



**TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN**

***¿ES POSIBLE IMPONER LA PATERNIDAD /  
MATERNIDAD A ALGÚN INTEGRANTE DE LA  
PAREJA QUE HA CONGELADO EMBRIONES Y  
POSTERIORMENTE SE DIVORCIA?***

***Tipo de Trabajo:*** Trabajo de investigación aplicada

***Alumno:*** Chedufau Félix Cleandro

***Carrera:*** Abogacía

***Legajo:*** VABG 7360

***Tutor de la carrera:*** Cantarero, María Eugenia

***Profesoras integrantes del CAE:*** Silvina Rossi y Adriana Warde

## **RESUMEN**

Los adelantos de la medicina moderna en cuanto a las técnicas de fertilización asistida o “in vitro” ponen al derecho frente a nuevos desafíos los cuales son de difícil resolución. Hoy precisar el momento en que comienza la vida humana, dentro del nuevo escenario biotecnológico y las implicancias que resulta de ello, genera situaciones que el derecho debe regular. De cómo se resuelva ello surgirán distintas soluciones a problemas concretos como el que planteamos en esta investigación. Si la vida comienza con la concepción, sea intra o extra uterina, la paternidad se adquiere desde la misma, si en cambio la vida comienza desde la implantación del embrión en el seno materno, la paternidad comenzaría desde dicha implantación.

## **ABSTRACT**

The advances of modern medicine in terms of assisted fertilization techniques or "in vitro" put the right front new challenges which are difficult to resolve. Today to specify the time when human life begins in the new biotech scene and its implications resulting from this creates situations that the right should regulate. From this arise will resolve various solutions to specific problems such like the one at issue in this investigation. If life begins at conception, whether intra-or extra-uterine, fatherhood is acquired from the same, but if life begins from implantation of the embryo in the womb, parenthood will begin from such implantation.

## INDICE

<b>I.</b>	<b>Introducción.....</b>	<b>Pág. 04</b>
<b>II.</b>	<b>Definición de los objetivos generales y específicos.....</b>	<b>Pág. 07</b>
<b>III.</b>	<b>Desarrollo.</b>	

### **Capítulo 1:** Aspectos generales

1.	Naturaleza del embrión. ¿El embrión es persona?:.....	Pág. 08
2.	Comienzo de la existencia de la persona humana.....	Pág. 10
2.1.	Teoría de la Fecundación.....	Pág. 11
2.2.	Teoría de la Singamia.....	Pág. 12
2.3.	Teoría de la Implantación.....	Pág. 13
3.	Concepto de concepción.....	Pág. 16

### **Capítulo 2:** Aspectos técnicos.

1.	Técnicas de reproducción asistida.....	Pág. 18
2.	Crioconservacion.....	Pág. 20

### **Capítulo 3:** Aspectos éticos.....Pág. 23

### **Capítulo 4:** Aspectos jurídicos.

1.	Teoría de los actos propios	
1.1.	Concepto.....	Pág. 31
1.2.	Antecedentes.....	Pág. 32
1.3.	Naturaleza Jurídica.....	Pág. 37
1.4.	Aplicabilidad al tema investigado.....	Pág. 38
2.	Contrato de consentimiento informado.....	Pág. 41

<b>Capítulo 5:</b> El Derecho a ser o no padres.....	Pág. 48
--	---------

### **Capítulo 6:** Legislación Nacional

1. Existencia de un vacío legal. ....	Pág. 54
2. Proyectos de ley históricos.....	Pág. 54
3. Proyecto de ley de modificación de los Códigos Civil y Comercial. ....	Pág. 55
4. ley 26.862 de “Reproducción médicamente Asistida” (también conocida como ley de fertilización asistida).....	Pág. 57

### **Capítulo 7:** Legislación Internacional

1. Alemania.....	Pág. 59
2. Italia.....	Pág. 60
3. Suiza.....	Pág. 62
4. España.....	Pág. 62
5. Latinoamérica.....	Pág. 65

### **Capítulo 8:** Análisis de la Jurisprudencia Nacional e Internacional

Fallo CNCiv, Sala J en autos “P., A. c/S.A.C. s/medidas precautorias”.....	Pág. 75
--	---------

Fallo CNCiv, Sala I en autos “Rabinovich Ricardo David s/ medidas precautorias”.....	Pág. 75
--	---------

Fallos Internacionales.....	Pág. 79
-----------------------------	---------

<b>IV. Conclusión:</b> .....	Pág. 82
------------------------------	---------

<b>V. Anexo:</b> Fallo CNCiv, Sala J en autos “P., A. c/S.A.C. s/medidas precautorias” completo.-	
---	--

## **I. INTRODUCCION.**

El presente trabajo tiene como uno de sus objetivos analizar el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala J en los autos “P, A. c. S, A.C s/ medidas precautorias” donde la cámara autoriza la implantación de embriones crio conservados en el seno de la madre aunque la pareja se encuentra separada y con el trámite de divorcio iniciado.

El 14 de noviembre de 2003 P y S se casan en la ciudad de Tres Arroyos provincia de Buenos Aires.

Pasado un tiempo y ante la no concreción de un embarazo natural realizan una consulta al Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER) donde luego de un intento fallido por inseminación artificial se someten a tres fecundaciones in vitro logrando mediante una de ellas un embarazo exitoso por el cual nace Tomas el día 17 de agosto de 2006. De esta fecundación in vitro quedan crioconservados cinco embriones.

Al comenzar el tratamiento la pareja firma con el IFER un contrato de consentimiento informado que, si bien nunca apareció, las partes estuvieron contestes de que lo habían firmado y que era igual al acompañado por el IFER en dichos autos. En el contrato la pareja acordaba que ambos determinarían el futuro para cualquiera de los ovocitos pronucleados/embriones que se encuentran congelados y almacenados salvaguardando siempre la preservación de los mismos. Convinieron en que si el matrimonio se terminara por fallecimiento de ambos cónyuges o ante la imposibilidad física de recibir los ovocitos pronucleados/embriones congelados, los ovocitos pronucleados/embriones congelados fueran destinados a la donación del/de los mismo/s a una pareja infértil la que será determinada por el IFER. Pactaron que en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría del consentimiento de ambos cónyuges para tratarlo con autoridad competente.

Desde el nacimiento de Tomas la pareja comienza a tener desavenencias y en octubre del 2006 se separa de hecho.

Luego de dicha separación se presenta la señora P. ante el IFER a solicitar la implantación de los embriones allí crioconservados.

El IFER solicita la autorización del señor S. quien se opone por lo que el instituto se niega a cumplir con la solicitud de implantación de P.

La señora P. ante ello se presenta a la justicia solicitando una medida de protección de persona.

La Jueza de primera instancia actuante no hace lugar a la medida pero ordena al IFER a no innovar sobre los embriones. Encuadra la cuestión como proceso sumarísimo y llama a una audiencia a las partes. En dicha audiencia no se llega a un acuerdo y el señor S. en su contestación se opone a la implantación y manifiesta que ha iniciado proceso de separación personal ante los tribunales de la ciudad de Tres Arroyos provincia de Buenos Aires. Luego acredita que dicho proceso giró a un proceso de divorcio por presentación conjunta.

El hombre se opuso a la implantación aduciendo que no se lo puede obligar a ser padre sin su consentimiento lo que sería imponerle un plan de vida con el cual no está de acuerdo.

Llegado el expediente a la Cámara la misma consideró que el hombre ya es padre al consentir la extracción de material genético y al haber firmado el contrato y que afirmar lo contrario es ir contra sus propios actos y apoyándose en la teoría de los propios actos fallo a favor de la implantación de los embriones en el seno de la mujer.

El fallo puede analizarse desde distintas posturas y dependerá de ellas las opiniones a favor o en contra del mismo.

Si el embrión, como lo considera la mayoría de la doctrina, es una persona humana desde la concepción, sea que esta se produzca dentro o fuera del seno materno, la disposición del mismo se debe tratar como la de cualquier ser humano sea de la edad que sea.

Si en cambio el embrión o como se ha dado en llamarle “preembrión” (justamente para saltarse la discusión sobre su humanidad) no es una persona humana hasta su implantación en el seno materno, su disposición se hace más llevadera ya que es una COSA, entonces no nos preocupa.

Al adentrarnos en el tema de investigación vemos, que como primer paso, deberíamos definir o preguntarnos: ¿Los embriones son personas? ¿Cuándo

comienza la vida humana? ¿Cuándo estamos frente a una “Persona humana”? ¿Qué es la criconservación? ¿Qué es concepción? ¿Existe el derecho a ser o no ser padre? ¿La voluntad procreacional ya expresada puede cambiarse? ¿Puede imponerse la paternidad?

Interrogantes estos que exceden en mucho la finalidad de este trabajo pero que debemos considerar aunque sea a modo introductorio, pues dependerá de estas respuestas como se resolverá el tema que se tiene como investigación.

Analizaremos también la teoría de los actos propios en profundidad ya que el fallo está basado principalmente en ella.

Veremos también los aspectos psicológicos que surgen de la obligación de implante de embrión no consentido por el padre.

Finalmente y luego de resolver los interrogantes planteados podremos contestar la pregunta que es base del tema de investigación.

## **II. DEFINICION DE LOS OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS**

### **Objetivo general**

Analizar bajo qué condiciones un juez puede o no autorizar la implantación de embriones crioconservados de una pareja luego de haberse producido el divorcio de la misma.

### **Objetivos específicos**

- Analizar los alcances del contrato de consentimiento informado que firman las parejas (en nuestro país) al empezar el tratamiento de fecundación asistida.
  - Analizar los fallos judiciales tanto nacionales como extranjeros sobre el tema de investigación.
  - Identificar las distintas opiniones doctrinales sobre el inicio de la existencia de la persona humana.
  - Analizar las modificaciones propuestas en el proyecto de reforma de los Códigos civil y Comercial de la República Argentina.
  - Identificar los aspectos más relevantes de las normas sobre embriones crioconservados en el Derecho Comparado.

## CAPITULO 1: ASPECTOS GENERALES

### 1. Naturaleza del embrión. ¿El embrión es persona?:

Hay, hoy, numerosas posturas sobre la naturaleza del embrión. Cada país refleja, en su legislación y doctrina, distintas culturas y realidades. Por ello, lógicamente, no hay unanimidad en cuanto a definir si el embrión es o no una PERSONA. Si bien hay mayor consenso a otorgarle “personería” ello en más de una legislación no es así pues se ha creado la figura de lo que se ha dado en llamar el pre embrión sosteniendo que este carece de personalidad pues si bien tiene información genética suficiente no puede convertirse en un ser humano sin su implantación en el seno materno. Con esta argucia se evita definir si en el momento de la concepción extra uterina hay o no vida humana.

Esta postura de negar la existencia de vida en el así llamado “pre embrión” sostiene que es la unidad madre-embrión la que posibilita el desarrollo del mismo. El fertilizado in vitro (FIV) necesita ser implantado en el útero materno para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el pre implantado y el implantado en el útero materno. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el implantado en el útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano. De esta manera, el pre embrión carecería de esta potencialidad, de la que si goza el embrión ya implantado.

Contrariamente hay innumerables posturas que sostienen que el inicio de la vida se da por la sola concepción sea esta intra o extra uterina:

“El embrión viviente, al inicio de la fusión de los gametos, no es un cúmulo de células disponibles. Sino un real individuo humano en desarrollo. Individuo que, como demuestra la correcta antropología filosófica., tiene su dignidad y su propio derecho fundamental de todo individuo humano, entre ellos, el derecho a la vida: dignidad y derecho que es independiente de la edad biológica y de cualquier otra condición biológica o psicológicamente limitante” (SGRECCIA, 2009, pág. 97).

“A fin de comprender mejor la auténtica naturaleza de esta nueva célula, hay que subrayar dos características, que aclaramos a continuación. La primera es que el cigoto existe y actúa desde la singamia como un ser ontológicamente unitario, y con una precisa identidad. La segunda es que el cigoto está intrínsecamente orientado y determinado hacia un desarrollo bien definido.

Ambas características, identidad y orientación, son esencialmente consecuencia de la información genética de la que está dotado. Esta información -sustancialmente invariable-, en realidad, el fundamento de la pertenencia del cigoto a la especie humana y de su singularidad individual o identidad, y contiene un programa codificado completo, que le dota de enorme potencialidad morfogenética que se realizará autónoma y gradualmente durante el proceso epigenético rigurosamente orientado. Esta potencialidad no significa mera «posibilidad», sino que representa la capacidad natural intrínseca de un ser, que ya es existente, de realizar, en las debidas condiciones, el plano codificado entero.” (SERRA, 2003, pag.123).

En nuestro país hay varios fallos que avalan que los embriones si son personas, por ejemplo: Fallo de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, en este fallo la cámara rescato la condición humana de los embriones y dispuso ente otras cosas que: A. El respeto a su condición humana expresado en el consentimiento informado que firmen los padres. B. Deber de los profesionales de proceder a la inmediata crioconservacion de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad e integridad. C: Medida de no innovar respecto a ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras formas de manipulación genética y su descarte o destrucción. D. Toda medida que se tome respecto a los embriones deberá contar con la autorización judicial previa intervención del curador designado y del ministerio Público.<sup>1</sup>

La misma Cámara dictó otro fallo sobre el tema en el 2009.<sup>2</sup> Y un fallo un poco más alejado en el tiempo de 1995 del juzgado en lo Civil N\*56 donde se designo un tutor de embriones.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Cámara Federal de Mar del Plata 29/12/2008, en La ley Buenos Aires 2009-51

<sup>2</sup> Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata 17/12/2009, en Revista Derecho de Familia y de las personas en La ley Año 3, n\* 3,2010.-

<sup>3</sup> Juzgado Civil N\* 56 en autos R, R, del 28/04/1995, en La Ley 1996-C, 464.

## **2. Comienzo de la existencia de la persona humana.**

Comenzaremos haciendo un poco de historia y veremos los criterios que imperaron a través de los años:

La calidad de sujeto comienza con el nacimiento: Este criterio imperó durante la mayoría de la historia de nuestro derecho.

Es lógico que con escasos conocimientos científicos se creyera que la vida comenzaba con el nacimiento.

Savigny (1878, pag.305) postuló que la calidad de sujeto se alcanza con el nacimiento, “desde que el individuo se ha separado completamente de su madre” ponía además algunas condiciones: que la separación sea completa, que viva después de esa separación y que tenga signos exteriores de humanidad.

Otros juristas tuvieron posturas más restrictivas aún, requiriendo, además del nacimiento, la condición de viabilidad.

Windscheid, (1862, pag.209) opinaba que "con el nacimiento no surge de suyo una persona humana y consiguientemente un sujeto de derecho. Para ello es necesario que el nacido tenga una configuración humana, que sea viable”.

Esta regla de la viabilidad fue adoptada por el Código francés (art. 314, inc. 3º, 725), por el español (art. 30), y por su influencia en Códigos latinoamericanos como el uruguayo (arts. 192, 810) o el boliviano (art. 507). Vélez Sarsfield se apartó expresamente de esta tesis en el artículo 72 señalando que no importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno o por hacerlo antes de tiempo.

Era como se ve una regla simple, sencilla y evidente para la época, se sabía también lógicamente que existía el embarazo, pero las ciencias médicas no aportaban datos para resolver el problema.

El Derecho Romano consideraba que durante la gestación no había una criatura humana, en el estado en que se encontraba no podía realizar ninguna actividad jurídica, pero sí le proporcionaba protección por otros medios, le daba derechos si nacía vivo y había leyes penales contra el aborto.

Se adoptaba el criterio de la autonomía: cuando se nace se comienza a ser autónomo y por ende hay sujeto de derecho.

De a poco se va dejando de lado esta postura lo que se ve reflejado a partir del Código de Prusia de 1794 que en su artículo 10 dispone “Los derechos comunes a la humanidad pertenecen a los hijos que no son aun nacidos a contar desde el momento de su concepción”.

Luego de ello y ya en los finales del siglo XIV Freitas proyecta: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido.”

El Código Civil argentino adhiere a este pensamiento y dispone en su art.70 que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.”

Vemos que se abandona la teoría de la autonomía para adjudicar los derechos en función de la existencia de la persona.

El problema hoy:

En la actualidad hay principalmente tres teorías acerca del comienzo de la persona humana: la teoría de la fecundación, la teoría de la singamia y la teoría de la implantación, haremos una breve reseña de cada una.

## **2.1. TEORIA DE LA FECUNDACION.**

Esta teoría sostiene que desde el instante en que el espermatozoide penetra el óvulo, existe un ovocito fecundado denominado cigoto, el cual es una célula producto de la unión de los 23 cromosomas del padre y los 23 de la madre originándose, desde dicho momento, la existencia de una persona distinta y autónoma la cual posee toda la información genética necesaria para considerarla un nuevo ser. La Academia Nacional de Medicina, en una solicitada publicada en el año 1995, se expidió, en términos claros

diciendo que “La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno.”<sup>4</sup>

En el Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010, la Academia Nacional de Medicina reitera:

1) Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país.

2) Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano.

3) Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento.

4) Que el derecho a la “objeción de conciencia” implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art.14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional).

## **2.2. TEORÍA DE LA SINGAMIA.**

La segunda teoría es la que sostiene que existe vida humana a partir de la unión de los pro núcleos del óvulo y del espermatozoide, lo cual ocurre entre las 18 a 20 horas, aproximadamente, hay quienes llevan el tiempo hasta los 14 días, luego de la penetración del espermatozoide en el óvulo. Momento a partir del cual se sostiene, comienza la transmisión de la información genética de los gametos generándose una nueva célula única e independiente, denominada cigoto.-

---

<sup>4</sup> Comunicado de la Academia Nacional de Medicina. Publicada como “Solicitada” en el diario “LA NACIÓN” el día 23 de Septiembre de 1995.

### **2.3. TEORÍA DE LA IMPLANTACION.**

Esta postura, que es la que toma el proyecto de modificación del código civil que está en tratamiento en el Congreso Nacional, considera que el comienzo de la persona se inicia con la anidación o implantación del embrión en la pared uterina, hecho que ocurriría entre el día séptimo y decimocuarto después de la fecundación, sobreviniendo también la aparición de la denominada cresta neural, la cual dará origen al sistema nervioso (los que sostienen esta teoría dicen que se concreta a los 14 días y dan a este hecho como comienzo de la existencia de la persona), sostienen que “antes de la implantación el cigoto carece de dos características propias de cualquier individuo de la especie humana: la unicidad (capacidad de ser único e irrepetible) y unidad (ser uno solo)” ( Bergel, Salvador D., Minyersky, Nelly, 2003 pag.287)

Como vemos la determinación del momento en que comienza la existencia de la persona ha despertado siempre el interés de la doctrina, pues sus implicancias y efectos se presentan en abundancia. En el actual escenario biotecnológico dichas implicancias resultan aún más concretas y difíciles de eludir, pues el desarrollo de nuevas técnicas de creciente accesibilidad genera diversas situaciones que el derecho debe regular. Somos partidarios en este trabajo de entender que la teoría de la fecundación es la que se adecúa a nuestro sistema legal y al sistema moral de nuestro país. El embrión es “en sí mismo”, por lo tanto posee dignidad humana la cual debe ser respetada y garantizada y toda vez que existan dudas sobre el comienzo de la existencia, debemos estar siempre a favor de la vida y en pos de la parte más débil, el embrión (Indubio Pro Embrión).-

Siguiendo esta misma línea el Dr. Jorge Varela del Solar considera que el embrión goza de la categoría general correspondiente al género humano señalando: “Nuestra posición es que el género humano no es dado por el nacimiento sino por la unión de los gametos constitucionales genéticos; el nacimiento no provee el género sino que tan solo hace cambiar la forma de vida humana desde intrauterina a extrauterina; es pues un fenómeno fisiológico y no ontológico”. (VARELA DEL SOLAR, 1980, pag.195.)

El Dr. Ángel Serra (2003) concluye un extenso trabajo dedicado al comienzo de la vida de la siguiente forma:

-La definición del estatus ontológico del embrión humano es una cuestión urgente. Comités nacionales e internacionales y diversos gobiernos son muy conscientes de esta urgencia; pero todo esfuerzo por encontrar un consenso aunque sólo sea sobre algunos puntos fundamentales parece frustrarse.

El gran obstáculo para alcanzar tal definición, a fin de poder reconocer la dignidad y los derechos del embrión, lo constituye la posición contraria que fue originalmente tomada en el seno del Comité Warnock, y que ha llegado a ser una norma generalmente aceptada y hoy profunda y fuertemente enraizada.

En el capítulo 11 del Informe final, donde se consideraba el problema de la experimentación sobre el embrión humano, se lee: «Mientras que, como se ha visto, la temporización de los diferentes períodos del desarrollo es crítica, apenas ha comenzado el proceso, no hay ninguna particularidad del proceso de desarrollo que sea ya más importante que otra; todo forma parte de un proceso continuo, y si cada período no sucede normalmente, en el tiempo justo y en la secuencia correcta, el desarrollo ulterior cesa» . Sigue, entonces, una segunda aseveración: «Por eso, biológicamente no se puede identificar en el desarrollo del embrión un estadio singular al margen del cual el embrión in vitro no debería ser considerado con vida». Evidentemente la lógica científica habría llevado a los miembros del Comité a nuestra misma conclusión: el ciclo vital de cada ser humano se inicia cuando los dos gametos se funden. Parecería entonces que el derecho a la vida del embrión hubiese sido reconocido desde el estadio de cigoto. y desde este estadio, en el que se inicia la vida de un nuevo ser humano, ésta no debería ser interrumpida.

No obstante esto, tras haber tomado en consideración un amplio espectro de opiniones sobre el problema de la investigación y de la experimentación sobre el embrión humano, el texto poco después prosigue así: «Sin embargo, se ha convenido que ésta es un área en la que se debe tomar alguna decisión precisa, a fin de calmar la preocupación del público». y la decisión, tomada por mayoría, se expresó así: «A pesar de nuestra división sobre este punto, la mayoría de nosotros recomienda que la legislación debería conceder que la investigación pueda conducirse sobre cualquier embrión obtenido mediante fertilización in vitro, cualquiera que sea su procedencia,

hasta el término del día 14 de la fertilización. La contradicción lógica con las afirmaciones precedentes es evidente y fue entonces cuando se introdujo el término «pre-embrión», propuesto precisamente por un miembro del propio Comité, a fin de «no polarizar la cuestión ética» a la cual no se podía sustraer. Y es sobre este terreno donde se ha desarrollado el disenso, que ha contribuido a obscurecer los datos genéticos y embriológicos hasta ahora evidentes.- (SERRA, 2003, pág. 314 y ss.)

La notable médica genetista mejicana María del Pilar Calva Mercado dice en su obra Introducción a la Bioética:

### **“Evidencias genéticas del estatuto humano del embrión**

#### 1. La individualidad genética del cigoto:

Desde el momento mismo de la fecundación inicia la existencia de una nueva vida específicamente humana dotada de un código genético único e irrepetible, no idéntico ni al de la madre ni al del padre.

El proyecto genoma humano ha demostrado que un ser humano es distinto a otro en menos del 1% de sus genes, esto es lo que lo hace individual, y esta realidad se observa desde que fuimos cigotos.

Durante el desarrollo embrionario, conforme se dividen y especializan las células, nada nuevo es aprendido por el DNA, sino progresivamente muchas cosas son olvidadas. La información está escrita desde la primera célula y no será progresivamente escrita en otras. Esto no es una teoría ni una suposición, sino la información que la genética ha constatado sin lugar a duda.

#### 2. La continuidad de su desarrollo.

Durante el desarrollo progresivo del embrión, desde cigoto, la primera célula se divide y se organiza sin cesar hacia su plenitud. Todo se realiza en el tiempo según un proceso continuo e ininterrumpido fijado por el programa inicial (genoma humano).

Es necesario recordar el carácter potencial de la información genética por el cual lo que está presente en el patrimonio genético no es formalmente el cerebro ni

ningún otro órgano, sino únicamente el programa de su formación futura. Sin embargo, aunque no sea una presencia formal, tampoco se trata de una posibilidad abstracta e indeterminada, sino real, materialmente presente en la estructura química del ADN con sus características específicas e individuales. La ciencia nos conduce a afirmar que si ello no fuese humano desde el inicio de su vida individual en la concepción, no se volvería jamás.” (CALVA MERCADO, 2011 Pág. 74)

Como vemos, tras lo desarrollado precedentemente se ha discutido mucho y se seguirá discutiendo cual es el momento en que comienza la vida, por nuestra parte consideramos que la vida comienza desde la concepción sea esta intra o extra uterina.

### **3.- Concepto de concepción:**

El vocablo concepción 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 pronucleos, 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 de funcionar 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."(CALVA MERCADO, 2011, pag.76).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que "...El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario"<sup>5</sup>

En el ámbito de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se ha establecido que "en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica"<sup>6</sup> En tal orden de ideas, "La concepción se produce al momento de la fertilización, y desde ese instante hay vida humana, conforme lo determinado por los arts. 63 y 70 del Código Civil y al art. 4 apartado primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> CSJN. (Fallos: 325-1-303).

<sup>6</sup>CNCiv., Sala I, 1999/12/03; LA LEY, 2001-C, 824; J.A., 2000-III-630; ED, 185-412, con nota de Benavente, M. I. El comienzo de la vida. La protección jurisdiccional a la luz del derecho argentino vigente.

<sup>7</sup> J.Fed.Córdoba n° 3, 1999/08/26; LLC, 2000-263, con nota de Castellanos, S. F. - DJ, 2000-I-526.

## **CAPITULO 2: ASPECTOS TÉCNICOS.**

### **1. Técnicas de reproducción asistida:**

Analizaremos las distintas técnicas de reproducción asistida conforme a su aparición histórica.

#### **INSEMINACIÓN ARTIFICIAL:**

Es la primera técnica que se usó en seres humanos, su uso hoy está generalizado en veterinaria siendo de gran utilidad y trae importantes beneficios económicos.

Esta técnica se usa especialmente para casos de esterilidad masculina, generalmente dicha esterilidad se debe a la carencia de espermatozoides en el semen por lo que se recurre a un donante y con el semen del mismo se insemina a la mujer en el momento más propicio de su ciclo. Se ha establecido una ficción legal por la cual al concebido se lo tiene por hijo del esposo de la mujer inseminada.

Hoy existen bancos de esperma donde la mujer puede comprar el semen del donante cuyas condiciones físicas le parezcan mejor.

Hay otros casos en que los espermatozoides son pocos, por lo cual, se concentran las distintas muestras tomadas a lo largo de un tiempo y se insemina a la mujer en su mejor momento de fertilidad.

#### **TECNICAS DE FERTILIZACIÓN “IN VITRO”**

Primeros pasos:

Estas técnicas se inician con los estudios del ginecólogo Steptoe y el Biólogo Edwards, ambos ingleses, en los años sesenta y setenta culminando con el nacimiento de Louise Brown, logrado mediante la fecundación in vitro de un óvulo de un ciclo normal.

Estas técnicas nacieron para tratar casos de esterilidad, provocados por obstrucción de las trompas de Falopio. Se toma un óvulo se lo fecunda in vitro y luego se lo implanta en el útero atrás de la obstrucción que provoca la infertilidad.

El problema mayor de esta técnica es que es difícilísimo obtener un óvulo del ciclo natural de la mujer.

#### HIPERESTIMULACION Y CRIOCONSERVACION DE EMBRIONES.

La dificultad en obtener óvulos de un ciclo normal hizo que se idearan métodos para estimular la ovulación y lograr que estos maduraran en forma simultánea.

Esto se logró medicando a la mujer con clomifeno y gonadotropinas lo que llevó a que se pudieran obtener hasta doce óvulos por ciclo. Pero esto no solucionó el problema, pues las técnicas de crioconservación de los óvulos no tenían mucho éxito, estudios posteriores llevaron a que se comprobara que si se congelaban los óvulos ya fecundados, llamados embriones, tenían más resistencia.

Por lo que se obtenían óvulos, mediante la hiperestimulación, se fecundaban varios y se implantaban tres, el resto se congelaba, para usarlos si fallaba la primera implantación.

Aunque las técnicas han mejorado, la mayoría de los embriones se deterioran en el proceso, lo que ha llevado a las parejas cuando quieren intentar un nuevo embarazo a usar espermatozoides y óvulos “nuevos”.

En muchos países está prohibida la crioconservación por la cantidad de embriones que mueren o se deterioran y solo permiten la fecundación de los que se implantarán en el seno materno. Algunos países admiten la crioconservación por un corto tiempo si es debido a dificultades en la implantación inmediata.

Estas técnicas llevan inexorablemente a la selección embrionaria, los médicos que las practican dicen con sarcasmo que si una pareja quiere tanto un hijo ellos deben darle el mejor posible.

Los embriones son observados por microscopio y eventualmente punzados para obtener células que son sometidas a estudio genético mediante la técnica de la reacción en cadena de la polimerasa (PCR) que logra una muestra amplificada del ADN y con ello se descarta el embrión que pueda tener una enfermedad hereditaria.

Debido al bajo éxito de las transferencias embriológicas, se intenta aumentarlo mediante la implantación de mayor cantidad de embriones.

Pero como esta implantación múltiple lleva a que si se logran anidar, o prender, varios embriones, eso llevaría a que se pudiera perder el embarazo. Debido a esto algunos médicos con gran inventiva realizan luego la punción del cordón umbilical y proceden, aprovechándose de la técnica de exsanguinotransfusión, proceden solo a la exsanguinación por lo que logran que el feto muera y sus restos sean reabsorbidos por su madre. Con ello llegan, a lo que los padres y el equipo querían, tener la cantidad de hijos deseados.

**INYECCION INTRACISTOPLASMATICA DE GAMETOS – ICSI.** (Por sus siglas en Ingles).

Esta técnica consiste en forzar mecánicamente la fecundación de un espermatozoide sano, del varón, que se introduce en el óvulo mediante una micro pipeta.

**GIFT.** (Gamete intra fallopian transfer).

Esta técnica muy usada por los pacientes católicos consiste en trasladar óvulos y espermatozoides, separados, a la trompa de Falopio donde habrá más posibilidades que fecunden. Con ello evitan la fecundación in vitro.

## **2. Crioconservación:**

La crioconservacion es un proceso mediante el cual se congela material biológico reduciendo su actividad metabólica y preservando su viabilidad. Se utiliza cuando hay que mantener la viabilidad durante un tiempo prolongado.

El proceso se realiza mediante una cámara de congelación controlada por computación. Se congela mediante el uso de nitrógeno líquido. Se debe controlar la

velocidad de congelación para evitar la formación de cristales o el deterioro del material por fenómenos osmóticos. El material se conserva a temperaturas inferiores a  $-190^{\circ}\text{C}$ .

Las fases del procedimiento son: 1) Exposición preliminar al crioprotector, a los fines de reducir los daños de cristalización de las células. 2) Reducción progresiva de la temperatura hasta los  $-196^{\circ}$ . 3) Almacenamiento de los embriones recientemente congelados. 4) Descongelamiento de los mismos. 5) Diluir y lavar el crioprotector a los fines de restituir las microcondiciones fisiológicas adecuadas y permitir así el desarrollo del embrión. Las fases más críticas son el congelamiento y descongelamiento de los embriones.

Esta acción no es neutra, ni biológica ni moralmente. El hecho de congelar y descongelar puede producir daños irreversibles en los embriones humanos y les pueden causar la muerte. De hecho, las tasas de mortalidad se sitúan entre un 30 y un 35 % de mortalidad de los embriones congelados.

Esta técnica ha tomado un enorme auge por la gran cantidad de fallas en las transferencias que se realizan en las técnicas de fecundación in vitro y el alto costo de las mismas.

La gran cantidad de los llamados embriones supernumerarios producidos por este tipo de fecundación hacen técnicamente necesario la utilización de la crioconservación.

Las primeras investigaciones en criobiología se efectuaron, alrededor de los años setenta, con animales, recién en los ochenta se comenzó a investigar con material humano. Hasta entonces los embriones no utilizados se tiraban o se usaban para otras investigaciones.

“En la criobiología, los procesos de crioconservación pueden controlarse de forma que el daño que sufran las células sea mínimo y, por tanto, la recuperación sea máxima. La congelación incontrolada de células puede producir la formación de hielo intracelular o daños osmóticos, pero existen diversas formas para intentar evitar estos daños. La más eficiente es la congelación controlada mediante congeladores programados alimentados por nitrógeno líquido. Cuando se baja la temperatura rápidamente, de  $-5$  a  $-15^{\circ}$ , la formación de hielo en las células aumenta también rápidamente. Si, por el contrario, el congelamiento procede lentamente, la salida gradual

de las agua de las células no permite o al menos reduce la formación de cristales de hielo en el citoplasma. Según sea el tipo de células, la velocidad del congelamiento puede influir en la supervivencia de la misma crioconservación.

El descongelamiento debe ser, según algunos autores, a máxima velocidad, pues la lentitud consiente el aumento de volumen de cristales que se forman en el citoplasma, disminuyendo así la posibilidad de supervivencia celular”. (FRIEDLER, S., - GIUDICE, L. C., - LAMB, E. J., 1988).

Estas técnicas plantean un dilema ético-legal al cual le debemos el tratamiento que se merece. Las discusiones y planteos están en plena efervescencia por un lado están quienes, como nosotros, opinan que estas prácticas son atentatorias contra la dignidad humana y que el ser “poco” o “mas” persona no cambia la obligación de respetar esa dignidad, y por el otro los que niegan humanidad al embrión o como lo llaman ahora preembrion.

Los que defienden la congelación dicen salvar a los embriones supernumerarios, cuando por cualquier dificultad no se los puede transferir al seno materno, pero no aseguran que se salvaran en un futuro ya sea porque gran cantidad de ellos mueren en el proceso de descongelamiento o porque nunca se los descongele.

El derecho del embrión a desarrollar su teleología inmanente y de llegar con autonomía hacia su propio fin se ve coartada por la congelación.

### **CAPITULO 3: ASPECTOS ETICOS.**

Vemos que desde el inicio de las investigaciones allá por los años sesenta hasta hoy en día la discusión sobre la ética de las técnicas de reproducción asistida ha sido incansable y dicha discusión no ha llegado a su fin y es posible que nunca se acabe dado las posturas casi extremas que están en boga.

Desde siempre, los seres humanos hemos intentado ponernos de acuerdo sobre estos juicios críticos sin llegar a lograrlo casi nunca. Es que las convenciones humanas son siempre el resultado de intereses o ideologías, y por lo tanto son cambiantes. Numerosas escuelas filosóficas, sin embargo, han procurado – honradamente- un cierto ordenamiento de los pensamientos y también de los objetivos que sobre cuestiones de ética se registran en el mundo de hoy.

El conocido filósofo español, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Diego GRACIA GUILLEN (1989) sostiene que prácticamente todas las corrientes filosóficas en ética pueden incluirse en dos categorías: aquellas que adoptan un criterio “dilemático” y las otras que enfocan las cuestiones con un sentido “problemático”. En el primer caso se trata de dos alternativas posibles una de las cuales será excluida. El enfoque problemático tiene su objetivo centrado más en el procedimiento que en la conclusión final. Es que, según quienes sostienen la primacía del procedimiento sobre el objetivo, no es seguro que los problemas morales tengan siempre una solución, y que, de existir, esa solución sea única y la misma para todos.

Ya Aristóteles (1112ª a 1140ª) decía “nadie delibera acerca de cosas que son invariables, sino sobre las cosas que pueden realmente ser de otra manera.” (ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco* pag.89.) Este es el verdadero origen del problematismo moral, que no significa aceptar un relativismo fácil en el que todo vale, sino, por el contrario, la necesidad de un análisis profundo en el que los consensos facticos sean secundarios, o aun reemplazados, por la reflexión y el intercambio de ideas.

Nos gustaría también siguiendo el concepto de la española Adela Cortina distinguir entre los conceptos de “ética” y “moral”:

“La moral es el conjunto de códigos o juicios que pretenden regular las acciones concretas de los hombres referidas ya sea al comportamiento moral individual,

social o respecto a la naturaleza, ofreciendo para esto normas con contenido, ella trata de responder a la cuestión “que debo hacer”; la ética por su parte, constituye un segundo nivel de reflexión...En ella la pregunta sería “ por qué debo”,... la ética tiene que dar razón mediante reflexión filosófica ( conceptual y con pretensiones de universalidad ) de la moral.(CORTINA A.2000,Pag.32)

Haremos una breve enumeración de textos históricos sobre la ética en la praxis de la medicina para tener una noción de los intereses morales de nuestros ancestros.

El antecedente más remoto de normas para el ejercicio de la medicina, el Código de Hammurabi, del año 1760 antes de Cristo, constituye uno de los conjuntos de leyes más antiguos y mejor conservados de la Antigua Mesopotamia. Se basa en la aplicación de la ley del Tali3n y en 3l se establece que: “si un medico ha llevado a cabo una operaci3n de importancia en un se3or con una lanceta de bronce y ha curado a ese se3or o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un se3or con la lanza de bronce y ha curado el ojo de ese se3or, recibir3 diez siclos de plata. Ahora bien si destruye el ojo o lo mata, al m3dico se le amputara la mano. Si es practicada en un hijo de un subalterno, recibir3 cinco siclos de plata. Si en un esclavo, su propietario dar3 al m3dico dos siclos de plata. Pero si lo mata entregara esclavo por esclavo.

El otro documento que tiene gran importancia, a3n en nuestros tiempos, ya que ha sido tomado como base para la redacci3n de otros c3digos de conducta para el arte de curar, es el c3lebre Juramento Hipocr3tico atribuido a quien es considerado el padre de la medicina: Hip3crates de Cos (460-355 a.C.). Su texto dice as3:

“Juro por Apolo m3dico, por Asclepio, Higiea y Panacea, as3 como por todos los dioses y diosas, poni3ndolos por testigos, dar cumplimiento en la medida de mis fuerzas y de acuerdo con mi criterio a este Juramento y compromiso: Tener al que me ense3n3 este arte en igual estima que a mis progenitores, compartir con 3l mi hacienda y tomar a mi cargo sus necesidades si le hiciere falta; considerar a sus hijos como hermanos m3os y ense3narles este arte, si es que tuvieran necesidad de aprenderlo, de forma gratuita y sin contrato; hacerme cargo de la preceptiva, la instrucci3n oral y todas las dem3s ense3anzas de mis hijos, de los de mi maestro y de los disc3pulos que hayan suscrito el compromiso y est3n sometidos por juramento a la ley m3dica, pero a nadie m3s. Har3 uso del r3gimen diet3tico para ayuda del enfermo, seg3n mi capacidad y recto

entender: del daño y la injusticia le preservaré. No daré a nadie, aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia. Igualmente tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo. En pureza y santidad mantendré mi vida y mi arte. No haré uso del bisturí ni aún con los que sufren el mal de piedra: dejaré esa práctica a los que la realizan. A cualquier casa que entrare acudiré para asistencia del enfermo, fuera de todo agravio intencionado o corrupción, en especial de prácticas sexuales con las personas, ya sean hombres o mujeres, esclavos o libres. Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré teniéndolo por secreto. En consecuencia séame dado, si a este juramento fuere fiel y no lo quebrantare, el gozar de mi vida y de mi arte, siempre celebrado entre todos los hombres. Mas si lo transgredo y cometo perjurio, sea de esto lo contrario". (PAN, J.R., 2005,pag 56).

La principal revisión moderna de este Juramento fue llevada a cabo en 1984, en Ginebra, por la Asamblea de la World Medical Association, cuya resultante es conocida como Declaración de Ginebra y suele ser el juramento médico alternativo por excelencia. La letra dice:

PROMETO SOLEMNEMENTE consagrar mi vida al servicio de la humanidad;

OTORGAR a mis maestros el respeto y la gratitud que merecen;

EJERCER mi profesión a conciencia y dignamente;

VELAR ante todo por la salud de mi paciente;

GUARDAR Y RESPETAR los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente;

MANTENER, por todos los medios a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica;

CONSIDERAR como hermanos y hermanas a mis colegas;

NO PERMITIRÉ que consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor se interpongan entre mis deberes y mi paciente;

VELAR con el máximo respeto por la vida humana;

NO EMPLEAR mis conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas, incluso bajo amenaza;

HAGO ESTAS PROMESAS solemne y libremente, bajo mi palabra de honor.

En tiempos modernos las primeras normas de bioética tuvieron su origen como reacción a atrocidades cometidas en nombre de la investigación médica, ejemplo de ello es el Código de Nüremberg este es considerado el punto de partida de la necesidad de reflexión moral y de la urgencia de establecer pautas y regulaciones para cualquier procedimiento medico o experimental sobre seres humanos.

En este Código se fijan diez cuestiones fundamentales a fin de satisfacer los requisitos de la moral, la ética y el derecho:

1. El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona afectada deberá tener capacidad legal para consentir; deberá estar en situación tal que pueda ejercer plena libertad de elección, sin impedimento alguno de fuerza, fraude, engaño, intimidación, promesa o cualquier otra forma de coacción o amenaza; y deberá tener información y conocimiento suficientes de los elementos del correspondiente experimento, de modo que pueda entender lo que decide. Este último elemento exige que, antes de aceptar una respuesta afirmativa por parte de un sujeto experimental, el investigador tiene que haberle dado a conocer la naturaleza, duración y propósito del experimento; los métodos y medios conforme a los que se llevará a cabo; los inconvenientes y riesgos que razonablemente pueden esperarse; y los efectos que para su salud o personalidad podrían derivarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad de evaluar la calidad del consentimiento corren de la cuenta de todos y cada uno de los individuos que inician o dirigen el experimento o que colaboran en él. Es un deber y una responsabilidad personal que no puede ser impunemente delegado en otro.

2. El experimento debería ser tal que prometiera dar resultados beneficiosos para el bienestar de la sociedad, y que no pudieran ser obtenidos por otros medios de estudio. No podrán ser de naturaleza caprichosa o innecesaria.

3. El experimento deberá diseñarse y basarse sobre los datos de la experimentación animal previa y sobre el conocimiento de la historia natural de la enfermedad y de otros problemas en estudio que puedan prometer resultados que justifiquen la realización del experimento.

4. El experimento deberá llevarse a cabo de modo que evite todo sufrimiento o daño físico o mental innecesario.

5. No se podrán realizar experimentos de los que haya razones a priori para creer que puedan producir la muerte o daños incapacitantes graves; excepto, quizás, en aquellos experimentos en los que los mismos experimentadores sirvan como sujetos.

6. El grado de riesgo que se corre nunca podrá exceder el determinado por la importancia humanitaria del problema que el experimento pretende resolver.

7. Deben tomarse las medidas apropiadas y se proporcionaran los dispositivos adecuados para proteger al sujeto de las posibilidades, aun de las más remotas, de lesión, incapacidad o muerte.

8. Los experimentos deberían ser realizados sólo por personas calificadas científicamente. Deberá exigirse de los que dirigen o participan en el experimento el grado más alto de competencia y solicitud a lo largo de todas sus fases.

9. En el curso del experimento el sujeto será libre de hacer terminar el experimento, si considera que ha llegado a un estado físico o mental en que le parece imposible continuar en él.

10. En el curso del experimento el científico responsable debe estar dispuesto a ponerle fin en cualquier momento, si tiene razones para creer, en el ejercicio de su buena fe, de su habilidad comprobada y de su juicio clínico, que la continuación del experimento puede probablemente dar por resultado la lesión, la incapacidad o la muerte del sujeto experimental. (Traducción: Gonzalo Herranz 1992.)

Las dos posturas más relevantes y por ello tal vez las que son más opuestas en nuestro tema de investigación específico, son, por un lado el informe Warnock (1984) y por el otro la declaración Donun Vitae de la Congregación para la Doctrina de la Fe (1987).

El Informe WARNOCK:

El comité presidido por la filósofa inglesa Mary Warnock cito para la realización de su dictamen a personas destacadas de todas las tendencias ideológicas y religiosas.

Del mismo informe surge que el resultado de las discusiones fue desilusionante. Hubo opiniones de todo tipo a favor y en contra las primeras básicamente basadas en que las técnicas son una liberación del hombre de la naturaleza las últimas se basaron generalmente en cuestiones religiosas y antropológicas.

Como el comité estaba llamado a dar opinión sobre una futura ley y se encontraba presionado por los intereses de los laboratorios y clínicas opto por una solución práctica y salomónica pero de lo más extraña, INVENTO el así llamado desde entonces pre-embrión.

Esta nueva clase, de ser, sería el embrión hasta los catorce días de vida. Luego de estos sería un embrión propiamente dicho. Esta nueva creación sin ningún argumento científico, valido, fue tomada por los industriales como una verdad revelada.

Lo cierto es que no existe ningún cambio ni salto cualitativo alguno que justifique este “pre-ser”, que luego pasa automáticamente a “ser”, de ser nada pasa a ser humano.

La declaración DONUN VITAE.

Básicamente dice que el progreso técnico es algo bueno siempre que esté al servicio del hombre y sus valores fundamentales.

Cuáles son los valores que están en juego en estas técnicas, principalmente dos, uno la vida humana el otro es la alteración de aspectos esenciales a la transmisión de la vida humana, que debe respetar los valores inherentes a la sexualidad.

Una gran valla a la creciente destrucción de embriones para crear células madres son los estudios que con gran éxito viene realizando el premio nobel 2012 el Dr. Shinya Yamanaka Director del Centro para IPS Cell Resaerch and Aplication, dependiente de la Universidad de Kyoto (Japon) quien ha conseguido a partir de células de adulto células madres pruripotentes inducidas (IPS) que poseen la capacidad de convertirse en cualquier estirpe celular diferenciada. Hasta estos estudios e investigaciones se creía que esa posibilidad era exclusiva de las células madres embrionarias.

Gracias a este descubrimiento esperamos que los grandes laboratorios y clínicas dedicados a las técnicas de fertilización asistida se vean obligados, por supuesto por una razón meramente económica, a abandonar la superproducción de embriones.

Lamentablemente el uso de la técnicas que estamos analizando se ha desvirtuado enormemente y de técnicas creadas para paliar la infertilidad se han convertido en la mayoría de los países en métodos para la obtención de gran cantidad de embriones que se usan para crear células madres y para la obtención de medicamentos.

Con la excusa de los avance médicos se utilizan y en su gran mayoría se destruyen miles de embriones por día, la sociedad en general no ha reaccionado en contra de esta manipulación de los embriones o sea de la vida humana, nosotros creemos que por falta de información.

No es raro que sea Alemania el país con legislación más severa, casi prohibitiva de estas prácticas, la sociedad alemana después del paso de las dos guerras mundiales y de haber pasado la experiencia del nazismo se ha opuesto a toda posible manipulación genética.

Nosotros desde nuestro pequeño lugar del Derecho debemos ayudar a la sociedad e informarla adecuadamente para que comprenda y luego decida si darle un hijo a quien no puede concebirlo naturalmente, un fin loable de por sí, justifica cualquier medio.

Desde ese lugar creemos en la necesidad de recordar que todo progreso científico debe contribuir a la consecución del valor HUMANIDAD siempre superior al valor UTILIDAD, con ello contribuiremos a un mundo más humanizado donde la dignidad de la persona sea respetada y no reducida a una cosa (res).

Estamos hoy frente a una gran paradoja, nos llenamos la boca con los derechos humanos y sin embargo atacamos el principal el derecho a la vida. Debemos recalcar que el bien particular debe alcanzarse dentro del bien común.

No debemos confundir sabiduría con técnica y menos si a través de esta se anula la dignidad de la persona en aras a cumplir con los deseos del individuo.

Otro de los derechos que de alguna forma se encuentra en sumo riesgo es el derecho a la identidad y a saber la verdad biológica. Derecho este de raigambre constitucional al incorporarse a nuestra constitución distintos tratados internacionales con rango constitucional.

Derechos estos que trascienden el llamado “estado de familia” para revelar el derecho de cada uno a conocer su verdad personal, su historia única e irrepetible que no puede ser cercenada.

## **CAPITULO 4: Aspectos jurídicos**

### **1. TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS**

#### **1.1. Concepto:**

La doctrina de los actos propios expresada en los vocablos latinos "nemo contra factum proprius venire potest" ó " venire contra factum proprios nemo potest" y que es común sintetizarla: como que nadie puede ir o volver válidamente sobre o contra sus propios actos, tiene sus orígenes tanto en el derecho alemán con la llamada, VERWIRKUNG y en el derecho inglés cuyo instituto lleva el título de ESTOPPELL, como en la jurisprudencia española.

Siguiendo la opinión del Dr. Alejandro Borda (1986) la buena fe y también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos, y no puede –por tanto- ejercer una conducta incompatible con la asumida anteriormente.

## **1.2. Antecedentes**

### **1.2.1 Derecho Romano e intermedio.**

La doctrina de los actos propios no fue formulada como concepto, como teoría completa y sistemática por el derecho romano. Sin embargo, sus gérmenes sí se encuentran ahí. En el derecho romano se dieron varias soluciones prácticas a casos aislados que posteriormente sirvieron para fundamentar toda esta doctrina.

El análisis de los romanos fue casuista, y de hecho lo más importante para ellos no fue la contradicción, sino resolver cada caso de la forma más justa.

De esos casos concretos acontecidos en el derecho romano, lo que se puede extraer es que resulta prohibido para una persona el promover un conflicto que vaya en contraposición con lo que ella misma ha hecho antes. Es intolerable que quien ha actuado en forma determinada posteriormente actúe en forma contraria.

En el derecho romano se formuló también la regla de que nadie está autorizado a invocar su propia torpeza.

La idea de esta regla es que una persona que ha cometido una irregularidad no puede después pretender beneficiarse de ella. Como ejemplo que no puede el donante intentar revocar la donación alegando que fue realizada en fraude de terceros. Finalmente se desarrolló en el derecho romano la idea de que no es lícito renunciar a una obligación ya constituida o dejar de cumplir lo pactado, o desconocer una declaración de voluntad. En términos generales, se puede afirmar que del derecho romano se extraen las ideas originales de la doctrina de los actos propios, más no surge la doctrina en sí como regla.

En el Derecho Intermedio, entendiéndolo que se refiere al período que arranca en el siglo XI y concluye con las codificaciones y la formación de los derechos nacionales se lleva a cabo una generalización de esos casos aislados y particulares conocidos por el derecho romano. La elaboración de una teoría concreta de esta doctrina, en todo caso, no se dio ni se ha dado a la fecha. En esta época ya se señalan excepciones a la doctrina de los actos propios. Por ejemplo, tratándose de un contrato nulo o contrario a la ley, quien lo haya celebrado puede impugnarlo; también se dice que una persona puede impugnar sus propios actos, cuando esa impugnación la lleva a cabo en representación de un tercero y no en su propio interés.

### 1.2.2 El Derecho inglés

En el derecho inglés se desarrolló una institución que en cierta forma guarda íntima relación con la doctrina de los actos propios. Se trata del “ESTOPPEL”. Por ello se entiende la doctrina que establece que dentro de un proceso una persona no puede mantener una alegación que contradiga una manifestación o conducta suya previa. Por ejemplo pretender acreditar en un proceso la falsedad de un hecho confesado como cierto. El estoppel de esa forma, al igual que la teoría de los actos propios, impide incurrir en conducta contradictoria, sin importar la mala fe de quien incurre en este tipo de conducta, y más bien protegiendo la buena fe de quien confió. Para definir el este instituto se indica que dada una afirmación clara respecto a un estado actual de cosas, emitida por un determinado sujeto, la persona que ha confiado en esa afirmación puede hacer valer una herramienta defensiva, que es precisamente el estoppel, para impedir que una nueva alegación contraria a la anterior le afecte.

En la doctrina del estoppel se da una presunción *iuris et de iure*, que impide que una persona afirme o niegue que un hecho existe, si ha expresado lo contrario mediante una conducta previa en contrario, si con esta actitud perjudica a un tercero que ha confiado en la posición inicial. Etimológicamente, Estoppel significa estorbo, detención, obstáculo. Las características generales son:

Tiene como raíz o fundamento la protección objetiva de la apariencia jurídica. Impide la conducta contradictoria.

Es una regla de juego limpio (*fair play*) dentro del proceso. Para algunos doctrinarios no tiene eficacia fuera del proceso; para otros autores como BORDA “la contradicción podría haber ocurrido en actos y conductas extraprocesales, pero el estoppel siempre se hará valer dentro del proceso.” (BORDA A.1986. Pág. 29. )

Permite fundamentar una oposición o defensa, no una acción. Sin que coincida con el concepto de excepción porque se admite que la medida de defensa en general pueda ser aplicada por el actor, por ejemplo frente a una excepción.

Tiene eficacia entre el sujeto que alega y el sujeto pasivo de esa alegación; no en relación con terceros.

No importa la mala fe del que quedará paralizado (*estopped*), sino la buena fe de quien confió en su comportamiento.

Como medio de defensa que es, debe ser alegado por la parte interesada, sin que pueda ser aplicado de oficio por el Tribunal.

Sólo puede ser invocada por las partes, no por los terceros.

Los presupuestos serían entonces:

La actitud de un sujeto que da por cierto un estado de cosas en forma clara, en relación con el presente o el pasado, y provoca con esa posición la confianza de otro sujeto. Partiendo de esa situación de hecho, el estoppel se produciría si el estado de cosas pretende ser modificado por el mismo sujeto que provocó la confianza.

Ahora bien, conforme a la doctrina alemana existen varios tipos:

El “estoppel by record” es lo que nosotros denominamos cosa juzgada. El sentido de esta figura la explica DIEZ PICAZO así: “...ir contra la sentencia es ir contra la propia obra, en cuanto que la parte ha colaborado para que la sentencia sea dictada...”. (DIEZ PICASO,1963, pag.72) Otros autores como BORDA (1986) estiman que se explica esta figura porque quien ha colaborado con su conducta a que un punto litigioso quede decidido, no puede luego pretender contradecir.

El “estoppel by deed” impide contradecir lo declarado en un documento sellado.

El “estoppel in pais” impide contradecir los actos ejecutados en forma notoria. Ejemplo: si una sociedad certifica que una determinada persona es accionista por error, debe asumir las consecuencias que se deriven de ese error si un tercero adquiere las acciones del que aparentemente es titular.

El “estoppel by representation” impide contradecir las palabras o la conducta propias que han causado que un tercero se represente un estado de cosas en forma determinada y altere su posición jurídica. Se rige esta figura por un criterio de honestidad, y se valoran resultados objetivos.

El “estoppel by acquiescence” se presenta cuando un determinado silencio puede considerarse una representación o toma de posición. Nació en 1740 con una sentencia en la cual los Tribunales ingleses decidieron que quien ha permitido pacíficamente que otro edifique en su propiedad (siempre que el edificante ignore el derecho del propietario) debe permitir el goce del edificante sobre lo edificado, si ha intentado hacer valer su derecho una vez finalizada la obra.

Otra modalidad de estoppel es la conocida como “laches” que surge cuando un derecho se ejerce con evidente retraso por negligencia, siendo que ese retraso puede considerarse como la renuncia al derecho mismo. Se ha intentado relacionar en doctrina

esta figura con la prescripción extintiva. La posición de BORDA (1986) es crítica con respecto al laches. El entiende que el silencio o el no ejercicio de un derecho sólo puede provocar su pérdida si ha transcurrido el plazo de prescripción extintiva. Coincidimos con su posición y estimamos que en efecto admitir lo contrario sería dar lugar a una gran inseguridad jurídica, contrario a lo que se ha pretendido con las figuras de la prescripción y la caducidad.

### **1.2.3. El derecho alemán:**

La doctrina alemana también ha estudiado el tema de la desviación de la conducta de una persona en perjuicio de otra. El ordenamiento jurídico alemán considera inadmisibles la contradicción con la propia conducta, con base en la buena fe. Para algunos autores, esto tiene que ver con el abuso del derecho.

Cuentan los alemanes con una institución denominada “VERWIRKUNG”, que es una creación jurisprudencial. La definen como un caso especial de la inadmisibilidad del ejercicio de un derecho por contravención a la buena fe, o, si se prefiere, un caso especial de abuso de derecho, que se puede definir como el abuso del derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal. En estos casos el retraso se analiza como hecho objetivo (sin importar las causas), y debe aparecer como desleal e intolerable para quien ha esperado el ejercicio del derecho.

Tendríamos entonces como presupuestos de esta figura, al menos tres:

- a) Retraso en el ejercicio de un derecho
- b) Conducta contradictoria
- c) Infracción a la buena fe

### **1.2.4. El Derecho español**

La jurisprudencia en España fue la que marcó el avance de la doctrina de los actos propios. Posteriormente surge la gran obra de DIEZ PICAZO, quien hizo un esfuerzo enorme por recopilar los fallos dispersos y estudiar su sentido. El antecedente más antiguo que se conoce data de 1864, y contiene una visión estrecha, pues tiende a relacionar los actos propios con la acción de nulidad. Para la jurisprudencia española, la doctrina de los propios actos presupone siempre un proceso o situación procesal, BORDA (1986) y LOPEZ MEZA (1997) han referido que la conducta original puede

darse extraprocesalmente, lo que no contradice la jurisprudencia española; pero éste último va más allá y estima que la contradicción total puede darse en el proceso administrativo.

La jurisprudencia española a lo largo del tiempo fue generando ideas básicas relativas a la doctrina de los actos propios. Entre ellas manifestó las siguientes:

Que la doctrina de los actos propios no es de aplicación cuando el acto inicial haya sido nulo o ineficaz (Ej: contratos simulados o nulos.)

Que la doctrina de los actos propios no es de aplicación cuando los actos se ejecutaron con distinta personalidad y representación.

Que la doctrina se refiere a los actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho.

Que debe darse una contradicción evidente.

Que los actos contra los cuales no se puede accionar son aquellos trascendentales que definen la situación jurídica de su autor.

Que los actos propios han de ser consentidos con pleno conocimiento. Los actos realizados por error no vinculan a la persona.

Que los actos obstativos deben haberse realizado dentro de la misma relación jurídica que liga a las partes.

### 1.3. Naturaleza Jurídica

Según el Dr. Alejandro Borda (1986) se trata de una regla derivada del principio general de la buena fe.

Pero ¿qué es la buena fe? Este es un concepto que tiene una gran importancia en el mundo de las relaciones jurídicas. En nuestro derecho ha adquirido gran incidencia luego de la reforma de la ley 17.711 que estableció “que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art 1198).

Sin embargo para entender cabalmente el significado de la buena fe debemos distinguir entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

La buena fe subjetiva consiste en la creencia nacida de un error excusable, de que su conducta no va contra el derecho.

La buena fe objetiva consiste en la creencia y confianza que tiene un sujeto en que su declaración surtirá el mismo efecto que ha producido en casos iguales.

La teoría de los actos propios no es un principio, es una regla, pues existen comportamientos contradictorios que son admitidos y preservados por la ley, por ejemplo el derecho del testador a revocar un testamento ya otorgado, pero por ser una derivación del principio general, en este caso de la buena fe, debe respetar los parámetros del propio principio.

Y es una regla, no un principio pues:

- A. Resume el sentido de una institución.
- B. Admite excepciones.
- C. Reconoce un principio superior del cual deriva: el principio general de la buena fe.
- D. Abarca una menor cantidad de soluciones que su principio.

Por último, como dice el Dr. Borda (1986) la regla en estudio constituye una norma jurídica, ya que ha sido recepcionada legislativamente por la sanción de la ley de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art.163 inciso 5 que

establece “...La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones”. Además la teoría ha sido reiteradamente aplicada por distintos tribunales de todo el país e, incluso, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

#### **1.4. Aplicabilidad al tema investigado.**

El fallo que analizamos principalmente en este trabajo dá una importancia fundamental al contrato que firmaron las partes con el centro de fertilización IFER y sostiene que debido a la teoría de los propios actos el padre no puede ir en contra de lo firmado en el mismo.

En efecto, dice el fallo, que las partes son contestes en que acordaron, a fs. 341/342 "Programa de Criopreservación de Ovocitos Pronucleados/Embriones Autorización de Congelación", pto. 5, que ambos determinarían el futuro para cualquiera de los ovocitos pronucleados/embriones que se encuentran congelados y almacenados salvaguardando siempre la preservación de los mismos. Convinieron en que si el matrimonio se terminara por fallecimiento de ambos cónyuges o ante la imposibilidad física de recibir los ovocitos pronucleados/embriones congelados, los ovocitos pronucleados/embriones congelados fueran destinados a la donación del/de los mismo/s a una pareja infértil la que será determinada por el IFER (pto. 6 de fs. 342). Pactaron que en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría del consentimiento de ambos cónyuges para tratarlo con autoridad competente, tal como surge del ap. 7 de fs. 442.

De modo que resulta llamativa la tesitura ahora adoptada por el apelante, en la que se pone de manifiesto la contradicción en la que incurre respecto de la que sostuvo al firmar el contrato mencionado.

Es que no sólo pretende negar la naturaleza de los embriones, sino que reniega de lo expresamente pactado en el pto. 7 de la Autorización de Criopreservación en cuanto a que para el supuesto de disolución del vínculo, el consentimiento exigido por el IFER sería tramitado ante autoridad competente. Este es precisamente el trámite del presente.

La derivación directa de este principio procesal es la doctrina de los propios actos, que consiste en la práctica, en impedir a un sujeto colocarse en el proceso judicial en contradicción con su conducta anterior jurídicamente relevante. (LÓPEZ MENA, 1999).

Las 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.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha hecho uso en innumerables fallos de esta teoría:

“La doctrina de los propios actos importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, por la cual se impide el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probado en las relaciones jurídicas, pues no es posible permitir que se asuman pautas que suscitan expectativas y luego se contradigan al efectuar un reclamo judicial.”<sup>8</sup>

"Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, y toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada".<sup>9</sup>

"La doctrina de los actos propios constituye, en los términos del art. 16 del Cód. Civil, un principio general del derecho que los jueces deben aplicar cuando en el caso que se les presenta, se reúnen los elementos estructurales que posibilitan su aplicación."<sup>10</sup>

“Viene a ser la continuación de la antigua doctrina de "clean hands" hoy llamada de prohibición de ir contra los propios actos y su significado, una línea de conducta para asegurar la vigencia de la buena fe en el ejercicio de todo derecho.”<sup>11</sup>

A pesar de que el fallo de la Cámara que es base de este trabajo hace una

---

<sup>8</sup> CNCiv., Sala J, abril 30, 1996. - Repetto, José M. D. c. Club Náutico Hacoaj), L.L. To. 1997E, 1024.

<sup>9</sup> CS, marzo 17-998; LA LEY, 1998-E, 425; y otros.

<sup>10</sup> CNCiv. , sala D, febrero 13 - 984 --- D'Ambar, S. A. c. I. M. O. S.) La Ley, 1985-A, 243.

<sup>11</sup> ( CNCiv. Sala A, junio 27 - 985 --- B.L.A.c.D.M. de B., A.) La Ley, 1985-E, 151, E.D., 114-553.)

correcta exposición de los que es la teoría de los propios actos creemos que su aplicación al caso es incorrecta.

Estamos frente a un caso en que las circunstancias existentes a la firma del contrato de consentimiento cambiaron diametralmente al momento en que dicho contrato pretende aplicarse.

Vemos que cuando se firma el contrato de consentimiento informado hay dos circunstancias especiales que llevan al matrimonio a consultar al IFER sobre su problema de infertilidad: 1. Su proyecto de vida como pareja y 2. Como parte del mismo su búsqueda de un hijo en común.

Gracias a dicha consulta y al tratamiento efectuado consiguieron el tan anhelado hijo.

Como consecuencia de la aplicación de las técnicas y no como deseo de la pareja, quedaron sobrantes, cinco embriones los cuales fueron crioconservados.

La pareja se divorcia con lo cual la primera de las circunstancias que los llevó a firmar el contrato desapareció.

La segunda se cumplió.

Ergo hoy nada queda de las circunstancias que los llevaron a firmar el contrato que, la cámara, con poco criterio dice que es contradicho por el hombre (S).

No hay actos contradictorios, hay una gran imprevisión, aunque hoy lamentablemente no podríamos llamar imprevisión al divorcio.

## 2. CONTRATO DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

### 2.1. Concepto.

El consentimiento informado es una declaración de voluntad formulada libremente por el paciente, luego de recibir información suficiente y adecuada del tratamiento o intervención que se le propone, por la cual decide prestar su conformidad y someterse al mismo.

Es una noción que se desarrolla durante la relación médico-paciente recibiendo éste información suficiente y adecuada que lo capacita para tomar decisiones respecto al tratamiento de su enfermedad.

En España, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia pronunciada el 12 de enero de 2001, otorgó al consentimiento informado la calidad de derecho humano fundamental, entendiéndolo como “consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos, a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia”<sup>12</sup>

Sancho Garagallo señala que dicha declaración incurre en imprecisiones, como calificar al consentimiento informado como un derecho humano fundamental, lo que puede inducir a un error al no dejar claro “si con ello se pretende incluirlo dentro de los llamados “derechos fundamentales” que estarían sujetos a una regulación por Ley Orgánica y garantizados con una tutela judicial específica por los tribunales ordinarios y por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”<sup>13</sup>

Otros doctrinarios prefieren relacionarlo con un derecho personal para diferenciarlo de los derechos meramente patrimoniales. Se explica así que el consentimiento informado tiene relación directa con la autonomía de la persona para decidir por sí misma acerca de su vida e integridad física (autodeterminación) siendo precisamente el instrumento por el cual los individuos ejercen esta autonomía en el ámbito sanitario al requerir servicios profesionales médicos.

---

<sup>12</sup> “Sala de Lo Civil. Fecha 12 de enero de 2001”. [En línea] recuperada en 23 de noviembre de 2012 de <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=2339789&links=consentimiento%20informado&optimize=20040521>>

<sup>13</sup> SANCHO GARAGALLO, IGNACIO. “Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado”. InDret. Working Paper N° 209. Abril 2004. [En línea] recuperada el 23 de noviembre de 2012 de <http://www.indret.com/pdf/209>

Los así llamados “Derechos personalísimos” como el derecho a la vida, la dignidad, la salud, la integridad, la intimidad etc, son inherentes a la persona humana y ninguna puede ser privada de ellos. Por eso nadie puede ser sometido a tratamiento alguno sin su pleno consentimiento. La oposición a recibir tratamiento si el paciente está plenamente consciente no puede ser suplida ni con autorización judicial.

Debemos respetar al paciente que se niega a recibir tratamiento sea por la razón que fuere. Él, como toda persona, tiene derecho a disponer de su propio cuerpo siempre que ello no causare daño a terceros.

El consentimiento informado es la expresión de la voluntad libre del paciente de consentir o no cualquier práctica o tratamiento que se le practique. Dicha voluntad es totalmente libre cuando al paciente se le informa clara y profundamente de todos y cada uno de los pasos que se seguirán durante su tratamiento médico. Ello lleva al profesional a expresarle claramente el diagnóstico y cada uno de los pasos del tratamiento y los riesgos que ello conlleva. Para que esta información sea simple y comprensible el médico deberá tener en cuenta las limitaciones que tienen la mayoría de los pacientes, los cuales carecen de conocimientos técnicos por lo cual deberán simplificar en lo posible su léxico y dialogar como un hombre común evitando por todos los medios que las explicaciones demasiado técnicas o frías lleven al paciente a un estado de temor que le hará seguramente tomar una decisión errónea.

También consideramos que es diferente la información que se debe dar si la práctica está en etapa experimental que si se trata de una práctica habitual y de probada eficacia.

Será así mismo diferente el formalismo requerido para dicho consentimiento, ya que consideramos que para prácticas habituales bastará con el consentimiento verbal o el tácito que se desprende del solo hecho de prestarse al mismo, pero para prácticas de cierta complejidad deberemos contar con un consentimiento escrito. Ya la ley 17.132 en su art. 19 dispone la formalidad de la escritura para prácticas mutilantes (ver inc. 3).

En consonancia con lo expresado la Dra.CASTAÑO DE RESTREPO opina que "dadas las complicaciones que pueden presentarse sobre este tema específico de la exteriorización de la voluntad del paciente nos parece adecuado asumir como

recomendación la pauta expresada por la Corte Constitucional , en el sentido de que para aplicar un procedimiento extraordinario, el médico o profesional de la salud, según el caso, debe ser cuidadoso y obtener un consentimiento expreso, ojalá por escrito, que no arroje dudas sobre la intención del usuario del servicio. Mientras que para la aplicación de procedimientos ordinarios, se puede admitir la sola voluntad tácita, aunque como hemos dicho, de todas formas no es ideal." (Castaño de Restrepo, María Patricia: 1997, Pág. 260).

En nuestro país se dictó la ley 26.742 sobre derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado que en su art. 5 dice:

Artículo 5º: Definición. Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como

único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;

h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Y en su art. 6 dice:

Artículo 6º: Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

En el art. 7 prevé las formas de instrumentación:

Art. 7º.- Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por

Escrito y debidamente suscrito:

a) Internación;

b) Intervención quirúrgica;

c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos;

d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley;

f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5º deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

En el art.9 se tratan las excepciones dice así:

Art. 9º.- Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública;

b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

Por último vemos que en su art. 10 trata el tema de su revocabilidad:

Artículo 10: Revocabilidad. La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.

Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

En su art 11 autoriza las directivas anticipadas:

Artículo 11: Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su

salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

Como ejemplo de regulación, del consentimiento informado, en la faz internacional tenemos el de la Comunidad Europea en la llamada “Declaración de Oviedo”, que es en realidad un convenio que firmaron 20 países sobre los derechos humanos y la Biomedicina en la ciudad de Oviedo España en el año 1997.

Transcribimos a continuación los artículos pertinentes de dicho convenio:

“Capítulo II. Consentimiento.

Artículo 5. Regla general.

Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

Artículo 6. Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.

1. A reserva de lo dispuesto en los artículos 17 y 20, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3, recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

Artículo 7. Protección de las personas que sufran trastornos mentales. La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso.

Artículo 8. Situaciones de urgencia.

Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada.

Artículo 9. Deseos expresados anteriormente.

Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.”

Vemos, con beneplácito, por los textos legales transcritos, que tanto en nuestro país como en el mundo en general se le dá suma importancia a la información que debe recibir el paciente antes de ser tratado o antes de ser parte de una investigación científica.

## **CAPITULO 5: EL DERECHO A SER O NO PADRES.**

Dadas las técnicas de reproducción asistida, mal llamadas de tratamiento de la infertilidad, y a que la Organización Mundial de la Salud ha dictaminado que la infertilidad es una enfermedad, se incorpora, la asistencia para la reproducción, al derecho a la atención sanitaria.

Las personas tienen así, derecho al acceso a dichas técnicas como tratamiento de la enfermedad infertilidad. Ello ha llevado a que se considere que existe un derecho a ser padres. Si bien todos tienen derecho a acceder a las mismas ello no es más que un derecho a los llamados servicios médicos y no un derecho a ser padres.

La filósofa inglesa Mary Warnock dice: "...lamentaría profundamente un nuevo sistema de derechos dentro del cual el médico solo tuviera el deber contractual de llevar a cabo cualquier procedimiento que su cliente pudiere exigirle...debemos guardarnos del peligro de confundir lo que es apasionadamente deseado y querido con lo que es un derecho" (Warnock, 2004.pag.112).

Vemos que la paternidad entonces podría ser un derecho a acceder a los tratamientos para lograrla, pero no un derecho a ser padres. Este derecho como cualquier otro tiene límites como la no afectación a derechos de terceros y en la dignidad humana.

Antes estas técnicas se plantea también el rol del Estado, ¿debe éste proveer los medios para la asistencia médica o está facultado, o incluso obligado, a intervenir a fin de tutelar la dignidad humana?

De no poner límites se puede llegar, por ejemplo, a abrir la puerta a una paternidad caprichosa que utilice al ser humano no como un fin si no como un mero medio para colmar los deseos de los padres sin tener en cuenta los del niño. Caemos así en la cosificación de los embriones vulnerando su dignidad como persona.

Dice Habermas: "...tan pronto los adultos contemplasen un día la admirable dotación genética de su descendencia como un producto moldeable para el que elaborar

un diseño acorde a su parecer, ejercerían sobre sus criaturas manipuladas genéticamente una forma de disposición que afectaría a los fundamentos somáticos de la auto relación espontánea de la libertad ética de otra persona, disposición que hasta ahora solo parecía permitido tener sobre las cosas, no sobre personas.” (Häbermas, 2000 pag.27).

Podemos decir que hoy la bioética y el derecho se enfrentan a innumerables dilemas que deberán debatirse profundamente. Como ejemplo pondremos la posibilidad de elegir el sexo de los hijos.

Actualmente se ha desarrollado un producto conocido como intelligender Gender`s prediction test mediante el cual y sin ninguna consulta médica al cabo de diez semanas se puede conocer el sexo del por nacer. El mismo es económico y de venta libre.

Mediante una muestra de orina y unos químicos que cambian de color en segundos, naranja para niñas y verde para niños, estamos en condiciones de saber casi con seguridad el sexo del por nacer. Esto funciona a partir de las diez semanas de gestación con lo cual en los múltiples países donde el aborto es legal hasta la semana doce, permite la selección del sexo de nuestro futuro hijo. Quiero un niño aborto las naranjas, quiero una niña aborto los verdes.

Pero volviendo al tema de investigación que nos ocupa:

¿Qué pasa cuando una madre quiere dar vida a embriones que ha congelado pero el padre se opone?

El sacerdote Fernando Pascual L.C. en una entrevista realizada por Zenit.org-El observador <sup>14</sup> sostiene que los embriones tienen derecho a vivir, y los padres de los mismos han de asumir su deber de darles asistencia.

Dice así mismo que:

“El padre ya lo es desde que los embriones fueron concebidos, y que por lo tanto, la esposa cumple con un deber (no es sólo un derecho) al pedir que los embriones le sean transferidos, y el antiguo esposo (que ya es padre) tendrá que apoyar

---

<sup>14</sup> [http://www.zenit.org/es/articulos/que-hacer-cuando-la-madre-quiere-dar-vida-a-embriones-congelados-y-el-padre-se-opone.recuperada el 12 de diciembre de 2012.](http://www.zenit.org/es/articulos/que-hacer-cuando-la-madre-quiere-dar-vida-a-embriones-congelados-y-el-padre-se-opone.recuperada%20el%2012%20de%20diciembre%20de%202012)

económicamente al mantenimiento y educación de sus hijos. Decir que se le «impone la paternidad» es totalmente falso: la paternidad la aceptó al decidir, con la que entonces era su esposa, ir a la clínica de fertilidad. Por lo tanto, padre y madre tienen deberes muy serios ante aquellos embriones que son sus hijos.

Qué pasaría si la esposa rechazara la implantación de esos embriones y el esposo pidiese que se les permitiese nacer. En este segundo caso, hipotético pero no imposible, la madre ¿tendría que permitir la implantación? Si por motivos médicos ya no puede hacerlo, o se niega a cumplir con la implantación ¿los embriones podrían ser adoptados por alguna otra pareja? Esta idea es, hoy día, un punto de discusión, pero parecería lo más correcto en favor del derecho a la vida que ya tienen esos embriones. Hay que recordar siempre que el derecho a nacer no les viene de ser queridos por alguien. Lo tienen porque son seres humanos, y en función de su dignidad estamos llamados a promover su acogida para que puedan nacer y vivir en el mejor ambiente familiar que podamos ofrecerles.”<sup>15</sup>

¿“Existe el derecho a no ser padre”?

Según los doctores Hevia y Spector (2011) el artículo 19 de la Constitución Nacional consagra el principio de la autonomía personal según el cual la elección individual y libre de planes de vida es muy valiosa y si dicha elección no daña a terceros, nadie, ni el estado, puede interferir en dicha elección. Esta autonomía está asociada con el principio de inviolabilidad de la persona.

Sostienen así mismo que el derecho constitucional a formar una familia incluye el derecho constitucional a no formarla, y ambos derechos son importantes y como derechos constitucionales son irrenunciables. En este sentido como no puede celebrarse un contrato por el cual uno renuncia de por vida a su derecho a ser padre, no puede celebrarse por el cual uno renuncia de por vida a su derecho de no serlo. El derecho a formar una familia que incluye el derecho a no formarla, o en el caso del fallo a ampliarla, es una parte importante de la autonomía y por ello irrenunciable.

En coincidencia con lo expresado el Tribunal Europeo de derechos Humanos determinó que el conflicto entre el derecho de la mujer a la maternidad

---

<sup>15</sup> <http://www.zenit.org/es/articulos/que-hacer-cuando-la-madre-quiere-dar-vida-a-embriones-congelados-y-el-padre-se-opone.recuperada> el 12 de diciembre de 2012.

genética y el derecho de su ex pareja a rechazar la paternidad genética con ella, debía decidirse a favor del derecho del varón porque ello era consistente con la política del Parlamento inglés de paternidad voluntaria.<sup>16</sup>

Se podría decir que el derecho del hombre a no ser padre colisiona con el derecho a ser madre de la mujer, ¿cómo establecemos cual prevalece?

Si hacemos prevalecer el derecho de la mujer le impondríamos al varón un plan de vida que no acepta y que le durará toda su vida.

Si hacemos prevalecer el derecho del hombre no le estaríamos imponiendo a la mujer no ser madre porque podría serlo en el futuro con otra pareja.

También hoy están en boga las posturas que elevan a rango superior el elemento volitivo en la paternidad y por ello sostienen que hasta la implantación es posible revocar la autorización para la implantación en el seno de una mujer. Esto significa que si bien un padre voluntariamente consintió la fertilización in vitro puede revocar la misma hasta el momento previo a la implantación. Esto es darle al aspecto volitivo de la paternidad una importancia suprema, estas posturas llegan a crear como en el proyecto de reforma al código civil argentino una nueva categoría de filiación que es la filiación por VOLUNTAD PROCREACIONAL se es padre por el solo hecho de quererlo sin aportar material genético. Desligando así mismo a los donantes de espermatozoides de cualquier relación jurídica con la persona por nacer.- Entonces, cuando el cónyuge o el compañero prestan su material reproductivo, la posibilidad de revocación queda amparada en la consideración de que la reproducción como un acto de libertad impide que a nadie se le pueda imponer su propia reproducción. En otras palabras, el elemento volitivo es tan importante que, si éste falta, no puede imponerse la paternidad.

Esta voluntad procreacional con la entrada en vigencia de la ley 26.862 cobra real importancia, pues dicha ley permite a cualquier integrante de la pareja que hubiere crioconservado embriones revocar su consentimiento hasta antes de producirse la implantación.

---

<sup>16</sup> ECHR, *Evans v. United Kingdom*, Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. (2007).

### **Aspectos Psicológicos a considerar ante la imposición de la paternidad o maternidad y ante el sentimiento de ser hijo no deseado:**

El avance de la Biomedicina ayudado por las nuevas tecnologías nos pone frente a nuevos desafíos éticos, psicológicos y sociales que nos deben preocupar, sobre todo si somos gente del Derecho.-

Como primera percepción vemos que ya no es necesaria la intervención de una pareja heterosexual para lograr ser padres. El ser madre o padre ya no requiere de un fundamento biológico.

Las técnicas de la fertilización in vitro o asistida posibilitan a parejas del mismo sexo o a mujeres u hombres solos llegar a la maternidad o paternidad.

Creemos que estos avances no han sido acompañados de debates profundos sobre las consecuencias ético-sociales para las futuras generaciones, estas técnicas generan ambigüedad e incertidumbre en las relaciones de parentesco y en la configuración de los roles parentales, disociándose las categorías de padres y madres del encuentro amoroso de una mujer y un hombre. Vemos que muchas veces el solo querer de una mujer sola, basta para asumir la maternidad y ello lleva a utilizar al hombre como mero proveedor de material biológico lo que deja al hijo sin la esencial función paterna.

A nuestro entender ello es consecuencia del egoísmo y hedonismo crecientes en la actual sociedad, ya no se trata del producto de una relación amorosa del encuentro de dos sujetos si no que se convierte en el objeto necesario para sostener actitudes narcisistas individuales.

Cuáles serán los potenciales efectos en el hijo de una madre que por su sola decisión se implanta embriones fecundados durante el matrimonio a pesar de la oposición de su marido, estando ya disuelto el vínculo. Siguiendo a los Dres. Milmaniene (2010), vemos que se dan diferentes situaciones: A: El niño padece desde su origen un desgarramiento subjetivo que surge del rechazo del padre que no desea hacerse cargo de la paternidad, se produce así en el mismo un conflicto que genera graves efectos en su psiquismo. Independientemente de cómo se le trasmite la situación

o lo que pueda construir la madre como figura reemplazante no hay duda que se produce la destitución del padre y su irremplazable figura. El hijo debe convivir con esa realidad traumática de no haber sido deseado. Hoy en las conversaciones de los adolescentes es frecuente escuchar como una especie de cargada el cuestionamiento de “vos fuiste deseado” o producto de “un error”, ésto en épocas pasadas no se nos hubiera ocurrido que pudiera suceder, este cuestionamiento de la juventud actual sobre si fueron o no deseados agrava el trauma de saberse no solo no deseado si no que su padre se opuso a que naciera. B: Se produce una tensa situación entre un padre que deberá cumplir con obligaciones hacia un hijo no deseado. C: En caso de existir un subrogante coexistirá éste con un padre que no desea ser padre a pesar de serlo biológicamente. D: Se excluye el deseo del padre como tal lo que es una clara devaluación de la figura paterna y la elevación del exclusivo deseo de la madre a un nivel superior de clara connotación narcisista. E: Nacer dentro de este marco genera innumerables conflictos y alto costo psicológico.

Generar y aceptar ab-inicio la falta de la figura paterna es negarle al hijo el derecho a nacer dentro de una estructura familiar conformada por ambos padres, esto generalmente es producto de una motivación o razón narcisista o edípica irresuelta por parte de alguno de ellos. Se debe sostener la figura del padre que hoy tiende a ser devaluada o sustituida por sistemas familiares matriarcales, que no habilitan un nuevo orden si no que son contrapartida del orden patriarcal autoritario. En la postmodernidad se presentan sistemas familiares asentados en la defeción de la figura paterna el cual no llega a marcar límites ni hacer escuchar su voz ante madres dominantes que se apropian del hijo como si fuera un mero producto de consumo y exhibición.

Dentro de esta temática el fallo deja afuera también la existencia de Tomas hijo de la pareja nacido dentro de una familia con presencia materna y paterna, los hijos que pudieran nacer de la implantación se integraran a una familia mono parental junto a Tomas y a P.

Nada dicen los jueces sobre las consecuencias para Tomas, y no tuvieron en cuenta al fallar el interés del mismo, que a la época del fallo se trata de un niño de cinco años, edad ésta, que le da derecho a participar. Nadie tuvo en cuenta su sentir antes de tomar la decisión.

## **CAPITULO 6: LEGISLACION NACIONAL**

### **1. Existencia de un vacío legal.**

Como ya se ha dicho la legislación argentina presenta un vacío legal, “inexplicable” a más de treinta años de los primeros tratamientos “in vitro” y a pesar de innumerables proyectos de ley presentados al Congreso Nacional ( el primer proyecto es de 1985) no se ha resuelto nada.

El nuevo proyecto de reforma del Código Civil en estudio en el Congreso Nacional dice que debe legislarse el tema por ley especial. Veremos cuanto tardan en hacerlo.

### **2. Proyectos de ley históricos.**

En julio de 1997, el Senado, aprobó un proyecto que autoriza con restricciones las técnicas de reproducción humana asistida, las cuales podrán ser aplicadas únicamente por médicos o centros habilitados al efecto por autoridad competente. En el proyecto se emplea la expresión óvulo fecundado lo que acaba con la distinción entre ovocito pronucleado, huevo-cigoto, preembrión, embrión, embrión preimplantado, feto. Prohíbe la utilización de material ajeno a la pareja. Fija en tres el número de óvulos que pueden ser fecundados in vitro, los cuales deberán ser transferidos de inmediato a la mujer. Sólo permite la fecundación de óvulos humanos para reproducción. Autoriza el congelamiento del embrión únicamente cuando muere la madre o si por “razones médicas excepcionales” debe postergarse la transferencia. Prevé el proyecto, como figura penal, la transferencia en una mujer de más de tres óvulos fecundados dentro de un mismo ciclo; delinque también quien fecunde más óvulos de una mujer que los que podrá serle transferidos dentro de un mismo ciclo. Se reprime también a la mujer que habiendo dado su consentimiento para la fecundación de un óvulo propio, abandonare a su suerte el óvulo ya fecundado o se negare a su implantación. Con respecto al destino de los óvulos fecundados ya criopreservados en nuestro país, el proyecto aporta como solución la adopción prenatal, prevista en el art. 18 del mismo en los siguientes términos: “En caso de muerte de la madre previsto en el

inciso a) del artículo anterior o cuando las causas a que hace referencia el inciso b) del mismo artículo (madre que por “razones médicas de naturaleza excepcional” no está apta para la transferencia inmediata de los óvulos fecundados) fueren irreversibles serán de aplicación las normas previstas en el Código civil, con las modificaciones incorporadas por la presente”. Este proyecto se “murió” en diputados.

En el año 2010 La ley 14208 de la provincia de Buenos Aires se limita a cuestiones económicas, establece que la infertilidad es una enfermedad y debe ser incluida en las prestaciones asistenciales como el IOMA etc., no legisla nada sobre embriones su conservación y / o su disposición.

La ley 9565 de la provincia de Córdoba también se ocupa principalmente de la parte de cobertura social de la infertilidad.

Como se ve no hay legislación en nuestro país sobre el tema específico que se aborda en el presente trabajo.

### **3. Proyecto de ley de modificación de los Códigos Civil y Comercial.**

La reforma en estudio introduce modificaciones fundamentales al Libro I del CC vigente (De las personas), estableciendo en el artículo 19:"(...) Comienzo de la existencia. 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".

Como se ve, el citado artículo modifica sustancialmente los principios fijados en los artículos 63 y 70 vigentes, pues si bien mantiene el inicio de la existencia de la persona desde el momento de su concepción, introduce el supuesto de la implantación para los casos de fertilización in vitro (FIV).

Es importante destacar que aquello contraría abiertamente los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (DDHH) suscriptos por el país, toda vez que de aquellos surge -en sintonía con la actual redacción del CC- el reconocimiento del derecho a la vida de la persona humana desde el momento mismo de

la fusión de los gametos masculino y femenino, es decir, desde su concepción. Tal principio no posee excepciones, pues, como establece la Constitución Nacional (CN) y los mismos tratados de DDHH, en nuestro país todos sus habitantes son iguales ante la ley. De mantenerse la redacción propuesta en el anteproyecto, el principio de igualdad se verá seriamente menoscabado, por cuanto habrá personas reconocidas por el Estado como tales y otras que hasta su efectiva implantación en el seno materno serán consideradas como "cosas" en los términos del artículo 2311 CC y por tanto, objetos materiales susceptibles de tener un valor. Obviando el tratamiento notoriamente discriminatorio que tal distinción supone, e intentando dilucidar la pertinencia de la norma, cabe preguntarse -por ejemplo- ¿desde qué momento se considera implantado, y por tanto, persona, al embrión? De acuerdo a la norma propuesta, algunas personas serán reconocidas desde el momento de su concepción y otras desde un estadio posterior de su desarrollo, lo cual no es más que un capricho legislativo que legitima prácticas contrarias a la intrínseca dignidad del ser humano.

El proyecto contiene en su art. 560 la posibilidad de revocar el consentimiento firmado hasta el momento de la implantación del embrión en el seno de la mujer con lo cual de haber estado en vigencia no se hubiera planteado el caso ya que se hubiere solucionado con la mera revocación de su consentimiento por parte de S. (el hombre).

## **1. Ley 26.862 de “Reproducción médicamente Asistida” (también conocida como ley de fertilización asistida)**

“ARTICULO 1° — Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.”

“ARTICULO 7° — Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.”

La ley prevé que obras sociales, empresas de medicina prepaga y el sistema de salud pública del país brinden cobertura a los tratamientos de fertilización.

Además, con los cambios introducidos por el Senado, el Ministerio de Salud -como órgano de aplicación- tendrá también la tarea de capacitar a los profesionales en la materia.

Según otra modificación, la Nación tendrá un presupuesto para campañas de publicidad y concientización sobre el nuevo régimen, más allá de que su ejecución le corresponde a las provincias.

La ley sin embargo no contiene norma alguna sobre el tratamiento de los embriones supernumerarios, ni ninguna que trate otros aspectos, salvo la gratuidad de los tratamientos. Por lo que seguimos sin tener reglas claras con respecto a estos temas que son fundamentales para nuestra sociedad.

Esta ley contiene en su art. 7 la posibilidad de revocar el consentimiento dado para la implantación si esta no se hubiese realizado, lo que hubiere cambiado totalmente el fallo que tenemos en estudio ya que al hombre solo le bastaría con revocar

su consentimiento previo, lo que impediría, que se efectuara el implante pedido por su ex pareja.

¿Esto sería realmente así? O si el varón revocare su consentimiento en los términos del artículo 7 no impediría que la mujer sola, que ya consintió y no revocó, pueda implantarse el embrión, el que sólo tendría un único vínculo filiatorio. No surge del texto que la revocación del consentimiento de uno de los dos comitentes impida al otro llevar adelante la técnica. Es decir, sería un niño sin padre, no por un caso fortuito, sino voluntariamente concebido y luego puesto en situación de orfandad por la revocación del consentimiento de su padre: el padre podría, entonces, disponer libremente no hacerse cargo de su hijo. Sería algo así como un abandono legal.

Nos preguntamos entonces ¿el consentimiento implica renunciar a la propiedad de los embriones? Una interpretación literal del artículo 7 y el doble régimen que se pretende instaurar parecen conducir a entender que los embriones serían cosas y por tanto, sus padres podrían abandonarlos fácilmente mediante la revocación del consentimiento informado que oportunamente hayan firmado.

## CAPITULO 7. LEGISLACION INTERNACIONAL.

A nivel de tratados internacionales existen varios tratados y declaraciones donde se trata el derecho a la vida y se define el inicio de la misma desde la concepción sin distinguir en la concepción intra o extra uterina. Ej: Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Bogotá, 1948), Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (N.U. Nueva York, 1948).

En cuanto a la legislación de cada estado en particular, sobre la crioconservación y disposición de embriones, siguiendo lo expresado por el Profesor José Antonio PELLICANO (2004), se puede distinguir entre los países “permissivos” y los “restrictivos”:

**ALEMANIA:** Se encuentra entre los países “restrictivos”, donde la ley de protección al embrión N° 745 del 12/12/1990., entre sus diversos preceptos, dispone que hay embrión desde que hay fecundación y lo define en su Art. 8° párrafo 1 como “el óvulo humano fecundado y susceptible de desarrollo, desde la fusión de los pro núcleos”. Esta ley, precisa y técnica, presume que el embrión, dentro de las 24 hs. de vida, es susceptible de desarrollo, la fecundación in vitro sólo puede tener como finalidad provocar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo (Art. 1°, párrafo 1, 2). Se hace obligatoria la transferencia a la madre de todos los embriones obtenidos, que no pueden ser más de tres en un mismo ciclo (Art. 1°, párrafo 1, 2). Sanciona con pena privativa de libertad de hasta tres años, a quien, entre otros supuestos, procediera a fecundar más óvulos de los que pueden transferirse a una mujer en un mismo ciclo (Art. 1°, Párr. 1, Inc. 5°). No permite la congelación de embriones y penaliza con privación de la libertad o con sanción pecuniaria, a quienes vendan, cedan, adquieran o utilicen un embrión producido extracorpóreamente o extirpado de la mujer antes de la anidación uterina (Art. 2°). También se penalizan la fecundación de embriones con fines de experimentación, la clonación, la fecundación o implantación sin autorización del hombre o de la mujer y la fecundación post mortem.

**ITALIA:** Cuenta desde el 19 Febrero de 2004 con la ley N\* 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita” que se coloca junto a la alemana como una de las más restrictivas.

Antes del dictado de la mencionada ley, Italia, no contaba con ninguna norma que reglamentara los más de 100 centros de reproducción asistida que se extendían por su territorio, ello, producía un gran caos.

Los políticos italianos como contra partida a ese caos adoptaron una posición bastante conservadora, y la entrada en vigor de esta ley supuso un cambio drástico.

La ley es acompañada por un conjunto de “linee guida”, líneas de actuación emitidas por el ministerio de sanidad, que son revisadas cada tres años y que tratan de clarificar y ampliar las directrices emanadas de la ley.

#### DIRECTIVAS DE LA LEY 40

– Solamente tienen acceso a las TRA aquellas parejas mayores de edad formadas por miembros de diferente sexo, casadas o unidas mediante una relación de convivencia, en edad potencialmente fértil y ambos vivos. (Quedan por tanto excluidas las parejas del mismo sexo y las mujeres solteras o viudas).

– Las TRA sólo podrán producir un máximo de 3 embriones, los cuales deben ser transferidos simultáneamente al útero materno, en un único acto de transferencia embrionaria.

– La criopreservación de embriones está prohibida, salvo que por causa de fuerza mayor no pudiese realizarse en las fechas previstas la transferencia embrionaria, que deberá realizarse apenas sea posible. También se prohíbe la supresión de embriones.

– La donación de gametos (ovocitos o semen) está prohibida.

– El diagnóstico genético preimplantacional (DGP) está prohibido por considerarse una forma de selección eugenésica. (Esta prohibición no se expresa explícitamente en la ley pero sí en las “líneas guía” emitidas por el ministerio de sanidad).

La promulgación de esta ley trajo como resultado un sinnúmero de protestas por lo que el gobierno italiano decidió convocar a un referéndum que se realizó en el año 2005.

En este referéndum se hacían cuatro preguntas o propuestas:

1. Permitir la investigación en células madre embrionarias
2. Permitir la generación de más de tres embriones por ciclo de RA y su posterior criopreservación
3. Permitir el DGP (diagnóstico genético preimplantacional) en casos médicamente indicados y
4. Permitir la donación de gametos.

El referéndum fue un fracaso pues solo voto el 26% de los habilitados para ello. En este fracaso fue importante el papel que jugaron los políticos y principalmente la Iglesia Católica, ambos grupos totalmente en contra de la derogación de la ley, por lo que incitaron a no acudir a la votación.

En el año 2005 vigente la Ley 40 una pareja portadora de  $\beta$ -Talasemia recurrió al Tribunal Constitucional Italiano pidiendo poder realizar un diagnóstico genético preimplantacional, que les había sido negado sobre la base de dicha ley. Esta petición les fue denegada, pero posteriormente un tribunal de Cagliari (Cerdeña) admitió que el DGP estaba justificado “sobre la base de una interpretación de la Ley 40 respecto a la constitución” ordenando al centro de fertilidad la realización de procedimiento. Luego de esta sentencia han sido varios los juzgados que dictaminaron sobre la inconstitucionalidad de algunos artículos de la ley.

Debido a esto tomó intervención el Tribunal Constitucional en marzo de 2009. Las cuestiones debatidas fueron:

1. El límite de tres ovocitos fertilizables por ciclo de RA y transferencia simultánea de los mismos.
2. La prohibición de la criopreservación embrionaria y
3. La prohibición del DGP.

El Tribunal Constitucional (Sentencia N° 151) declara inconstitucionales varios pasajes de la ley, en síntesis esta sentencia devuelve al médico especialista la capacidad de evaluar el tratamiento más apto y le da la autonomía para decidir en cada caso particular el número de ovocitos a inyectar según su criterio. La sentencia declara asimismo inconstitucional la prohibición de la criopreservación de embriones.

A partir de esta sentencia la situación de la medicina reproductiva en Italia se ha vuelto más flexible.

**SUIZA:** la Constitución suiza del año 1999 establece que “fuera del cuerpo de la mujer únicamente se pueden fecundar tantos óvulos humanos como se vayan a implantar inmediatamente” (Art. 119 Inc. d).

En ésta corriente legislativa restrictiva se destacan también la ley austríaca sobre medicina de la reproducción del 1/7/1992 y la ley de Noruega N° 628 del 12/6/1987.

**ESPAÑA:** Dentro de la legislación “permissiva” se encuentra la ley española N°35 sobre “Técnicas de reproducción asistida” del 22 de Noviembre de 1988, la cual reviste un alto contenido permisivo, autoriza la fecundación in vitro, la donación de semen, óvulos y embriones y la criopreservación de éstos últimos. El Art. 11 de la normativa dispone con relación a los embriones que “los preembriones” sobrantes de una FIV, por no haber sido transferidos al útero se crioconservarán en los bancos

autorizados, por un máximo de cinco años”. Asimismo, otra ley española, también de carácter permisivo, la N°42 sobre “Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos y Órganos”, del 28 de Diciembre de 1988, permite la investigación con embriones humanos siempre que éstos no sean viables o estén muertos y que dicha investigación no sea realizada con carácter comercial. Recientemente la ley N°35/1988 ha sido reformada, en Noviembre de 2003, con la sanción de la ley N°45/2003 que viene a limitar a tres el número de óvulos que se pueden fecundar en cada ciclo para tratar de evitar los embarazos múltiples y sobre todo, la acumulación en el futuro, de embriones congelados en las clínicas.

La Ley 14/2006 de técnicas de reproducción asistida española reconoce diferentes niveles de valoración del óvulo fecundado según su etapa de desarrollo, considerándolo preembrión hasta el día catorce: “A los efectos de esta ley se entiende por preembrión el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta el día catorce más tarde”. El propósito es admitir la investigación y experimentación con embriones, la selección por diagnóstico preimplantacional y la clonación terapéutica en los primeros catorce días. Así, busca eludir el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina (Oviedo, 4 de abril de 1997), que obliga en su artículo 18 a que toda experimentación con embriones garantice una adecuada protección del mismo, y de la Recomendación 1046 (1986) del Consejo de Europa, que no permite intervenciones sobre embriones vivos *in vitro*, salvo que sea para su bienestar y para facilitar su desarrollo y nacimiento.

## **Legislación Europea comparada.**

En cuanto a los países europeos con legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o embriología humana:

Consideramos de interés el análisis comparativo de los dos puntos más relevantes.

1. Técnicas de Reproducción Asistida que contempla la ley y / o procedimientos relacionados. En este tema, cabe destacar que todos los países legislan sobre la inseminación artificial y la fertilización “in vitro”, aunque en Dinamarca no se mencionan de forma expresa; todos menos Suecia legislan sobre la experimentación en embriones humanos; en España se menciona además la GIFT y en Alemania las técnicas de micromanipulación (se prohíben éstas con fines experimentales)
  
2. Donación y Crioconservación de embriones. Sólo la ley noruega prohíbe de forma expresa la donación de embriones, permitiendo la crioconservación de los mismos durante un período no superior a 12 meses y con el fin de ser transferidos. Alemania y Suecia no se pronuncian. Esta última rechaza la donación de embriones en un informe gubernamental. España e Inglaterra aceptan la congelación y donación de embriones de forma expresa. En ambas legislaciones se contempla que el período durante el cual podrán mantenerse congelados los embriones no ha de ser superior a 5 años El Consejo ético danés acepta en sus recomendaciones ambos procedimientos.

## **Legislación de Latinoamérica:**

### **BRASIL:**

Ley: 11.105/2005.-

En Brasil el tema que nos ocupa esta reglado por la ley 11.105/2005. Dicha ley enumera lo que está permitido y las penas por incumplirla.

Artículo 5º: Se permitirá para los propósitos de la investigación y la terapia, el uso de células madre embrionarias obtenidas de embriones humanos producidos por fertilización in vitro y no utilizados en el proceso, en las siguientes condiciones:

I - embriones que no sean viables, o

II - embriones que se congelan durante tres (3) años o más en la fecha de publicación de esta Ley, o que ya estén congelados a la fecha de publicación del presente, después de completar tres (3) años a partir de la fecha de congelación.

1 En cualquier caso, se requiere el consentimiento de los padres.

2 Las instituciones de investigación y servicios de salud que lleven a cabo la investigación o la terapia con células madre de embriones humanos deberán presentar sus proyectos a la consideración y aprobación de los respectivos comités de ética en investigación.

3 Está prohibido vender el material biológico a que se refiere este artículo y su práctica implica el delito tipificado en el art.15 de la ley 9434 de febrero de 1997.-

Artículo 24. El uso de embriones humanos en desacuerdo con lo que prescribe el arte. 5 de esta Ley:

Tiene una pena de detención, de 1 (un) a 3 (tres) años y una multa.

Artículo 25. La práctica de la ingeniería genética en la línea germinal humana, cigoto humano o embrión humano:

Tiene una pena de reclusión de uno (1) a cuatro (4) años y una multa.

Artículo 26. Quien lleve a cabo la clonación humana:

Tiene una pena de reclusión de dos (2) a cinco (5) años y una multa.

#### CHILE:

Si bien en Chile no hay una ley que regule específicamente los tratamientos de reproducción asistida (TRA) y la transferencia embrionaria (TE), si hay dos proyectos en tratamiento actualmente en el Congreso Nacional, existe desde 1985 una directiva del Ministerio de Salud que es la EXENTA 1072 del 28 de junio de 1985 que regula el tema.

Esta directiva es bastante estricta pero al no existir un órgano específico de control en la práctica no se cumple.

Esta disposición se dicta considerando que la garantía constitucional, prevista en el art.19 de la Constitución Política de la República de Chile, incluye el derecho a procrear y, consecuentemente, el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción.

Debido a ello y al creciente desarrollo de modernos conocimientos en el campo de la medicina de la reproducción y las nuevas tecnologías aplicables, se hace necesario orientar correctamente a los organismos del ministerio y a las potenciales parejas beneficiarias, por lo que dispone entre otras cosas que:

Las Instituciones que efectúen procedimientos que empleen estas técnicas avanzadas deberán cumplir rigurosamente los siguientes requisitos:

a) Disponer de médicos especialistas en Reproducción Humana, lo que incluye Endocrinología, Microcirugía, etc.; especialistas médicos o biólogos expertos en el estudio y examen del semen, la identificación del óvulo e incubación de gametos y embriones; equipo de asistentes sociales, psiquiatras y profesionales

que puedan rendir informes confiables respecto a la situación psicológica y social, pre y post concepcional de las parejas;

b) Recursos materiales que contemplen pabellones de operación, laboratorios adyacentes de fertilización y exclusivamente reservados para estas técnicas, ecografía, radioinmunoensayo, laparoscopia y los recursos farmacológicos necesarios para estas técnicas de fertilización;

c) Anestesiólogos informados de estas técnicas específicas.

Son requerimientos mínimos exigibles para el manejo responsable de la pareja infértil, de los gametos, del embrión y del feto; que:

a) La Institución designe un Comité de Ética, Comité que deberá revisar el procedimiento a seguir para cada caso particular, garantizando la protección de los derechos de la pareja y del embrión y feto obtenido;

b) Será responsabilidad de los profesionales y expertos que forman el equipo que efectuará FIV y TE, el cuidado de la madre y del feto hasta su nacimiento, asegurando su integridad y salud;

c) La Institución y su Comité de Ética se haga responsable de: revisar cada caso propuesto, certificando la integridad, adiestramiento y calidad profesional del equipo; revisar y aprobar el protocolo del procedimiento; registrar la descripción exacta de lo efectuado, y el informe del mismo destinado a la pareja, dejando en claro los posibles riesgos existentes.

La Institución y el respectivo equipo de expertos deben mantener y proporcionar a las autoridades del Ministerio de Salud información completa y fidedigna sobre:

a) Lugar y local donde se efectúa la FIV y TE;

b) Institución que patrocina y se hace responsable del Programa de FIV y TE, definiendo claramente los objetivos y procedimientos del programa;

c) Los expertos y profesionales que conducen y asisten al proceso de FIV y TE, su adiestramiento e idoneidad;

d) Los protocolos de trabajo en donde se registrarán los detalles del proceso de FIV y TE indicando el número de huevos obtenidos, fertilizados o implantados.

Al respecto, debe establecerse que todos los óvulos fertilizados y normales deben ser transferidos a la madre y que no se practicará congelación de embriones para transferencia diferida de embriones ni menos con fines de investigación.

La Institución responsable cautelará que las parejas infértiles que cumplan con las condiciones para FIV y TE sean informadas verbalmente y por escrito por el Jefe de Equipo de fertilidad con toda precisión y detalle de las posibilidades de éxito y fracaso, de los riesgos, de los costos, debiendo ellas manifestar expresamente por escrito, su voluntad de autorizar los procedimientos.

En todo caso las Instituciones que desarrollen estos Programas deberán mantener registros y observaciones clínicas con protocolos preestablecidos y modificables conforme el progreso de FIV y TE y tal material estar a disposición de las Autoridades de Salud y Sociedades Científicas. Es un deber el que se comuniquen las observaciones y experiencias a las Sociedades Científicas y sean publicadas en revistas científicas para su análisis y estudio.

Especial recomendación cabe para las Instituciones, los profesionales y expertos que laboren en Programas de FIV y TE en orden a abstenerse de toda información o propaganda que pueda ocasionar falsas expectativas sobre el procedimiento y sus resultados, sea o no con referencia a casos específicos. Debe tenerse en cuenta que tales informaciones pueden lesionar severamente la armonía emocional de la pareja infértil y del hijo que, eventualmente, puedan tener, y constituye un atentado al secreto profesional y a la privacidad de la pareja. El Director del establecimiento y su Comité de Ética serán los únicos encargados de proporcionar la información correspondiente.

En Chile tiene su sede el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA) es un órgano de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida cuyas funciones son la recopilación, análisis y publicación de los procedimientos de Reproducción Asistida (RA) realizadas en los centros acreditados o afiliados a la RED . El RLA es parte del International Committee Monitoring Assisted Reproduction

Technologies (ICMART), responsable de colección y publicación del registro mundial de reproducción asistida.

Este registro tiene como asociados a la mayoría de los centros de reproducción asistida del continente Latinoamericano y es el primer registro creado a esos efectos en el mundo. Reportan al mismo más de 150 centros mayoritariamente de Brasil y Argentina.

## **COLOMBIA:**

Colombia ha sido una adelantada dentro del continente sudamericano en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y técnicas embrionarias.

Fue en dicho país a donde en 1986 se produjo el primer nacimiento producto de estas técnicas que ocurrió en un país latinoamericano.

Sin embargo el Derecho Colombiano no acompañó ese crecimiento científico y es hasta el día de hoy que dicho país carece de legislación específica sobre las mismas.

Solo cuenta con el Decreto 1546 y la Resolución 3199 de 1998, que regulan el funcionamiento de las clínicas de reproducción asistida y de los bancos de semen.

No obstante ello la Constitución Nacional Colombiana dispone en su art. 42 “...los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tiene iguales deberes y derechos...”.

Para el Código Civil Colombiano, el término persona, tiene su propio sentido técnico jurídico, diferente al sentido que le dan la biología o la filosofía. A la luz del mismo, ser persona es tener la aptitud genérica para ser titular de derechos; es decir es una creación del derecho; ya que según el artículo 70 , son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo, extirpe o condición, y a tenor de artículo 90 , la existencia legal de las personas comienza al nacer, esto es, al separarse completamente del vientre materno.

Además por reenvío de la Constitución al Derecho Internacional, se invoca el Pacto de San José de Costa Rica, los tratados de derechos humanos ratificados por el

Estado Colombiano, y que por tanto, se entiende incorporado a dicha legislación, a luz de lo que el artículo 4 de la Constitución señala respecto a que toda persona tiene derecho a que se le respete la vida desde el momento de la concepción, por lo que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Sobre el particular, en un primer momento, la Corte Constitucional dejó en claro que el no nacido existe desde la fecundación del óvulo, es decir desde la propia concepción.<sup>17</sup>

Después de este pronunciamiento la Corte consideró que el que está por nacer no es persona, pero sí un ser humano con los derechos constitucionales que corresponden a los niños. La Corte explicó que dicha tesis, implica que el que está por nacer tiene los derechos relativos a la seguridad social y a que por vía de tutela estos puedan ser reclamados. El nasciturus gozará entonces de los derechos a la salud y a la integridad física.

Vale la pena resaltar la existencia de un proyecto de ley actualmente en el Congreso de la República de Colombia, que condensa los siguientes tópicos: la aplicación de la normatividad sobre los métodos científicos de procreación humana asistida; las inseminaciones artificiales y fertilización in vitro con transferencia de embriones; el aporte, depósito, donación y disposición de gametos; de los beneficiarios, el consentimiento informado y la relación materno filial de la persona concebida mediante el procedimiento de los métodos científicos de procreación humana asistida; el parentesco, la existencia biológica, legal y la legitimidad del hijo concebido por asistencia científica; la maternidad de la mujer soltera ante los métodos científicos de procreación; la creación de la comisión de procreación humana asistida, entre otros.

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional.; Sentencia T-179, Bogotá, 1993

## **MÉJICO:**

La Ley General de Reproducción Humana Asistida.

Cabe hacer aquí una mención especial sobre el Dictamen emanado del Senado de la República, el pasado mes de marzo de 2012, de la Ley General de Reproducción Humana Asistida (LGRHA), resultado de las reuniones de Comisiones Unidas (las Comisiones de Salud, Estudios Legislativos, y Estudios Legislativos Primera), que ha detonado discusión y debate durante todo su proceso legislativo.

Este Dictamen involucra tres iniciativas, una que crea la ley y otras que pretenden incorporar al texto de la Ley General de Salud “la regularización del acceso a los servicios públicos, privados y del sector social de salud en materia de reproducción humana, a fin de dar solución a los problemas reproductivos, así como proteger la vida, la salud y la dignidad humana en la fertilización asistida y en especial a la formación, implante y destino final del embrión u óvulo fertilizado”.

Se presenta un gran debate entre las diferentes fuerzas políticas, principalmente, por las siguientes consideraciones:

- No hay acuerdo en que los beneficiarios de las técnicas de la reproducción humana asistida deban estar unidos o no en matrimonio o concubinato, de hecho la última revisión de la LGRHA elimina este requisito.
- En varios artículos se pretende emplear los términos “embrión” y “óvulo fertilizado” de manera indistinta y hasta se ha pugnado por cambiar el primero por el segundo, lo cual ha causado desacuerdo siendo que no son equivalentes, pues se considera un óvulo fecundado hasta las primeras 27 horas después de la concepción y embrión hasta el final de la 8ª semana de gestación.
- De hecho, el Dictamen pretende catalogar al embrión como óvulo fecundado hasta la 12ª semana de gestación, lo cual abre la puerta a la experimentación con células germinales.

- Por un lado, el Dictamen de la LGRHA prohíbe el uso de óvulos fertilizados para investigación y, por el otro, considera que su destino final sea regulado por el contenido y la interpretación de tratados internacionales.
- En este Dictamen no se prohíbe explícitamente la importación de gametos y embriones a territorio nacional.
- En el texto de la LGRHA, entre otras consideraciones, se permite y a la vez se prohíbe la crio conservación de embriones.
- Además, este Dictamen elimina la definición de concepción sin explicación de por medio y modifica la definición de infertilidad, dejando su diagnóstico a un especialista sin que medie un año de vida sexual activa para ser beneficiario, como estaba previsto en la LGRHA original.
- Este Dictamen además permite la donación de óvulos, espermatozoides y embriones.
- Se elimina la definición del concepto de esterilidad que se refiere a una pareja heterosexual.
- Permite la maternidad subrogada bajo otra denominación: mujeres heterogestantes.
- No considera la prohibición explícita de clonación humana.
- Permite la fecundación post mortem en casos en los que el fallecido haya dado su consentimiento ante Notario.
- No existe correspondencia entre las conductas no permitidas y las sanciones a las que se harían acreedoras.
- Además, subsisten imprecisiones científicas que pueden ser trascendentes al momento de aplicación de la LGRHA, así como una grave omisión al solicitar un informe sobre el número de embriones crioconservados sin aclarar su destino final o el uso que se hará de ellos.

## **URUGUAY:**

En el País vecino la Cámara de Diputados aprobó el año pasado el proyecto de ley sobre reproducción asistida, el mismo está en estos momentos en tratamiento en el Senado.

De ser aprobada representará un gran avance para dicho país donde hoy se realizan más de 600 prácticas por año.

Extractamos del texto de dicho proyecto los artículos que tienen vinculación directa con el tema de investigación

Artículo 1°. (Definición de esterilidad e infertilidad).- A los efectos de esta ley, se define la esterilidad como una enfermedad de carácter crónico. Por su parte la infertilidad es una disfunción originada por múltiples causas, tanto de la pareja como de cada uno de sus integrantes.

Asimismo para esta ley, se entiende por pareja estéril aquella que luego de doce meses de relaciones coitales frecuentes, sin medidas anticonceptivas, no ha logrado una gestación, independiente del resultado de ésta.

Por su parte, se entiende por pareja infértil aquella que luego de doce meses de relaciones coitales frecuentes no ha logrado llevar a término una gestación.

Artículo 10. (Interés superior del niño).- El o los hijos nacidos mediante las Técnicas de Reproducción Humana Asistida tendrán derecho a conocer el procedimiento efectuado para su concepción.

Artículo 12. (Fertilización).- Luego de producida la fertilización de los ovocitos, podrán transferirse al útero, solamente dos embriones por ciclo, salvo expresa indicación médica, en que podrán transferirse un máximo de tres embriones.

Se deberán preservar todos los embriones viables restantes. Los embriones preservados deberán transferirse en un ciclo diferido.

En el caso de que la mujer no esté en condiciones o se niegue a recibir los embriones, los mismos deberán ser donados. La donación será anónima y honoraria. Queda prohibido descartar embriones viables.

Artículo 14. (Prohibición de fertilización).- No podrán realizarse fertilizaciones de gametos o implantarse embriones de personas que fallecieron luego de la toma de muestras o fertilización de gametos. Se considera que el fin de la vida incluye sus gametos o embriones.

En los casos de separación, la mujer no podrá ser fertilizada con el semen de su pareja o implantarse embriones previamente conservados salvo que el hombre preste su expreso consentimiento escrito. Bastará la declaración de que está separado, con certificación notarial de una de las partes para que opere esta prohibición.

Artículo 17. (Excepciones, prohibiciones).- Los gametos podrán ser utilizados con fines de investigación básica o experimental para la mejora de las técnicas de reproducción.

Estos gametos no podrán ser fertilizados con fines de obtener embriones. Se prohíbe la experimentación con embriones viables o no. La no observancia de estas disposiciones será pasible de clausura de la Institución que lo realice.

## CAPITULO 8: JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

En el fallo base de nuestra investigación, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sala J,<sup>18</sup> resuelve un caso de oposición del padre a la implantación de embriones crioconservados por parte de su ex mujer, la misma falló a favor de la mujer basándose en que el padre había firmado un contrato de consentimiento informado, con el instituto que conservaría los mismos; donde éste último, manifestaba su consentimiento para que en caso de divorcio o separación las partes recurrieran a la autoridad competente. A pesar del vacío legal, la cámara manifiesta que se debe resolver de acuerdo a los principios generales del derecho, nuestra constitución y el ordenamiento positivo, sostiene que el concebido extrauterinamente debe ser considerado persona conforme aplicación analógica del art.70 del CC teniendo en cuenta el actual desarrollo de las técnicas biomédicas.

Este fallo provocó grandes discusiones no solo sobre el tema de la calidad o no de persona del embrión concebido extrauterinamente sino también, por como dicen algunos doctrinarios, se estaría obligando al padre a ser tal en contra de su voluntad, con todo lo que ello trae aparejado no solo jurídicamente si no también a nivel psíquico. A partir de este fallo son varias las posturas de la doctrina: La Dra. KRASNOW Adriana N. (2011) en su artículo en la revista la ley se manifiesta en contra del fallo mencionado pues considera entre otras cosas que no es posible imponer la paternidad. ¿La voluntad expresada en el contrato y el consentimiento dado por su participación en la concepción “in vitro” lo atan eternamente o el cambio de las “condiciones” del contrato le permite contradecir con derecho sus “propios actos”? Los Dres. HEVIA Martin y SPECTOR Ezequiel (2011) también se manifiestan contrarios a este decisorio pero fundamentalmente basados en que al imponerle al padre su paternidad se estaría conculcando derechos fundamentales constitucionales, el padre tiene derecho a no serlo, incluso sostienen que prevalece ese derecho al derecho a nacer del embrión. La Dra. DELORENZI Mariana (2010) manifiesta que “la libertad procreacional tiene un límite que parece vislumbrarse en lo que se ha llamado la procreación responsable” y “...la decisión de formar una familia pasa a ser una decisión exclusivamente personal, libre y creativa. Es personal, no ya producto de negociaciones familiares; libremente elegida, fundamentalmente en base a los sentimientos personales (en general, basada en

---

<sup>18</sup> Sala J (CNCiv, Sala J) en autos “P.,A. c/S.,A.C. s/medidas precautorias” (La Ley Online, AR/JUR/50081/2011)

el amor, los afectos, las necesidades, etc.), y creativa, cada quien decidirá qué tipo de familia quiere formar.” Las Dras. KEMELMAJER Aida, HERRERA Marisa y LAMM Eleonora (2011) en su artículo en la revista La Ley también manifiestan su diferente mirada sobre el fallo comentado.

Pues bien igualmente analizaremos el fallo<sup>19</sup> que es motivo de este trabajo desde las dos posturas:

### **1.- Postura si consideramos la existencia de vida desde la concepción:**

Este punto de vista es el que asume el fallo y por ello considera que el padre ya es padre al momento de plantearse la demanda por lo que no puede oponerse a la implantación solicitada por la ex pareja pues su paternidad ya existe y además al firmar el contrato con el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), dió su consentimiento para que en caso de divorcio de la pareja el destino de los embriones se determinara en la justicia.

Asimismo la cámara hace hincapié en que el padre no puede desconocer los actos anteriores a la demanda pues la teoría de los actos propios se lo impide.

Dice la Cámara: “El objeto del presente proceso no es declarar cuál es la naturaleza jurídica de los embriones criopreservados sino que es determinar si se accede o no a la medida peticionada por la actora y se suple, en su caso, por la vía judicial, la autorización paterna para proceder al implante de los mismos. El apelante no sólo pretende negar la naturaleza de los embriones sino que reniega de lo expresamente pactado en el pto.7 de la Autorización de Criopreservación en cuanto que para el supuesto de disolución del vínculo, el consentimiento de exigido por el IFER sería tramitado ante autoridad competente. Este es precisamente el trámite del presente. Las 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 comportamientos anteriores, jurídicamente relevantes.

Respecto de la voluntad parental, es oportuno recordar que el apelante conocía el contrato suscripto y la trascendencia del acto llevado a cabo. También

---

<sup>19</sup> Sala J (CNCiv, Sala J) en autos “P.,A. c/S.,A.C. s/medidas precautorias” (La Ley Online, AR/JUR/50081/2011)

conocía las posibles consecuencias del mismo: el implante de los embriones o la donación prenatal a terceros, con el consiguiente riesgo de que no hubiese acuerdo entre ambos progenitores sobre el destino de los embriones criopreservados. Así pues, la paternidad biológica es aceptada desde el momento en el que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial.

En el ámbito de la Cámara Nacional en lo Civil otro fallo <sup>20</sup> ha establecido que “en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que “...El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario” <sup>21</sup>

Se ha discutido mucho acerca de cuándo empezamos a ser humanos. Se ha llegado a definir un estado de preembrión, a la entidad que resulta de la división del cigoto durante los primeros días de desarrollo, antes de la implantación. El respeto y la protección que la sociedad dé al preembrión dependen del estatuto que se le otorgue a esta entidad. A este preembrión se le ha negado su naturaleza humana, permitiéndose en muchos países utilizarlos con fines de investigación o la utilización de sus células, como células “madres”. Algunos científicos señalan que la vida humana se inicia solo cuando se desarrolla el sistema nervioso del feto, otros en el momento de la implantación del embrión en el útero, y otros en el momento de la concepción. A nuestro entender, tomando los antecedentes presentados en el presente trabajo y sumándonos al pensamiento del Padre E. Rodríguez (2011),” las dos primeras carecen de sustentación científica, ya que el cigoto posee una nueva y exclusiva estructura informacional, que constituye la base del futuro desarrollo y la continuidad con la especie humana se

---

<sup>20</sup> Cámara Nacional Civil, sala I, “R.D.B.s/medidas precautorias “E. D. 185-407, fallo 49.760.

<sup>21</sup> CSN (Fallos: 325-1-303)

establece por el contenido que aporta cada gameto, pero la vida individual de un ser humano nace con el cigoto”.

## **2. Postura que considera al embrión carente de vida:**

Tomando partido por la postura de que el embrión (falsamente llamado pre-embrión) carece de vida estaríamos en contra de lo fallado en el caso que nos ocupa ya que la voluntad o el derecho del padre a no serlo prevalecería sobre el inexistente derecho a la vida del embrión, por lo tanto la oposición del “padre” a la implantación de los embriones criconservados, de la pareja disuelta, en el seno de su ex mujer lo convertiría en padre contra su voluntad. Estatus de padre que le quedaría de por vida.

Carecería así mismo de voluntad procreacional, esta falta de voluntad, en los tiempos que corren, es suficiente para negar la implantación. El contrato firmado sería por ende revocable, por cambio de las condiciones y circunstancias, se podría afirmar que es un caso de imprevisión.

## **3. ¿Cómo debería resolverse el caso del fallo en estudio bajo las normas del proyecto de modificación del Código Civil que se trata actualmente en nuestro Congreso Nacional?**

El art.19 del proyecto dice: " Comienzo de la existencia. 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".

El art. 560 del proyecto dice: “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 produce la utilización de gametos o embriones. El consentimiento es libremente revocable mientras que no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella.”.

Vemos que la solución arribada en el caso de la Sala J hace prevalecer el derecho a la vida de los embriones sobre el derecho del progenitor a decidir ser o no padre en cambio bajo la óptica del proyecto se debería hacer justamente lo contrario pues según sus normas el padre no sería padre hasta la implantación del embrión en el

seno materno , prevalecería en este caso el derecho a ser o no ser padre frente a la inexistencia del derecho a la vida de un embrión que según estas normas carece de ella.

La contradicción de la solución arribada en el caso con la que se contempla en el proyecto es evidente.

Así mismo el caso se hubiere resuelto con la mera revocación del consentimiento por parte de P. (el hombre) ya que dicha revocación se permite en el proyecto (art.560) hasta la implantación del embrión en el seno materno.

Como vemos ante la misma situación las soluciones que puede dar el derecho pueden ser totalmente contradictorias.

### **Fallos Internacionales:**

A nivel internacional existen varios fallos que han resuelto de un modo u otro el tema que nos ocupa, algunos de ellos son:

**1.-El caso de Junior Davis y su esposa Mary Sue Ann** que se sometieron a un tratamiento de fertilidad asistida y fertilizaron siete embriones, se divorciaron y la mujer reclamó la tenencia de los embriones, el Juez resolvió que los embriones son niños de probeta y merecen la protección legal. En apelación la Corte Suprema de Tennessee si bien sostuvo que los embriones no son todavía persona resolvió que el marido tenía derecho a negarse pues la mujer tiene la posibilidad de seguir otras vías para ser madre, incluida la adopción, mientras que el hombre tiene un callejón sin salida.

**2.-Otro caso, citado por MEDINA, Graciela y HOOFT, Irene (2002),** le tocó resolver a la Corte de Apelación de Nueva York en la causa “Maureen Kass v. Steven Kass” durante la vigencia del matrimonio habían quedado congelados pre-embryones desde hacía 5 años. Producida la separación de la pareja la mujer requirió a la justicia su implantación, la corte resolvió que no la autorizaba pues la sola negativa de uno de los integrantes de la pareja hace que no sea viable la implantación. No reconoció al pre-embrión como persona.

**3.-Otros Fallos Internacionales:** En un caso en Inglaterra “Evans c. Reino Unido” el TEDH dio preponderancia a la falta de voluntad procreacional y se basó en las condiciones del consentimiento previamente prestado y en la posibilidad de

revocarlo hasta el momento de la implantación; y consideró que el interés de no reproducirse es preferente, aun en el caso de que la parte que reclama los embriones carezca de otros medios para convertirse en padre y/o madre genético. Todo esto no es más que un reflejo de la libertad reproductiva, entendida ésta como un aspecto del libre desarrollo de la personalidad, por lo que en este ámbito, el consentimiento debe ser por esencia revocable. Entonces, cuando el cónyuge o el compañero preste su material reproductivo la posibilidad de revocación queda amparada en la consideración de que la reproducción como un acto de libertad impide que a nadie se le pueda imponer su propia reproducción. En otras palabras, el elemento volitivo es tan importante que, si éste falta, no puede imponerse la paternidad.

El caso "Nahmani v. Nahmani"<sup>22</sup> circula por carriles parcialmente diferentes. Una pareja israelí, sin hijos, había decidido someterse a un tratamiento por FIV con los últimos óvulos de la mujer, para una vez generados los preembriones, recurrir a una madre portadora en California, ya que la mujer no estaba en condiciones de llevar a término el embarazo. La pareja había firmado un acuerdo con la futura madre portadora; pero no con la clínica que practicaría la FIV por lo que no estaba fijado el destino de los embriones en caso de separación. La pareja se separó antes de la implantación de los embriones en el útero de la madre portadora; entre tanto, el marido había tenido hijos con otra mujer y se opuso a la utilización de los embriones. El Tribunal de distrito resolvió a favor de la mujer, considerando que el marido no podía retirar su consentimiento a tener un hijo, de igual forma que un hombre que fecunda el óvulo de su mujer en un intercambio sexual. La Corte Suprema anuló esta resolución invocando el derecho fundamental del hombre a no ser obligado a ser padre. El asunto fue juzgado nuevamente por la Corte Suprema que se pronunció a favor de la mujer por siete votos contra cuatro. El voto mayoritario consideró que, en el caso concreto, los intereses de la mujer prevalecían sobre los del hombre, porque había sido privada de toda posibilidad de tener un hijo biológico. Para la minoría, la mujer sabía que se requeriría el consentimiento de su marido en cada etapa del tratamiento, y que su acuerdo ya no podía aplicarse tras su separación. El cuarto de los votos de la minoría estimó que había que obtener el consentimiento del hombre antes de poder imponerle la obligación de ser padre. De esta manera, se resolvió a favor de la mujer teniendo en

---

<sup>22</sup> Ruth Nahmani, vs. Daniel Nahmani. Corte Distrital de Haifa. CFH 2401/95—1995-6 - Israel [http://elyon1.court.gov.il/Files\\_ENG/95/010/024/z01/95024010.z01](http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/95/010/024/z01/95024010.z01)

cuenta que ella carecía de otras alternativas razonables para procrear. El caso israelí presenta muchos puntos en común con el caso "Evans". Tanto el Tribunal Supremo israelí como los jueces disidentes en el caso "Evans c. Reino Unido", consideran decisivo analizar las alternativas de cada parte para realizar su derecho, de modo que cuando el derecho de uno destruye por completo el derecho del otro, debe otorgarse preferencia al último. Ahora bien, a diferencia del TEDH, el Tribunal israelí decide a favor del derecho de la mujer a ser madre mediante una valoración de los diferentes derechos en conflicto, lo que se explicaría por la ausencia de una ley nacional que regule la cuestión y porque las partes no habían firmado ningún contrato con la clínica sobre el alcance del consentimiento a la utilización de las técnicas.

#### **IV. CONCLUSION.-**

Luego de lo desarrollado creemos haber respondido los interrogantes planteados en la introducción y podemos dar nuestra opinión sobre ellos.

Y estamos en condiciones de responder la pregunta que da título a esta investigación:

**¿ES POSIBLE IMPONER LA PATERNIDAD/MATERNIDAD A ÁLGUN INTEGRANTE DE LA PAREJA QUE HA CONGELADO EMBRIONES Y POSTERIORMENTE SE DIVORCIA?**

Nuestra opinión es que el embrión es persona desde la concepción tanto intra como extrauterina y por ende debe contar con la protección del Derecho.

Esta postura no impide que estemos en desacuerdo con lo dispuesto por el fallo en estudio. Que los embriones sean personas no quiere decir que se deban implantar si o si una vez decretado el divorcio de la pareja , por el contrario creemos firmemente en que dicha implantación no debe llevarse a cabo, por un lado debido a la fragmentación de la voluntad pro creacional, por otro lado debido a que la autonomía de la voluntad del padre debe primar sobre la autonomía de la madre en este caso, no se le puede imponer la paternidad, ni aun determinando que de alguna forma ya es padre biológico, ya que el mismo al cambiar las circunstancias que regían al firmar el contrato puede cambiar o resolver el mismo. Sería como una especie de “imprevisión sobreviniente.”

También estamos en desacuerdo con la crioconservacion de embriones ya que si los mismos son personas no puede detenerse su vida en aras a conseguir un buen momento para su continuidad.

Qué pasaría si una pareja, que tuviere cuatro 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. Esto que hoy parece casi ciencia ficción es tan ciencia ficción como la fecundación in vitro hace 50 años.-

La vida humana 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" (Cozzoli M, 1988, Pág. 237).

"La crioconservación es incompatible con el respeto debido a los embriones humanos: presupone la producción de los mismos in vitro; los expone a graves riesgos de muerte o de daño en cuanto a su integridad física, pues un alto porcentaje no sobrevive al procedimiento de congelamiento y de descongelamiento; los priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna; los pone en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones" (*Donum Vitae* I, 6).

Consideramos que el mundo actual lleva al derecho al absurdo de dejar de proteger el bien común para poner su foco en el individualismo exagerado. En aras de defender la libertad se llega a considerar que lo "querido" por el individuo debe respetarse a rajatablas sea ello bueno o malo. Se considera por ejemplo que el deseo de llegar a ser padre o madre, cuando naturalmente no es posible, permite la utilización de cualquier medio incluso aquel que atenta contra el derecho a la vida. Hay otros que han inventado la paternidad sin "consecuencias jurídicas" o sin "responsabilidad jurídica" o sin "nexo jurídico" al solo efecto de conseguir dadores de semen o de óvulos, ya que sostienen que si no se desliga a los dadores de dicha responsabilidad no habría dadores, volvemos a ver que se intenta que el fin justifique los medios.

Hasta donde 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.

Pensemos en todo lo que han generado en el Derecho de Familia las técnicas de reproducción asistida, un cambio total del concepto de familia a través de la posibilidad hoy de distintos tipos de parejas y la posibilidad de las mismas de tener hijos por su sola voluntad procreacional. Los cambios en la regulación de la filiación. La posibilidad de la fertilización post mortem etc.

Pensemos en lo que puede avanzar la ciencia de acá en adelante, es casi imposible hacerlo, pero deberíamos ir preparándonos para ello.

Pensemos como ejercicio de ciencia ficción (o no) en que si hoy podemos crioconservar embriones cuanto falta para crioconservar niños o adultos y como nos planteáramos anteriormente hasta donde nos puede llevar esto.

Pensemos que pasará si se avanza en la estimulación de la partenogénesis<sup>23</sup> humana.

Lo difícil y lo que nos debe preocupar es pensar como proporcionar la solución adecuada que se ajuste a los ideales de justicia, igualdad y equidad.

Por ello creemos que se impone un debate mucho más amplio de las nuevas normas, que el que se está dando, y un debate no solo desde el punto de vista jurídico si no también desde el punto de vista de la bioética.

---

<sup>23</sup> Modo de reproducción de algunos animales y plantas, que consiste en la formación de un nuevo ser por división reiterada de células sexuales femeninas que no se han unido previamente con gametos masculinos.

Por ello estamos en condiciones de responder negativamente a la pregunta del título: **¿ES POSIBLE IMPONER LA PATERNIDAD / MATERNIDAD A ALGÚN INTEGRANTE DE LA PAREJA QUE HA CONGELADO EMBRIONES Y POSTERIORMENTE SE DIVORCIA? NO, NO SE DEBE.**

Ante esta respuesta es dable resolver que se debe hacer con los embriones crioconservados.

A nuestro entender deberían ser entregados en adopción prenatal a una pareja estéril por parte del laboratorio. Nos parece que es la alternativa más humana y también está en concordancia con lo pactado por las partes en el contrato de consentimiento informado.

Si bien no se le podrá imponer a la madre el darlos en adopción, creemos que ante la negativa del padre a que se implanten, la solución de la adopción es menos grave que imponerle al mismo la paternidad.

Por último y de acuerdo al texto del artículo 7 de la ley 26.862 promulgada el 25 de junio del 2013, hoy, existe la posibilidad de revocar el consentimiento si la implantación no se hubiere realizado, lo que habría cambiado totalmente el fallo que tenemos en estudio ya que al hombre solo le hubiere bastado con revocar su consentimiento previo lo que impediría, parece, que se efectuara el implante pedido por su pareja. Igual postura toma el proyecto de modificación de los Códigos Civil y Comercial (ver art.560) en tratamiento actual en nuestro Congreso Nacional.

Volvemos nosotros a preguntarnos:

¿Esto sería realmente así? O si el varón revocare su consentimiento en los términos del artículo 7 no impediría que la mujer sola, que ya consintió y no revocó, pueda implantarse el embrión, el que sólo tendría un único vínculo filiatorio. No surge del texto que la revocación del consentimiento de uno de los dos comitentes impida al otro llevar adelante la técnica. Es decir, sería un niño sin padre, no por un caso fortuito, sino voluntariamente concebido y luego puesto en situación de huérfano por la revocación del consentimiento de su padre: el padre puede, entonces, disponer libremente no hacerse cargo de su hijo.

¿El revocar el consentimiento implica renunciar a la propiedad de los embriones? Una interpretación literal del artículo 7 y el doble régimen que se pretende instaurar en el proyecto de reforma en su art.560, lleva a entender que los embriones serían cosas y por tanto, sus padres podrían abandonarlos fácilmente mediante la revocación del consentimiento informado que oportunamente hayan firmado.

## LISTADO GENERAL DE BIBLIOGRAFIA

### Doctrina:

- ANDORNO, ROBERTO L. “*El Derecho a la Vida: ¿cuándo comienza? (A propósito de la fecundación “in vitro”)* ED, 131-904
- ANDRUET, ARMANDO S. (h) “*La eticidad en las ciencias médicas en general y en la fecundación in vitro en particular*” ED 127-829
- ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA ELSA “*El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes*” ED, 182-1645
- AVENDAÑO G, (2008) *Acerca de los Embriones Humanos Congelados, “Bioética y Familia”* I 98. Instituto de Bioética de la Universidad Católica de Cuyo/Argentina.
- BLANCO, LUIS GUILLERMO *El “Preembrión humano” (Apostillas acerca de una falacia y sus consecuencias)* ED, 155-581.
- BERGEL, Salvador D., MINYERSKY, Nelly (Coordinadores), (2003) *Bioética y Derecho*, Buenos Aires, Editorial Rubinzal– Culzoni.
- BORDA, Alejandro, (1986) *La Teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- CALVA MERCADO, Pilar, (2011) *Introducción a la bioética*, Méjico, AMFE.
- CASTAÑO DE RESTREPO, María Patricia, (1997) *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- CORTINA, Adela, (2000) *ETICA MINIMA, Introducción a la filosofía practica*, Madrid, Editorial Tecnos.

- COZZOLI Mauro, (1988) *L'embrione umano: aspetti etico- normativi*, en PONTIFICIA ACADEMIA PRO VITA, Identità e Statuto dell'embrione umano, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano.
- DANKHE G. L. (1989) *Investigación y Comunicación*. México: McGraw Hill.
- DE DIOS, MIGUEL, *El derecho a la procreación en el marco de la fecundación asistida* en ED, 153-900.
- DE LORENZI, MARIANA (2010) “*La voluntad Parental. ¿Cuánto vale el “sí, quiero” para ser madre o padre? La autonomía de la voluntad en la reproducción humana asistida.*” En Lloverás, Nora y Herrera, Marisa, “*El derecho de Familia en Latinoamérica*”, Ed. Nuevo Enfoque, Córdoba, pag. 758.
- DEPARTMENT OF HEALTH AND SOCIAL SECURITY. Report of the Committee of inquiry into Human Fertilization and Embryology, Her Majesty's Stationery Office, Londres, 1984. (Informe del Comité Warnock).
- DIEZ PICAZO PONCE DE LEON Luis, (1963) *"La doctrina de los propios actos: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo"*, Barcelona, España, editorial Bosch.
- GARCIA JOSÈ JUAN, *Embriones congelados*, en García, José Juan (director): *Enciclopedia de Bioética*, URL: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/tabla-de-contenidos/77-voces/94-embriones-congelados>.
- GRACIA GUILLEN Diego, (1989) *Fundamentos de bioética*. Madrid Eudema.
- HÄBERMAS Jurgen, (2000) *Aclaraciones a la Ética del Discurso*, Madrid, Editorial Trotta, Traducción de José Mardomingo.

- HEVIA MARTIN y SPECTOR EZEQUIEL en Revista “La Ley” *Derecho de Familia y de las Personas*\* 11 diciembre 2011-pag 230.
- HERRANZ G. (1992) *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*. Pamplona: Eunsa.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA; HERRERA, MARISA; LAMM, ELEONORA, “*La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*”; LA LEY 08/08/2011.
- KEMELMAJER AIDA, HERRERA MARISA y LAMM ELEONORA Revista “La Ley” ejemplar del 28/09/2011.
- KRASNOW ADRIANA N. Revista “La Ley” Derecho de Familia y de la Persona, N\* 11 diciembre 2011 - pag.219.
- LEJEUME, JÉRÔME. *¿Qué es el embrión humano?* (1993) Ediciones Rialp S.A.Madrid.
- LÓPEZ MESA, Marcelo, (1997) *"La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia"*, Buenos Aires, Argentina, editorial Depalma.
- LORENZETTI RICARDO LUIS, (1997) *Responsabilidad civil de los médicos*, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Ediciones.
- LOYARTE, DOLORES, *Adopción prenatal: reflexiones sobre un proyecto de ley*, en JA 1998-III-96.
- MÉNDEZ BAIGES, V. (2011), “*Crioconservación*”, en ROMEO CASABONA (director) *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. I, Ed. Comares, Granada, págs. 498-499.
- MEDINA, GRACIELA y HOOFT, IRENE, (2002) *Responsabilidad por daños causados a los hijos en el marco de la fecundación asistida*, en “*Revista Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*” N\*20, Buenos Aires, Lexis nexis
- MILMANIENE, José, (2010) *Clínica de las diferencias en tiempos de perversión generalizada*, Buenos Aires, Biblos.

- NINO, CARLOS SANTIAGO, (1989) *Ética y Derechos Humanos* 2Ed. Barcelona, Astrea.
- PAN José Ramón,(2005) *Introducción a la Bioética*.Madrid Editorial PPC.
- PELLICANO, JOSÈ ALEJANDRO, *La protección al concebido en Roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea.* XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Buenos Aires septiembre de 2004.
- RINALDI, NORBETO DARÍO “*La Personalidad del que está por nacer (raíces romanísticas del art. 70 del Cód. Civil)*” ED, 149-961.
- SAMBRIZZI, EDUARDO A. (2001) “*La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- SAMPIERI ROBERTO HERNÁNDEZ, et al (2006). *Metodología de la Investigación.* (4º Edición). México: McGraw Hill.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von, (1878) *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Góngora.
- SERRA, Angelo. (2003) *L'UOMO-EMBRIONE . Il grande misconosciuto* Siena: Cantagalli, Traducido por Dr.Omar França
- SGRECCIA Elio, (2009) *Manual de Bioética*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos.
- SIORAC, CELINE, (2004) *Embryon, mon amour: Jérôme Lejeune à Maryville (Embrión, mi amor: Jerome Lejeune en Maryville)* Paris: E-dite.
- VARELA Del SOLAR, Jorge Luis,(1980) *Derechos Humanos y Aborto*, Santiago de Chile, Ediar-Conosur,
- VAN DALEN D B. Y MEYER W. J. (1994). *Manual de Técnicas de la Investigación Educativa.* México: Paidós.

- WINDSCHEID, Bernard. (1862) *Tratado del Derecho de pandectas*, Düsseldorf, Alemania. Editado por Von Julius Bubbeus.
- WARNOCK, Mary, (2004) *Fabricando bebés ¿Existe un derecho a tener hijos?* Barcelona, Ed.Gedisa.
- YUNI JOSE Y URBANO CLAUDIO (2006). *Recursos Metodológicos para la Preparación de Proyectos de Investigación*. (2º Edición). Córdoba: Brujas.
- ZANNONI, EDUARDO. (1978) “*Inseminación artificial y fecundación extrauterina*”, Astrea, Bs. As.).

## **Jurisprudencia:**

- CNCiv, Sala J en autos “P., A. c/S., A.C. s/medidas precautorias” (La Ley Online, AR/JUR/50081/2011.)
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires publicado en LLBA, 2005 (SCBuenos Aires, 2005-06-27, C.P. d. P., A.K.).
- CNCiv, Sala I, 3 noviembre de 1999 en autos R., R.D. s/medidas precautorias” ED185-408.
- Cámara Federal de Mar del Plata 29/12/2008, en La ley Buenos Aires 2009-51
- Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata 17/12/2009, en Revista Derecho de Familia y de las personas en La ley Año 3, n° 3,2010.-
- Juzgado Civil N° 56 en autos R,R, del 28/04/1995, en La Ley 1996-C,464

## V. ANEXO.-

### TEXTO COMPLETO:

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, “P., A. c. S., A. C. S/medidas precautorias”

. — Buenos Aires, septiembre 13 de 2011.

Y vistos; y considerando:

Las presentes actuaciones vienen a conocimiento de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 392 por el demandado contra la resolución de fs. 381/386 y su aclaratoria de fs. 391, concedido a fs. 400. Presenta memorial a fs. 403/416, contestado a fs. 420/424.

A fs. 431/436 obra el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara y a fs.438/441 el de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, los que se expiden a favor de la confirmación de la sentencia en crisis.

El decisorio apelado autoriza a la Sra. A. P. a implantarse los embriones crio conservados mediante las técnicas de rigor expuestas por la Academia Nacional de Medicina en el informe de fs. 349.

En la especie, el 29 de octubre de 2008, la actora inicialmente promueve la presente como una medida cautelar de protección de persona, a tenor del art. 234 del Código Civil y Comercial Procesal, en beneficio de los cinco embriones crio conservados que se encuentran en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), de los cuales dice ser madre, motivo por el cual invoca el art. 57 inc. 1 del Código Civil para ejercer su representación.

Refiere a fs. 7/10 que se sometió con su marido A. C. S. a un tratamiento de fertilización en virtud de que el matrimonio no podía concebir hijos. Así es como, según manifiesta, concurrieron al centro médico mencionado, donde se les practicó en primer término un tratamiento de inseminación artificial que no dio resultado y luego tres intentos de fecundación "in vitro", siendo sólo el tercero de éstos el que logró su objetivo ya que de cuatro embriones que le fueron implantados en esa oportunidad uno prosperó y culminó en el nacimiento de su hijo T. C., el 17 de agosto de 2006. Continúa su relato, indicando que como es habitual en la operación

efectuada fueron fecundados varios óvulos, tres de los cuales no fueron implantados por exceder el número científicamente aconsejable, quedando otros dos embriones del segundo intento, con pocas posibilidades de supervivencia.

Sostiene que los cinco embriones están crio conservados, es decir a una temperatura de alrededor de  $-200\text{ }^{\circ}\text{C}$  en el IFER, instituto que reviste el carácter de guardador de los mismos, con miras a una futura implantación o para su donación prenatal a terceros.

Arguye que es su intención continuar con el proceso procreador iniciado pero su marido, de quien se encuentra separada de hecho se opuso a que se le implantaran los embriones. Dicha decisión impide que el Instituto de Ginecología y Fertilidad proceda al implante por considerar que debe ser consensuado por ambos progenitores.

Adjunta a fs. 1 informe emitido por el IFER que da cuenta de la existencia de tres embriones y carta documento n° 7669069 dirigida a su marido para obtener su conformidad.

Es entonces, en virtud de la negativa del marido, que requiere por vía de medida cautelar, la implantación de los embriones.

Resulta relevante señalar que entre los dichos de la actora, que invoca la existencia de cinco embriones crio conservados y lo informado por el IFER a fs. 1 surge una diferencia de dos embriones. Tal extremo fue zanjado con la constatación efectuada por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces de Primera Instancia, obrante a fs. 21/22 en versión manuscrita y a fs. 23 en acta mecanografiada, junto a las que agrega tres informes de procedimiento de fertilización asistida que lucen a fs. 24; 25 y 26, todos los cuales se encuentran certificados, incorporando a fs. 27, la carta documento remitida al IFER por el Sr. A. C. S., en la que comunica su "absoluta oposición y disconformidad" en virtud de la carencia de voluntad procreacional para que el "material genético crioconservado" le sea implantado a la Sra. A. P., la que, tal como refiere el Representante del Ministerio Pupilar, obra en el legajo de la institución.

De modo, que, con la documentación referida, quedó acreditado en autos que los embriones crioconservados son cinco, conforme informes del 26 de septiembre de 2005 (fs. 25) y 19 de noviembre de 2005 (fs. 26), respectivamente.

A fs. 28/29 toma intervención el Defensor de Menores e Incapaces de Primera Instancia y asume la representación de las cinco personas por nacer.

A fs. 30, la Sra. Jueza "a quo" desestima el planteo cautelar incoado y a fin de asegurar que la eventual sentencia que se dicte pueda ser ejecutada, hace saber al IFER que deberá abstenerse de tomar medida alguna que afecte el estado de los embriones objeto de autos, sin autorización del Juzgado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Asimismo, dispone dar al planteo en cuestión trámite sumarísimo, en los términos del art. 321 inc 2 del Código Procesal, por entender que es el procedimiento que corresponde para debatir en forma urgente derechos de raigambre constitucional, mandando a la actora adecuar la demanda dentro del quinto día. Sin perjuicio de ello, en uso de las facultades conferidas por el art. 36 del Código Procesal, convoca a las partes a audiencia, a celebrarse el 9 de diciembre de 2008.

A fs. 52/55, la actora adecua su pretensión, en tanto a fs. 32 acompaña carta documento, en la que consta la oposición al implante expresada por el Sr. S...

Por su parte, a fs. 71/84 el demandado, en su contestación dice que contrajo matrimonio con la actora el 14 de noviembre de 2003, en la Ciudad de Tres Arroyos, Pcia de Buenos Aires, donde fijaron la sede del hogar conyugal. Expresa que en el año 2005, luego de infructuosos intentos naturales para tener un hijo, concurrió con su esposa al Instituto de Ginecología y Fertilidad –IFER-, en donde luego de estudios y diagnóstico, iniciaron el proceso de fertilización "in vitro" o reproducción asistida. Agrega que el procedimiento consiste básicamente en la fertilización extracorpórea de entre quince o veinte óvulos para su posterior implante en el seno materno. Aclara que la razón por la que se crea más de un embrión no es la voluntad de los padres de tener igual cantidad de hijos sino la futura utilización para supuestos en que el implante no resulte favorable para un nacimiento, motivo por el cual se los mantiene crioconservados.

Detalla a fs. 75 que firmó un contrato de consentimiento informado de la pareja para realizar la crioconservación de embriones, por el cual se comprometieron a determinar la futura disposición de los mismos en forma conjunta y en caso de no desear su transferencia en el propio matrimonio dieran instrucciones por escrito sobre su destino. Refiere que expresamente renunciaron a la alternativa de su

destrucción y que en caso de que no diesen las instrucciones conjuntas referidas o dejasen de pagar su costo de almacenamiento, autorizarían a donar dicho embriones a una pareja estéril.

Añade que con posterioridad al nacimiento de T. ocurrido en agosto de 2006, la pareja tiene dificultades que tornan moralmente imposible la convivencia, separándose de hecho en octubre de 2006. Dice que ha iniciado el juicio de separación personal y disolución de la sociedad conyugal contra la Sra. A. P. que tramita por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 1 Secretaría n° 2, de Tres Arroyos, por ser ésta la jurisdicción correspondiente al último domicilio conyugal, en la que también se encuentran tramitando los autos caratulados: "P. A. c/ S. A. C. s/alimentos", expte n° 27.350. Por lo dicho, considera sorpresiva y contraria a las posiciones originarias de las partes que la actora pretenda la implantación de los embriones sin su consentimiento y mediando expresa oposición, generando en su persona la paternidad biológica de los hijos por nacer, no teniendo a la fecha voluntad parental.

Para fundamentar su derecho, arguye que corresponde dilucidar en autos dos cuestiones: la del comienzo de la vida y la de la naturaleza jurídica de los embriones, acerca de las cuales brinda argumentos a fs. 75 vta. /82, concluyendo que "... ninguna de las posturas concibe al embrión como persona. En consecuencia, no hay condiciones suficientes que justifiquen la lesión al derecho de libertad de procreación de raigambre constitucional que poseen los padres (art. 17; 17; 19 y preámbulo de la Constitución Nacional). Prescindir del consentimiento del padre, resulta, por ende, jurídicamente reprochable e inadmisibile" (ver fs. 79 párrafo 3ro.).

Con posterioridad, a fs. 298/299, se adjuntó documentación que acredita la transformación del proceso de separación personal en divorcio por presentación conjunta.

A fs. 308 se convocó a audiencia en los términos del art. 360 del Código Procesal, la que se celebró a fs. 331, ocasión en la que se abrió la causa a prueba, se tuvo presente la prueba documental ofrecida por la actora a fs. 55 y se proveyeron las medidas oportunamente ofrecidas por el demandado.

En el memorial de fs. 403/416 el apelante peticiona la revocación de la sentencia y propone como solución alternativa frente a su oposición al implante, el

instituto de la adopción embrionaria. Centra sus críticas en que la sentencia de grado no se ha expedido concreta y claramente acerca de la naturaleza jurídica de los embriones; que no se respetó "su derecho a no ser padre" por lo que existen intereses en pugna y que, por el contrario, se omitió considerar que la actora había dado su consentimiento para la adopción prenatal.

Acerca de la primera de las quejas, es oportuno puntualizar que el objeto del presente proceso no es declarar cuál es la naturaleza jurídica de los embriones crioconservados, sino que es determinar si se accede o no a la medida peticionada por la actora y se sule, en su caso, por la vía judicial, la autorización paterna para proceder al implante de los mismos.

Respecto de la línea argumental del apelante, se advierte que debió haber iniciado la acción declarativa pertinente, extremo que no verifica. Por ello, mal puede agravarse en tal sentido, cuando su queja se centra en una cuestión ajena a los fines de las presentes actuaciones.

No obstante, de la lectura de la sentencia en crisis surge cuál es el criterio sustentado por la Sra. Jueza "a quo" respecto de la naturaleza jurídica de los embriones, claramente expuesto en la resolución de la excepción de competencia de fs.123/124, que se encuentra firme, postura jurídica que conllevó la solución finalmente adoptada para el conflicto suscitado, ahora en análisis.

Por lo tanto, no es cierto que la "a quo" no se haya expedido al respecto.

De la lectura de autos se advierte que las partes firmaron un "contrato" con el IFER, que implica su consentimiento informado, instrumento que según informa el propio Instituto a fs. 343 no pudo ser adjuntado por haberse extraviado en una mudanza interna de consultorio, razón por la cual agrega a fs. 339/342 un formulario modelo en blanco y la mención del Dr. E. Y. expresando que ambos esposos lo firmaron en su presencia.

Pese a la ausencia material del contrato, no existe controversia acerca de los términos y alcances del mismo. En efecto, las partes son contestes en que acordaron, a fs. 341/342 "Programa de Criopreservación de Ovocitos Pronucleados/Embriones Autorización de Congelación", pto. 5, que ambos determinarían el futuro para cualquiera de los ovocitos pronucleados/embriones que se encuentran congelados y almacenados salvaguardando siempre la preservación de

los mismos. Convinieron en que si el matrimonio se terminara por fallecimiento de ambos cónyuges o ante la imposibilidad física de recibir los ovocitos pronucleados/embriones congelados, los ovocitos pronucleados/embriones congelados fueran destinados a la donación del/de los mismo/s a una pareja infértil la que será determinada por el IFER (pto. 6 de fs. 342). Pactaron que en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría del consentimiento de ambos cónyuges para tratarlo con autoridad competente, tal como surge del ap. 7 de fs. 442.

De modo que resulta llamativa la tesitura ahora adoptada por el apelante, en la que se pone de manifiesto la contradicción en la que incurre respecto de la que sostuvo al firmar el contrato mencionado.

Es que no sólo pretende negar la naturaleza de los embriones sino que reniega de lo expresamente pactado en el pto. 7 de la Autorización de Criopreservación en cuanto a que para el supuesto de disolución del vínculo, el consentimiento de exigido por el IFER sería tramitado ante autoridad competente. Este es precisamente el trámite del presente.

La derivación directa de este principio procesal es la doctrina de los propios actos, que consiste en la práctica en impedir a un sujeto colocarse en el proceso judicial en contradicción con su conducta anterior jurídicamente relevante (Conf. López Mesa, Marcelo J., "Doctrina de los actos propios en la Jurisprudencia", pág. 45 y sus cita; Ed. De Palma).

Las 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.

La doctrina de los propios actos importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, por la cual se impide el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probado en las relaciones jurídicas, pues no es posible permitir que se asuman pautas que suscitan expectativas y luego se contradigan al efectuar un reclamo judicial (Conf. esta Sala, in re: "Repetto José M. D. c/Club Náutico Hacoaj", del 30/4/1996, entre otros)

El sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación, toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN, Fallos: 290:216; 310: 1623; 311:1695; 317: 524, entre muchos otros), ya que ello vulneraría la teoría de los actos propios.

La jurisprudencia ha señalado que "nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, y toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada" (CS, marzo 17-998; LA LEY, 1998-E, 425; CS, nov. 25-997, DJ, 1998-2-232; esta sala, 2000-02-09, LA LEY, 2000-E, 716; CNCiv., sala B 1999-09-21, en ED, 185-845; CNCiv., sala F, Junio 22-1983; LA LEY, 1983-D, 146; CNCiv., sala E, junio 6-1980, LA LEY, 1983-D, 523; CNCiv. Sala A, marzo 8-1983, LA LEY, 1983-C; CNCiv. Sala H, 1999-03-08, JA, 2000-I-454; CNCiv. Sala I, agosto 26-997; LA LEY, 1998-B-56, sin pretender agotar las citas).

Conforme a lo expresado, el agravio vertido habrá de ser rechazado.

En forma subsidiaria a su oposición al implante, el demandado plantea la adopción prenatal, lo cual constituye una "suerte de reconvención" no permitida en este tipo de proceso que tramita en los términos del art. 321 del Código Procesal. Adviértase que los interesados tuvieron oportunidad de acordar tal posibilidad, ya sea en el momento de la correspondencia vía carta documento acreditada en autos como en la audiencia convocada por la Sra. Jueza de la anterior instancia a los fines del art. 360 del Código Procesal, sin que hubieran llegado a arreglo alguno.

Es que, el "thema decidendum", como se dijo, se circunscribe a autorizar o denegar el implante embrionario. Para una posible adopción prenatal, más allá de las consideraciones precedentes, se debería contar con la conformidad de la madre, cuestión que en virtud de las constancias de autos, no es la que la actora vino a plantear a la jurisdicción.

La opción de la adopción prenatal, por otra parte, implica reconocer el carácter de persona humana del embrión.

Respecto de la voluntad parental, es oportuno recordar que el apelante conocía el contrato suscripto y la trascendencia del acto llevado a cabo. También conocía, las posibles consecuencias del mismo: el implante de los embriones o la donación prenatal a terceros, con el consiguiente riesgo de que no hubiese acuerdo entre ambos progenitores sobre el destino de los embriones criopreservados.

Así, pues, la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial.

La voluntad procreacional explícita queda pues manifiesta en ocasión de suministrar su material genético conociendo que lo hacía con la finalidad específica de que fuera utilizado en el proceso de inseminación.

El tema traído a conocimiento de este Tribunal, por su importancia y trascendencia, exige referir que por lo general, los avances científicos y el dinamismo de la tecnología no siempre están acompañados de soluciones legislativas y jurídicas. Es así que en relación a temas como el que nos ocupa existen vacíos legales que no obstante deben resolverse. A pesar de no ser tarea sencilla y de las aristas que la reproducción humana asistida presenta, el derecho no puede ignorar la realidad.

En este caso el apotegma jurídico, elaborado por Ihering, "el derecho debe seguir a los hechos" cobra plena virtualidad (CSJN, Fallos 172:21 y 241:291, entre otros), y significa aceptar que la vida social es más amplia que el contenido del derecho y que, por lo tanto, éste debe estar atento a los cambios sociales para cumplir con los fines que tiene asignado en toda organización social; de lo contrario sólo será una expresión de deseos o de mandatos que no logra ejercer el control ni la paz social.

En nuestro país no existe a la fecha una legislación específica sobre la fecundación "in vitro" ni sobre el status jurídico del embrión ni sobre el número de embriones a implantar, su conservación o el destino de los mismos.

Sí se encuentra a estudio de la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley que cuenta con un dictamen de mayoría y tres de minoría. Se trata de

un proyecto nacido en las comisiones de Acción Social y Salud Pública, de Familia, de Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General, y de Presupuesto y Hacienda que acumula varios proyectos iniciados bajo diferentes números de expedientes (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación"; LA LEY 08/08/2011, p. 1)

Sin embargo, como dijésemos, la ausencia de legislación concreta y específica no puede constituir un obstáculo para alcanzar soluciones, las que se encuentran consagradas en los principios generales del Derecho, en nuestra Constitución Nacional y en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Para la ley civil argentina se es persona desde la concepción. Ello surge del artículo 70 del Código Civil que establece que " Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas.". Por su parte, el art. 63 establece que: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

Si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX (ley 340 sancionada el 25/09/1869; promulgada el 29/09/1869 y publicada: R.N. 1863/69, pág. 513) 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— tornan indudable la afirmación que también el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho.

Es que el hecho de que no haya concepción en el seno materno no es óbice para aplicar el art. 70 por analogía en mérito de lo dispuesto por el artículo 16 del mismo cuerpo legal. (Conf. Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General"; tomo I, cuarta edición actualizada; ed. LexisNexis Abeledo – Perrot; pág. 408)

Se 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 (Banchio, E. en "Código Civil y leyes complementarias", Dir. A. Bueres, Hammurabi, t. 1; p. 454.)

La solución del codificador —inspirada en el Esbozo de Freitas y el Código Civil Prusiano— explica satisfactoriamente la tipificación penal del aborto premeditado (art. 85 Cód. Penal) y la razón del porqué en los países en que existe la pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres encintas hasta después del parto. (Conf. Llambías, J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, t. 1, p. 225. En la nota al art. 21 del Esboço afirma Freitas: "Si los que deben nacer no son personas ¿Por qué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria? ¿Por qué motivo se pena el aborto? ¿Por qué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso que merezca dicha pena, sino sesenta días después del parto?". La nota al art. 63 sigue ese desarrollo argumental.)

Es dable poner de manifiesto que la doctrina argentina —de manera casi unánime— ha aprobado el pensamiento de Vélez Sarsfield (Llambías, J., cit., t. 1. p. 225; Spota, A., "Tratado de Derecho Civil", Ed. Depalma, vol. 3.2., p. 48; López Olaciregui, sus adiciones a Salvat, "Tratado de Derecho Civil argentino", Ed. del cincuentenario, Ed. TEA, t. 1, n° 386c, p. 382; Busso, E., Código Civil anotado, Ediar, t. 1, p. 459; Rivera, Julio., "Instituciones de Derecho Civil, Parte General", 2ª ed., Abeledo Perrot, t. 1, p. 348 y siguientes.)

Sólo cabe citar la excepción de la opinión de Orgaz, para quien el equívoco de la solución del Código consistiría en asimilar "vida humana" con "persona humana", siendo que mientras la primera comenzaría con la concepción, la segunda requeriría de una vida "individual y autónoma", que recién se produciría con el nacimiento (Orgaz, A., "Personas individuales", 2ª ed., Ed. Assandri, p. 37 y siguientes)

La opinión del autor citado puede contestarse con la elemental consideración que el concepto de "persona humana" equivale a la de "ser humano", cuyo proceso existencial abierto comienza no con el nacimiento, sino con la concepción, terminando con la muerte.

Independientemente de ello, es posible considerar, que es persona de existencia visible todo ente que presenta signos característicos de humanidad (art. 51 Cód. Civil), sin distinción de cualidades y accidentes. Ello involucra al concebido "in vitro" en virtud de su sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento en que se produce la concepción, idéntica a la del concebido en el seno materno.

"Una interpretación humanizante y finalista, acorde con la evolución de los avances científicos de nuestro tiempo, desvanecería cualquier hipótesis de antinomia legal o discriminatoria en torno a la situación jurídica de los concebidos, según fuere el diverso lugar en que acaece el contacto fertilizante de las células germinales" (Conf. Zannoni, E. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Astrea, Bs. As., pág. 90).

Normas posteriores al Código Civil reafirman esta interpretación de considerar sujeto de derecho al concebido extracorporalmente.

La ley 23.264 de filiación y patria potestad, sancionada en el año 1985 cuando en Argentina ya se conocían y practicaban las técnicas de fecundación asistida, ha mantenido el mismo criterio. Así el art. 264 del Código Civil establece que la patria potestad existe desde la concepción, sin requerir que ella suceda o acaezca en el seno materno.

En el Derecho Público Provincial encontramos antecedentes sobre la materia: la Constitución de Córdoba, reformada en 1987, establece en su art. 4, bajo el título inviolabilidad de la persona: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos".

La ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) de protección integral de los menores sostiene en el art 1 que es objeto de esta ley la "protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes...para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte", mientras que en el art. 8 que da comienzo al título sobre principios, derechos y garantías establece el derecho a la vida, a su disfrute, protección y obtención de una buena calidad de vida.

En cuanto a la Constitución Nacional el denominado derecho a la vida no estaba expresamente enunciado en la misma antes de la reforma del año 1994, pero sí constituía un derecho no enumerado o implícito comprendido en el art. 33. Al respecto, es dable referir que la vida "más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia" (Conf. Badeni, Gregorio, "El derecho constitucional a la vida, en la obra: "El derecho a nacer" de Badeni Gregorio y otros, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 29.) Por lo tanto, "sin el amplio reconocimiento del derecho natural de vivir no existe una Constitución personalista" (Conf. Badeni, Gregorio, ob. cit. pág. 31),

Sin embargo, a partir de la reforma del 94, el derecho a la vida es un derecho explícito. Ello, por la incorporación de los Tratados Internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22, los que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 31), no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

En tal sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, protege la vida desde la concepción, tal como surge del art. 4 inc. 1, sin distingo alguno acerca del lugar en que ésta se produzca.

La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, establece en el art. 1 que "el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección legal, tanto antes como después del nacimiento", habiendo nuestro país formulado reserva al ratificar dicho tratado (ley 23.849) señalando que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

Deviene oportuno indicar que el Código Civil Peruano (año 1984), en su art. 1 establece que la vida humana comienza con la concepción, criterio establecido también en el Código Civil de Paraguay (1986) que reconoce capacidad de derecho a las personas físicas desde el momento de su concepción.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que "...El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir con la

fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario" (Fallos: 325-1-303).

En el ámbito de la Cámara Nacional en lo Civil se ha establecido que "en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica" (CNCiv., Sala I, 1999/12/03; LA LEY, 2001-C, 824; J.A., 2000-III-630; ED, 185-412, con nota de Benavente, M. I. El comienzo de la vida. La protección jurisdiccional a la luz del derecho argentino vigente).

En tal orden de ideas, *"La concepción se produce al momento de la fertilización, y desde ese instante hay vida humana, conforme lo determinado por los arts. 63 y 70 del Código Civil y al art. 4 apartado primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"* (J.Fed.Córdoba n° 3, 1999/08/26; LLC, 2000-263, con nota de Castellanos, S. F. - DJ, 2000-I-526).

Lo expuesto, lleva a coincidir con la solución adoptada por la anterior sentenciante, la que consideramos ajustada a derecho y al rechazo de los agravios expresados.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por los Ministerios Públicos Fiscal y Pupilar, el Tribunal resuelve: Confirmar la sentencia de fs. 381/386 y su aclaratoria de fs. 391 en todo cuanto decide y ha sido materia recursiva. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado en virtud de las particularidades de la materia decidida, lo novedoso de la cuestión y de la ausencia de jurisprudencia al respecto. (conf. art. 161 inc. 3 del Código Procesal).

Regístrese, notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara y devuélvase al Juzgado de trámite, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Se deja constancia que la Dra. Zulema Wilde no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). — Marta del Rosario Mattera. — Beatriz Alicia Verón.