



**ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN Y LAS
CONSECUENCIAS JURÍDICAS SUSCITADAS EN LOS SUPUESTOS DE
DIVORCIO**

Alumna: María Romina Da Re

Legajo: 5410

Tutor: Prof. Mg. Gabriel E. Lanzavechia.

Título al que aspira: Abogado.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera: Abogacía.

Fecha de presentación: 15 de Octubre de 2020

Teléfono: 153904-6766

Correo electrónico: romi.dare@yahoo.com.ar

Localización: Castelar

ÍNDICE

DEDICATORIA Y AGRADECMIENTOS	4
RESERVA DE TEMA	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: PLANTEO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y RELEVANTE	9
CAPÍTULO II: HIPÓTESIS	15
CAPÍTULO III: MARCO TEÓRICO GENERAL	16
CAPÍTULO IV: MARCO TEÓRICO ESPECIAL	20
1.- Normativa aplicable general	22
a) Convención Interamericana de Derechos Humanos	22
b) Constitución Nacional	23
c) Código Civil y Comercial de la Nación	24
2.- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (TRHA)	24
a) La crioconservación	25
b) Inseminación Artificial	27
c) Fertilización In Vitro	28
3.- La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.	29
4.- Legislaciones Comparadas.	31
a) Suiza	31
b) Alemania	32
c) Francia	33
d) Austria	33
e) Colombia	33
f) Chile	35
5.- Derechos Humanos que emanan de la situación.	35
a) Interés superior del niño	37
b) Derecho a la identidad	38
c) Derecho a la intimidad	39
d) La verdad biológica y la voluntad procreacional	41
6.- Naturaleza Jurídica del Embrión.	42
a) Posiciones doctrinarias:	45
b) Caso Artavia Murillo c/ Costa Rica	46
7.-El divorcio de los donantes de Gametos.	48
8.- Situación Jurídica del embrión ante el divorcio.	50
CAPÍTULO V – INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS	53
CAPÍTULO VI -CONCLUSIÓN	60
CAPÍTULO VII – PROPUESTA	65
BIBLIOGRAFÍA	69

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

Dedicado, en primer lugar, al gran amor de mi vida, mi hija ISABELLA, quien me permitió conocer el significado del amor incondicional y a primera vista. Por acompañarme y alentarme desde su corta edad para que siga a pesar de todo, y por ceder su tiempo conmigo para que llegue a la meta.

A mis padres Nora y Jorge, ejemplos de vida, quienes supieron educarme con los valores y las convicciones necesarias para afrontar cada etapa de la vida, apoyándome incondicionalmente; mostrando que todo es posible si te lo propones y luchar por alcanzarlo.

A mi esposo y compañero, Gastón, por acompañarme desde el primer día en mi sueño de volver a estudiar, por cubrir mis ausencias, por sus palabras de aliento, por su comprensión y por el amor de tantos años.

A mis hermanos Gisele y Alejandro, por ser los pilares de mi vida, por secar cada lagrima y festejar cada logro, porque no puedo imaginar mi vida sin ustedes, simplemente gracias por existir.

A mis sobrinos, Santino y Catalina, que permiten seguir disfrutando la aventura de la vida.

A mi tutor, Dr. Gabriel Lanzavechia, por guiarme en la confección de este trabajo y su excelente predisposición para resolver inquietudes, por su paciencia incommensurable, y su acompañamiento desmedido, gracias infinitas.

A aquellos docentes que contribuyeron en mi formación académica y dejaron una huella y enseñanza para siempre.

RESERVA DE TEMA PARA TRABAJO FINAL

Romi Dare <romi.dare@yahoo.com.ar>

Para:Marilina.miceli@uai.edu.ar,emiliano.meza@uai.edu.ar

lun., 18 may. a las 14:38

Por medio de la presente, solicito la reserva del siguiente tema para el trabajo final de tesis, "ANALISIS DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL EMBRION Y LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS SUSCITADAS EN LOS SUPUESTOS DE DIVORCIO O SEPARACION". Profesor Tutor: DR. GABRIEL LANZAVECHIA

Sin más, saluda atte. Romina Da Re

Miceli, Marilina

Reservado. Atte Enviado desde Outlook Mobile...

mar., 26 may. a las 08:05

Miceli, Marilina <marilina.miceli@uai.edu.ar>

Para:Meza, Emiliano,Romi Dare

mar., 26 may. a las 10:41

Reservado. Atte

ABSTRACT

El deseo de formar una familia, está presente en la mayoría de las personas. Generalmente, cuando se habla de formar una familia, implícitamente se hace referencia a ser padre o madre. Sin embargo, cuando una pareja o persona comienza a recorrer el camino para cumplir su sueño, puede encontrarse con obstáculos inesperados, siendo el más temido no lograr concebir ese hijo necesario para que la familia esté completa. Puede suceder que en el camino a recorrer para alcanzar el objetivo, las parejas se encuentren con el duro diagnóstico infertilidad, y es ahí donde recurrirán a todas las opciones posibles para como refiere el Dr. Eduardo Petiggiani “(...) completar algo muy importante del ser humano que es la necesidad de trascendencia...”¹

La infertilidad no es problema actual, se ha dado si se quiere desde los comienzos de la humanidad, pero con el avance de la ciencia, a este problema se le dio nombre y posibles soluciones. Ahora bien, no podemos dejar de plantear qué se entiende por infertilidad. Santiago Brugo Olmedo la definió como *“la incapacidad de completar un embarazo luego de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin tomar medidas anticonceptivas”*²

La diferencia entre los comienzos de la humanidad y el aquí y ahora, radica en cómo las distintas sociedades han ido resolviendo esta problemática. Así fue que hace apenas 40 años se alcanzó el logro más esperado: la posibilidad de que una nueva vida se dé fuera del vientre materno, incluso sin la necesidad de utilizar los óvulos y/o espermatozoides de la pareja o persona que está buscando convertirse en padres. Esto se logró en Reino Unido en 1978: Lesley Brown y John, su esposo, ambos de Bristol, Inglaterra, recurrieron al Dr. Patrick Steptoe, un ginecólogo de Oldham luego de ser derivados, al no poder concebir Lesley a raíz de un bloque de las tubas uterinas. El Dr. Steptoe inició con una técnica, en ese momento experimental, y le practicó una recuperación laparoscópica de ovocitos. Posteriormente, el fisiólogo Robert

¹ Pettigiani, E. Conferencias de Maestros del Derechos UAI (10/7/ 2013)

²Brugo Olmedo, S. (2003) “Definición y causas de la infertilidad” Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología Vol. 54. N° 4 pag. 230

Geoffrey Edwards, utilizó el espermatozoides de John Brown para fertilizar el ovocito de Lesley en el laboratorio. Días más tarde, se colocó el embrión en el útero de Lesley. La Sra. Brown finalmente, dio a luz el martes 25 de julio de 1978.

Ahora bien, en torno a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA) que se fueron perfeccionando con el paso de los años, surgen diversas y múltiples cuestiones médicas, éticas, morales, psicológicas, e incluso jurídicas que aún hoy no tienen una única manera de entenderse o resolverse. Esto ha generado que, de manera supletoria, se vayan aplicando los regímenes jurídicos nacionales e internacionales para dar una solución a las problemáticas que pueden surgir. Incluso sucede que dicha solución quede a criterio de un juez y sus ideologías por no contar con normas para aplicar.

Los debates éticos y morales en torno a la existencia del embrión separado de la madre, y los gametos que entran en juego en las TRHA son discusiones por demás ricas en contenidos morales y éticos, además de poner en juego una serie de derechos de alto contenido protectorio, tanto a nivel constitucional, como convencional. Si a ello sumamos el aditamento de un proyecto de vida común, en donde dos personas colocan su material genético en aras de la procreación y la conformación de una familia, ejerciendo plenamente su derecho de planificación familiar, y posteriormente, se dan situaciones en donde el matrimonio se acaba, se abre una serie de posibilidades que permiten un análisis de la cuestión, que posibilita muchas interrogantes.

El presente escrito será un trabajo de investigación, conforme **Resolución C.S. 5379/2019 UAI**, en torno a la naturaleza jurídica los embriones criocongelados y las posibles consecuencias jurídicas que tendría el uso de los mismos frente a una situación de divorcio. Para lo cual se seguirán los siguientes criterios:

1. *Elección del tema de Investigación.*
2. *Identificación y fundamentación de la relevancia del problema a través de evidencia sustentable.*
3. *Definición de objetivos y metas alcanzables, coordinadas con las acciones del trabajo a realizar.*

4. *Establecimiento de las características de estudio (exploratorio, relacional, retrospectivo, etc)*
5. *Fundamentación teórica de la propuesta, los procedimientos y técnicas involucradas.*
6. *Validación del trabajo de investigación a realizar sustentándolo en fundamentos del conocimiento científico disponible y ascendentes en el campo.*
7. *Selección de variables y formas de estudiarlas.*
8. *Elaboración de conclusiones.*
9. *Elaborar el informe final y la reseña bibliográfica utilizada.*

CAPÍTULO I.

‘PLANTEO DEL PROBLEMA JURÍDICO’

La temática propuesta para el presente trabajo, nos otorga una serie de situaciones interesantes para su análisis. Por empezar, debe observarse la realidad de cómo se llega a la utilización de embriones criocongelados, en el marco de los derechos a las TRHA. Es decir, primero debe ahondarse respecto al origen, requisitos y procedimiento para llevar adelante estas técnicas, deteniéndose puntualmente la investigación en esta primera parte, en el requisito del consentimiento informado para la utilización del material genético de ambos progenitores.

Posteriormente, y luego del desarrollo de este punto, la situación entra en el ámbito de una real polémica al deber reorientar la investigación ante el acaecimiento de un posible hecho que marca consecuencias jurídicas en cualquier realidad social. El acaecimiento de una disolución matrimonial, o divorcio, es normal al mundo jurídico y se encuentra largamente regulado y debatido, pero marca un agravamiento en el marco de esta investigación.

Es importante indagar acerca de la naturaleza jurídica de los embriones criocongelados, y lo que sucede con los mismos cuando una pareja decide divorciarse atendiendo a cuáles son las consecuencias jurídicas, de existir, que podría tener uno de los miembros de esa pareja si toma una decisión sobre los embriones inconsultamente respecto al otro dueño del material genético colocado. Todo esto, al mismo tiempo, debe orientarse en base al derecho Convencional vigente, es decir, todo el ordenamiento legal que emana de Convenciones y Tratados internacionales, que se integra a la legislación argentina en virtud del dispositivo legal del art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional, y el ordenamiento de fondo local, lo que permitirá dar un enfoque desde estos órdenes normativos, donde se relacionará diferentes áreas del derecho, tales como el mismo Derecho Constitucional, desde el enfoque del derecho a la Intimidad y derecho a la Identidad, y el Derecho Civil, específicamente lo regulado en el Libro Segundo del Código Civil y Comercial respecto al Matrimonio (Título I) y Filiación (Título V).

En el derecho civil en general, de acuerdo a los principios básicos sobre los que se erija desde la sanción del nuevo CCCN, sobre todo, en virtud de la aplicación de los arts. 1 y 2, y más precisamente, en el derecho de familia, por ser la rama del ordenamiento que regula las cuestiones de filiación y matrimonio, entre otras, van a tener en nuestro país mucha incidencia al determinarse con las TRHA una nueva manera de concepción del ser humano, es decir, una nueva manera de generar vida en aquellas personas a las que les es dificultosa esta realidad, y por ende, un nuevo cómputo o situación especial a partir del nacimiento de la persona humana. Además implica dotar a los nacidos bajo este nuevo modo de concepción de todas las capacidades y aptitudes propias de cualquier persona física e integrarlos en las presunciones propias de la maternidad de personas concebidas bajo el matrimonio, aunque se diera el caso de la utilización de TRHA, dado el caso. Con ello, entender la naturaleza jurídica que posee en embrión nacido mediante estas técnicas resulta de vital importancia, puesto que requiere reconfigurar la condición de ser humano que posee, y desde qué momento es posible de adquirir derechos.

Además, debemos entender que todo matrimonio debe tener acceso a esta posibilidad de engendrar, o de propender a la constitución de una familia, de una crianza de sus hijos, y no puede ser negada o borrada como posibilidad si ellos no están en condiciones biológicas que les permitan esa oportunidad. El avance de la ciencia y la cultura permite la existencia de estos nuevos métodos, y el derecho no debe hacer caso omiso a esta realidad social. Más aún, debe brindar herramientas.

En el caso del nacimiento de individuos bajo estas herramientas, el análisis también debe considerar cual es la regulación que hace el derecho de familia en cuestiones como las aptitudes, capacidades y características que posee, por ejemplo, un individuo nacido por medios naturales, referente a derechos filiatorios, acciones filiatorias, presunciones de nacimiento dentro y fuera del matrimonio, condición de hijo extra o matrimonial, aseguramiento de iguales porciones legítimas llegado el caso de la sucesión del padre, etc. entre varias situaciones posibles. Por ello es que resulta necesario adentrarnos en la naturaleza que le otorga el derecho vigente al embrión nacido mediante estas técnicas.

Sobre el derecho Constitucional, claro está que la importancia va de la mano con los tratados de derechos humanos y los derechos no enumerados del art. 33 de la carta Magna *“Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”*³. Ante ello, nos remitimos a lo anteriormente dicho respecto a los derechos a la intimidad y a la Identidad, entre otros derechos de raigambre convencional y constitucional

Entendemos, a su vez, que el problema que procederemos a abordar, esto es, la condición del embrión criop congelado, que encuentra su regulación, principalmente, en los art. 19 *“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”*⁴ y 21 *“Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”*⁵ del CCCN, como así también en los arts. 560 *“Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones”*⁶ y 562 *“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametes”*⁷ del CCCN, y en el art. 7 *“: El aporte de gametos para terceros se debe formalizar mediante un convenio escrito con el Centro Médico autorizado, en el que se deje constancia expresa de la declaración de voluntad suficiente efectuada por el aportante, emitida luego de haber sido informado sobre el procedimiento a efectuar, las posibles molestias, riesgos y efectos adversos de la técnica de obtención de gametos.”*⁸ de la Ley 26.862

³ Constitución Nacional Argentina, art. 33.

⁴ Código Civil y Comercial Argentino, art.19. (Agosto 2015)

⁵ Código Civil y Comercial Argentino, art.21. (Agosto 2015)

⁶ Código Civil y Comercial Argentino, art.560. (Agosto 2015)

⁷ Código Civil y Comercial Argentino, art.562. (Agosto 2015)

⁸ Ley Nacional de Fertilización Humana Asistida, art 7 (Junio 2013)

sobre técnicas de reproducción asistida, o y el divorcio de sus donantes de gametos, encuentra fundamento en las lagunas legales existentes a la fecha sobre la regulación de la situación planteada.

A referirnos a la creación del embrión, existen técnicas como la Inseminación Artificial, donde lo diferente respecto a una concepción en términos naturales es la forma de concebirlo. Lo artificial en este proceso es sólo la forma de introducción del semen al cuerpo de la mujer (reemplaza al coito), pero no la fecundación misma, en donde el óvulo se encuentra dentro del seno materno. Hay otras técnicas que modifican el escenario planteado hasta el momento en la sociedad, como la fecundación in-vitro y la crio conservación que se analizará, donde su uso y realización se producen a diario en instituciones, y que muchas de ellas quedan al margen de una regulación por las lagunas que contiene nuestro sistema legal.

Respecto al consentimiento informado, el mismo es definido en el art. 2 de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, al expresarlo como el *“permiso específico, informado y expreso que una persona da libremente para que sus datos genéticos sean recolectados, tratados, utilizados y conservados”*, agregando el art. 8 *“sin tratar de interferir en su decisión mediante incentivos económicos u otros beneficios personales”*. Básicamente, se trata de un acto de adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica o experimental, que incluye libertad, competencia e información, por ello, es que se entiende que esta prestación de consentimiento solo alcanza al acto por el cual uno es previamente informado y acepta la realización de la técnica. Por ello es que es a través de la información del médico que el paciente podrá escoger dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece, como es incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención.

Al respecto, es dable reparar en la ley 26.529 sobre Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, modificada por ley 26.742, donde su art. 6.º establece la obligatoriedad y con carácter general del consentimiento previo informado del paciente. El art. 5.º lo define como:

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

Este último artículo es tomado por la redacción del CCCN en su art. 59, donde se regula este instituto del consentimiento informado. De acuerdo a la redacción de dicho artículo, el mismo debe ser personal, informado, actual, manifiesto (expreso y escrito mediante formularios previamente aprobados por el Ministerio de Salud), libre, gratuito, requerido, específico, obligatorio y revocable.

Este último requisito es destacable puesto que por tratarse de un acto personalísimo es esencialmente revocable. De este modo, el paciente puede revocar su decisión en cuanto a rechazar o consentir tratamientos médicos, debiéndose dejar expresa constancia de ello en la historia clínica.

Posteriormente, y con la sanción de la Ley 26.862 viene a poner fin a un vacío legal existente sobre la regulación de estas técnicas e implicó en su momento, un avance en la regulación de las TRHA. Pero posteriormente, y con la unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo CCCN, se ha transformado en una legislación que no resuelve problemas o efectos jurídicos de la implementación de estas técnicas. Al mismo tiempo, existen debates doctrinarios y jurisprudenciales que se abordarán y que interpretan cuestiones como la condición del embrión humano y las consecuencias jurídicas de su utilización ante el hecho sobrevenido de un divorcio en el matrimonio de donantes de gametos.

La modificación al Código Civil y Comercial (CCCN), que entró en vigencia el 1 de Agosto de 2015, ha contemplado una serie de situaciones que resultan de polémico tratamiento. Ello ha hecho interpelarnos sobre una serie de principios y garantías que se consideraba, en su momento, que no podían ser abordados, puesto la raigambre histórica que poseían. Uno de esos conceptos centrales era el de la naturaleza del embrión que se crea fuera del vientre materno, como también los conceptos referidos a la voluntad procreacional, cuestiones que serán consideradas en el presente trabajo. Pero sobretodo, entendió esta última modificación, que la relación no está dada por el material genético suministrado, sino mas bien por la voluntad expresada por la pareja que procedió a realizarse el tratamiento. Pero ello no ha alcanzado para suplir o regular este tipo de situaciones en análisis.

Aún así, y considerando que el uso de gametos que se crio conservarán a lo largo de un período de tiempo que implica la existencia de material genético conscientemente ofrecido, más aún en el marco de una relación estable con la investidura formal de un matrimonio, debe considerarse que estos se mantendrán voluntariamente conservados mientras dure el matrimonio y, por ende, el proyecto de vida planteado.

Ahora bien, dado que la finalización del matrimonio implica la disolución del vínculo conyugal y, por consiguiente, acarrea un mecanismo de liquidación de bienes y de tratamiento de derechos adquiridos durante ese vínculo, es necesario analizar cuál es el efecto jurídico que tendrá esta realidad jurídica del divorcio en la propiedad y utilización de esos embriones, debido a que el elemento volitivo que se requiere para el inicio del tratamiento de TRHA, como lo es el consentimiento, posiblemente no sea el mismo que al inicio del tratamiento y, de utilizarse ese material genético, traería a consideración cierta colisión de derechos e intereses de los divorciantes.

CAPÍTULO II

'HIPÓTESIS'

Respecto a la hipótesis a plantearnos, la misma se orienta a la situación jurídica que se plantea, respecto a la naturaleza del embrión, ante el acaecimiento de un evento con consecuencias jurídicas como es el de divorcio. Esto tendrá repercusiones en la decisión y manifestación de la misma al momento de iniciar los procedimientos de una técnica de reproducción humana asistida (TRHA)

Por ello, la hipótesis principal que se maneja es que,

“...la legislación existente en la República Argentina hasta el año 2020 no ofrece regulación concreta para el mantenimiento del proyecto de vida de uno de los cónyuges respecto al embrión crio congelado ante el caso de divorcio entre los aportantes de gametos...”.

En los capítulos venideros, se intentará corroborar esta hipótesis y, de verse realizada la misma, elaborar una propuesta que supere esta situación.

CAPÍTULO III.

‘MARCO TEÓRICO GENERAL’

La perspectiva filosófica que se tomará para la realización de este trabajo parte de la concepción formalista o positivista, dado que, principalmente, se llevará adelante un análisis de las legislaciones que existen, además de la interpretación de lo que sucede con el divorcio y sus efectos jurídicos en el manejo del embrión. Ello se interrelacionará con la opinión de la doctrina y la vinculación existente entre los diversos órdenes normativos que se relacionan. Esta idea de formalismo surge desde el punto de vista del análisis de normas positivas y la aplicación que las mismas tienen en los casos concretos, de acuerdo a los fallos que pueden indagarse y que se vinculen con la normativa traída a estudio en relación con la temática escogida.

El trabajo intenta buscar si, en el ordenamiento jurídico actual, y desde un enfoque sin valoraciones subjetivas, existe una regulación específica de situaciones que emanan del planteo expuesto en el problema de investigación y delimitado en la hipótesis de trabajo. Por ello, la opción de la perspectiva finalista o positivista es la que, entendemos, mejor se relaciona con lo propuesto como línea de trabajo.

En palabras de Bobbio, y justificando lo que se ha dicho asumiendo una postura metodológica dentro del positivismo, se asume *“una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos no verificables (...) y no la mayor o menos correspondencia con un sistema de valores”*⁹

Ello, implica entender el contenido de las normas que entran en nuestro análisis, entenderlas y darlas a entender. Una vez realizado este trabajo previo, la vinculación entre los ordenamientos jurídicos que se han aplicado al caso en particular permitirán su interrelación.

⁹Bobbio, N. (1965) “El problema del positivismo jurídico” Ed. Universitaria de Buenos Aires. Pag. 165

a) Metodología

Teniendo en cuenta la **Resolución N° 5379/19 de Universidad Abierta Interamericana**, es importante mencionar nuevamente que estoy llevando a cabo un trabajo de investigación, siguiendo los criterios que a continuación se expondrán:

1. “Elección del tema de Investigación.
2. Identificación y fundamentación de la relevancia del problema a través de evidencia sustentable.
3. Definición de objetivos y metas alcanzables, coordinadas con las acciones del trabajo a realizar.
4. Establecimiento de las características de estudio (exploratorio, relacional, retrospectivo, etc.)
5. Fundamentación teórica de la propuesta, los procedimientos y técnicas involucradas.
6. Validación del trabajo de investigación a realizar sustentándolo en fundamentos del conocimiento científico disponible y ascendentes en el campo.
7. Selección de variables y formas de estudiarlas.
8. Elaboración de conclusiones.
9. Elaborar el informe final y la reseña bibliográfica utilizada”¹⁰.

Sobre la Metodología a utilizar, la misma irá dirigida, principalmente, a hacer un análisis de carácter cualitativo de la legislación existente sobre la temática, deteniéndonos en la existencia de lagunas legales sobre la regulación que reciben los embriones criocongelados por dadores que han consentido el ofrecimiento de su material genético, y haciéndolas ostensibles al lector y a la comunidad científica, proponiendo la creación de cuerpos normativos que regulen esta situación y complementen los existentes. Al mismo tiempo, ese

¹⁰U niversidad Abierta Interamericana, “Resolución C.S. 5379/19. (Abril 2019)

necesario considerar la naturaleza jurídica que el ordenamiento confiere a estos embriones, a los efectos de habilitar el análisis de los derechos que deben ser respetados.

De por sí, interesa hacer un análisis de la Ley 26.862 sobre técnicas de reproducción asistida, en lo referente a la donación de gametos. También importa la recepción normativa de las TRHA en el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial y cómo se vio esto plasmado en la realidad de la sanción ya dada del nuevo CCCN. Al mismo tiempo, es dable reparar en la regulación de la disolución del vínculo matrimonial, y los mecanismos y consecuencias jurídicas que ello acarrea, para establecer una vinculación necesaria con la temática.

Además de ello, llama a nuestro estudio lo que ocurre con el plexo normativo internacional aplicable al caso y de raigambre constitucional, estos son: Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Declaración de los Derechos del Niño y los Derechos Humanos, Pacto de derechos Civiles y Políticos, entre otros. Obviamente los últimos, concatenado con un análisis de nuestra Constitución Nacional y como la misma traduce el ingreso de tales cuerpos normativos a nuestra legislación.

Asimismo, importará a nuestra idea obtener para el trabajo presente, nociones sobre legislaciones comparadas, y cuáles han sido las soluciones que han brindado los países escogidos a la situación legal y real que engloba nuestro proyecto. Finalmente, intentaremos traer a colación doctrina y jurisprudencia aplicable al caso tanto nacional como internacional en la medida de lo posible, que permita dar una visión más integral de la problemática planteada y observar pasibles resoluciones a lo proyectado.

Los tipos de fuentes que se utilizarán serán de carácter primario cuando nos ahondemos en las legislaciones referidas a la temática, puesto que son las que *“necesariamente tienen que referirse los jueces, los abogados e investigadores para encontrar la solución a un problema jurídico, porque estas normas provienen de los órganos competentes del Estado”*¹¹. En virtud de esta definición, también serán utilizadas las fuentes de orden secundario, que se

¹¹MUÑIZ ARGÜELLES, L., MIGDALIA F., y MUÑIZ ARGÜELLES, V. (2012). La investigación jurídica. 5ta. Ed. Bogotá: Temis, p. 13.

centrarán en traer al análisis ciertos fallos considerados relevantes para la temática, como también, definiciones y conceptos dados por la doctrina y que cimenten el camino de nuestro trabajo. A partir de ellos, los conocimientos que se produzcan se generarán en base al estudio, comparación y crítica que se realice de estas fuentes.

El ámbito territorial se ubicará en la República Argentina con un análisis de ciertos casos jurisprudenciales que se consideran leading cases en el tema, como Artavia Murillo c/ Costa Rica, relativo a la naturaleza jurídica del embrión humano, entendiendo la necesidad de traer a colación legislación nacional, supranacional e internacional hasta la fecha, y la necesidad ante ello de una modificación del régimen legal de nuestro país, implementando soluciones ante casos como los que se proponen en el tema elegido.

Objetivos

A continuación, se proponen como objetivos generales y específicos los siguientes:

Objetivos Generales

1. Analizar las consecuencias jurídicas que tiene el divorcio sobre la existencia del embrión criocongelado concebido con el material genético de ambos cónyuges fuera del seno materno.
2. Estudiar los derechos que dimanar de la concepción mediante las TRHA desde el derecho civil, constitucional y convencional.

Objetivos Específicos

1. Examinar el procedimiento de concepción y crio conservación de embriones y los derechos que se encuentran en juego.
2. Estudiar la naturaleza jurídica del embrión concebido mediante las TRHA.
3. Comparar la temática respecto a legislaciones latinoamericanas y europeas afines.
4. Generar una revisión de la visión jurídica, en base al cotejo con otras legislaciones y normativas internacionales de derechos humanos.

5. Proponer fundamentos para tener en cuenta en el desarrollo de una nueva legislación que contemple las situaciones que se plantean.
6. Exponer la falta de legislación integrada y reglamentada sobre la cuestión.

CAPÍTULO IV.

‘MARCO TEÓRICO ESPECIAL’

Respecto a la cuestión atinente a los antecedentes que versan sobre el problema planteado, de por sí no existe ni doctrina ni jurisprudencia pacífica sobre el mismo, debido a la existencia de derechos de raigambre constitucional en puja, lo que lo torna de muy difícil diferenciación. Ahora bien, en materia legislativa, el trabajo puede hacerlo girar alrededor de determinadas normativas que muestran la evolución de la inclusión de la temática en la comunidad epistémica jurídica específica. Entonces, buscaremos traerlos al análisis del proyecto y exponer los avances sobre la temática.

La doctrina acepta, sin contemplaciones en contra, la plena vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño (1989). Este ordenamiento jurídico se presenta como el principal y más respetado elemento jurídico que debe ser tenido en cuenta por todos los países del mundo, sin importar su ratificación o no del documento, al erigirse como un derecho humano primordial.

Dicho esto, el mundo jurídico reconoce una serie de principios que sirven para cimentar un sistema de protección del niño, y entre otros principios, establece:

- a) El principio de no discriminación de los niños en su art. 2;
- b) El interés superior del niño en su art. 3.

Y por ende, en esta naturaleza de hechos que implican la existencia de una vida mediante TRHA, también han de considerarse los derechos humanos dimanantes de la Declaración Universal de los derechos Humanos, tales como derecho a la vida, identidad e intimidad.

Por esto dicho es que tendrán plena vigencia esos límites a las pretensiones adultas cuando la Convención sobre los Derechos del Niño, que ya se sabe que es de jerarquía constitucional, establece el criterio rector del

interés superior del niño (art. 3º), como así también el derecho a conocer la identidad de sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º)¹².

El ejemplo principal lo da el acceso al Derecho a la Identidad. Aún considerándose como uno de los derechos implícitos del art. 33 de la Carta Magna, el este derecho fue incorporada por Tratados y Convenciones que forman parte del plexo normativo Convencional de la Constitución, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 19), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24) y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 7º y 8º).

Fernández Sessarego expresa que la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática, sino que ella debe incluir el conjunto de atributos y cualidades que definen la personalidad de cada sujeto¹³. En el mismo orden de ideas, se entiende que el derecho a la identidad comprende el contenido espiritual, intelectual, etc., con el cual el individuo se proyecta socialmente al exteriorizar de alguna manera estos aspectos propios de su personalidad¹⁴

Desde esta doble perspectiva, coincido con Zannoni cuando advierte que *“el concepto de identidad filiatoria como pura referencia a su presupuesto biológico no es suficiente para definir, por sí mismo, la proyección dinámica de la identidad filiatoria”*¹⁵.

Sobre el tema de la verdad biológica y la voluntad procreacional, sucedió que a partir del avance de las TRHA existen más casos de distinta interrelación entre la voluntad y la biología, atentando contra la voluntad procreacional. Siguiendo el orden lógico de los razonamientos de la doctrina, podemos establecer que tiene que sostenerse la viabilidad absoluta e ilimitada de las técnicas y que lo determinante es la voluntad procreacional:

¹²MIZRAHI, M. (2004), “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, LL, 23/08/2004.

¹³FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992), Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, p. 113.

¹⁴CABRERA, D., CODEGLIA, L. (1995), “Responsabilidad por violación del derecho a la identidad”, en Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M. (dirs.), La responsabilidad. Homenaje al profesor Isidoro H. Goldenberg, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 115.

¹⁵ZANNONI, E.. (1978) “Inseminación artificial y fecundación extrauterina”, Astrea, Bs. As.), p. 502.

“La biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado. Mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo”¹⁶.

“Aquí nos enfrentamos con la separación entre verdad biológica y voluntad procreacional, asumiendo la paternidad y/o maternidad quien manifieste por medio del consentimiento informado su deseo de ser padre y/o madre –voluntad procreacional-”¹⁷.

Respecto a la rama del ordenamiento jurídico que resulta clave para el entendimiento de estas cuestiones, el Derecho de Familia se erige como el principal compendio de normas al que debemos referirnos. Tiene por objeto, entre otras cosas, los derechos y obligaciones de los miembros de la familia y constituye el eje central la familia, el matrimonio y la filiación. Sin embargo, uno de los problemas más importantes con los que se enfrenta esta rama del derecho es la multiplicidad e indeterminación del concepto de la familia.

1.- Normativa aplicable general

Respecto a la normativa que se ha citado, es elemental el análisis de los siguientes cuerpos normativos:

a) Convención Interamericana de Derechos Humanos

Para dar una definición de familia desde el área jurídica, haré mención a lo que la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) entiende como tal en su artículo 17, incs 1, 2 y 5. A partir de este artículo podemos inferir que la familia juega, en la vida de las personas y de la sociedad misma, un papel central y esencial. Tal es así, que en el inc. 4 del mismo artículo hace referencia a que los Estados partes deben arbitrar todos

¹⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E. (2011), “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”; LA LEY 08/08/2011.

¹⁷ KRASNOW, A. (2006), Filiación, Buenos Aires, La Ley, p. 87.

los medios para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de los cónyuges y de los hijos durante el matrimonio y en la disolución del mismo.

En el análisis que hace el abogado argentino Santiago J. García Mele sobre el artículo antes citado, refiere un punto que creo de importancia, en lo que respecta *“a que de la norma en análisis no surge la existencia de un modelo único de familia, contemplando la protección de ella en sus diversas manifestaciones”*¹⁸. Quizás se pregunten por qué me pareció acertado hacer referencia a este análisis. La respuesta radica en el hecho de que esta investigación, se centrará en las Técnicas de Reproducción Asistida, las cuales permiten cumplir el sueño de tener un hijo sin distinción que genero o modalidad familiar.

b) Constitución Nacional

Nuestra Carta Magna no expresaba nada acerca de la familia, en su texto original y las reformas que se le fueron haciendo, hasta 1957, año en el que se incorpora el art. 14 bis *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir*

¹⁸ GARCIA MELE, Santiago en ALONSO REGUEIRA, E. (2013) La Convencion Americana De Derechos Humanos Y Su Proyeccion En El Derecho Argentino. Cap: “Artículo 17: Protección a la Familia” 1º ED. Bs As. La Ley. Departamento de publicaciones de la Facultad de derecho 2013, p. 78.

*superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*¹⁹. Éste estipula, entre otras cosas, la protección integral de la familia, la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

Ahora bien, el Dr. García Mele refiere al respecto:

*“la manera en que la Constitución Nacional contempla la protección de la familia podría ser calificada de exigua, teniendo en cuenta el importante y trascendente rol de dicha institución dentro de la sociedad y que dicha norma funciona como piso mínimo que no puede ser desconocido por el orden infrainstitucional”*²⁰.

La tesitura del Dr G. Mele es interesante para este trabajo; sin embargo, cuando se menciona el concepto de “protección de la familia”, podemos pensarlo en un sentido amplio y de esta forma brindaría un amparo extenso a dicha institución.

c) Código Civil y Comercial de la Nación

Además de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, en nuestra legislación, contamos con nuestro Código Civil y Comercial. Este último, se ocupa de todo aquello o casi todo lo relacionado con la familia en su articulado, desde el artículo 401 hasta el 723 inclusive²¹. En algunos de ellos, nos adentraremos y los recorreremos a lo largo del presente trabajo.

2.- Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (TRHA)

Partiendo de la existencia de una ley específica que regula esta cuestión, se puede exponer como definición de este tipo de técnicas que, según el artículo 2 de la Ley 26.862: *“Se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las*

¹⁹ Constitución Nacional Argentina, art. 14 bis.

²⁰ ALONSO REGUEIRA, E. (2013) La Convencion Americana De Derechos Humanos Y Su Proyeccion En El Derecho Argentino. Cap: “Artículo 17: Protección a la Familia” 1º ED. Bs As. La Ley. Departamento de publicaciones de la Facultad de derecho 2013, p. 82.

²¹ LORENZETTI, R. (2014), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo I: p. 80 a 362.

técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones”.

La realidad marca que los avances tecnológicos conllevan la posibilidad de concebir por fuera de los procedimientos que se denominan naturales o biológicos. Pero esos mismos avances tecnológicos han sido receptados en este tipo de ordenamientos, que prevén calidad o situaciones nuevas para la realidad jurídica y plantean la posibilidad de nuevos efectos jurídicos. Las TRHA hacen posible algo que anteriormente no sucedía, como es la disociación entre lo genético/biológico y lo volitivo, dejando entrever que la posición del legislador es la de dar mayor primacía a la voluntad de las personas, postura que acompaña los tiempos actuales, donde la construcción cultural es vital por ante las verdades biológicas.

Por otro lado, estas TRHA dan lugar a técnicas como la de conservar embriones y/o material genético por tiempos prolongados, cuestión que propicia un terreno en donde la posibilidad de que los deseos de paternidad y maternidad y las situaciones de las parejas tengan un movimiento muy dinámico entre el momento del inicio de un tratamiento y el fin, como puede ser el divorcio o la separación, por esta razón, el CCCN exige que un tipo de consentimiento que debe ser renovado ante cada transferencia de embriones o material genético.

Cabe destacar que esta particularidad también está presente en la Ley de Cobertura Médica, la que está en vigencia desde el año 2013, al disponer la última parte del art. 7 de dicha ley, que refiere a que *"el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer"*. En el mismo sentido transita la normativa del CCCN, art. 560, donde se establece que *"este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones"* y en la última parte del articulado siguiente, el 561, cuando se afirma que *"el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión"*.

a) La crioconservación

La crioconservación 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°C .

Las fases del procedimiento son:

1) Exposición ante el crioprotector, para la reducción de daños en la cristalización de las células.

2) Reducción de temperatura hasta los 196° bajo cero.

3) Almacenamiento de los embriones congelados.

4) Descongelamiento de los mismos.

5) Diluir y lavar el crioprotector.

Las fases más críticas son el congelamiento y descongelamiento de los embriones, puesto que la realidad molecular se modifica ante el cambio de temperaturas.

Métodos de crio preservación

Lento: en este proceso se necesita un congelador que pueda programarse, para que el descenso de la temperatura se haga en forma gradual y controlada hasta alcanzar la deseada.

Rápido: hay dos tipos de métodos rápidos: 1) la vitrificación que consiste en la utilización de una solución altamente viscosa que, al ser enfriada, aumenta su viscosidad hasta alcanzar la consistencia de un vidrio; 2) la congelación ultra rápida: en este proceso se usan bajas concentraciones de crioprotectores y los contenedores de los embriones se sumergen directamente en Nitrógeno líquido.

Esta acción no resulta neutra ni fácil, desde el punto de vista biológico o moral. Al congelar y descongelar un ser vivo, pueden producirse

daños irreversibles en los embriones y hasta matarlos. De hecho, las tasas de mortalidad alcanzan un 30 a 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°, 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 celular²².

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

²² Friedler S, Giudice LC, Lamb EJ. Crioconservación de óvulos y embriones en personas infértiles. 1988,49: 743–764.

“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 pre embrión.

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.

b. Inseminación Artificial

La inseminación artificial es un procedimiento de reproducción asistida que consiste en la colocación de semen previamente preparado en un laboratorio en el interior del útero de la mujer. De esta forma, se consigue aumentar las probabilidades de que el óvulo quede fecundado por el espermatozoide y, por tanto, que el embarazo ocurra. El semen utilizado puede provenir tanto del hombre de la pareja como de un donante.

Estos problemas pueden proceder del hombre (bajo nivel de concentración o movilidad de los espermatozoides) o de la mujer (problemas de ovulación, alteración a nivel del cuello uterino, etcétera). Tanto los espermatozoides como los óvulos pueden proceder de uno de los miembros de la pareja (si la hubiese) o de un donante anónimo

Tipos

Dependiendo de dónde se produce la inseminación de los espermatozoides en el útero de la mujer, se puede hablar de diferentes tipos de inseminación:

1. Inseminación artificial intratubárica.
2. Inseminación artificial intracervical.
3. Inseminación artificial intravaginal.
4. Inseminación artificial intrafolicular.

5. Inseminación artificial intrauterina.²³

c. Fecundación In Vitro

Se trata de poner en contacto el espermatozoide con el ovocito en un cultivo adecuado reproduciendo las condiciones naturales en las que se da la fecundación. Se utilizan unas decenas de miles de espermatozoides, y varios óvulos según el número de embriones que se quieran obtener. Pasadas 30 horas de la fertilización el cigoto comienza a dividirse en dos células, a las 40 horas puede constituir ya un embrión de 4 células, y a las 66 horas de 8 células.

A diferencia de la inseminación artificial, la fecundación in vitro es una modalidad de fecundación artificial extracorpórea, ya que mientras en la primera la fecundación ocurre dentro del cuerpo de la mujer; en la segunda la fecundación se realiza en el laboratorio, y luego, el embrión es transferido al cuerpo de la madre para su posterior desarrollo.

Esta técnica fue desarrollada inicialmente para el tratamiento de la infertilidad causada por obstrucción de las trompas. Sin embargo, a lo largo del tiempo, las indicaciones fueron ampliándose e incorporando todos aquellos casos en los que existe dificultad en el encuentro entre los espermatozoides y el óvulo. Así se han tratado factores masculinos, endometriosis, problemas inmunológicos, esterilidad de origen desconocido, etc., y se han incorporado algunos procedimientos como la criopreservación embrionaria, las técnicas de micromanipulación, la recuperación de espermatozoides, etc.

3.- La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.

²³ www.cuidateplus.marca.com/reproduccion/fertilidad/diccionario/inseminacion-artificial.html, fecha de consulta 12-10-2020

Esta mencionada ley es sancionada en junio del 2013 y se tomo no solo como una novedad, sino como la oportunidad de acabar con interpretaciones jurisprudenciales controversiales, como así también, terminar con los conflictos de interpretación respecto a la cobertura de obras sociales respecto a estos TRHA. Posteriormente es reglamentada, sorpresivamente para nuestro país, en tiempo y forma por el decreto 956/2013.

Al respecto de su contenido, en esta ley existen tres instituciones que se tratan y que llevan a considerar la naturaleza jurídica que se le otorga al embrión. Al respecto, esta ley establece:

- 1) la posibilidad de conservar embriones congelados,
- 2) la posibilidad de donarlos,
- 3) revocar el consentimiento hasta antes de la implantación del embrión.

Con respecto a los dos primeros, el art. 2 del decreto reglamentario en su parte pertinente dice: *"Se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos"*.

Al segundo aspecto se le dedica un mayor espacio legal, siendo que el art. 2° de la ley 26.862 asevera que:

"A los efectos de la presente ley, se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones";

Agregando el art. 8° del decreto 956/2013 referido a la cobertura que:

"En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el Registro Federal de Establecimientos de Salud ", y que:

"Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante"; aclarándose, por último, que: "La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento" y que "nunca tendrá carácter lucrativo o comercial".

Y al tercero, también la ley 26.862 en su art. 7, referido a los beneficiarios de las técnicas en cuestión, dispone en su última parte que:

"El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer".

En nuestro país, la práctica médica vinculada a las TRHA, en especial la Fecundación In Vitro (FIV) y otras, son prácticas que no están prohibidas y que se han incluido en la prestación de servicios médicos, lo cual ha resultado un auspicioso avance al respecto.

La aplicación y desarrollo de las técnicas médicas en mención, son de larga data, superando ya, la veintena de años. En síntesis, la existencia de esta ley específica permite observar que el ordenamiento jurídico ha avanzado en relación a esta temática procreacional, pero se entiende desde este punto de vista, que aun existen cosas por mejorar, y que la normativa citada puede ser aun más abarcativa de gran cantidad de situaciones.

4.- Legislaciones Comparadas.

Si bien países como España, Portugal e Italia han legislado en torno a los asuntos relativos con las técnicas de fecundación médicamente asistida y sus consecuencias, lo que no es posible decir es que todos los países europeos han emitido leyes específicas sobre el tema.

Ciertamente, se debe dejar en claro que muchas legislaciones abordan las técnicas de fecundación humana asistida de manera colateral, en leyes principalmente dirigidas a la protección del material germinal y genético humano (como es el caso de Alemania), más que sobre las técnicas en sí mismas o en el respeto a los derechos humanos dimanantes de tal cuestión. Otros países, por el contrario, no han legislado del todo ninguna de estas temáticas.

Marisa Herrera, en el análisis que realiza del art. 19 del CCCN, hace referencia a esta cuestión, expresando: *“se trata de conocer y analizar la experiencia en el Derecho Comparado como insumo de gran interés para la elaboración de una normativa a nivel nacional, que si bien debe respetar las pautas y principios culturales, se trata de un tema donde el avance de la ciencia médica es similar en el mundo y, por ello, ahondar sobre el desarrollo legislativo en otros países (...) presenta una singular relevancia”*²⁴

a) Suiza

En este país, por ejemplo, acepta la aplicación de las técnicas de procreación para dar respuesta a problemas de infertilidad o, también con el fin de evitar la transmisión de enfermedades graves o hereditarias. En ese país, las técnicas en cuestión no pueden ser utilizadas para la investigación o para predeterminar las características genéticas del niño por nacer. La fecundación extracorpórea es permitida en los términos que especifica la Ley.²⁵

Asimismo la Constitución se pronuncia sobre la donación de embriones, la maternidad por sustitución y otros temas relacionados, pero no ahonda en el respeto a los derechos humanos del embrión, posteriormente niño, y los derechos a la intimidad de los donantes de gametos. Incorporó en el año 1992 un nuevo artículo en su Constitución, el cual garantizaba que el hijo tendría acceso a los datos relativos a sus progenitores.

b) Alemania

²⁴ LORENZETTI, R. (2014), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Herrera, M. Título 1 Cap 1 Comienzo de la existencia. Pag. 92

²⁵ Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999. Recuperada de http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=179792., consultada el 15/09/2020.

En este Estado, el análisis de la cuestión se caracteriza por tener una legislación especialmente protectora del embrión. Se refiere a las TRHA, en la Ley 745 del 13 de diciembre de 1990 o Ley alemana de protección del embrión. Dicha Ley tiene como interés fundamental la protección del embrión, más que la mera regulación de las técnicas de procreación medicamente asistida, pronunciándose únicamente en relación con ciertos parámetros de licitud relacionadas con ellas, ya que la naturaleza de la ley es fundamentalmente sancionatoria. La Ley 745/90, se aplica como régimen legal de protección del embrión, allí donde no es aplicable la normativa relativa al aborto. Ello implica una concepción gradual de protección, como así también permite la protección al acceso a la información del niño a su historia biológica.

La Ley alemana no prevé especiales eventualidades que puedan suscitarse, entre el momento en que se produce la concepción extracorpórea y su transferencia, tampoco se pronuncia especialmente en relación con quienes tienen acceso al uso de las técnicas de fecundación asistida. Con el propósito de evitar el uso abusivo del embrión, la Ley alemana en su art. 2, prohíbe el desarrollo embrionario para otro fin que no sea lograr un embarazo y en sentido semejante, prohíbe extraer el embrión del vientre de la mujer antes de su anidación en el útero, asimismo prohíbe enajenar, ceder, adquirir o utilizar un embrión concebido extracorpóreamente para fin distinto de producir a la procreación.

La manipulación del material genético solo será posible si es para beneficio del embrión, feto o ser humano o si con ello se persiguen fines terapéuticos, según se establece en el art. 5 del cuerpo legal citado. Asimismo, la Ley prohíbe la selección del sexo haciendo uso de las TRHA y, solo será permitida si la selección es efectuada por un médico, con el fin único de evitar una enfermedad grave o hereditaria ligada al sexo, establecido en el art. 3. Queda además, prohibida por la Ley, toda práctica que conduzca a crear quimeras o híbridos, así como transferir un embrión humano a un animal, como se expone en el art. 7. Igualmente se prohíbe la clonación humana, según el art. 6 de la Ley.

c) Francia

Al igual que Alemania, no crea una ley específica para regular las técnicas de procreación asistida. Francia particularmente genera una serie de leyes que introducen una serie de reformas al Código Civil, al Código Penal, Código Procesal Penal y al de Salud Pública. La legislación que aborda el tema, por lo general, tiene como interés prioritario salvaguardar todo lo relativo a la manipulación del cuerpo y el material genético humano y su protección, dedicando por lo usual en ellas un segmento destinado a lo relativo a la procreación médicamente asistida. En este sentido, Francia da lugar a la Ley N° 94/653 del 29 de julio de 1994, sobre el **respeto al cuerpo humano**. Ley que cita por vez primera los términos embrión y embrión humano, aún cuando no los define.

La legislación francesa se ha pronunciado sobre temas sensible en la temática, desde un punto más amplio, pero en sí, ha regulado el tema de la maternidad subrogada y la donación de gametos y embriones.

d) Austria

Aquí, se pronuncian sobre la fecundación in vitro en la Ley que sobre procreación artificial que existe en ese país; su normativa guarda gran semejanza con la legislación alemana. Inglaterra, posee normativa relativa con la Fecundación In Vitro, permite el diagnóstico preimplatacional, la selección de embriones y la clonación terapéutica. Acepta la donación de embriones y gametos.

Todos los países citados y en general los países europeos, admiten la procreación médicamente asistida y en su mayoría parten de una percepción de las TRHA desde el enfoque a la salud reproductiva y el libre ejercicio de la procreación. También, es importante decir que, los países en estudio se encaminan a brindar protección al embrión, aún cuando el grado de resguardo brindado varíe de un país a otro.

En Latinoamérica las técnicas de fecundación asistida como método de procreación y respuesta a problemas derivados de la esterilidad e infertilidad humana, cuenta con muchos años de desarrollo y práctica.

e) Colombia

La fecundación in vitro como técnica de reproducción humana asistida, es una práctica médica privada ampliamente difundida y socialmente aceptada. Este país, aún cuando cuenta con cierta normativa que regula algunos temas asociados a las técnicas de procreación asistida, ciertamente carece de legislación específica en el tema. Sin embargo, se aceptan prácticas como: donación de gametos y embriones, la crio conservación de embriones, siempre previo consentimiento informado.

Al interior de la normativa jurídica colombiana es importante indicar que la Constitución Política de Colombia de 1991, hace referencia, a los hijos procreados a través del uso de TRHA. En su artículo 42, capítulo II, de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales hace alusión a esta cuestión. De igual manera el mencionado artículo, se pronuncia sobre el derecho a la intimidad familiar y la planificación familiar. El artículo en cuestión, dice:

“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes (...) La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos (...)”

Siendo que la práctica de las mencionadas técnicas, se han impuesto y constituido en una verdadera alternativa para responder a problemas de infertilidad. Asimismo se estima la necesidad de legislar en lo relativo a la filiación, con respecto de los niños nacidos con la asistencia de las técnicas médicas de procreación asistida. En general, las propuestas existentes, aceptan las prácticas homólogas y heterólogas de procreación humana. Quienes se benefician del uso de las técnicas de procreación asistida, deben ser legalmente capaces y aportar de manera formal y escrita su consentimiento informado.

f) Chile

A diferencia de Colombia, cuenta con una ley que aborda temas conexos a la Fecundación In Vitro; a saber: la Ley 20.120 denominada Ley “Sobre La Investigación Científica En El Ser Humano, Su Genoma Y Prohíbe La Clonación Humana”. Esta busca proteger la vida humana desde el momento

de la concepción y, en igual sentido su integridad física y psíquica, así como también la diversidad e identidad genética (art. 1).

La Ley 20.120, no regula las técnicas de procreación humana asistida, sino que impone límites a la investigación científica allí donde esta pueda entrar en conflicto con *“derechos y libertades esenciales que emanan de la naturaleza humana”*. Se enfoca prioritariamente en temas relativos al patrimonio genético humano y, en ese sentido, prohíbe la destrucción de embriones y la discriminación arbitraria basada en el patrimonio genético de las personas. La citada ley regula mayoritariamente la investigación biomédica y otros temas relativos a la carga genética de los individuos.

El artículo 19 de la Constitución Política de Chile, no solo se pronuncia sobre el derecho a la vida y la protección de la vida del que está por nacer, sino que también incluye el derecho a procrear y, en consecuencia, *“el acceso a los medios médicos para superar las causas que impiden o dificultan la concepción”*. El Código Civil de Chile establece lo relativo a la filiación de hijos nacidos haciendo uso de las TRHA.

5.- Derechos Humanos que emanan de la situación.

En virtud de la plena vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño (1989), este se presenta como el principal y más respetado elemento jurídico que debe ser tenido en cuenta por todos los países del mundo, sin importar su ratificación o no del documento, al erigirse como un derecho humano primordial.

En esta naturaleza de hechos que implican la existencia de una vida mediante TRHA, también han de considerarse los derechos humanos dimanantes de la Declaración Universal de los derechos Humanos, tales como derecho a la vida, identidad e intimidad.

“El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a: un nombre, una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos, en la medida de lo posible” (art. 7 CDN).

Este artículo busca que se respete el derecho de todo niño que nazca mediante las TRHA, dándose una exclusiva prioridad a aquellos niños

concebidos fuera del vientre materno, buscando que el principio de interés superior del menor sea asegurado en toda circunstancia. Entonces, se expone que no pueden aplicarse todos los precepos de esta Convención a este tipo de técnicas y la intención parece ser la de no interferir con las técnicas, Es dable, en este sentido, traer a colación los siguientes principios consagrados en la Convención sobre Derechos del Niño que no pueden ser omitidos al considerar las técnicas:

“El niño, en virtud de su especial vulnerabilidad requiere una consideración especial” (Preámbulo CDN).

En caso de conflicto, los derechos de los niños tienen primacía por sobre los de los adultos (art. 3 CDN). Derecho a la identidad, en sentido amplio (arts. 7, 8, 9, 10, 11, 16, 20, 22, 29, 30 CDN). ***“En casos de disolución de matrimonio, las decisiones que se tomen se harán sobre la base única del interés y conveniencia de los hijos”*** (art. 17 inc. 4 CDN). Es esa la línea de pensamiento de parte de la doctrina, que acompaña tal razonamiento, así, Mizrahi sostiene que:

“la dignidad y privacidad familiar debe mantenerse en todos los niveles por la vigencia del principio de la inviolabilidad de la persona pues, en la reproducción humana asistida, no estamos en el terreno de los ideales autorreferentes (donde el principio de la autonomía personal adquiere un valor irrestricto), sino en el campo intersubjetivo; lo que significa decir que todo derecho que invoque quien desea procrear quedará automáticamente limitado cuando se afecten los derechos de los demás; en nuestro caso, los de los niños. (...) la Convención sobre los Derechos del Niño —de jerarquía constitucional— establece el criterio rector del interés superior del niño (art. 3º) y su derecho a conocer a sus padres (esto es, al padre y a la madre) y a ser cuidado por ellos (art. 7º)”²⁶.

a) Interés superior del niño

Con la última reforma constitucional, la Convención sobre Derechos del Niño adquirió, mediante el mecanismo del art. 75, inc 22, la jerarquía

²⁶MIZRAHI, M. (2004), “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, LL, 23/08/2004.

superior a las leyes y con ello, quedó consagrado el principio de interés superior del niño (art. 3 CDN) como un principio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico. Por ende, ante conflictos normativos, siempre debe considerarse el interés superior del niño, como el prevalente a todo.

Este principio, ha sido también aceptado por toda nuestra doctrina y jurisprudencia. Ahora bien, el alcance que se le da a este principio no siempre es el mismo, y varía dependiendo la interpretación que se haga en el caso concreto.

*“No discutimos que el interés superior del niño es el eje central de toda decisión, resolución o consideración relativa a los derechos de niños y adolescentes, pero las técnicas, por el sólo hecho de ser tales, no lo contradicen: el deseo de los adultos no se opone necesariamente al de los niños; más aún, en el campo de la filiación por naturaleza se observa, con frecuencia, una importante cantidad de niños que nacen cuando los progenitores deciden, después de haber organizado y programado su llegada cuando las condiciones familiares son las adecuadas. Esta connotación se extiende a la filiación derivada de las TRHA en la cual, precisamente, la voluntad procreacional constituye un elemento fundamental para que una persona nazca, se la cuide, proteja y desee”.*²⁷

Al respecto, el Dr. Gabriel Lanzavechia refiere lo siguiente “El interés superior del niño posee raigambre constitucional (art. 75, inc. 22) y, a su vez, se encuentra reconocido en la Convención de los Derechos del Niño y reproducido por Ley 23.849 en nuestro país, siendo que en su art. 3 establece que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”²⁸

²⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E. (2011), “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”; LA LEY 08/08/2011.

²⁸ LANZAVECHIA, G. (2018), “Interés superior del niño en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Microjuris. com

Lo mismo sostiene el Dr. Eduardo Pettigiani “(...) lo que se procura satisfacer es el interés de aquel que es deseado (...)”²⁹

Como puede observarse, ambos doctrinarios, aunque expresado de diferentes maneras, se centran en lo mismo que es el interés superior del niño.

b) Derecho a la identidad

El derecho a la identidad ha sido receptado en varios instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el cual lo trata en su art. 19, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que lo menciona en su art. 24, y, en especial, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los arts. 7º y 8º.

Dicho esto, no caben dudas de que el derecho a la identidad es un derecho plenamente operativo y aceptado por el ordenamiento local, pues ha sido reconocido como un derecho humano fundamental. Sin embargo, la identidad constituye un concepto que tiene un carácter complejo dependiendo de los distintos campos del conocimiento en los que se vea relacionado. Tugendhat, considera que es falso que la identidad de una persona se cree, pues tiene una base que ha existido siempre. Es así que la identidad personal tiene dos componentes, por un lado la identidad individual y por otro la identidad cualitativa³⁰. La identidad individual se vincula con “*características concretas que tienen que ver con el nacimiento, el territorio y la biografía particular*”, mientras que la identidad cualitativa no es un hecho e implica la idea de “identificarse con”, es decir, estructurar en términos de elección y voluntad la identificación con ciertos valores o formas de vida³¹.

Esta connotación compleja y amplia ha sido trasladada a nivel jurídico a los alcances y contenidos del derecho a la identidad. En este orden de ideas, Fernández Sessarego expresa que “*la identidad de la persona no se agota con la información referida a los aspectos que hacen a la faz estática,*

²⁹ PETTIGIANI, E. Conferencia de Maestros del Derecho UAI, Julio 2013.

³⁰ TUGENDHAT, E. (1993), “Identidad: personal, nacional y universal”, en Justicia y Derechos Humanos, Barcelona, Universidad de Barcelona, p. 37/55.

³¹ TUGENDHAT, E. (1993), “Identidad: personal, nacional y universal”, en Justicia y Derechos Humanos, Barcelona, Universidad de Barcelona, p. 37/55.

sino que ella debe incluir el conjunto de atributos y cualidades que definen la personalidad de cada sujeto”³².

*“La identidad filiatoria, entonces, tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo”*³³. Esta conclusión, se extiende e modo natural y obviamente a la filiación mediante THRA. Claro está que cuando se accede a la procreación por estos medios, el dato genético o biológico debe considerarse como uno de los elementos de la identidad, pero se debilita frente al elemento volitivo o voluntad procreacional.

Asimismo, un sector de la doctrina que se inclina por un **derecho amplio de identidad** afirma que es indudable que con la fertilización asistida se *“impacta directamente en el derecho del niño a la protección de la unidad de todos los elementos de la identidad (...). El ideal sería que la identidad estática y la identidad dinámica confluyan en el mismo núcleo social, es decir, en la familia de origen”*³⁴.

Ciruzzi, a su tiempo considera que: *“Para nuestra Corte Suprema, el derecho a la identidad es un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en la sociedad; a partir de ello, establece que los derechos humanos fundamentales son inherentes a la naturaleza humana y cataloga al derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior que prevalece sobre los intereses jurídicos de otros - que pueden ser los padres, terceros o el Estado”*³⁵. La violación del derecho a la identidad es una de las críticas más usuales que se dirige desde una buena parte de la doctrina a la pretensión de realizar las técnicas con gametos de terceros, y resulta como producto la presente investigación.

c) Derecho a la intimidad

³²FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992), Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea, p. 112.

³³MIZRAHI, ob.cit. p. 20

³⁴BASSET, U. (2011), “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, LA LEY, 16/11/2011.

³⁵CIRUZZI, M. (2013), “El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 70.

Según el artículo 19 de la Constitución Nacional, *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”*. A partir de ello, se afirma que el ejercicio de la procreación humana es parte integrante de la intimidad. Ahora bien, no existen dudas que esto es aplicable cuando la procreación es por medios naturales.

En este sentido, hay una clara separación entre las posturas que suscita la doctrina la doctrina. Por un lado se sostiene el derecho a la intimidad en un sentido amplio, entendiendo que la fertilización asistida debe formar parte de este concepto, así como la procreación por medios naturales.

Al respecto, y trayendo a colación nuevamente a Ciruzzi: *“no existe duda alguna de que el ejercicio de los derechos reproductivos, tanto en su faz positiva (concepción) como en su faz negativa (contracepción) se enmarca en el ámbito de señorío que le es reconocido a todo sujeto por nuestro ordenamiento constitucional, en su art. 19. Ese «libre campo de autodeterminación», donde todo individuo puede ejercer sus elecciones personales conforme sus propios valores y principios sin intromisión ajena, que garantiza el propio proyecto de vida sin interferencias arbitrarias de terceros, es inclusive mucho más amplio que el concepto bioético de autonomía, entendido este último como el derecho de todo individuo a tomar las decisiones en orden al cuidado de la salud, luego de ser informado de manera adecuada, completa y veraz por el profesional”³⁶*.

Por el otro lado están quienes afirman lo contrario, ya que sostienen que la práctica de las técnicas de fecundación artificial excede el marco de la intimidad de cada sujeto. *“El Estado no debe interferir cuando se ejerce la libertad de procrear por medios naturales, o sea, cuando acontece la reproducción humana en la intimidad; pero no es lo mismo si se acude a métodos artificiales con el auxilio y el concurso institucionalizado de los médicos y los centros de fertilización que operan en el país; ámbito en el que está comprometida la responsabilidad de la sociedad toda, por lo que la cuestión se veda aquí de la mera privacidad”³⁷*.

³⁶CIRUZZI, M. ob. Cit. p. 89/102.

³⁷MIZRAHI, ob.cit. p. 25.

Dicho esto, es dable reparar en la existencia de una tendencia extrema y absoluta por hacer de la voluntad procreacional lo primordial y que esto esta por encima de las demás cuestiones, invirtiéndose de este modo el orden lógico de todo razonamiento al respecto. A partir de ello, se da una exaltación del bien jurídico libertad por encima del bien jurídico vida, que hace emerger un profundo individualismo. *“En definitiva, se trata de una exaltación de la autonomía de personas adultas que subordina la determinación del estatuto jurídico del embrión humano y su derecho a la vida a esa pretendida privacidad”*³⁸.

d) La verdad biológica y la voluntad procreacional

Debido al avance de la TRHA, como ya se menciono, hay un avance claro por establecer que la voluntad supone una superación de elementos como el biológico o genético, puesto que, como sucede con las cuestiones de identidad de género, la biología suspende su importancia ante las construcciones culturales del hombre.

*“La biotecnología ha dado lugar a una nueva o tercera causa fuente del derecho filial, fundada en el principio de la voluntad procreacional y de su exteriorización a través del consentimiento informado. Mientras en la filiación por naturaleza el vínculo jurídico se funda en el elemento biológico, en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida el vínculo tiene razón de ser en el elemento volitivo”*³⁹.

*“Aquí nos enfrentamos con la separación entre verdad biológica y voluntad procreacional, asumiendo la paternidad y/o maternidad quien manifieste por medio del consentimiento informado su deseo de ser padre y/o madre –voluntad procreacional-”*⁴⁰.

Asimismo, es dable entender que existen circunstancias donde la voluntad procreacional va a sopesar por encima de la verdad biológica, entendido de este modo por la doctrina. Por ello, este principio general queda enmarcado de la siguiente manera, en palabras de Laffarriere:

³⁸HERRERA, D., LAFERRIERE, J. (2013), “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”, LA LEY, 09/04/2013.

³⁹KEMELMAJER, HERRERA, ob. cit. 14

⁴⁰KRASNOW, A. ob. cit. p. 21.

“En materia filiatoria, usualmente rige el principio biológico, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. (...) Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas, ni siquiera se respeta la utilización de gametos de los esposos que recurren a las técnicas”⁴¹.

Por otra parte, la excepción al principio general de la verdad biológica consagrado por esta parte de la doctrina está consagrada en los siguientes términos:

“Es inadmisibile que en todos los casos el sustrato biológico se imponga por sobre el social trastocando la naturaleza de las cosas. Toda acción de impugnación filiatoria debe quedar detenida cuando el estado familiar ha quedado solidificado de modo que pueda estimarse definitivo”⁴².

Mientras que Krasnow sostiene que: *“ajustarnos a la verdad biológica, significaría en muchos casos avalar una ficción, puesto que en los hechos la función materna y/o paterna no se cumpliría, poniendo en riesgo el desarrollo y proyección social del hijo -identidad dinámica”⁴³.*

6.- Naturaleza Jurídica del Embrión.

La cuestión que versa sobre la naturaleza jurídica del embrión es un debate que tiene algún tiempo en la doctrina y jurisprudencia argentina. El Dr. Jorge Nicolás Lafferriere, por ejemplo, expresa que respecto a esta cuestión es dable diferenciar los casos en donde se utilizan estas técnicas. Por ello refiere que:

“Es importante aclarar que, en los hechos, hoy las técnicas ya no se limitan a situaciones de esterilidad o infertilidad y comprenden otras finalidades, que podríamos sistematizar de esta forma:

a) Concebir un hijo en casos de infertilidad o esterilidad.

b) Evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo.

⁴¹LAFFERRIERE, J. (2011), “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico”, VIDA Y ÉTICA, Buenos Aires., p. 19.

⁴² MIZRAHI, ob.cit. p. 28.

⁴³KRASNOW, A. ob. cit. p. 32.

c) *Concebir un hijo para que sea dador de células y tejidos para un hermano vivo.*

d) *Concebir un hijo por pura “voluntad procreacional”, ya sea para que el hijo posea ciertas características deseadas o en atención a particulares razones de los progenitores.*

e) *Concebir embriones a los fines de experimentación”.*

Según predicen las ciencias biológicas⁴⁴, el embrión es verdadero individuo de la especie humana. Pues ellas enseñan que, a partir de la fecundación, o unión de dos gametos, existe un organismo vivo diferente de los que configuran las individualidades de sus padres, porque a partir de entonces hay una entidad con ADN propio, código genético distinto, y capacidad para desarrollar por sí mismo todo el programa contenido en dicha información genética.

En ese sentido, se ha dicho que *“lo que se transmite de padres a hijos en la fecundación es la información genética contenida en el soporte material que son los cromosomas de los gametos. La fecundación es así el comienzo y desarrollo del nuevo organismo y comporta una serie de eventos e interacciones celulares que permiten el encuentro entre el espermatozoide y el ovocito para la formación del cigoto o embrión en estado de una célula, el nuevo individuo de la especie humana.”*⁴⁵

Desde la concepción existe un individuo humano, pues, cada individuo tiene un inicio exacto y este es el de la fecundación. De ahí que el Dr. Edwards y el Dr. Steptoe, cuando volvieron a situar el embrión de Luisa Brown en el seno de la madre, estaban perfectamente seguros de que ese embrión no era ni un tumor, ni un animal, sino un ser humano en su extrema juventud. El embrión humano se desarrolla completamente por sí solo, por su propia virtud y está dotado de una increíble vitalidad.

⁴⁴ Ver, entre otros: PARDO, Antonio: La determinación del comienzo de la vida humana: Cuestiones de método, en Cuadernos de Bioética, XVIII, 2007/3ª, p. 335; del mismo autor: Embrión y preembrión, en Cuadernos de Bioética, 1997;8(4):1416-31; también: Bioética y tecnología del fecundación humana, en AA. VV. Bioética en las Ciencias de la Salud. Alcalá la Real, Asociación Alcalá, 2001: 203-220; RHONHEIMER, Martin: “Ética de la procreación”, RIALP, Madrid 2004, caps. III y IV, p. 175 a 222.

⁴⁵ TOMAS Y GARRIDO, G. (2007): El estatuto científico del embrión, Tribuna Siglo XXI, Madrid, 2007.

Y esto, que configura una verdad biológica, también constituye una verdad constitucional, a partir del juego de los arts 29 y 75, inc. 23 de la Constitución Nacional⁴⁶, 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica y 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, textos incorporados a nuestra Constitución por el art. 75, inc. 22. Por el artículo 3 del Pacto de San José de Costa Rica: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”*; por el art. 4.1. *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*; por el art. 24: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

A su turno, el art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada mediante Ley 23.849, establece: *“Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*; el art. 2 de la ley 23.849, dispone expresamente: *“Con relación al art.1º de la convención sobre los derechos del niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”*.

En el mismo sentido expresa Núñez Ladevéze: *“lo que se entiende como igualdad de la naturaleza humana o de todos los hombres es distinto de lo que se entiende por igualdad de todos ante la ley. La palabra ‘todos’ en ‘igualdad de todos ante la ley’ es discriminatoria, y no puede aplicarse a todos los hombres; pero la palabra todos en ‘todos los hombres’, o ‘todas las personas’, no puede ser decidida por la ley, ya que su contenido no puede ser acordado por transacción o compromiso político. Si se decidiera así no tendrían sentido los Derechos Humanos, porque, o bien tienen un fundamento en algo previo e incuestionable, a lo que llamamos ‘naturaleza humana’, que es anterior*

⁴⁶ Por el art. 75, inc. 23 de la CN, corresponde al Congreso: *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad [...] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”*

a los sentimientos sobre lo que ha de ser esa naturaleza, o bien los Derechos Humanos son convenciones relativas, susceptibles de modificación o de pacto y adaptables a las necesidades políticas de cada Estado particular. El “todos” de “todos los hombres” se define con relación a “la naturaleza humana”. Pero si hay algo así como una “naturaleza humana”, ha de ser trascendente a lo que la ley, los pactos, las convenciones o las decisiones asamblearias digan sobre qué es o no ha de ser, sobre qué ha de protegerse o qué ha de quedar excluido de la protección legal relativa a esa presunta “naturaleza”. Y si no hay una naturaleza humana que incluya en el input cromosómico el ingrediente de la racionalidad, el “todos” de la Declaración es aleatorio, arbitrario y equívoco, cualquier cosa menos Universal”⁴⁷

a) Posiciones doctrinarias:

Sobre este punto es nutrida la doctrina y los posicionamientos que existen en torno a considerar persona o no al embrión. Hasta la sanción del nuevo CCCN, la producción doctrinaria y jurisprudencial apuntaba más que nada al derecho que emana de las Convenciones y Tratados constitucionales, en virtud del art. 75, inc. 22, como ya se ha analizado en el presente trabajo, y que se posicionaban mas por la idea de que el embrión debe ser considerado como una persona. Pero desde la existencia del nuevo cuerpo Civil y Comercial, los puntos de vista se han modificado.

Desde dicho ordenamiento, se establece en el art. 19 que: ***“La existencia de la persona humana comienza con la concepción”***. A raíz de este artículo, parte de la doctrina entiende y se posiciona a favor de la idea de concepción = (igual) vida de los embriones, entendiendo que desde la fecundación, ya constituyen una unidad que podemos llamar como cuerpo humano, unidad distinta, nueva, individual y única ⁴⁸. Ahora bien, los comentarios al Anteproyecto del CCCN expresaban que: ***“La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.”*** Esta redacción era más completa y

⁴⁷NÚÑEZ LADEVÉZE: Sobre el sujeto de los derechos humanos, Madrid, 2007 p. 17 y 18

⁴⁸LORENZETTI, R. (2014), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo I, p. 89-98

acordaba con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo *“Artavia Murillo y otros contra Costa Rica”*, lo cual reforzaba una corriente doctrinaria que entiende al embrión no implantado como carente de personalidad.

Posteriormente, y con la redacción del art. 17 del CCCN, los dadores de gametos reclamarían la titularidad de sus gametos, pero dado que en realidad el embrión se configura como un ente/sujeto/persona por nacer distinto a partir de la concepción, los gametos ya no pueden denunciarse de propiedad de nadie⁴⁹. Hay que traer a colación que, en los fundamentos del Proyecto de CCCN, al referirse al art. 17, la comisión redactora expresó al respecto que: *“Tradicionalmente se ha considerado que el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones”*, por lo que debería entenderse que si existe una realidad humana diferenciada, existe ya un cuerpo, si bien es en formación, es un cuerpo humano al fin.

Entonces, desde el enfoque del art. 19, una mirada integradora y sistémica de lo establecido por el CCCN es necesaria antes de entrar al análisis del fallo Artavia Murillo. El art. 20 del CCCN, continúa con la idea de “no personalidad” al referir que por concepción se entiende *“el lapso entre el mínimo y máximo del embarazo”*, y esta realidad solo es posible si existe la anidación del embrión, ya sea de modo natural o generado in vitro. En el mismo orden, el art. 21 establece que *“todos los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida”*, siendo expresa la referencia a aquellos casos en donde el embrión está congelado y no anidado.

A esa redacción aludida, podemos sumar, también, lo referido en el art. 561 que dice: *“El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”*, por lo que, para nuestro CCCN, el embrión carece de status jurídico de persona, ya que la revocación del consentimiento se permitiría hasta la fecundación, y no hasta el implante⁵⁰.

⁴⁹LORENZETTI, R. (2014), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores. Tomo I, p. 77-85

⁵⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E., “La obligación de ser padre impuesta por un tribunal”, Revista La Ley, 28/09/2011, p. 3 y ss. Comentario del fallo de la

Lo dicho, va en la misma línea de lo que se establece en la ley 26.862, la cual permite las TRHA y, por ende, la herramienta de la crioconservación de embriones, su donación de embriones y la posterior revocación del consentimiento hasta el momento del implante⁵¹. Precisamente, Es claro cómo entiende la ley al embrión, dado que no permitiría ninguno de estos supuestos expresados si esta ley considerara persona al embrión.

b) Caso Artavia Murillo c/ Costa Rica

Un fallo ya referido y que es de trascendental importación sobre la temática es el de “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica⁵²”. En este caso, se plantea la inconstitucionalidad del decreto del poder Ejecutivo costarricense N° 24023 – S del año 1995, donde se manera restrictiva se autorizaba solo a parejas casadas la posibilidad de acceder a técnicas de reproducción humana, más concretamente, fecundación in vitro. Posteriormente, en el año 2000, la Corte Suprema de este país declaró inconstitucional este decreto, pero debido a que entendía que este tipo de técnicas violentaban la vida del embrión, que era considerado como persona.

A raíz de este fallo, y del agotamiento de toda instancia recursiva dentro del país, y ante un agravio que expresaban aquellos que requerían estas técnicas para poder ser padres, se articula en el año 2001 la consecuente denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). A la hora de expedirse ésta sobre la situación traída a su análisis, se consideró que la sentencia dictada por el máximo órgano jurídico de Costa Rica resultaba arbitraria, por atentar contra derechos como el de procrear, planificación familiar y el derecho a la vida. Pero también se argumentó que se violentaba el principio de igualdad, puesto que colocaba a aquellos padres que no podían concebir en situación de normalidad, en una desigualdad con el

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J ~ 2011-09-13 ~ P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias

⁵¹ La reglamentación de esta ley dispone que “El consentimiento informado debe ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en lo pertinente, la Ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud y la Ley 25.326 de protección de los datos personales”. En lo que respecta a la revocación del consentimiento se afirma que “En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación. En los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión”.

⁵² Fallo: “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs Costa Rica” (2012).

resto de aquellos que si podrían hacerlo bajo ese orden natural. Mediante la resolución de la CIDH, se mandó a Costa Rica a que autorice este tipo de técnica, y que adapte su ordenamiento interno al del Pacto de San José. Pero ante la negativa de este país a hacerlo, la comisión tuvo que intervenir en este país.

En ese momento, la Corte Interamericana citó el art. 4.1 de la Convención para fundamentar su fallo y autorizar la intervención. Este artículo establece que: *“todas las personas tienen derecho a que se proteja su vida, y debe ser a partir de su concepción”*. Pero avanza sobre los términos, estableciendo definiciones claras, como la de concepción, a la que iguala a anidación en el vientre materno. Por ello, extendía el momento de la concepción al proceso referente a la vinculación del óvulo y el espermatozoide y su posterior ubicación en el útero.

Por ende, la situación jurídica del embrión a la luz de este antecedente y lo desarrollado en el apartado anterior, no debe entenderse como el de una persona, sino como una eventual potencialidad de ser humano, una vez que el mismo se encuentra anidado en el útero materno.

7.- El divorcio de los donantes de Gametos.

La cuestión jurídica que se suscita al referirnos a la condición del embrión criocongelado en la situación en donde sus padres deciden poner fin al matrimonio, pero en donde de manera previa otorgaron el consentimiento libre y necesario para la concepción de ese embrión, es materia que, si bien posee un escaso análisis doctrinario, si ha tenido alguna repercusión jurisprudencial que orienta esta idea de trabajo. Es interesante, en este sentido, traer a colación un fallo que trató sobre esta temática: “P., A. c. S., A. C. S/medidas precautorias”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, del año 2011.

En el fallo en cuestión, se le otorga una importancia fundamental al contrato que firmaron las partes con el centro de fertilización al que acudieron en su momento (llamado IFER) y se sostiene que debido a la teoría de los propios actos el padre no puede ir en contra de lo firmado en el mismo centro.

En efecto, se menciona que las partes acordaron, en el Programa de Criopreservación de Ovocitos Pronucleados s/Embriones Autorización de

Congelación, que ambos iban a determinar en el momento adecuado, que cualquiera de los embriones congelados y almacenados en ese centro, iba a correr la suerte que ambos decidieran. Llegado el caso de que el matrimonio finalizara por fallecimiento de los cónyuges o por la imposibilidad física sobrevenida de recibir los embriones almacenados, los mismos serían donados a una pareja infértil, como así también, en el caso de divorcio, iba a solicitarse el consentimiento de ambos cónyuges para el destino de los mismos. Ello denotó una clara contradicción en el documento prefirido, pues se presta consentimiento, pero luego se negaría el mismo en oportunidad de ser tratado por el IFER. Por ello, los magistrados aplicaron sin hesitar la Teoría de los actos propios para ese caso, ya que se busca *“impedir a un sujeto colocarse en el proceso judicial en contradicción con su conducta anterior jurídicamente relevante”*. (Voto del Dr. López Mena).

En este sentido, la jurisprudencia ya se ha mencionado al respecto:

“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.”⁵³

Ahora bien, 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 resulta 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. Se sostiene, 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

⁵³CNCiv., Sala J, abril 30, 1996. - Repetto, José M. D. c. Club Náutico Hacoaj), L.L. To. 1997E, 1024.

padre, no puede celebrarse por el cual uno renuncia de por vida a su derecho de no serlo⁵⁴.

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.

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. Por ello, es de trascendencia la cuestión del divorcio acaecido con posterioridad a la crioconservación..

Más allá de ello, la herramienta legal del divorcio para finalizar con la institución del matrimonio en realidad, plantea la necesidad de finalizar un proyecto de vida relativo a la otra persona con la que el cónyuge se encontraba casado. Pero ello no obsta la concreción de la voluntad procreacional en ninguno de los dos divorciados, puesto que estamos en presencia de un instituto jurídico distinto, como es el de la filiación. Por ello, si bien el divorcio plantea una necesaria mirada respecto a lo que sucede con el material genético, las herramientas legales existen para ambas partes, tanto para quien desea ser padre o madre, como para quien no desea que su información genética forme parte de esa nueva persona.

8.- Situación Jurídica del embrión ante el divorcio.

⁵⁴HEVIA M. y SPECTOR E. en Revista “La Ley” Derecho de Familia y de las Personas* 11 diciembre 2011-pag 230.

Para entender este punto, es necesario partir de la base de que la naturaleza jurídica propia del embrión no cambia con el acaecimiento de un divorcio de los donantes de sus gametos constitutivos. El embrión existe más allá de esta circunstancia. Según Ugarte Godoy el embrión existe *“al momento de la fecundación, porque desde ese momento el cigoto cuenta con el código genético humano que le permite, sin inyección de nueva información, alcanzar el pleno desarrollo”*⁵⁵. Esta es una de las opiniones ampliamente compartida por varios juristas, considerando que la fecundación que se da intracorpórea y extracorpórea es la misma con la única diferencia que una se produce en el seno materno y la otra en probetas de laboratorios que posteriormente es colocada en el seno materno.

En el fallo aludido en el punto anterior, esto es “P. A. c/S. A. C. s/ Medidas Precautorias”⁵⁶ se trata de una pareja que acudió a la fecundación in vitro y de la cual nació su hijo, quedando cinco embriones crioconservados. Todas las posturas que se utilizan en este fallo están en contra de considerar personas a aquellos embriones, sujetándose a las normas del CCCN y lo dispuesto en antecedentes internacionales y nacionales, por lo tanto, opinan que por más que el marido haya prestado su consentimiento de manera expresa de someterse él y su pareja a la fecundación in vitro, no puede trasplantarse los embriones sobrantes al seno materno de su mujer sin su consentimiento ya que es considerado inadmisibile y contrario al derecho.

Otro fallo de relevancia que se relaciona con esta problemática es el de **“Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias”**⁵⁷ el mismo fue impulsado por el Dr. Ricardo Rabinovich al tomar conocimiento de la gran cantidad de embriones congelados que existían en los bancos de la Ciudad de Buenos Aires destinados a esto, pretendiendo que aquellos no tengan otro destino que el de ser implantados en el seno materno. Ya la causa en la Cámara Civil de Apelaciones, ésta dictó sentencia definitiva, ordenando que se lleve a cabo un censo de la cantidad de embriones que se encontraban en ese estado y a su vez de ovocitos crioconservados prohibiendo toda manipulación

⁵⁵ UGARTE GODOY, J, (1990) Momento en que el embrión es persona humana. Recuperado el 29/09/2020 de www.cepchile.cl

⁵⁶ Cám. de apelaciones Civil y comercial, Sala J, “P., A. c/S., A. C. s/ Medidas Precautorias”, Expte 94282/2008(2011). 33

⁵⁷ Cám. De apelaciones civil y comercial de Capital Federal, Sala I, “Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias” Expte 45882/93 (1999)

sobre ellos que se considere destrucción o experimentación, actuando en consecuencia de acuerdo a lo dispuesto por el art. 17 del CCCN.

Todo esto permite entender que la situación del embrión no observa cambios, sobre todo desde la jurisprudencia, con el acaecimiento del divorcio. Ello es entendible, pues la jurisprudencia y también la doctrina mayoritaria, observan al embrión como una categoría de potencial persona hasta su posterior anidación en el vientre materno, lo que le otorga la plenitud de derechos de manera irrevocable.

Tal es la controversia que plantea esta cuestión que el Proyecto de Código Civil de 2012, tuvo más de 180 modificaciones, siendo una de estas en la redacción del artículo 19 que planteaba lo siguiente: “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”⁵⁸

Marisa Herrera al respecto refiere lo siguiente: “el Código señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. Si bien no aclara qué se entiende por concepción en esta disposición, si lo hace desde un análisis integral y sistémico del texto civil...”⁵⁹

Considero que en este punto, estamos ante un grave dilema desde lo jurídico, lo social, lo ético, e incluso desde lo familiar; ya que a la hora de tener que tomar una decisión sobre la problemática que se está abordando, los jueces no cuentan con único criterio ni doctrinario ni jurídico, por lo tanto deben recurrir también a sus propias creencias, convicciones e incluso a la interpretación que realice del derecho. Todo esto, a mi criterio, deja entrar una luz de subjetividad.

⁵⁸ RIVERA, J.C. “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”. Reviriego Nicolas. Título 1 Persona Humana, Cap 1 Comienzo de la existencia. Pág 67.

⁵⁹ LORENZETI, R “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, Herrera Marisa: Libro Primero, Cap. 1 pag 87.

CAPÍTULO V.

‘ANÁLISIS DE LA INVESTIGACIÓN’.

Luego de haber podido tomar conocimiento más profundo sobre los derechos que colisionan en la temática planteada, y las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales existentes, es necesario llevar adelante una relación entre los puntos planteados al inicio de la investigación.

Se sabe que al principio, las TRHA no tenían las facilidades en su acceso como las que hoy poseen y eran muy pocas las personas que se animaban a acceder a ellas y a investigar de que se trataban. Pero, tras su amplia difusión y su grado de efectividad, su demanda aumento y comenzaron a ser ampliamente utilizadas a nivel mundial. Quizás la que mayor impacto tuvo, fue la fecundación in vitro, no solo porque su procedimiento garantizaba amplios porcentajes de efectividad sino también, porque la fecundación entre los gametos femeninos y masculinos se llevaba a cabo en laboratorios y no en el vientre materno; y a su vez permitía que las personas solteras puedan también ser padres.

Pero las críticas no tardaron en llegar, y lo que principalmente se cuestionaba en Argentina es el vacío legal que imperaba y que aún persiste en la actualidad, la falta de regulación de las mismas y la ausencia de controles y supervisión en los centros médicos y en los profesionales que la llevan a cabo. Tras esa realidad, varios fueron los proyectos de leyes que se llevaron adelante para regular este nuevo fenómeno de la ciencia y aunque la mayoría no tuvieron éxito, se aprobó la ley de reproducción medicamente asistida N° 26. 862, con alcance a nivel nacional, que si bien no regula de manera amplia las técnicas de reproducción humana asistida, garantiza en sus artículos el acceso a todas ellas, la obligación de que las obras sociales ofrezcan cobertura médica a todas las personas que quieran utilizarla.

Luego analizar las distintas legislaciones y doctrina, la gran mayoría de las mismas entienden que el comienzo de la vida del embrión en el contexto de una TRHA se produce desde el momento de su anidación en el vientre materno, es decir, desde el instante en donde, luego de la unión entre el

espermatozoide con el óvulo en las probetas de laboratorios, se lo implanta en el seno materno y forman un nuevo ser. Por lo tanto, son personas por nacer desde ese momento, debiendo ser amparados y protegidos para que no se vulnere su derecho a la vida, pues su concepción se produce de la misma manera que aquella que ocurre de manera natural, es decir, dentro del seno materno.

La mayoría de las técnicas que podrían ser aplicadas sobre ellos y utilizadas de manera ilimitada y arbitrariamente, como el diagnóstico preimplantatorio, resultan potencialmente lesivos al derecho a la vida, porque muchos de ellos son descartados y destruidos cuando presentan alguna anomalía que impide que se los trasplante. Actualmente, muchos de estos embriones congelados terminan muriendo o son destinados a la investigación porque no existen impedimentos ni límites para no hacerlo, y a su vez se genera un desborde en los laboratorios no sabiendo que destinos darles o qué solución sería la más conveniente. Quizás, unos de los destinos más beneficiosos y admisibles sería la adopción, que otra familia pueda concretar sus deseos sin que se sigan originando más embriones in vitro y procurándoles posibilidades de vivir a ellos.

Se debe regular de manera más específica los derechos que emanan de esa realidad pre-humana del embrión, y sobre todo lo relacionado a las técnicas de reproducción asistida, principalmente la fecundación in vitro, cuáles son las restricciones, requisitos que se debe reunir para acceder a las mismas, ejercer controles en los institutos que se llevan a cabo las mismas, las maneras en que se practican, y quien reglamente todo esto sea el Estado, Ministerio de la Salud u otro ente especializado y no los mismos centros de fertilización. Se debe respetar el anonimato de los donadores anónimos, porque con ese fin es que se donan los gametos tanto masculinos y femeninos, de lo contrario, se tendría que prohibir esta posibilidad ya que corresponde priorizar la voluntad procreacional.

Por estas cuestiones, es que se puede afirmar la positividad de nuestra hipótesis, dado que el hecho del divorcio posterior al inicio de un proceso de técnica de reproducción humana asistida, en donde nos encontramos con un embrión potencialmente implantable, no implica su

finalización como tal, como una persona proyectada, puesto que existen posibles soluciones a la existencia de ese embrión.

El divorcio, como disparador de una situación distinta a la que se da al inicio del proceso de TRHA, donde ambos cónyuges ofrecen sus gametos con una voluntad procreacional clara, y dando un consentimiento previo e informado, no puede desalentar o repercutir en la existencia de ese embrión, dado que al momento de llevar adelante esas técnicas, los cónyuges estaban en completo conocimiento de la realidad jurídica que obtendría esa unión de gametos. Ello es lo que se observa claramente de las posturas asumidas en la jurisprudencia citada, y de lo que ha dicho la doctrina en ese sentido.

Al mismo tiempo, no queda en claro desde la regulación de la cuestión en la actualidad, qué sucede con el embrión en caso de divorcio, de quien es el derecho a utilizar ese material genético reservado y cuáles serían los efectos jurídicos que tendría dicha utilización por parte de uno de los padres. Si bien la normativa civil refiere al consentimiento al momento previo a la anidación en el vientre materno, no existe regulación que permita observar cuáles son las consecuencias jurídicas que la decisión de implantación de sólo uno de los padres tendría en esa vida que estaría naciendo.

Dicho esto, al analizar las soluciones propuestas por la ley, y las interpretaciones dadas por la doctrina y jurisprudencia, es evidente que las soluciones basadas en la ponderación de los derechos enfrentados una vez ha surgido el conflicto son incoherentes con el contexto que rodea el acceso a las TRHA, puesto que las mismas buscan delimitar los derechos y obligaciones a partir de la prestación del consentimiento. Esto choca con la voluntad procreacional, ya que el nacimiento de estas técnicas buscan la realización de esta voluntad, pero a partir de ese consentimiento, se ingresa en una especie de responsabilidad contractual.

Al mismo tiempo, el desarrollo de esta idea de ponderar un derecho por encima del otro carece de sentido, ya que uno se posiciona en dos sistemas distintos: en primer lugar, debe considerarse como punto de partida que existe un derecho implícito a no ser forzado a procrear, que no es herramienta adecuada para dar respuesta a conflictos que enfrentan a dos particulares fuera del contexto de la voluntad procreacional, dado que el

carácter externo de los embriones reduce la vinculación de las partes respecto a sus gametos ya fertilizados, lo que ya se consideran una sola pieza biológica. Por otro lado, sopesar la voluntad de ser o no ser padres no debe ser comparada con la existencia del embrión ya que dicha voluntad pertenece a la intimidad personal y, por tanto, cada individuo las valora de acuerdo con sus propias preferencias e intereses, diferente a la existencia de ese embrión, que ya posee consecuencias jurídicas desde la regulación del ordenamiento jurídico.

Aunque la generación de una norma legal específica para estos casos opere a modo de previsión, la misma, al mismo tiempo, ofrece mayor seguridad jurídica frente a soluciones casuísticas basadas en la interpretación de los derechos. La aplicación de reglas claras siempre otorga poder de veto a una parte sobre la otra y exige, además, determinar previamente el momento a partir del cual el consentimiento a las TRHA debe ser irrevocable, lo que resulta una cuestión difícil que se vincula a la categorización del embrión que defienda cada ordenamiento jurídico. En un contexto en el que resulta controvertido determinar por qué la paternidad o la maternidad forzosa es más perjudicial que la pérdida de oportunidad de tener un hijo genético, los acuerdos previos se configuran como los instrumentos idóneos para dar respuesta a los conflictos que puedan surgir.

A diferencia de cualquier solución judicial o legislativa, los acuerdos previos permiten otorgar eficacia a la opción que consensuaron y consintieron dos personas adultas en un momento determinado. El carácter externo de los embriones en el momento de celebración del acuerdo iguala, en principio, las pretensiones de las partes e impide que cualquiera de ellas pueda oponerse a su ejecución una vez surgida una contingencia prevista, aludiendo a la presunta naturaleza transformadora de un vínculo gestacional todavía inexistente.

El carácter vinculante que puede ofrecerle una legislación nueva a los acuerdos previos sobre la disposición de los embriones, con independencia de que la voluntad de las partes difiera una vez sobrevenida la ruptura, sólo podrá garantizarse si existe la certeza de que en el momento de formalizarlos se observaron una serie de cautelas. Por ello, y a diferencia de las decisiones

individuales que tienen lugar en el ámbito de los tratamientos médicos en general o de las voluntades anticipadas, los acuerdos sobre el destino de los embriones deben contemplarse como una serie de promesas recíprocas entre partes, a las que posteriormente puede aplicarse mecanismos que refuercen esta idea, como es la Teoría de los actos propios.

El riesgo de que, posteriormente, una parte lamente su decisión previa es inherente a todo contrato y nada obliga, de entrada, a las personas que no lo desean a celebrarlo, pero ante el acaecimiento de un factor aleatorio, estos acuerdos otorgan la seguridad y la previsión que es necesaria en todo ordenamiento jurídico, y más aun, en situaciones en donde se contemplan potenciales vidas.

El ordenamiento jurídico, como reacción a su realidad social, debería velar para que el proceso de formación del consentimiento previo a las técnicas observara una serie de garantías que aseguraran que las partes conocen las verdaderas implicaciones de los actos que consienten, por un lado, y de los acuerdos que alcanzan, por el otro. Por su distinto contenido y efectos, la primera garantía, por ejemplo, debería consistir en otorgar autonomía formal y temporal a ambos actos. Una vez observadas dichas cautelas puede afirmarse que estos acuerdos generan una serie de expectativas que, en circunstancias normales, justifican su irrevocabilidad. Al mismo tiempo, deberían preverse sanciones para el incumplimiento de estas garantías y de lo dispuesto por la ley, a modo de otorgar poder coercitivo a lo dispuesto en la norma.

Una respuesta normativa otorga la seguridad jurídica que no proporciona la jurisprudencia o la doctrina, y es necesario enfocar la resolución de estas situaciones a ese punto, ya que el fenómeno que se plantea con la generalización del acceso a las TRHA, como es la cada vez mayor acumulación de embriones crioconservados en los centros y las elevadas tasas de divorcio, es muy probable que en un futuro estos conflictos no sean casos aislados. Ello justificaría la previsión normativa.

Si tenemos en cuenta que la gestación corresponde a las mujeres en exclusiva y que en caso de ruptura de la pareja son las mujeres las que solicitan con más frecuencia la disposición de los embriones, es coherente que éstas sean las principales beneficiarias de las normas que, en ausencia de

acuerdo, favorecen a la parte que solicita la implantación. Al mismo tiempo, la oportunidad de una nueva norma proporcionaría una definición concreta de la naturaleza jurídica del embrión, que se desprenda del derecho positivo y no de la producción doctrinaria y jurisprudencial.

Regresando al procedimiento que debería regularse en concreto, si sólo una de las partes aportó sus gametos y tras la ruptura ambas solicitan la disposición de los embriones con fines reproductivos, por ejemplo, éstos deberán ser atribuidos a la parte que mantiene una conexión genética con los mismos, haciendo primar la realidad biológica por encima de cualquier construcción cultural de dominio de material genético ajeno.

Este debería ser el único supuesto en el que, en ausencia de acuerdo, la realidad biológica resulte decisiva para decidir la atribución de los embriones. Supletoriamente, el ordenamiento que se requiere debe prever un destino alternativo para los embriones, para el caso que las partes no lo hayan hecho y se desentiendan de los mismos, o bien mantengan intereses contrapuestos al respecto pero ninguna los pretenda utilizar con fines reproductivos.

Este trabajo ha buscado la echar luz a la problemática que se ha expuesto, sobre todo, a la carente legislación que existe ante el eventual acaecimiento del divorcio de un matrimonio que ha crio conservado sus gametos. Esta realidad, hasta la fecha, siempre conlleva la necesidad de la expedición por parte de la judicatura, en aquellas circunstancias en donde se dan estos hechos, puesto que las normas que se aplican no son claras, y los órdenes normativos, y la jerarquía de las mismas, implican una colisión de derechos, no resultando clara la aplicación concreta al caso. La realidad del embrión parece ir en armonía doctrinaria respecto a nuestro derecho interno, pero existe un grado de duda al compararla con el derecho de las Convenciones y Tratados, y los derechos que emanan de dichos instrumentos.

En la misma línea, la regulación de lo que sucede con el embrión ante un divorcio tampoco resulta clara y concreta, debido a que no se entiende si una madre o un padre, luego del divorcio, pueden utilizar el material genético o no, llevando adelante su voluntad procreacional o no, algo que la Ley sobre las TRHA busca proteger, existiendo consentimiento informado que, en

oportunidades, no es tenido en cuenta. Por ello, este trabajo ha apuntado a ello, a observar estas situaciones que requieren una legislación que las contemple y regule de manera específica.

También, es dable reparar en el tratamiento que hace la normativa vigente a la fecha, de la relación que existe entre los cónyuges con el embrión, y entre ellos mismos con el embrión. Dado, que para el CCCN, el embrión es considerado una especie de cosa, hasta que no sea anidado en un seno materno, el mismo estaría atado a un régimen propio de los derechos reales, es decir, que los cónyuges se relacionan jurídicamente con el mediante un acto de señorío. Entonces nos encontraríamos ante un dominio de los mismos sobre el embrión pre implantado y crio congelado. Por ende, al ser un dominio que es ejercido en partes iguales por dos personas sobre una “cosa”, estamos ante una especie de condominio.

Empero, el embrión y todo material genético del que se trate se entiende que no son cosas que están dentro del comercio o pasibles de cualquier negocio jurídico, por ende, su existencia no podría estar atada a la idea de una regulación de derecho real. Ello tampoco resulta del todo claro en la legislación existente a la fecha, puesto que se habla de propiedad de gametos o del embrión pre implantado, y ello no sería compatible con lo dicho anteriormente.

Más allá de estas posturas jurisprudenciales y doctrinarias, a la luz del análisis de legislaciones nacionales y comparadas, como así también de la naturaleza del embrión en estas circunstancias y de manera genérica también, es necesaria una legislación que sea clara, concreta y que articule armoniosamente tanto la legislación constitucional y convencional, como todo ordenamiento de naturaleza civil o leyes específicas. Por todo esto, los objetivos e hipótesis planteadas han servido como la guía necesaria a la resolución que hemos entendido y que se ahondará en los dos capítulos finales, a la hora de establecer una conclusión al trabajo y una posterior propuesta que, entendemos, es viable y necesaria a los fines de mejorar la legislación imperante.

CAPÍTULO VI

‘CONCLUSIÓN’

Queda el espacio para llevar adelante esta conclusión, en aras de ofrecer una síntesis del trabajo llevado adelante y exponer la importancia que el mismo ha tenido para quien escribe, como aporte a la comunidad epistémica específica de nuestra ciencia.

Por empezar, y como ha quedado evidenciado a lo largo del trabajo, la legislación es confusa respecto a la regulación de la problemática planteada. Al mismo tiempo, no debe exigirse obligatoriamente que los embriones se deban implantar una vez decretado el divorcio de la pareja, puesto que la voluntad procreacional de ambos padres se ha modificado y debería regularse en concreto con acuerdos previos, por ejemplo. Esto no impide que el embrión pueda implantarse en otro seno materno, por ejemplo, o ser parte de otro procedimiento que le permita ser considerado una persona para otro núcleo familiar, siempre que ello pueda verse regulado. Por otro lado, debido a que la autonomía de la voluntad de los padres ha mutado, no se les puede imponer la paternidad, ya que nos encontraríamos ante una especie de imprevisión sobreviniente.

Creemos que, por encima de toda circunstancia atada a un matrimonio, como un aleatorio divorcio, no cambia la condición jurídica del embrión y su existencia como tal. Ahora bien, debe realizarse una crítica a la realización de estas técnicas de manera irresponsable y con poca proyección. El acceso a este tipo de técnicas resulta de compleja y onerosa realización, y la idea principal que se tiene al momento de someterse a ellas debería sostenerse a lo largo del tiempo, más allá de hechos aleatorios como un divorcio.

Dicho esto, la crioconservación indefinida también merece una crítica como sistema que altera el material genético de manera sostenida e ininterrumpida. Suspende el proyecto de vida, como tal, mas allá que también debe otorgársele crédito en los casos en donde es necesaria esta técnica para asegurar la posterior implantación del embrión, dado que el vientre aun no se encuentra en condiciones de receptar dicho elemento. Si un divorcio entre sus

padres, que no desean seguir adelante con su proyecto de vida, no elimina su existencia como tal, tampoco debería una técnica como la crioconservación suspender la existencia como tal.

“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 o de daño en cuanto a su integridad, 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”⁶⁰.

Consideramos que el mundo actual lleva al derecho a una posición compleja de dejar de proteger el bien común para poner su foco en condiciones individuales o bienes jurídicos de menor peso. En aras de defender la libertad se llega a considerar que lo que cada persona quiere o busca debe respetarse siempre, sea ello bueno o malo. 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. 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, entre otros principios primordiales.

La doctrina y jurisprudencia que se abordó expone que la interpretación de la ley se marca a favor de la idea de que la concepción se da, dentro del derecho argentino, cuando el embrión se implanta en el seno materno, pero ello no es expreso en la ley, sino que se desprende de las normas de CCCN y de la Ley 26.862. Pero en respuesta a ello, desde un punto de vista de derecho Convencional, la vida inicia desde la concepción. Por ende, y si bien la jurisprudencia es fuente de derecho, la normativa nacional debería ser expresa en este sentido.

⁶⁰MÉNDEZ BAIGES, V. (2011), “Crioconservación”, en ROMEO CASABONA (director) Enciclopedia de Bioderecho y Bioética, T. I, Ed. Comares, Granada, págs. 498-499.

Al mismo tiempo, la regulación del divorcio no regula los efectos que tendrán los casos de embriones crio congelados. La ley 26.862 da indicios interpretativos respecto a esta cuestión, y refiere al consentimiento de ambas partes, y la firma de un contrato previo, pero el mismo, no ofrece garantías ni sanciones ante su incumplimiento por parte de uno de los donantes, al mismo tiempo que considera a esos gametos unidos al material genético del otro cónyuge divorciante en una relación de condominio sobre un solo bien, el embrión.

Por esto último es que este estudio posee la relevancia jurídica que entendemos necesaria para motivar un cambio en la legislación, puesto que es mucha la interpretación y posturas que existen en relación a la calidad del embrión, y es compleja la interpretación de los efectos jurídicos que tiene la realidad de éste ante la existencia de un divorcio, como así también los derechos que emanan a favor de ambos cónyuges divorciantes sobre la propiedad del embrión y la consumación de la voluntad procreacional de uno de ellos ante la ausencia de la voluntad del otro.

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. Dentro de ese debate, debe ingresar la cuestión de lo que sucede con el embrión que no es implantado en sus dadores. 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 o en el caso mismo del divorcio, la solución de la adopción es menos grave que imponerle al mismo la paternidad. Todo ello, en los términos de la legislación existente.

De acuerdo al texto del artículo 7 de la ley 26.862, hoy existe la posibilidad de revocar el consentimiento si la implantación no se hubiere realizado, Pero asimismo, no surge del texto de la norma que la revocación del consentimiento de uno de los dos donantes impida al otro llevar adelante la técnica, como tampoco de lo dispuesto en el CCCN en el art. 560. Por esta realidad, es necesaria una regulación específica, dadas las consecuencias jurídicas que esta decisión tendría, tanto en la vida de los cónyuges, como en la vida de esa nueva persona, que se interrelaciona con los derechos humanos que emanan de su existencia como tal.

También es de considerar que ante el caso de negativa del consentimiento, ya que de la norma citada y de lo que se desprende del art. 7 de la Ley 26862 se da 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. Pero no se prevén garantías ni sanciones ante el ejercicio de la voluntad procreacional o del desecho del embrión por sólo uno de los aportantes. En ese sentido es necesario poner un coto a la naturaleza jurídica de la relación que tienen los donantes sobre el embrión, si es de naturaleza real, como un señorío que supone un condominio, o es otra la naturaleza de la relación entre ellos con el embrión, y entre ellos mismos respecto al embrión.

También, hay una crítica que atraviesa otro nivel de derechos y concepciones, puesto que llevar adelante una TRHA conlleva otro riesgo que pone en tela de juicio su legitimidad, pues esas técnicas seleccionan algunos embriones para su implantación, y desechan los restantes. Esto lleva a un debate de bioética que trasciende los fines de este trabajo, puesto que su desarrollo y polémica son extensos y la doctrina se ha referido largamente a esta cuestión.

Pensando en las consecuencias in extenso, en la filiación dada mediante los medios que hacen a este trabajo no se admiten acciones como de impugnación de la filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, cuando medió el consentimiento previo necesario, libre e informado respecto de la utilización de estas TRHA, más allá del origen de los gametos. Y esta restricción resulta equilibrada al ser analizada a la luz del principio de proporcionalidad: se da prevalencia a los beneficios que ofrece la identidad del niño en su faz dinámica, al derecho a formar una familia y a la toma de decisiones libres en relación con la vida privada y familiar, por sobre la identidad derivada del nexo únicamente genético.

Por último, y a modo de colofón, es dable entender que los avances científicos son de gran importancia, en este caso la posibilidad que tienen las personas de poder ser padres frente a ciertos impedimentos es de gran valor. La ponderación de los derechos en juego, tanto en temáticas como el aborto, como en estas que nos ha tocado analizar, sobre TRHA, es vital para poder otorgar prevalencia a los derechos de mayor peso, como así también

establecer vínculos con las normas jurídicas aplicables al caso en particular. Empero, a la luz de todo lo referenciado, la creación de un marco legal específico y correctamente delimitado de estas situaciones, resulta de tamaña necesidad, para evitar consecuencias no queridas por las normas existentes hasta el momento, como son los impedimentos a la voluntad procreacional, el desecho de los embriones por parte de uno solo de los cónyuges, la debilidad de la naturaleza de un consentimiento informado previo que puede, en la realidad, ser soslayado por la decisión de uno de los cónyuges de no querer que su material genético sea utilizado, cuando en realidad estamos en frente de un nuevo potencial ser que posee un dato genético distinto al de sus aportantes, y del que, ciertamente, no se entiende correctamente cual es la relación jurídica que existe para con él, lo que obsta el conocimiento del régimen (de propiedad) aplicable.

Nos encontramos en presencia de la necesidad de nuevas normas que puedan delimitar lo que ocurre con algo tan sustancial para el derecho, como es la vida, su comienzo, su existencia, y las consecuencias de un sistema de procreación que vincula, de manera directa, a un bien jurídico central y altamente protegido como es la vida, con otro importante en el catálogo de bienes jurídicos, como es la propiedad privada, incorporando tintes de derechos humanos, como el de la intimidad, de la identidad o de la verdad biológica. Por ello, entendemos, que una propicia solución al problema planteado, mediante la propuesta que se hará, resulta importante para la comunidad en general, y específicamente, para la comunidad jurídica.

CAPÍTULO VII.

‘PROPUESTA’

Cabe, finalmente, llevar adelante una propuesta, dada la confirmación de la hipótesis que se ha planteado. El principio del interés superior del niño, eje rector de esta investigación, y a cuya luz se analizan todas las situaciones de conflicto que pueden surgir de la temática abordada. Al respecto, se considera que no obstante se introdujeron importantes normas destinadas a garantizarlo, sobre todo referidas a la protección de su derecho a la identidad en el caso de las TRHA heterólogas, la regulación continúa siendo deficiente respecto de algunos puntos.

Sería positivo que exista una legislación más minuciosa, por ejemplo, respecto del destino y manipulación de embriones crioconservados no implantados, o del número de embriones susceptibles de ser implantados, a los efectos de que todos los centros habilitados para realizar TRHA y bancos de gametos funcionen en base a las mismas reglas brindando la debida protección al desarrollo vital. De este modo, Argentina adapta sus normas a una realidad respecto de la cual el derecho ya no podía permanecer ajeno. Reconociendo así, que la regulación legal basada en la familia tradicional matrimonial centrada en la procreación por naturaleza, como único modelo posible, resultaba insuficiente y obsoleta para dar protección a los diferentes modos de vivir en familia y a las nuevas formas de procreación de hoy.

Recalcamos lo necesario que resulta la regulación de las situaciones en donde uno de los cónyuges se plantea continuar con el plan de vida al momento de la crio conservación de embriones. Ello abre un nuevo escenario de derechos en cabeza de la persona que nace al anidar el embrión en el seno materno, y ello tiene una importante repercusión en el mundo jurídico de los cónyuges, tanto el que acepta la utilización del embrión, como el que aporta material genético y no acepta tal decisión. Al mismo tiempo, al momento de nacer ese embrión colocado en el seno de su madre, tiene una serie de derechos que ya se analizaron, como también crecerán derechos respecto a sus padres, y el respeto a su identidad. Estas son consecuencias que es

necesario desarrollar en una regulación más concreta de esta opción de implantación del embrión y las consecuencias jurídicas que tiene sobre las partes vinculadas.

Es fundamental, entonces, la elaboración de una norma que englobe, de manera armónica con el derecho constitucional, y de las convenciones y tratados, y con el derecho civil, todas aquellas circunstancias que han quedado evidenciadas a lo largo de este trabajo. La realidad del consentimiento informado, la posibilidad de dar otro destino a los embriones que no van a ser receptados por los dadores de sus gametos, y la correcta correlación con los derechos humanos de trascendental importancia que se ven alcanzados en estas circunstancias estudiadas deben ser el centro de la nueva normativa que se lleve adelante.

La decisión jurídica que se adopte debería tomarse después de un amplio debate multidisciplinario, que implique la participación de amplios sectores de la sociedad y de la comunidad científica que integra este dilema, tanto del derecho, como de la medicina, y solicitarse el aporte de ciencias como la psicología y la antropología, puesto que son cuestiones que merecen el estudio de las consecuencias psicológicas sobre las personas que ven truncada su voluntad procreacional y que así no lo desean. Esto no es cuestión de solo regular las nuevas técnicas sin antes realizar un verdadero análisis, ya que la norma y todo el conjunto de ellas que se apliquen, deben ser compatibles con los valores de nuestra sociedad.

Por ello, y se insiste en la idea, la propuesta es la de una nueva normativa, que armonice y actualice el ordenamiento existente en la materia, y que tome los puntos de vista doctrinarios y jurisprudenciales que se han expuesto en el presente trabajo, puesto a que existe una realidad internacional en la materia, que es tomada por el ordenamiento local, pero que es falente en los puntos expuestos a lo largo del trabajo actual.

La propuesta formulada se cierra con los efectos que en materia de filiación puede desplegar la implantación de los embriones una vez producida la ruptura del proyecto parental. Si éstos acaban siendo implantados, imponer un vínculo jurídico de filiación a la parte que se oponía a ello sería contrario a la

propia dinámica de la reproducción asistida, que precisamente permite a las partes escoger cuándo y en qué circunstancias quieren ser padres.

Sin embargo, a falta de una previsión expresa en sentido contrario, este vínculo podría nacer si la mujer que lograra que los embriones le fueran implantados tras la ruptura iniciara después, como representante legal del nacido, una acción de reclamación de paternidad contra el hombre que aportó el esperma para que dichos embriones pudieran ser creados. Por ello, es vital colocar un coto a dicha posibilidad, a los efectos de otorgar seguridad jurídica a aquella persona que, mediante un acuerdo previo, expone que llegado el caso de una situación como el divorcio, exprese plenamente que no desea llevar a cabo su voluntad procreacional. Más allá de ello, no podría evitarse, por supuesto, el derecho humano a la identidad o a la realidad biológica a aquel ser que nace en esas condiciones, pero sin generarle responsabilidad parental obligatoria a ese comitente que se ha negado a materializar su voluntad procreacional y que ha sido vulnerado en su consentimiento.

Además de las propuestas planteadas en cuanto a lo general, expondré dos propuestas para la situación específica que he desarrollado a lo largo del trabajo en cuanto refiere a la utilización de los embriones criocongelados en parejas que deciden divorciarse o separarse de hecho; las mismas son:

1) Que el cónyuge o concubino que no ha consentido el uso del embrión luego de la ruptura de la pareja, tenga el derecho de reclamar Daños y Perjuicios.

2) Que el cónyuge o concubino que tomó la decisión de utilizar el embrión criocongelado sin el consentimiento del otro, no cuente con el derecho de reclamarle a la otra parte, que cumpla con sus obligaciones de padre/madre.

En virtud de esta propuesta, la redacción de los artículos que hagan a la realización de la misma, serían de la siguiente manera:

A) sobre la naturaleza jurídica del embrión:

Art.. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción, salvo en los casos de reproducción humana

asistida, en donde el comienzo de la existencia de la persona se da con la anidación del embrión en el seno materno.

B) sobre los pactos anteriores a las TRHA:

art... Previo al inicio de los procedimientos previos de reproducción humana asistida, se requerirá el consentimiento libre, total e informado de la naturaleza que adquieren los gametos de los comitentes, como así también los efectos jurídicos de tal situación y las eventuales soluciones a las que pueden arribar los comitentes en caso de situaciones aleatorias sobrevenidas a la realización de estas técnicas.

Los comitentes podrán celebrar acuerdos previos y consentidos respecto a:

a) el respeto de la voluntad procreacional de uno de los comitentes, aun ante la negativa del otro comitente.

b) el respeto a la negativa a la utilización del material genético por parte de uno de los comitentes.

c) el destino de los embriones criocongelados en el caso de la ausencia de la voluntad procreacional, sea esta voluntaria o por muerte o ausencia con presunción de fallecimiento por parte de ambos comitentes.

C) sobre las sanciones ante el incumplimiento del acuerdo:

art... En el caso de incumplimiento del acuerdo referido en el artículo anterior, el comitente afectado puede iniciar la reclamación por vía civil de los daños que acredite en juicio ordinario, en contra del comitente incumplidor.

D) sobre las acciones de filiación

Art... En el caso de que uno de los comitentes, sin el consentimiento del otro comitente, materializara su voluntad procreacional en el nacimiento de su hijo, no podrá entablar acciones posteriores como representante legal del niño o niña, a los fines del cumplimiento de las obligaciones y los derechos propios del régimen de responsabilidad parental contra el comitente que no brindó su consentimiento.

NOTA DE ELEVACIÓN DE TESIS

Buenos Aires, 14 de octubre de 2020 -

Sr. Decano

de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

de la Universidad Abierta Interamericana.

Dr. Marcos Córdoba.

S_____ / _____ D

De mi mayor consideración:

Por la presente comunico por este medio que la alumna **MARÍA ROMINA DA RE**, ha confeccionado bajo mi supervisión el trabajo final que lleva el título: **“ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL EMBRIÓN Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS SUSCITADAS EN LOS SUPUESTOS DE DIVORCIO.”**.

Creo que por la calidad disciplinar de su contenido merece ser defendido ante el Tribunal que se designe.-

No asumo responsabilidad penal y/o civil por la presente obra, toda vez que la producción integral de la misma resulta exclusiva propiedad intelectual de la tesista; siendo el carácter de las instrucciones realizadas por el Suscripto, opiniones meramente metodológicas y orientadoras del área de incumbencia del trabajo de investigación.-

Sin otro particular, saludo a Ud. Atte.

Apellido y Nombre: Prof. Mg. Lanzavechia, Gabriel E.

Domicilio: Boulevard Ballester 4688, 8B – Villa Ballester, Pcia. Buenos Aires.

E-mail: lanzavechia@gmail.com

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALONSO REGUEIRA, E. (2013) *La Convención Americana De Derechos Humanos Y Su Proyección En El Derecho Argentino*. Cap.: “Artículo 17: Protección a la Familia” 1º ED. Bs As. La Ley. Departamento de publicaciones de la Facultad de derecho 2013.

2. BASSET, U. (2011), “Derecho del niño a la unidad de toda su identidad”, LA LEY, 16/11/2011.

3. BOBBIO, N. (1965). “*El problema del positivismo jurídico*”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, México.

4. BRUGO OLMEDO, S. (2003) “Definición y Causas de la Infertilidad” Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología Vol. 54 No 4.

5. CABRERA, D., CODEGLIA, L. (1995), “Responsabilidad por violación del derecho a la identidad”, en Alterini, Atilio A. - López Cabana, Roberto M. (dirs.).

6. CIRUZZI, M. (2013), “El derecho a la identidad y el derecho a la intimidad del donante de esperma: análisis del anteproyecto de reforma al Código Civil y Comercial”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

7. DE LORENZI, M. (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.

8. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. (1992), Derecho a la identidad personal, Buenos Aires, Astrea.

9. HERRERA, D., LAFERRIERE, J. (2013), “*¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida*”, LA LEY, 09/04/2013.

10. HEVIA M. y SPECTOR E. en Revista “La Ley” Derecho de Familia y de las Personas* 11 diciembre 2011.

11. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LAMM, E. (2011), “*La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación*”; LA LEY 08/08/2011.

12. KRASNOW, A. (2006), Filiación, Buenos Aires, La Ley.
13. LAFFERRIERE, J. (2011), “Las técnicas de procreación artificial heterólogas: análisis bioético y jurídico”, VIDA Y ÉTICA, Buenos Aires.
14. LAMM, E. (2012), “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil”, Suplemento especial, El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil, JA.
15. LANZAVECHIA, G. (2018), “Interés superior del niño en el Código Civil y Comercial de la Nación”. Microjuris.com
16. LORENZETTI, R. (2014), “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores.
17. LORENZETTI, R., (1997) *Responsabilidad civil de los médicos*, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Ediciones.
18. MÉNDEZ BAIGES, V. (2011), “*Crioconservación*”, en ROMEO CASABONA (director) *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, T. I, Ed. Comares, Granada.
19. MIZRAHI, M. (2004), “El niño y la reproducción humana asistida”, LL, 30/08/2011. “Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica”, LL, 23/08/2004.
20. MUÑIZ ARGÜELLES, L., MIGDALIA F., y MUÑIZ ARGÜELLES, V. (2012). *La investigación jurídica*. 5ta. Ed. Bogotá: Temis.
21. NÚÑEZ LADEVÉZE, B. (2007): *Sobre el sujeto de los derechos humanos*, Madrid.
22. RIVERA, J.C y MEDINA, G. “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores.
- 23.
24. TOMAS Y GARRIDO G. (2007): *El estatuto científico del embrión*, Tribuna Siglo XXI, Madrid.
25. TUGENDHAT, E. (1993), “Identidad: personal, nacional y universal”, en *Justicia y Derechos Humanos*, Barcelona, Universidad de Barcelona.
26. UGARTE GODOY, J, (1990) *Momento en que el embrión es persona humana*. Recuperado el 29/09/2020 de www.cepchile.cl

27. UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA (2019), “ Resolución C.S.5379/19”

28. ZANNONI, E. (1978) “*Inseminación artificial y fecundación extrauterina*”, Astrea, Bs. As.).

LEYES

Derecho argentino

1. Constitución Argentina.
2. Código Civil y Comercial.
3. Ley 23849 (Convención sobre los derechos del niño)
4. Ley 26862 (Ley Nacional de Fertilización humana asistida)
5. Ley 26529 (Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud).

Derecho comparado

1. Constitución Federal de la Confederación Suiza. 18 de Abril de 1999
2. Ley de protección del embrión. Alemania, 13 de Diciembre de 1990 (Ley N° 745)
3. Constitución Política de Colombia. 1991
4. Ley sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma y prohíbe la clonación. Chile. (Ley N° 20120)
5. Francia Ley 94/653. 29 de Julio de 1994

Tratados Internacionales

1. Convención Americana de Derechos Humanos.
2. Pacto San José de Costa Rica

Fallos

3. Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) c/ Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 28 de Noviembre de 2012

4. P.,A. c/ S.A.C s/ Medidas precautorias. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 13 de Septiembre 2011
5. Rabinovich, R. D s/ Medidas Precautorias. Expte 45882/93. CNC IV, Sala I, 3 de Diciembre de 1999

Páginas web

- ❖ [https://uai.edu.ar/facultades/derecho- y ciencias políticas/comprender el-derecho/maestros-del-derecho/](https://uai.edu.ar/facultades/derecho-y-ciencias-politicas/comprender-el-derecho/maestros-del-derecho/) (Julio 2013. Dr. Eduardo Pettigiani.
- ❖ www.cuidateplus.marca.com/reproduccion/fertilidad/diccionario/inseminacion-artificial.html