embriones como si fueran cosas que pueden ser descartadas. Ello conduce a planteos que son contrarios a la dignidad humana”.

“La voluntad procreacional, tal como es regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El código regula los aspectos filiatorios. Estamos ante una persona humana, no ante cosas. Son personas y gozan del derecho a la vida”, concluyó en su voto.

En tanto, el juez Polo Olivera manifestó que se busca adoptar una decisión “acorde con la protección de la vida humana como un valor superior que entiendo debe ser reconocido en favor del embrión extracorpóreo y que la ausencia de una regulación específica que legisle en concreto su destino o utilización sólo impone la adopción de un temperamento expectante, sin frustrar las posibilidades que ese ser vivo inicial puede tener”.

“(...) con independencia de la condición jurídica que pudiera asignarse al ovocito, existe un infranqueable ámbito de tutela que corresponde respetar, que impone su preservación y que, por ende, veda su descarte o destrucción, máxime cuando se está en presencia de alternativas menos gravosas, que no conllevan la conculcación de los derechos de quienes en su oportunidad exteriorizaron su voluntad de procrear (...)”, concluyó en sus fundamentos.

¿La expareja debe consentir? La Sala J de la Cámara Civil rechazó el pedido de una mujer que deseaba implantarse tres embriones conformados con su material genético y el de su expareja. El hombre no dio su consentimiento para el tratamiento.

Una mujer pidió judicialmente la autorización para el implante de tres embriones conformados con su material genético y el de su expareja. Ambos decidieron preservar embriones crioconservados en un centro de reproducción, pero luego la pareja se separó y la mujer alegó su derecho a la maternidad y a formar una familia.

La actora, según manifestó, parece una enfermedad que le imposibilita la fecundación de sus actuales óvulos, lo que se suma a su avanzada edad. En primera instancia fue rechazada su solicitud ya que no logró probar el consentimiento del demandado a efectos de proceder a la implantación de los embriones conformados con material genético de aquél.

El caso llegó a la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, integrada por los Beatriz Alicia Veron, Gabriela Mariel Sclarici y Maximiliano Luis Caia, donde se confirmó el rechazo en los autos “C., R. C. c/ R., M. F. s/ Medidas Precautorias”.

Los camaristas analizaron el consentimiento informado suscripto por las partes -durante la relación- para el tratamiento mediante fecundación in vitro, en el que se detalla que “en caso de separación/divorcio, si la mujer deseara utilizarlos para su reproducción personal deberá contar con el consentimiento de la pareja/ cónyuge/conviviente para la nueva transferencia que hubiera de realizarse”.

Para los jueces, “tanto el contrato suscripto por las partes como la ley en esta materia imponen un consentimiento que se forma progresivamente”, ya que “a pesar de que desde el primer instante en que los progenitores de deseo al consentir la práctica tienen como único fin iniciar un proceso procreativo que desembocará en un hijo, éstos pueden retractar o revocar ese consentimiento aun cuando el embrión haya sido creado con ese propósito”.

También recordaron que el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. “Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”, advirtieron.

Mencionaron, asimismo, el texto del artículo 561 de dicha normativa que dispone, en su parte pertinente, que el consentimiento es “libremente revocable” mientras “no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

Para los jueces, “tanto el contrato suscripto por las partes como la ley en esta materia imponen un consentimiento que se forma progresivamente”, ya que “a pesar de que desde el primer instante en que los progenitores de deseo al consentir la práctica tienen como único fin iniciar un proceso procreativo que desembocará en un hijo, éstos pueden retractar o revocar ese consentimiento aun cuando el embrión haya sido creado con ese propósito”.

“(…) obliga igualmente a repetir el consentimiento ante una nueva utilización de los embriones criopreservados, es decir, que el consentimiento de las partes debe estar complementado con una renovación de este antes de la utilización de aquéllos y es revocable hasta la concepción en el útero materno o hasta la implantación”, concluyó el Tribunal en coincidencia con el juez de grado.

Revocan sentencia que negó la autorización a una ex pareja para cesar la criopreservación de embriones.

El caso “P. A. y otro s/ autorización”, se inició cuando A. P. y M. M. solicitaron autorización judicial para interrumpir la criopreservación de tres embriones conseguidos a través de técnicas de reproducción humana asistida -que se encuentran en la clínica P. SA- y poner fin a la relación contractual con ella, dado que ese vínculo resulta ser indeterminado en el tiempo.

Al consignar el objeto perseguido indicaron que la clínica les informó que sólo podían interrumpir la criopreservación de embriones con una autorización judicial porque ese tema no se encuentra legislado.

Relataron que en el año 2013 la obra social OBSBA los derivó a la clínica P. SA. por problemas de infertilidad, que en 2014 luego de confirmar que sus gametos no eran aptos para técnicas de reproducción humana asistida, comenzaron un tratamiento buscando donantes.

En febrero de 2015 se realizó la transferencia de dos de los embriones originados bajo tal procedimiento y fueron criopreservados los tres restantes, esperando el resultado de los dos que fueron implantados. Finalmente, como resultado de este tratamiento nació su hija en octubre de 2015.

La jueza de primera instancia rechazó la autorización en base a que:

- i) el embrión -sea originado en técnicas de reproducción humana asistida o no- detenta la condición de humanidad, y cuenta con igual protección, en virtud del principio establecido en el artículo 16 de la Constitución Nacional;
- ii) el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación reconoce la existencia de la persona desde su concepción, sin distinguir dónde se encuentra el embrión, dotándolo de protección y derechos;
- iii) la tutela del embrión criopreservado se pone en evidencia en la cláusula transitoria segunda del artículo 9 de la ley 26994 que dispone que será objeto de protección especial;
- iv) la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una guía de interpretación por lo cual lo decidido en la fallo “A. M.” no resulta vinculante. En dicho precedente se indicó que al embrión in vitro no le cabe la protección derivada del derecho a la vida del art 4 de la Convención Americana, pues el ejercicio del “control de convencionalidad” implica tener en cuenta las decisiones de la Corte IDH como intérprete última de la Convención.; y
- v) el rechazo de la pretensión no conculca los derechos de los peticionarios, ya que cuentan con la alternativa de la donación de los embriones a una pareja estéril.

Frente a ello, se agravó la señora P. por cuanto sostuvo que:

- i) pese a encontrarse ordenada en el consentimiento informado la donación, ésta resulta revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión; y
- ii) la condición jurídica del embrión no implantado debe interpretarse de forma flexible frente al vacío legal, dado que la concepción en técnicas de reproducción humana asistida está ligada a la implantación del embrión.

La Cámara resaltó que el contrato que vincula a las partes obedece a su voluntad procreacional y al ejercicio de sus derechos reproductivos, de modo que el cese de esa voluntad provoca la finalización del contrato.

Al ser ello así, para las juezas Paola Guisado y Juan Pablo Rodríguez, el cese de la voluntad procreacional que se concreta en la decisión de no tener más hijos y -además- tener por finalizado el plan de vida y proyecto en común, decanta en el derecho que detentan a finalizar el contrato relacionado con ese propósito, bastando a tal efecto -conforme lo acordado en el contrato- la comunicación por escrito a la clínica P..

“Los derechos reproductivos -sobre los que versó el contrato- son parte de los derechos humanos básicos y son tan importantes como el derecho a la vida, a la salud y a la libertad, con los que está directamente relacionado”, explicaron.

“Cuando la ley habilita la creación y criopreservación de embriones y garantiza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, está atendiendo al respeto por el proyecto de vida y

la voluntad procreacional”, enfatizaron.”

En dicho punto, agregaron que “la voluntad procreacional es un elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres o de un tercero ajeno a ello. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas”.

“De modo que si ello importa la criopreservación de embriones, tal prestación es viable mientras tanto se mantenga la voluntad procreacional. Se insiste -entonces- en que en este caso en particular resulta un dispendio jurisdiccional innecesario que el servicio de justicia deba pronunciarse sobre el ejercicio de tales derechos, cuando tanto las partes como P. se encuentran contestes con el descarte”, concluyeron.

En cuanto al papel de la clínica, explicaron que no garantizó el consentimiento informado y no obró con buena fe, en tanto impuso la judicialización de un tema que debió prever e informar al momento de la celebración del contrato, suministrando en ese entonces la posibilidad de conocer y decidir con el total de la información, y no recién cuando los interesados deciden el cese de la prestación. Y remarcaron que debe estarse a lo resuelto por la Corte IDH en el mencionado caso “A. M.”.

En el artículo “Embriones criopreservados: su implicancia en los procesos de divorcio”, publicado en Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Mariela Sema entendió que este tipo de fallos se asemeja a lo que pasa en el Reino Unido o en los Estados Unidos de América, y es contrario a los fallos anteriores de nuestro país, y contrario, además, a nuestro ordenamiento jurídico, ya nuestro máximo tribunal ha reconocido el carácter de persona a los embriones por lo tanto el Estado debe reconocer los derechos humanos que poseen los embriones, partiendo del derecho humano fundamental, derecho a la vida, entre otros.

En este sentido, la especialista indicó que “se debe tener en cuenta que los embriones humanos, se encuentren criopreservados o no, adquieren desde el momento de su fecundación vida humana y como tal un estatus jurídico, de persona humana (persona por nacer), por lo que ante un conflicto de intereses entre la voluntad de los progenitores y el derecho a la vida se debe prevalecer, conforme nuestro derecho constitucional, en salvaguardar la vida de estos embriones, reconociéndoles dignidad humana y la calidad de sujeto de derecho que tienen desde el momento de su fecundación, respetándoles sus derechos personalísimos de los que son titulares desde el mismo instante en que se produce su concepción”.

CONCLUSIÓN

Luego de haber hecho un profundo análisis sobre la temática en cuestión he arribado a la conclusión correspondiente:

En estos últimos tiempos el avance de la ciencia, la medicina y la tecnología ha posibilitado la creación de las técnicas de fecundación asistida, cuya finalidad primordial es ayudar tanto a parejas estériles como no, a concebir un hijo y formar una familia de cualquier tipo. El ejercicio pleno de acceder a las TRHA sin discriminación alguna debido a la orientación sexual de las personas pudiendo generar, maternidad, paternidad, maternidad y paternidad, comaternidad y copaternidad son un claro emergente constitucional y convencional lógico de un contexto de aplicación sustentado en un pluralismo sostenido por la intersubjetividad moral. Es evidente, que ante esta nueva realidad el derecho aún debe adaptarse a esta situación que se vive y regule de manera legal con mayor precisión y claridad ante la utilización de las técnicas de reproducción asistida y así brindar seguridad y garantías a quienes las empleen.

La ley 26.862 dio el primer paso para la regulación de las TRA en el derecho argentino, y se ocupó de un tema central en la materia, como es la cobertura médica para los tratamientos. Esta centralidad se puede observar a la luz de los tantos precedentes jurisprudenciales que se encargan de admitir o rechazar el pedido de cobertura que llevan adelante mujeres y hombres que desean ser padres y necesitan para ello de la colaboración de la medicina.

Pero éste era sólo el silencio legislativo más básico respecto de todas las cuestiones involucradas en la utilización de TRA, y la regulación integral llega con la unificación del Código Civil y Comercial de la Nación recientemente entrado en vigencia. Si bien el avance es sumamente importante, ya que la reforma adapta la normativa a los nuevos modelos de familia e incorpora la reproducción asistida como nueva forma de filiación, no deja de ser una realidad que los pronunciamientos judiciales persisten, no sólo respecto de las trabas que continúan poniendo las obras sociales y prepagas para brindar la cobertura médica integral obligatoria; si no también respecto de cuestiones no abordadas por la misma, como ocurre con la técnica de la controvertida maternidad por subrogación y la determinación de pautas uniformes para la crioconservación e implantación de embriones. Además, en aquellos casos en donde el tema de investigación está en cuestionamiento.

A su vez, se advierte que ante determinadas situaciones de hecho, la ley no otorga los mismos efectos ante situaciones similares. Como ocurre en el caso de las parejas homosexuales masculinas, que, impedidos de acceder por las vías legales a la gestación por sustitución, ven descartada la única alternativa para poder gestar un hijo con gametos de alguno de los dos integrantes de la pareja.

Considero que una regulación clara de los derechos hereditarios de los embriones no implantados al ocurrir la muerte del causante resulta imperiosa a los efectos de evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica. Sin dejar de lado, y mencionar cómo podría fusionarse el consentimiento informado con las disposiciones del Código.

Con respecto al comienzo de la vida humana, si bien esta comienza con la fecundación entendida como la concepción en el seno materno, es importante destacar que aun cuando la unión del óvulo y del espermatozoide sea fuera del seno materno, ya existe una vida, un ser nuevo único e irrepetible, con sus propias cualidades, por lo dicho, no hay que desproteger a ese preembrión que lleva una vida en sí, por lo tanto, hay que protegerlo y cuidarlo como la vida que es.

La llegada de un niño va más allá de un acontecimiento biológico y familiar, implica el nacimiento de una persona física con todos los derechos y deberes, y es desde el momento de la concepción que empieza a ser objeto de legislación.

Creo de todas maneras que Argentina dentro del escenario posible adapta sus normas a una realidad respecto de la cual el derecho ya no podía permanecer ajeno. Reconociendo así, que la regulación legal basada en la familia tradicional matrimonial centrada en la procreación por naturaleza, como único modelo posible, resultaba insuficiente y obsoleta para dar protección a los diferentes modos de vivir en familia y a las nuevas formas de procreación de hoy. Esto implica ciertas nociones de cambio y de desarrollo que inspiran que el acogimiento del núcleo de nuestra sociedad sea en condiciones de igualdad y no discriminación como piezas fundamentales.

No es menos importante destacar que según la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) se estima que en Argentina hay unos 40.000 embriones congelados en distintos centros del país y que la mitad no tiene destino reproductivo. Esto demuestra que un gran porcentaje de pacientes que recurren a un tratamiento de reproducción asistida tienen embriones excedentes, es decir, que probablemente no serán utilizados. Esto implica que nuestro país, podría diseñar y reglamentar un tratamiento para evitar un excedente de embriones congelados. Porque, a mi juicio, es desagradable tener que desecharlos. Además, ellos no se puede donar para investigación ni para otras parejas porque genéticamente resulta dificultoso. Y mantenerlos eternamente congelado no tiene sentido. O quizás, como escenario posible tratar de fomentar la donación de embriones ya que es importante darle la oportunidad a ese embrión de seguir adelante con su destino.

Ahora mi interrogatorio es qué pasaría si una pareja, que tuviere seis hijos menores, decidiere que están pasando un mal momento económico y que la solución pasa por congelar y crio conservar a sus hijos ya que gastarían menos y ambos podrían “realizarse” en sus respectivas profesiones, sin el “estorbo” que significa la dedicación diaria a los hijos, y una vez llegado el momento de plena realización y bonanza económica proceder a descongelarlos. ¿Los fervientes defensores de la plena realización del ser humano y del interés superior del niño (en este caso niños) verían esta actitud como loable? Qué diferencia existe entre esto y el determinar no implantar los embriones en el seno materno hasta que estén dadas las “mejores condiciones”, mientras tanto los congelamos o implantamos tres y los otros los guardamos para cuando tengamos “ganas” o “voluntad pro creacional” otra vez.

Aún cuando los ex cónyuges hayan acordado que hacer con el destino de los embriones ello no significa que por la autonomía de la voluntad o el contrato se proceda al descarte sistemático de los mismos. Y menos por un vacío legal: Siempre tropezaríamos

con la misma piedra: la dignidad del embrión. La ley debería priorizar soluciones superadoras como la donación de embriones y remediar la desigualdad en las uniones homosexuales al no regular la subrogación de vientres en nuestro país.

En mi humilde opinión, citando a Sgreccia quien admite que el ser humano posee tal dignidad, que una vez iniciada ha de seguir necesariamente su curso natural. Nadie está autorizado a detenerla, porque hacerlo es causar un daño irreparable. “La continuidad temporal e histórica es un bien intrínseco y un derecho... La edad es más que una connotación temporal: es una coordenada de la vida personal que hace a su identidad en la condición espacio-temporal. Alterarla, provocando un vacío de tiempo en la existencia de una persona, es un arbitrio que compromete el sentido y la conciencia.”

Pero ello, sin embargo, no obsta reconocer mérito a los fundamentos de la vereda opuesta con especial énfasis en el derecho a la vida privada, a la libertad reproductiva tal como lo manifiesta la Dra. Krasnow como referente doctrinaria, ahí es donde nace nuevamente el interrogatorio de hasta dónde debemos aceptar como sociedad que los adelantos científicos y sobre todo los lobbies y las corporaciones cambien irreversiblemente el futuro de la humanidad. ¿Cuáles son los valores que el derecho debe proteger y cómo? La decisión jurídica que se adopte debería tomarse después de un amplio debate multidisciplinario y no es cuestión de solo regular las nuevas técnicas sin antes realizar un verdadero análisis, de si las mismas, son compatibles con los valores de nuestra sociedad. Todas estas situaciones que generan las nuevas tecnologías, traen cambios y encierran planteamientos éticos importantísimos que devienen en una cuestión de axiología jurídica. Es por ello, que los desafíos del Derecho de aquí en adelante para poder estar a la altura de los avances no sólo tecnológicos, sino también sociales será “qué, cómo y hacia dónde regular” con el fin de lograr un sistema jurídico equilibrado, tendiente a conseguir justicia, orden, paz seguridad y bien común.

ANEXO: CONTROVERSIA DOCTRINARIA

Derecho a la vida privada, a la libertad reproductiva y situación jurídica del embrión crioconservado: ¿cómo conciliar? Adriana N. Krasnow

I. El caso y la respuesta judicial

Resulta un desafío de especial interés el tener la oportunidad de comentar un pronunciamiento de Cámara, en el cual se aborda un tema que despierta especial preocupación, como la viabilidad del descarte de embriones crioconservados.

La motivación es mayor al encontrarnos ante una norma individual como el caso de una sentencia judicial, que se dicta en el contexto de otros pronunciamientos que sobre la base de pretensiones vinculadas con el problema que traemos, se han expedido sobre una base argumentativa que reposa en fundamentos opuestos.

Es justamente la disparidad de criterios que se detecta la que hace nacer la exigencia de retomar un tema sobre el que nos hemos ocupado y pronunciado en otros trabajos, con el objeto de rescatar las armonías y desarmonías que se desprenden de los fallos a compulsar.

Tras lo expuesto, empecemos por describir el caso que nos ocupa.

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. este 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 art. 59 del Cód. Civ. y Com. en correspondencia con los arts. 2 inciso a) y art. 5 inciso g) de la ley 26.529, según texto ley 26.742; conduce a la alzada a sostener que en su caso correspondería no 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 art. 9 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.

Descriptos los hechos y el resuelto del caso en las dos instancias, proponemos al lector emprender un abordaje que, partiendo de hacer un contrapunto entre pronunciamientos contemporáneos sobre la cuestión, se pueda avanzar en un análisis orientado a definir los contornos en que debe ser pensada la protección del embrión crioconservado.

II. La situación jurídica del embrión no implantado como problema de primer orden

Empecemos por recordar que el texto vigente dado al art. 19 fue uno de los enunciados que motivó uno de los mayores debates en el tiempo que transcurrió desde la presentación del Anteproyecto de Reforma en el año 2011 hasta llegar al vigente Código Civil y Comercial.

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 desprendía una distinción en relación con el 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 régimen.

Cuando el 28/1/2013, logra media sanción en la Cámara de Senadores el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial, se modifica el texto que, sin cambios, se traslada a este mismo Código. De forma simple, y sin distinguir, el enunciado vigente expresa: “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 sus principios, reglas y valores. Con esta visión amplia, que permite extender los contornos y referir al Derecho privado en perspectiva constitucional y convencional, 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 26.994 y lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH— en el caso “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”. Servirnos del fallo del Tribunal internacional para

interpretar el artículo 19, responde a la doctrina que sentó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al sostener que los fallos de la Corte IDH por ser el órgano de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, es norma vinculante en el Derecho interno.

Antes de 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 Código Civil y Comercial [...]: Segunda: La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

Esta norma transitoria se corresponde con lo que se disponía al final de la versión original del art. 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 [...]”.

En sintonía con lo expresado, cabe diferenciar cuándo puede hablarse de concepción en cada tipo de fecundación. Para comprender esta apreciación, 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 15/03/2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica declaró la inconstitucionalidad de algunos enunciados del Decreto No 24029-S de fecha 03/03/1995; 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. esta emitió el informe de admisibilidad el 25 de abril de 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 28/11/2012.

En el tema que nos ocupa reviste especial importancia en el caso, 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 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 qué 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 Cod. Civ. y Com., 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 mujer.

III. Un análisis comparativo y reflexivo de precedentes que sobre la base de un problema común adoptan un criterio distinto al resolver

III.1 La voluntad procreacional como elemento que habilita el posible pasaje de embrión crioconservado a persona humana

Dejando en claro la distinción que corresponde hacer respecto a cómo definir el comienzo de la existencia de la persona humana y con ello la situación jurídica de los embriones crioconservados, se está en condiciones de retomar el análisis en vinculación con otros precedentes que se han expedido sobre el particular.

Empecemos con el fallo que motiva la nota. Como señalamos al comienzo, la decisión a la que se llega en cada instancia no guarda sintonía.

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 él 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 semejanza 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 como los prescriben los arts. 1º a 3º del Cod. Civ. y Com. Es por ello que, seguidamente, nos proponemos volcar una reseña de aquellos precedentes que nos guiarán en el análisis comparativo y reflexivo que pretendemos aportar. 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, al asimilar 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 decidir otro destino para 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 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 20/04/2021. 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 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 No 92, no hace lugar a la medida autosatisfactiva, 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 cónyuge. Siguiendo los hechos, en junio de 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 ella 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 18/11/2018 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 con relación a que no pretende “[...] debatir sobre la naturaleza jurídica del embrión —respecto del cual desarrolla sendas teorías desde su caracterización como persona en los términos del art. 19 del Cód. Civ. y Com. hasta su cosificación y consecuente copropiedad—, sino que se concrete su única posibilidad de ser madre nuevamente. Que en el caso resulta de aplicación el art. 562 del Cód. Civ. y Com. de modo que ante la falta de voluntad procreacional del demandado corresponde autorizar la transferencia, quedando su excónyuge 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 actora. En este contexto, la jueza dispone dar intervención al Ministerio Público, para prevenir la invocación de un prejuzamiento 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 Corte IDH 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. Rescatamos 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 una reseña del caso que llega a conocimiento del Juzgado de Familia No 8 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 implantados. 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 y21 del Cód. Civ. yCom. 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) [...]. 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 nº 7 se expidió en igual sentido sobre una petición similar, siguiendo para ello la misma línea de análisis. 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 procreacional 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 art.19 en contrapunto con el enunciado vigente; sumando como fortaleza lo dispuesto en el Proyecto de Ley presentado en la Cámara de Diputado el mismo año. En este marco entiende que se “[...] hace presente el Anteproyecto del Cód. Civ. y Com. 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 Com. 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 criopreservados menciona como uno de los posibles el cesar de su criopreservación[...]. La vinculación que invoca con el consentimiento informado, deriva en declinar la atención en la voluntad procreacional, partiendo de la doctrina sentada por la Corte IDH 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 este 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 [...]”.

Cerramos la descripción de fallos nacionales, con el pronunciamiento del Juzgado de Familia No 1 de Mendoza. Al tratarse de un divorcio en cuyo marco se acompaña un convenio regulador que incluye entre sus términos, el acuerdo común de proceder al descarte de los embriones. El juez que entiende en la causa, con sustento en la doctrina legal que sienta la Corte IDH en el caso “Artavia Murillo”, en relación al comienzo de la existencia de la persona humana y el derecho a la vida privada, entiende que “[E]l convenio presentado por las partes en un juicio de divorcio que incluye el descarte de los embriones criopreservados debe homologarse, teniendo en cuenta que aquellos se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida, que antes de la fijación pre-embrionaria este se compone de células no diferenciadas y que esta diferenciación celular sucede después que se ha fijado sobre la pared uterina y con anidación en el mismo, sumado a que los peticionantes son mayores de edad, capaces y están en uso de su plena autonomía personal y de decisión y libertad reproductiva, conforme al principio de legalidad (art. 19, CN) [...]”.

La reseña que precede, permite rescatar como elemento común la adhesión plena a la doctrina de la Corte IDH, motivando esta visión una distancia con el criterio seguido en el fallo que motiva esta nota.

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 Arizona. 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 “Criopreservación 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 proveía 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 opinión de la Corte de Apelaciones y confirmó la orden de la Corte de Familia que ordena la donación de los embriones.

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 insita 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. 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 procreacional.

Este caso de la Justicia paraguaya nos retrotrae al pronunciamiento de la Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil de fecha 13/09/2011, en una etapa en que se encontraba en tratamiento el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Merece ser recordado, por la difusión que tuvo a favor y en contra en el seno de la doctrina. Siguiendo los hechos, se estaba ante un matrimonio celebrado el 14/11/2003. Ante la imposibilidad de la pareja de procrear

naturalmente, decidieron recurrir al Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER). Después de tres intentos de fecundación “in vitro”, finalmente llegó a la vida de la pareja Tomás, nacido el 17/08/2006. Quedaron cinco embriones en estado de crioconservación. Antes de iniciarse el tratamiento, la pareja había firmado el documento de consentimiento informado en el cual se dejaba constancia que toda medida que se adopte respecto a los embriones sobrantes sería definida de forma conjunta.

En octubre del año 2006, el matrimonio se separa de hecho. Posteriormente, la mujer pide en el IFER que se proceda al implante de los embriones sobrantes. Como este pedido no cuenta con la conformidad del otro integrante de la pareja, el Instituto se opone. Frente a esta negativa, P. en el carácter de representante legal de los cinco embriones, promueve una medida cautelar de protección de persona.

La jueza de primera instancia desestima el planteo cautelar y, a la vez que ordena al IFER a no tomar ningún tipo de medida sobre los embriones crioconservados, dispone encuadrar la cuestión en el marco de un proceso sumarísimo por entender que los derechos constitucionales comprometidos exigían una respuesta urgente. En uso de sus facultades, convoca a las partes a una audiencia. El demandado en su contestación manifiesta su oposición. Pone en conocimiento, que ha iniciado el juicio de separación personal contra la Sra. P. que tramita ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial No 1, Secretaría No 2 de la ciudad de Tres Arroyos, por ser esta la jurisdicción del último domicilio conyugal. Después acompaña la documentación que acredita el pasaje del proceso de separación personal en divorcio por presentación conjunta. En el memorial, propone como medida alternativa la adopción prenatal.

En ambas instancias se resolvió haciendo lugar al pedido de la mujer, fundando la decisión en dos argumentos de base: la condición de personas por nacer de los embriones y la vigencia de la voluntad procreacional expresada en el documento de consentimiento informado.

Respecto a la situación jurídica del embrión no implantado se siguió como criterio en las dos instancias que “[S]i bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX cuando evidentemente era impensada la fecundación ‘in vitro.’ El texto se corresponde con la realidad imperante al tiempo de la sanción del Código; el desarrollo de las modernas técnicas biomédicas de fecundación ectogénica (in vitro) —desconocidas en aquel entonces— toman indudable la afirmación que también el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho que impone, una interpretación del elemento gramatical —humanista y finalista— acorde con la evolución de los avances científicos y congruente con el pensamiento del codificador de tutela de la vida humana (arg. arts. 63, 70, 72, 75 Cód. Civil), superadora de una antinomia manifiestamente discriminatoria que diferenciara la situación del concebido según el diverso lugar en que se produce el contacto fertilizante de las células germinales[...].” Unido con esta posición, se entendió que la voluntad procreacional se mantenía vigente: “[L]as partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, son inadmisibles las pretensiones que ponen al pretensor en contradicción con sus propios comportamientos anteriores, jurídicamente relevantes [...].

Cuando comentamos este caso sostuvimos, y somos consecuentes con lo que expresamos,

que esta situación no puede ser equiparada con el supuesto de una niña o niño que nace como resultado de una procreación natural accidental o no pensada. En estos casos, la procreación no estuvo precedida de una declaración de voluntad, como en el caso que analizamos, donde S. manifestó de manera fundada su oposición previa al implante. Con esto pretendimos dejar sentado que la determinación del vínculo en la filiación por TRHA se define siempre en función de la voluntad procreacional, dado que se avalaría una ficción de aceptarse un vínculo filial con sustento en el dato genético, si no viene acompañado de la voluntad procreacional/parental. En suma, un proyecto parental que en su origen encontraba su cauce en una voluntad compartida, se rompe si tan solo persiste en uno de los progenitores.

III.2. La exigencia de resolver con un criterio de razonabilidad

El análisis realizado nos permite afirmar una vez más que cuando nos encontramos ante una historia de vida que exige una respuesta contemplativa de su particularidad, nace la exigencia de interpretar e integrar el sistema.

Esta labor abrirá el cauce a la ponderación de derechos, para así llegar a una sentencia que, conforme a un criterio de razonabilidad, permita hacer realidad los derechos comprometidos (art. 3º, Cod. Civ. y Com.)

En función de lo que decimos, en situaciones como las que compartimos debe primar el derecho a la vida privada que viene unido al derecho a la libertad reproductiva en la filiación por TRHA.

La invocación de estos derechos se enlaza con la voluntad procreacional, entendida como el derecho de toda persona a poner en acto el deseo de convertirse en progenitor/a. Esta voluntad que cuando viene unida a otro se materializa en un proyecto parental compartido, puede persistir, escindirse o desvanecerse en el tiempo. Cuando nos encontramos ante el rompimiento del acuerdo parental compartido o de la decisión unilateral, existiendo embriones en estado de crioconservación, surge la pregunta acerca del destino que viene unida a la situación jurídica de los mismos.

Respecto a esto último, tuvimos oportunidad de apreciar que nos encontramos ante una potencialidad de vida que no tiene la entidad de persona humana y que, en tal condición, exige contar con una protección especial.

Justamente, la deuda pendiente que se tiene respecto a este deber del Estado representado en el órgano legislativo es el que motiva el traslado a sede judicial cuando sobrevienen conflictos.

En este contexto, el análisis de los precedentes tratados permitió constatar que en todos ellos se asumió un análisis del caso, vinculando los derechos afectados con la voluntad procreacional, la cual queda plasmada en el consentimiento informado.

Por tanto, será la voluntad procreacional materializada en el instrumento de consentimiento informado la que definirá el emplazamiento filial, trátase de una práctica homóloga o heteróloga. Como señala Lamm, “[...] el concepto de filiación ganó nuevos contornos comenzándose a hablar de ‘parentalidad voluntaria’ o ‘voluntad procreacional’ [...]. Agrega que, en esta fuente, [...] la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por

Completamos este encuadre con el aporte relevante que nos deja Gil Domínguez, cuando sostiene que la voluntad procreacional [...] es un derecho fundamental y un derecho humano

contemplado en la regla de reconocimiento de forma autónoma [...] Los códigos que incorporen la voluntad procreacional no la constituyen, sino que la garantizan de forma primaria [...].”

En esta sintonía, el Código Civil y Comercial se ocupa especialmente de la voluntad procreacional y el consentimiento informado, como instrumento que la contiene. En virtud de esto, se 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, Cod. Civ. y Com.).

El encuadre contenido en la citada norma recepta 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 el Código vigente 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 para dotar al acto de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados (art. 561, Cod. Civ. y Com.)

Una cuestión que el Código Civil y Comercial resuelve con buen criterio, puede formularse con la pregunta siguiente: ¿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 con el 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, al decir en el artículo 561, in fine (23): “[...] El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

En cuanto al período dentro del cual se puede revocar, guarda directa relación con el comienzo de la existencia de la persona humana: procede antes de la concepción en la persona o la implantación del embrión (art. 561).

En suma, como en la fecundación extracorpórea existirá concepción después del implante, el consentimiento informado podrá revocarse mientras no se efectivice.

En relación con su vigencia, el Código establece que el consentimiento “[...] debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones” (art. 560). Resulta razonable esta solución, puesto que la voluntad inicial puede no reflejar la voluntad actual y guiarse por la primera puede conducir a la toma de decisiones que no responden al elemento volitivo.

En consonancia con lo expresado, resultará razonable: a) no hacer lugar al implante, cuando no se reúne la renovación conjunta del consentimiento informado que reconoce como antecedente un proyecto parental compartido y b) respetar la decisión de quienes en su momento compartieron un proyecto parental y no vigente el mismo, acuerdan no proceder al implante de los embriones sobrantes.

Lo expuesto no desplaza, sino reclama, el contar en el futuro cercano con un régimen especial que brinde especial y completa protección a los embriones crioconservados.

IV. Cierre

El estudio que precede permite concluir que, al 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, siendo atendiendo a la finalidad. Desde esta visión, emprenderá un análisis que abrirá el cauce al diálogo de fuentes.

Decir esto en vinculación con el problema que abordamos, nos permite concluir que cuando nos encontremos ante una petición de no implante, cabe priorizar 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.

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

El valor jurídico de la vida en el embrión no implantado y un pronunciamiento que dignifica la condición humana. María del Carmen Starópoli

I. Introducción

El presente comentario a fallo tendrá como objetivo el análisis de un precedente judicial dictado por la Sala G de la Cámara Civil, “R. G. A. y otro s/ autorización”, en donde se evidencia la defensa absoluta del embrión no implantado frente a la relativización de derechos fundamentales de las personas y de las familias en el acceso a la planificación reproductiva y la plena autonomía para acceder al cese de la crioconservación de los embriones y no ser discriminado en su acceso.

Motivan estas líneas la necesidad de interpelar a la reflexión en torno a la jerarquización de los derechos de todas las personas involucradas desde una perspectiva humanista, atendiendo la debida interpretación y aplicación de los criterios constitucionales-convencionales.

Es menester aclarar a priori que la protección (absoluta) del embrión no implantado no importa un argumento de sesgo fundamentalista a menos que la Constitución Nacional y los tratados internacionales en los que el tribunal basó su dictamen también tengan ese sesgo, lo que resulta inconcebible, sino que de la lectura del fallo se evidencia la debida ponderación y balance de los diferentes derechos en juego.

Ahora bien, como la tan esperada ley para la protección del embrión no implantado nunca llegó, quizá aquí radique la cruz del problema porque mientras algunos sigan justificando la anomia legislativa amparándose en el principio de reserva de la Constitución Nacional —todo lo que no está prohibido está permitido— posibilitando la libre disponibilidad de esos embriones crioconservados, otros impulsan una pujante defensa de la vida humana que no distingue entre los iguales en el marco constitucional de los derechos humanos.

En definitiva, el precedente en cuestión no deja de ser provocativo y controvertido en relación a

algunos sectores que siguen generando cierta animosidad para eludir o sub-estimar la debida efectividad de la defensa de todos los derechos que tiene la persona desde que inicia su vida. Va de suyo la necesidad de establecer una jerarquía normativa y ponderar asimismo la premura y necesidad que abruman a los adultos en el marco de su autonomía e intimidad familiar, el derecho a procrear como también el derecho a no hacerlo. Por eso es importante dar el debate.

II. Plataforma fáctica

Los hechos que originan el pronunciamiento de primera instancia parten de la solicitud de una autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados en las técnicas de reproducción humana asistida. La resolución del magistrado de grado fue favorable a la petición en virtud de que la suspensión de la criopreservación no importaba vulneración alguna en relación al art. 19 del Cód. Civ. y Com., ello toda vez que los embriones no se encuentran implantados.

Así lo hizo saber a los peticionantes, en consideración a sus derechos reproductivos e intimidad familiar, que no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida, así como que debían ocurrir por la vía y forma que corresponda a los fines de la resolución del contrato que al respecto habrían celebrado.

Excede el propósito de estas líneas analizar la actuación y dictámenes de los ministerios intervinientes en el caso, que avalaron los argumentos a favor de los solicitantes. Oportunamente el magistrado resuelve en una suerte de sentencia que cierra el caso al más puro estilo de Pilatos, desentendiéndose de las consecuencias de alguna acción, sin resolver el fondo del asunto, ordena se resuelva por la vía que corresponda, esto es por la resolución del contrato.

Ahora bien, el instrumento suscripto por las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) supedita el eventual cese de crioconservación de embriones solo para el hipotético caso que existiera una ley que permitiera tal disposición. Claramente, como esto no ocurre, las partes han requerido la autorización judicial.

Finalmente, la decisión judicial favorable a la solicitud de los peticionantes implicó lisa y llanamente habilitar la muerte del embrión no implantado. Disconforme con la resolución, la Defensora de Menores de la anterior instancia interpuso recurso de apelación. Elevadas las actuaciones a la Alzada, e integrados los dictámenes del Ministerio Público de Defensa y del Ministerio Público Fiscal que postuló la admisión del recurso deducido y la revocación del decisorio apelado, se pronuncia el Tribunal por unanimidad en el entendimiento que cabe desestimar la petición formulada.

III. Ejes jurídicos de la resolución de Alzada

Uno de los argumentos basales que fundó y dio soporte al pronunciamiento de primera instancia tiene apoyatura en la pretendida “asimilación del caso 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” y que “como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron”.

Asiste razón al tribunal de Alzada entender que la resolución apelada carece de adecuado sustento. La comparación resulta ociosa y desafortunada, no resiste el menor análisis normativo, pues es obvio que no nos encontramos en los mismos escenarios, por el contrario, estamos en los dos extremos del desarrollo evolutivo de la persona humana. Los embriones, lejos de situarse en un ciclo de “enfermedad irreversible, incurable”, o en un “estado terminal” o que “hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación”, se encuentran en su primera fase del desarrollo embrionario, que es la fase en la que se produce la formación de todos los aparatos y sistemas del embrión, es un proceso conocido con el nombre de organogénesis. La embriología humana, define como organogénesis el período comprendido entre la tercera a la octava semana de desarrollo.

Menos aún, pretender parangonar dicha situación con la posibilidad de decidir por otro el retiro del soporte vital ya que no cabe discriminar entre vidas dignas e indignas de ser vividas, como ha interpretado el Tribunal Supremo [Fallos 338:556 (consids. 22 y 25)]. Huelga decirlo, pero también aquí estamos frente a distintos escenarios. El soporte vital, cabe aclarar que no se refiere a los primeros auxilios básicos, sino a toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente para retrasar el momento de la muerte (...) (Berbere Delgado, 2013). Quien recibe los paliativos del soporte vital tiene sentencia de muerte y de lo que se trata es de retrasarla, no así el embrión no implantado que tiene toda la potencialidad y vitalidad para una vida plena.

En este estadio —pleno proceso del desarrollo embrionario— los padres vienen a decidir que no quieren asumir la paternidad o maternidad de este hijo que viene en camino, que no pidió venir y donde la sentencia de un tribunal frustra sus legítimas aspiraciones a decidir su propia vida reproductiva. No es tan así. Ha de advertirse también que su derecho incuestionable y privativo de su vida reproductiva no se halla obturado o conculcado por dicha resolución, pues una de las previsiones del consentimiento informado prestado por los peticionarios es la posibilidad de acudir a la adopción prenatal o dación de embriones o entrega con fines reproductivos. En cambio, lo que sí sería contrario a derecho por el principio de no discriminación es precisamente el acto selectivo entre embriones calificados o des-calificados. Embriones con potencialidad o sobrantes, sin que ello implique conferir ciertos atributos metafísicos a los embriones...³ ellos son portadores del atributo vida que no es precisamente un

³ *En respuesta a la cita de una reflexión jurídicamente fundada, en tanto no compartimos lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en oportunidad de resolver sobre este tema: “Las concepciones que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones (...) no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”. “El ordenamiento jurídico debe respetar la libertad reproductiva de todas las personas, las que están a favor o en contra de la FIV; las contrarias a estas prácticas, no están obligadas a someterse a ellas”.*

atributo metafísico.

La sentencia apelada parte de un presupuesto erróneo: afirma la inexistencia de normas positivas vigentes para subsumir el caso (en alusión a la normativa esperada para la protección del embrión no implantado).

El nuevo artículo 19 sienta las bases de un principio absoluto sin hesitaciones.

Como puede verse en la nueva redacción del art. 19, el Código Civil y Comercial ha adoptado un firme temperamento al impedir cualquier tipo de discriminación entre los embriones. A diferencia del Anteproyecto que sí había instaurado una desigualdad jurídica según sean embriones concebidos en el seno materno e implantados en la mujer, y embriones no implantados con tratamiento despersonalizante fuera del derecho.

Conforme estaba regulado en el Proyecto del Código Civil y Comercial en el art. 19, su segundo apartado venía a diferenciar sin ningún rigor científico el universo tangible de los embriones: “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”⁴.

Dicho texto mereció el reproche ético por parte de un sector de la doctrina proveniente de toda discriminación injusta⁵. Tal como había sido redactado en el Proyecto, se había introducido un fenómeno de segregación jurídica que apartaba injustamente los embriones implantados de los que todavía no lo habían sido. Una suerte de apartheid se había instaurado en el Proyecto definiendo quienes eran persona y, por lo tanto, sujeto de derecho a una clase de embriones “calificados”, desconociendo ese status a quienes no habían sido implantados en una categórica discriminación y dejándolos en ese vacío legal o nada jurídica y privándolos de toda protección en cuanto a su posterior destino.

Por el contrario, la redacción del actual art. 19 del Código, reconoce la personalidad del embrión concebido fuera del vientre materno, y la misma protección jurídica que él concebido dentro del seno materno. El texto vigente, por ende, imposibilita el dictado de una sentencia judicial que autorice el cese de congelamiento de los embriones.

El nuevo texto da cuenta de cuál ha sido la intención del legislador. Concluyente. Se ha dicho que “la primera regla de interpretación de un texto legal es la de asignar pleno efecto a la voluntad del legislador, cuya fuente inicial es la letra de la ley y, en tanto la inconsecuencia del legislador no se supone, la interpretación debe evitar asignar a la ley un sentido que ponga en

⁴ Art. 19 del Anteproyecto de Código. Comisión de Reformas Decreto 191/2011 Anteproyecto de ley de unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, elaborado por la Comisión redactora integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

⁵ STARÓPOLI, María del Carmen, “Los embriones que no son “personas” y esperan en el limbo su destino humano ¿Un nuevo apartheid?”, DFyP 2013 (mayo), 190.

pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el criterio que las concilie y suponga la integral armonización de sus preceptos”. En este sentido, el fallo de cámara cita copiosa jurisprudencia de la Corte Suprema al afirmar que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, y que los jueces no pueden prescindir de tal intención del legislador y del espíritu de la norma.

La sanción del art. 19 del Cód. Civ. y Com. se basa en la doctrina y jurisprudencia mayoritaria y en las conclusiones de las XIX y XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Cabe recordar que la Comisión No 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil ⁶ había afirmado por unanimidad: “... debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación”.

La perspectiva constitucional también es contundente y surge del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la ley 23.849 que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 19 y 2279 del Código Civil y Comercial de la Nación y de las leyes 24.901 de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y 24.714 de Asignaciones Familiares.

Cabe concluir que no existe ausencia absoluta de previsiones normativas sobre los embriones congelados. Esa anomia legislativa no existe. El status jurídico del embrión congelado y el emplazamiento filial de los hijos nacidos por la utilización de las TRHA se encuentran claramente establecidos en el derecho positivo vigente. El mismo Código alude en el art. 558 la igualdad de derechos de las distintas filiaciones haciendo surtir los mismos efectos conforme las disposiciones de este Código y en ningún momento distingue en el principio general discriminación alguna.

En efecto, una correcta exégesis de las normas positivas vigentes permite afirmar: a) en cuanto al status jurídico: la persona comienza su existencia en la concepción, dentro o fuera del vientre materno, y toda persona cuenta con igual protección y tutela jurídica en virtud del principio constitucional que veda la discriminación arbitraria (cfr. art. 16 CN). Por lo tanto, los embriones congelados son personas (cfr. art. 19 Cód. Civ. y Com.), son niños por nacer. La cláusula transitoria segunda del art. 9 de la ley 26.994 claramente se refiere a “la protección del embrión no implantado”, que será objeto de una ley especial... que lo proteja (muy diferente del tenor que tuvo el Proyecto de Protección de embriones no implantados, que los desprotege⁷. Mal puede concluir el intérprete judicial de las normas vigentes, que se encuentra facultado legalmente a autorizar la muerte de embriones por descongelamiento intencional. b) respecto del emplazamiento filial de los embriones congelados: son hijos de quienes manifestaron su

⁶ Comisión No 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, presidida por los Dres. Magdalena Giavari- no; Luis Niel Puig y Julio Rivera. 26, 27 y 28 de septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA).

⁷ Cfr. Proyecto de ley de protección de embriones no implantados. Expediente No 1541-D-2019. Un excelente análisis crítico del proyecto puede leerse en LA- FFERRIERE, Jorge N., “Análisis de un proyecto de des- protección de embriones no implantados”, ED No 14.616, 25/04/2019.

voluntad procreacional (art. 562 Cód. Civ. y Com.) c) cuando los padres no pueden (o no quieren, como en este caso) procurarles “los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales”, el Código Civil y Comercial prevé la institución de la adopción (cfr. art. 594)⁸.

Sirva todo este plexo de normas positivas para intentar explicar que no se da en nuestro ordenamiento la ausencia absoluta de normas vigentes aplicables a los hechos del caso. Es más, como es imposible pensar en otra naturaleza que no sea humana tratándose de las técnicas de reproducción humana asistida (el subrayado me pertenece para remarcar que los embriones procedentes de dichas técnicas son necesariamente humanos y no de otra esencia carente de humanidad). Se trata pues de la naturaleza humana pregonada por el fallo cuando se a firma que el embrión sea originado en técnicas de fecundación humana asistida o no, en ambos casos, detenta la condición de humanidad, vale decir, tiene la misma sustantividad humana. No parece razonable, entonces, considerar al embrión como una cosa.

El debate es importante, en la sencilla inteligencia que, si se considera al embrión como persona humana, entonces sí tendrá la protección y la recepción de derechos que el extenso desarrollo de la sociedad le ha reconocido al ser humano. Y si no alcanza el status de persona humana, se hallaría reducido a la cosificación, a la ausencia de entidad, descartable, quizás transable, utilizable⁹. O bien una posición intermedia, en cuanto considera que el embrión in

⁸ Cabe destacar que la doctrina nacional afirma la posibilidad de la adopción de embriones congelados antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. Cfr. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E. “Filiación por dación del embrión crioconservado”, en *Vida y Ética*, Buenos Aires, Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, No 1, año 4, junio 2003. ps. 111-122. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E, “Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil. Sala I, Censo de ovocitos y embriones crioconservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre”, ED, 188- 993. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E, “El derecho frente al congelamiento de óvulos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes”, ED No 9762, Buenos Aires, 1999. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E, “Un actual y trascendente supuesto: la curatela especial del concebido crioconservado”, en AA.VV., *Código Civil Peruano Comentado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, ps. 661- 663. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en AA.VV., *La persona humana*, BORDA, Guillermo A. (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2001. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina E, “Renuncia parental y filiación del embrión crioconservado”, FIDEC. Vivir o morir con estado de familia determinado. Conferencia en XI Jornada de Bioética: Cuestiones Bioéticas en torno a la ley y la vida, 13/06/2009. Comisión de Bioética Padre José Kentenich. Disponible en: http://www.familia.org.ar/media/W1siZiIsImZhbWlsaWEvcG9uZW5jaWFzLzE0Mi9kb2N-1bWVudG9zL0pvcml5hZGFfMTFfLV8wNC5wZGYiXV0/Jornada_11_-_04.pdf?sha=b56a3fac3501695d

⁹ FIGUEROA YÁÑEZ, “El Embrión como persona y como Sujeto de Derechos”, en *Bioética y Derecho*, BERGEL y MINYERSKY (coords.), p. 283 y ss., quien en una postura algo pendular sostuvo que los embriones son cosas muebles, pero que merecen el trato que corresponde a la dignidad del hombre.

vitro no es persona, pero tampoco es cosa, siendo pues una categoría distinta y novedosa¹⁰. Pero no se define de que naturaleza se trata. Estas concepciones extrañas a la naturaleza humana sirven para justificar la disponibilidad sin restricciones de los embriones in vitro y negarles la condigna protección, dignidad y destino que tiene todo ser humano.

Y es en función de dicho esencialismo humano que debe sostenerse la preeminencia del principio “pro homine”, el derecho de los derechos humanos, que se enuncia del siguiente modo: “ante la duda, debe considerarse que se está ante un hombre” y, en consecuencia, debe aplicarse la norma más favorable a la persona humana. Es decir que, frente a un pedido de autorización judicial para interrumpir el congelamiento de embriones, y ante la duda que pudiese suscitar- se respecto del status ontológico y jurídico de los embriones, el magistrado debe resol- ver en favor de su respeto y protección, como si fuesen hombres.

III.1 Voto ampliatorio del Dr. Carlos A. Bellucci

En voto ampliatorio del que precede, el Dr. Bellucci da cuenta de la arbitrariedad manifiesta en que incurre el fallo de primera instancia en clara violación de los derechos fundamentales de las personas por nacer, como el derecho a la salud, a la vida, a la supervivencia y al desarrollo en la máxima medida posible, que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional.

Asimismo introduce —reforzando los fundamentos del anterior— una pertinente aclaración del fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya invocación resulta errónea en es- tos autos, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí solo la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntual aspecto.

Según textuales palabras, afirma “que en tal pleito extranjero (Costa Rica) nuestro país no fue parte, de modo que tampoco y más allá de la circunscripta cuestión litigiosa allí decidida, le alcanzan o se le imponen sus decisiones e implicancias (es de Perogrullo)”. Ello echa por tierra el argumento basal del a quo para sostener como fundamento del fallo la extracorporeidad humana de los embriones no implantados asimilándolos a la simple categoría de cosas.

En un pormenorizado análisis el camarista pone énfasis en la lógica cosificante que conllevan las técnicas de reproducción humana asistida presentado a los embriones como cosas que pueden descartarse y a continuación plasma interrogantes anejos a esa lógica cosificante como si los embriones no fueran personas ¿son cosas muebles bajo condominio de los requirentes de la técnica? ¿La crioconservación es un contrato de depósito? ¿Se analizaron sus cláusulas? ¿Qué significa que los padres son “titulares” de los embriones? ¿Son bienes de los padres? ¿Qué derecho se vincula con tal titularidad? A su vez, si los embriones son cosas: ¿Qué

¹⁰ LAMM, “El Comienzo de la Personalidad Jurídica en el Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Pri- vado y Comunitario, Personas Humanas*; ver también el meduloso trabajo desarrollado por HERRERA y LAMM, “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación (varios au- tores)*, La Ley, p. 363 y ss.

necesidad había de recurrir a una autorización judicial? Dichas preguntas vienen a trastocar la lógica jurídica de nuestro ordenamiento.

La pregunta por el status jurídico del embrión atañe a la distinción conceptual más básica —en el sentido de fundamental— del derecho, a saber, la distinción entre “cosas” y “personas”. Se trata de determinar, en efecto, si la vida humana embrionaria es o no una vida personal y, por lo mismo, si el embrión es sujeto de derechos o, en cambio, objeto de los derechos de algún otro sujeto. Este debate radical o fundamental se plasma en otras discrepancias más técnicas y más concretas, acerca de la conveniencia o no de que el derecho gradúe el valor de la vida humana en función de su estado o etapa de desarrollo biológico, y de sus perspectivas de viabilidad.

En el caso “Portal de Belén”, la Corte reafirmó esta interpretación normativa y, además, precisó que la concepción se produce con la fecundación. El recurso argumental, en apoyo de esta interpretación, consistió en la cita de la opinión de diversos genetistas y biólogos, en el sentido de que: “es un hecho científico que la ‘construcción genética’ de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente, pues ‘el ADN del huevo’ contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles”.

De más está decir que estamos ante personas y no cosas, pues la voluntad procreacional, tal como es regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El Código regula los aspectos filiatorios de todas las personas y gozan del derecho a la vida.

En esta dinámica donde se juegan muchos derechos contrapuestos en un vis à vis, como se da en estos autos, el magistrado se pregunta qué derecho ha de prevalecer: ¿el de los gestantes del ovocito que, se ha visto, no son sus dueños? ¿o el del embrión fecundado a nacer y a tener la plenitud de vivir? En expresión textual afirma: “es obvio que el del fecundado in vitro, al que todo el plexo normativo mentado y armónicamente interpretado le confiere el carácter de persona humana con identidad única e irrepetible y distinta a la de los solicitantes”.

Concluye el juez de Cámara que corresponde no solo revocar la resolución de primera instancia, sino además ordenar que los embriones permanezcan congelados hasta tanto se arbitre lo necesario y conducente para lograr lo establecido anteriormente, e incluso librar oficio a las autoridades Nacionales del Ministerio de Salud, así como al Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que —lap- so mediante— se hagan cargo del costo del mantenimiento de los embriones en cuestión, ello en consideración a la obligación constitucional de preservar y atender a la salud de toda persona humana que habita este suelo, de la que no son ajenos los huevos y/o cigotos de los que da cuenta el presente caso.

III.2 Fundamentos del Dr. Gastón M. Polo Olivera

El sentenciante de Cámara, el Dr. Polo Olivera pone foco en la interpretación del contrato firmado por los particulares y el centro de salud. Ello le permite concluir, en grado de hipótesis, que el eventual cese de crioconservación de embriones oportunamente concertado con la firma de las partes (empresa de conservación y los aportantes genéticos) solo sería factible convencionalmente en el caso que existiera una ley que permitiera tal disposición.

Claramente esto no ocurre; y, por eso mismo, las partes han requerido la autorización en

examen.

Ausente esta regulación legal específica acerca del punto, aquella disposición convencional prevista en la detallada instrumentación del consentimiento informado acompañado emerge carente de la condición que la torne operativa (arg. Cód. Civ. y Com.: 279, 962 y 963), impotente, pues, de regular la situación jurídica actual en estudio (Cód. Civ. y Com.: 963, 1003, 1004, 1061 y cc.)

Conforme la interpretación de la ley, de acuerdo al art. 2 del Cód. Civ. y Com., es claro que el legislador ha aplazado en una legislación especial ulterior la “protección” del embrión no implantado. Recuérdese además que el más alto tribunal ha considerado que las leyes deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, sin violentar su sentido específico (CS, 27.7.76, Fallos 295:376). A modo de conclusión, puede decirse, pues, que el legislador ha previsto en la mentada ley 26.994, art. 9o, entre las normas transitorias del Cód. Civ. y Com. que “(l)a protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (Corresponde al art. 19 del Cód. Civ. y Com.).

Siendo que esa normativa deberá contemplar no solo la regulación de embriones crioconservados, tanto aquellos que en el futuro se logren, sino el destino de los actualmente ya existentes, conforme la ya vigente ley 26.862 y sus normas reglamentarias y complementarias, permitir su actual eliminación importa, cuando menos, cercenar la chance de una regulación legal favorable a su posterior desarrollo, en franca contradicción a principios precautorios tales como la prevención del daño contemplada por el Cód. Civ. y Com. 1710 y ss. (arg. art. 19, CN).

Finalmente, y en alusión a la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (ley 27.610), el magistrado plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen. Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esa normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. ley 27.610, art 2º), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones in vitro.

IV. Palabras de cierre: El embrión humano in vitro y su derecho a una vida digna

El inacabable avance tecnológico, dentro del área de las ciencias biológicas, genera un replanteamiento de los principios morales básicos, principalmente en lo que hace a la protección de la vida y su regulación jurídica en el mundo contemporáneo, ante el impacto que generan la reproducción humana asistida junto a la ingeniería genética que ha permitido sustituir el método de la reproducción sexual “natural”, situación que podía ser asimilada la voluntad divina o a la casualidad. El emergente de una nueva realidad familiar impulsa su recepción legal en el Código Civil y Comercial, y con ello la necesidad de abordar la problemática que se plantea acerca de la protección del bien jurídico vida y su integridad, en el particular tópico del embrión humano in vitro.

Bajo el prisma de la problemática planteada se puede visualizar con claridad una colisión de intereses comprometidos de los futuros padres que intentan procrear utilizando estas técnicas, pero también involucrados los intereses inalienables y propios del nasciturus, destinado a

nacer. Nuestra visión pluralista del problema pretende incluirlos a todos para dar una respuesta posible congruente con la idea que nuestra sociedad tiene acerca de la persona humana, partiendo del principio básico de su dignidad.

Al Derecho le cabe la denodada tarea de garantizar y definir el concepto de persona humana al delimitar el desarrollo de la ciencia que, al ser conducta humana, es jurídicamente regulable. No debemos olvidar que el objetivo del Derecho será velar siempre por el bienestar del hombre y la humanidad. A la luz de estos constantes cambios tecnológicos, se propone entonces la disyuntiva jurídica entre proteger las innovaciones biotecnológicas en el interés de la humanidad o proteger a la humanidad de aquellas.

Pero este frenético avance de la ingeniería genética no puede por sí solo ordenar la vida y la conducta del hombre. Pensamos, como sostiene Elio Sgreccia, que “La ciencia y la técnica no pueden indicar por sí solas el sentido de la existencia y del progreso humano. Por estar ordenadas al hombre, en el que tienen su origen y su incremento, reciben de la persona y de sus valores morales la dirección de su finalidad y la conciencia de sus límites”.

El hombre busca en la ética el fundamento moral de sus acciones más importantes y trascendentes. El término bioética proviene de dos raíces griegas, “bios” (vida) y “ethi- ke” (ética). Su aspiración como saber, es la de conjugar ciencia y valores, ser y deber ser. Esta nueva rama u ontología regional de la ética, abarca el estudio sistemático de las ciencias de la vida y la atención de la salud, bajo la óptica del respeto por los principios y valores inherentes a la dignidad humana.

Avanzaremos ahora a la incógnita primordial: ¿el ser humano a partir de qué momento adquiere esa condición? Ya esbozamos que el Código Civil y Comercial no ha definido ni el concepto ni el momento en el cual se produce. Para la Academia de Medicina existe un fuerte consenso al admitir que ello se produce en el momento mismo de la fecundación (penetración del espermatozoide en el óvulo) Allí comienza la vida humana, y desde ese mismo momento se debe iniciar su protección. Entonces ¿qué hay de los embriones no implantados? La afirmación de que son embriones humanos, pero no serán personas y no tendrán protección jurídica como seres vivientes en espera, parece un dislate a la luz de todo lo supra consignado en este trabajo.

Cierta doctrina percibe sobre el conflicto subyacente que ha motivado las presentes actuaciones, un peligro cierto para la condición humana. Además, no legislar sobre los embriones in vitro, acarrea el peligro de que se reputen como válidas, por no estar prohibidas, todo tipo de prácticas y maniobras que se efectúen con los mismos. La ausencia de regulación normativa, ineludiblemente trae aparejado el grave dilema de la licitud de cualquier acción, que abriría en este campo la posibilidad de cualquier tipo de experimentación o manipulación del patrimonio genético, clonaciones, tráfico de embriones, destrucción de embriones sobrantes, mutaciones y todo tipo de técnicas execrables sobre los embriones in vitro, desconociendo su condición fundamental de persona humana.

No podemos menos que reiterar las palabras del Dr. Polo Olivera en este ejemplar fallo “El tratamiento del embrión humano, dada la fragilidad y vulnerabilidad, la potencialidad de desarrollo en una persona con todas sus capacidades y potestades, impone la adopción de un

temperamento expectante y de un criterio protectorio, independientemente de la categorización jurídica que se le asigne: se trata de la génesis de la naturaleza misma de nuestra especie, que demanda dignidad y una consideración respetuosa de su existencia”

Entendemos que más allá de la ley nacional 26.862, el Código Civil y Comercial ha traído una visión superadora del tema inscribiéndose en el marco de la ampliación de derechos que caracterizan los avances dispuestos por el gobierno nacional en este campo, contemplando de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad y/o maternidad y a formar la tan ansiada familia, núcleo primordial de toda sociedad humana, reconocidos por nuestra constitución nacional y los tratados internacionales incorporados a la misma.

La defensa del derecho individual a procrear y el reconocimiento de la autonomía de la ciencia han conmovido los principios tradicionales del derecho de familia en medio de una realidad social permeable a los cambios, pero como dice Terrón “sin soslayar el derecho de la humanidad a resguardar un orden natural que no afecte de manera irreversible a la especie humana”.

¿Acaso estamos frente a formas industriales y eugenésicas de generar seres humanos? Se advierte que estas técnicas alejadas de toda dignidad posible nos llevan al eugenismo y la selección de embriones. Por consiguiente, quedaría en manos de padres y médicos la posibilidad de seleccionar, según sus gustos, los embriones que deseen, eliminando el resto. Una sencilla forma de cosificarnos o llevarnos de la mano de la ciencia a los inconcebibles límites de una sociedad como la que describía Aldous Huxley en su “Mundo Feliz”, de seres procreados por máquinas, diseñados genéticamente para ocupar roles predeterminados en una sociedad automatizada, entes desangelados, sin humanidad.

La dignidad de la que hemos hablado es la dignidad del embrión, en virtud de ser este el primer estadio de la vida humana. Y, en este sentido, el estado embrionario posee la dignidad, la misma dignidad que posee el hombre en todas y cada una de los ciclos e instantes de su vida. Una dignidad originaria, ingénita en el mismo acto de su creación que le permitirá alcanzar, si el derecho así lo quiere, su plenitud.

CONCLUSIONES FINALES DEL ANEXO PERTINENTE:

A lo largo de este anexo, se intenta demostrar las dos posturas y la controversia en este tema, donde comparto con la Dra. Staropoli su impetuosa voz al respecto.

Tomando como punto de partida la injusta sentencia Artavia Murillo de la CIDH, la cual no respetó las exigencias de justicia hacia el embrión humano y hacia la procreación humana.

En lo que respecta al embrión humano, la CIDH fue más allá de una duda razonable y se inclinó por la visión más acotada sobre el inicio de la vida, acomodada en función de los intereses biotecnológicos que quería privilegiar. Además, fue más allá de lo pedido y se pronunció sobre la protección de la vida durante toda la etapa prenatal y no sólo durante la etapa de embrión.

Donde también impuso una única visión sin respetar cualquier posible margen de apreciación de los Estados, de igual manera, impuso la visión más restringida de inicio de la vida. Además, afirmó que el embrión no era persona sin aclarar que ello no tiene incidencia en otras

situaciones distintas de la FIV. En lo que respecta a la procreación humana y las biotecnologías, la sentencia de la CIDH asume de manera completamente acrítica estos procedimientos, soslayando que no se trata de terapias en el sentido estricto, que son técnicas experimentales, que no respetan los criterios de seguridad, que tienen riesgos para la vida del concebido y también para las personas adultas involucradas y sobre todo que no respetan los valores involucrados en la procreación humana.

Es por ello que hoy se analiza la ausencia de este estatuto legal del embrión criopreservado, donde bajo mi criterio se favorece en el fondo intereses económicos de los grandes laboratorios para eximirse de responsabilidad civil y penal en la manipulación de los embriones. Poderosos intereses biotecnológicos se benefician con la mencionada sentencia, que supone un empobrecimiento social de la concepción de persona y un deterioro en el respeto de la dignidad.

Si bien es relevante destacar a la autonomía de la voluntad procreacional, presentes en el consentimiento informado, en el cual se efectúa con especial énfasis al derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva. Pero eso no debe empañar el cristal de los derechos humanos y el primer derecho humano que se consagra: la vida, pues a partir de ella emergen todos los demás derechos.

BIBLIOGRAFÍA

Azpiri, Jorge O; Derecho de Familia, Hammurabi, 2016.

Bueres, Alberto J. (dirección), Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 2, Hammurabi, 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. —Artavia Murillo y otros (—Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

DE MARTINI, S. M. A. 2016, Octubre. La especial dignidad del embrión humano [en línea]. Presentado en Duodécima Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Ley Natural y Dignidad Humana. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho, Buenos Aires. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/especial-dignidad-embrión-humano-martini.pdf>

FAMÁ, Victoria; “Filiación”, en RIVERA, Julio César.

GHERSI, Carlos Alberto. El derecho a la identidad, la filiación y la identificación.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Embrionación”, LA LEY, 2015.

HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en Bergel, Salvador Darío (director), Bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2015, pág. 327.

HERRERA, Marisa, “La noción de socioafectividad como elemento ‘rupturista’ del derecho de familia contemporáneo”, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 66, AbeledoPerrot,

HIGHTON, Elena; Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley Online, Año XXIX N° 143, Tomo 2015.

KRASNOW. Adriana; Derecho a la vida privada, a la libertad reproductiva y situación jurídica del embrión crioconservado: ¿cómo conciliar? La ley.

LAMM, Eleonora; “El estatus del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás; El derecho ante la manipulación embrionaria

MICHELLI Y; El vacío legal de los embriones congelados en la República Argentina. Buenos Aires, Repositorio Institucional Universidad Siglo 21.

NOTRICA, Federico y RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana; “Una perspectiva contemporánea a la problemática en la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida”, La Ley.

OCAMPO Arturo Ernesto; La protección jurídica del embrión humano no implantado. Su impacto en la ley de fertilización humana asistida. Buenos Aires, Repositorio Institucional Universidad Siglo 21.

STAROPOLI, Maria del Carmen; El valor jurídico de la vida en el embrión no implantado y un pronunciamiento que dignifica la condición humana. La Ley

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación.

Constitución Nacional

Convención de los derechos del Niño.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Decreto reglamentario 956/2013

Ley 26.862