Universidad de Morón

Escuela Superior de Leyes

TESIS DOCTORAL

“HACIA UNA NUEVA CONCEPCION Y REGULACION DE LOS DERECHOS DE LOS EMBRIONES CRIOPRESERVADOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO”

Que para acceder al título de Doctor en Ciencias Jurídicas presentó la Doctoranda Mariela Débora Sema

Director de tesis: Dr. Jorge Oscar Rossi

Dr. Jorge Oscar Rossi

Morón, junio 2021

Universidad de Morón

Escuela Superior de Leyes

TESIS DOCTORAL

“HACIA UNA NUEVA CONCEPCION Y REGULACION DE LOS DERECHOS DE LOS EMBRIONES CRIOPRESERVADOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO”

Que para acceder al título de Doctor en Ciencias Jurídicas presentó la Doctoranda Mariela Débora Sema

Coordinador Académico de la carrera: Dr. Justino Mario Bertotto

Director de tesis: Dr. Jorge Oscar Rossi



INDICE

1. TEMA 1
1.1. ÁREA DE INVESTIGACIÓN 1
1.2. TEMA DE INVESTIGACIÓN 1
1.3. TEMA ACOTADO 1
2. INTRODUCCIÓN 1
2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN 1
2.2. PLANTEO DEL PROBLEMA 3
2.3. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS. 5
2.3.1. Objetivo general 5
2.3.2. Objetivos específicos 5
2.4. HIPÓTESIS DE TRABAJO. 5
2.5. MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA 5
2.5.1. Elementos del Marco Teórico 5
2.6. Metodología empleada 10
2.7. Relevancia de la investigación 10
2.9. PRINCIPALES TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN E INTERPRETACIÓN EMPLEADAS 14
3. CAPÍTULO I: PROBLEMAS CONCEPTUALES 15
3.1 Definiciones 15
3.1.1 Definición de Preembrión 15
3.1.1.1 Introducción 15
3.1.1.2 Derecho Comparado 17
3.1.1.3 Definición postulada 18
3.1.2 Definición de Embrión 18
3.1.2.1 Introducción 18
3.1.2.2 Derecho Comparado 19
3.1.2.3 Definición postulada 20
3.1.3 Definición de Criopreservación de Embriones 20
3.1.3.1 Introducción 20
3.1.3.2 Derecho Comparado 21
3.1.3.3 Definición postulada 22
3.1.4 Definición de Embrión Criopreservado 22
3.1.4.1 Introducción 22

3.1.4.2 Derecho Comparado 22
3.1.4.3 Definición postulada 23
3.1.5 Definición de Cigoto 23
3.1.5.1 Introducción 23
3.1.5.1.1 Teoría de la Fecundación 23
3.1.5.1.2 Teoría de la Singamia 24
3.1.5.1.3 Teoría de la Implantación 26
3.1.5.1.4 Teoría de la anidación 26
3.1.5.1.5 Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central 27
3.1.5.2 Definición postulada 28
3.1.6 Definición de Concepción 28
3.1.6.1 Introducción 28
3.1.6.2 Definición Postulada 29
3.1.7 Definición de Implantación 29
3.1.7.1 Introducción 29
3.1.7.2 Definición postulada 30
3.1.8 Definición de Fecundación 30
3.1.8.1 Introducción 30
3.1.8.2 Definición postulada 31
3.1.9 Definición de Inseminación 31
3.1.9.1 Introducción 31
3.1.9.2 Derecho Comparado 32
3.1.9.3 Definición postulada 33
3.1.10 Definición de Persona 33
3.1.10.1 Introducción 33
3.1.10.2 Derecho Comparado 35
3.1.10.3 Definición Postulada 36
3.1.11 Definición de Sujeto de derecho 36
3.1.11.1 Introducción 36
3.1.11.2 Definición Postulada 37
3.1.12 Definición de Personalidad jurídica 37
3.1.12.1 Introducción 37
3.1.12.2 Definición postulada 38
3.1.13 Definición de Filiación 38
3.1.13.1 Introducción 38

3.1.13.2 Derecho Comparado 40
3.1.13.3 Definición postulada 41
3.1.14 Definición de Adopción 41
3.1.14.1 Introducción 41
3.1.14.2 Derecho Comparado 42
3.1.14.3 Adopción de embriones o Adopción prenatal 42
3.1.14.4 Definición postulada 44
3.1.15 Definición de donación 44
3.1.15.1 Introducción 44
3.1.15.2 Donación de gametos 44
3.1.15.3 Donación de embriones 46
3.1.15.4 Definición Postulada 47
3.2 Conclusión 47
4. CAPÍTULO 2: DEBATES ACTUALES EN LAS DISTINTIAS DISCIPLINAS RESPECTO A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS 50
4.1 Introducción 50
4.2 Aspectos bioéticos 50
4.2.1 Aspectos éticos en el campo de la reproducción humana medicamente asistida 52
4.3 Aspectos filosóficos 55
4.3.1 Introducción 55
4.3.2 Otras cuestiones respecto a la categoría de persona 55
4.3.3 Aportes de la Filosofía: Iusnaturalismo y Concepción Funcionalista 57
4.3.4 La hermenéutica jurídica 59
4.4 Aspectos religiosos 59
4.4.1 Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación 61
4.4.2 El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas. 64
4.4.3 Instrucción DIGNITAS PERSONAE sobre algunas cuestiones de bioética . 65
4.5 Aspectos morales 67
4.5.1 Licitud moral respecto de los embriones producto de las nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida 69
4.5.1.1 Fecundación in vitro 69
4.5.1.2 No transferencia de los embriones fecundados in vitro al seno materno 70
4.5.1.3 La criopreservación de los embriones 70

4.5.1.4 La adopción de los embriones criopreservados 72
4.6 Aspectos médicos y/o biológicos 73
4.6.1 Teoría de la Fecundación 74
4.6.2 Teoría de la singamia 75
4.6.3 Teoría de la implantación 75
4.6.4 Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central 76
4.7 Conclusión 77
5. CAPÍTULO III: DISTINTAS POSTURAS JURIDICAS SOBRE EL ATRIBUTO DE LA "PERSONALIDAD" DEL EMBRIÓN HUMANO "CRIOPRESERVADO" 79
5.2 Antecedentes en el Derecho Argentino 80
5.2.1 Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional 80
5.2.2 Constituciones provinciales 85
5.2.2.1 La protección explícita del Derecho a la Vida en las Constituciones Provinciales 85
5.2.2.1.1. Provincia de Buenos Aires 85
5.2.2.1.2. Provincia de Catamarca 85
5.2.2.1.3. Provincia de Chaco 86
5.2.2.1.4. Provincia de Chubut 86
5.2.2.1.5. Provincia de Córdoba 87
5.2.2.1.6. Provincia de Entre Ríos 87
5.2.2.1.7. Provincia de Formosa 88
5.2.2.1.8. Provincia de Jujuy 89
5.2.2.1.9. Provincia de La Rioja 89
5.2.2.1.10. Provincia de Mendoza 90
5.2.2.1.11. Provincia de Rio Negro 91
5.2.2.1.12. Provincia de Salta 91
5.2.2.1.13. Provincia de San Juan 92
5.2.2.1.14. Provincia de San Luis 93
5.2.2.1.15. Provincia de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico sur 93
5.2.2.1.16. Provincia de Tucumán 94
5.2.2.2. Evidencia implícita de la protección del Derecho a la Vida en constituciones provinciales 95
5.2.2.2.1. Provincia de Corrientes 95
5.2.2.2.3. Provincia de Misiones 96
5.2.2.2.4. Provincia de Neuquén 96

5.2.2.2.5. Provincia de Santa Cruz 97

5.2.2.2.6. Provincia de Santa Fe 97

5.2.3. Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield 97

5.2.4. Proyectos de ley relevantes de los últimos diez años anteriores a la reforma del Código Civil (2004-2014) 100

5.2.4.1. "Regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana médicamente asistida: embriones, profesionales intervinientes, beneficiarios, sujetos concebidos, sanciones". Nº: 3978-D-2006. Año 2006. Firmante: Graciela Camaño. 100

5.2.4.2. "Régimen para la reproducción humana medicamente asistida: beneficiarios, modificaciones al Código Civil: sustitución de los artículos (definición de persona por nacer) y 70 (comienzo de la existencia de las personas), modificación de los incisos 1) (nulidad) y 3) (impotencia) del artículo 220, incorporación del inciso 4) al artículo 248 (consentimiento prestado por instrumento público". Nº: 3465-D-2008. Año 2008. Firmante: Jorge Antonio Villa-Verde..... 101

5.2.4.3. "Fertilización humana asistida". Nº: 2663-D-2010. Año 2010. Firmante: Ivana María Bianchi. 101

5.2.4.4. "Proyecto de ley modificando los arts. 63 y 70 del Código Civil, adecuando la redacción a las prácticas conocidas con el nombre de fertilización asistida". N°: S-1506/09. Año 2009. Firmante: Negre de Alonso 102

5.2.4.5. "Proyecto de ley modificando el Código Civil respecto a la fertilización asistida". N°: S-1153/07. Año 2007. Firmante: Giusti..... 102

5.2.4.6. "Proyecto de ley sobre procreación humana asistida". N°: S-3518/06. Año 2006. Firmante: Negre de Alonso 103

5.2.4.7. "Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida". N°: S-3859/05. Año 2005. Firmante: Sapag 103

5.2.5. Proyectos de ley relevantes posteriores a la reforma del Código Civil (2014-actualidad) 104

5.2.5.1. "Protección de embriones no implantados. Régimen". Nº: 1541-D-2019. Año 2019. 104

5.2.5.2. "Ley integral de técnicas de reproducción humana médicamente asistida.". Nº: 0091-D-2017. Año 2017. 107

5.2.5.3. "Régimen de regulación de los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida". Nº: S-1320/16. Año 2016..... 109

5.2.5.4. "Regulación sobre técnicas para la fertilización humana asistida y protección del embrión no implantado". Nº: 8210-D-2014. Año 2014. 110

5.2.5.5. "Ley de Reproducción Humana Asistida". Nº: 8147-D-2014. Año 2014.112

5.2.5.6. "Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida". Nº: 4058-D-2014. Año 2014. 113

5.2.5.7. "Protección integral de los embriones". Nº: 3639-D-2014. Año 2014. ... 115

5.2.6. Ley 26862: Reproducción Medicamente Asistida 116
5.2.7 Ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires 116
5.2.8 Ley 27610: Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo 117
5.3 La necesidad de la categoría de "persona por nacer" respecto al embrión criopreservado en el ordenamiento jurídico argentino 122
5.4. Una tercera postura respecto al embrión criopreservado: ni persona, ni cosificado 126
5.5 Conclusión 128
6. CAPÍTULO 4: DERECHOS HUMANOS INHERENTES A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS 131
6.1 Introducción 131
6.2 Derecho a la vida 131
6.2.1 Las cinco formas de entender el derecho a la vida 133
6.2.1.1 El derecho a vivir o a permanecer vivo 133
6.2.1.2 El derecho a vivir bien o vivir con dignidad 133
6.2.1.3 El derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato 134
6.2.1.4 El derecho a que no nos maten 134
6.2.1.5 El derecho a que no nos maten arbitrariamente 135
6.2.2 Embriones criopreservados: defensa de la vida 135
6.2.3 Derecho a la vida vs. dignidad de los embriones humanos 136
6.2.4 Reconocimiento del derecho a la vida de los embriones humanos 137
6.3 Derecho a la identidad 144
6.4.1 Marco legal del derecho a la identidad de origen 147
6.4.2 Identidad filiatoria 150
6.4.3 La verdad biológica vs. La filiación 152
6.4.4 El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico 153
6.4 Conclusión 156
7. CAPÍTULO 5: DERECHOS FILIATORIOS INHERENTES A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS 159
7.1 Introducción 159
7.2 Derecho a la filiación 159
7.2.1 Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida 163
7.2.2 Filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida vs. Filiación por naturaleza 164

7.2.3 Filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida vs. Filiación por adopción..... 166

7.2.4 Consentimiento en las técnicas de producción humana medicamente asistida 168

7.2.4.1 Contenidos mínimos de los distintos consentimientos informados 174

7.2.4.1.1 Consentimiento informado: criopreservación y almacenamiento de embriones. Pareja 175

7.2.4.1.2 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con semen donado. Pareja. 176

7.2.4.1.3 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con gametos de la propia pareja. 177

7.2.4.1.4 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con semen donado. Persona sola. 178

7.2.4.1.5 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos donados. Pareja. 178

7.2.4.1.6 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos donados. Persona sola. 180

7.2.4.1.7 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos de la propia pareja. 181

7.2.4.1.8 Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con gametos donados. Persona sola. 182

7.2.4.1.9 Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con gametos donados. Pareja. 183

7.2.4.1.10 Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con material propio. Pareja..... 184

7.2.4.1.11 Consentimiento informado: Procedimiento médico de donación de ovocitos. 185

7.2.4.1.12 Consentimiento informado: Procedimiento médico de donación de semen. 186

7.2.4.1.13 Consentimiento informado: Procedimiento médico de criopreservación y almacenamiento de gametos y/o tejidos reproductivos. Para casos de posible pérdida de capacidad procreacional (por problemas de salud, tratamientos o intervenciones quirúrgicas)..... 187

7.2.4.2 Distintas variantes del consentimiento informado 187

7.2.4.2 .1 Consentimiento del donante 187

7.2.4.2.2 Consentimiento de la mujer..... 188

7.2.4.2.3 Consentimiento del marido 189

7.2.4.2.4 Consentimiento del varón no casado..... 190

7.2.5 Voluntad procreacional 191

7.2.6 Derecho a la información 195
7.2.6.1 Diferencias entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer sus orígenes 198
7.2.7 Determinación de la filiación 201
7.3 Conclusión 205
8. CAPÍTULO 6: DERECHOS DE FAMILIA INHERENTES A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS 208
8.1 Introducción 208
8.2 Filiación post mortem 208
8.2.1 Filiación post mortem como filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida 215
8.2.1.1 Inexistencia del consentimiento libre e informado del progenitor fallecido: 217
8.2.1.2 Existencia del consentimiento libre e informado respecto del material genético del progenitor fallecido, pero sin disposiciones de reproducción después de su muerte: 218
8.2.1.3 Existencia del consentimiento libre e informado del progenitor fallecido respecto de los embriones *criopreservados* pero sin disposiciones de implantación después de su muerte. 220
8.2.2 Fecundación post mortem de embriones criopreservados sobrantes 221
8.2.3 Diferencias entre transferencia embrionaria post mortem y fecundación post mortem de gametos *criopreservados* 223
8.3 Derecho a la adopción 231
8.3.1 Adopción de embriones criopreservados 232
8.3.2 Adopción vs. Donación de embriones 234
8.3.3 Adopción prenatal 237
8.3.4 El derecho a la identidad en la adopción de embriones 241
8.4 Derechos sucesorios 244
8.4.1 Fideicomiso Testamentario 249
8.5 Conclusión 256
9. CAPÍTULO 7: ANALISIS JURISPRUDENCIAL 259
9.1 Introducción 259
9.2 Los embriones preservados personas por nacer: su protección al derecho a la vida 259
9.2.1 “Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo” 260
9.2.2 “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo” 263
9.2.3 “Rabinovich, Ricardo David s/ Medidas Precautorias” 264

9.2.4 “Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Estado Provincial y otro – Amparo (Ley 4915)” 267
9.2.5 “R., G.A. y Otro S/ Autorización” 269
9.3 Los embriones preservados personas por nacer: su desprotección al derecho a la vida 273
9.3.1 Artavia Murillo y Otros (“In Vitro”) Vs. Costa Rica 273
9.3.2 “R.G.J y otro/a s/ Autorización Judicial” 280
9.3.3 “C.M.L y otro/a s/ Autorización Judicial” 284
9.4 Los embriones criopreservados ante el divorcio y/o separación personal de sus progenitores 287
9.4.1. Reino Unido 288
9.3.2. Estados Unidos 292
9.3.2.1 Davis v. Davis (1992) 293
9.3.2.2 Kass v. Kass (1998) 294
9.4.3. Argentina 296
9.5 Los embriones *criopreservados* ante el fallecimiento de sus progenitores 302
9.6 Conclusión 310
10. CONCLUSION FINAL 313
11. BIBLIOGRAFIA 323

1. TEMA

La concepción y la regulación jurídica de los derechos de los *embriones criopreservados* en el ordenamiento jurídico argentino actual.

1.1. ÁREA DE INVESTIGACIÓN

El área de investigación de este trabajo corresponde al Derecho Constitucional y al Derecho Civil, y dentro del mismo a la parte general del mismo, Derecho de Familia y Sucesiones.

1.2. TEMA DE INVESTIGACIÓN

El tema de la presente investigación radica en la idiosincrasia de persona humana nacida de los *embriones criopreservados*, y como consecuencia de esta caracterización -abordada desde distintas áreas del conocimiento-; la evidencia de las limitaciones presentadas por la regulación jurídica argentina actual que refleja marcadas implicancias también en los derechos de los embriones.

1.3. TEMA ACOTADO

La investigación se dirige a determinar la idiosincrasia de persona humana nacida de los *embriones criopreservados*; y la vulnerabilidad a la que son sometidos por la falta de legislación del régimen jurídico. También, como consecuencia de ello, las limitaciones respecto de sus derechos en relación con el estado de familia.

2. INTRODUCCIÓN

2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN

El tema de los *embriones criopreservados* en nuestro país presenta complejidad en cuanto a las distintas facetas y aspectos que abarca. Estos incluyen al menos la medicina reproductiva, la tecnología - que cambia y evoluciona en particular la *criopreservación* y la fecundación asistida -, el bienestar humano, la ética, la religión, la economía, la familia y por supuesto el derecho.

La investigación se centra en la reflexión jurídico-social de la concepción de los *embriones criopreservados*, partiendo de la base del reconocimiento de la personalidad jurídica de los mismos y como consecuencia de ello los nuevos desafíos que plantea la sociedad actual respecto de los distintos derechos inherentes a los embriones a saber: filiatorios, adopción, incluso sucesorios.

El actual ordenamiento jurídico argentino no llega a demostrar el avance tecnológico entre la bioética y las relaciones de familia, por lo que nos encontramos ante una situación inquietante que requiere un estudio pormenorizado de varios aspectos: sociales, filosóficos, científicos y jurídicos. Prevalecerán los principios fundamentales de

cada institución jurídica que se relacionan intrínsecamente con el tema principal de la tesis respecto de los *embriones criopreservados*. Actualmente, encontramos que el derecho positivo no se adecua a los avances tecnológicos, por lo tanto, es menester una reforma legislativa integral que abarque todos los aspectos inherentes a los *embriones criopreservados*.

Encontramos una relación estrecha entra la ciencia y la filosofía; siendo esta última la encargada de descifrar cuál es el estatuto ontológico del embrión humano, sin importar si el mismo fue concebido dentro o fuera del seno materno; y también el área que desentraña el momento en que podemos hablar del nuevo ser humano. Filosóficamente se pueden distinguir entre dos concepciones de la personalidad humana, por un lado, la ontológica y por el otro la funcionalista, tal como lo señala la siguiente cita de la Revista de Medicina De La Universidad De Navarra:

"*Hay una serie de «hechos» científicos que consienten atribuir al embrión recién concebido las siguientes características: 1) genéticamente hablando, posee la «naturaleza humana» (en efecto, pertenece a la «especie humana»), porque es portador de un código genético propio de la especie humana; 2) tiene una clara individualidad biológica en cada una de las fases del desarrollo intrauterino; 3) tiene una absoluta continuidad de desarrollo.*

Por eso, comparto las palabras de A. Bompiani, «resulta evidente que, con esta base, se alcancen todas las premisas para atribuir al embrión el carácter de " individuo humano", base ontológica insustituible para los conceptos filosóficos y jurídicos del "sujeto personal" y de "persona humana"» (Conferencia durante el Seminario sobre la Familia, Cadenabbia [Italia], 14/15-IV-1984).

No basta afirmar, pues, que de un óvulo humano fecundado se genera siempre un hombre; no se genera, sino que es un hombre, pues su existencia se inicia en el instante en que las células reproductivas de un hombre y de una mujer se fecundan formando una nueva unidad: «el óvulo fecundado o cigoto debe considerarse no sólo como el proyecto o inicio de una nueva vida humana, sino un verdadero sujeto humano, un ser que posee todos los requisitos -tanto biológicos como ontológicos- específicos y constitutivos de la persona humana» (J.l. Carrasco, Personalita dell'embrione é !'aborto, ponencia del 9-IV-1986 en el Congreso Internacional de Teología Moral, Roma, 7/12-IV-1986)".(Revista De Medicina De La Universidad De Navarra - Vol. Xxxii - N.' 4 - Octubre-Diciembre 1988)"[1]

Es por ello, que se encuentra un nuevo enfoque a la noción aristotélica respecto a que el embrión es solo un ente "en desarrollo", un ente que se convierte en ser humano durante los primeros meses de gestación. Todo ello gracias al alma "desarrolladora" ("trasladada" por el gameto femenino o óvulo y el gameto masculino o espermatozoide) de los padres, en un proceso que culmina con la inserción de un alma racional propio del feto en algún momento a mitad del embarazo, cuestión que realza la teoría que cada uno de nosotros comenzó con la concepción.

En contraposición la biología científica demuestra claramente la unidad biológica del nuevo ser; todos los elementos se desarrollan como partes de un todo y tienen sentido

[1] Monge, Fernando. El embrión humano y el estatuto de persona. Medicina y Persona. Revista de Medicina de la Universidad de Navarra - vol. XXXII - n.' 4 - octubre-diciembre 1988.

en relación con las otras partes del todo. Este desarrollo es autónomo en sí mismo, con las parcialidades y relatividad de cada etapa del desarrollo.

Para concluir, y ante cualquier postura que se adopte, debemos mencionar que es importante la presente investigación para establecer la necesidad de la creación de una ley que regule la protección jurídica de los *embriones criopreservados* en relación con los derechos derivados por el solo hecho de ser personas conforme al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2.2. PLANTEO DEL PROBLEMA

El problema principal de los *embriones criopreservados* se basa en que no hay una postura doctrinaria uniforme en cuanto a qué se entiende jurídicamente por "concepción", por lo que se deriva en una discusión sobre el estatus de sujeto de derecho del *embrión humano criopreservado.*

De ello se desprende, que no existe una legislación que regule todos los aspectos jurídicos derivados de los *embriones criopreservados* a pesar de que la existencia de la persona humana comienza con la concepción sin importar si ésta se produce dentro o fuera del seno materno, ya que en ambos casos se da origen a un nuevo cuerpo poseedor de todas las notas de humanidad.

Si bien algunos autores afirman que los *embriones humanos criopreservados* son persona desde el momento de su concepción por el solo hecho de ser un conglomerado de células con vida humana, y por lo tanto individuos únicos; el estatus jurídico de estos es un tema que se encuentra en discusión. El aporte de este trabajo procura contribuir con información y argumentos que permitan a las partes intervinientes tener los elementos y fundamentos necesarios para modificar la legislación actual, adecuándola a la realidad familiar y ajustándola a los avances tecnológicos en materia de salud a los que se ha arribado, teniendo presente que los mismos son solo el inicio de una nueva era en la materia.

Si bien el derecho a la vida- derecho natural- no se encuentra explícitamente enumerado en nuestro ordenamiento jurídico; la doctrina y la jurisprudencia entiende que es un derecho implícito que se encuentra inmerso en el artículo 33 de la Constitución Nacional argentina, como así también en el artículo 75, inciso 22), en el cual se incorporan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos dentro de nuestro marco jurídico, por lo que el derecho a la vida de todos los seres humanos, por el solo hecho de ser humanos, pasa a ser un derecho positivo constitucional, teniendo el Estado Argentino el deber de garantizar a todas las personas humanas nacidas o no el derecho a la vida.

Por otro lado, este derecho a la vida se le debe garantizar a todos los seres humanos desde el mismo instante de su concepción. Para ello, nuestro ordenamiento jurídico positivo establece que el período de concepción comienza desde el mismo instante en que se produce la fecundación, sin distinción de si la misma se produce dentro o fuera del seno materno, momento desde el que biológicamente estamos en presencia de una nueva vida humana. Desde ese instante, el embrión humano resulta ser una persona propia que goza de vida humana, sin importar si se encuentra implantado o no dentro del seno materno, y por lo tanto se le deben respetar sus derechos personalísimos. Sin embargo, actualmente nos encontramos con el problema de que parte de la doctrina se basa en el respeto de los embriones humanos y parte de la doctrina no los considera persona. En

consecuencia, consideramos que el ordenamiento jurídico debería establecer con claridad la protección de los embriones humanos, en especial aquellos que se encuentran criopreservados.

Sin embargo, no solo encontramos problemas respecto del carácter de persona de los embriones, sino que, a su vez, se encuentran problemas respecto al destino de los embrio*nes criopreservados* ante distintas situaciones del ámbito familiar. Recordemos que la ciencia ha avanzado con mayor rapidez que el derecho, toda vez que se pueden llevar a cabo diversos tratamientos de fertilización, algunos de los cuales traen aparejada la criopreservación de embriones para su posterior utilización.

En principio, tal como se mencionó anteriormente, se presentan problemas sobre la deliberación respecto a la categoría de persona por nacer de los mismos. Sin embargo, partiendo del carácter de persona humana de los *embriones criopreservados* se encuentran, también, problemas de índole familiar comenzando por la filiación producto de las técnicas de reproducción medicamente asistida, y en el caso de embriones sobrantes, es decir embriones que siguen criopreservados por un periodo de tiempo determinado. La incertidumbre versa sobre cuál será el destino de estos, cómo ser adopción, fecundación post mortem, etc.; y los derechos sucesorios que trae aparejado la continuidad de la criopreservación. Como sostiene el Dr. Gabriel Bedrossian respecto a la bioética, aquella rama dedicada a promover la conducta más apropiada en cuanto a la vida humana:

"*La bioética se enfrenta al dilema de analizar hasta dónde admitir este legítimo deseo de los potenciales progenitores, y en qué casos establecer límites que detengan planteos cuya procedencia implicaría afectar gravemente a otras personas o intereses dignos de protección que se encuentran involucradas en el asunto.*

Esta discusión bioética es, en realidad, la que desemboca en el segundo aspecto que genera la incertidumbre que vivimos en la actualidad: la falta de una regulación específica sobre el tema. Señalamos que ambas cuestiones se encuentran conectadas, porque la ausencia de la norma es el resultado de las importantes divergencias doctrinarias respecto a la forma de regular estos casos."[2]

Por lo tanto, el derecho debería acercarse a la bioética, y reflexionar en cuanto a los límites relacionados con derechos de los progenitores y con la creación de vida humana. Esta última reiteradamente forzada a suspenderse en el tiempo, sin conocer el destino de estos embriones humanos; incluso sin protección protección jurídica, en especial respecto del derecho a la identidad sobre todo cuando el tratamiento medico se realiza con donación de gametos. No solo se debe proteger el derecho a la identidad de los embriones, derecho humano fundamental, sino que también se debe proteger la vida de estos prohibiendo la donación de embriones con fines de investigación ya que si se permitiera esto se estaría asimilando a los embriones a una cosa. Consideramos que debería establecerse un proceso de adopción de embriones para aquellos embriones sobrantes que los progenitores no deseen volverlos a utilizar por haber alcanzado su voluntad procreacional.

En consecuencia, para concluir, encontramos que el problema que prevalece respecto de los *embriones criopreservados* se centra en la falta de legislación en cuanto a

[2] Bedrossian, Gabriel. *Fertilización post mortem: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo*. Revista de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. Junio 2020. Cita Digital: IUSDX3287445A

la protección jurídica de ellos por su carácter de persona por nacer y como consecuencia de ello, la protección de todos los derechos inherentes a las personas: a la identidad, a los derechos filiatorios, a los derechos sucesorios, entre otros.

2.3. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS.

2.3.1. Objetivo general

Establecer un régimen jurídico específico para los *embriones humanos criopreservados*.

2.3.2. Objetivos específicos

Evidenciar el problema de la falta de regulación adecuada en Argentina, a partir de un análisis exhaustivo de la normativa nacional para poder tener los elementos y fundamentos que sean necesarios para establecer a los *embriones humanos criopreservados* como personas por nacer.

Justificar la necesidad de creación de legislación sobre los *embriones humanos criopreservados* para que los embriones creados in vitro tengan los mismos derechos que un embrión en el seno materno.

Reflejar las ventajas y desventajas de un posible cambio de legislación para establecer la protección jurídica de los embriones humanos criopreservados no implantados.

2.4. HIPÓTESIS DE TRABAJO.

El estatuto ontológico del embrión humano y el concepto jurídico de "concepción" conforman el soporte para la consideración jurídica-legal de los embriones criopreservados como persona humana por nacer.

2.5. MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA

2.5.1. Elementos del Marco Teórico

En nuestro país actualmente existen dos posturas marcadas respecto a los *embriones criopreservados*. Una parte de la doctrina lo considera persona humana, independientemente si la concepción sea en forma natural o in vitro, dentro o fuera del seno materno; y otra parte de la doctrina afirma que los embriones no son persona humana y lo asemejan a una cosa.

Hasta el momento no se dispone de una normativa que determine cuál es el destino de los *embriones criopreservados*, sólo rige la Constitución Nacional que se pronuncia a través de los Tratados Internacionales con rango constitucional que plasman el derecho a la vida del ser humano desde el momento de la concepción.

Sin embargo, nada se ha previsto ni establecido en cuanto al destino de los embriones que permanecen conservados por medio de *criogénesis* en los distintos

institutos de fertilización asistida del país, que sólo cuentan con una reglamentación interna que procura poner a salvo los intereses contractuales.

Ante la presencia de un vacío legal, la jurisprudencia se ha ocupado en numerosos fallos en pronunciarse a favor del derecho a la vida de los *embriones humanos crioconservados.*

Entre los doctrinarios que le niegan el carácter de persona humana se encuentra la Dra. Marisa Herrera que menciona:

"*El embrión in vitro no es persona humana fundado en tres permisiones legales claves o centrales: (1) la donación de embriones, (2) la criopreservación de embriones, y (3) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona*". [3]

El Dr. Jorge Nicolás Lafferriere[4] menciona las dos posturas respecto a cuándo se lleva a cabo la "concepción". La primera posición sostiene que la concepción se produce en la fecundación**,** en cambio la segunda considera que la concepción se produce con la implantación. Al respecto el autor entiende que la primera postura es más acertada en cuanto a la interpretación razonada del derecho argentino vigente, y con los principios fundamentales que surgen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos incorporados con la reforma Constitucional del año 1994, en el Art. 75 inciso 22[5].

Asimismo, el autor hace referencia a que el Código Civil y Comercial de la Nación eliminó la definición de "persona" y "persona física", siguiendo el proyecto de unificación del año 1998. Sostiene que la notición de persona proviene de la naturaleza y afirma que todo ser humano es persona por el solo hecho de serlo. Por ende, concluye que "la noción de persona humana tiene que tomarse como proveniente de la naturaleza y por tanto no puede ser sometida a manipulaciones. El término persona no es un término que pueda acomodarse a intereses previos, sino que tiene que coincidir sencillamente con la noción de ser humano"[6].

Asimismo, dicho autor menciona que "*supondría una discriminación en razón del lugar de concepción sostener que un embrión es persona por encontrarse en el seno materno y no lo es por estar fuera de ese seno, máxime que se trata de la misma entidad corporal humana. El lugar de la concepción, o el hecho de la implantación, no dicen nada sobre el embrión en sí mismo y sus características propiamente humanas presentes desde el momento en que los gametos se fusionan y dan origen a un nuevo "cuerpo" que tiene todas las notas de humanidad y por tanto merece el reconocimiento de la personalidad"*[7].

Otro de los doctrinarios que defienden esa postura es el Dr. Rabinovich quien sostiene que *"...el embrión humano criopreservado (y el ovocito pronucleado en la*

[3] Herrera, Marisa, Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión *in vitro* o no implantado no es persona humana, CATRHA, Comisión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Reproducción 2015;30:161-163, pág 163

[4] Lafferriere, Jorge Nicolás, El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado, La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014

[5] Constitución Nacional

[6] Lafferriere, Jorge Nicolás, El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado, La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014

[7] Lafferriere,Jorge Nicolás, El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado, La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014

interpretación del fallo argentino que nos ocupa) es conceptus, podría perfectamente considerárselo, desde nuestra óptica contemporánea, sujeto de la cura ventris, aunque no se halle in útero". [8]

El mismo autor menciona que Código Civil argentino de Vélez reconoce personalidad a la persona por nacer desde el momento de la concepción, por lo que adquiere facultades jurídicas que lleva adelante por medio de sus representantes.

Los antecedentes jurídicos principales incluyen el Código Civil de la Nación de Vélez Sarsfield de 1869, su reforma en 2014, la Ley de Reproducción Humana medicamente asistida de 2013, un proyecto sobre TDHA de 2017 y las Convenciones sobre los derechos humanos y de los niños.

(a) Código Civil de Vélez Sarsfield:

Para este Código fundador de 1869, la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. Lo cierto es que en la época en la que se legislo este Código fundador era impensable la concepción fuera del seno materno, debido a que no se conocía aún la fecundación artificial.

Sin embargo, en el espíritu de este Código se puede observar que se pretende la protección jurídica del más débil, es decir del embrión humano toda vez que el mismo es una persona por nacer, y como tal, es plausible de adquirir derechos, aunque estos deberán ser ejercidos mediante sus representantes debido a la incapacidad de ejercicio de estos.

(b)Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación:

Para el Código Civil y Comercial de la Nación, que rige desde agosto del 2015, la concepción sea fuera o dentro del seno materno, es el momento del comienzo de la persona humana. El art 19 expresa: "*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*."[9]

El legislador al momento de redactar este artículo mejoró su interpretación al señalar que la mención del lugar de concepción no significa excluir de protección a los concebidos fuera del seno materno, ya que al haberse quitado la expresión "en el seno materno", lugar donde se produce la concepción, resulta irrelevante, como ya lo había señalado la doctrina y la jurisprudencia. Con la nueva redacción, es claro que la concepción, también denominada fecundación, sea fuera o dentro del seno materno, es el momento del comienzo de la persona humana.

Los cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación generaron discusión en cuanto al estatuto jurídico del *embrión humano criopreservado* no implantado. Se distinguen dos posturas: a) el *embrión criopreservado* es considerado como persona humana por nacer, independientemente si la concepción sea en forma natural o in vitro,

[8] Rabinovich-Berkman, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados en la República Argentina (2004-2006) Ánalisis de su fracaso a la luz de la cura ventris, pág 10

[9] Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Santa Fe – Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, Primera Edición, Tomo I, 2014, pág 87

dentro o fuera del seno materno; y b) los embriones no pueden ser considerados como persona humana y lo asimilan a una cosa. Se desarrollan seguidamente las dos posturas.

a) *El embrión criopreservado* debe ser considerado persona humana por nacer: Por analogía, dentro del espíritu de la redacción originaria Vélez Sarsfield no podría haber imaginado que la fecundación pudiera realizarse fuera del seno materno. Esta postura es sostenida por doctrinarios como el Dr. Jorge Nicolás Lafferriere y por el Dr. Rabinovich, entre otros.

El Dr. Rabinovich[10] sostiene que el código es un compuesto sistemático, a interpretarse en un modo integrador. Hay que tener en cuenta los artículos 264, donde se menciona sólo la concepción, sin referirse al seno materno, y el artículo 3733, donde se hace referencia a los concebidos sin mencionar que fueron concebidos en el seno materno. Este señala que, para Vélez, el seno materno era sinónimo de "concebido".

El Dr. Lafferriere[11] menciona que el propio Código Civil de Vélez Sarsfield sostenía que la existencia de la persona humana comienzaba con la concepción en el seno materno, pero en la actualidad, la interpretación sobre este tema es más razonable y se hace mención a que el lugar de concepción no significa excluir de la protección jurídica del ordenamiento a aquellos concebidos fuera del seno materno como es el caso de los *embriones humanos criopreservados*.

b) Estar dentro del seno materno, es un requisito excluyente para ser considerado persona.

Autores como la Dra. Marisa Herrera afirman que para qué pueda ser considerado persona el embrión humano debe estar implantado en el seno materno y no fuera de ello. La autora menciona el fallo "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" (Fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) del 28/12/2012, manifestando que *"…cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional (conf. Corte Federal, caso "Mazzeo", Fallos 330:3248, entre otros)*" [12]

Asimismo, considera que la noción de concepción que menciona el Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos acontece cuando se trata de TRHA cuando el embrión es implantado en la mujer.

[10] Gamarra, Lisando, Status Jurídico del embrión en la República Argentina entre 1960 y 2004, Buenos Aires – Argentina, 2004, pág 7

[11] Lafferrière, Jorge Nicolás, La persona por nacer en el nuevo código civil y comercial de la nación, En internet:https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/Lafferriere_-La_persona_por_nacer_en_el_nuevo_CCyCU.pdf

[12] Herrera, Marisa, Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión *in vitro* o no implantado no es persona humana, CATRHA, Comisión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Reproducción 2015;30:161-163, pág 161

Estas dos posturas han sido ratificadas y plasmadas en normas como:

- La Convención Americana de los Derechos Humanos – que establece en su art. 4 inc. 1 que "*el derecho a la vida es a partir del momento de concepción...*"

- La Convención sobre los Derechos del Niño –que en su Art. 1 entiende " *por niño todo ser humano menor de 18 años de edad [...]*" o, la reserva que realizó la República Argentina mediante el art. 2 de la ley 23.849, en cuyo segundo párrafo establece que: "*con relación al art. 1 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*".

- La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En el fallo Artavia-Murillo y otros contra Costa Rica[13] se considera el óvulo fecundado como una célula que habilita el posible desarrollo de un ser humano, pero destaca que si no se implanta, sus posibilidades de desarrollo son nulas. La CIDH menciona que el término "concepción" se refiere al momento en que se produce la anidación y afirma que un embrión no implantado no es persona.

Nótese que en ningún momento dichos Tratados Internacionales hacen referencia al "seno materno", lo que permite sostener que el embrión humano criopreservado debe tener los mismos derechos que un embrión en el seno materno.

El mismo Código de fondo obliga al Congreso de la Nación a sancionar una ley especial que regule todos estos asuntos. El 12 de noviembre de 2014 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó con media sanción el proyecto de ley que regula el alcance, los derechos y las relaciones jurídicas derivadas del empleo de técnicas de reproducción humana asistida y "la protección jurídica del embrión no implantado".

(c) Ley de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

A nivel nacional la Ley Nº 26.862[14] y el decreto reglamentario 953/2013 consagran la cobertura médica integral de este tipo de medicamentos y procedimientos médicos en materia de fertilización medicamente asistida. Estas normas garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales con el fin de lograr

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. costa rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

[14] Sancionada en 2013 publicada en el Boletín Oficial el 26 de Junio de 2013, la que fue reglamentada mediante el Decreto 956/2013 publicado en el Boletín Oficial el 19 de Julio de 2013.

la fecundación de manera artificial, logrando de esta forma que muchas personas puedan lograr el deseo de formar su propia familia.

La norma establece la cobertura médica respecto a los tratamientos de fertilización asistida abarcando el diagnóstico, medicamentos, procedimientos médicos, terapias de apoyo y las técnicas tanto de baja complejidad como de alta complejidad; así también contempla la normativa la donación de gametos y/o embriones. Respecto a esto último, se incluye dentro de la cobertura la donación de gametos y/o embriones quedando en claro que esta donación nunca podrá tener carácter lucrativo o comercial. Entendemos que no es correcto hablar de donación de embriones, aunque resulta aceptable hablar de donación de gametos. Avalamos la anterior postura ya que aludimos al material genético, por lo tanto, no es correcto hablar de donación de embriones, a quienes consideramos personas por nacer; ya que pensamos que el término que la ley debería utilizar es "adopción de embriones".

Otro de los aspectos que menciona la ley es la cobertura en cuanto a la guarda de gametos o tejidos reproductivos, debemos mencionar que consideramos apropiado que se incluya también la guarda y/o criopreservación de los embriones, para todas aquellas personas que por algún problema de salud tengan comprometida su capacidad reproductiva.

2.6. Metodología empleada

En la presente investigación se utilizaron los métodos deductivo e inductivo.

El primer método utilizado es el deductivo ya que con el fin de poder arribar a las soluciones que se plantean respecto del tema de estudio en la presente investigación, se ha realizado un relevamiento y análisis de la doctrina respecto de la materia como así también se ha analizado toda la normativa vigente respecto de los embriones criopreservados. A partir de dicho análisis, en el cual se han tenido en cuenta diversos elementos ya referenciados en el marco teórico, se ha arribado deductivamente a conclusiones parciales.

El segundo método utilizado en el presente trabajo es el inductivo, ya que mediante el análisis de casos jurisprudenciales tanto a nivel nacional como internacional se intentó explicar con mayor exactitud los acontecimientos planteados, permitiendo una mejora óptima a los problemas descriptos.

Vale agregar que ambas metodologías coexistieron en nuestra investigación; permitiendo el avance, la reflexión y las conclusiones esperadas.

2.7. Relevancia de la investigación

El avance de la medicina ha traído grandes cambios sociales y por consiguiente legales en el ámbito de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, permitiendo la formación de nuevos tipos de familias. Pudiendo las personas que presentan infertilidad y/o personas homosexuales y/o personas por sí solas formar una familia. Estos avances tecnológicos nos han traído nuevos desafíos tanto terminológicos, sociales como jurídicos.

Las técnicas de reproducción y fertilización asistida se dividen en tres: técnicas de baja, mediana y alta complejidad. Se denomina de baja complejidad a la "inseminación artificial"; de mediana complejidad a la "transferencia intrafalopiana de gametos"; y a la de alta complejidad a la "fertilización in vitro". Como consecuencia de las técnicas de mediana y alta complejidad encontramos que se fecundan embriones fuera del seno materno y en reiteradas ocasiones no llegan a implantarse en su totalidad por embarazos riesgosos; entonces son crioconservados y utilizados en otras prácticas sin importar su destino.

En consecuencia, los mencionados embriones traen aparejado un gran problema ético ya que se presentan dos grandes inconvenientes: su congelamiento, a nuestro entender, el congelamiento de una potencial persona por nacer; y el futuro destino de estos. Ambos temas traen aparejado un gran debate moral y filosófico donde incurren varias disciplinas que ya hemos mencionado.

Cabe destacar que uno de los mayores inconvenientes éticos y legales que encontramos es el destino de los embriones, por ejemplo, la donación de embriones sobrantes, la fecundación y/o filiación post mortem, el destino de los embriones en caso de divorcio, donación de estos con fines de investigación y el congelamiento eterno de los mismos.

En nuestro país, con la ley N° 26862 de reproducción médicamente asistida del año 2013 juntamente con su decreto reglamentario 956/2013 comenzó a hablar jurídicamente del reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida a pesar de haberse practicado sin regulación. Esta ley trata la cobertura de esos tratamientos incorporándolo al Plan Médico Obligatorio permitiendo que muchas personas puedan acceder a estas técnicas sin necesidad de tener un nivel económico alto, reconociendo una nueva relación filial. Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 558 la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida, sumándola a las ya reconocidas en el Código Civil de Vélez como ser la filiación por naturaleza y la filiación por adopción.

A pesar de que esta ley incorporó a nuestro ordenamiento jurídico una nueva forma de filiación reconociendo nuevos derechos esenciales y fundamentales, como el derecho a formar una familia, dejó de lado aquellas técnicas de reproducción humana asistida homólogas como la donación de gametos y/o embriones, criopreservación de embriones, entre otros.

Debemos mencionar que los avances médicos, científicos y tecnológicos en materia de salud reproductiva como ser: inseminación con donación de gametos, método Fecundación in Vitro con microinyección intracitoplasmática, criopreservación de embriones, entre otros, han posibilitado formar una familia independientemente de la orientación sexual o relación de pareja. Estos tratamientos médicos permitieron la maternidad de mujeres solas como así también de mujeres con edad avanzada, incluso maternidad luego del fallecimiento del cónyuge o conviviente, como la posibilidad de formar una familia personas del mismo sexo. Asimismo, han traído aparejados nuevos desafíos en relación con la inscripción de los nacimientos de los hijos de familias monoparentales y/o de familias homoparentales con donación de gametos.

Por lo tanto, no cabe duda de que la criopreservación de embriones nace de las técnicas de reproducción humana asistida y que traen muchas consecuencias jurídicas que debemos considerar. En especial se debe establecer el carácter de persona humana a los *embriones criopreservados*, es decir, determinar jurídicamente que concepción y fecundación son sinónimos y que sin importar donde se encuentre ese embrión (dentro o fuera del seno materno) deberían para el ordenamiento jurídico ser consideradas personas por nacer. Entonces, partiendo de la premisa de que los embriones humanos

criopreservados son personas por nacer, estos adquieren desde su fecundación ciertos derechos que van a quedar sujetos, algunos, al nacimiento con vida de esa persona. A su vez, se deben determinar cuáles van a ser las soluciones jurídicas que se van a dar cuando nos encontramos ante un caso de divorcio de los progenitores, falta de deseo de implantación de estos en una instancia posterior, fallecimiento de uno de los progenitores, derechos sucesorios sobre los progenitores, entre otros. Por otro lado, se debería establecerse claramente en nuestro ordenamiento la prohibición de la donación de embriones con fines de investigación y que, además, debería impedirse toda práctica médica que afecte la dignidad humana de los *embriones criopreservados*, dignidad de la que gozan desde el mismo instante en que se produce su fecundación.

En resumidas cuentas, el problema que analizamos en la presente investigación necesita obtener una solución a la mayor brevedad posible debido a la gran cantidad de prácticas y a las falencias legales en las cuales estas se encuentran inmersas, cuestiones que serán analizadas en nuestra investigación.

2.8. Contenido de la investigación

Esta tesis cuenta con la presente investigación, siete capítulos y la conclusión.

En la introducción se presenta la justificación del porqué se investiga este tema, cuál es el problema que se encuentra respecto de los *embriones criopreservados*, cómo también cuales fueron los antecedentes fundamentales que sirvieron de apoyo para iniciar la problemática de nuestro trabajo

En el capítulo uno se busca reflexionar sobre la diferente terminología que se utiliza en la materia y si la acepción resulta adecuada para nuestros fines. Además, a través de las distintas definiciones de los términos utilizados en la investigación, se intenta determinar si la terminología utilizada es la correcta y en todo caso establecer una definición jurídica propia con el fin de poder delimitar el problema de esta tesis.

En dicho capítulo se formuló una conclusión parcial de los distintos puntos tratados a lo largo del capítulo entendiendo que cada definición postulada conlleva una arbitraria solución que nos acerca a considerar a los embriones humanos (criopreservados o no) como personas desde el mismo instante en que se produce su concepción o fecundación.

En el capítulo dos se desarrollan los debates actuales que se producen en las distintas disciplinas respecto a los embriones humanos *criopreservados*. Es decir, que se analizan los aspectos bioéticos, filosóficos, religiosos, morales, médicos y/o biológicos. A través de este capítulo, entonces, se busca dejar en evidencia lo controversial que es el tema de investigación no solo en el aspecto jurídico sino también en las distintas áreas del conocimiento.

Este capítulo finaliza con una conclusión parcial desde de las distintas áreas de conocimiento planteadas que enfatiza que embrión humano sea concebido dentro del seno materno o producto de las nuevas técnicas de reproducción médicamente asistida presenta la idiosincrasia de la persona humana.

En el capítulo tres se desarrollan las distintas posturas jurídicas sobre el atributo de la "personalidad" del embrión humano *criopreservado*. Se analizan todos los antecedentes jurídicos en el derecho argentino con relación al tema de investigación, también la legislación jurídica actual respecto de los embriones *criopreservados*. A su vez, se menciona la necesidad de considerar a los embriones humanos *criopreservados* personas por nacer dentro del ordenamiento jurídico actual, estableciendo que es imposible cosificar al embrión humano.

Al finalizar el capítulo se llegó a una conclusión parcial en la que se trató de focalizar en las cuestiones de importancia respecto del tema de la presente investigación,

como ser la calidad de sujeto de derecho de los embriones humanos *criopreservados* y en el reconocimiento de la dignidad humana de estos.

En el capítulo cuatro se analizaron los derechos humanos inherentes a los embriones *criopreservados*, luego de haber establecido que estos son personas por nacer. Se analizaron los derechos humanos inherentes a todos los seres humanos como el derecho a la vida y a la identidad. Estos derechos humanos son indispensables y se relacionan con otros derechos humanos de los cuales los embriones son parte, por ejemplo, el derecho a la vida está enlazado con la dignidad humana de la que gozan todas las personas desde el momento en que se produce su concepción o fecundación. A su vez, el derecho a la identidad está en conexión con el derecho a la identidad de origen y a los derechos filiatorios de los embriones.

En este capítulo se formuló una conclusión parcial de los distintos derechos partiendo de la base del carácter de derecho personalísimo de los derechos analizados, considerando, como mencionamos, que los embriones humanos (implantados en el seno materno o *criopreservados)* gozan del derecho a la vida y del derecho a la identidad. En consecuencia, tendrían que poseer potestad para conocer sus verdaderos orígenes, en especial aquellas personas cuyo vinculo filial se deriva de técnicas de reproducción medicamente asistida.

En el capítulo cinco se analiza la filiación de los embriones humanos *criopreservados* como el derecho de familia más relevante. Es loable destacar que esta nueva fuente filial fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico con el Código Civil y Comercial de la Nación debido al gran avance tecnológico de la ciencia en materia de reproducción artificial. Este nuevo tipo de filiación trae aparejados grandes problemas, dos de ellos son el "consentimiento informado" y "la voluntad procreacional". Estos son dos derechos que tienen los progenitores y que suscriben a la hora de someterse a un tratamiento de fertilización asistida, pero que trae dificultades relacionadas con el derecho a la identidad de las personas nacidas producto de estas técnicas.

Luego de analizar pormenorizadamente todo el tipo filial, se llega a una conclusión parcial del capítulo en donde se establece que independiente si la concepción fue natural o extracorpórea, las personas nacidas revisten las características de persona, poseen el estado familiar de hijos y como tales deberían estar protegidos en sus derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico, es decir, que se debería velar por el derecho a la identidad de todas las personas, y, a su vez, se debería establecer la filiación correspondiente con sus progenitores.

En el capítulo seis se analizan los derechos de familia que son inherentes a los embriones humanos *criopreservados* dentro de los cuales encontramos el derecho a la filiación y/o fecundación post mortem, el derecho a la adopción, en especial a una adopción prenatal y los derechos sucesorios con los que cuentan los embriones por su carácter de sujetos de derechos. En cuanto a los derechos de familia encontramos que la problemática surge cuando se lleva a cabo el procedimiento de fecundación asistida de manera efectiva, logrando el ansiado embarazo y quedan embriones *criopreservados*, convirtiéndose estos en supernumerarios y quedando en un estado de abandono sin que los progenitores los utilicen.

Es por ello, que en la conclusión parcial del capítulo se llega a unas posibles soluciones respecto de estos embriones supranumerarios que se encuentran en estado total de abandono, con el fin de que los mismos puedan desarrollar su vida, vida humana que se encuentra suspendida en el tiempo.

En el capítulo siete, último capítulo de la tesis, se realiza un análisis jurisprudencial en donde se analizan distintos fallos en cuyo caso el objeto son los embriones humanos *criopreservados* ante distintas situaciones. Los primeros casos

jurisprudenciales analizados son los que se dan producto de la protección jurídica del derecho a la vida de estos embriones. En segundo término, se analizan fallos judiciales en donde se menciona el destino de los embriones frente al divorcio y/o la separación personal de sus progenitores. Por último, se analizan los fallos que tratan el destino de los embriones ante el fallecimiento de alguno de sus progenitores.

El capítulo finaliza con una conclusión parcial en la que se tiene en cuenta que todos los embriones humanos son personas humanas, por lo que ante un conflicto de intereses entre la voluntad de los progenitores o incluso la muerte de uno de ellos, se debe salvaguardar siempre el derecho a la vida de los embriones.

Por último, la presente investigación, finaliza con la conclusión a la que se llega a través de las conclusiones parciales obtenidas en los siete capítulos.

2.9. PRINCIPALES TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN E INTERPRETACIÓN EMPLEADAS

Respecto a la recolección de información y datos para la presente investigación, los mismos se obtuvieron a través del acceso a internet, bibliotecas online especializadas, libros de diversos autores importantes, Códigos Civil y Comercial de la Nación comentados, distintas obras de doctrina, acceso a jurisprudencia en relación con el tema de la investigación. En ese sentido, por medio del análisis de las fuentes recolectadas se lograron las conclusiones parciales de los siete capítulos como así también de la conclusión del presente trabajo.

3. CAPÍTULO I: PROBLEMAS CONCEPTUALES

3.1 Definiciones

En este capítulo se pretenden alcanzar los siguientes objetivos:

En primera instancia se buscará determinar si la diferente terminología que se utiliza en la materia resulta ser la correspondiente.

Como segundo objetivo se buscará adoptar una correcta definición de los términos utilizados en esta tesis para poder comprobar si el tratamiento que se les da a los embriones criopreservados en la República Argentina resulta adecuado.

Con el fin de poder lograr estos objetivos se analizarán los términos:

1. Preembrión
2. Embrión
3. Criopreservación de Embriones
4. Embrión criopreservado
5. Cigoto
6. Concepción
7. Implantación
8. Fecundación
9. Inseminación
10. Persona
11. Sujeto de derecho
12. Personalidad jurídica
13. Filiación
14. Adopción
15. Donación

Se analizarán dichos términos partiendo de la definición elemental hasta llegar a determinar una definición jurídica propia con el fin de poder delimitar el problema de esta tesis. Asimismo, se culminará el presente capítulo con conclusiones.

3.1.1 Definición de Preembrión

3.1.1.1 Introducción

Se debe mencionar que el sujeto-objeto de esta investigación es el embrión humano criopreservado, por lo que se deben precisar las aclaraciones pertinentes a sus diferentes estadios.

El término "preembrión" se acuñó a principios de los años noventa con el fin de distinguir a los embriones de menos de catorce días de vida, con aquellos que superaban esa categoría temporal.

Según la Real Academia Nacional de Medicina de España, el preembrión es el "*producto de la fecundación humana, natural o in vitro, en cualquiera de sus fases (cigoto, mórula, blástula), que aún no se ha implantado en el útero, proceso este que es simultáneo con la formación del disco embrionario didérmico a partir del embrioblasto*

y el comienzo del desarrollo histogenético y morfogenético del nuevo ser y con el último período en el que resulta posible la gemelación".[15]

Si bien tradicionalmente, la etapa embrionaria comienza con la creación del cigoto, el término "preembrión" produce un gran rechazo entre los embriólogos, médicos y quienes consideran que la vida humana comienza en el mismo momento de la fecundación, ya sea en el seno materno o in vitro.

Ahora bien, una segunda definición del término "preembrión" podría ser: "*El embrión constituido in vitro formado por el grupo de células resultante de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.*"[16]

Se suscitan innumerables preguntas acerca de este término: ¿Qué es un preembrión?, ¿Quién es un preembrión?, estos interrogantes han traído múltiples debates bioéticos. Los mismos aún no presentan una respuesta uniforme por parte de los científicos y mucho menos por parte de la doctrina.

"*Esta ignorancia es un fenómeno reciente. Porque hasta el advenimiento de la FIVET, cualquier libro de Embriología humana empezaba más o menos de este modo: «El desarrollo de un individuo humano comienza con la fecundación, fenómeno en virtud del cual dos células muy especializadas, el espermatozoo del varón y el oocito de la mujer, se unen y dan origen a un nuevo organismo, el cigoto. Pero hoy, tras la introducción de la fecundación «in vitro», ya no parece que sea así. Parece como si la observación visual directa del fenómeno, siempre sorprendente de la fecundación, produjera efectos opuestos entre los científicos. A unos les provoca una duradera sonrisa de asombro el observar la misteriosa sencillez con que un nuevo hombre es engendrado.*"[17]

Entonces parece que no es solo una cuestión biológica la que se plantea respecto a los preembriones, sino que también se expone una cuestión ética. Puede considerarse que el avance tecnológico de la ciencia médica respecto a las nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida con la fecundación in vitro, han acarreado problemas éticos debido a la gran pérdida de embriones producto de estas. Resulta posible que quienes utilizan esta tecnología frecuentemente, tiendan a considerar al embrión como algo biológico, les favorece afirmar que el cigoto es algo irrelevante, que solamente es un producto molecular carente de valor humano.

Pero debe tenerse en cuenta que a partir de la unión de los gametos estamos en presencia del cigoto, que es un nuevo ser que posee vida propia y comienza a formar parte del desarrollo de un nuevo ser humano.

Comenta sobre el término «pre-embrión» el Dr. Herranz*: "Es una palabra engañosa mediante la que la ética secularista pretende escamotear muchos problemas morales. No fue introducido para designar una realidad biológica, sino para evaporar*

---

[15] Real Academia Nacional de Medicina de España, Diccionario de términos médicos [en línea]. (Fecha de consulta: 14/10/18).

[16] En internet: http://www.definicionlegal.com/definicionde/Preembrion.htm (Fecha de consulta: 14/10/18)

[17] M. Ferrer y L.M. Pastor, Génesis y uso del término <<PRE-EMBRIÓN>> en la literatura científica actual. En internet: http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/600/1335 (Fecha de consulta: 14/10/18)

una realidad moral. La palabra «pre-embrión» es un truco semántico para expropiar al embrión no sólo de su condición humana, sino de su entidad biológica. Este término es un producto típico de la ideología cientifista, una ideología materialista que se caracteriza por ignorar deliberadamente una parte importante de la realidad" (18). Se queda con la apariencia visual del embrión humano joven y renuncia a ver su realidad profunda. Con esa apariencia humilde empezamos cada uno de nosotros nuestra propia existencia. Nadie llega a ser hombre sin empezar por ahí. Si se suprimieran esos 14 días de existencia no humana, nadie llegaría a ser hombre. Entre otras cosas, porque en esos días el embrión humano toma las decisiones biológicas de mayor porte."[18]

Para concluir, se puede afirmar que la cuestión del preembrión resulta clara, este vocablo, aunque oculto al conocimiento y al lenguaje, está interrelacionado con el término embrión humano, ya que ambos son un individuo de la especie humana desde el momento de la unión de los gametos.

3.1.1.2 Derecho Comparado

A continuación, se observarán las definiciones que se le han atribuido al término "preembrión" en el derecho comparado.

En el mismo se observa que el término preembrión es utilizado como sinónimo del término "embrión preimplantacional" referido a técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

"*La palabra es importante, qué duda cabe, y esto lo podemos observar en la cuestión que da título a este apartado. La ESHRE (European Society for Human Reproduction and Embryology) cuenta con una declaración de ética referente al estatus del embrión y adopta el término de embrión preimplantacional por motivos socioculturales más que biológicos. Es decir que la diferenciación entre ambos conceptos realmente es inexistente, y lo que se ha hecho es evitar a un término como el de preembrión que con el paso del tiempo y la polémica suscitada ha acabado adquiriendo mala prensa*."[19]

Por lo expuesto se puede sostener que el término "embrión preimplantatorio" es un eufemismo de preembrión, ya que el primero es meramente descriptivo.

Para la legislación española, con la Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Asistida se considera al término preembrión como sinónimo de embrión preimplantatorio. Asimismo, designa al preembrión como un grupo de células producto de la división progresista desde que el ovulo fue fecundado hasta catorce días después. Dicha ley es modificada por la Ley 45/2003, que a su vez es modificada por la Ley 14/2006, que introduce una importante novedad: "*pues define claramente en su art. 1.2, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación el concepto de preembrión, entendiendo por tal, al embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Vemos, por tanto, que el concepto ha evolucionado, puesto que el preembrión*

[18] M. Ferrer y L.M. Pastor, Génesis y uso del término <<PRE-EMBRIÓN>> en la literatura científica actual. En internet: http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/600/1335 (Fecha de consulta: 14/10/18)

[19] Méndez Sardina, Germán, ¿Embrión preimplantatorio o preembrión?. En internet: http://biojurista.blogspot.com/2010/02/embrion-preimplantatorio-o-preembrion.html (Fecha de consulta: 14/10/18)

se define como embrión. Pero con la característica fundamental de que no se ha formado naturalmente sino a través de las pertinentes técnicas de fertilización "in vitro". En suma, ahora el preembrión es una subclase de embrión, - no algo diferente o distinto-, cual es el generado artificialmente en laboratorio."[20]

Por lo expuesto, se puede afirmar que el término preembrión refiere a una especie del concepto "embrión" puesto que no es algo distinto, sino que presenta otra denominación por ser producto de una técnica de reproducción humana medicamente asistida.

3.1.1.3 Definición postulada

Se entiende por preembrión al cigoto humano en su primera etapa de desarrollo (denominada etapa embrionaria); desde la fecundación, momento de unión del óvulo con el espermatozoide, hasta el inicio de su diferenciación celular.

3.1.2 Definición de Embrión

3.1.2.1 Introducción

Según el Diccionario de la Real Academia Española, el embrión es: "*1. m. Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie…"*[21]

Para el Diccionario médico-biológico, histórico y etimológico de la Universidad de Salamanca, el embrión es: "*m. (Embriol.) Germen o rudimento de un ser vivo, desde que comienza el desarrollo del huevo o de la espora hasta que el organismo adquiere la forma característica de la larva o del individuo adulto y la capacidad para llevar vida libre*."[22]

El concepto de embrión comienza con la fecundación y llega hasta el momento en que el ser humano alcanza características de tipo morfológico. Por lo tanto, resulta relevante el instante de la concepción, cuando se produce la fecundación y unión del gameto masculino con el femenino. Dicha fusión forma un cigoto que combina el ADN de sus progenitores, formando así un nuevo ser humano.

El término embrión distingue, al estadio de desarrollo que marca el paso de una célula única, a un conjunto de células, denominado feto. El proceso de desarrollo embrionario, como lo mencionamos, comienza con la fecundación, ya sea en el interior del útero femenino o fuera de él cuando la fecundación resulta de técnicas de reproducción medicamente asistida. Ahora bien, se proporciona diferente terminología que trae aparejada consecuencias no solo en concepto biológico de embrión sino con el concepto jurídico de nasciturus o concebido y no nacido.

Otra cuestión conflictiva al momento de poder definir acertadamente el término embrión y los términos que estas técnicas traen aparejados, resulta ser la disociación entre fecundación y gestación. Las mismas tradicionalmente eran consideradas idénticas, y

---

[20] Méndez Sardina, Germán, ¿Embrión preimplantatorio o preembrión?. En internet: http://biojurista.blogspot.com/2010/02/embrion-preimplantatorio-o-preembrion.html (Fecha de consulta: 14/10/18)

[21] Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2018. En internet: http://dle.rae.es/?id=Egh7Nnc (Fecha de consulta: 13/10/18)

[22] Universidad de Salamanca, Diccionario médico-bilógico, histórico, etimológico, Ediciones Universidad Salamanca, En internet: https://dicciomed.usal.es/palabra/embrion (Fecha de consulta: 14/10/18)

como consecuencia de estas nuevas técnicas fueron disociadas, cuestión que ha influido de forma decisiva en la conceptualización jurídica.

Pero no solo debe cuestionarse la definición del término embrión sino también su status jurídico que muchas veces presta confusión sobre su misma naturaleza, trayendo aparejado una serie de interrogantes acerca de si es preciso o no clasificarlo para así poder protegerlo.

Cuando hablamos de embrión jurídicamente, nos referimos a él como sujeto de derechos, es decir como titular de un derecho subjetivo al ser apto para la posesión de derechos. Ahora bien, se presentan debates respecto de si el embrión humano es o no sujeto de derechos cuando hay que atribuirle al mismo capacidad jurídica, derechos y obligaciones, y adquisición de derechos personalísimos, entre otros. Las principales discusiones doctrinales que se han debatido respecto de la titularidad o no de derechos subjetivos en el embrión no han variado.

"*Una primera teoría, partiendo de los presupuestos proporcionados por la Medicina, sostiene que la concepción —y no el nacimiento— determina la atribución de capacidad jurídica y que, por tanto, el embrión es, desde ese momento, titular de derechos subjetivos, especialmente de los denominados derechos fundamentales.*

No obstante, los partidarios de esta tesis difieren a la hora de señalar el momento preciso a partir del cual debe entenderse que existe concepción y, en consecuencia, atribuirse la capacidad jurídica al embrión. Unos consideran que es el preciso instante de la fecundación (sea ésta natural o in vitro), mientras que otros retrasan ese momento hasta la anidación estable en el útero, lo que implicaría excluir al embrión fecundado in vitro y no implantado de la titularidad de derechos."[23]

Para concluir, se puede afirmar que se debe entender al término "embrión" como aquel ser vivo, sujeto de derecho desde el mismo instante de la concepción.

3.1.2.2 Derecho Comparado

El Louisiana Statute on IVF & ET, aprobado el 14 de julio de 1986, se refiere expresamente al embrión humano fecundado in vitro y no implantado como sujeto de derechos. Con esta norma, resulta claro el intento de garantizar la protección de los derechos del embrión y asegurar su conservación hasta el nacimiento. De esta forma, puede deducirse que se prohíbe la venta de embriones como así también la destrucción voluntaria del mismo y también la mención de derecho de propiedad o posesión sobre el mismo. A pesar de ello, se suprime la titularidad de derechos hereditarios al embrión hasta el momento de su nacimiento u otro momento posterior de conformidad con la ley.

El Código Civil peruano de 1984 menciona que «*la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo*».[24]

---

[23] Romeo Casabona, Carlos María, Enciclopedia de Bioderecho y bioética. Artículo: "Embrión (jurídico)", autor: Pedro J. Femería López. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/258 (Fecha de consulta: 14/10/18)

[24] Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, Décimo Cuarta Edición Oficial, Perú. En internet: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf (Fecha de consulta: 14/10/18)

Este Código Civil a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina diferencia al concebido del nacido; para el ordenamiento jurídico peruano, entonces, se es poseedor de vida humana desde el momento de la concepción y también sujeto de derecho, por lo que el embrión es sujeto de derecho, no así persona.

No obstante, dentro del ordenamiento jurídico peruano, una gran parte de la doctrina niega a los embriones la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones. Para estos doctrinarios, atribuirle a los mismos personalidad jurídica desde momento de la fecundación sería contrario al concepto jurídico de persona, ya que este último se encuentra sustentado en el nacimiento. Entonces, jurídicamente no se puede considerar persona al embrión.

Ahora bien, la mayoría de los Código Civiles Europeos siguen esta concepción doctrinaria, donde el nacimiento determina la personalidad. Pero, esto no implica que no se les confiera la dignidad humana y el principio de primacía del ser humano.

En esta línea encontramos, por ejemplo, la *Embryonenschutzgesetz* alemana del 13 de diciembre de 1990, donde se garantiza la protección del embrión en relación con la importación y la utilización de células troncales embrionarias de origen humano. Asimismo, con su reforma del año 2002, también se prohíbe la importación y la utilización de embriones; y se evita la fecundación de estos con el fin de obtener de los mismos células troncales embrionarias; y, por último, fija los requisitos bajo los cuales se permitirá, únicamente en forma excepcional, la importación y la utilización de embriones con fines de investigación.

Del mismo modo, la Ley italiana del 19 de febrero de 2004, prohíbe la criopreservación y eliminación de embriones, y a su vez, solo permite la creación de embriones solamente hasta el número necesario para llevar a cabo la implantación, poniendo como tope máximo la cantidad de tres.

3.1.2.3 Definición postulada

Se entiende por "embrión" a un ser vivo, producto de la fusión de gametos femenino y masculino que originan la fecundación y forman un cigoto que contiene el ADN de los progenitores. Esto implica que resulta un ser humano distinto a sus progenitores, y merece ser considerado sujeto de derecho por poseer todos los derechos correspondientes, independientemente de si se encuentra dentro o fuera del seno materno.

3.1.3 Definición de Criopreservación de Embriones

3.1.3.1 Introducción

La "criopreservación de embriones" también denominada "crioconservación" y "crioprotección" es la "*conservación fuera del cuerpo de la viabilidad de células, tejidos, órganos o embriones mediante el efecto de temperaturas muy bajas, generalmente por inmersión del citado material en nitrógeno líquido a –196 °C*".[25]

La *criopreservación* es una técnica que permite no solo preservar embriones ya fecundados, sino también conservar material biológico, células o gametos para poder ser utilizados con posterioridad.

[25] Real Academia Nacional de Medicina de España, Diccionario de términos médicos [en línea]. (Fecha de consulta: 14/10/18).

"*La congelación embrionaria tiene por objeto conservar los embriones sobrantes de un tratamiento de reproducción asistida tras la transferencia embrionaria, o bien todos los embriones obtenidos en el laboratorio en caso de que dicha transferencia no se pueda llevar a cabo. Estos embriones se conservan y almacenan congelados en tanques adecuados que contienen nitrógeno líquido (-196 ºC). Su descongelación posterior permite la transferencia en un momento distinto del ciclo en el que se produjeron los embriones.*"[26]

3.1.3.2 Derecho Comparado

En cuanto a la *criopreservación* de embriones hay legislaciones que la prohíben y que solo autorizan la extracción y fecundación de los óvulos necesarios para su implantación en el seno materno. Dentro de estas legislaciones prohibitivas encontramos las de Alemania, que incluso pena a quien fecunde más de tres óvulos por ciclo menstrual de la mujer, estableciendo como máximo la implantación de tres embriones.

Estas legislaciones que prohíben la criopreservación lo fundamentan de la siguiente manera:

"*a) Los sufrimientos físicos que implica someter a la mujer a sucesivas estimulaciones ováricas para obtener cada vez sólo dos o a lo sumo tres óvulos.*

b) La baja posibilidad de obtener un embarazo en función de los porcentajes (transfiriendo dos o tres embriones habría un treinta porciento de posibilidades de lograr un embarazo a término).

c) El incremento en costos, pues cada vez se debe repetir todo el proceso."[27]

Ahora bien, aquellos países que sí aceptan la criopreservación de embriones también regulan las condiciones y duración de su conservación, como también los destinos de los mismos. En cuanto a los destinos encontramos los siguientes:

"*a) conservación para la implantación en la misma mujer de la que provienen los óvulos para un embarazo posterior;*

b) donación a otra pareja;

c) donación para investigación;

d) destrucción"[28]

Algunas legislaciones, como la francesa, inglesa, española; permiten la criopreservación como también confieren opciones respecto al destino de esos embriones criopreservados como así también su destrucción.

---

[26] Congelación embrionaria. En internet: http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/congelacionEmbrionaria.pdf (Fecha de consulta: 14/10/18)

[27] De Rempel, Noemi G. La protección jurídica del embrión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2016, pág. 227

[28] De Rempel, Noemi G. La protección jurídica del embrión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2016, pág. 227

3.1.3.3 Definición postulada

La *criopreservación* es un proceso que se utiliza para conservar congelados uno o más embriones con el propósito de utilizarlos en el futuro. La misma está interrelacionada con las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, en especial con la fertilización in vitro. También, se puede entender a la *criopreservación* de embriones como un tipo de preservación de la fecundidad.

3.1.4 Definición de Embrión Criopreservado

3.1.4.1 Introducción

Luego de haber analizado la definición de "embrión" y de "criopreservación de embriones" se debe precisar que los embriones criopreservados son aquellos que fueron originados mediante técnicas de reproducción medicamente asistida y que permanecen criopreservados para su futura utilización.

Estos mismos, al igual que los embriones originados de manera natural son seres vivos, que permanecen congelados, pero que son un ser humano individual, sujeto de todos los derechos inherentes a las personas.

"*Es claro que el embrión es tan viejo como el hombre mismo, lo nuevo es la forma en la que puede ser concebido desde que es posible 'fabricarlo' por fuera del cuerpo materno, siendo también novedosos los destinos que se le puede otorgar, diferentes del convencional de dar vida a un nuevo ser. Mientras que el embrión solo podía formarse en el seno materno por obra de la naturaleza, todo debate se centraba, exclusivamente, en la posibilidad de su destrucción y los conflictos sobre todo morales que acarreaba. Fuera de estos casos estaba destinado a nacer. La posibilidad de creación fuera del útero hizo nacer simultáneamente la posibilidad de otros destinos dando lugar a un espectro inmenso de acciones posibles que generaron las correlativas responsabilidades. Hasta las técnicas de reproducción humana asistida todo lo que acontecía al embrión era producto de la naturaleza. Hoy depende de las acciones humanas ejercidas sobre él, lo que abre un nuevo capítulo en el derecho que debe ocuparse de regular los derechos y obligaciones, así como las responsabilidades emergentes de las acciones humanas. Así, las respuestas que aparecieron inicialmente para el embrión in vitro se universalizaron para el embrión en general, revelando la necesidad de puntualizar qué o quién es y especificar qué régimen jurídico se le debe aplicar*"[29]

Se puede aseverar que los embriones criopreservados tienen vida humana por cuanto cuentan con todas las características que se le atribuyen a los seres vivos.

3.1.4.2 Derecho Comparado

No se encuentra en el Derecho Comparado una definición unánime de "embrión criopreservado", muy por el contrario, en algunos países del continente Europeo como ser Alemania, Austria, España, Reino Unido y Suiza, se han propuesto distintas definiciones, pero ninguna en común. Además, han intentado darle un encuadre jurídico a los embriones, pero no lo han logrado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Artavia Murillo y otros (fertilización *in vitro*) c. Costa Rica", señalo dos momentos diferentes en el desarrollo embrionario, por un lado, la fecundación y por otro lado la implantación.

[29] De Rempel, Noemi G. La protección jurídica del embrión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2016, págs 139,140

Estimando dicha Corte, el embrión humano criopreservado solo puede ser considerado persona desde el momento de su implantación en el seno materno. Muchos países americanos han tomado de base el fallo, pero no es así el caso de nuestro país, que muy por el contrario en su reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 se limitó a decir que se es persona desde el momento de la concepción, es decir desde el momento de la fecundación.

3.1.4.3 Definición postulada

Se entiende por "embrión crioconservado" a un ser vivo, producto de la fusión de gametos femenino y masculino que se origina con la fecundación y forman un cigoto que contiene el ADN de los progenitores. Esto implica que resulta un ser humano distinto a sus progenitores, y merece ser considerado sujeto de derecho por poseer todos los derechos correspondientes, independientemente de que se encuentre dentro o fuera del seno materno.

3.1.5 Definición de Cigoto

3.1.5.1 Introducción

El "cigoto" también escrito zigoto o a su vez denominado "cigota" o "zigota" es la "*célula diploide que resulta de la fusión de los gametos masculino y femenino*"[30]

Cuando hablamos de vida humana decimos que la misma comienza con la unión de los gametos, es decir la fusión del espermatozoide con el óvulo; de dicha unión nace una nueva célula con ADN propio denominada cigoto, es loable destacar que eso se da en el momento de la *singamia*, es decir en el momento que se produce la unión de los gametos y, por consiguiente, la formación del cigoto.

Asimismo, hay distintas teorías acerca del comienzo de la vida humana:

3.1.5.1.1 Teoría de la Fecundación

La teoría de la fecundación es también conocida como la teoría de la penetración del espermatozoide en el óvulo. Esta postura afirma que el ovulo fecundado (también llamado ovocito) da lugar a una nueva célula. Los seguidores de esta corriente afirman que nos encontramos ante una persona.

"El proceso de fecundación se divide en las siguientes etapas: "i) ***penetración de la corona radiante*** *(una vez que toma contacto con la corona radiante, cada espermatozoide trata de alcanzar la membrana pelúcida avanzando entre las células foliculares […]); ii)* ***reconocimiento y adhesión*** *(a continuación, los espermatozoides y la membrana pelúcida se adhieren firmemente entre sí […]); iii)* ***reacción acrosómica*** *([…] se desencadena cuando el espermatozoide se pone en contacto con la membrana pelúcida. Ello hace aparecer múltiples áreas de fusión entre la membrana plasmática del espermatozoide y la membrana externa del acrosoma […], debido a que este proceso lleva a la desaparición de ambas membranas, […], la reacción acrosómica hace posible el desprendimiento de la corona radiante, el avance del espermatozoide a través de la membrana pelúcida y la fusión de las membranas plasmáticas de ambos gametos); iv)* ***denudación*** *([…] consiste en el desprendimiento de la corona radiante, cuyas células*

[30] Real Academia Nacional de Medicina de España, Diccionario de términos médicos [en línea]. (Fecha de consulta: 14/10/18).

foliculares se separan y se dispersan por la acción de la hialuronidasa que sale de los acrosomas, ya que esta enzima hidroliza al ácido hialurónico que las mantiene unidas); v) ***penetración de la membrana pelúcida*** *([…] la membrana acrosómica interna queda expuesta en la superficie. […] crea las condiciones para que el espermatozoide pueda atravesar la membrana pelúcida en busca de la membrana plasmática del ovocito […]); vi)* ***fusión*** *([…] sólo uno de los espermatozoides que atraviesan la membrana pelúcida establece íntimo contacto con la membrana plasmática del ovocito. […], las membranas en contacto se fusionan y entre los citoplasmas de ambos gametos se establece la continuidad que permite la entrada del contenido del espermatozoide en el interior del ovocito. […] establecida la continuidad entre ambos citoplasmas, ingresa en el ovocito […] la parte anterior de la cabeza del espermatozoide, […]. La fusión de las membranas plasmáticas de los gametos depende de ciertas proteínas fusógenas presentes en ambas bicapas lipídicas. Se descubrieron varas de estas proteínas en la membrana plasmática del espermatozoide. […]); vii)* ***bloqueo de la polispermia*** *([…] Con el fin de neutralizar la entrada de nuevos espermatozoides y evitar la polispermia, apenas se fusionan las membranas plasmáticas de ambos gametos […[se produce […] la reacción cortical […], lo cual altera la estructura molecular de la membrana pelúcida y provoca la inmovilización y expulsión de los espermatozoides atrapados en ella. Otro impedimento para la polispermia reside en la membrana plasmática del cigoto, que pierde la capacidad de fusionarse con otros espermatozoides que se le acercan. […]); viii)* ***reasunción de la segunda división meiótica por parte del ovocito*** *(mientras ocurre el bloqueo de la polispermia, el ovocito reanuda la segunda división meiótica, la cual genera dos células haploides […]); ix)* ***formación de los pronúcleos masculino y femenino*** *(en el cigoto, los núcleos haploides del espermatozoide y del óvulo se llaman pronúcleo masculino y pronúcleo femenino, […] se dirigen hacia la región central del cigoto, donde se desenrollan los cromosomas y se replica el ADN); x)* ***singamia y anfimixis*** *(los pronúcleos se colocan uno muy cerca del otro en el centro del cigoto y pierden sus cariotecas – singamia. Mientras tanto los cromosomas duplicados vuelven a condensarse y se ubican en la zona ecuatorial de la célula, como en una metafase mitótica común – anfimixis. […] La anfimixis representa el fin de la fecundación. Con ella comienza la primera división mitótica de la segmentación del cigoto).”*[31]

De lo expuesto surge claramente que el ser humano se manifiesta a partir de la *singamia*, es decir de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino. Pues bien, aquellos que adoptan esta teoría, manifiestan que al momento de la fecundación hay una persona ‘en acto’, y que por lo tanto puede convertirse en persona, a pesar de que aún no lo sea.

3.1.5.1.2 Teoría de la Singamia

La teoría de la singamia es también conocida como la teoría de la unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide. Con la unión de los gametos se forma un nuevo ser, es decir un nuevo individuo, un ente singular con existencia propia, distinto de la especie.

Asimismo, la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires ha afirmado que *“la unión del pronúcleo femenino y masculino dan lugar a un nuevo ser con su individualidad cromosómica y con la carga genética de sus progenitores. Si no se interrumpe su evolución, llegará al nacimiento.”[31] Consecuentemente, puede llegarse*

[31] Blasi, Gastón Federico, Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico. En internet: http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm (Fecha de consulta: 15/10/18)

a la siguiente conclusión: con la penetración del ovocito por el espermatozoide – fecundación – simplemente estamos en presencia de la unión, pero no la fusión, de los gametos masculino y femenino, dando lugar al ovocito pronucleado – "dos pronúcleos, uno aportado por el gameto femenino y otro por la masculina"[32] – el cual no es una ser independiente con un ADN individual, sino que ello se consigue recién con la fusión de los previamente mencionados pronúcleos – singamia – momento en el cual surge el cigoto – la célula más especializada – restableciéndose así "el número diploide de cromosomas […] se forma una célula completa, […] se redistribuye el material citoplasmático […], se determina el sexo cromosómico […] por el aporte del espermatozoide – que puede ser X o Y – condiciona la fórmula cromosómica sexual del cigoto. […] Se inician las divisiones mitóticas […] y desencadena las primeras divisiones de la segmentación."[33] Ergo, puede sostenerse que a partir de este momento estamos en presencia de vida humana, de la existencia de un ser humano".[32]

Cuando el espermatozoide penetra el óvulo, se produce la fusión de los pronúcleos de las células, es decir se produce la singamia, originándose, como consecuencia de esa fusión, el cigoto, que es una nueva célula con identidad genética única, por lo que en ese mismo momento nos encontramos con el inicio de un nuevo ser humano.

"*Para una corriente, la concepción coincide con la formación del cigoto, pues – afirma- allí queda consolidado el código genético, distinto de los aportados por los gametos que le dieron origen. Por lo tanto, cualquiera de las etapas por las que transite el proceso de formación del embrión no dejaría de reconocer el estadio precedente, un antes relevante, tan pronto como se razone que el embrión jamás podría llegar a ser humano, si no lo era ya en la etapa anterior. De manera que aun cuando el embrión necesite de otro ser para vivir, y no sea viable por sus propias fuerzas, ostenta per se una potencialidad biológica global y sólo necesita para complementar su desarrollo estar implando en un medio natural: el útero materno. Juan Rostard, premio Nobel de biología, afirma que todo lo que el hombre llegará a ser está ya embrionariamente en aquel punto de partida (fecundación) porque así lo tiene ordenado su propio código genético.*

Sobre esa base, el profesor de La Sorbonne Jèrome Lejeune, efectuó la defensa de la personalidad del embrión en el conocido precedente "Junior Lewis Davis vs. Mary Sue Davis", cuyas conclusiones sobre el valor ético atribuido al fruto de la concepción, fueron descalificados por la Corte de Tennessee, por considerarlas imbuidas de la moral católica. La importancia de este pronunciamiento no se reduce sólo a la solución final que impartió al caso, sino a que reconoció la importancia de los hombres de derecho para expedirse sobre el punto crucial de cuándo comienza la vida humana. Afirmó ese Tribunal que frente a la falta de consenso científico acerca de cuándo comienza la vida, concluyó que no debe permitirse a los tribunales especular acerca de cuándo ese hecho se produce."[33]

Es decir, que en el momento en que se produce la singamia se crea el cigoto el que se entiende como un ser humano que comienza su vida a partir del momento de la concepción.

---

[32] Blasi, Gastón Federico, Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico. En internet: http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm (Fecha de consulta: 15/10/18)

[33] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.81

3.1.5.1.3 Teoría de la Implantación

La teoría de la implantación es también denominada teoría de la *Anidación* o *Nidación*. Para esta teoría el comienzo de la vida humana se asimila al momento en que el embrión se implanta en el seno materno.

Los fundamentos de quienes sostienen esta teoría son los siguientes*: "recién con la implantación en el útero comienza a existir el embrión – misma mención que ut supra al respecto – en relación la madre; tiene inicio la gestación y recién en ese momento se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. La concepción, […], viene a coincidir con el momento final de la operación técnica procreativa, o sea con la implantación del embrión, […], en el útero, instante en el cual comienza la gravidez o el embarazo."[36] Ergo, esta corriente afirma que "con la anidación se define tanto la unicidad – calidad de ser único – como la unidad – ser uno solo – del embrión – misma mención que ut supra al respecto -, ya que hasta ese momento pueden ocurrir naturalmente dos procesos: por un lado la fisión gemelar que hace que de un embrión se generen dos, y la fusión – procedimiento inverso – por el cual dos embriones se unen generando un único y nuevo embrión. […] al menos cincuenta por ciento de los embriones formados naturalmente no se implantan*."[34]

Los seguidores de esta teoría afirman que existe vida humana una vez que los embriones son implantados en el seno materno, pero, de esta forma, están dejando desprotegidos a los cigotos, que como dijimos anteriormente, son seres humanos propios, independiente de sus progenitores. Por lo que se concluye que no debe posponerse el comienzo de la vida humana al momento de la implantación ya que desde el instante en que se produjo la singamia hay vida y por consiguiente se debe proteger ética, moral y jurídicamente a la misma.

3.1.5.1.4 Teoría de la anidación

Otra de las teorías que encontramos, es la llamada teoría de la anidación que se da cuando se utiliza el término preembrión para denominar al blastocito antes de la implantación en el seno materno.

"*Hasta ese momento –sostienen- aunque el cigoto es genéticamente único, su desarrollo continúa siendo controlado por el programa genético de su madre, y hasta ese momento puede formar gemelos monocigóticos. Por lo tanto, durante el período previo, carece de unicidad y unidad, esto es, de las propiedades de ser único. Se afirma, entonces, que hasta tanto no haya pasado la oportunidad de tal segmentación no estaremos en condiciones de reconocer al ser en formación. A partir de este razonamiento se acude a la clásica noción de Boecio, según la cual "la persona es la sustancia individual de naturaleza racional", definición que alude al "individuo" y a la individualización, y se dice que hasta tanto esta última se produzca, no existiría un ser individual y personal. Según esta corriente, existe una amplia experiencia que demuestra que estas dos propiedades fundamentales no están definitivamente establecidas en el nuevo ser en desarrollo antes de que termine la anidación, entendiendo que ésta representa un hito embriológico importante en relación con la individualización del nuevo ser*."[35]

---

[34] Blasi, Gastón Federico, Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico. En internet: http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm (Fecha de consulta: 15/10/18)

[35] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.81

Esta teoría trae grandes interrogantes y cuestionamientos cuando nos encontramos en presencia de embriones creados mediante técnicas de reproducción medicamente asistida ya que los doctrinarios que siguen esta teoría mencionan que habría concepción en el momento en que se produjera la implantación del embrión en el seno materno. Entendemos, que aquellos que sigan esta teoría permitirían que los embriones sean utilizados con fines de investigación, ya que los considerarían personas una vez que se encuentren anidados en el seno materno y no con anterioridad a ese momento.

"*La teoría reseñada precedentemente ha sido contestada con diversos fundamentos. Se ha entendido que el concepto de "individuo" no es sinónimo de "indivisible". Así, se afirma que toda entidad biológica es un individuo, una entidad integrada de estructuras y funciones complejas. La individualidad biológica remite a una idea de organización que resulta de la unidad y de la especificidad de su cuerpo. En filosofía, en cambio, el término "individuo" significa que existe en sí mismo un ente singular. El concepto no es opuesto al de "ser indivisible" sino al "ser universal". Por lo tanto, ser un individuo es la misma cosa que "ser". Y en ese contexto, el embrión en tanto responde a la idea de ser organizado, con existencia propia y autonomía intrínseca, que puede continuar el plan establecido, se adecua a la noción de individuo y de una especie precisa: la humana.*"[36]

Creemos que esta teoría es contraria al derecho a la vida y a la dignidad de las personas y tal como hemos mencionado anteriormente los embriones desde el mismo instante en que se produce la concepción, sin importar si la misma se realizó de manera natural o artificial, son seres humanos y desde ese momento se les debe resguardar el derecho a la vida, por lo tanto no se podrían utilizar los embriones para fines de investigación.

3.1.5.1.5 Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central

La teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central es también conocida como la teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural, es decir que se va a considerar persona a aquel embrión cuya evolución se encuentre recién en el decimoquinto día donde aparece lo que será la corteza cerebral.

Esta corriente afirma*: "el comienzo de la vida humana entre el decimoquinto y el cuadragésimo día posterior a la concepción en que se inicia la formación del sistema nervioso central lo que, […], constituye la verdadera instancia diferenciadora. […] el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo – muerte cerebral – se puede afirmar que no se puede reconocer la calidad de persona a una entidad que no posee ni los rudimentos cerebrales y de la cual es imposible afirmar con certeza que los poseerá."[40] El Dr. Meter Singer arguye que "de la misma manera que consideramos la muerte cerebral como el fin de la vida humana, deberíamos también considerar el nacimiento del cerebro como el principio de la vida humana*."[37]

Sin embargo, esta teoría contradice nuestro ordenamiento jurídico ya que el mismo dice que se es persona, y por consiguiente hay vida humana, a partir de la concepción.

---

[36] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.84-85

[37] Blasi, Gastón Federico, Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico. En internet: http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm (Fecha de consulta: 15/10/18)

"*Otra opinión, para establecer el comienzo de la existencia de la persona humana, predica una suerte de analogía con el proceso de la muerte, tomando como pauta la actividad eléctrica. Y así como el cese de toda corriente cerebral se identifica con la muerte, esto es, con el fin de una persona, la aparición de ésta evidencia el principio. Es en el momento en que aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, es decir, con la formación de la llamada línea primitiva o surco neural estaríamos frente a un ser viviente que, más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana.*"[38]

Asimismo, se ha mencionado anteriormente que el cigoto, es decir esta nueva célula independiente de aquellas que le transmitieron la vida, tiene identidad propia y por consiguiente goza de la capacidad para regular su propio desarrollo.

Respecto al cigoto, las teorías tradicionales sostienen que el mismo resulta ser la instancia de inicio de la vida humana.

3.1.5.2 Definición postulada

El cigoto es la célula resultante de la fecundación, ya sea producto de la reproducción sexual o producto de las técnicas de reproducción medicamente asistida, fruto de la fusión de un gameto masculino con uno femenino. Esta nueva célula presenta identidad genética única, por lo que resulta ser el inicio de un nuevo ser humano.

3.1.6 Definición de Concepción

3.1.6.1 Introducción

Según la Real Academia Española, se entiende por "concepción" a la *"Acción y efecto de concebir…*"[39], es decir que la misma refiere al momento en que el espermatozoide fecunda el óvulo y como consecuencia forma un cigoto.

"*La concepción es un hecho biológico, por el cual se forma un nuevo ser en el seno materno. Es decir, determina el momento inicial de la vida humana y jurídicamente importa el reconocimiento de la personalidad jurídica del nuevo ser*."[40]

Jurídicamente hablando, la concepción es la "*Acción y efecto de concebir, de quedar preñada la hembra. Jurídicamente tiene importancia porque sirve para determinar la condición de legítimos o de extramatrimoniales de los hijos, y porque, desde el momento de la concepción, el hijo concebido es sujeto de determinados derechos, especialmente de orden sucesorio."*[41]

Anteriormente, se ha hecho mención a que la concepción se produce en el momento en que se fusionan los gametos y dan origen a un potencial ser humano denominado cigoto. Para nuestro ordenamiento jurídico, conforme al artículo 19, la existencia de la persona humana comienza con la concepción, por lo tanto los embriones humanos estén o no criopreservados resultan ser persona humana. Se debe recordar que

---

[38] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.85

[39] Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2018. En internet: http://dle.rae.es/?id=A78eKQc (Fecha de consulta: 13/10/18)

[40] Antinori, Néstor Eduardo. Conceptos básicos del derecho - 1a ed. - Mendoza: Universidad del Aconcagua, 2006, pág. 47.

[41] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008, pág. 196

en nuestras normas, antes de la reforma, se hablaba de que se era persona desde el momento de la concepción en el seno materno, pero está claro que al momento de la creación del Código Civil, era impensada otra forma de concebir que no sea la de forma natural. Con el avance de la ciencia, en especial la ciencia médica, y la incorporación de nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida, se entiende por concepción al momento de fusión de los gametos sin importar si la concepción se produjo dentro o fuera del seno materno.

Desde el punto de vista jurídico, no resulta aceptable diferenciar entre preembriones y embriones, si se asimila el comienzo de la vida humana con la noción de persona. Es decir que "*al ser humano en desarrollo desde su etapa embrionaria le corresponden todas las protecciones y derechos que hacen a su dignidad como tal…"*[42]

Conforme a nuestra postura, se deben interpretar las distintas normas de carácter internacional a las que adhirió la República Argentina conforme el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que consideran a la persona a partir de la concepción del ser humano, se produzca dentro o fuera del seno materno.

Sin embargo, no resulta factible conocer con precisión cuándo se produce exactamente la concepción. Debido a ello, el Código Civil y Comercial de la Nación establece un plazo máximo y mínimo de duración del embarazo establecido desde el momento de la concepción. La misma no puede ser determinada con exactitud en el seno materno; pero sí cuando es producto de técnicas de reproducción humana asistida. Por otro lado, desde el mismo instante de la concepción se adquieren derechos y obligaciones que van a quedar condicionados al nacimiento con vida.

Nuestro ordenamiento jurídico señala que desde el momento de la concepción comienza la existencia de la "persona humana", sin diferenciar que se entiende por concepción cuando nos referimos a aquellas personas humanas producto de técnicas de reproducción humana asistida. Por otra parte, el mismo ordenamiento establece que una ley especial será la encargada de regular la protección del embrión humano criopreservado.

3.1.6.2 Definición Postulada

Se entiende por "concepción" el hecho biológico que se produce por la unión de los gametos femenino y masculino, por el cual se da origen a un nuevo ser, produciendo el momento inicial de la vida humana.

3.1.7 Definición de Implantación

3.1.7.1 Introducción

Según la Real Academia Nacional de Medicina de España la "implantación" es la "*Fijación del blastocisto a la pared del útero materno, que en el ser humano tiene lugar entre los días 6 y 10 después de la ovulación*."[43]

---

[42] Zago, Jorge A. y Cobas, Manuel O, Comienzo de la existencia de la persona humana. Ponencia (presentada en la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas de Derecho Civil. En internet: http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Cobas.htm (Fecha de consulta: 15/10/18)

[43] Real Academia Nacional de Medicina de España, Diccionario de términos médicos [en línea]. (Fecha de consulta: 14/10/18).

Se da la implantación del embrión cuando este se adhiere al *endometrio*[44], esto sucede al transferirse los embriones criopreservados marcando así el desarrollo embrionario intrauterino y de hecho originando el embarazo dentro del seno materno.

"*La implantación es un proceso complejo a través del cual el embrión se aproxima y se adhiere al endometrio al que finalmente lo invade; esto ocurre por lo general en el tercio superior de la pared posterior del útero. Para que este proceso se lleve a cabo de manera correcta se requieren tres condiciones indispensables: que el endometrio esté receptivo, un embrión normal en fase de blastocisto y una comunicación molecular adecuada entre ambas estructuras.*

Las condiciones receptivas endometriales se alcanzan de 6 a 7 días después de la ovulación cuando el endometrio está en su fase de secreción máxima, debido al estímulo de la progesterona. En esta etapa comienza la implantación con la expresión de citocinas y moléculas de adhesión, a esta fase inicial se le conoce como ventana de implantación. La implantación se realiza en tres etapas: aposición, adhesión e invasión."[45]

Ahora bien, la implantación tiene tres etapas distintas que son: la "aposición" que es se da cuando el embrión se posiciona en el tejido endometrial y permanece inmóvil en la posición adquirida. En segunda instancia se produce la "adhesión", cuando el *blastocisto* queda adherido al epitelio endometrial, este proceso puede durar unos pocos minutos u horas y, por último, tenemos la etapa denominada "invasión" que es cuando el embrión rompe la membrana basal y penetra en los vasos sanguíneos maternos.

Cuando hablamos de "implantación" dentro de los procesos de reproducción humana medicamente asistida, en especial cuando estamos en presencia de la fecundación in vitro, nos referimos a uno de los momentos más delicados y cruciales para lograr un embarazo deseado.

3.1.7.2 Definición postulada

La implantación de los embriones criopreservados es el proceso mediante el cual el embrión se adhiere al endometrio, momento en el que se comienza a formar la placenta permitiendo así la nutrición, el sustento y la protección del niño por nacer durante la gestación.

3.1.8 Definición de Fecundación

3.1.8.1 Introducción

Según la Real Academia Nacional de Medicina de España la "fecundación" es la "*fusión de los gametos masculino y femenino para constituir una célula única, denominada huevo fecundado o cigoto, que se desarrolla hasta formar un nuevo individuo. En el ser humano tiene lugar generalmente en el tercio externo de la trompa uterina, dura varias horas y consta de tres fases: penetración del espermatozoide, activación del ovocito y anfimixia o copulación de los pronúcleos*."[46]

---

[44] *"Membrana mucosa que forma la capa interna de la pared uterina..."*. En internet: https://www.radiologyinfo.org/sp/glossary/glossary1.cfm?gid=574 (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[45] López Serna, Norberto, Biología del desarrollo. Cuaderno de Trabajo, Capítulo 9: Implantación. En internet: https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=1476&sectionid=95223649 (Fecha de consulta: 21/10/18).

[46] Real Academia Nacional de Medicina de España, Diccionario de términos médicos [en línea]. (Fecha de consulta: 14/10/18).

La fecundación humana es la fusión del gameto masculino (espermatozoide) con el femenino (óvulo), originando esta unión una nueva célula humana denominada cigoto.

En la especie humana, la fecundación puede ser interna, es decir, cuando se produce en el interior del cuerpo de la mujer, denominada fecundación natural o concepción; o puede realizarse en un laboratorio a través de técnicas de reproducción asistida, proceso conocido como fecundación in vitro.

""Fecundación" y "concepción" son dos términos que generan debates acerca de su real alcance."[47]

Según las definiciones de la RAE, podemos afirmar que *"fecundar" es el acto en el cual una célula reproductora masculina se une a la femenina para dar origen a un nuevo ser, mientras que "concebir" indica "empezar a tener un hijo en el útero", indicando que son dos momentos sucesivos, siendo el segundo sinónimo de implantación o anidación.*

Sin embargo, como señala Sabrina Berger *otras posiciones entienden que ambos tanto la "fecundación" como la "concepción" son sinónimos de singamia, y que posteriormente acontece la anidación. Incluso algunos autores sostienen que "fecundación" y "concepción" son las dos caras del mismo fenómeno, reservándose el término "fecundación" a la participación activa masculina y "concepción" a la parte pasiva femenina."*[48]

Si bien la doctrina se encuentra dividida acerca de si los términos "fecundación" y "concepción" resultan sinónimos. Nuestra postura sostiene que lo son, ya que ambos refieren a la unión de los gametos femenino y masculino y que como consecuencia de dicha unión se origina una nueva célula humana y por consiguiente una persona, en el estadio de persona por nacer.

3.1.8.2 Definición postulada

Entendemos que los términos "concepción" y "fecundación" son sinónimos, por lo tanto, merecen la misma definición. Por lo tanto, ambos vocablos dan cuenta a la fecundación como un hecho biológico que se produce por la unión de los gametos femenino y masculino, dando origen a un nuevo ser y al momento inicial de la vida humana.

3.1.9 Definición de Inseminación

3.1.9.1 Introducción

Cuando hablamos de "inseminación" nos referimos a la "*acción o efecto de inseminar*"[49] haciendo alusión a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Entonces, la "inseminación" es la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer que da origen a la gestación.

---

[47] Berger, Sabrina M. Inicio de la vida, Inicio de la persona. Colección Compendio Jurídico. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. Septiembre 2018.
[48] Berger, Sabrina M. Inicio de la vida, Inicio de la persona. Colección Compendio Jurídico. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. Septiembre 2018.
[49] Real Academia Nacional de Medicina de España, Diccionario de términos médicos [en línea]. (Fecha de consulta: 14/10/18).

"*Las técnicas de reproducción por fertilización asistida se clasifican según la complejidad del procedimiento. Se denomina de «baja complejidad» a la «inseminación artificial»; de «mediana complejidad», a la «transferencia intrafalopiana de gametos» y de «alta complejidad», a la «fertilización in vitro».*

Cuando hablamos de inseminación artificial, debe tenerse en cuenta que se puede producir con dación de esperma de un tercero. También se puede utilizar algún banco de esperma, donde se conservan mediante congelamiento o criopreservación, y donde la mayoría de los casos son donantes anónimos.

En nuestro país, con la Ley N.° 26 862 de reproducción médicamente asistida del año 2013 en conjunto con su Decreto Reglamentario 956/2013, se comenzó a hablar jurídicamente del reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida a pesar de haberse practicado sin regulación."[50]

En cuanto a la inseminación puede producirse con material genético propio, es decir con el óvulo y el esperma de la pareja que está llevando a cabo dicho procedimiento, o con material genético de un tercero. Esto implica que puede realizarse la implantación mediante la *ovodonación* y con *dación de esperma*. Es loable destacar, que en nuestro país no se encuentra legislado este último supuesto. Si bien la ley N° 26.862 regula la inseminación, no menciona la ovodonación ni a la dación de esperma. A pesar de ello, resulta cada vez más frecuente que personas solas tengan deseo de formar una familia monoparental y acceder a estas nuevas formas.

3.1.9.2 Derecho Comparado

Las prácticas de inseminación artificial surgieron en el año 1971, cuando el médico inglés Hunter logró un proceso de inseminación artificial intraconyugal consistente en depositar esperma en la vagina, en el cuello del útero o en el propio útero. En relación con el Derecho, el hecho comenzó como una cuestión teórica, primero en Europa y luego en los países iberoamericanos, ya que al principio estas técnicas producían rechazo social, más precisamente cuando se utilizaba donación de esperma.

"*Según cálculos de la Sociedad Americana de Fertilidad, en el año 1978 nacieron en Estados Unidos unos diez mil niños como consecuencia de la IA de donante. En 1985, 33 Estados habían establecido una regulación para esta práctica limitada a las personas casadas, con la excepción del estado de Oregón y habían cobrado cierto auge organizaciones dedicadas a la contratación de madres subrogadas, jugando la ley escrita un papel parcial en el funcionamiento de la justicia en los Estados Unidos, en cuyo sistema resulta básico el respeto de la vida privada*."[51]

Existen diferencias jurídicas respecto a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida en el ámbito europeo. A fines de los '90 en el Reino Unido y Alemania, se aprobaron leyes que si bien regulaban la fecundación in vitro, lo hacían con un sentido diferente. España, por su lado, seguía el modelo de la ley del Reino Unido de

[50] Sema, Mariela, Olivetti, Carmen, y Ingratta, Marcelo. Desafíos jurídicos y terminológicos en la traducción sobre nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de la Federación Argentina de Traductores, celebradas en la Universidad Nacional de Córdoba el 4, 5 y 6 de Octubre 2018.

[51] Romeo Casabona, Enciclopedia de bioderecho y bioética. Artículo: Reproducción Asistida (jurídico), autor: Jaime Vidal Martínez. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278 (Fecha de consulta: 03/11/18)

1988 sobre técnicas de reproducción asistida y la Ley 42 de 1988 sobre donación de fetos, embriones, sus tejidos y células.

A pesar del avance de la ciencia médica y la tecnología respecto de estas técnicas existen muchos países que, hasta el momento, no cuentan con regulación específica en la materia. "*Los aspectos que generan mayor tensión en materia de reproducción asistida giran en torno a dos ejes fundamentales: la incidencia de estas técnicas en la tradicional concepción del Derecho de familia alterado sustancialmente por la revolución científica y médica y los que derivan de la investigación con los embriones en la FIV*."[52]

Estas nuevas técnicas de reproducción humana trajeron grandes cambios vinculados a la "familia" ya que introduce un nuevo tipo de filiación. Además, traen aparejado un gran debate social acerca de una posible cosificación de los seres humanos, respecto de aquellos nacidos como resultado de tales técnicas y más aún, respecto de los embriones humanos a los que se los considera simples materiales reproductivos.

3.1.9.3 Definición postulada

Se entiende como "inseminación" al proceso de introducción de semen en el cuello del útero, mediante un método instrumental vinculado a las técnicas de reproducción medicamente asistida, cuyo único fin es lograr la gestación.

3.1.10 Definición de Persona

3.1.10.1 Introducción

Según la Real Academia Española, es "persona" un "*individuo de la especie humana"*[53] Ahora bien, este concepto de persona ha traído aparejado grandes debates filosóficos. El mismo genera interrogantes respecto de la atribución de derechos a un ser vivo e, incluso, referido al reconocimiento del valor de vida a ese individuo.

Hay cinco formas de definir el término "persona": como sustancia, como ser pensante, como ser ético, persona religiosa y como ente jurídico. En la presente tesis, nos interesa definir a la persona como ente jurídico.

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio persona es el "*Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones. Esta definición coincide con la que expresa el Código Civil argentino, al decir que son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones. Capitant hace una definición análoga cuando dice que persona es el ente al que se reconoce capacidad para ser sujeto de Derecho. Bien se advierte que el concepto de todas esas definiciones resulta sumamente amplio, porque no se circunscribe a las personas como individuos de la especie humana, sino que incluye también las entidades que, sin tener esa condición, pueden estar afectadas de obligaciones y derechos. Las primeras son las llamadas personas físicas, naturales o de existencia visible; en tanto que las segundas, llamadas jurídicas y también morales e ideales, son*

[52] Romeo Casabona, Enciclopedia de bioderecho y bioética. Artículo: Reproducción Asistida (jurídico), autor: Jaime Vidal Martínez. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278 (Fecha de consulta: 03/11/18)

[53] Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2018. En internet: http://dle.rae.es/?id=SjUIL8Z (Fecha de consulta: 13/10/18)

las que se encuentran formadas por determinación de la ley. Queda una tercera categoría, que es la que se refiere a las denominadas personas por nacer; o sea, a aquellas que están concebidas en el seno materno, pero que todavía no han sido alumbradas. El tema de si la existencia de las personas se inicia en el momento de la fecundación o en el del nacimiento es muy discutido en la doctrina, pues mientras algunos autores estiman que la persona (siempre que tenga condiciones de viabilidad) surge en el parto o, mejor dicho, en el instante en que el feto es separado del claustro materno, otros sostienen que la existencia de la persona se inicia desde que se produce la concepción, criterio que se basa en el hecho de que, desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto (v.). Orgaz, partidario de la primera tesis, afirma que el error de quienes mantienen la segunda arranca del equívoco de asimilar vida humana a persona humana, la que sólo existe desde el nacimiento (v.)"[54]

El Código Civil de Vélez, que estuvo vigente en nuestro ordenamiento jurídico hasta el 01 de Agosto de 2015, definía en su artículo 51[55] a las personas de existencia visible, es decir aquellas personas físicas que el actual ordenamiento jurídico las menciona como "personas humanas". A su vez, el artículo 52[56] mencionaba que esas personas eran capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Por lo tanto se hacía mención a las personas de existencia visible o personas físicas, conforme artículo 30[57], como todo ente de adquirir derechos o contraer obligaciones.

Respecto de las personas de existencia visible: "*El Código Civil argentino, por contraposición a persona de existencia ideal (v.), denomina de esta otra forma al hombre y a la mujer, en general, como sujetos susceptibles de derechos y obligaciones. En el artículo 51 se declara que "todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". Esbozando su estatuto jurídico, se agrega que estas personas son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones y se reputan tales todos los que en el código no estén expresamente declarados incapaces (art. 52). A las mismas les están permitidos todos los derechos no expresamente prohibidos, independientemente de su cualidad de*

[54] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008, pág. 715

[55] Art. 51. Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible. En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S1_tituloII.htm

[56] Art. 52. Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos o contraer obligaciones. Se reputan tales todos los que en este código no están expresamente declarados incapaces. En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S1_tituloII.htm

[57] Art. 30. Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones. En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S1_tituloI.htm

ciudadanos y de su capacidad política (art. 53)."[58] Ahora bien, los seres humanos son las únicas personas que tienen existencia.

Sin embargo, existen ambigüedades, ya que no se logró una posición unánime respecto a la definición de dicho término. En el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, realizado en Oviedo el 4 de abril de 1997, los Estados miembros no acordaron respecto a la definición mencionada y por lo tanto cada Estado miembro tiene la tarea de definirlo dentro de su ordenamiento jurídico.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 01 de Agosto del año 2015 no existe una definición explicita del término "persona" como si lo tenía su código antecesor. El libro primero de dicho código comienza en su capítulo 1 con el comienzo de la existencia de la persona humana en su artículo 19. Sin embargo, el código define expresamente en el artículo 141 a la persona física. A pesar de ello, habla de "persona humana" es decir que atribuye que solo son personas los seres humanos. Se ha mencionado que el Código Civil de Vélez contenía una definición de "persona", se definía a la misma como "*Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones*"[59] conforme al artículo 30 de dicho ordenamiento jurídico.

3.1.10.2 Derecho Comparado

Algunos Códigos civiles contienen definiciones del término "persona" perfilándose en datos naturales; tomando en cuenta la categoría biológica y la denominación natural, pero incluyendo al mismo tiempo la dignidad, como así también la atribución de derechos.

"*Las definiciones de persona que los Códigos civiles de América Latina incluyeron en los primeros artículos del Título correspondiente, muestran de manera evidente esta relación; así, por ejemplo en los Códigos de Chile (artículo 55), Colombia (artículo 74), Ecuador (artículo 41), El Salvador (artículo 52), Panamá (artículo 38), Uruguay (artículo 21) y Venezuela (artículo 16) se usan fórmulas tales como «son personas todos los individuos de la especie humana cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición».*

El Código brasileño de 1916 presenta una particularidad*: aunque el Libro I lleva por título «Das pessoas», el artículo 2° dice: «Todo homem é capaz de direitos e obrigacoes na orden civil»;* es decir, no procede a definir, pero introduce la noción natural directamente como noción jurídica ligada a la capacidad llamada de goce o simplemente capacidad jurídica. El argentino se destaca por referir la definición a las *«personas de existencia visible» (artículo 51), enumerar entre los incapaces absolutos «las personas por nacer» (artículo 54,1°)* y designar como sus representantes a *«los padres, y a falta o incapacidad de éstos, a los curadores que se les nombre» (artículo 57.1).*

El Código civil peruano de 1984, con el objeto de establecer el *«principio de la persona» (Título I),* da por sentado el concepto de persona humana para declarar que ella *«es sujeto de derecho desde su nacimiento» y el «concebido es sujeto de derecho para*

[58] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008, pág. 716

[59] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S1_tituloI.htm (Fecha de consulta: 25/11/18)

todo cuanto le favorece» (artículo 1°), con lo cual coloca el acento formal sobre el concepto jurídico abstracto reconociendo a la vez que la persona es un prius para el derecho."[60]

Se puede observar, luego de la lectura de los anteriores ordenamientos jurídicos, que toda persona tiene capacidad jurídica, siendo por lo tanto sujeto de derechos.

3.1.10.3 Definición Postulada

Se entiende como "persona" a todo ente dotado de signos característicos de humanidad. Jurídicamente la "persona" es un sujeto de derechos que como tal goza de protección jurídica desde el mismo instante de su concepción y/o fecundación.

Ya se mencionó que los términos concepción y fecundación se entienden como sinónimos por lo que respecto a los "embriones criopreservados", objeto de esta investigación, se los debe considerar persona por nacer.

3.1.11 Definición de Sujeto de derecho

3.1.11.1 Introducción

Debemos hacer referencia a que generalmente los términos "persona" y "sujeto de derecho" se interpretan como sinónimos. Jurídicamente se define al "sujeto de derecho" como *"…Persona en general. Titular de un derecho u obligación. Persona cuyo nombre se ignora o se calla…*"[61] La persona a su vez, como sujeto de derecho, puede ser sujeto activo cuando es titular de un derecho o sujeto pasivo cuando es titular de un deber.

Cuando hablamos de sujeto de derecho no solo nos referimos a la persona humana como sujeto de derecho sino también a aquellas personas jurídicas, a los que el ordenamiento jurídico confiere personalidad jurídica.

"*Estas palabras, sin una aclaración complementaria, pueden hacer caer en el error de identificar al sujeto del derecho, con el ser humano, en su plenaria realidad. Por tal motivo, agregaremos que, desde el punto de vista lógico jurídico, no interesa el hombre en su realidad plenaria (así, por ejemplo, no interesa su estatura, o el color de su piel), sino el hombre desde un punto de vista, el de su conducta; pero como no es ontológicamente posible separar la conducta, del hombre que la realiza, tampoco podemos referirnos al sujeto jurídico, desvinculándolo totalmente del ser humano.*

Aclarado esto, se comprenderá por que se dice, con acierto, que el concepto jurídico de persona no coincide con el concepto antropológico, lo que equivale a decir que persona, en sentido jurídico, no es lo mismo que ser humano en su realidad plenaria."[62]

---

[60] Romeo Casabona, Enciclopedia de bioderecho y bioética. Artículo: Persona (jurídico), autor: Emilssen González de Cancino. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/250 (Fecha de consulta: 03/11/18)

[61] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008, pág. 917

[62] Enciclopedia Jurídica, Edición 2014, entrada: Sujeto del derecho. En internet: http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/sujeto-del-derecho/sujeto-del-derecho.htm (Fecha de consulta: 04/11/18)

Por lo tanto, el sujeto de derecho resulta ser una persona, sea humana o jurídica. En cuanto a lo que nos interesa en esta investigación, el sujeto de derecho es un ser humano al que el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones.

3.1.11.2 Definición Postulada

Se puede definir al "sujeto de derecho" como aquella persona que goza de derechos y está obligada al cumplimiento de obligaciones que la legislación le impuso. Desde el mismo momento del inicio de su existencia (concepción) las personas humanas son sujeto de derechos.

3.1.12 Definición de Personalidad jurídica

3.1.12.1 Introducción

Cuando hablamos de "personalidad jurídica" nos referimos a "*…la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones*".[63] Ahora bien, cuando una persona tiene "personalidad jurídica" se le reconoce capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones por el solo hecho de ser persona. Esto incluye también a la persona por nacer quien cuenta con "personalidad jurídica", aunque dichos derechos y obligaciones sean representados por medio de sus representantes.

En cuanto a la atribución o no de "personalidad jurídica" respecto a los embriones criopreservados, podemos afirmar que existen diferentes teorías. Dentro de estas podemos distinguir a las que defienden la personalidad jurídica del embrión antes de su nacimiento, las que defienden la personalidad incompleta del mismo y aquellas que la niegan.

Respecto de la teoría que defiende la personalidad jurídica del embrión antes de su nacimiento encontramos que los seguidores de la misma refieren ciertas ambigüedades: "*Sin embargo, difieren en el momento en que dicha atribución ha de producirse: unos piensan que en el momento de la concepción (en el que ya es un ser humano completo) y otros piensan que en el momento de la anidación (es decir, cuando se ha producido la individuación del óvulo fecundado)*."[64]

Ya hemos desarrollado nuestra postura al respecto, por lo tanto sostenemos que debe atribuírsele personalidad jurídica a los embriones criopreservados.

En cuanto a las teorías que defienden la personalidad incompleta del embrión humano, nos encontramos con doctrinarios que mencionan que se ha exagerado en otorgarle al embrión humano dicha categoría al igual que al ya nacido:

"*Su calificación de incompleta se debe a que no es descabellado pensar que, ontológicamente, el embrión no puede considerarse como un equivalente al ser humano adulto, por lo que parecería una clara desproporción dotarle de la misma condición*

[63] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008, pág. 719

[64] Guillem-Tatay, David, El estatuto jurídico del embrión humano. Análisis crítico de la ley 14/07, de 3 de julio, de investigación biomédica. En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/02/2.-Estatuto-juridico-Guillem-Tatay.pdf (Fecha de consulta: 04/11/18)

jurídica que la que se ofrece a la persona ya formada."[65]. Ya se ha afirmado que el embrión humano es un ser humano y que por su condición de tal goza de dignidad y de cierto grado de personalidad, por lo tanto sería desacertado decir que los embriones no gozan de personalidad jurídica.

Por último, existen teorías que niegan la personalidad jurídica a los embriones. Estas parten de la base de que el embrión humano no es persona humana y que por lo tanto no es sujeto de derecho ni goza de personalidad jurídica. Nuestra postura sostiene que todos los embriones, sin importar si fueran concebidos dentro del seno materno o fecundados fuera de él, gozan de protección jurídica por su condición de sujeto de derechos.

"*El concepto de personalidad en sentido jurídico es distinto del de persona humana y expresa una realidad diferente, pero ambas se implican mutuamente. La personalidad jurídica pertenece constitutivamente a la persona humana, pero es una categoría normativa de la vida social y, en cuanto normativa, es realidad "construida*"."[66]

Entonces, la persona tiene capacidad jurídica desde el inicio de su vida, es decir, desde el momento de la concepción. Pero, a pesar de que goza de capacidad jurídica, la capacidad de obrar la va adquiriendo gradualmente con su desarrollo. Sin embargo, el embrión, también denominado "nasciturus" y/o "persona por nacer" goza de capacidad jurídica plena, por su mera concepción de sujeto de derecho, pero sin una capacidad de obrar plena que se encuentra sujeta a una condición resolutoria. Lo antedicho no demuestra que el embrión humano, en especial el criopreservado, no cuente con personalidad jurídica, muy por el contrario, el mismo es una persona desde el momento de su concepción y/o fecundación (que ya se ha explicitado que ambos términos resultan ser sinónimos), por lo tanto, el embrión resulta ser sujeto de derecho que goza de personalidad jurídica.

3.1.12.2 Definición postulada

Se entiende por "personalidad jurídica" a la capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí o por medio de sus representantes desde el mismo momento de su existencia.

3.1.13 Definición de Filiación

3.1.13.1 Introducción

La "filiación" es el vínculo jurídico entre los progenitores y sus hijos. Dentro de la filiación encontramos que la misma se puede dar por naturaleza, es decir producto de un embarazo natural, o mediante técnicas de reproducción humana asistida –incorporada

[65] Guillem-Tatay, David, El estatuto jurídico del embrión humano. Análisis crítico de la ley 14/07, de 3 de julio, de investigación biomédica. En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/02/2.-Estatuto-juridico-Guillem-Tatay.pdf (Fecha de consulta: 04/11/18)
[66] Guillem-Tatay, David, El estatuto jurídico del embrión humano. Análisis crítico de la ley 14/07, de 3 de julio, de investigación biomédica. En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/02/2.-Estatuto-juridico-Guillem-Tatay.pdf (Fecha de consulta: 04/11/18)

en el año 2015 en nuestro ordenamiento jurídico–, o por adopción conforme artículo 558[67] del Código Civil y Comercial de la Nación.

"*El vocablo filiación –del latín filius, hijo– comprende "el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia". "De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación paterno-filial"."*[68]

En nuestro ordenamiento jurídico originario (Código Civil de Vélez) solo había dos tipos de filiación: la natural y la filiación por adopción. En cuanto al primer caso, existen dos variantes: la matrimonial, cuando son hijos nacidos en una familia cuyos progenitores se encuentran casados legalmente; o la extramatrimonial, en el caso de aquellos hijos nacidos producto de la unión de sus progenitores. Además, debemos hacer mención a la filiación por adopción que reviste la característica de ser voluntaria y surgida de la institución jurídica adopción, la cual mediante una sentencia judicial crea el vínculo jurídico entre aquellas personas que no lo tienen por naturaleza.

Ahora bien, con el avance de la medicina se han observado grandes cambios sociales y legales, respecto de los nuevos tipos de familias, en especial los vinculados a técnicas de reproducción humana médicamente asistida. En el año 2013, se sancionó la Ley N.° 26 862 de reproducción médicamente asistida, conjuntamente con su Decreto Reglamentario 956/2013, donde se comenzó a hablar jurídicamente del reconocimiento de estas técnicas a pesar de la vigencia de las mismas sin regulación legal. Al momento de reformar el digesto civil, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 558 un nuevo tipo de filiación a los ya legislados: aquel que resulta de técnicas de reproducción humana asistida.

"*La normativa argentina ha plasmado, en este sentido, diferentes principios constitucionales convencionales (arts. 1º y 2º, CCyC) que son los que sostienen y fundamentan el por qué o la razón por la cual el Código Civil y Comercial amplía la regulación del derecho filial incorporando, de manera especial, qué acontece con la filiación cuando ésta deriva del uso de las TRHA y el modo en que se lo hace, respetando y garantizando por ejemplo y entre otros: 1) el principio del interés superior del niño (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 3º,ley 26.061); 2) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; 3) el derecho a la identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción (arts. 7º y 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 11,ley 26.061); 4) la mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; 5) el acceso a la información de los niños nacidos de fertilización heteróloga; 6) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y*

[67] ARTÍCULO 558.- Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.
La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.
Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

[68] Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético. Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 255

su aplicación, y 7) el derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella."[69]

Las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida están reguladas en el capítulo 2 del Libro II – Relaciones de familia donde el elemento central es la voluntad procreacional, es decir el consentimiento previo, informado y libre. Este consentimiento se debe renovar cada vez que se proceda a la utilización de los gametos o los embriones.

"*Queda establecido que la maternidad, aun en caso de utilización de las técnicas, queda determinada por el parto y la voluntad procreacional genera el vínculo con el hombre o mujer que hayan prestado su consentimiento. De este modo se permite que pueda haber un vínculo filial entre un hijo y dos mujeres. Se agrega ahora que el consentimiento, además de haber sido prestando en forma previa, informado y libre, debidamente protocolizado ante escribano público o autoridad sanitaria como lo exige el art. 561, tiene que inscribirse en el Registro Civil. La voluntad procreacional es la que determina el vínculo filial con independencia de quién haya aportado los gametos, quedando de ese modo desvinculada la relación jurídica de la biológica.*"[70]

Ahora bien, este nuevo tipo filial presenta caracteres propios de lo normado en el artículo 19 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación respecto a la existencia de la persona humana, abarcando dos cuestiones: la existencia de la persona humana, y por otro lado, la futura creación de una ley especial que regule la protección jurídica de los embriones humanos criopreservados.

3.1.13.2 Derecho Comparado

El ordenamiento jurídico chileno regula la filiación a pesar de no tener regulada de forma especial las técnicas de reproducción medicamenten asistida. "...La doctrinaria chilena Maricruz Gómez de la Torre afirma*: "se provocó un cambio en el concepto de filiación, al reconocer que puede concebirse una persona sin necesidad de relaciones sexuales y utilizando una donación de gametos o embriones. Es decir, la realidad nueva superó el concepto de relaciones sexuales para la concepción. Con esto, se pasó, del concepto de relaciones por consanguinidad entre el padre y el hijo o la madre y el hijo. Así, la filiación hoy día tiene tres fuentes: una biológica, una por técnicas de reproducción humana asistida y una por adopción. Esto produce situaciones especiales y diferenciadas, tales como que sólo se puede reclamar e impugnar la filiación biológica, no así la filiación por aplicación de las técnicas de reproducción asistida o cuando hay adopción". "*[71]

---

[69] Rodríguez Iturburu, Mariana, Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN. En internet: http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/116 (Fecha de consulta: 04/11/18)

[70] Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Dirigido por Alberto J. Bueres. 1° ed., 6° reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pág. 397

[71] Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014. Dirigido por Aida Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera; Nora Lloveras. 1° Edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. Tomo II, pág. 403

Se puede decir que conforme el derecho internacional, incorporado con los Tratados de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional), se amplía el derecho filial y se agrega la filiación mediante técnicas de reproducción medicamente asistida como un nuevo tipo filial.

3.1.13.3 Definición postulada

Se entiende por "filiación" al vínculo jurídico que se produce entre los progenitores y sus hijos ya sea por naturaleza, producto de un embarazo, por adopción o mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

3.1.14 Definición de Adopción

3.1.14.1 Introducción

En el apartado anterior vimos que la "adopción" es la tercera forma de filiación receptada por nuestro ordenamiento jurídico. Jurídicamente se define a la "adopción" como la "*Acción de adoptar, de recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente. La determinación, no ya de esas formalidades legales, sino de las condiciones sustanciales indispensables para efectuar la adopción, es cosa en la que difieren las legislaciones de los diversos países y que se refieren a las edades de los adoptantes y de los adoptados, al estado civil, a la existencia o no de hijos efectivos, al número posible de adopciones, etc. Se trata de una institución aceptada por la casi totalidad de los países, pero rechazada por algunos otros, con el argumento de que una ficción legal no puede suplir los vínculos de la naturaleza. La Argentina no admitía la adopción; mas, como ella llenaba evidentes finalidades sociales y emotivas, tuvo que terminar por aceptarla. Así en 1948 se dictó la ley de adopción, sustancialmente modificada en 1971 para establecer dos tipos: la plena y la simple, diferenciados por la mayor y menor amplitud del vínculo familiar que se contrae y de los derechos y obligaciones entre adoptante y adoptado. En otro sentido, adopción equivale a recibir alguna opinión o doctrina ajenas, admitiéndolas como propias.*"[72]

Por lo tanto, se puede decir que la "adopción" es un acto jurídico mediante el cual se va a constituir un vínculo de parentesco entre dos personas humanas con una relación equivalente a la paternidad. Sin embargo, para la celebración de este acto jurídico el ordenamiento jurídico establece condiciones, como por ejemplo el requisito de edad y la capacidad para la celebración de dicho acto.

Asimismo, la ley permite dos tipos de adopción: la adopción simple y la adopción plena. En la primera, el menor adoptado conserva el vínculo filial con su familia de origen. A su vez, va a obtener vínculo jurídico con sus nuevos progenitores, pero no con los parientes de estos. En la adopción plena, los vínculos jurídicos con la familia de origen se interrumpen, permaneciendo únicamente los vínculos jurídicos con el o los adoptantes y la familia de estos.

[72] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008, pág. 64

3.1.14.2 Derecho Comparado

La institución "adopción" surgió en la antigüedad en India, Egipto y Grecia, quienes a su vez se la traspasaron a Roma, donde la misma perpetuaba el culto familiar sosteniendo como fin evitar la extinción de la familia. Pero, a lo largo de los años, hubo grandes cambios.

El Código Prusiano de 1794, reglamentó la adopción como un contrato en el que el adoptado debía ser mayor de 14 años y los padres biológicos debían prestar su consentimiento ante el Tribunal Superior correspondiente al domicilio del adoptante. Por otro lado, la edad mínima del adoptante debía ser de 50 años, y no obtenía derechos sobre los bienes del adoptado, ya que este conservaba el vínculo jurídico y, por ende, los derechos hereditarios con su familia de origen.

El Código Civil Alemán de 1900, constituyó a la adopción con características análogas, permitiendo la adopción de menores siempre y cuando se contara con el consentimiento expreso de los padres biológicos del adoptado y además se solicitaba que entre el adoptado y el adoptante hubiera una diferencia de edad de dieciocho años como mínimo.

El Código Civil Francés de Napoleón, tomando de base el Código Prusiano, legisló la adopción pero solo para personas mayores de edad. Recién el 19 de junio de 1923 se incorporó al ordenamiento jurídico la adopción de los menores de edad, subsistiendo la adopción respecto de los mayores de edad.

A diferencia del código francés: "*En el Reino Unido de Gran Bretaña, hasta 1926, la adopción fue una institución desconocida, siendo las adopciones constituidas en el extranjero consideradas contrarias al orden público. En el año indicado se sanciona la Adoption of Children Act que fue reglamentada en 1939 y modificada en 1949, la que con pocas variantes fue receptada en Escocia. Sus notas más destacadas lo constituyen su exclusivo carácter jurisdiccional, encontrándose sujeta al principio de la lex fori. Los Tribunales ingleses se atribuyen competencia para conceder o denegar una adopción, cuando el adoptante y el adoptado, sean o no súbditos británicos, tienen su domicilio y se encuentran residiendo efectivamente en Gran Bretaña. Sólo pueden ser adoptados los menores de edad, debiendo tener 25 años, como mínimo el adoptante y existir una diferencia de 21 años de edad con el adoptado, entre otras disposiciones*."[73]

Tomando de base la ley francesa, los países latinoamericanos fueron incorporando a sus ordenamientos jurídicos a la "adopción".

3.1.14.3 Adopción de embriones o Adopción prenatal

Ya hemos mencionado que producto de las nuevas técnicas de reproducción medicamente asistida nos encontramos con embriones "supranumerarios" que son

[73] Gallino, Eduardo, Legitimación adoptiva y adopción en el derecho internacional privado. Revista Notarial 1990 – 1 Nro. 59, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. En internet: http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-59-1990-15-Doctrina.pdf (Fecha de consulta: 17/11/18)

conservados mediante la criopreservación. Ahora bien, nos encontramos ante un debate ético, preguntándonos ¿Qué hacemos con los embriones criopreservados?, ¿Podemos entregar en adopción a aquellos embriones que decidimos no implantar?, ¿Podemos adoptar embriones criopreservados?, entre otras.

Al respecto, ya hemos postulado que un embrión humano criopreservado es una persona y que como tal tiene derecho a la vida, por lo tanto, no deberíamos tener su derecho a la vida suspendido en el tiempo, sino que mediante el proceso de adopción de embriones podríamos otorgarle a los mismos dicho derecho. De esta forma, aquellas familias y/o personas con problemas para la concepción, serían factibles de obtener una familia. Si bien, se suele hablar de "donación" de embriones, no resulta ser el termino correcto, este debería ser sustituido por "adopción de embriones" debido a que se hace referencia a un ser humano, a una persona y no de una cosa. Por lo tanto, el vocablo correcto sería adopción, ya que, como se ha mencionado anteriormente, a las personas no se las dona sino que se las adopta.

La "adopción de embriones" o "adopción prenatal" es el procedimiento por el cual un embrión que se encuentra criopreservado, producto de técnicas de reproducción medicamente asistida, se transfiere al útero de una mujer distinta a la que ha aportado su material genético, con el fin de que ella lleve adelante el embarazo de un futuro hijo. Es necesario mencionar que en Argentina resulta imposible la prolongación del embarazo en el útero de una madre gestante con el fin de que otra persona y/o pareja críen como propio a ese hijo, ya que si ello pasara estaríamos en presencia de una maternidad subrogada, cosa que no se encuentra permitido en nuestro ordenamiento jurídico.

La pareja que "adopte embriones" adoptaría biológicamente a ese embrión y no debería pasar por el largo proceso de "adopción", que en nuestro país es bastante complejo. "*La adopción de embriones puede ser una opción para aquellas parejas que no teniendo ni óvulos ni espermatozoides para contribuir en el proceso, quieren pasar por la experiencia de lo que un embarazo significa. Es también una opción para aquellas parejas donde uno de los dos es infértil pero que quieren tener una relación genética igualitaria (es decir, una relación no genética) con el bebé*."[74]

Además, "la adopción de embriones" es una buena solución para evitar la destrucción de aquellos embriones que quedan criopreservados y abandonados por años debido a separaciones o fallecimientos. Asimismo, con este proceso de adopción, se llegaría a otorgar el derecho a la vida a dichos embriones.

"*El argumento principal, que se esgrime en defensa de la adopción prenatal de estos embriones, radica en su dignidad, es decir, tienen derecho a ser gestados por la madre biológica, o en su defecto, por una madre adoptiva. A esta razón fundamental se añade otra de índole más coyuntural: la adopción de estos embriones humanos podría*

[74] García Fernández, Dora, Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. En internet: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta: 25/11/18)

paliar la infertilidad de muchas parejas. Esta fórmula permitiría la posible supervivencia de algunos embriones, y respondería a la demanda de muchas parejas que desean adoptar un niño nacido y, para conseguirlo, tienen una lista de espera que oscila entre los 5 a los 10 años."[75]

Ahora bien, el ordenamiento jurídico de nuestro país debería regular la "adopción de embriones" y/o "adopción prenatal" con el fin de que muchas parejas que no pueden ser padres biológicamente lo puedan llegar a hacer mediante este proceso. Además, aquellos embriones que se encuentran congelados tendrían la posibilidad de cobrar vida, esa vida que tienen suspendida debido a la criopreservación. No solo beneficiaría a las parejas y/o personas que desean ser padres, y aquellos embriones criopreservados, sino también a aquellos Centros de Fertilización que deben criopreservar los embriones, muchas veces sin que los progenitores abonen el canon y que no pueden destruirlos debido al carácter de persona por nacer que poseen.

3.1.14.4 Definición postulada

Se entiende por "adopción" al acto jurídico por el cual se crea un vínculo filial entre el adoptado y el adoptante. Respecto al tema de la presente investigación, nos encontramos con "adopción de embriones" proceso por el cual se llevaría adelante la adopción de aquellos embriones criopreservados abandonados por sus padres biológicos y factibles de ser adoptados por padres que jurídicamente podrían convertirse en biológicos conforme a partida de nacimiento.

3.1.15 Definición de donación

3.1.15.1 Introducción

Comenzaremos explicando a la "donación" en forma general. Cuando hablamos jurídicamente de "donación" nos referimos al "*Acto jurídico en virtud del cual una persona (donante) transfiere gratuitamente a otra (donatario) el dominio sobre una cosa, y ésta lo acepta. Se trata, pues, de un contrato unilateral, consensual y a título gratuito*."[76]

Es decir, que cuando hablamos de "donación" nos referimos a la transmisión de algo de forma gratuita a favor de un tercero que debe aceptarlo, sin que éste realice una contraprestación por lo recibido.

Ahora bien, respecto al tema de esta tesis, nos encontramos con dos tipos de donación por un lado la "donación de gametos" y por otro la "donación de embriones" que a continuación se desarrollarán.

3.1.15.2 Donación de gametos

De la mano de la reproducción medicamente asistida nos encontramos con la "donación de gametos". Este proceso se utiliza ante problemas de infertilidad y de

[75] Zurriaráin, Roberto Germán, La adopción Prenatal: ¿solución para los embriones humanos congelados?. En internet: http://robertogerman.blogspot.com/2016/05/la-adopcion-prenatal-solucion-los.html (Fecha de consulta: 25/11/18)
[76] Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008, pág. 345

esterilidad tanto en hombres y mujeres, como en aquellos casos donde una sola persona decide formar una familia. Si bien la donación de gametos, es decir donación de óvulos y de semen comenzó en los años ochenta, esto solo se produjo en aquellos países donde tenían legislación sobre técnicas de reproducción humana medicamente asistida. En el año 1984, con el Informe Warnock se aceptó a la ovodonación como una técnica más en los tratamientos de reproducción medicamente asistida.

En la actualidad, en muchos países, la ovodonación y los bancos de esperma tienen un amplio apoyo social, incluso están incorporados en sus ordenamientos jurídicos.

"*En la Unión Europea, casi todos los países tienen leyes, directrices y protocolos que regulan la donación de gametos. En la mayoría de ellos está permitida, excepto en Alemania y Austria, donde está prohibida la donación de ovocitos, y en Italia, que no permite la fecundación heteróloga, sino sólo la homóloga, en parejas infértiles o estériles, cuyos miembros sean mayores de edad, de diverso sexo, estén vivos, casados o convivan y en edad potencialmente fértil (arts. 4.3 y 5 Ley 19.02.2004, n. 40). En los países, como en los de América Latina, que no disponen de legislación específica sobre la reproducción asistida, la donación de gametos se rige por el Derecho común, la legislación civil y sanitaria, y las normas de autorregulación elaboradas por colegios de médicos, comités de ética y redes de clínicas y centros sanitarios. Ejemplos de estas últimas son las Normas para la Acreditación de Centros de Reproducción Asistida y sus Laboratorios de Embriología y Andrología de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida y las Normas para la Utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida del Consejo Federal de Medicina de Brasil. Del continente latinoamericano hay que destacar que en Costa Rica está prohibida la reproducción asistida in vitro desde el año 2000, tras la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Res. 2000-02306) que anuló por inconstitucional el Decreto n. 24029-S, de 3 de febrero de 1995, que regulaba estas técnicas. En cambio, en el Estado de Tabasco de México están expresamente permitidas en el Código civil, aunque restringidas sólo a los cónyuges y a las parejas «que vivan públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí», quienes deberán emplearlas de común acuerdo (art. 165.II).*"[77]

La donación de gametos se formaliza mediante un contrato escrito entre el donante y el Centro de Fertilización, que debe encontrarse autorizado. Si bien en el contrato de donación de gametos no es un contrato directo entre donante y donatario, sino existe un tercero intermediario que es Centro de Fertilización. El objeto de este contrato es la donación de gametos, es decir las células reproductoras del donante. Además, se necesita el consentimiento del donante y lo más importante es la exigencia del anonimato y la confidencialidad del donante.

Dentro de la donación de gametos nos encontramos con dos tipos distintos: la "donación heteróloga" y por otro la "donación homóloga". Estamos en presencia de una

[77] Romeo Casabona, Carlos María, Enciclopedia de Bioderecho y bioética. Articulo: Donación de gametos (jurídico), autor: Héctor Claudio Silveira Gorski. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/128 (Fecha de consulta: 18/11/18)

"donación heteróloga" cuando una persona ajena a la pareja realiza una donación de gametos. En cambio, hablamos de "donación homóloga" cuando la cesión de gametos la efectúa un hombre a una mujer de una misma pareja que declaran mantener una relación física íntima.

En cuanto a la capacidad de los donantes, las legislaciones establecen que solo las personas mayores de edad pueden ser donantes de gametos y que además deben contar con su plena capacidad para celebrar dicho acto jurídico, estableciendo que deben otorgar su consentimiento informado. Al respecto, "*En la Unión Europea, la Directiva 2006/17/CE establece de forma detallada los criterios de selección y los análisis de laboratorio que deben realizarse a los donantes. Para ello, toma como punto de referencia a la pareja y distingue entre donaciones realizadas por una persona exterior a la pareja habitual y las realizadas entre miembros de la pareja, ya sea para su uso directo o uso diferido. En los casos de las donaciones de células reproductoras de donantes diferentes a la pareja habitual se deben cumplir, además de lo dicho anteriormente, una serie de criterios específicos sobre tests y análisis de laboratorios, regulados de forma exhaustiva y pormenorizada en España por el RD 1301/2006. En cambio, si la donación la realizan los miembros de la pareja para «uso directo», las células reproductoras son utilizadas directamente sin pasar por un banco de gametos, no es preciso aplicar los criterios de selección de donantes ni aplicar los criterios de evaluación de laboratorio. Ahora bien, cuando los miembros de la pareja donan los gametos para uso diferido, es decir, para su procesamiento y almacenamiento, con la posibilidad incluso de que algunas de las células reproductoras se empleen para la crioconservación de embriones, aquellos deberán someterse a una serie de pruebas biológicas específicas —VIH1,2, Hepatitis B y C, Anti VIH-1,2, etc.—y el facultativo responsable del proceso de donación de los gametos deberá determinar y documentar, basándose en la historia clínica del donante y la indicación terapéutica, la justificación para la obtención y los criterios de seguridad para la madre y los hijos que pudieran resultar del proceso*."[78]

Se puede concluir, entonces, que la "donación de gametos" otorga un beneficio a aquellas personas que tienen dificultades para poder formar una familia en forma natural, o deciden no llevar a cabo la maternidad o paternidad de esa manera.

3.1.15.3 Donación de embriones

Anteriormente nos hemos referido a la "criopreservación de los embriones" como así también a la "donación de gametos", pues bien, ahora nos debemos ocupar de la "donación de embriones" para lo cual tenemos la obligación de mencionar conceptos ya explicitados.

Muchas parejas que se someten a tratamientos de fertilización asistida deben tomar decisiones respecto al destino de los embriones sobrantes, respecto a su

[78] Romeo Casabona, Carlos María, Enciclopedia de Bioderecho y bioética. Articulo: Donación de gametos (jurídico), autor: Héctor Claudio Silveira Gorski. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/128 (Fecha de consulta: 18/11/18)

criopreservación como así también a la futura transferencia de los mismos. Actualmente, en nuestro país no está regulada la donación de embriones, pero muchas veces es una solución a los problemas de infertilidad de las parejas. Esta opción de "donación de embriones" es una buena opción para aquellas personas que se hayan tenido varios fracasos con las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, como así también para mujeres de más de 40 años, que no puedan utilizar su propio material genético.

"*Mientras tanto, los embriones se congelan, se guardan, se donan, se investigan y se descartan bajo la más completa anarquía o al amparo de autorregulaciones éticas que se imponen la mayoría de los médicos y clínicas de fertilidad. Es tal el nivel de incertidumbre que ni siquiera hay palabras para nombrar tendencias y prácticas cotidianas. El abogado Roberto Arribere, especialista en bioética, explica que es incorrecto incluso hablar de donación. "Cuando se trata de material biológico que es fruto de los procesos derivados de las nuevas técnicas de reproducción se habla de 'dación'. Es un acto unilateral, que no requiere aceptación previa por parte del receptor. Tampoco los embriones son 'adoptados', porque estaríamos hablando de una adopción prenatal y, según la Constitución, sólo se pueden adoptar nacidos vivos", explica. A su vez, en Argentina la madre es la que da a luz, la que pare. Entregar un embrión, por tanto, es ceder para siempre la maternidad*."[79]

Ahora bien, la "donación de embriones" nos trae grandes desafíos jurídicos, siendo uno de los más importantes el derecho a la identidad de la persona nacida producto de esa donación de embrión. En nuestro país, no hay norma que regule esta situación, y por otro lado, tal como se mencionó anteriormente los donantes gozan del derecho al anonimato y esto afectaría el derecho a conocer su verdadera identidad de la persona. Si bien es cierto que esta persona nació de su madre, aparentemente biológica, en realidad no lo es, ya que el vínculo biológico lo tiene con los donantes del embrión.

3.1.15.4 Definición Postulada

Se entiende por "donación" a ese acto jurídico mediante el cual el donante transfiere gratuitamente al donatario gametos o embriones y este lo acepta. Tanto en el caso de la "donación de gametos" como en la "donación de embriones" nos encontramos con una tercera parte involucrada, es decir el Centro de Fertilización interviniente, que es quien contrata con ambas partes, donante y donatario, con el fin de llevar adelante el ansiado embarazo.

3.2 Conclusión

El análisis semántico de la terminología utilizada ha permitido la aproximación al ámbito jurídico sobre el cual se está pretendiendo deliberar; y más precisamente sobre el

[79] Protectora, Sin leyes ni reglas, avanza la adopción de embriones en el país. En internet: http://www.protectora.org.ar/bioetica/sin-leyes-ni-reglas-avanza-la-adopcion-de-embriones-en-el-pais/2036/ (Fecha de consulta: 18/11/18

tema de incumbencia respecto a los embriones humanos criopreservados no implantados y el status jurídico de los mismos. Cabe agregar que, de esta manera, se llega a la delimitación ética que sirve como eje conductor del presente trabajo.

Varios fueron los términos analizados y explicados desde diferentes posiciones estableciendo en principio una postura elemental; hasta pretender llegar a la determinación de una definición jurídica que es la que interesa en este trabajo. A tal fin se ha explorado en el denominado Derecho Comparado.

Un ejemplo significativo resulta aproximarnos a la analogía entre los conceptos preembrión y embrión, venciendo la ambigüedad en la que ambas palabras están inmersas. Darle claridad a lo ambiguo resulta fundamental al momento de adentrarnos en cuestiones ético-jurídicas como las que nos incumbe.

Posteriormente, volviendo al tema de la ambigüedad terminológica, deductivamente se llega a la conclusión del uso de terminología de tinte científico como equivalente a lo elemental ("embrión implantatorio" /embrión),

Otro punto de análisis han sido ejemplos de diferentes países con posturas dispares respecto al tema en cuestión. Consideramos que la mayoría de los Estados mencionados confieren opciones, y hasta legislaciones respecto al destino de los embriones crioconservados; se ha citado legislaciones como la francesa, inglesa, española e incluso latinoamericanas.

Por lo tanto, cuando hablamos de los embriones no solo nos referimos a su naturaleza jurídica sino también a todas aquellas consecuencias jurídicas que traen aparejadas.

Se ha aplicado la deducción lógica a lo largo del capítulo de términos que hemos considerados pertinentes a fin de nuestra tarea. Los mismos fueron abordados, como ya mencionamos, a partir de una definición que denominamos elemental, hasta el aborde jurídico, siempre con el miramiento de la cuestión ética. Se llegó a la conclusión de que el "embrión criopreservado" es un ser vivo, producto de la fusión de gametos femenino y masculino que se origina con la fecundación y forman un cigoto que contiene el ADN de los progenitores. Esto implica que resulta un ser humano distinto a sus progenitores, y merece ser considerado sujeto de derecho por poseer todos los derechos correspondientes, independientemente de que se encuentre dentro o fuera del seno materno.

A partir de lo antedicho, se puede concluir que los embriones criopreservados son sujetos de derecho y como tales son titulares de relaciones jurídicas tales como la filiación, adopción, entre otras; también abordadas en detalle en el curso del capítulo. Resulta imposible no postular que los embriones son titulares de derecho de filiación, es decir de ese vínculo jurídico que se produce entre los progenitores y sus hijos, incluso aquellos que han sido concebidos producto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Además, producto de estas nuevas técnicas de reproducción nos encontramos con embriones "supranumerarios" los cuales a partir del avance científico son preservados mediante la "criopreservación". Si bien ya se ha postulado que un embrión humano criopreservado es una persona y que como tal tiene derecho a la vida, sostenemos que no sería ético poseer un derecho a la vida latente, suspendido en el tiempo, sino que se deberían arbitrar los medios para establecer un proceso de adopción prenatal de

embriones “criopreservados” para otorgarle a los mismos todos los derechos inherentes a las personas.

Por lo tanto, pretendemos en este capítulo, dar una respuesta a la tan discutida noción del embrión humano criopreservado, cuestión cada vez más común producto del avance de la ciencia médica como resultado de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Cada definición postulada conlleva a una arbitraria solución que nos acerca a considerar, a pesar de las discusiones éticas, sociales y científicas respecto de los embriones, las acciones que remitan al bien común del embrión criopreservado, es decir, que entiendan al mismo como persona y sujeto “arrojado a una existencia” en términos del filósofo alemán Martin Heidegger (1889/1976). Como tal debería ser poseedor de derechos gozando de protección jurídica desde el mismo instante de su concepción y/o fecundación. Cabe agregar la analogía entre los términos concepción y fecundación abordados en el capítulo. Esto determina deductivamente que, al ser términos equivalentes, los embriones criopreservados, objeto de esta investigación, deberían ser considerados persona por nacer, por el simple hecho de existir y tener la posibilidad de desarrollarse como tal.

4. CAPÍTULO 2: DEBATES ACTUALES EN LAS DISTINTIAS DISCIPLINAS RESPECTO A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS

4.1 Introducción

El tema de la presente investigación resulta ser una cuestión sumamente controversial ya que se evalúan preceptos bioéticos, religiosos, morales, médicos, éticos y filosóficos respecto a los embriones humanos, en especial aquellos que se encuentran *criopreservados* y que aún no se han implantado en el seno materno.

Iniciaré el capítulo sosteniendo que, desde el mismo instante de la concepción, sea la misma dentro o fuera del seno materno, comienza el reconocimiento de la individualidad y la dignidad de la persona, adquiriendo, entonces, personalidad. Toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene dignidad, dignidad incuestionable, cuyos fines se extienden en el tiempo y se proyectan hacia la eternidad.

Desde la mirada biológica, el embrión humano es indudablemente un ser humano ya que tiene cromosomas humanos derivados de gametos humanos, por lo que tanto la ética como el derecho deben basarse en el fundamento biológico de la existencia de la vida humana. La misma comienza en el instante en que se produce la unión del *gameto femenino* (óvulo) con el *gameto masculin*o (espermatozoide); momento en que se forma una nueva célula humana dotada de *estructura informacional* con un *código genético* que inicia un ciclo vital.

Dicho embrión, tanto en el vientre materno o *crioconservado*, resulta ser un nuevo organismo humano individual activo; evidencia respiración, crecimiento, reproducción, excreción y nutrición, por lo que está indudablemente vivo. Hay que tener en cuenta que el desarrollo humano es un proceso continuo que comienza en la concepción o fertilización--ambos sinónimos-, por la cual la única diferencia entre el *cigoto* y el bebé recién nacido es el tiempo y la nutrición inherente al mismo.

Cuando nos referimos a los embriones, no debemos hablar de ellos como simplemente “un ser humano potencial”; sino ser conscientes de que se trata de: “un ser humano con potencial”, “un ser humano en una etapa temprana de desarrollo “o “un bebé o adulto potencial”; los tres últimos conceptos difieren notablemente del primero.

4.2 Aspectos bioéticos

Al referirnos al tema que estamos abordando: embriones crioconservados; entendemos que debemos situarnos frente a un problema ético, bioético y filosófico, entre otras disciplinas. Distintas consideraciones deberán tenerse en cuenta como, por ejemplo, cuál será el destino de los embriones, y si pueden ser considerados persona, tanto en el marco del ordenamiento jurídico como así también en relación a otras.

A continuación, se analizarán los problemas éticos y/o bioéticos respecto de los embriones criopreservados.

La crioconservación de embriones mejora la eficiencia y la seguridad de las técnicas de reproducción asistida. No obstante, puede ser cuestionable, por lo que debe justificarse desde el punto de vista legal y ético. La crioconservación de embriones maximiza la probabilidad de embarazo, evita nuevas estimulaciones ováricas y reduce la aparición de gestaciones múltiples.

Si bien existe el consenso incuestionable respecto a que el embrión in vitro merece protección legal por sí mismo, aún no reviste regulación. No obstante, algunos países

prohíben la crioconservación de embriones basados en el deber legal de proteger la vida humana desde el momento de la fecundación, pero ya hemos hecho mención anteriormente que fecundación debe ser entendido como sinónimo de concepción, por lo que debería ser protegido legalmente desde el mismo instante en que se produce la concepción, sin importar si la misma se produce dentro o fuera del seno materno.

La criopreservación de embriones plantea una serie de problemas éticos, aparte de prácticas ya conocidas como la donación de gametos, es decir de óvulos y de esperma, donación de embriones y la inclusión de la subrogación, aún no legislada en nuestro país.

Uno de los problemas más importantes que encontramos es si la congelación y descongelación de embriones humanos produce una tasa más alta de nacimientos anormales o defectuosos y, por lo tanto, daña la descendencia. Si bien la congelación y descongelación deteriora a algunos embriones, solo los más resistentes y sanos tienen mayor probabilidad de sobrevivir a dicho proceso, ser implantados y llegar a nacer a término.

Otra preocupación ética para la minoría que considera al embrión preimplantado como un sujeto de derechos es la cuestión del daño que provoca la congelación. Dicho procedimiento, que implica a la vez la descongelación, puede dañar a los blastómeros y hacer que algunos embriones no sean viables. Este grupo de pensadores que se opone a la criopreservación de embriones también se opone a la fecundación in vitro.

Sin embargo, existe una opinión generalizada en que los embriones merecen una consideración especial a pesar de que para algunos autores los embriones no poseen el estatus de persona. Estimamos que hay una gran contradicción ya que no son considerados persona, pero no pueden ser perjudicados.

Otro de los problemas éticos, que encontramos, es el efecto psicológico en la descendencia del desarrollo del embrión suspendido en el tiempo antes de la implantación. Si bien la suspensión del desarrollo humano en las etapas iniciales de escisión es un nuevo desarrollo para los seres humanos, es similar a la criopreservación de espermatozoides u óvulos, que después se convierten en bancos de esperma y de óvulos. Ahora bien, los seguidores de esta postura sostienen que la criopreservación de los embriones en una etapa temprana de escisión no tendría el mismo impacto que la suspensión del desarrollo de un niño o adulto ya integrado en un conjunto de relaciones humanas.

Sin embargo, el desarrollo humano de estos embriones criopreservados suspendido en el tiempo, y muchas veces por un tiempo indefinido, podría tener importancia psicológica en varias situaciones. Si el período de suspensión fuera largo, podría dar lugar a la crianza de padres mayores o personas que no estén biológicamente relacionadas. La congelación también podría llevar a relaciones novedosas y problemáticas con los padres genéticos como resultado de la donación de embriones y la maternidad subrogada. Las políticas sobre la duración del almacenamiento, la autoridad de decisión sobre los embriones almacenados y las relaciones entre los participantes en la donación de embriones y la subrogación, deberían abordar las preguntas sobre el bienestar de los embriones que surgidos a través de la práctica de criopreservación.

Consideramos que las mayores preocupaciones éticas en la criopreservación de embriones humanos corresponden a la filosofía y a la teología. Algunas personas ven la

criopreservación de embriones como una intrusión inaceptable en los procesos naturales de reproducción.

"Para poder formular un juicio más objetivo sobre la realidad del embrión humano y, por tanto, deducir indicaciones éticas, es preciso más bien tomar en cuenta criterios "intrínsecos" al embrión mismo, comenzando precisamente por los datos que el conocimiento científico pone a nuestra disposición. A partir de ellos se puede afirmar que el embrión humano en la fase de preimplantación es: a) un ser de la especie humana; b) un ser individual; c) un ser que posee en sí la finalidad de desarrollarse en cuanto persona humana y a la vez la capacidad intrínseca de realizar ese desarrollo."[80]

Tomando como base lo expuesto en la declaración final de la XII Asamblea General de la Pontificia Academia para la vida, y teniendo en cuenta que los embriones humanos criopreservados son un ser individual de la especie humana que tienen como fin desarrollarse en persona humana; no puede negársele el carácter de persona humana. Asimismo, presupone una interpretación del concepto de persona, que recordemos que ya la hemos definido como todo ente dotado de signos característicos de humanidad, es decir que el embrión humano por su misma naturaleza es humano en cuanto a tal.

En resumen, el consenso moral emergente es que la criopreservación de los embriones humanos resulta aceptable, en algunos casos, como un procedimiento experimental, a pesar de estar en total desacuerdo, porque de esa forma estaríamos cosificando a los embriones. Pero, si los embriones transferidos alcanzan una tasa aceptable de nacimientos sanos, la criopreservación sería éticamente aceptable como parte rutinaria del tratamiento de la infertilidad. Sin embargo, quedan importantes preguntas éticas y legales sobre quién puede ejercer adecuadamente la autoridad de decisión sobre los embriones almacenados y los límites de dicha autoridad.

4.2.1 Aspectos éticos en el campo de la reproducción humana medicamente asistida

Cuando nos referimos a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida nos encontramos ante muchas controversias respecto a aspectos legales, éticos y religiosos. Tal como se ha mencionado antes, actualmente hay muchos debates en torno a los embriones criopreservados, pero siempre teniendo en cuenta que los principios básicos de la bioética, como ser: el respeto por la autonomía, la no ficción, la beneficencia y la justicia.

Ahora bien, el producto de estas nuevas técnicas trae aparejado varios problemas éticos respecto a qué hacer con los embriones criopreservados sobrantes, a cuál será su destino, a la posibilidad de donación con fines de investigación, a la eventual adopción de otras parejas, a la destrucción, etc. Si bien los donantes de gametos, progenitores de los embriones, tienen el derecho a elegir la opción que prefieran, lo cierto es que debe haber un límite, por lo que no se le debería permitir la destrucción de estos debido al carácter de persona por nacer de los embriones humanos criopreservados.

[80] Pontificia Academia para la Vida, Declaración Final de la XII Asamblea General, "El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas". En internet: http://www.sadeccanonico.com.ar/documentos/embrionhumano.pdf (Fecha de consulta: 10/01/2019)

Por otro lado, si estos mismos fueran cedidos con el fin de desarrollar investigaciones, nos encontraríamos ante la cuestión de la "dignidad humana" que por el solo hecho de ser un ser humano en potencia, poseen los embriones criopreservados.

Se ha mencionado, en el capítulo anterior, que la dignidad humana es un derecho personalísimo intrínseco que tiene toda persona. Toda persona humana posee el derecho a que se le reconozca, se respete y se tutele su dignidad. Los embriones criopreservados, desde el momento de su existencia, es decir desde el mismo momento de la concepción, tienen el derecho a la dignidad humana. La dignidad es la fuente de todos los derechos que surge el reconocimiento de que todas las personas poseen un valor intrínseco.

"*Para otros, se estaría violando el derecho a la dignidad, debido a que – invocando la fórmula kantiana- el hombre es siempre un fin en sí mismo y no "una cosa sujeta a la voluntad de otros" (Casanova, 2005). Otros autores señalan que el simple hecho de seleccionar algunos de los óvulos fecundados, dejando de lado otros, ya significaría un atentado contra la dignidad de la persona, más allá del criterio utilizado para tal selección. …Otro de los problemas éticos expuestos en los textos, indica que, en el caso de la fecundación heteróloga (donde se usan gametos de donantes anónimos), se estaría violando el derecho a la identidad, ya que toda persona tiene el derecho a conocer su origen…"*[81]

Por lo tanto, desde el aspecto bioético, todos los momentos de la vida de la persona deben estar protegidos por las normas éticas y jurídicas, sin importar la forma que se haya utilizado para el inicio de la vida para que no se vea afectada su dignidad.

Por otro lado, siguiendo las palabras de María Susana Theas: "*La reproducción asistida comprende el conjunto de técnicas que ayudan a la reproducción humana en los casos que existen problemas de esterilidad por parte de algún o ambos miembros de una pareja. Para mayor clarificación del tema es importante recordar que el objetivo de la reproducción asistida es aplicar el conocimiento para aumentar las probabilidades de concebir un hijo a la pareja infértil. En este contexto el hijo debe ser considerado el bien primario de la fertilización asistida, por sobre la legítima aspiración de los padres."*[82]

Surge de lo antedicho que, ante esta situación, una vez creados los embriones y prestado el consentimiento informado de los progenitores no se podría tomar ninguna decisión que afecte a esa persona por nacer, es decir al embrión.

Si bien las nuevas técnicas de reproducción humana han tenido grandes avances, estos avances científicos han traído aparejados grandes problemas morales y éticos, sobre todo respecto de los principios de autonomía, y en especial, respecto del estatus del embrión.

Ahora bien, tal como refiere Maria Theas en "La bioética y el destino de los embriones": "*el problema con los embriones congelados se presenta cuando los padres se niegan o no pueden implantarlos. Las posibles alternativas son la destrucción, la experimentación o la dación. Basándonos en el principio de la autonomía, el paciente o usuario tendría el derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, el destino o uso de los embriones congelados. Es importante para sostener la autonomía de las parejas infértiles que en la*

[81] Calise, Santiago Gabriel. El derecho observado a los embriones: el caso argentino. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas | 29 (2011.1), pág. 16, 17.
[82] Theas, María Susana. La Bioética y el destino de los embriones congelados, pág. 2

relación con el médico impere un ambiente de confianza y amistad para que el paciente se sienta cómodo y confíe en la palabra del médico. Pero también el médico tiene la obligación de explicar con sencillez la situación y alternativas derivadas de la misma. Al respecto se ha señalado que, 1) es obligación del médico respetar la conciencia y la autonomía del paciente, 2) es obligación del médico proporcionar la información necesaria al paciente para que éste pueda tomar decisiones adecuadas; si por razones de edad o estado psicológico no es prudente informar al paciente, entonces se debe informar a los familiares o a los responsables. En caso de que hubiese conflicto entre la conciencia del médico y la conciencia del paciente, el médico debe respetar la conciencia del paciente con tal que no vaya contra el derecho de vivir".[83]

De lo expuesto, surgen, claramente, varios problemas de índole ética, considerando el más relevante la posible *destrucción* de embriones. Este acto, para nuestra postura, sería considerado una actividad destructiva, ya que el embrión es estimado como un potencial ser humano, y si se procediera a su aniquilación se estaría cometiendo un caso de aborto, debido a que se estaría eliminando una persona por nacer.

Respecto a la *experimentación* estaríamos ante un dilema de dignidad del embrión y ante un posible aborto ya que dicha experimentación con fines de investigación podría ocasionar la destrucción de este, por un lado, y por otro lado podría traer aparejados problemas biológicos a dichos embriones

En cuanto a la *dación*, en vez de hablar de dación, tal como se ha estipulado, deberíamos mencionar a la adopción y no de donación de embriones, pero si pudiéramos hablar de donación de gametos y/o de material genético ya que la donación es aquel acto jurídico mediante el cual el donante transfiere gratuitamente al donatario gametos y este lo acepta. Ahora bien, cuando hacemos mención a embriones, debemos referirnos al término adopción y no donación, ya que el término donación hace alusión a las cosas, y en el caso de los embriones no estamos ante una "cosa" sino que estamos en presencia de un ser humano en potencia, es decir de una "persona por nacer". Se entiende por "adopción" al acto jurídico por el cual se crea un vínculo filial entre el adoptado y el adoptante. Respecto al tema de la presente investigación, nos encontramos con "adopción de embriones" proceso por el cual se llevaría adelante la adopción de aquellos embriones criopreservados abandonados por sus padres biológicos y factibles de ser adoptados por padres que jurídicamente podrían convertirse en biológicos conforme a partida de nacimiento.

Por otra parte, se menciona la *autonomía* de los donantes de material genético, ahora bien, nos preguntamos ¿se podría hablar de una autonomía plena si estaríamos afectando derechos de un tercero? ¿hasta qué momento los donantes podrían hacer uso de la autonomía de la voluntad?, entre otras. Ante este supuesto encontramos que la problemática se basa en que no hay consenso entre la ley, la religión, la ciencia y la filosofía en cuanto al estatus del embrión criopreservado, debido a que no solo es un problema que atraviesa esas disciplinas, sino que también involucra a la metafísica.

Si solamente tuviéramos en cuenta la autonomía de los donantes y los mismos decidieran que dichos embriones se destruyeran, le estaríamos privando el derecho más importante inherente a cualquier ser humano que es el derecho a la vida. Por otro lado, si

[83] Theas, María Susana. La Bioética y el destino de los embriones congelados, pág. 9

decidieran que su identidad se mantenga en absoluto anonimato estaríamos afectando el derecho a la identidad, entre otros derechos involucrados. Si bien, el tema respecto de la anonimidad de los donantes es importante para los mismos, lo cierto es que estaríamos negándole el derecho a acceder a su identidad a esa persona que fuera engendrada de manera artificial. Desde el punto de vista ético, se debería regular jurídicamente el tema de donación de gametos como así también la adopción de embriones con el fin de no vulnerar los derechos inherentes que tiene cualquier persona, y que no sea contrario a los derechos que tienen las personas que son adoptadas mediante el procedimiento legal ya regulado.

4.3 Aspectos filosóficos

4.3.1 Introducción

Muchas y variadas son las declaraciones que sirven de antecedentes respecto al tema de incumbencia. Entre ellas varias normas de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional regulan y defienden el derecho a la vida. Cabe mencionar, la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, también La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que establece que el niño merece "protección legal antes y después del nacimiento"; y por último la Convención Europea de Derechos Humanos. La contribución a la vida incluye el derecho a no ser asesinado, cuestión que actualmente se encuentra en boca de todos con el inmenso debate respecto del aborto no punible en nuestro país.

Este derecho a la vida no solo se encuentra regulado en estas normas de derechos internacionales, sino que también está consagrado en declaraciones éticas médicas históricamente adoptadas por la Asociación Médica Mundial, que dedicó las disposiciones del juramento hipocrático en un contexto secular. La Declaración de Ginebra de 1948 establece "Mantendré el máximo respeto por la vida humana desde el momento de la concepción, incluso contra la amenaza", mientras que el Código Internacional de Ética Médica de 1949 afirma que "un médico siempre debe tener la obligación de preservar la vida humana desde la concepción". Por lo tanto, no reconocer el carácter de persona humana a los embriones, sin diferenciar si se encuentran implantados en el seno materno o son producto de técnicas de reproducción médicamente asistidas, e incluso argumentar que los embriones pueden destruirse (en el caso de los embriones humanos implantados en el seno materno) y destruirlos (en el caso de los embriones criopreservados no implantados) es atentar contra el derecho fundamental de todo ser humano.

4.3.2 Otras cuestiones respecto a la categoría de persona

Según Ronald de Jesús Chacín Fuenmayor "*El término persona, dice Andorno (1998), es empleado para designar a los seres que poseen una dignidad intrínseca, es decir, un ser que merece un tratamiento en tanto es fin en sí mismo. Cuando nos referimos entonces a la dignidad de la persona, se usa como sinónimo del valor que debe reconocerse al hombre por el solo hecho de ser hombre, lo cual inspira la noción de*

Derechos Humanos desarrollada por la modernidad, vigente en su esencia hasta nuestros días."[84]

En el caso de los embriones, sin diferenciar si se encuentran dentro del seno materno o *criopreservados*, al reconocérsele personalidad se le está reconociendo su dignidad, por ende, su calidad de sujetos de derecho. Esto implica que, por lo tanto, está prohibido interrumpir su existencia porque si eso pasara estaríamos tratando a los embriones como una cosa y no como una persona. El embrión humano, entonces, corresponde a la naturaleza humana por lo que presenta los elementos que constituyen a las personas humanas, aunque aún no se encuentre desarrollado plenamente.

Desde el punto de vista científico no existe una definición de lo que se denomina "persona", este concepto corresponde a la moral acudiendo a otras áreas del conocimiento como ser a la ética, ciencias políticas o al derecho, definiendo entonces el término persona, en nuestro ordenamiento jurídico, como "*Todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones*". A esto refiere también el Diccionario de la Real Academia Española: *ente* es "lo que es, existe o puede existir", por lo tanto, los embriones humanos pueden ser considerados un ente por el solo hecho de existir.[85]

Resulta interesante abordar la definición de la Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires que sostiene que "*la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide"; es por ello que el respeto por la vida humana debe imponerse desde que comienza el proceso de la generación*".[86] Por lo tanto, desde la integración de la carga genética del espermatozoide en el óvulo comienza el proceso inalterable de un ser humano; comenzado a manifestarse este nuevo ser ni bien queda concebido y teniendo en cuenta que los cambios que se producen con posterioridad de la concepción o fecundación son las distintas etapas de crecimiento y desarrollo como parte inherente del proceso de la vida. Pues, todo hombre, desde el momento de su existencia, es un ser vivo con existencia, autónoma y propia.

Si bien hay una relación estrecha entre la ciencia y la filosofía, corresponde a la segunda descifrar a partir del dato biológico relacionado con la vida humana respecto a la concepción, cuál es el estatuto ontológico del embrión humano, sin diferenciar si el mismo se encuentra dentro o fuera del seno materno, y desde qué momento podemos hablar del nuevo ser humano con presencia de un *alma espiritual.*

En efecto, así como la filosofía considera este estatuto en el plano del "ser", por lo tanto, el hombre es persona en tanto es una sustancia individual de naturaleza racional (según la clásica definición de Boecio); la moral y el derecho lo consideran en el plano del "deber ser" área de incumbencia de ambas ciencias prácticas y así determinan como debe ser tratado y reconocido moral y jurídicamente el hombre."[87]

Hoy en día, se podría distinguir entre dos concepciones de la persona humana: la ontológica y la funcionalista. En cuanto a la concepción ontológica se identifica a la persona con ese ser humano que subsiste y que por lo tanto cuenta con derechos y deberes fundamentales. En cambio, la concepción funcionalista es aquella que identifica a la

---

[84]Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús, El embrión es vida humana. En internet: http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/19020/articulo3.pdf;jsessionid=55DD2F8E7A398E65FDFED871AF262F4B?sequence=1 (Fecha de consulta: 06/01/2019)

[85] Resulta atinado comentar la idea de H*eiddeger* en "*Ser y tiempo*", donde el ser humano *(Dasein*) presenta una "*jerarquía óntico-ontológica*", ya que es el único ser que además de ser y existir tiene conciencia de ello. Resultará una simple deducción establecer que si deja de ser o existir como embrión, dejará percibir su existencia en el futuro.

[86]Rodríguez Varela, Alberto. La persona antes de nacer. Nueva edición actualizada. Buenos Aires: Agape Libros, 2014, pág. 38

[87]Herrera, Daniel Alejandro. *La persona y el fundamento de los derechos humanos*. 1ª ed.- Buenos Aires: Educa, 2012, pág. 390

persona con alguna función vital del individuo humano, por lo que la personalidad se adquiriría o perdería según el ser humano que se trate.

4.3.3 Aportes de la Filosofía: Iusnaturalismo y Concepción Funcionalista

Para el *Iusnaturalismo,* el embrión humano, incluso el c*rioconservado*, es un individuo ya que posee ontología, es decir, la posibilidad de ser. También es biológicamente humano e individual; y está dotado de un alma individual con naturaleza racional desde el momento de su concepción. Para dicha teoría tanto "ser" como "persona" resultan atributos ontológicos, lo que determina que, desde la fecundación, el embrión presenta existencia y debe ser respetado inalienablemente en sus derechos naturales como la vida.

*S*iguiendo los lineamientos de Javier Hervada los embriones humanos, implantados y/o *criopreservados* son personas humanas, ya que existen personas humanas cuando existe vida o un ser humano, o un individuo humano. Podemos aclarar mencionando que *en su acto de ser* se encuentra la *naturaleza racional*, por lo que es sujeto de la *comunicabil*idad intencional, aunque todavía no la haya desarrollado.

Para la *concepción funcionalista* basada en el constructivismo ético-político y la concepción política de los embriones, el atributo de personalidad se desprende de la Constitución Nacional y la Declaración de los Derechos Humanos

Son varios los autores que siguen esta concepción. Comenzaré mencionando a John Rawls quien establece: "*La concepción de la persona desprende del modo en que la cultura política pública de una sociedad democrática concibe a los ciudadanos, algo que se plasma en sus textos políticos fundamentales (constituciones y declaraciones de los derechos humanos) y en la tradición histórica de interpretación de esos textos*."[88]

El atributo de la personalidad de la persona, en el caso de los embriones humanos, como mencionamos, se desprende de lo establecido en la Constitución Nacional y en las Declaraciones de Derechos Humanos donde se considera a la persona. Esta idea de persona es estudiada por la filosofía moral, política y del derecho. Para el autor mencionado se debe hacer una distinción entre el concepto biológico o psicológico del ser humano del concepto normativo de la persona, considerada como sujeto autónomo construido por el pensamiento, la moral y la política.

En cuanto al atributo de la personalidad de la persona, el derecho, basándose en el principio clásico ético-jurídico, entiende que la personalidad comienza desde el momento de la concepción. En el caso de los embriones que se encuentran en el seno materno no hay problema en reconocerle dicha personalidad, aunque hoy en día también se encuentra cuestionado por la sociedad a pesar de lo dispuesto por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos con raigambre constitucional, en el Código Penal de Nación y en el Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, nos encontramos con un gran problema cuando hablamos de embriones humanos que aún no han sido implantados en el seno materno y se encuentran *criopreservados* para su posterior implantación, en este caso se debe entender que los términos fecundación y concepción son sinónimos y que por lo tanto se le debe reconocer el atributo de la personalidad a todos los embriones humanos sin hacer una diferencia en aquellos que se encuentran concebidos y/o implantados en el seno materno de aquellos que aún no han sido implantados..

[88]Herrera, Daniel Alejandro. *La persona y el fundamento de los derechos* humanos. 1ª ed.- Buenos Aires: Educa, 2012, pág. 433

El famoso médico y bioético Tristam Engelhardt trata el tema del estatuto de los embriones desde una perspectiva *consensualista.* Siguiendo los lineamientos de Locke, Kant y Nozick, este autor considera a la persona como un sujeto autónomo moral, autoconsciente y autoreflexivo. En este plano hay que diferenciar a las personas en su capacidad de tener conciencia en sí mismas y de ser racionales. En corolario, va a distinguir distintos sentidos del término persona.

En un sentido estricto, el término alude a un agente moral, considerando al sujeto racional consciente, autónomo y autoreflexivo; por ende, solo va a considerar persona a aquellas que reúnan dichas características. En el caso puntal de los embriones, para el autor no se debe reconocer el estatus de persona en sentido estricto.

En un sentido social, a los embriones se le otorgan todos los derechos de las personas, ya que pertenecen a la categoría de humanos que todavía no son personas en sentido estricto pero que lo son en potencia; similar a aquellos seres humanos que alguna vez fueron personas pero por alguna razón ya no lo son; aquellos seres humanos que nunca han sido ni serán personas en sentido estricto y a aquellos seres humanos que sufrieron o sufren graves lesiones y que no son capaces de relacionarse socialmente. .

Peter Singer, siguiendo los mismos lineamientos que Engelhardt, identifica a la persona con el ser autoconsciente y con posibilidades de esa forma se lo podría considerar un sujeto moral y jurídico. Continuando con esta postura, desconoce el estatus de persona a los embriones, trazando una distinción entre dos tipos de seres: los seres capaces de sufrir y por el otro lado los seres incapaces de sufrir.

"*Si un ser sufre, no puede existir ningún tipo de justificación moral para rechazar que ese sufrimiento sea tenido en cuenta. Cualquiera que sea la naturaleza del ser, el principio de igualdad requiere que el sufrimiento sea considerado de igual manera que igual sufrimiento de cualquier otro ser -en tanto en cuanto se puedan establecer comparaciones de esta índole. Si un ser no es capaz de sufrir, o de experimentar gozo o felicidad, no existe nada para tener en cuenta*."[89]

Es loable destacar que Peter Singer reconoce el status de persona no solo a los seres humanos sino a otros seres que considera no humanos como por ejemplo los animales, pudiendo entender entonces que la persona es persona porque posee una sustancia individual de naturaleza racional.

Otro autor que retoma el interrogante respecto al atributo de persona es Ronald Dworkin, también desde una perspectiva constructivista. Citado por Herrera; "*Dworkin distingue dos modos de plantear la cuestión: 1) de carácter derivado pues supone previamente la determinación de si el feto es una persona y como tal titular de derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida y conforme se responda a esta cuestión se deduce las consecuencias ético jurídicas, o sea, si es persona no debería admitirse el aborto porque sería un asesinato, en cambio si no lo es podría permitirse el mismo porque no afecta el derecho de nadie; 2) de carácter autónomo, pues independientemente a la respuesta a la cuestión del estatuto del embrión-feto (que no tendría ninguna incidencia en el debate sobre el aborto), la vida humana en cualquier estado tendría un valor intrínseco, consistiendo el debate en la diferente interpretación que cada persona, grupo o religión tiene respecto a ese valor.*"[90]

Respecto a dicha cuestión, a mi juicio el primer modo es erróneo porque no se le puede negar al embrión humano su carácter de organismo viviente poseedor de códigos biológicos que van a ser los responsables de dirigir su posterior desarrollo físico. Para el

[89]Singer, Peter. *Ética Práctica*. 2da Edición. Gran Bretaña. Cambridge University Press, 1995, pág. 73

[90]Herrera, Daniel Alejandro. *La persona y el fundamento de los derechos humanos*. 1ª ed.- Buenos Aires: Educa, 2012, pág. 451

autor, la cuestión implicada es de tipo autónoma y por lo tanto la determinación del valor intrínseco de la vida es un problema principalmente moral y jurídico.

4.3.4 La hermenéutica jurídica

Para Arthur Kaufmann, basado en lo establecido por Santo Tomás de Aquino, la persona no es sustancia sino relación, abarcando esta persona no solo el sujeto sino también el objeto; siendo este objeto la relación misma.

"*Kaufmann aborda los problemas de bioética, y entre ellos ocupa un lugar central la cuestión del estatuto del ser humano en estado embrionario: 'A esta altura no se puede esquivar más el problema sobre cuál estatuto moral y jurídico tiene el embrión humano. En esto tendremos aquí –precisamente aquí– que protegernos de posiciones extremas indemostrables. No es posible determinar con los medios del conocimiento científico si un embrión posee individualidad y dignidad personal (en absoluto un alma inmortal). Pero, por otra parte, también el supuesto especulativo de que el embrión humano no sería nada más que un producto semejante a una frambuesa o un renacuajo no tiene en cuenta que en el embrión humano está la plena potencialidad del ser hombre*"'.[91]

Otros aportes pueden servir de sostén respecto a la potencial humanidad del embrión: "*El alma humana tiene ser o entidad, es sustancia, por sí sol*."[92]; y considerado un ser humano en potencia las contribuciones éticas de Kant resultan relevantes. Para el autor prusiano el embrión tiene que ser tratado como *fin* y no como *medio* para otra cosa[93]; por lo tanto, vale pensar que el estatuto de persona de los embriones se define por el ser y no por el obrar.

Finalmente, podemos citar al filósofo chileno Alfonso Gómez-Lobo, profesor de Metafísica y Filosofía Moral en le Universidad de Georgetown y miembro del Comité de Bioética del presidente Bush, de los Estados Unidos de Norteamérica, quien puede ser presentado como partidario de la tesis de la facultad de autoconstrucción inherente al embrión. Este autor sostiene que, en las últimas décadas, algunos filósofos han defendido una distinción entre ser humano y persona en virtud de la cual comenzamos nuestra vida como seres humanos en sentido biológico sin ser beneficiarios de respeto; y llamamos a ser personas dignas del mismo mucho después. ¿Cuándo? Todavía no hemos oído una respuesta unívoca ni basada en ningún hecho verificable. Lo importante es que esta distinción permite justificar cualquier manipulación de embriones humanos y, por cierto, la clonación.

4.4 Aspectos religiosos

Otra de las áreas que se ocupa del tema en cuestión, de un modo más conservador, es la Iglesia Católica, que a través de distintos documentos menciona cuál es su postura respecto de los embriones criopreservados.

"De toda la documentación de la Iglesia se desprende de manera categórica una protección cerrada y firme sobre el embrión, el que debe ser preservado contra todo lo que represente una amenaza contra su vida en cualquier estadio de su evolución a partir

[91] Herrera, Daniel Alejandro. *La persona y el fundamento de los derechos humanos*. 1ª ed.- Buenos Aires: Educa, 2012, pág. 454

[92] https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96_ugarte_embrion.pdf

[93] Referido en *La crítica del juicio* al tercer *imperativo categórico*.

del instante mismo de la unión de los gametos masculino y femenino. La firmeza de esta posición proviene de una tradición moral del cristianismo que desde el primer siglo de su historia y hasta una época reciente apuntó únicamente al respeto de la vida embrionaria o fetal in utero y al castigo del aborto. Las nuevas técnicas de reproducción asistida dieron origen a situaciones hasta ese momento inéditas que provocaron interrogantes éticos novedosos, pues la destrucción del embrión in vitro parecía no superponerse con el aborto; sin embargo, para las autoridades católicas fue plenamente legítimo extender las enseñanzas tradicionales a las nuevas situaciones, como surge de la Declaración, las Instrucciones y la Encíclica analizadas."[94]

Surge claramente, que la Iglesia Católica protege de una manera cerrada a los embriones, en especial a aquellos embriones que fueron fecundados in vitro, dependiendo de quienes hayan sido quienes hayan aportado el material genético para la creación de ese embrión. La Iglesia lo que intenta proteger, en todos sus escritos, es la institución de la familia, siempre partiendo desde la base del matrimonio.

A su vez, la Iglesia cree y defiende la ley moral natural, pero esto trae consecuencias ya que la llamada ley moral natural no se presenta acorde a las nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Esto es debido a que dichas técnicas traen aparejadas consecuencias negativas respecto de los embriones originados que fueron creados por estas técnicas, como ser la criopreservación, la eliminación, etc.

Ahora bien, considerando que la Iglesia Católica toma como punto de partida a toda persona humana, desde el mismo instante de su concepción en el seno materno o de su fecundación en el caso de técnicas de reproducción humana medicamente asistida, es titular del derecho a la vida.

Siguiendo los lineamientos del Papa Juan Pablo II se puede observar que este destaca que la *"valoración moral del aborto se debe aplicar también a las recientes formas de intervención sobre los embriones humanos que, aun buscando fines en sí mismos legítimos, comportan inevitablemente su destrucción". Es el caso de los experimentos con embriones, su generación in vitro para utilizarlos como abastecedores de órganos o tejidos para trasplantes, y la homicida mentalidad eugenésica, "que acepta el aborto selectivo para impedir el nacimiento de niños afectados por varios tipos de anomalías. Semejante mentalidad –clama el Papa- es ignominiosa y totalmente reprobable, porque pretende medir el valor de una vida humana siguiendo parámetros sólo de 'normalidad' y de bienestar físico, abriendo así el camino a la legitimación incluso del infanticidio y de la eutanasia."*[95]

Ya se ha mencionado, que la Iglesia Católica se ha manifestado sobre el tema de investigación a través de distintos instrumentos, entre ellos la "Instrucción Donum Vitae" sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación de la Congregación para la doctrina de la Fe; "El embrión humano en la dase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas" de la Pontificia Academia para la vida y la "Instrucción Dignittas Personae" sobre algunas cuestiones de

[94] De Rempel, Noemi G. La protección jurídica del embrión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2016, pág. 102

[95] Rodríguez Varela, Alberto. La persona antes de nacer. 1ª ed. Buenos Aires: Agape Libros, 2014, 350 p, pág. 135

la bioética de la Congregación para la doctrina de la Fe, que a continuación se comentarán:

4.4.1 Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación

Esta Instrucción está dividida en un preámbulo; introducción; capítulo I destinado al respeto de los embriones humanos; capítulo II acerca de las intervenciones sobre la procreación humana, donde hace una distinción entre la fecundación artificial heteróloga y la fecundación artificial homóloga; luego un capítulo III donde hace referencia a la moral y a la ley civil y por último la conclusión.

En el capítulo I hace mención a los juicios morales relacionados con las técnicas de procreación artificial humana y menciona que hay dos valores fundamentales que se relacionan con los mismos: la vida del ser humano llamado a la existencia y la originalidad con que esa vida es transmitida en el matrimonio. Por otro lado, menciona que *"la inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano inocente "desde el momento de la concepción hasta la muerte" [14] es un signo y una exigencia de la inviolabilidad misma de la persona, a la que el Creador ha concedido el don de la vida."*[96]

Por lo que se entiende que para la Iglesia Católica todo ser humano, sin importar si está por nacer o nacido, fuera o dentro del seno materno; por el solo hecho de haber sido concebido goza del derecho a la vida, derecho que no puede ser violado por ninguna persona.

El capítulo II está dedicado al respeto de los embriones humanos y comienza señalando que *"el ser humano ha de ser respetado –como persona- desde el primer instante de su existencia".*[97] Por lo que la Iglesia Católica admira el derecho a la vida de todos los seres humanos desde el momento mismo de la concepción, por lo tanto, el aborto, el descarte de embriones o el cese de la criopreservación serían crímenes abominables. Asimismo, la Santa Sede en su Carta de los derechos de la familia acentuaba que "*la vida humana ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de su concepción [24]."*[98]

Es decir que, desde el momento en que se produce la unión del óvulo con el espermatozoide, estamos en presencia de un ser humano individual que se desarrolla por sí mismo, por ende, a partir de ese mismo instante debe respetarse su derecho a la vida. *"Por tanto, el fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso,*

---

[96] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

[97] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

[98] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida."[99]

Posteriormente el texto mencionado refiere a la valoración moral que merece la investigación que se realice sobre embriones producto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, en especial la fecundación in vitro. Al respecto, reconoce el carácter de persona que tienen los embriones humanos fecundados in vitro y como tal su dignidad y el derecho a la vida desde el mismo instante de su existencia.

La Iglesia, también, detalla acerca de los embriones sobrantes producto de la fertilización in vitro y se posiciona en contra de su destrucción como en el caso del aborto, Además, prohíbe el uso de los embriones con fines de investigación únicamente. Al respecto menciona que "*todo ser humano ha de ser respetado por sí mismo, y no puede quedar reducido a un puro y simple valor instrumental en beneficio de otros. Por ello no es conforme a la moral exponer deliberadamente a la muerte embriones humanos obtenidos in vitro. Por haber sido producidos in vitro, estos embriones, no transferidos al cuerpo de la madre y denominados "embriones sobrantes", quedan expuestos a una suerte absurda, sin que sea posible ofrecerles vías de supervivencia seguras y lícitamente perseguibles."*[100]

Otra crítica eclesiástica versa sobre las distintas formas de manipulación biológica o genética que se realizan sobre embriones humanos. Asimismo, se hace referencia al diagnóstico prenatal permitiéndolo solo en el caso de que el mismo respete la vida e integridad del embrión humano y siempre que se realice con fines de curación. En cambio, si se realiza con el fin de interrumpir la vida que está en camino; además, las autoridades eclesiásticas condenan a los progenitores por atentar contra el derecho a la vida de esa persona por nacer.

Igualmente, la iglesia censura implícitamente la criopreservación de embriones debido a que sostiene que atenta contra la dignidad de ese ser humano. Menciona que *"la misma congelación de embriones, aunque se realice para mantener en vida al embrión –crioconservación-, constituye una ofensa al respeto debido a los seres humanos, por cuanto les expone a graves riesgos de muerte o de daño a la integridad física, les priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y les pone en una situación susceptible de nuevas lesiones y manipulaciones."*[101]

Sostiene que cada persona merece el respeto a su dignidad y a la vida desde el momento de su inicio por lo que la criopreservación atacaría tanto la moral como el

---

[99] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

[100] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

[101] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

derecho a la vida del embrión ya que el mismo quedaría suspendido en el tiempo hasta una futura implantación en el seno materno.

En el capítulo II hace referencia a las intervenciones sobre la procreación humana haciendo hincapié en la fecundación artificial heteróloga y homóloga. Ahora bien, debemos recordar que cuando se habla de fecundación artificial homóloga nos referimos a la utilización de gametos masculinos provenientes del cónyuge o conviviente. En cambio, nos referimos a la fecundación artificial heteróloga cuando los gametos que se utilizan provienen de donantes. Producto de esas técnicas de fecundación quedan algunos embriones que se congelan o se destruyen.

En el apartado A se menciona a la fecundación artificial heteróloga y se comienza haciendo referencia a que toda vida humana debe generarse en el ámbito del matrimonio, y que ese hijo tiene el derecho a ser criado dentro del matrimonio hasta tanto alcance el grado de madurez suficiente. Asimismo, menciona que la donación de gametos de una o de terceras personas viola el compromiso asumido en la institución del matrimonio.

A su vez, menciona que la fecundación artificial heteróloga es contraria a la institución del matrimonio y a la dignidad de los cónyuges. En tal sentido sostiene que *"Estas razones determinan un juicio moral negativo de la fecundación artificial heteróloga. Por tanto, es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con esperma de un donador distinto de su marido, así como la fecundación con el esperma del marido de un óvulo no procedente de su esposa. Es moralmente injustificable, además, la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda sea quien sea el donador."*[102]

Es decir que para la Iglesia la única forma moralmente aceptable de fecundación artificial es la denominada homóloga ya que de lo contrario atentaría contra la institución del matrimonio. Por otro lado, considera un acto negativo la fecundación en mujeres solteras o viudas, cuestión trasmitida también a los hombres, con la salvedad que, en el caso de estos últimos, siempre se depende si o si de una tercera persona que puede o no ser la donante del óvulo que llegue adelante el embarazo; en este caso nos encontramos ante un caso de maternidad subrogada o también denominada gestación por sustitución.

Respecto de la maternidad subrogada, la Iglesia manifiesta que "*La maternidad sustitutiva representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende a la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura, en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen."*[103]

En el apartado B se refiere a la fecundación artificial homóloga, es decir aquella fertilización en la que se utiliza material genético de los cónyuges. La Iglesia considera

[102] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

[103] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

este acto moral y que esta interrelacionado con los bienes del matrimonio y tiene su fundamento en la unidad y dignidad del ser humano.

"…La persona concebida deberá ser el fruto de amor de sus padres. No puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas: esto equivaldría a reducirlo a ser objeto de una tecnología científica. Nadie puede subordinar la llegada al mundo de un niño a las condiciones de eficiencia técnica mensurables según parámetros de control y de dominio.

La importancia moral de la unión existente entre los significados del acto conyugal y entre los bienes del matrimonio, la unidad del ser humano y la dignidad de su origen, exigen que la procreación de una persona humana haya de ser querida como el fruto del acto conyugal específico del amor entre los esposos. El vínculo existente entre procreación y acto conyugal se revela, por eso, de gran valor en el plano antropológico y moral, y aclara la posición del Magisterio a propósito de la fecundación artificial homóloga."[104]

Ahora bien, la Iglesia se presenta a favor de este medio de fecundación solo en aquellos casos en que el procedimiento sea con fines de ayuda a la concepción y no que sea sustitutivo del acto conyugal. Asimismo, se expresa cuando menciona "*la medicina que desee ordenarse al bien integral de la persona debe respetar los valores específicamente humanos de la sexualidad [55]. El médico está al servicio de la persona y de la procreación humana: no le corresponde la facultad de disponer o decidir sobre ellas. El acto médico es respetuoso de la dignidad de las personas cuando se dirige a ayudar el acto conyugal, sea para facilitar su realización, sea para que el acto moralmente realizado consiga su fin [56]."*[105]

Por último, debemos mencionar que la Iglesia busca el total reconocimiento de la dignidad humana y su respeto a la vida, es decir que esta vida no sea objeto de decisión o manipulación por parte de sus progenitores y/o de terceras personas.

4.4.2 El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas.

Dentro del marco de la XII Asamblea general de la Pontificia Academia para la Vida, se llevó a cabo un Congreso internacional sobre el tema "El embrión humano en la fase de la preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas". En dicho Congreso hubo un gran debate acerca de las cuestiones bioéticas cuyo eje central fue el embrión humano.

Los datos aportados por la embriología moderna fueron analizados conforme a una interpretación filosófica para así poder determinar cuál es el estatus moral del embrión humano. Al respecto se ha expresado en la Declaración Final de la XII Asamblea

[104] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

[105] Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

General lo siguiente: *"Es sabido que, entre las diversas propuestas hermenéuticas presentes en el debate bioético actual, se han indicado varios momentos del desarrollo embrional humano a los cuales unir la atribución al mismo de un estatus moral, a menudo aduciendo razones fundadas en criterios "extrínsecos" (es decir, partiendo de factores externos al embrión mismo). Pero ese modo de proceder no es idóneo para identificar realmente el estatus moral del embrión, dado que todo posible juicio acaba por basarse en elementos totalmente convencionales y arbitrarios.*

Para poder formular un juicio más objetivo sobre la realidad del embrión humano y, por tanto, deducir indicaciones éticas, es preciso más bien tomar en cuenta criterios "intrínsecos "al embrión mismo, comenzando precisamente por los datos que el conocimiento científico pone a nuestra disposición. A partir de ellos se puede afirmar que el embrión humano en la fase de la preimplantación es: a) un ser de la especie humana; b) un ser individual; c) un ser que posee en sí la finalidad de desarrollarse en cuanto persona humana y a la vez la capacidad intrínseca de realizar ese desarrollo."[106]

Por lo expuesto, la Iglesia, ratifica lo ya manifestado anteriormente, considera al embrión humano no implantado un ser individual de la especie humana y con posibilidad de desarrollarse como persona humana.

Finaliza la Pontificia Academia para la vida en la Declaración Final de la XII Asamblea General manifestando que *"Con todo, precisamente a partir de los datos biológicos de los que se dispone, consideramos que no existe ninguna razón significativa que lleve a negar que el embrión es persona ya en esta fase. Naturalmente, eso presupone una interpretación del concepto de persona de tipo substancial, es decir, referida a la misma naturaleza humana en cuanto tal, rica en potencialidades que se expresarán a lo largo de todo el desarrollo embrional y también después del nacimiento."*[107]

Es decir que reconoce la realidad biológica que poseen todos los embriones desde el mismo instante de la concepción, sin distinguir si la misma se produjo dentro o fuera del seno materno; asimismo sostiene que por el solo hecho de ser un ser humano merece el respeto a su dignidad e integridad, debiéndose respetar su derecho a la vida.

4.4.3 Instrucción DIGNITAS PERSONAE sobre algunas cuestiones de bioética

La instrucción DIGNITAS PERSONAE se encuentra estructurada en una introducción; una primera parte denominada "Aspectos antropológicos, teológicos y éticos de la vida y la procreación humana"; una segunda parte titulada "Nuevos Problemas relativos a la procreación"; una tercera parte denominada "Nuevas propuestas terapéuticas que comportan la manipulación del embrión o del patrimonio genético humano" y por último la conclusión.

En la primera parte menciona los avances tecnológicos en relación con la maternidad, mediante la implementación de técnicas de reproducción humana

[106] Pontificia Academia para la vida. El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas. En internet: http://www.sadeccanonico.com.ar/documentos/embrionhumano.pdf (Fecha de consulta: 18/01/2019)
[107] Pontificia Academia para la vida. El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas. En internet: http://www.sadeccanonico.com.ar/documentos/embrionhumano.pdf (Fecha de consulta: 18/01/2019)

medicamente asistida. Al respecto, considera que estos avances son positivos y merecen el apoyo de la Iglesia cuando los mismos sirvan para ayudar al desarrollo de los procesos generativos. Sin embargo, considera que son negativos si su fin es la supresión de esos seres humanos, o esos actos afecten la dignidad de la persona por nacer.

"El cuerpo de un ser humano, desde los primeros estadios de su existencia, no se puede reducir al conjunto de sus células. El cuerpo embrionario se desarrolla progresivamente según un "programa" bien definido y con un fin propio, que se manifiesta con el nacimiento de cada niño.

Conviene aquí recordar el criterio ético fundamental expresado en la Instrucción Donum vitae para valorar las cuestiones morales en relación con las intervenciones sobre el embrión humano: <<El fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado, que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida>>."[108]

De acuerdo con lo expuesto, se presupone un carácter ontológico respecto de los embriones humanos considerando que estos gozan de la dignidad propia de todas las personas, y que dicha dignidad debe ser respetada a todos los seres humanos por igual, sin importar si los mismos se encuentran en el seno materno o no, o si se convirtieron en personas nacidas.

En la segunda parte, se mencionan las nuevas técnicas médicas de reproducción humana, y la Iglesia considera que estas deben estimar tres aspectos fundamentales a saber: el derecho a la vida, la unidad del matrimonio y los valores humanos de la sexualidad.

Respecto al tema de la presente tesis, menciona el congelamiento de embriones, producto de la extracción de óvulos de la mujer que se produce en la fertilización in vitro para producir embriones. Estos no son implantados en su totalidad en el seno materno, con el fin de evitar embarazos múltiples, por lo que se procede a criopreservarlos para luego reimplantarlos. Pero el problema se genera cuando los progenitores logran tener un hijo y no desean pasar nuevamente por el proceso, o cuando deciden no continuar con el procedimiento, o se separan o divorcian o incluso alguno de los progenitores muere; en esos casos, la Iglesia considera que es incompatible con el respeto que se le debe a los embriones humanos por su carácter de persona por nacer.

"La criopreservación es incompatible con el respeto debido a los embriones humanos: presupone su producción in vitro; los expone a graves riesgos de muerte o de daño a su integridad física, en cuanto un alto porcentaje no sobrevive al procedimiento de congelación y descongelación; los priva al menor temporalmente de la acogida y gestación materna; los pone en situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones. […]En definitiva, es necesario constatar que los millares de embriones que se encuentran en estado de abandono determinan una situación de injusticia que es

[108] Congragación para la doctrina de la Fe. Instrucción DIGNITAS PERSONAE sobre algunas cuestiones de bioética. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

de hecho irreparable. Por ello Juan Pablo II dirigió <<una llamada a la conciencia de los responsables del mundo científico, y de modo particular a los médicos para que se detenga la producción de embriones humanos, teniendo en cuenta que no se vislumbra una salida moralmente lícita para el destino humano de los miles y miles de embriones "congelados", que son y siguen siendo siempre titulares de los derechos esenciales y que, por tanto, hay que tutelar jurídicamente como personas humanas>>."[109]

Por otro lado, la Iglesia no solo está en contra de la criopreservación de embriones sino también del congelamiento del óvulo y por consiguiente de la ovodonación, considerando a estos procesos moralmente inaceptables debido a que se estaría alterando la dignidad humana al tratar al embrión y/o al material genético como material de laboratorio.

Del mismo modo, la Iglesia está totalmente en contra del uso de embriones humanos como objeto de investigación, ya que considera que afecta la dignidad humana y produce un desorden moral grave.

4.5 Aspectos morales

Ya se ha mencionado que los embriones tienen un estatuto ético, jurídico, religioso, moral y biológico; y cada uno de estos aspectos deben ser respetados. A continuación, se analizan todas las cuestiones morales respecto a los embriones criopreservados.

Ahora bien, para hablar de los aspectos morales nos tenemos que preguntar ¿Desde qué momento comienza la vida? ¿Desde cuándo los embriones tienen vida?, entre otras. Cuando nos referimos a los embriones ya se ha estipulado que la vida comienza desde el mismo instante de su concepción. En lo que respecta a la fecundación in vitro, debemos mencionar que "*…el embrión humano es desde el primer instante de su desarrollo 'un individuo de la especie humana', una unidad biológica autónoma y diferente del conjunto de células y tejidos de la madre."*[110]

Es decir, desde el momento de la concepción, el embrión comienza a ser un nuevo *ser*, por lo tanto, es un individuo de la especie humana. Este *ser*, luego de la unión del óvulo y el espermatozoide, es un *ser* en acto. Cuando nos referimos a *acto*, lo hacemos respecto a lo que somos, y en este caso, somos seres de la especie humana, por lo que el embrión es una persona. Como es un ser, se le debe respetar la vida humana, por lo tanto, la ley debe prohibir la destrucción de estos embriones, por más que se encuentren criopreservados y no implantados.

"El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida. Por tanto, el Estatuto Jurídico indica que las leyes deben ser

---

[109] Congragación para la doctrina de la Fe. Instrucción DIGNITAS PERSONAE sobre algunas cuestiones de bioética. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

[110] Arango Restrepo, Pablo. Estatuto del embrión humano. Escritos, Vol. 24, N° 53, Julio-Diciembre, 2016, pág. 310. En internet: http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a05.pdf (Fecha de consulta: 13/01/2019)

conformes a lo que señalan el Estatuto Biológico y el Moral; no se puede dejar guiar por intereses económicos o cientificistas".[111]

Es decir, que ese embrión, por el solo hecho de ser un individuo de la especie humana debe ser tratado como una persona, reconociéndole todos los derechos inherentes a las personas, como por ejemplo el derecho a la vida, el derecho a nacer, el derecho a que no sean manipulados ni destruidos, entre otros.

Si bien resulta un tema controversial el hecho de que los embriones poseen el mismo estatus moral que las personas ya nacidas, la solución está dada por el ordenamiento jurídico que estipula que se es persona desde el momento de la concepción, sin aclarar si esa concepción fue dentro del seno materno o producto de una fertilización asistida. A pesar de que el proceso de comienzo de esa persona tiene distintos desarrollos, cuenta desde el momento de su creación con un valor moral inherente a toda persona humana.

Hemos mencionado que todos los seres humanos tienen el derecho fundamental de la vida, entonces "*Cuando se viola el derecho a esa vida se promueve la violencia en un aspecto básico de nuestra actitud moral, si un embrión es parte del espectro del desarrollo de una persona humana, entonces es clara la diferencia de color de los humanos y podemos corroborar con esto que el confort social lleva a la destrucción de muchos embriones humanos sin razón necesaria".*[112]Si bien los embriones, no implantados, tienen su desarrollo suspendido en el tiempo, estos tienen una vida potencialmente completa y como tal la moral y la ley deben respetar el derecho a la vida, desde el mismo instante de la concepción.

Para los seguidores de la teoría o corriente denominada "Teoría de la fecundación o penetración del óvulo por el espermatozoide" ese embrión humano es un ser vivo y autónomo y como tal posee vida autónoma a partir de la unión de los gametos, momento en el cual comienza el desarrollo embrionario. Si bien tiene una carga genética que fue aportada por los gametos femeninos y masculinos en el momento de la concepción y/o fecundación, es un ser independiente, individual desde el momento de la concepción.

"*Hemos de tener en cuenta que el estatuto moral que en dicha corriente doctrinal o teoría se postula es predicable a cualquier cigoto humano, con independencia de que éste haya sido fecundado de manera natural o de forma artificial mediante técnicas de reproducción médica asistida. No podemos olvidar que la fecundación es la fase de desarrollo embrionario que determina la adquisición de personalidad jurídica y por ende, la titularidad del derecho a la vida por parte del no nacido, cuyo pleno disfrute no puede ser interrumpido. Por ello, el uso de las nuevas técnicas de reproducción humana es, para esta corriente doctrinal, plenamente compatibles con el respeto a la vida del embrión, con la salvedad de que dichas técnicas no sean utilizadas para fecundar un*

[111] Arango Restrepo, Pablo. Estatuto del embrión humano. Escritos, Vol. 24, N° 53, Julio-Diciembre, 2016, pág. 317. En internet: http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a05.pdf (Fecha de consulta: 13/01/2019)

[112] Báez-Reyes, María del Rocío. El feto y los derechos humanos. Rev. Sanid Milt Mex (2010); 64(3) May-Jun: 125-132, pág. 131. En internet: http://www.medigraphic.com/pdfs/sanmil/sm-2010/sm103g.pdf (Fecha de consulta: 15/01/2019)

número mayor de cigotos de los que van a ser implantados en el útero materno en cada tratamiento de fertilidad".[113]

Con respecto al tema de esta investigación, ya hemos mencionado que la criopreservación de embriones, como así también la manipulación y/o el empleo de estos traen no solamente un gran problema ético, sino que también moral. El estatuto moral de los embriones humanos se dividen de la siguiente manera: *"…1) el embrión humano es persona potencial y como tal merece igual consideración, respeto e inviolabilidad de su vida como la que se le reconoce a la persona humana en cualquier etapa del ciclo vital, 2) el embrión humano no es persona potencial sino un grupo celular que aún no está definido como un nuevo individuo, 3) el embrión humano antes de su implantación (siete días luego de la fecundación) es un organismo en fase inicial de desarrollo, con una naturaleza incompletamente constituida, y por lo tanto no es claro de que ya tenga todos los derechos de una persona humana ya constituida."*[114]

Ahora bien, moralmente solo es aceptable la primera postura dentro del estatuto ya que es aquella que reconoce a los embriones humanos como una persona, tal lo considera nuestro ordenamiento jurídico vigente, al mencionar que se es persona desde el momento de la concepción, por lo que desde ese mismo instante los embriones gozan de la protección legal de su derecho a la vida. Sin embargo, las posturas dos y tres no solo son contrarias a nuestro ordenamiento jurídico, que expresamente prohíbe el aborto, sino que no son moralmente aceptables, porque es imposible no reconocer que los embriones humanos son seres humanos, si hiciéramos eso, estaríamos cosificando a los embriones, lo que nos llevaría a las más grandes aberraciones, ya que, si son una cosa, se podrían vender; lo que está totalmente prohibido por la ley de nuestro país.

4.5.1 Licitud moral respecto de los embriones producto de las nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida

El avance de la ciencia con la implementación de las nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida ha traído aparejado grandes debates éticos y morales respecto de la fecundación in vitro propiamente dicha, a la no transferencia de los embriones producto de esta técnica, a la criopreservación de los embriones sobrantes, al abandono de estos por parte de sus progenitores, a la posibilidad de adopción o no de los mismos, entre otros.

Esto nos trae aparejado grandes interrogantes como ser ¿Qué hacemos con los embriones?, ¿Qué destino les damos?, ¿Resulta un bien moral criopreservar embriones?, ¿Es lícito adoptar embriones criopreservados? Para responder estos interrogantes, desarrollaremos las distintas posturas que se encuentran al respecto.

4.5.1.1 Fecundación in vitro

La fecundación in vitro es una técnica de reproducción humana medicamente asistida por medio de la cual se fecunda un óvulo con un espermatozoide de manera artificial, es decir, fuera del seno materno. Está técnica se puede realizarse de diferentes maneras: con material genético de una misma pareja; con óvulos propios y con donación

[113] De Pablos, Gemma Lucia. El embrión humano: consideraciones éticas en cuanto al estatuto ontológico del mismo. Protección Jurídica. Revista de Derecho UNED, Núm. 11, 2012, pág. 654. En internet: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11147/10675 (Fecha de consulta: 15/01/2019)
[114] Theas, María Susana. La Bioética y el destino de los embriones congelados, pág. 3,4

de esperma; con ovodonación y semen propio; o con donación de material genético tanto óvulo como esperma de donantes anónimos.

Ahora bien, en este apartado nos importa hablar sobre el aspecto moral de esta técnica, encontrando que la misma es un acto moralmente negativo teniendo como base tres aspectos fundamentales que son la naturaleza de la sexualidad humana: el acto conyugal, la familia y el respeto al embrión humano.

Las técnicas de reproducción humana asistida ayudan a la reproducción en los casos en que existe esterilidad por parte de alguno de los miembros de la pareja que quieren ser padres o de ambos. Incluso permiten la posibilidad de formar una familia, personas solas, incluso sin ser heterosexuales. Estas técnicas presentan diversos problemas de índole moral, entre ellos el relacionado con la postura de aquellos que defienden el respeto de la vida humana desde el momento de la fecundación. Estos sostienen que la vida humana comienza en el mismo instante en que se produce la fecundación cuando hablamos de técnicas de reproducción humana medicamente asistida y de concepción cuando nos referimos al seno materno. En ambos casos es a partir de ese momento cuando se forma una persona en potencia.

4.5.1.2 No transferencia de los embriones fecundados in vitro al seno materno

Ya se ha mencionado en el apartado anterior que producto de esas técnicas de reproducción medicamente asistida, más precisamente de la fecundación in vitro, se producen mayor cantidad de embriones de los que realmente se implantan en el seno materno. Por lo general, en cada tratamiento se fecundan entre diez a doce embriones, implantando solamente de dos a tres de los mismos, con el fin de evitar embarazos supra numerarios. En el primer intento de formar la ansiada familia, se implantan de dos a tres embriones y luego, si el proceso falla y no se logra el embarazo, en un segundo intento se descongelarán e implantarán la misma cantidad de embriones, y si el procedimiento nuevamente fallara se seguirá intentando hasta un máximo de cinco intentos.

Ahora bien, este acto humano se encuentra íntimamente relacionado con el proceso anterior, con la única diferencia que no siempre es realizado por el mismo sujeto, sino que otro sujeto puede realizar dicho procedimiento.

En cuanto al acto de no trasferir todos los embriones humanos creados producto de estas técnicas, nos encontramos ante una cuestión moralmente incorrecta ya que se priva a esos embriones que fueron creados la posibilidad de desarrollarse en condiciones naturales y no artificiales y luego de un tiempo nacer. Además, los embriones son seres vivos que tienen el poder de pasar de ser potencia a acto. Por otro lado, al no implantarlos en el seno materno se les está prohibiendo su autonomía con el único fin de satisfacer la voluntad de los progenitores y de la ciencia, dejando de lado en cierta forma a ese ser viviente: ser humano potencial.

4.5.1.3 La criopreservación de los embriones

La criopreservación de embriones es otro acto humano diferente a los mencionados anteriormente, que al igual que el anterior puede ser llevado a cabo por otro sujeto distinto al o a los donantes de gametos. Se ha definido en el capítulo 1 que la

criopreservación es un proceso que se utiliza para conservar congelados uno o más embriones con el propósito de utilizarlos en el futuro. La misma está interrelacionada con las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, en especial con la fertilización in vitro. También, se puede entender a la *criopreservación* de embriones como un tipo de preservación de la fecundidad.

"Detener el ciclo vital de un embrión humano es expresión de <<voluntad de poder>>, con el que uno decide sobre otro, débil e indefenso. La crioconservación no <<interrumpe>> la vida: ésta está <<allí>> -congelada, depositada- como un producto de consumo, al lado de muchos otros, preparada para cuando haga falta. Su dignidad está en el valor de uso, sujeto también a caducidad, desde el momento que nadie puede garantizar la integridad física y la misma vitalidad de un embrión congelado, a causa de los tiempos y de las modalidades de congelación-descongelación."[115]

Por lo tanto, la criopreservación se da para conservar a los embriones en el tiempo con el fin de implantarlos en un futuro, pero es un acto incorrecto moralmente ya que se suspende la vida humana, por lo que con la crioconservación se impide la continuidad de ese desarrollo de la vida. Además, lo cierto es que la mayoría de estos embriones criopreservados no son implantados luego del proceso de la fecundación in vitro, incluso tampoco en el futuro, o porque los progenitores cambiaron de parecer, o porque el tratamiento tuvo éxito y lograron ser padres, o debido a que los progenitores deciden separarse o incluso alguno de ellos o ambos fallecen, por lo que estamos ante varios problemas no solo éticos sino también morales.

Ligado a la criopreservación, encontramos la descongelación de estos embriones que se hallaban criopreservados, y dicho acto puede ser tanto negativo como positivo dependiendo del punto de vista. Si el embrión se va a descongelar con el fin de que sea implantado en el seno materno, nos encontramos ante un acto positivo, pero si, en cambio, ese embrión se va a descongelar con el fin de cesar con su criopreservación, destruirlo y/o manipularlo con fines de investigación nos encontramos ante actos negativos. "*Hay que tener presente que en la valoración moral de un acto intervienen siempre tres elementos fundamentales: el objeto del acto, es decir la finalidad intrínseca del acto mismo (finis operis); las circunstancias en que el acto se realiza y el sujeto actúa, que pueden ser agravantes o atenuantes, e incluso especificar ulteriormente la naturaleza del acto; y por último la intención o fin del sujeto que actúa (finis operantis)."*[116]

Entonces, tal como se mencionó anteriormente, el acto de descongelamiento va a ser moralmente correcto cuando el mismo se realice con el fin de otorgarle al embrión la posibilidad de que tome su estado biológico normal dentro del seno materno. En cambio, será incorrecto si el fin es que el embrión sea manipulado y/o eliminado.

---

[115] Antuñano Alea, Salvador, López Barahona, Mónica, Lucas, Ramón Lucas, La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones. En internet: https://www.bioeticaweb.com/la-licitud-moral-de-la-adopciasn-de-embriones-congelados-y-la-respuesta-a-las-objeciones/ (Fecha de consulta: 16/01/2019)

[116] Antuñano Alea, Salvador, López Barahona, Mónica, Lucas, Ramón Lucas, La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones. En internet: https://www.bioeticaweb.com/la-licitud-moral-de-la-adopciasn-de-embriones-congelados-y-la-respuesta-a-las-objeciones/ (Fecha de consulta: 16/01/2019)

4.5.1.4 La adopción de los embriones criopreservados

Otro de los actos morales con lo que nos encontramos es la adopción de los embriones que se encuentran criopreservados. Este acto de adopción es diferente a los actos mencionados anteriormente debido a que la adopción de embriones siempre es un acto positivo y no negativo como los anteriores.

"*La "adopción prenatal" se propone como solución a los embriones congelados, pero esto no es una solución completa ni práctica al problema; puesto que no puede obligarse a nadie a adoptar embriones congelados, muchos embriones quedarían congelados y seguiríamos sin saber qué hacer con ellos."*[117]

Ahora bien, con la adopción lo que se pretende es la continuidad de la vida de ese embrión que ha sido abandonado por sus progenitores biológicos, por lo que la adopción sería una solución límite aceptable. Con la misma se les está dando la posibilidad de continuar con el desarrollo humano, subsanando el mal que le han causado sus progenitores.

Sin embargo, la adopción de embriones es implantar un embrión en una mujer que no ha sido donante de gametos que formaron ese embrión; si bien no es la madre biológica, no quiere decir que aquella mujer, a quien se le implante el embrión, se convierta en una madre sustituta o madre de alquiler, ya que sino dejaríamos de estar ante una adopción de embriones y nos encontraríamos ante una maternidad subrogada por lo que debemos diferenciarlo. Esta adopción de embriones modifica la concepción arcaica de maternidad y de filiación, ya que se incorpora un nuevo tipo filiatorio a los ya conocidos, como por naturaleza y por adopción de personas ya nacidas, lo que será objeto de estudio en otro capítulo.

En otras palabras, no se puede dejar de mencionar que la adopción de embriones criopreservados está íntimamente relacionada con la postura que defiende la criopreservación ya que mediante este procedimiento se implantarían los embriones en el seno materno y se podría continuar con la procreación de esa persona. Por ello, la adopción de los embriones se puede considerar moralmente aceptable.

"En la valoración ética de la donación/adopción de embriones congelados desde la perspectiva de una ética laica se pueden considerar distintos aspectos, especialmente: a) el bien del posible nacido; b) la dignidad de las personas en relación con su instrumentalización y comercialización; c) la justicia en cuanto a igualdad se refiere; d) la autonomía reproductiva; e) la elección de los donantes y de los receptores; f) no favorecer el comercio de embriones; g) garantizar la existencia del consentimiento libre y expreso de los donantes; h) asegurar que existen suficientes datos clínicos para un correcto uso del material donado; i) garantizar la capacidad legal, tanto de usuarios como de profesionales, y j) no utilizar embriones abandonados".[118]

---

[117] Antuñano Alea, Salvador, López Barahona, Mónica, Lucas, Ramón Lucas, La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones. En internet: https://www.bioeticaweb.com/la-licitud-moral-de-la-adopciasn-de-embriones-congelados-y-la-respuesta-a-las-objeciones/ (Fecha de consulta: 16/01/2019)

[118] Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta Bioethica 2016; 22 82): 187-194, pág. 189.

Por lo expuesto, se puede observar que la adopción de los embriones humanos criopreservados es un acto ética y moralmente correcto ya que el fin primero es otorgarle el derecho a la vida que tiene ese embrión y formar una familia.

4.6 Aspectos médicos y/o biológicos

La vida humana es un proceso que comienza con la unión de los gametos, es decir con la unión del óvulo con el espermatozoide, producto de ello nace el cigoto que es ese ser vivo que tiene derecho a ser protegido por el solo hecho de ser persona. A su vez, con la concepción y/o fecundación comienzan los procesos biológicos, bioquímicos y morfogénicos cuyo fin es el desarrollo completo de esa persona.

"Para marcar el momento en que comienza la vida de todo ser humano, recurriré, en esta reunión interacadémica, a lo declarado públicamente por la Academia Nacional de Medicina el 23 de septiembre de 1995: "La puesta en marcha del proceso de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide. La nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico, donde se encuentra programado biológicamente su futuro; y, este hecho científico, con demostración experimental, es así tanto fuera como dentro del organismo materno".[119]

Asimismo, la Academia Nacional de Medicina en su reunión plenaria del 27 de octubre de 2016, aprobó la declaración denominada "A propósito del proyecto defertilización asistida" en la que dispuso que "*La genética en reproducción humana permite afirmar en la actualidad, que tanto en el proceso de la concepción natural, como mediante la fertilización in vitro, la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana, se inicia con la penetración del ovulo por el espermatozoide (fecundación), y que la célula resultante (cigoto) posee un nuevo código genético, diferente de ambos progenitores, único e irrepetible, creando así una nueva vida humana, que comienza su ciclo vital, dentro o fuera del organismo materno, por lo que se debe promover y respetar sus derechos, considerando la vida del embrión como la del padre y la madre, dado que ya es persona humana desde ese momento y no esperar al momento de su implantación en el útero materno como algunos desean aseverar*.

En base a estos conocimientos científicos aportados por la ciencia biológica, el comienzo de la vida ya no es materia opinable, por lo que rechazamos procedimientos propuestos en el proyecto de ley, tales como el cese de la criopreservación de los embriones luego de un determinado período, su descarte, ser dados para investigación y todos otros procedimientos que atenten contra la vida de los mismos.

"Consideramos que la vida humana y su dignidad en un período de absoluta desprotección como es la del embrión no implantado, no pueden ser perjudicadas por medidas utilitarias que impidan el primero de los derechos humanos como es el derecho a la vida.""[120]

---

[119] Rodríguez Varela, Alberto. Acerca del Comienzo de la vida humana. Disertación del académico Alberto Rodríguez Varela durante el Tercer Encuentro Interacedémico convocado bajo el título "Principios y Fin de la vida humana", el viernes 22 de mayo de 2015, en el Aula Magna de la Academia Nacional de Medicina. En internet: https://www.ancmyp.org.ar/user/files/R.Varela.D.15.pdf (Fecha de consulta: 17/01/2019)

[120] Agencia Informativa Católica Argentina. En internet: http://www.aica.org/25963-la-academia-nacional-de-medicina-se-pronuncio-sobre-fertilizacion-asistida.html (Fecha de consulta: 17/01/2019)

De lo expuesto surge claramente que ese embrión es un ser humano, y a partir del mismo momento de la concepción (dentro del seno materno) o fecundación (fuera del mismo) comienza una nueva vida con existencia propia y autónoma. Al ser personas, estos embriones gozan de todos los derechos, en especial al derecho a la vida, a desarrollarse, a nacer, entre otros.

"*…la biotecnología en auge, que se enfoca en muchos casos en el comienzo de la vida humana –investigación con embriones, células madre embrionarias, clonación, fecundación in vitro y selección de embriones-, hace que esta vida se vea amenazada por un proceso de indefinición en las primeras etapas. La discusión no debe centrarse en si el embrión posee efectivamente protección a la luz de la legislación actual, pues es notorio que no, sino si merece esta protección. Dice Pastor citado por Vila-Coro (1999): "Para la biología actual, la aceptación de que después de la fecundación tenemos un individuo nuevo de la especie humana no es una cuestión de gusto o de opinión, ni una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental apoyada en primer lugar en las características del cigoto".*[121]

No obstante, a lo largo de los años se han estudiado varias teorías respecto al inicio de la vida humana, tal como se ha mencionado brevemente en el capítulo 1, que a continuación desarrollaremos.

4.6.1 Teoría de la Fecundación

Se ha mencionado anteriormente que la teoría de la fecundación es también conocida como la teoría de la penetración del espermatozoide en el óvulo. Esta postura afirma que el ovulo fecundado (también llamado ovocito) da lugar a una nueva célula. Los seguidores de esta corriente afirman que nos encontramos ante una persona en ese mismo instante:

"La primera de las teorías o corrientes, denominada como teoría de la fecundación o penetración del óvulo por el espermatozoide, se sustenta en que el ovocito fecundado, que da lugar a una célula diploide en el transcurso normal de su desarrollo morfológico, conducirá inexorablemente a la creación de un ser humano completo, por lo que a tenor de esta teoría, la persona humana lo es desde el momento de la fecundación, entendiéndose como tal al proceso biológico por el cual se unen el óvulo y el espermatozoide iniciando así el desarrollo embrionario."[122]

Los que sustentan esta postura sostienen que luego de ser penetrado el óvulo por el espermatozoide surge una nueva vida distinta de la de sus progenitores, y como tal, se convierte en titular de un patrimonio genético único e irrepetible, distinto al de sus padres, con un ADN propio.

De lo expuesto surge claramente que el ser humano se manifiesta a partir de la *singamia*, es decir de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino. Por lo tanto, quienes adoptan esta teoría, manifiestan que al momento de la fecundación hay una

[121] Arango Restrepo, Pablo. Estatuto del embrión humano. Escritos, Vol. 24, N° 53, Julio-Diciembre, 2016, pág. 315. En internet: http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a05.pdf (Fecha de consulta: 13/01/2019)

[122] De Pablos, Gemma Lucia. El embrión humano: consideraciones éticas en cuanto al estatuto ontológico del mismo. Protección Jurídica. Revista de Derecho UNED, Núm. 11, 2012, pág. 653. En internet: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11147/10675 (Fecha de consulta: 15/01/2019)

persona ‘en acto’, y que por lo tanto puede convertirse en persona, a pesar de que aún no lo sea.

4.6.2 Teoría de la singamia

La teoría de la singamia es también conocida como la teoría de la unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide. Para esta concepción con la unión de los gametos se forma un nuevo ser, es decir un nuevo individuo, un ente singular con existencia propia, distinto de la especie.

“…teoría de la singamia, en la que la fusión de los gametos masculino y femenino da lugar al ovocito pro-nucleado, el cual posteriormente crea el cigoto, restableciéndose así el número diploide de cromosomas por lo que puede sostenerse que a partir de este momento estamos en presencia de vida humana, ante la existencia de un ser humano cuyo desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético, del cual dependerá el futuro aspecto morfológico y morfogenético en cada momento de su vida.”[123]

Por lo tanto, cuando el espermatozoide penetra el óvulo, se produce la fusión de los pronúcleos de las células, es decir se produce la singamia, originándose, como consecuencia de esa fusión, el cigoto, que es una nueva célula con identidad genética única, por lo que en ese mismo momento nos encontramos con el inicio de un nuevo ser humano.

4.6.3 Teoría de la implantación

Ya hemos mencionado que la teoría de la implantación es también denominada teoría de la *Anidación* o *Nidación*. Para esta, el comienzo de la vida humana se asimila al momento en que el embrión se implanta en el seno materno.

“La segunda de las teorías, llamada la teoría de la anidación parte del supuesto de que en el instante en que embrión humano se implanta en la pared interna del útero, fenómeno que se produce alrededor de los catorce días posteriores a la fusión de los núcleos de los gametos, se produce un hito embriológico sumamente importante: es en ese preciso momento cuando se da inicio a la existencia individualizada de un nuevo ser humano. Aquellos que sostienen esta tesis argumentan que en los estadios anteriores a la anidación nos encontramos ante un conjunto de células indiferenciadas que, sin embargo, poseen la capacidad de desarrollarse hasta formar un ser humano cuyo comienzo se efectúa con la anidación, la implantación del embrión en el útero materno, siendo este momento el inicio de una nueva forma de vida humana.

Así pues, para esta corriente doctrinal, la vida de los embriones uterinos de más de catorce días en desarrollo es digna del mismo grado de protección que la de las personas que ya han nacido, sin que pueda ser interrumpida esta vida mediante intervenciones que tengan como objeto la investigación científica del embrión en dicha fase o mediante cualquier otra intervención. En el caso de aquellos ovocitos que sean fecundados de manera artificial y que cuenten con menos de 14 días y cuando los mismos no sean implantados en el útero materno no se los trataría como sujetos pertenecientes a la especie humana, solo única y exclusivamente a partir del instante en el que adquieran

[123] De Pablos, Gemma Lucia. El embrión humano: consideraciones éticas en cuanto al estatuto ontológico del mismo. Protección Jurídica. Revista de Derecho UNED, Núm. 11, 2012, pág. 654. En internet: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11147/10675 (Fecha de consulta: 15/01/2019)

el status moral de persona mediante su implantación en el útero materno correspondiente."[124]

Esta teoría es seguida por el fallo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derecho Humanos "Artavia Murillo vs. Costa Rica" en cuanto a que establece que la existencia de la persona humana, en el caso de los embriones producto de técnicas de fertilización asistida, comienza con la implantación,

Los seguidores de esta concepción afirman que existe vida humana una vez que los embriones son implantados en el seno materno, pero, de esta forma, están dejando desprotegidos a los embriones que aún no se han implantado en el seno materno, que como dijimos anteriormente, son seres humanos propios, independiente de sus progenitores. Por lo que se concluye que no debe posponerse el comienzo de la vida humana al momento de la implantación ya que desde el instante en que se produjo la singamia hay vida y por consiguiente se debe proteger ética, moral y jurídicamente a la misma.

4.6.4 Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central

Hemos mencionado anteriormente que la teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central es también conocida como la teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural, es decir que se va a considerar persona a aquel embrión cuya evolución se encuentre recién en el decimoquinto día donde aparece lo que será la corteza cerebral.

"*…la teoría de la formación del sistema nervioso central o cresta neural, que entiende que con la aparición de la llamada línea primitiva o surco neutral en el embrión, lo que luego será la corteza cerebral que se forma a partir de la sexta semana de gestación a contar desde la fecha en la cual se produjo la concepción, se adquiere el estatus de persona.*

Aquellos que aceptan esta corriente afirman que este tejido orgánico determina la capacidad del embrión para sentir e interactuar mediante impulsos eléctricos cerebrales verificables, adquiriendo consciencia y, por lo tanto, puede afirmarse la existencia de una persona en proceso de formación tanto desde un punto de vista moral como clínico-sanitario. El desarrollo de esta actividad neuronal consciente se produce a partir del tercer mes desde la fecha de la concepción, momento en el que el embrión se asemeja físicamente a un ser humano adulto, por lo cual el estatuto de ser humano se haya implícito, demostrándose incluso por la propia variación en lo que a la denominación científica de los términos se refieren cuando se pasa del término de embrión al de feto.

Esta capacidad sensitiva y, por ende, la apariencia humana del feto se constituye en evidencias objetivas de la existencia moral de la persona cuya vida merece el mismo grado de protección jurídica que la de los concebidos y ya nacidos. En el caso de los embriones fecundados in vitro, este sector doctrinal considera que, en tanto en cuanto éstos no van a ser empleados con fines reproductivos, no pueden ostentan el estatuto moral de personas, ya que sin el desarrollo necesario no pueden efectuar ningún tipo de actividad neuronal autónoma, consciente ni independiente, por lo que estos cigotos tan sólo son complejos celulares, en mayor o menor grado, que pueden ser usados en la

[124] De Pablos, Gemma Lucia. El embrión humano: consideraciones éticas en cuanto al estatuto ontológico del mismo. Protección Jurídica. Revista de Derecho UNED, Núm. 11, 2012, pág. 654, 655. En internet: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11147/10675 (Fecha de consulta: 15/01/2019)

experimentación científica hasta la sexta, o en su caso, duodécima semana de desarrollo a tenor de las normativas existentes al respecto."[125]

Sin embargo, esta teoría contradice nuestro ordenamiento jurídico ya que el mismo dice que se es persona, y por consiguiente hay vida humana, a partir de la concepción, sin diferenciar si estamos en presencia de un embrión que fuera concebido en el seno materno o fecundado fuera de él.

Asimismo, se ha mencionado anteriormente que el cigoto, es decir esta nueva célula independiente de aquellas que le transmitieron la vida, tiene identidad propia y por consiguiente goza de la capacidad para regular su propio desarrollo.

4.7 Conclusión

El recorrido que ha intentado abarcar este capítulo deja en evidencia lo controversial del tema que incluye diferentes áreas del conocimiento además del aspecto jurídico: filosófico, científico, religioso. Acaso a modo de síntesis se puede establecer que se plantea el siguiente interrogante ¿Cuál es el estatuto, ontológico o funcional, de la persona humana?; y a partir de este interrogante, muchos otros fueron apareciendo a lo largo de esta sección.

Muchos y diversos han sido los autores que hemos abordado; y acaso, recapitulando y siguiendo al Dr. Daniel Alejandro Herrera, se debe entender que mientras la concepción del *iusnaturalismo clásico* (Hervada) se inclina por el estatuto ontológico de le persona humana; tanto el *constructivismo ético-jurídico* (Rawls) con su concepción política de la persona, basada en el consenso de sujetos en pleno uso de su conciencia, como la *hermenéutica jurídica* (Kaufmannn) que se inclina por un concepto de la persona como relación, serían expresiones de la concepción funcionalista de la persona humana.[126] ,-posturas que polemizarían con las primeras respecto al tema de incumbencia.

Para el *Iusnaturalismo*, siguiendo los fundamentos biológicos, filosóficos, teológicos y jurídicos aún el caso de los embriones humanos *criopreservados*, son potencialmente personas humanas y por lo tanto sujetos de derecho.

En cuanto a la postura del *constructivismo*, debemos considerar que el concepto de persona que propone Rawls, su principal exponente, es meramente político debido a que tiene en cuenta a la sociedad y al contexto político, y responde a una idea de un sujeto autónomo, consiente y moral que constituye un fin en sí mismo, acaso muy distante de considerar a un embrión con derechos.

Contrariamente Kauffman acota que el embrión humano al tener individualidad y dignidad personal es una persona, básicamente desde una perspectiva ontológica, ya que es poseedor de un alma espiritual inmortal, difícil de comprobar (el alma humana) por ningún método científico. Si hablamos de alma, se debe mencionar que para Aristóteles la misma es el acto primero de un cuerpo natural orgánico, la forma sustancial de los seres humanos.

Engelhardt vuelve a mostrarnos otra postura, para él solo son personas aquellos que tienen plena conciencia debido a que pueden valerse por sí mismos y por tanto ser considerados *agentes morales autónomos*. Aquellos quienes no pueden valerse por sí

[125] De Pablos, Gemma Lucia. El embrión humano: consideraciones éticas en cuanto al estatuto ontológico del mismo. Protección Jurídica. Revista de Derecho UNED, Núm. 11, 2012, pág. 655, 656. En internet: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11147/10675 (Fecha de consulta: 15/01/2019)

[126]Herrera, Daniel Alejandro. La persona y el fundamento de los derechos humanos. 1ª ed.- Buenos Aires: Educa, 2012, pág. 393

mismos, no van a ser personas en sentido estricto, pero si podrán serlo en sentido social teniendo en cuenta el valor que la posición moral les reconoce; quizá para este autor tampoco la etapa embrionaria *crioconservada* reviste relevancia. Dicha postura resulta contrastante con la del filósofo chileno Alfonso Gómez Lobo, miembro del comité de bio ética de Bush, quien sostiene que no existe un hecho verificable en torno a cuándo un ser humano debe ser considerado persona con derechos, por lo tanto, la controversia podría seguir anexando referencias de un lado y de otro.

La ciencia también ha tenido su espacio en este capítulo, y se han abordado las distintas teorías que definen el instante del comienzo de la vida humana; cuestión controversial porque resultan ser varias y diferentes.

Finalmente se ha considerado el aspecto religioso; tan relevante en nuestra cultura occidental y notablemente trascendental en el momento de impartir leyes, tema esencial de nuestra tesis.

Se han analizados referencias escritas de Juan Pablo II, para quien la valoración moral de cualquier forma de intervención con embriones humanos resulta similar a la práctica del aborto, por ende, debe traer aparejado el respeto por la vida humana.

Otros edictos eclesiásticos han sido abordados, y se ha notado que la objeción más representativa es cuando no se respeta el orden que la iglesia considera familia (maternidad subrogada, por ejemplo). Ahora bien, es entendible la postura de la religión católica pero objetable en cuando a qué sucede en aquellos casos que el matrimonio quiere tener un hijo fruto de su amor y padecen ambos o alguno de los cónyuges una enfermedad por la cual no pueden llevar adelante el embarazo; en este caso considero que sería un acto positivo y no moralmente negativo, ya que el fin del matrimonio es construir una familia y de esta forma estarían construyendo su propia familia.

Mi posición basada en la evidencia empírica apunta más bien al hecho de que cada uno de nosotros es un organismo que se desarrolla uniformemente desde la fertilización del óvulo materno y sin grandes sobresaltos biológicos. Las funciones superiores y el uso de la razón emergen paulatinamente en el mismo, y la identidad se extiende en el tiempo. No somos personas a partir de una determinada fase de nuestra existencia, sino información biológica que lleva al desarrollo de las funciones que asociamos con las personas adultas. En el mundo circundante 'ser humano' y 'persona' son predicados *coextensivos."*[127]

Se puede concluir entonces que los embriones humanos concebidos en el seno materno o producto de técnicas de reproducción medicamente asistida son persona humana debido a que presentan una forma sustancial formada por el alma humana, siendo el hombre persona por el solo hecho de ser una sustancia y por ser de naturaleza racional. Si bien a simple vista se podría decir que los embriones humanos no tienen naturaleza racional esto es erróneo ya que tienen naturaleza racional en desarrollo, aunque no se encuentre ejerciéndola en ese momento; por lo que el embrión humano no es un ser humano en potencia, sino que es una persona cargada de potencialidades, potencialidades que van a ser desarrolladas a lo largo de su vida.

[127] https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96_ugarte_embrion.pdf

5. CAPÍTULO III: DISTINTAS POSTURAS JURIDICAS SOBRE EL ATRIBUTO DE LA "PERSONALIDAD" DEL EMBRIÓN HUMANO "CRIOPRESERVADO"

5.1 Introducción

En el presente capítulo se desarrollarán las distintas posturas existentes en nuestro país respecto al atributo de "personalidad" del embrión humano criopreservado. Dentro de las mismas encontramos la que supone que el mismo, dentro del ordenamiento jurídico argentino, debe ser considerado "persona" por nacer; y la que lo considera como una "cosa.

Nuestra postura defiende el reconocimiento de la dignidad humana y la calidad de sujeto de derecho de la persona por nacer en todas las etapas de su desarrollo a partir del momento de la concepción, sin diferenciar si la misma se produce dentro o fuera del seno materno. Esta posición admite rotundamente lo que denominamos y atribuimos como "personalidad" del embrión humano.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorpora al ordenamiento jurídico el primero de los derechos humanos fundamentales que es el "Derecho a la Vida".

Científicamente existe vida desde el momento en que se unen los gametos masculino y femenino, instante en el cual se forma un cigoto. El mismo es la célula que resulta de la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide cuya dotación genética es de 46 cromosomas (23 de cada gameto). Este nuevo ser, al que denominamos embrión, contiene la combinación del ADN de ambos progenitores. El embrión es la etapa inicial del desarrollo de un ser vivo mientras se encuentra en el huevo o en el útero de la madre y puede ser sujeto de criopreservación. La misma es el proceso por el cual la muerte de una célula queda detenida. Las células, los tejidos y el embrión son congelados, a muy bajas temperaturas, generalmente entre -80°C y -196°C, para disminuir sus funciones vitales y mantenerlos en condiciones de vida suspendida. Entonces se puede decir que, el embrión es un potencial ser humano en estado latente.

Este proceso de criopreservación se utiliza para congelar uno o más embriones y conservarlos para su uso en el futuro. Generalmente esta criopreservación de embriones se relaciona con los tratamientos de la fertilización asistida, que son procedimientos mediante los cuales se extraen óvulos del ovario que se unen con los espermatozoides con el fin de formar embriones; estos se congelan y en cualquier momento, a decisión de las partes intervinientes, se pueden descongelar e implantar en el útero.

Insistimos que la concepción, fuera o dentro del seno materno, es el momento del comienzo de la persona humana, y en el presente capítulo abordamos la idea desde el punto de vista jurídico. Evidencia de ello es la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) donde se mejoró la ambigüedad de interpretación señalando que la concepción no significa excluir de protección a los concebidos fuera del seno materno. Con la nueva redacción queda claro que la misma, sea fuera o dentro del seno materno, resulta ser el instante inicial de la vida humana y por consiguiente de la persona humana.

En nuestro país actualmente existen dos posturas doctrinarias marcadas respecto a los embriones humanos criopreservados. Una consideración reconoce al embrión humano criopreservado como persona humana, independientemente de si la concepción tiene lugar en forma natural o in vitro, dentro o fuera del seno materno. La otra postura

sostiene que los embriones no poseen el rango de persona humana, por ende, los consideran desprovistos de la posibilidad de algún alcance de protección jurídica.

Con el fin de argumentar a favor del atributo de personalidad desde el origen de la vida, analizaremos diferentes reglamentaciones al respecto factibles de dar claridad a un tema tan controversial como el mencionado.

5.2 Antecedentes en el Derecho Argentino

Los antecedentes jurídicos principales incluyen: la Constitución Nacional, las Constituciones Provinciales, el Código Civil de la Nación de Vélez Sarsfield de 1869, su reforma en 2015, la Ley de Reproducción Humana medicamente asistida de 2013, un proyecto sobre TDHA de 2017 y las Convenciones sobre los derechos humanos y de los niños.

5.2.1 Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional

El ordenamiento jurídico argentino tiene como su principal fuente de derecho a la Constitución Nacional sancionada en 1853 aprobada por la asamblea constituyente integrada por representantes de trece provincias. Esta no garantizaba expresamente el "Derecho a la vida", fundamental en todo ordenamiento jurídico, ni reconocía la personalidad jurídica a cualquier ser humano. La misma ha sido reformada siete veces, siendo la última modificación en 1994 cuando adquirió relevancia la inclusión del derecho mencionado.

Dentro de los antecedentes constitucionales encontramos varios documentos y proyectos Constitucionales que incorporaron derechos fundamentales. Entre ellos encontramos 1) el Decreto de Seguridad Individual del Primer Triunvirato que finalmente fue dictado por el Estatuto Provisorio; 2) El Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813; 3) El Estatuto Provisorio de la Junta de Observación; 4) El Reglamento del 3 de diciembre de 1817 dictado por el Congreso de las Provincia Unidad de Sud América; 5) La Constitución de las Provincia Unidas de Sud América de 1819 y 6) La Constitución del 24 de diciembre de 1826. Por lo tanto, se puede afirmar que el derecho a la vida es sagrado para el Derecho Patrio y que este derecho es la base de todos los derechos que fueron reconocidos por estos documentos y proyectos de Constitución fundacionales.

A pesar de los antecedentes constitucionales, como ya mencionamos, la Constitución de 1853 no hizo explícito el derecho a la vida que resulta indispensable para la existencia de los demás derechos. En el año 1860, al culminar el proceso constitucional iniciado en 1853 con motivo de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Confederación, se introdujeron importantes reformas en el texto constitucional. Algunas de las constituciones provinciales lo consagraron en forma genérica; en cambio otras le dan relevancia desde el mismo momento de la concepción.

El derecho más importante del hombre es el derecho a la vida. Se le ha asignado al mismo mayor jerarquía que a otros porque no podrían existir otros derechos si no hubiera vida. Este derecho integra la categoría de derechos civiles, y de primera generación, y está reconocido en numerosos tratados internacionales como ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José de

Costa Rica, la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas y Degradantes.

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 se realizó una importante modificación; se les otorgó rango constitucional a los principales tratados de derechos humanos. Dentro de las reformas principales que sufrió la Constitución Nacional se encuentra la protección del niño por nacer. Estos tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, según lo establecido en el artículo 75 inciso 22[128], no solo por integrar la Constitución, sino que son la propia constitución y deben interpretarse en forma conjunta.

Los tratados de derechos humanos establecen un régimen de protección de los derechos humanos, en especial de los derechos del individuo por nacer, reconociéndole personalidad jurídica. Como sostiene Rodolfo Barros en el texto "La protección constitucional del derecho a la vida": "*La personalidad en general –y la personalidad jurídica en particular- es intrínseca a la vida humana. Tiene valor ontológico, forma parte del ser, nace con la vida humana*."[129]

El reconocimiento de la personalidad se da porque la persona existe por su ser y no solo porque lo establezca el ordenamiento jurídico ya que el derecho a la vida es un derecho natural que posee el ser humano intrínsecamente, por ende, filosóficamente se entiende que los derechos de las personas humanas nacen del derecho natural.

En la Declaración Universal de Derechos Humanos – Asamblea General de las Naciones Unidas 1948 – hace mención a los "seres humanos" en su artículo 1:" *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".*

En este artículo la Declaración Universal de Derechos Humanos expone su fundamentación ética, es decir que se establecen en ella los valores que tutelan los demás derechos. Se puede observar la relevancia de libertad, la igualdad y la fraternidad.

Asimismo, en su artículo 2 se refiere a la "persona": "*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza,*

[128] Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

[129] Barra, Rodolfo Carlos. La protección constitucional del derecho a la vida. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 51.

color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. ...”

En este artículo la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama la igualdad de todos los habitantes.

En su artículo 3 suplanta la expresión “ser humano” por “individuo”: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*.”

El artículo menciona los derechos fundamentales, individualizando el derecho a la vida, la libertad y la seguridad. El primero en cuestión es respetado por el Estado Argentino dentro de los derechos personales, otorgándole un rango superior por estar mencionado en la Constitución Nacional y en los tratados de Derechos Humanos que para nuestro país tiene jerarquía constitucional por poseer supremacía sobre la ley de fondo, siendo la Constitución la ley suprema de la Nación.

El artículo 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos postula: “*Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*”. La persona en el sentido jurídico reconoce una realidad ontológica que otorga al ser humano el reconocimiento de la personalidad jurídica; por ende, el embrión humano criopreservado tiene vida por lo que es persona, llamémosla “persona por nacer”, y por tanto es titular de los derechos personalísimos naturales.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se reconoce el derecho a la vida. Todo ser humano es persona y conforme al artículo 3 de la Convención toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

También se define en dicha Convención el momento de inicio de la protección de la persona humana que comienza a partir de la concepción; desde ese instante, los Estados están obligados a proteger el derecho a la vida por ley.

Esto está mencionado en el artículo 4 que sostiene: “*Derecho a la Vida. 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. ...*”

Conforme con la Convención Americana el sujeto pasivo del derecho a la vida es toda persona, y la obligación de protegerla comienza con la “concepción”. De esta forma, desde ese instante por lo que podemos afirmar que el concebido es persona ya que la protección de la vida de la persona comienza a partir del momento de la concepción. Por lo tanto, se es persona desde el momento de la misma. Desde el instante de la concepción, se goza del reconocimiento de la personalidad jurídica y a partir de ese momento el concebido tiene la protección de derechos humanos que le corresponden al nacido de acuerdo con lo establecido en la Constitución Nacional.

Actualmente, existe la obligación moral de unir las dos formas de iniciación de la vida humana, la natural y la artificial. Por lo tanto la ley debe resguardar al embrión engendrado fuera del seno materno, para que tanto el embrión preimplantatorio con el embrión en el seno materno evolucionen en forma normal y pueda nacer una persona en condiciones dignas. Refieren al respecto las autoras del texto “Procreación humana artificial: Un desafío bioético” “*En consecuencia, creemos que el nasciturus engendrado por técnicas artificiales, “debe ser” reconocido como sujeto de derecho desde la concepción, al igual que es sujeto de derecho el engendrado por medios naturales:*

porque la dignidad de la persona humana ya nacida no estaría garantizada si no se protegieran antes, todos los momentos secuenciales que su desarrollo previo implica, desde el inicio de la vida –sea por fecundación asistida o por concepción natural- hasta la culminación de la evolución fetal con su nacimiento."[130]

La dignidad humana es un derecho personalísimo intrínseco a la persona humana; inherente al reconocimiento, el respecto y la tutela a la dignidad del ser humano que deriva del simple hecho de ser persona. El individuo desde el momento de su existencia, concepción, tiene el derecho a la dignidad humana. La dignidad es la fuente de todos los derechos que surge el reconocimiento de que todas las personas poseen un valor intrínseco.

Por lo que, desde el aspecto bioético, todos los momentos de la vida de la persona deben estar protegidos por las normas éticas y jurídicas, sin importar la forma que se haya utilizado para el inicio de la vida para que no se vea afectada su dignidad. El anteriormente mencionado autor Rodolfo barra sostiene:

"*En nuestra Constitución y a través de los tratados constitucionales, la protección del derecho a la vida –a partir de su momento inicial, la concepción del embrión humano- alcanza un grado total de fortaleza, que, en complementación con lo dispuesto en la segunda parte del artículo 75.23 del texto constitucional –que, si bien destinado a otra finalidad, tiene una enorme trascendencia interpretativa a los efectos que aquí interesa- nos coloca entre las naciones más avanzadas en esta materia tan sensible y crucial para la defensa integral de los derechos humanos*."[131]

Nuestro ordenamiento jurídico positivo al fijar el periodo de concepción lo estipula desde el mismo instante de la fecundación, momento desde el que biológicamente hay vida humana, siendo el embrión humano, ya sea que se encuentre dentro o fuera del seno materno, una persona propia que tiene vida humana, que a pesar de ser una persona con potencialidades a desarrollar se le deben respetar sus derechos personalísimos.

Asimismo, otro de los tratados internacionales de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño menciona que es "niño" todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.

La Convención sobre los Derechos del Niño – Naciones Unidas, 1989 – reconoce y garantiza el derecho a la vida de los más vulnerables, es decir de los niños. Se considera al niño persona desde el momento de la concepción.

Argentina, al momento de la confirmación de la Convención sobre los Derechos del Niño, hizo la siguiente reserva en el artículo 2 de la ley 23.849: "*Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: ... Con relación al artículo 1º de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA 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. ...*"

[130] Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético. Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 225

[131] Barra, Rodolfo Carlos. La protección constitucional del derecho a la vida. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 63

En esta reserva el Estado Argentino reconoce la personalidad jurídica desde el momento de la "concepción", sin hacer distinción si la misma se produjo de forma natural, es decir dentro del seno materno, o mediante técnicas de reproducción medicamente asistidas.

Por lo que se puede afirmar que al embrión se lo considera niño y por ende se lo considera sujeto de derecho. Se le reconoce personalidad jurídica al embrión "desde el embarazo" o desde la fecundación o concepción, para la Constitución Nacional son sinónimos por lo que se afirma que el embrión humano criopreservado es considerado persona por nacer en el ordenamiento jurídico Argentino.

Si bien los tratados constitucionales no indican cuándo comienza la concepción, el artículo 75 inciso 23[132] de la Constitución Nacional fortalece la afirmación del embrión como persona humana ya que desde el momento de la fecundación estamos en presencia de un nuevo individuo. Desde este momento, se debe proteger a esa "persona por nacer" en todas sus etapas evolutivas, en especial en esta etapa de iniciación del recién engendrado, etapa de mayor vulnerabilidad. Por lo que el Congreso de la Nación debe asegurar mediante la ley positiva la garantía del derecho a la vida como un sujeto de derecho, y que esa vida sea en dignidad, desde el primer instante de su vida hasta el momento de su muerte. Nuevamente resulta atinado recurrir al aporte de las autoras Loyarte y Rotonda en el texto citado: *"El derecho a la dignidad humana puede ser definido como el "derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano, y con todos los atributos de su humanidad*."[133]

Este derecho a la dignidad humana es un derecho personalísimo que implícitamente está reconocido en el artículo 33 de la Constitución Nacional y dicho derecho conlleva a ser respetado como ser humano con todos sus atributos, es decir ser libre, que se le reconozca el derecho a la intimidad, el derecho a su identidad, entre otros.

Con el avance de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida se originó en el derecho un vacío jurídico que debe solucionarse para evitar dejar a los individuos en total indefensión. Por lo que nuestros legisladores deberán regular normas de fondo que regulen esta materia ya que hasta el momento no se dispone de una normativa que determine cuál es el destino de los embriones criopreservados, sólo rige la Constitución Nacional que se pronuncia a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional que plasman el "derecho a la vida" del ser humano desde el momento de la concepción.

[132] Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 23. 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.

[133] Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un desafío bioétioco. Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 230

5.2.2 Constituciones provinciales

5.2.2.1 La protección explícita del Derecho a la Vida en las Constituciones Provinciales

Cuando nos referimos a las Constituciones Provinciales debemos mencionar que diecisiete provincias protegen explícitamente el derecho a la vida de todos los habitantes desde el momento de la concepción. A su vez, otras provincias admiten los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en la Constitución Nacional al ordenamiento provincial, así como también adhieren a la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención Americana sobre los Derechos Humanos también denominada Pacto de San José de Costa Rica.

En el siguiente apartado analizaremos expresamente los ordenamientos provinciales que hacen mención del derecho jurídico desde el comienzo de la vida humana, como así también y a la protección de los derechos humanos.

5.2.2.1.1. Provincia de Buenos Aires

Esta provincia en el artículo 10 compromete a los legisladores provinciales a procurar la penalización de toda privación del derecho a la vida de la que gozan todos los habitantes de la Provincia de Buenos Aires conforme la manda judicial. Al respecto dicho artículo establece explícitamente: ***"Todos** los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y **tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida**, libertad, reputación, seguridad y propiedad. Nadie puede ser privado de estos goces sino por vía de penalidad, con arreglo a la ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal del juez competente."*[134]

El artículo 12 también refiere al hecho no solo en forma general como el anteriormente mencionado, sino de manera particular: *"Todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, de los siguientes derechos: **A la vida, desde la concepción hasta la muerte natural**."*[135]

Por lo tanto, lo anteriormente documentado establece que todos los residentes de la provincia gozan del derecho a la vida desde el momento de la concepción, sin distinguir si la misma tiene lugar en el seno materno o a través de embriones humanos crioconservados. Por lo tanto, resulta evidente que los legisladores de la Provincia de Buenos Aires, tienen un mandato constitucional explícito de*: a) defender la vida desde la concepción; b) no despenalizar la agresión a la vida (Art. 10°); y, c) asumir un rol proactivo de tutela de la vida y el embarazo no deseado."*[136]

5.2.2.1.2. Provincia de Catamarca

Esta provincia establece en el artículo 65 de su estatuto de reglamentación la garantía del derecho mencionado: ***"**... **III- De la niñez: 1º.- A la vida, desde su***

[134] En internet: https://www.defensorba.org.ar/pdfs/discapacidad/Constitucion-de-la-Provincia-de-Buenos-Aires.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[136] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 89

concepción. *2º.- A la nutrición suficiente y a la salud. 3º.- A la protección especial, preventiva y subsidiaria del Estado, en los casos de desamparo... "*[137]

En la Provincia de Catamarca, se respeta el derecho a la vida desde el momento de la Concepción, debiendo el Estado proteger este derecho incluso en aquellos casos de desamparo como podría ser la situación de los embriones humanos criopreservados. Es decir, esta provincia protege y respeta aquellos derechos innatos, haciendo mención explícita al derecho a la vida desde la concepción, sin detallar si la misma se produjo dentro o fuera del seno materno. Asimismo, esta constitución provincial deja implícito que no se puede disponer de los citados derechos, como tampoco transmitirlos, porque son manifestaciones interiores de toda persona humana.

5.2.2.1.3. Provincia de Chaco

La Provincia de Chaco incorpora explícitamente los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a su ordenamiento jurídico provincial en el artículo 14 de su Constitución Provincial. Siguiendo con el lineamiento impartido por los Tratados de Derecho Internacional donde se protege la vida de los seres humanos desde el momento de la concepción. Establece en su artículo 15: ***"****La seguridad individual es inviolable~~;~~ posteriormente~~,~~* la carta orgánica de la provincia expresa de manera manifiesta entre diferentes derechos enunciados la garantía ***A la vida y a la libertad, desde la concepción****; a la integridad psicofísica y moral… Al honor, a la intimidad y a la propia imagen. …"*[138]

Por lo tanto, resulta evidente que conforme el artículo 15 de la Constitución Provincial, los habitantes de la Provincia de Chaco gozan no solo del derecho a la vida, sino también del derecho a la libertad, desde el mismo instante en que se produce su concepción, también sin diferenciar si la misma se produce dentro o fuera del seno materno, por lo que se puede concluir que los embriones criopreservados gozan del derecho a la vida y a la libertad en la provincia de Chaco.

5.2.2.1.4. Provincia de Chubut

La Provincia de Chubut regula el derecho a la vida desde la concepción en el artículo 18 de su Constitución Provincial donde establece: ***"****Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. 1.* ***A la vida desde su concepción*** *y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los Poderes públicos y la comunidad. 2. A la protección de la salud. 3. Al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 4. A la libertad, a la seguridad personal y a la igualdad de oportunidades. …"*[139]

Nuevamente el derecho a la vida desde la concepción se menciona explícitamente en otra constitución provincial. Además, resulta relevante la alusión a otras garantías

---

[137] En internet: http://www.juscatamarca.gob.ar/Constitucion%20de%20CATAMARCA.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[138] En internet: https://argentina.justia.com/provinciales/chaco/constitucion-de-la-provincia-de-chaco/seccion-primera/capitulo-ii/#articulo-15 (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[139] En internet: http://www.adepra.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Constituci%C3%B3n-de-la-Provincia-de-Chubut.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

íntimamente ligadas a la vida como la dignidad e integridad moral todos los seres humanos que habiten la provincia de Chubut.

5.2.2.1.5. Provincia de Córdoba

La Provincia de Córdoba regula en su Constitución el derecho a la inviolabilidad de la persona, respetando tanto el derecho a la vida como a la dignidad de las personas desde el momento de la concepción, y mencionando que dichos derechos son inviolables y que por eso se requiere la protección jurídica.

El artículo 4 hace referencia a la inviolabilidad de la vida humana: "***La vida desde su concepción***, *la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos."*[140]

A su vez, el artículo 19 establece que los habitantes de dicha provincia gozan del derecho a la vida, entre otros, desde el mismo instante de la concepción, tampoco hace distinción si la misma se produce dentro o fuera del seno materno, razón por la cual deducimos la relación implícita con los embriones criopreservados.

En el artículo 19 se hace referencia a que: "*Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio:* ***A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal.*** *2.-Al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 3. A la libertad e igualdad de oportunidades. ..."* [141]

Esta provincia da especial importancia a los derechos personalísimos, otorgándole relevancia al derecho a la vida. Además, se brinda protección a la persona humana desde el mismo instante de la concepción. Posteriormente, en el mismo artículo 4 se hace referencia a otros derechos personalísimos como ser el de la dignidad e integridad física. Continua el artículo 19 mencionando otros derechos como ser el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la libertad e igualdad de oportunidades. Haciendo mención al último, debe entenderse que los embriones que se encuentran criopreservados deben tener las mismas oportunidades de aquellos embriones que fueron concebidos en el seno materno como así también de aquellos que fueron concebidos in vitro y luego implantados en el seno materno.

5.2.2.1.6. Provincia de Entre Ríos

La Provincia de Entre Ríos en su artículo 16 no solo reconoce, sino que también garantiza el derecho a la vida desde el momento de la concepción y agrega hasta la muerte digna, aclarando que nadie puede ser privado de ella arbitrariamente.

[140] En internet: http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/%28vLeyesxNro%29/CP00?OpenDocument (Fecha de consulta: 08/12/2018)
[141] En internet: http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/%28vLeyesxNro%29/CP00?OpenDocument (Fecha de consulta: 08/12/2018)

"*La Provincia reconoce y garantiza a las personas el **derecho a la vida** y, en general, **desde la concepción hasta la muerte digna**. Nadie puede ser privado de ella arbitrariamente*."[142]

Además de la garantía ya mencionada, la ley entrerriana hace énfasis en la siguiente aclaración citada por Jorge Lafferierre:

"*Por si quedara alguna duda, en virtud del giro "en general" del Art. 16, la ley 9861 de protección integral de la niñez, establece en su Art. 3° que "-A los efectos de la protección integral que procura esta Ley y sin perjuicio de lo establecido en la legislación civil, laboral o previsional, se considera niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad y a su respecto los términos niña/niño/adolescente se utilizan con idéntico sentido."*

En síntesis, no queda duda que el mandato de los representantes de la Provincia de Entre Ríos es proteger a los niños en situación de desamparo, prevenir el ejercicio abusivo de la patria potestad o de poder por parte de terceros (nuevamente, no hay ejercicio más abusivo que decidir privar de la vida, en el estado de mayor indefensión, a un niño)."[143]

La Provincia de Entre Ríos no solo protege el derecho a la vida en su Constitución, sino que también hace énfasis de este en una ley provincial, estableciendo la existencia innegable de un ser o niño desde el preciso instante de la concepción. Esta cuestión nos remite a la idea establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, juntamente con la reserva que hizo el Estado Argentino.

5.2.2.1.7. Provincia de Formosa

En el artículo 5 de la Constitución de la Provincia de Formosa se establece: ***"*** *Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno y que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad y busca el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad y seguridad política, económica y social, siendo los mismos operativos. **Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción y a su integridad psicofísica, espiritual y moral**. El Estado Provincial propenderá a la concientización de las responsabilidades inherentes a la generación de la vida."*[144]

Nuevamente otra provincia resguarda y protege el derecho a la vida desde la concepción de todo ser humano sin excepción, aludiendo a la protección de aquellos que quieran privar del derecho a la vida a la persona por nacer. Asimismo, se encarga de

[142] En internet: https://www.entrerios.gov.ar/CGE/normativas/leyes/constitucion-de-entre-rios.pdf (Fecha de consulta: 23/01/2019)

[143] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 90

[144] En internet: http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/formosa.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

concientizar a los habitantes de las responsabilidades que tienen aquellos que generen vida humana.

5.2.2.1.8. Provincia de Jujuy

Esta provincia presenta un artículo de la Constitución titulado "Derecho a la Vida" donde establece el derecho esencial de su protección: " *Toda persona tiene* ***derecho a que se respete su vida*** *y está protegida por la Constitución y la ley.- 2º.- En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.- 3º.- Si se dictare ley nacional que estableciera la pena de muerte, todo condenado a ella por sentencia judicial firme tendrá derecho de solicitar el indulto o la conmutación. No se podrá ejecutar la pena de muerte mientras la solicitud estuviera pendiente de decisión ante autoridad competente.- 4º.- Toda persona debe respetar la vida de los demás y está obligada a actuar de modo tal que no produzca hechos, actos u omisiones que pudieren amenazar o hacer peligrar la existencia sana, digna y decorosa de sus semejantes*."[145]

Es decir que el Estado Provincial de Jujuy establece la obligación de respetar la vida de los otros, y, por ende, la vida de los embriones criopreservados. De esta forma se prohíbe el cese de la criopreservación- ya que se trata de vida-; como así también de la experimentación a la que son sometidos como objeto de investigación, porque se pondría en peligro su derecho a la vida y a la dignidad humana de la cual potencialmente resultan poseedores.

Idéntico comentario establece el ya citado jurista Lafferriare en su texto "La vida, el primer derecho humano" donde refiere:

"*La ley de protección integral de la niñez, adolescencia y familia, N° 5288, dispone en su Art. 1°, la protección de la vida del niño desde la concepción, refiriéndose expresamente a los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional: "La presente Ley tiene por objeto garantizar la protección integral del niño y el adolescente; desde el momento de su concepción y hasta la mayoría de edad; en el ejercicio y goce de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional; Tratados Internacionales; Leyes de la Nación y de esta Provincia, con relación a su familia, a la sociedad y al Estado Provincial, en todas y cada una de las necesidades que correspondan a sus etapas evolutivas.* "[146]

5.2.2.1.9. Provincia de La Rioja

La Constitución Provincial de La Rioja defiende el derecho a la vida de todos los habitantes de la provincia en el artículo 19 en el que se establece en el apartado referido a los Derechos Humanos: "*Todos los habitantes de la provincia son por su naturaleza libres e independientes y* ***tienen derecho a defender su vida****, libertad, reputación, integridad moral y física y seguridad individual. Nadie puede ser privado de su libertad*

[145] En internet: https://argentina.justia.com/provinciales/jujuy/constitucion-de-jujuy/seccion-primera/capitulo-segundo/#articulo-19 (Fecha de consulta: 23/01/2019)

[146] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 91

sino por vía de penalidad, con arreglo a una ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia de juez competente.

No podrán crearse organizaciones oficiales especiales que, so pretexto de seguridad, atenten o violen los derechos humanos. Nadie podrá ser sometido a torturas, tratos crueles, degradantes o inhumanos. Todo acto de esta naturaleza hace responsable a la autoridad que lo ordene, consienta, ejecute, instigue o encubra y el Estado reparará el daño que el hecho provoque. No excusa de esta responsabilidad la obediencia debida."[147]

Vale mencionar que las leyes provinciales también incorporan los Tratados Internacionales al ordenamiento jurídico de la Provincia. Entonces, "*La ley de la niñez (N° 7590) define al niño como todo aquel menor de 21 años. Incorpora en su Art. 1° los Tratados Internacionales, la Constitución y la Convención sobre los derechos de los niños. Asimismo, en el Art. 16, prohíbe toda discriminación en función de "caracteres físicos" o "condición psicofísica" del niño. En síntesis, el pueblo riojano ha tomado tan en serio la defensa de los derechos humanos fundamentales de todos, sin excepción, que está dispuesto a sancionar a cualquiera que los vulnere y hacerse cargo de la indemnización en el caso en que el acto proviniera del Estado. Además, protege a "todo niño" sin excepción, particularmente al que esté en situación de desamparo, tornando inexcusable deber social la protección de "todo niño".*"[148]

5.2.2.1.10. Provincia de Mendoza

El Artículo 8 de la Constitución de la Provincia de Mendoza establece: "*Todos los habitantes de la Provincia son, por su naturaleza, libres e independientes y **tienen derecho perfecto de defender su vida**, libertad, reputación, seguridad y propiedad y de ser protegidos en estos goces. Nadie puede ser privado de ellos sino por vía de penalidad, con arreglo a ley anterior al hecho del proceso y previa sentencia legal de juez competente*."[149]

No solo se menciona el derecho a la vida, sino que también se establece que si alguien priva a otro de esta garantía, sin distinguir si se trata de una persona por nacer o no, debe ser procesado por atentar contra dicho derecho fundamental. Nuevamente vale la pena hacer mención al jurista Lafferiere quien refiere:

"*El Art. 9° de la ley de Protección integral de Menores N° 6354, establece que: "Los niños y adolescentes no podrán ser privados de sus derechos sin el debido proceso legal, el cual garantizará el derecho a ser oídos en todo proceso judicial o procedimiento administrativo que lo afecte y el respeto y dignidad que se le debe como personas en desarrollo." En síntesis, la ley mendocina establece el derecho a la vida sin excepción, y*

[147] En internet: http://legislaturalarioja.gob.ar/documentos/cp_larioja.pdf (Fecha de consulta: 23/01/2019)
[148] Lafferiere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 91
[149] En internet: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/mendoza.htm#declarge (Fecha de consulta: 23/01/2019)

refuerza el derecho de defensa de en juicio en todos los casos en los que se viole algún derecho, inclusive tratándose de niños."[150]

Tal como se puede observar, en el ordenamiento jurídico mendocino la Constitución Provincial y la ley local establecen la protección jurídica de los no nacidos, protegiendo el derecho a la vida y a la dignidad humana que poseen todos los embriones como potenciales seres humanos.

5.2.2.1.11. Provincia de Rio Negro

La Constitución de Rio Negro en su Capítulo II dedicado a los Derechos Personales, menciona explícitamente a la dignidad humana en su artículo 16 en el que establece: "***Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana***. *Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan.*"[151]

Si bien Rio Negro no establece desde qué momento se reconoce el derecho a la vida y la dignidad humana, se entiende que lo hace desde el momento de la concepción debido a que mediante las leyes 3907 y 2458 protege y promueve los derechos humanos, incorporando al ordenamiento jurídico provincial los tratados de derecho internacional que fueran ratificados por nuestro país e incorporados al ordenamiento jurídico nacional por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

5.2.2.1.12. Provincia de Salta

La Constitución Salteña menciona en su artículo 10 explícitamente el respeto y el amparo de la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, desde el momento de la concepción; además estableciendo: ***"… La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles***. *Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos."*[152]

Se agrega, además, en el Capítulo II destinado a los deberes y derechos individuales el artículo 17 establece los derechos fundamentales, mencionando: "*Todos los habitantes de la Provincia son, por naturaleza, libres y tienen derecho a defenderse y* ***ser protegidos en su vida****, libertad, reputación, seguridad, actividad, prosperidad, intimidad personal y familiar, así como en su propia imagen. Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley*."[153]

Es decir, que todo ciudadano salteño tiene derecho a que se le proteja su vida, y dicha vida debe ser protegida desde el momento en que ese ser humano es concebido, por

---

[150] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 92

[151] En internet: http://www.legisrn.gov.ar/const_prov.php#m002 (Fecha de consulta: 23/01/2019)

[152] En internet: http://www.cmagistraturasalta.gov.ar/images/uploads/constitucion-provincial.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[153] En internet: http://www.cmagistraturasalta.gov.ar/images/uploads/constitucion-provincial.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

lo que se debe proteger la vida de la persona por nacer en todos sus estadios, sin diferenciar, incluso, si la misma se encuentra dentro o fuera del seno materno.

5.2.2.1.13. Provincia de San Juan

Esta provincia en el Capítulo II artículo 15 de su constitución destinado a los Derechos Individuales, en especial a los Derechos de las Personas, establece: "*La **vida**, la integridad moral, física, psicológica y socio cultural, **son derechos inviolables de las personas***."[154] Por lo que establece que el derecho a la vida es un derecho inviolable inherente a todas las personas que habiten la provincia.

Por otro lado, el artículo 22 sostiene respecto de la defensa de los derechos: "*Todos los habitantes de la Provincia, **tienen derecho a defender su vida**, libertad, reputación, seguridad, propiedad, intimidad, culto, como así a enseñar y aprender, a una información veraz y a los demás consagrados en esta Constitución. El Estado protege el goce de estos derechos de los que nadie puede ser privado, sino por vía de penalidad con arreglo a la ley, anterior al hecho del proceso y previa sentencia de juez competente. En el caso de incorporación de la pena de muerte en la legislación nacional, para su aplicación en la Provincia se requiere pronunciamiento unánime de los miembros de la Corte de Justicia.*"[155] Es decir, que el Estado Provincial protege el derecho en cuestión, otorgando el derecho de defensa de la vida misma.

Respecto al tema de la presente investigación "*El Estado sanjuanino se preocupa con particular interés en los niños, a los que se obliga a proteger, en especial a los "huérfanos y abandonados, a protección estatal contra cualquier forma de discriminación, de opresión o autoritarismo, en la familia y demás instituciones." Muy interesante resulta este precepto, puesto que excluye cualquier forma de discriminación al respecto. Queda claro que los legisladores no pueden discriminar en virtud de si el niño ha nacido o no, por mandato constitucional.*

La definición de niño surge del Art. 2° de la ley 7338, que establece que: "A los efectos de esta ley, se considerará niño a toda persona física desde su concepción hasta los (18) años de edad. Se entenderá a la adolescencia como una etapa especial de la niñez comprendida entre los doce (12) años y los dieciocho (18) años de edad.". "[156]

Es decir, que la Constitución de la Provincia de San Juan protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción, sin importar si el niño ha nacido o no, y tampoco se lo puede discriminar al respecto, por lo que los embriones humanos criopreservados, gozan del derecho a la vida desde su concepción y además no pueden ser discriminados por no encontrarse implantados en el seno materno.

---

[154] En internet: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/CONSSANJUAN.htm#derin (Fecha de consulta: 23/01/2019)

[155] En internet: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/CONSSANJUAN.htm#derin (Fecha de consulta: 23/01/2019)

[156] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 94

5.2.2.1.14. Provincia de San Luis

La Constitución de la Provincia de San Luis en dos de sus artículos hace referencia al derecho a la vida del que gozan los habitantes de esa provincia. Al respecto, el artículo 13 hace mención a: ***"La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son intangibles.*** *Su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos. Evitar la desaparición forzada de personas es deber indelegable y permanente del Estado Provincial."*[157] Es decir, que la constitución puntana defiende el derecho a la vida desde el momento de la concepción y además menciona que ese derecho resulta intangible, por lo que todos los poderes públicos del estado provincial deben respetar y velar por la protección tanto jurídica como material de esos derechos.

Por su parte, el artículo 49 dispone: ***"Artículo 49.- El Estado protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento*** *y, desde éste hasta su pleno desarrollo. Provee a la atención del menor, garantizando su derecho a la educación y a la asistencia, sin perjuicio del deber de los padres y del accionar subsidiario de las sociedades intermedias, y la atención física y espiritual de la niñez y juventud. La Provincia asegura con carácter indelegable, la asistencia a la minoridad desprotegida y carenciada. ..."*[158]

De esta manera, se establece una especial distinción respecto a la protección jurídica de la que gozan las personas por nacer, al mencionar explícitamente que el estado debe protegerlas desde su concepción hasta el nacimiento. Seguidamente, y en referencia al eje de esta investigación, puede deslumbrarse el amparo jurídico del embrión humano, independientemente del modo de haber sido concebido, incluyendo al que todavía no ha sido implantado, simplemente por tratarse de seres humanos potenciales.

El derecho a la vida se encuentra regulado en el artículo 16 en el cual menciona: ***"Derechos individuales. Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1. A la vida en general desde el momento de la concepción.*** *2. A la protección de la salud, de la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal. 3. Al honor, a la intimidad, al nombre y a la propia imagen. ..."*[159]

Resulta relevante agregar que esta Provincia incorpora explícitamente a su ordenamiento jurídico la Convención sobre los derechos del niño con las declaraciones interpretativas y las reservas efectuadas por el Estado Nacional, por lo que dicho derecho a la vida se encuentra protegido desde el mismo instante en que se produjo la concepción de esos embriones.

5.2.2.1.15. Provincia de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico sur

Otra de las Constituciones que protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción es la de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur. En el artículo 14 establece: ***Todas las personas gozan en la Provincia de los siguientes derechos: 1 - A la vida desde la concepción***. *2 - A la salud, a la integridad*

---

[157] En internet: http://secgral.unsl.edu.ar/docs/Constitucion%20San%20Luis.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[158] En internet: http://secgral.unsl.edu.ar/docs/Constitucion%20San%20Luis.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[159] En internet: https://argentina.justia.com/provinciales/santiago-del-estero/constitucion-provincial-de-santiago-del-estero/parte-primera/titulo-ii/capitulo-i/#articulo-16 (Fecha de consulta: 08/12/2018)

psicofísica y moral, y a la seguridad personal. 3 - Al honor, a la intimidad y a la propia imagen. 4 - A la libertad e igualdad de oportunidades.…"[160]

Nuevamente se desprende de lo antedicho, que todas las personas, sin especificar explícitamente el modo de gestación, gozan del derecho a la vida desde la concepción, incluso sin distinguir si se produce dentro o fuera del seno materno. A su vez, al igual que otras constituciones provinciales protege otros derechos personalísimos, amparando en especial la libertad de oportunidades. De esta forma, avala la igualdad de oportunidades incluyendo que la potencial persona de modo embrionario no debe ser discriminada, y dándole incluso la posibilidad de dejar de ser una persona en potencia para convertirse en una persona propiamente dicha.

5.2.2.1.16. Provincia de Tucumán

Por último, dentro de las Constituciones Provinciales que regulan explícitamente el derecho a la vida nos encontramos con la Constitución de la Provincia de Tucumán la cual ya desde su preámbulo menciona lo siguiente:

"Nos, los representantes del pueblo de la Provincia de Tucumán, reunidos en Convención Constituyente, por su voluntad y elección, con el objeto de afirmar su autonomía y afianzar el federalismo, organizar sus instituciones y promover el desarrollo humano en una democracia participativa y pluralista fundada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, ***garantizando la vida desde su concepción****; procurar el desarrollo económico, la equitativa distribución de la riqueza, la integración regional y latinoamericana y garantizar la autonomía municipal; con el propósito de asegurar e impulsar el bienestar de los que habitan esta tierra y el libre ejercicio de sus derechos, invocando la protección de Dios y la guía de nuestra conciencia, sancionamos y ordenamos la presente Constitución."*[161]

Es decir, que se garantiza el derecho a la vida de las personas humanas desde el momento de la concepción lo que obliga a todos los habitantes a respetar lo establecido constitucionalmente. Asimismo, el Estado Tucumano vuelve a garantizar el derecho a la vida desde el momento de la concepción en su artículo 146.

"Art. 146.- *…* ***El Estado garantizará el derecho a la vida desde la concepción****."*[162]

Acorde a lo mencionado, para la Provincia de Tucumán, la vida humana que se concibe no puede ser sujeto de relativismos ni de reduccionismos, por lo que los embriones humanos criopreservados no se pueden destruir como así tampoco entregarlos con fines de investigación.

---

[160] En internet: http://www.adepra.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Constituci%C3%B3n-de-la-Provincia-de-Tierra-del-Fuego.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[161] En internet: https://www.legislaturadetucuman.gob.ar/pdfs/digesto/constitucionprovincia.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

[162] En internet: https://www.legislaturadetucuman.gob.ar/pdfs/digesto/constitucionprovincia.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

5.2.2.2. Evidencia implícita de la protección del Derecho a la Vida en constituciones provinciales

Dentro de las Constituciones Provinciales que no mencionan explícitamente el Derecho a la Vida, pero si lo protegen encontramos:

5.2.2.2.1. Provincia de Corrientes

La Provincia de Corrientes protege el derecho a la vida de los niños, niñas y adolescente conforme lo establece su artículo 41 el que menciona: "*Los **niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir**, crecer y desarrollarse en forma integral, lo que incluye el derecho a la identidad y a la identificación, y los demás derechos y garantías contemplados en esta Constitución, la Constitución Nacional, los Tratados y las leyes. La recreación y el amor constituyen la base de la formación de su personalidad. La familia asegura prioritariamente su protección integral. El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva que tienen por objeto esencial la prevención, detección temprana y amparo de las situaciones de amenaza o violación de los principios, derechos y garantías del niño, de la niña y del adolescente, especialmente de los que se encuentren en situación de riesgo. Debe remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la efectiva y plena realización de sus derechos. El estado asegura a los niños, niñas y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, los siguientes derechos y garantías: a ser oídos por la autoridad competente, a que su opinión sea tomada en cuenta al momento de arribar a una decisión que los afecte y a ser asistidos por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que los incluya. Si carecieren de recursos económicos, el Estado debe asignarles de oficio, un letrado que los patrocine. En caso de detención deben ser alojados en establecimientos especiales que resguarden su integridad física y psíquica*."[163]

Por lo tanto, se defiende el derecho a la vida, y este se protege desde el momento de la concepción, por la alusión a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que establecen la protección jurídica de la vida de todas las personas humanas desde el momento de la concepción, sin distinguir si la misma se produjo dentro o fuera del seno materno.

5.2.2.2.2. Provincia de La Pampa

Si bien la Constitución de la Provincia de La Pampa no menciona el derecho a la vida, sí menciona la prohibición de todo tipo de discriminación, por lo que para el caso de los embriones criopreservados es importante destacar la distinción que hace dicha provincia en su artículo 6 en el que establece: "*Todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. **No se admite discriminación por razones étnicas, de género**, religión, opinión política o gremial, **origen o condición física o social**.*"[164]

Por lo tanto, como hace mención Lafferiere en el texto ya citado, "*...no sería posible discriminar a un niño por su cantidad de células o su apariencia física. Si es un*

[163] En internet: https://www.corrientes.gov.ar/assets/articulo_adjuntos/28/original/Constituci%C3%B3n_de_la_Provincia_de_Corrientes.pdf?1377356446 (Fecha de consulta: 23/01/2019)

[164] En internet: http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/la_pampa.pdf (Fecha de consulta: 23/01/2019)

ser humano (si tiene ADN humano distinto de la madre, y es un ser viviente) no puede ser tratado distinto de los demás seres humanos en virtud de su condición física"[165] Es decir, que los embriones humanos criopreservados por el solo hecho de ser personas, es decir un ser humano por contar con ADN distinto al de sus progenitores debe ser respetado por su condición física, no pudiendo ser discriminado por ello.

5.2.2.2.3. Provincia de Misiones

Si bien la Constitución Provincial de Misiones no menciona explícitamente la protección del derecho a la vida; alude a lo siguiente: "*La ley 3820 de protección integral del niño, niña y adolescente, explícitamente establece que tal legislación es complementaria a la Convención sobre los derechos del niño (Art. 2°). En síntesis, los legisladores misioneros se encuentran redobladamente obligados a la Convención sobre los derechos de los niños. Además se encuentran obligados –también redobladamente- a proteger a los niños en situación de desamparo y los embarazos vulnerable, en virtud de los Art. 37 y 38 de la Constitución Misionera.* "[166]

Por lo tanto, en base a la mención de la Convención sobre los derechos del niño, a pesar de no referirse al respecto en su constitución, la Provincia de Misiones debe respetar el derecho a la vida de todas las personas humanas desde el momento de la concepción, en especial de aquellas personas que se encuentran por nacer.

5.2.2.2.4. Provincia de Neuquén

Si bien la Constitución de la Provincia de Neuquén no regula explícitamente el derecho a la vida, "*El Art. 18 de la Constitución neuquina establece el principio de inderogabilidad de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional: "no podrán ser alterados, restringidos ni limitados por las leyes que reglamenten su ejercicio." "Toda vez que la Constitución protege explícitamente el derecho a la vida en el Art. 29 de la C.N. y en los Arts. 75, inc. 22 y 23; no cabe duda de que es inderogable para los legisladores neuquinos. El Art. 47. "garantiza" a los niños "su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea". Incorpora explícitamente "a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que queda incorporada a esta Constitución, en las condiciones de su vigencia.".*"[167]

Por lo que se debe entender que la Constitución incorpora el derecho a la vida desde la concepción; además dicha vida debe ser protegida desde la concepción con acciones positivas, como por ejemplo el resguardo de los niños garantizado a partir de la ya citada Convención de los Derechos del Niño.

---

[165] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 91

[166] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 92

[167] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 92

5.2.2.2.5. Provincia de Santa Cruz

Al igual que la Constitución de la Provincia de Neuquén, la Constitución de la Provincia de Santa Cruz no regula explícitamente el derecho a la vida, pero igualmente lo garantiza.

"*El Art. 6 de la Constitución santacruceña establece que "en ningún caso podrán las autoridades de la Provincia suspender la observancia de esta Constitución, ni de la Nacional, ni la efectividad de las garantías y derechos establecidos en ambas". La sanción es la invalidez del acto que excepcione tales garantías y vigencias. El legislador santacruceño está obligado bajo pena de nulidad, a hacer respetar la efectividad de los derechos establecidos en la Constitución en torno al más fundamental de todos los derechos: el derecho a la vida humana para todos, sin excepción o discriminación*"[168]

Se puede considerar, entonces, que Santa Cruz debe respetar la Constitución Nacional y por consiguiente los tratados de derecho internacional, respetando y defendiendo de esta forma el derecho a la vida desde el momento de la concepción.

5.2.2.2.6. Provincia de Santa Fe

El artículo 7 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe nos hablar de la dignidad humana, ahora bien, nos preguntamos ¿se podría gozar del derecho de la dignidad humana si no se es beneficiario del derecho a la vida? La respuesta a ese interrogante es que para poder gozar del derecho de la dignidad humana se debe gozar del derecho a la vida.

Sin embargo, el artículo 7 establece: "*El Estado reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla. El individuo desenvuelve libremente su personalidad, ya en forma aislada, ya en forma asociada, en el ejercicio de los derechos inviolables que le competen. La persona puede siempre defender sus derechos e intereses legítimos, de cualquier naturaleza, ante los poderes públicos, de acuerdo con las leyes respectivas. Los derechos fundamentales de libertad y sus garantías reconocidos por esta Constitución son directamente operativos.*"[169]

Es decir, que el Estado Santafesino tiene la obligación de respetar el derecho a la vida y la dignidad humana de todos los habitantes de la provincia desde su concepción, sea fuera o dentro del seno materno.

5.2.3. Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield

Diferente postura digna de observación respecto al tema investigado presenta el mencionado Código Civil fundador de 1869. Para el mismo, la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno, por consiguiente, el embrión es una "persona por nacer" posible de obtener derechos siempre y cuando nazca con vida.

Discute con la antedicha posición la definición de la Real Academia Española para la cual el término "concepción" es la acción y efecto de concebir. Mientras que el término

[168] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales, pág. 95

[169] En internet: http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/203482/986161/ (Fecha de consulta: 23/01/2019)

"embarazo" es el estado en que se halla la mujer gestante. Sin embargo, se puede decir que en el Código Civil el legislador utilizó los términos "concepción" y "embarazo" como sinónimos.

Según Rodolfo Barra en el texto ya mencionado "La protección constitucional del derecho a la vida" donde hace mención a Jorge Joaquín Llambías:

"En esta forma Vélez adopta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho sólo cambia el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser", más adelante agrega*: "El embarazo es el estado biológico de la mujer que ha concebido, mientras dure el periodo de gestación.*

Borda, por su parte afirma*: "La persona natural es el ser humano, el hombre; es lógico, pues, que su personalidad jurídica comience desde que se inicia la vida misma, es decir desde la concepción. Vida y persona son conceptos inseparables"."*[170]

Resulta lógico que al adoptar el derecho de realidad biológica los padres no pueden frustrar las garantías de esa persona por nacer, ni durante la gestación ni después de nacido. Al haber vida hay persona, por ende, esta persona por nacer, sin importar el modo de concepción, tiene derechos entre ellos a la vida, a nacer, a la identidad, a la filiación, a la dignidad, entre otros.

Asimismo, en las II Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, celebradas en diciembre de 1992 se sostuvo que: "*La persona humana comienza desde la concepción en el seno materno o extrauterinamente, pues la dotación genética se encuentra completa desde ese momento, y sólo necesita de su ambiente propio para continuar su decurso vital.*"[171]

Vale la pena recordar que científicamente, la vida humana se inicia en el momento de la concepción, es decir cuando el gameto masculino (espermatozoide) fecunda el gameto femenino (óvulo), desde ese preciso instante se origina un nuevo ser distinto de sus progenitores con capacidad de desarrollo propio.

Conforme el artículo 30 del Código Civil se considera persona a todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones. Para el legislador, las personas pueden ser de existencia ideal o de una existencia visible. Pueden adquirir derechos, o contraer obligaciones por lo que son sujeto de derechos. Este Código definía a la persona por su capacidad.

Resulta relevante retomar la idea del autor anteriormente mencionado: "*La persona como sujeto de derechos es, entonces, el ser que debe ser reconocido por el derecho positivo para hacer de ella el centro de las relaciones jurídicas.*"[172]

Por lo tanto, este Código Civil de 1869 reconoce la personalidad jurídica de la persona por nacer, aunque la condición del nacimiento con vida es la única posibilidad de

[170] Barra, Rodolfo Carlos. La protección constitucional del derecho a la vida. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 70
[171] Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético. Buenos Aires, Depalma, 1995, pág. 251
[172] Barra, Rodolfo Carlos. La protección constitucional del derecho a la vida. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 49

adquisición de derechos. El mismo, da cuenta de un concepto de personalidad establecido en el artículo 51 donde menciona: "*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*."

Para nuestro trabajo, los signos característicos de humanidad a los que se refiere el artículo 51 del Código Civil, están presentes en las células germinales, es decir en los óvulos y espermatozoides utilizados para concebir un embrión. Desde ese momento hay vida, derecho fundamental de nuestro ordenamiento jurídico. La misma es sagrada por lo que el ordenamiento jurídico debe protegerla, y el Estado no puede permitir la muerte de ningún ser humano, en especial de los fetos o embriones al ser estos los más vulnerables.

Será significativo hacer mención al inciso 1 artículo 54 del inciso 1 referido a las personas por nacer quienes presentan incapacidad absoluta; es decir, se les atribuye idéntica protección jurídica que a los menores impúberes, dementes, sordomudos que no saben darse a entender por escrito, pero aún, así se les reconoce personalidad. El jurista Rodolfo Jauregui retoma la temática afirmando:

"*El artículo 56 del Código Civil de Vélez establecía que los incapaces pueden adquirir derechos y contraer obligaciones por medio de los representantes legales necesarios que les da la ley, aclarando el artículo 57 que los padres son los representantes de las personas por nacer y el artículo 58 del Código Civil protege a los incapaces al solo efecto de suprimir los impedimentos de su capacidad. En tanto que reza el artículo 62 del Código Civil que la representación es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueran exceptuados por este Código*".[173]

Teniendo en cuenta lo mencionado, resulta racional el otorgamiento de representación legal a toda persona por nacer plausible de adquirir derechos; aunque necesiten de alguien que los represente conforme al propio ordenamiento jurídico ya que son incapaces de hecho. Por otro lado también, resulta razonable que sean los propios progenitores quienes sean los representantes ya que son ellos quienes están en contacto permanente con esa persona.

En el artículo 63 el legislador define a las personas por nacer a las que "…… *no habiendo nacido están concebidas en el seno materno*." Sin embargo, y de acuerdo al avance tecnológico de los últimos años, se debería afirmar que resultan personas por nacer quienes no habiendo nacido todavía están concebidas, tal como se encuentra actualmente legislado en nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 64 dice: "*Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia*". Se les otorga representación jurídica a aquellas personas por nacer para determinados negocios jurídicos, como ser el caso de adquisición de bienes por donación o por herencia.

A su vez, respecto de la representación de las personas por nacer el artículo 69[174] es claro en cuanto a la finalización de la representación y dice que la misma cesará el día del parto, siempre que el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores. Por

[173] Jáuregui, Rodolfo G. Responsabilidad Parental - Alimentos y Régimen de Comunicación - Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, pág. 57

[174] Art. 69. Cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, o antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este código.

ende, a partir del nacimiento con vida dejará de haber una representación de las personas por nacer para pasar a ser una representación de un menor impúber, la que terminará el día que el menor adquiera la mayoría de edad legal.

El artículo 70 del Código Civil dice: "*Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.*"

Con el avance tecnológico en las prácticas de reproducción humana medicamente asistida, los artículos 63 y 70 del Código Civil de la Nación necesitaban ser reformulados. El 21 de mayo de 2009 se presentó ante el Senado de la Nación un proyecto de ley (S-1506/09) firmado por Liliana T. Negre de Alonso, titulado: "Proyecto de ley modificando los arts. 63 y 70 del Código Civil adecuando la redacción a las prácticas conocidas con el nombre de fertilización asistida". En dicho proyecto se intentó modificar el término "concepción en el seno materno" por "fecundación" dando así inclusión a la normativa civil a las personas concebidas fuera del seno materno producto de las técnicas de fecundación asistida artificial.

Desde el momento de la creación del Código Civil y con el avance tecnológico que se produjo respecto de las técnicas de fecundación asistida y siguiendo la manda constitucional se han presentado en ambas Cámaras del Congreso de la Nación que resguardan la personalidad jurídica de los embriones criopreservados no implantados.

5.2.4. Proyectos de ley relevantes de los últimos diez años anteriores a la reforma del Código Civil (2004-2014)

Se han presentado varios proyectos de ley ante la Cámara de Diputados y Senadores respecto de la problemática de la reproducción humana medicamente asistida, y como consecuencia de esta, el tratamiento de los embriones obtenidos como resultado de estas técnicas. A continuación, se detallarán los más importantes respecto a la problemática de los embriones, en especial aquellos que quedan criopreservados, sin implantarse en el seno materno. Los planteos que estos proyectos refieren servirán de apoyatura para dilucidar ideas respecto a nuestra postura; básicamente considerando que los proyectos a analizar reemplazan en cierta forma, las ideas ancestrales del código de 1869.

Comenzaremos por detallar aquellos proyectos que fueron presentados en la Cámara Baja:

5.2.4.1. "Regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana médicamente asistida: embriones, profesionales intervinientes, beneficiarios, sujetos concebidos, sanciones". Nº: 3978-D-2006. Año 2006. Firmante: Graciela Camaño.

En este proyecto de ley en el artículo 18[175] se le reconoce el carácter de persona al embrión ya sea que se encuentre dentro o fuera del seno materno; paralelamente, existe

[175] Art. 18º: A los efectos de esta ley se consideran "embrión" al óvulo humano fecundado por el espermatozoide humano, dentro o fuera del seno materno. El embrión es persona y, por lo tanto, sujeto de derechos desde concepción. Esta se produce en el momento en que el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino humano.

un reconocimiento al embrión humano crioconservado como sujeto de derecho desde el momento de la concepción.

Asimismo, el artículo 20 menciona que el embrión es poseedor de derecho al nacimiento, a la salud, a la integridad física, a la identidad, a que se respete su medio ambiente natural y la vida. De este artículo se desprenden no solamente el derecho fundamental a la vida, sino también otros derechos personalísimos intrínsecos a toda persona humana.

5.2.4.2. "Régimen para la reproducción humana medicamente asistida: beneficiarios, modificaciones al Código Civil: sustitución de los artículos (definición de persona por nacer) y 70 (comienzo de la existencia de las personas), modificación de los incisos 1) (nulidad) y 3) (impotencia) del artículo 220, incorporación del inciso 4) al artículo 248 (consentimiento prestado por instrumento público". Nº: 3465-D-2008. Año 2008. Firmante: Jorge Antonio Villa-Verde.

En este proyecto de ley en su artículo 17 se establece que se considera embrión al óvulo humano fecundado por espermatozoide humano, dentro o fuera del seno materno. Por su parte, el artículo 18 consagra que el embrión tiene derecho a nacer, a que se respete su medio ambiente natural, a la vida, a la identidad genética, biológica y jurídica, a la igualdad, a la intimidad y a la familia.

En los artículos mencionados se hace alusión a todos los derechos inherentes a las personas humanas (a nacer, a identidad genética, biológica, jurídica, etc); y por analogía se admite al embrión como sujeto de derecho.

Otro de los cambios que traía aparejado este proyecto de ley era la modificación de los artículos 63 y 70 del Código Civil; debido a que los mismos habían quedado, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22; inadecuados respecto a los derechos de embriones concebidos mediante técnicas de reproducción medicamente asistida.

Por ejemplo, en el artículo 35 se menciona la sustitución del artículo 63 del Código Civil por el siguiente: "*Son personas por nacer, las que no habiendo nacido están concebidas dentro o fuera del seno materno*."

Por consiguiente, el artículo 36 sustituiría el artículo 70 del Código Civil por el siguiente: "*Desde la concepción dentro o fuera del seno materno comienza la existencia de las personas. Antes de su nacimiento adquieren derechos, los que quedan irrevocables, si nacen con vida, aunque fuere por unos instantes después de separados de la madre*."

Por lo expuesto este proyecto reconoce el carácter de persona por nacer a los embriones que se encuentren tanto en el seno materno como en fuera del seno materno, gozando los embriones de todos los derechos personalísimos.

5.2.4.3. "Fertilización humana asistida". Nº: 2663-D-2010. Año 2010. Firmante: Ivana María Bianchi.

En este proyecto, al igual que en el anterior, en el artículo 10 se establece que se considera "embrión" al óvulo humano fecundado por espermatozoide humano, dentro o fuera del seno materno. Asimismo, menciona que el embrión es persona, y por lo tanto,

es sujeto de derechos desde el momento de la concepción, sin importar si la misma se produce dentro o fuera del seno materno, sino desde el momento en que el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino.

El artículo 11 le da al embrión derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad, a que se respete su medio ambiente natural y la vida. Esto se fundamentó en que se le debe respetar al embrión el derecho a nacer, a continuar su desarrollo luego de la concepción a fin de lograr su integridad física y psíquica, a ser tratado como persona, a no ser discriminado por enfermedad y a no ser manipulado.

El proyecto considera a los embriones como sujeto de derecho y por lo tanto se le deben respetar los derechos a la dignidad, a la vida y a su identidad.

Respecto a proyectos relevantes, relacionados con nuestro trabajo, presentados en la Cámara Alta encontramos:

5.2.4.4. "Proyecto de ley modificando los arts. 63 y 70 del Código Civil, adecuando la redacción a las prácticas conocidas con el nombre de fertilización asistida". N°: S-1506/09. Año 2009. Firmante: Negre de Alonso

En este proyecto, lo que se busca es modificar los artículos 63 y 70 del Código Civil equiparando a las personas por nacer concebidas en el seno materno con las personas por nacer mediante las nuevas técnicas de reproducción humana.

En el artículo 1 se solicita la modificación el artículo 63 del Código Civil de la Nación, el cual quedaría redactado de la siguiente forma: "*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas por la fecundación*."

El artículo 2 refiere también a la modificación del artículo 70 del Código Civil de la Nación: "*Desde la fecundación comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos por la fecundación nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.*"

No cabe duda de que la intención de este proyecto de ley, siguiendo las bases constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional; es que la persona por nacer, independientemente del origen natural o artificial; sea considerada sujeto de derecho y que por lo tanto pueda adquirir algunos derechos como si ya se hubiese producido el nacimiento.

Vale la pena mencionar que la función de los legisladores de la Nación es modificar la legislación para adecuar la misma a las necesidades actuales de los avances tecnológicos, y esa forma evitar la exclusión, encuadrando dentro de la normativa a la totalidad de las personas por nacer y no solamente a las concebidas en el seno materno.

5.2.4.5. "Proyecto de ley modificando el Código Civil respecto a la fertilización asistida". N°: S-1153/07. Año 2007. Firmante: Giusti.

El presente proyecto tuvo como finalidad principal regular la actividad conocida con el nombre de Fertilización Asistida, práctica médica que se encuentra actualmente vigente. Mediante dicha práctica la ciencia ha ofrecido la posibilidad de concebir a aquellas parejas imposibilitadas de hacerlo en forma natural, pero dicha experiencia carece de reglamentación en nuestro país. Por lo tanto, el mencionado legislador intentó regular al respecto, modificando en parte el artículo 70 del Código Civil incorporando un

último párrafo en el artículo 1: "*El óvulo fecundado en forma extracorpórea, antes de su transferencia al seno materno, no goza de la protección jurídica que este Código y las leyes otorgan a la vida humana inherente a las personas por nacer*."

De esta forma, en este proyecto del año 2007, el legislador intentaba dar cuenta de la necesidad de equiparar los derechos de los embriones, independientemente de su origen. Lo que intenta el legislador implícitamente en este caso, en una postura contraria a las normas constitucionales, es diferenciar a las personas por nacer concedidas en forma natural de aquellas concebidas por las técnicas de reproducción medicamente asistida, logrando así equiparar a las personas por nacer producto de técnicas de reproducción humana asistidas a una "cosa" y no a una persona por nacer.

5.2.4.6. "Proyecto de ley sobre procreación humana asistida". N°: S-3518/06. Año 2006. Firmante: Negre de Alonso

Este proyecto de ley en su artículo 7 menciona que el origen del embrión humano comienza desde que el óvulo es fecundado por el espermatozoide, de esta manera, considera al embrión producto de técnicas de reproducción humana asistida una persona por nacer.

El artículo 27 del mencionado proyecto sostiene que: "*Será sancionado con una pena privativa de la libertad de 6 meses y hasta tres años o una multa de ciento cincuenta mil pesos ($ 150.000) a doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000), quien enajenare o dispusiere a título gratuito de un embrión humano, concebido en forma extracorporal, para proceder a implantarlo en una mujer que no fuera aquella de la cual proviene el material genético. La prohibición de enajenar o disponer comprende todo acto de cesión, utilización o adquisición.*". La lectura de dicho artículo nos remite a la protección del embrión originado por técnicas de procreación asistida, prohibiendo su enajenación, cuestión ligada a la consideración de este como persona por nacer.

5.2.4.7. "Proyecto de ley sobre técnicas de reproducción humana asistida". N°: S-3859/05. Año 2005. Firmante: Sapag

En este proyecto se busca el cambio de varios de los artículos del Código Civil, logrando de esta forma modificaciones en el derecho común. El artículo 17 del proyecto dice: "*Sustituyese el artículo 63 del Código Civil por el siguiente: Son personas por nacer las que no habiendo nacido, están concebidas dentro o fuera del seno materno. El óvulo fecundado en etapa de singamia, goza de la protección jurídica que este código otorga a las personas por nacer'*."

En este caso, el legislador buscar la igualdad entre aquellas personas por nacer producto de la naturaleza y aquellas que fueron producto de técnicas de reproducción medicamente asistida, reconociéndoles personalidad jurídica, por lo tanto considerándolos sujetos de derecho.

Por su parte, el artículo 18[176] también modifica otro de los artículos importantes de derecho interno respecto al comienzo de la existencia de las personas. En esta

[176] ARTICULO 18°- Sustituyese el artículo 70 del Código Civil por el siguiente: "Artículo 70: Desde la concepción dentro o fuera del seno materno, comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre".

modificación, se incorpora a las personas por nacer concebidas fuera del seno materno, logrando así la igualdad. El legislador tuvo en cuenta lo estipulado en el Pacto de San José de Costa Rica al establecer en su artículo 4º, inciso 1º que el derecho a la vida comienza a partir del momento de la concepción, sin hacer distinciones en si esa concepción fue realizada en el seno materno o fuera de él.

5.2.5. Proyectos de ley relevantes posteriores a la reforma del Código Civil (2014-actualidad)

Como se ha mencionado anteriormente, tanto antes de la reforma del Código Civil como después de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, se han presentado varios proyectos de ley ante la Cámara de Diputados y Senadores respecto de la problemática de la reproducción humana medicamente asistida y en especial relacionados con la protección jurídica del embrión criopreservado que el mismo Código refiere como necesaria. A continuación, se detallarán algunos ejemplos haciendo énfasis en la problemática de los embriones, en especial aquellos que quedan criopreservados, sin implantarse en el seno materno.

5.2.5.1. "Protección de embriones no implantados. Régimen". Nº: 1541-D-2019. Año 2019.

Este proyecto de ley tiene como principal objetivo la regulación de la protección jurídica del embrión no implantado y establecer su régimen jurídico. Ahora bien, dicho proyecto comienza con un glosario que equipara a la concepción o anidación con la implantación del ovulo fecundado en las partes del útero, por lo que ya desde su glosario se puede ver que los firmantes del proyecto equiparan, erróneamente, al embrión humano no implantado con una cosa. Del mismo modo, en el mismo apartado nos habla de "donación de embriones" en lugar de referirse a la "adopción" que, como se ha mencionado en el capítulo 1 de la presente investigación, es el termino acertado cuando hablamos de los embriones debido a que estamos aludiendo a personas y no a cosas.

Es importante destacar el concepto erróneo de embrión que se utiliza en el proyecto de ley donde se lo define como "*producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario –ocho (8) semanas después de la fecundación*-." Ahora bien, se ha mencionado en esta investigación que el embrión es un ser vivo, producto de la fusión de gametos femenino y masculino que originan la fecundación y forman un cigoto que contiene el ADN de los progenitores, por lo que resulta un ser humano distinto a sus progenitores, y merece ser considerado sujeto de derecho por poseer todos los derechos correspondientes, independientemente de si se encuentra dentro o fuera del seno materno; por lo tanto, el proyecto de ley no está respetando el carácter de persona de los embriones y, lo que es peor aún, los está igualando a una cosa.

No obstante, hace mención del "contrato de donación" cuestión que refiere a la celebración de contratos donde el objeto son los embriones, es decir que nuestra sociedad retrocede socialmente, y vuelve a obtener contratos donde el objeto son las personas equiparando el contrato de donación de embriones a un contrato de compra venta de esclavos.

En su artículo 4 se alude a la protección del embrión, dicho artículo dice: "*El embrión in vitro es objeto de protección según las disposiciones de la presente ley y normas complementarias, de conformidad con el desarrollo de la ciencia. ...*". Si bien este artículo nos habla de que se deben proteger los embriones, por otro lado, en el mismo proyecto, en su artículo 10 menciona el destino de los embriones criopreservados donde estipula en el apartado b) y c) la donación con fines reproductivos y con fines de investigación y peor aún su apartado d) donde menciona el cese de su criopreservación, es decir que la ley prevé la muerte (en manos de los mismos progenitores aportantes de los gametos y que han prestado el consentimiento informado) de las personas por nacer, en este caso embriones criopreservados; es decir que se podría equiparar el cese de la criopreservación al aborto, figura legal que actualmente se encuentra penada en nuestro ordenamiento jurídico.

Exponer a los embriones a fines de investigación es atentar contra la moral de estos, además estaríamos manipulándolos con fines moralmente inaceptables. Mucho peor aún, sería establecer un periodo máximo de 10 años para su criopreservación y luego donarlos directamente para la investigación, previo contacto con sus progenitores.

Por otro lado, hace una distinción entre "embriones viables" y "embriones no viables", lo cual sería inconstitucional, ya que la misma Constitución Nacional establece que todos somos iguales ante la ley, por lo que no puede una ley especial ser contraria a la Carta Magna nacional y establecer una diferenciación de dicha índole. Asimismo, directamente menciona que si el embrión es "no viable" el mismo puede ser utilizado con fines de investigación y, peor aún, cesar su criopreservación. Sin embargo, dicho proyecto es contradictorio en varios aspectos, en especial en el mencionado en el artículo 22 donde se menciona "*...Se encuentra prohibida la utilización de embriones viables para fines de investigación, a excepción de aquellos embriones viables criopreservados sobrantes y solo luego de finalizado el tratamiento con fines reproductivos.*"

Ahora bien, el artículo 14 establece que los embriones no viables pueden ser utilizados para investigación, pero conforme el artículo 22 los embriones viables no pueden utilizarse con fines de investigación, por lo que hay una clara diferenciación entre los embriones, que contradice la premisa máxima de que todos seres humanos iguales ante la ley.

Mención especial se debe realizar al "contrato de donación" anteriormente citado, debido a que el artículo 15 del proyecto en análisis establece: "*La donación de embriones se convine entre las personas titulares que prestan el correspondiente consentimiento informado para su conformación y el banco o centro de salud, denominado receptor. Exige forma escrita. Previo a la firma del contrato, las personas donantes deben ser informadas y asesoradas sobre los aspectos médicos, biológicos, psicológicos, jurídicos y éticos de la donación, y suscribir el formulario de consentimiento informado. ...*". Ahora bien, primero estamos ante la presencia de un contrato en donde el objeto del contrato es una persona por nacer, en este caso un embrión criopreservado. Luego, estipula el formato escrito, es decir que las donaciones no pueden ser realizadas oralmente, y por último menciona que los donantes deben ser informados dentro de muchos aspectos especialmente en los aspectos jurídicos y éticos de la donación. Sin embargo, debemos pensar qué consideramos ético respecto a la donación.

Sería ético hablar de adopción de embriones, en donde podemos lograr que ese embrión sea implantado en una mujer y como consecuencia de ello el embrión deje de ser un ser humano en potencia para poder ser un ser humano pleno que logre un nacimiento

con vida, pero no es ético hablar de adopción de embriones, toda vez que estamos asimilando al embrión a una cosa.

Por otro lado, el artículo 16 habla de que el contrato de donación es revocable a pedido de los donantes haciendo la salvedad de que ello va a ocurrir solo en el caso de que los embriones se encuentren disponibles; y por otro lado, el artículo 17 menciona que el banco o el centro de salud que se encuentre autorizado para poder llevar adelante la implantación pueden rechazar la donación de embriones por razones fundadas. Ahora bien, cabe preguntarse ¿Cuáles serán las razones fundadas?

No obstante, lo más importante de este proyecto es su artículo 19 que menciona cual es la información que debe recabar y resguardar respecto de los donantes de embriones. Es decir, que dichos centros deben tener la siguiente información: "*a)identificación de las personas donantes mediante copia simple del documento de identidad; b) historia clínica de las personas donantes; c)información sobre la composición familiar, en especial, si tiene descendencia y datos al respecto; d) copia del contrato celebrado con el establecimiento especializado; e)copia de los estudios clínicos realizados y toda otra información médica relevante; f) fecha en que se realizó la donación de embriones; g)destino de los embriones, debiendo quedar registrada la/las personas que resulten beneficiarias; en caso de que el procedimiento haya sido exitoso, la anotación del parto, identificando a la o las personas nacidas; h) toda otra información que resulte de utilidad a criterio de las personas profesionales intervinientes, o que sea dispuesta por normas complementarias de la Autoridad de Aplicación*.", pero tal como se mencionara anteriormente cuando se habla de donación deberíamos aludir a la adopción debido a que estamos en presencia de una persona por nacer.

Además, dicho artículo menciona que una vez nacida la persona deben suministrarse sus datos al banco y/o establecimiento sanitario. Por otro lado, resguarda los datos de los donantes toda vez que menciona que la información mencionada anteriormente es confidencial y que se aplica lo previsto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación, es decir que la persona nacida mediante estas técnicas puede obtener la información necesaria tal como se desarrollará a lo largo de esta investigación.

El proyecto nos habla de la responsabilidad civil que tienen los profesionales intervinientes y los directivos de los establecimientos sanitarios ante la manipulación de embriones, por lo que los convierte en civilmente responsables; es decir que por un lado dicho proyecto permite la investigación, pero por otro lado hace responsables a los profesionales no solo civilmente sino también penal y/o administrativamente de la manipulación de los embriones. Ahora bien, cuando se los investiga ¿no se realiza manipulación con dichos embriones?, la respuesta es sí, ya que cuando se realiza investigación con los embriones se los está manipulando y llevándolos a la muerte, debido a que una vez que finalice su investigación los mismos serán desechados.

Mención aparte, merecen los fundamentos de dicho proyecto donde se alude a la protección legal que deben tener los embriones, que recordemos que era el objetivo principal del proyecto, donde se menciona que "*…sin equiparar al embrión no implantado como la persona humana…*" y "*el embrión no implantado, carece de tal equiparación y protección en el carácter de "persona"*". Ahora bien, el mismo Código es el que establece que deben crearse una ley especial que regule la protección del embrión humano no implantado y esto no quiere decir, como mencionan los firmantes del

proyecto, que el embrión no sea persona. El embrión humano criopreservado, para nuestro ordenamiento jurídico vigente, tanto para el derecho constitucional como así también los tratados de derechos humanos internacionales que tienen raigambre constitucional y el Código Civil y Comercial de la Nación establecen que se es persona desde el momento de la concepción y como hemos mencionado anteriormente concepción e implantación son sinónimos cuando nos referimos a los embriones producto de técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Por lo tanto, dicho proyecto, al equiparar al embrión humano no implantado a una cosa resulta contrario al ordenamiento jurídico, por lo cual de sancionarse podría plantearse su inconstitucionalidad, por el carácter de persona del embrión humano criopreservado y el resguardo a su derecho a la vida.

5.2.5.2. "Ley integral de técnicas de reproducción humana médicamente asistida.". Nº: 0091-D-2017. Año 2017.

Este proyecto de ley es al antecesor del analizado anteriormente. El objeto del proyecto de ley era regular no solo el alcance de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida sino también la protección el embrión no implantado. A diferencia del proyecto desarrollado precedentemente, resulta más amplio porque no solo regula la protección jurídica del embrión no implantado, sino que también hace mención a la reglamentación respecto a las técnicas de reproducción humana asistida.

El artículo 6 menciona el principio de igualdad señalando que "*… Está prohibida cualquier tipo de discriminación fundada en condiciones genéticas de una persona o por haber nacido del uso de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida.*" Ahora bien, se ha aludido en reiteradas ocasiones que desde nuestra perspectiva el embrión humano no implantado es persona, por lo que estaría prohibido cualquier tipo de acto discriminativo.

El artículo 11 menciona que debe evitarse generar embriones para ser utilizados sin fines reproductivos, cuestión que implicaría, como posible solución, una eventual adopción de embriones sobrantes con el fin de perpetuar su desarrollo y posible nacimiento. Consideramos que darlos en adopción para fines de investigación sería contrario a nuestro ordenamiento jurídico además de al propio proyecto.

En el artículo 14, al igual que el proyecto analizado ut supra, se descubre un glosario donde se considera sinónimos a la concepción o anidación con la implantación, es decir, que igualan inexactamente al embrión humano no implantado con una cosa. Asimismo, en el mismo artículo se define a la "donación de embriones" en lugar del término "adopción", vocablo más acertado ya que los embriones a los que hace referencia son persona humana, con la única salvedad que por nacer.

El artículo 33 menciona los dos tipos de embriones haciendo una distinción entre "viables" y "no viables", es decir que el mismo proyecto es contradictorio al artículo 6. Y en los dos artículos siguientes estipula cuál es el destino de cada tipo de los embriones mencionados. de los embriones "viables" y el de los "no viables". El artículo 34 estipula que: "*Los embriones viables pueden ser transferidos o no transferidos al útero de una persona. Los embriones viables no transferidos, o sobrantes, deben ser criopreservados para ser utilizados en transferencias posteriores, excepto que por decisión de los usuarios o por otras razones ello no sea posible. …"*, en cambio el artículo 35 dice: "*Los*

embriones no viables pueden ser utilizados para investigación o cesar su criopreservación.". Es decir, que existe una diferenciación que puede ser interpretada como una discriminación en donde puede observarse la diferencia que se hace en cuanto a embriones "viables" y "no viables".

La diferenciación a la que nos referimos es que los embriones "viables" no pueden ser utilizados con fines de investigación ni cesada su criopreservación, es decir que deben ser transferidos al seno materno en el mismo de instante de su creación o ser criopreservados para una transferencia posterior. En cambio, los embriones "no viables" solo pueden ser utilizados con fines investigativos y en su defecto se debe terminar con su criopreservación es decir se los debe destruir, obteniendo de esa forma la muerte de esa persona por nacer.

Tal como se analizó anteriormente, el artículo 43 refiere el destino que pueden tener los embriones que son: "*a. utilizados por los titulares para posteriores tratamientos; b. donados con fines reproductivos; c. donados con fines de investigación; d. cesar su criopreservación.*" De los cuatro incisos el único aceptado es el primero ya que los embriones que se encuentran criopreservados pueden ser utilizados por los titulares para posteriores tratamientos, pero por otro lado este inciso debería modificarse y sacar la parte referida a los titulares y que los mismos sean utilizados no solo por los donantes de gametos sino también por terceros que se sometan a un proceso de adopción de embriones, que se debería legislar.

De esta forma, modificando el inciso b) por el termino adopción en lugar del vocablo donación, no solo estamos preservando la vida de los embriones criopreservados, derecho humano fundamental de todo ser, sino que también le estamos dando la posibilidad de formar una familia y ser padres a aquellas personas que no puedan concebir hijos naturalmente y que puedan llevar adelante un embarazo propiamente dicho.

En cuanto a los incisos restantes, tal como se mencionara en el análisis anterior, son moralmente inaceptables ya que refieren a seres humanos frente a experimentos científicos de investigación que pueden provocar su muerte, en especial lo expuesto por el último inciso.

Este proyecto, también, estipula un plazo de diez años como periodo máximo para la criopreservación, momento en el cual los centros de salud deben comunicarse con sus titulares y si los mismos no contestan, se donarán los embriones para investigación.

Tal como se analizó anteriormente, se habla de un contrato de donación cuya formalidad es escrito y donde también los donantes deben ser informados, entre otros aspectos, sobre el aspecto jurídico y ético de la donación. Asimismo, se debe confeccionar un legajo sobre los mismos que debe contener la misma información que se detalló en el artículo 19 de proyecto mencionado anteriormente.

El artículo 60 menciona que la donación de embriones no debe tener carácter lucrativo o comercial, sino gratuidad. Pero a pesar de ello, se deberá fijar una compensación económica resarcitoria que tendrá como objeto reparar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se derivan de la donación, pero que no puede ser considerado como un incentivo económico para el donante. Por lo tanto, este artículo continua las normas de la maternidad subrogada o gestación por sustitución que si bien no está legislada en nuestro país, se utiliza en varias partes del mundo.

El artículo 62 hace mención especial a que la donación de embriones y/o de gametos no va a generar ningún vínculo filiatorio con el donante, por lo que tampoco conllevara derechos ni obligaciones jurídicas entre ellos.

Luego, en el capítulo 4 del proyecto dedicado a la investigación con embriones hace referencia a la investigación de embriones no viables, embriones enfermos o portadores con anomalías graves en casos de diagnóstico genético preimplantatorio o embriones viables sobrantes procedentes. Es decir que dicho artículo resulta contradictorio respecto al artículo 34 del mismo proyecto y que el mismo proyecto sigue discriminando (cuestión que resulta prohibitiva), entre embriones viables y no viables.

Asimismo, el mismo artículo 90 también hace mención que los embriones afectados y los sanos que presenten alguna anomalía pueden ser donados con fines de investigación e incluso cesar su criopreservación. Además, dicho artículo estipula la prohibición respecto a que dichos embriones sean donados o puestos en adopción a otras parejas con fines reproductivos.

El artículo 106 establece prohibiciones especialmente en lo referido a: "*a) la selección de sexo de embriones con fines sociales; b) la comercialización de embriones; c) la creación de embriones únicamente con fines de investigación; d) todo tipo de manipulación genética que no tenga fines terapéuticos;*", es decir que no se puede hacer distinción de sexo ni comercializar, por lo tanto, solamente se podrían utilizar y/o donar los embriones. Tampoco se pueden crear embriones con fines de investigación, entonces no podrían ser utilizados para ello aquellos que fueron creados con el objeto de formar una familia y que como consecuencia de ello tampoco se pueden manipular genéticamente los embriones, ya que ello afectaría la moral de estos.

Por último, dentro de los fundamentos del proyecto, el mismo menciona: "*... más allá de que el embrión no sea persona, lo cierto es que debe ser protegido. ...*" concepto totalmente erróneo debido a que el mismo Código Civil y Comercial en su artículo 19 menciona que el embrión es persona desde el momento de la concepción, es decir momento en que fuera fecundado el óvulo con el espermatozoide, desde ese momento entonces se debe resguardar porque es persona, tal como se mencionara a lo largo de la presente investigación.

5.2.5.3. "Régimen de regulación de los procedimientos y técnicas de reproducción humana asistida". Nº: S-1320/16. Año 2016.

El objetivo de este proyecto de ley es establecer un régimen de regulación de los procedimientos y técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

En el capítulo V dedicado a la crioconservación de embriones y gametos, en su artículo 13 se prohíbe la crioconservación de embriones. Ahora bien, esto trae aparejado grandes interrogantes como ser: ¿solo se podrán criopreservar gametos?, ¿solo se podrán generar la cantidad de embriones a implantar?, ¿Qué pasaría con los embriones que se encuentran criopreservados en todos los centros de salud del país?, entre otros.

Por otro lado, el artículo 14 permite la crioconservación de gametos durante la vida del hombre o de la mujer de quienes proceden, pero establece que luego de los dos primeros años de su crioconservación se deberá renovar o modificar el consentimiento firmado anteriormente.

El capítulo VII se refiere a la intervención sobre embriones in vitro, estipulando el artículo 17 que "*Toda intervención sobre embriones in vitro debe tener por finalidad tratar una enfermedad o impedir su transmisión, con garantías razonables y contrastadas.*", es decir que únicamente se van a utilizar embriones in vitro para poder tratar una enfermedad existente o impedir la transmisión de esta.

Asimismo, el artículo 19 menciona que queda prohibida la utilización tanto de gametos como de embriones para experimentación ni con fines de investigación.

Además, el artículo 22 establece que los equipos biomédicos solo van a poder utilizar tres embriones por ciclo y los mismos deben ser transferidos en su totalidad y en un único acto, por lo que no pueden quedar embriones sobrantes debido a que se encuentra prohibida su crioconservación.

También, el artículo 33 menciona que quien comercialice gametos y embriones, o experimente con embriones humanos, o produzca embriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora, o quien transfiera a la receptora en un mismo acto embriones originados con ovocitos de distintas mujeres, o aquel que seleccione el sexo o manipule genéticamente con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados, incurrirá en una infracción muy grave para dicho proyecto.

Por último, se menciona en los fundamentos del proyecto de ley que: "*…la técnica de crioconservación de embriones se utiliza en nuestro país al margen del Derecho y sin regulación jurídica alguna. …*", por lo que se optó por prohibirla en el proyecto. Lo cierto es que hay miles de embriones criopreservados en nuestro país, por lo tanto, la opción de prohibirlos no sería la acertada; debería regularse el destino de los embriones criopreservados existentes.

5.2.5.4. "Regulación sobre técnicas para la fertilización humana asistida y protección del embrión no implantado". Nº: 8210-D-2014. Año 2014.

El objeto de dicho proyecto de ley es la reglamentación de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida y la protección del embrión no implantado.

El artículo 9 menciona la prohibición de la donación de gametos y que los mismos no son objetos de comercio.

Por otro lado, el artículo 10 define al "embrión" como: "*el óvulo humano fecundado por el espermatozoide humano, dentro o fuera del seno materno. El embrión es persona y, por lo tanto, sujeto de derechos desde la concepción. Esta se produce en el momento en que el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino humano*.". Por lo tanto, para la concepción de este proyecto el embrión humano es considerado persona y como tal debe ser protegido desde el mismo instante de su concepción sin importar si la misma se produjo dentro o fuera del seno materno.

Por su parte, el artículo 11 señala que: "*El embrión tiene derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad, a que se respete su medio ambiente natural y la vida*.", es decir que es titular de derechos humanos inherentes a toda persona humana, teniendo derecho a la vida, como derecho humano fundamental.

Asimismo, el artículo 14 estipula los actos que se encuentran prohibidos respecto de los embriones a saber: "*a) La Criopreservación de embriones. b) La adopción de embriones. c) La destrucción de embriones. d) El uso de los embriones para investigación. e) La comercialización de embriones. f) La donación de embriones. g) La comercialización de gametos*.". De dicho artículo se desprende la prohibición de la criopreservación, problemática que trae aparejada innumerables interrogantes respecto de los embriones criopreservados existentes en nuestro país, debido a que el proyecto de ley no regula acerca de los embriones ya crioconservados.

Por otro lado, en dos incisos se prohíbe tanto la adopción como la donación de embriones, por lo que entendemos que no se considera los términos "adopción" y "donación" como sinónimos. Además, se menciona el impedimento del uso de embriones para investigación, por lo que tampoco podemos entender que la donación esté vinculada a la investigación, por lo que existe ambigüedad respecto a qué se hace referencia cuando se utilizan dichos términos. Asimismo, se prohíbe la destrucción de los embriones como así también la comercialización tanto de los embriones como de los gametos.

Además, el artículo 15 estipula que los embriones solo pueden producirse con el fin de ser implantados en el seno materno y que cuando estamos en presencia de inseminación artificial solo se pueden implantar gametos humanos en una mujer.

Luego, en los fundamentos se hace mención a la importancia de la protección de los derechos de los embriones no implantados, toda vez que la dignidad de los embriones, que como se manifestara anteriormente, son personas humanas, fue consagrada en el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación. Es decir, que se le debe reconocer a los embriones el carácter de persona por el solo hecho de ser seres humanos y de esa forma garantizar una legislación tanto nacional como internacional adecuada, como así también el tratamiento de los científicos ante estos procedimientos de fecundación asistida.

También, en los fundamentos los firmantes del proyecto estipulan: "*Entre los derechos fundamentales que todo ser humano posee desde el momento de su concepción, el derecho a la vida representa ciertamente el derecho primario. Hay un enorme número de embriones humanos que se pierden o que son destruidos a consecuencia de estos procedimientos: ninguna guerra o catástrofe ha causado tantas víctimas (otros son crioconservados y abandonados por quienes los han encargado).*". Acorde a esta estimación, desde el momento de la concepción los embriones tienen derecho a la vida y por lo tanto tienen derecho a ser protegidos y a nacer. Ahora bien, ¿Qué ocurre en aquellos casos en donde no se pueden implantar?, en estos casos se los crioconserva pero ello trae aparejado, muchas veces, el abandono de los mismos. Ante el abandono hay una solución que es la adopción de los embriones cuyo fin es garantizarle el derecho al nacimiento y, paralelamente, la posibilidad de formar una familia a muchas personas. Sin embargo, estas dos últimas circunstancias no fueron tratados en el proyecto desde estas perspectivas, sino que directamente fue prohibido.

Posteriormente, hace mención a que los embriones son vidas humanas que pueden: "*1) Guardarse para su posterior "uso" personal. 2) Donarse a otras parejas infértiles (también llamada "adopción prenatal"). 3) Permitir su "uso de investigación – experimentación científica" o simplemente. 4) Destruirlos ("debemos ejercitar los deseos de los padres"). Cuando son numerosos los embriones que se implantan, proceden a una "reducción selectiva", para no llamarlo aborto selectivo de vida humana, con la excusa de mejorar la esperanza de vida para aquellos que sobrevivan a tal "selección"*.".

Por lo tanto, a pesar de no legislarlo en el proyecto, se tuvo en cuenta el guardado para su uso posterior, es decir su criopreservación, como así también la adopción prenatal, equiparando la donación y la adopción como sinónimos, en este caso. Por otro lado, erróneamente, también se plantearon las posibilidades de uso de investigación y de su destrucción, pero por el carácter de persona humana estos dos últimos supuestos no están permitidos.

Por último, estipula cuales son los derechos del embrión que deben ser respetados, a saber: "*1) a nacer. 2) a continuar su desarrollo luego de la concepción a fin de lograr su integridad física y psíquica. 3) a ser tratado como persona y no como objeto susceptible de ser destruido, congelado o comercializado. 4) a no ser discriminado por enfermedad. 5) a no ser manipulado. Estas técnicas conllevan la tentación "eugenésica", es decir, la posibilidad de intervenir en el patrimonio genético, seleccionando, manipulando y "produciendo" seres humanos con características "predeterminadas". El ovocito pronucleado constituye una estructura biológica particular, distinta de los gametos masculino y femenino. Los embriones o aún los ovocitos pronucleados son SUJEJO DE DERECHO y por lo tanto deben arbitrarse las medidas que aseguren SU DIGNIDAD, SU VIDA Y SU IDENTIDAD.* ".

De todo lo antedicho se debe interpretar que los embriones por el solo hecho de ser sujetos de derechos tienen derecho a la vida, a su identidad y a su dignidad, por lo que tienen derecho a que su desarrollo humano continúe aun después de la concepción y que reciban el trato de persona sin ser destruidos.

5.2.5.5. "Ley de Reproducción Humana Asistida". Nº: 8147-D-2014. Año 2014.

El objeto de este proyecto de ley es regular la infertilidad humana como enfermedad. El mismo define a la infertilidad como la dificultad de concebir un hijo de forma natural lo que trae aparejado la regulación de las nuevas técnicas de reproducción medicamente asistida. A su vez, el proyecto establece el impedimento de generar más de tres embriones por tratamiento, conforme el artículo 8.

El artículo 16 menciona las prohibiciones entre ellas: "*La criopreservación de embriones; La destrucción de embriones; El uso de los embriones para investigación; La comercialización de embriones; La donación de embriones*", es decir que este proyecto protege a los embriones y los considera persona por lo que prohíbe su criopreservación ya que parte de la doctrina entiende que la criopreservación afecta la dignidad humana. Por otro lado, se prohíbe la comercialización de estos ya que al considerarlos persona se los encuentra fuera del comercio y tampoco se los consideraría aptos para la donación, debido a que se los cosificaría al hacer mención a la misma. Mucho menos se puede destruir debido a que si esto ocurriera estaríamos quitándole la vida a los embriones y tampoco se pueden utilizar con fines de investigación ya que afectaría no solo la dignidad de estos, sino que también se puede llegar a afectar el desarrollo y hasta destruirlos.

A pesar de la prohibición de la criopreservación, el proyecto estipula la instrumentación y control de un registro de embriones criopreservados. El artículo 20 crea especialmente un Registro Único de Material Genético y de Embriones crioconservados.

El artículo 26 establece que son infracciones las siguientes conductas: "*...La generación de más de tres embriones por tratamiento. ... La criopreservación de*

embriones generados después de la entrada en vigor de la ley. La destrucción de embriones existentes al momento de la entrada en vigor de la ley. El uso de embriones para investigación. La comercialización de embriones. …". Es decir que solo se pueden generar tres embriones por tratamiento y los mismos deben ser implantados en su totalidad. También prohíbe la criopreservación y la destrucción de embriones después de la entrada en vigencia de la ley, lo cual resulta importante destacar que si se prohíbe la destrucción no se podría cesar con la criopreservación de los embriones ya existentes. Tampoco se pueden comercializar los embriones existentes y mucho menos se pueden utilizarlos con fines de investigación.

Aunque ya fue considerado en otros proyectos, vale agregar que en el apartado de los fundamentos de este proyecto de ley se establece: "*Partiendo de la premisa de que un embrión es considerado vida humana se encuentre dentro o fuera del útero, no se deja a consideración del médico la cantidad de embriones que se fecundan sino que se establece un máximo de tres por tratamiento. Además, se prohíbe la crioconservación de embriones, su uso para investigación, su donación, destrucción o comercialización. En forma coherente, el tratamiento de los embriones que ya se encuentran congelados, es decir, los existentes hasta el momento de sanción de la ley, en los distintos centros de tratamiento, se dice aquí que serán objeto de regulación por separado, pero mientras tanto, y a efectos de posibilitar soluciones judiciales a cuestiones que hoy ocurren todos los días, proponemos que se aplique a los embriones el régimen legal de la adopción vigente en este momento. Disponemos para ellos un registro especial y el sistema que proponemos para acabar parcialmente con la laguna legal que existe hasta el momento, y en el período que vaya desde la sanción de la presente y el momento en que una regulación específica al efecto.*"

De lo expuesto, se puede observar que hay un antes y un después en cuanto a los tratamientos de fertilización asistida y la cantidad de embriones a crear, solo se podrán crear un máximo de tres por tratamiento y se deberán implantar el total debido a que se prohíbe la conservación de los embriones. Por otro lado, se tendrá que crear un registro especial donde consten todos los embriones que se encuentre criopreservados. Para aquellos, que se encuentren abandonados y que no quieran ser implantados en aquella madre aportante del material genético se tendrá que crear un programa de adopción de los embriones para que estos puedan desarrollarse plenamente y nacer.

5.2.5.6. "Ley Integral de Técnicas de Reproducción Humana Asistida". Nº: 4058-D-2014. Año 2014.

Siguiendo la línea de los anteriormente mencionados, este proyecto de ley es el antecesor del analizado anteriormente Nº: 0091-D-2017 y también tiene por objeto regular el uso, procedimiento y tratamientos relativos a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Como principios fundamentales sostiene el interés superior del niño, la dignidad humana, el derecho a la identidad y a conocer los orígenes y el derecho a la igualdad y no discriminación, entre otros. Asimismo, en el artículo 6 se establece el principio de igualdad y como consecuencia de ello la no discriminación fundada en condiciones genéticas.

En el artículo 11 prohíbe engendrar embriones sin fines reproductivos y en el artículo siguiente intenta proteger al embrión in vitro. En el artículo 14, al igual que el

proyecto mencionado anteriormente, existe un glosario donde considera como sinónimos concepción o anidación con la implantación. Además, se precisa la "donación de embriones" término considerado desacertado toda vez que los embriones son persona humana, y por lo tanto no pueden ser donados, sino que deben ser adoptados.

En el artículo 33, al igual que en el proyecto ya analizado, menciona que los derechos sobre los embriones corresponden a sus titulares y que los mismos pueden ser viables y no viables, es decir que el proyecto hace una diferenciación en cuanto a distintos tipos de embriones, lo que nos conduce a las preguntas: ¿Existen distintos tipos de personas?, ¿Las personas se pueden clasificar en viables y no viables? Además, por un lado, se prohíbe la discriminación por cuestiones genéticas, pero la diferencia entre viables y no viables induce a pensar distintos destinos según el embrión del que se trate.

El artículo 43 por su parte establece cuáles son los destinos que pueden tener los embriones, entre ellos: ser utilizados por los titulares para posteriores tratamientos, ser donados con fines reproductivos y con fines de investigación y ser descartados. Ahora bien, como se ha analizado anteriormente, dichas cuestiones no pueden ser viables si afectan al embrión, el único que puede ser utilizado es este mismo para posteriores tratamientos que podrían ser no solo para los titulares sino también ser entregados en adopción siendo los padres adoptivos quienes lleven adelante el procedimiento. En cambio, los otros supuestos afectan plenamente la dignidad de los embriones (considerando que el proyecto tiene como principio la dignidad humana), estableciendo cierta contradicción entre sus artículos.

En el artículo 44 se conviene un plazo máximo de diez años para la criopreservación de los embriones. Cumplido el mismo, los centros de salud donde se encuentren los embriones deben comunicarse con sus titulares y en caso de silencio de estos el destino de los embriones será la investigación.

En el capítulo 3 del proyecto se estipula la donación de los tejidos, gametos y embriones y el primer artículo de este capítulo señala requerimientos del contrato de donación: en forma escrita y previo a la firma de este los donantes deben ser informados y asesorados sobre distintos aspectos ente los más importantes el jurídico y el ético de la donación.

El artículo 53 establece que los establecimientos sanitarios especializados deben crear un legajo de cada donante que deben contener todos los datos filiatorios de los donantes y toda la información sobre el destino de los gametos y de los embriones.

El artículo 60 menciona que la donación de los embriones debe ser gratuita. Pero que se debe fijar una compensación económica resarcitoria la que tendrá como objeto reparar las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se derivan de la donación, pero que no puede ser calificado como un incentivo económico para el donante.

El artículo 61 menciona que el contrato de donación puede revocarse, pero únicamente a pedido exclusivamente del donante. A su vez, el artículo 62 hace mención especial a que la donación de embriones no va a traer aparejado ningún vínculo jurídico de filiación entre el nacido y el donante.

En el artículo 63 se hace referencia a la investigación de embriones no viables, embriones enfermos o portadores con anomalías graves en casos de diagnóstico genético

preimplantatorio o embriones viables sobrantes procedentes. Es loable señalar que este artículo es contrario al artículo 34 del mismo proyecto y que el mismo proyecto incurre en discriminación entre embriones diferenciándolos en viables y no viables.

Del mismo modo, el artículo 90 hace referencia a la donación con fines de investigación de los embriones afectados y los sanos que presenten alguna anomalía. Al mismo tiempo, se conviene la prohíbe la donación de los embriones a otras parejas con fines reproductivos.

Por último, se debe mencionar que este proyecto fue el antecesor del analizado anteriormente por lo que sigue los mismos lineamientos incluso con las mismas prohibiciones y características en idénticos artículos, igualando al embrión no implantado a una cosa lo que es contrario a nuestro ordenamiento jurídico.

5.2.5.7. "Protección integral de los embriones". Nº: 3639-D-2014. Año 2014.

El objetivo de este proyecto es la protección integral de los embriones; por ello establece la protección jurídica de todo ser humano desde el momento de la concepción, debido a que ello es el comienzo de la vida humana. En el proyecto se prohíbe de forma expresa la crioconservación, manipulación, destrucción, descarte, investigación y experimentación de embriones.

Específicamente en el artículo 5 se vela por la seguridad de los embriones asegurando que los mismos no sean criopreservados, manipulados, destruidos, descartados, donados con fines de investigación ni experimentación.

El artículo 6 se menciona aquellos embriones que se encuentran criopreservados y a cuál será su destino, identificándolos e incorporándolos al Registro Nacional de Embriones que el mismo proyecto crea.

También prohíbe la donación anónima de gametos y estipula que no se podrán reclamar derechos alimentarios, hereditarios y/o filiatorios.

En los fundamentos del proyecto, la firmante Liliana T. Negre de Alonso especifica que "*... el embrión no es una "masa de células que se dividen" al azar, sino un verdadero ser humano individual cada una de cuyas células interactúa y coopera con las demás.*", es decir que no hay dudas que el embrión humano es una persona y que por lo tanto debe ser respetada y protegida como tal.

Asimismo, la autora menciona "*Todos los embriones tienen un estatus y dignidad de ser humano. Los embriones humanos no deben ser expuestos al peligro de muerte y deben ser tratados con el respeto debido a los seres humanos indefensos. Es justamente la calidad de persona jurídica que el embrión ostenta desde la concepción entendida como la fertilización del ovulo por el espermatozoide, que nos exige como legisladores fortalecer y recalcar dicho estatus.*". Para el proyecto, los embriones merecen el mismo trato que las personas, por ello no se puede afectar ni su dignidad ni su vida desde el mismo instante en que se produce su concepción sea la misma dentro o fuera del seno materno.

Por lo expuesto para la autora del proyecto se debe respetar la vida y la dignidad humana de los embriones por lo que no se los puede seleccionar de manera discriminatoria, manipular, descartar, destruir hasta incluso criopreservalos por lo que se deberán engendrar un máximo de tres embriones los que deberán ser implantados en su totalidad. De este modo, se deben proteger los embriones y a los nacidos mediante

técnicas de reproducción medicamente asistida ya que de lo contrario sería contrario a la Constitución Nacional y a los Tratados de Derechos Humanos con raigambre constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 y a las leyes nacionales, en especial al Código Civil y Comercial de la Nación, especialmente en su artículo 19 en el que se considera persona desde el momento de la concepción sin importar si la misma se produce dentro o fuera del seno materno.

5.2.6. Ley 26862: Reproducción Medicamente Asistida

Durante la vigencia del Código Civil, se regularon a nivel nacional las técnicas de reproducción medicamente asistida mediante la Ley 26862. Esta ley no trató el tema en particular de los embriones como sus precedentes proyectos de ley; sin embargo, al garantizar la universalidad de esta práctica, podemos deducir la condición de relevancia del producto de dicha experiencia: el embrión humano.

La ley mencionada, en el artículo 1 refiere a que su función es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

El artículo 7 manifiesta quienes son las personas que tienen derecho a acceder a estos procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida, entre las cuales se encuentra toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado. A su vez, menciona que el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. Este consentimiento que debe ser previo, informado y libre se halla no solo regulado en esta ley sino que también se encuentra mencionado e incluido en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 8 refiere a la cobertura de estas TRHA y menciona cuales son las técnicas que la Organización Mundial de la Salud incluye, mencionando las siguientes: inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante.

Si bien la ley cubre la criopreservación, formando parte del tratamiento “integral”, no se fijan plazos, debiendo ser fijados estos por una ley especial de técnicas de reproducción humana asistida, ley que hasta el momento no ha sido legislada, y que consideramos de suma urgencia e importancia su creación y sanción.

5.2.7 Ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires

La ley 14208 de la Provincia de Buenos Aires fue sancionada en Diciembre de 2010 y luego modificada por la ley 14611 en Julio de 2014. Dicha ley fue sancionada con anterioridad a la ley nacional de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, cuya modificación se realizó con posterioridad a esta ley.

La ley provincial es más restrictiva que la ley nacional. Esta ley solo va a cubrir los casos en los que una pareja presente dificultad para concebir un niño naturalmente o de llevar adelante un embarazo a término.

A su vez, su decreto reglamentario N° 2980/10 el que fue modificado por el Decreto N° 564/11 establece en su anexo único, en el artículo 1 que "*Los tratamientos de reproducción médicamente asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o su eventual descendencia, y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación...*"

Por otra parte, el artículo 2 nos menciona que quedan comprendidas en esta ley las técnicas de baja y alta complejidad de reproducción médicamente asistida como así también la donación de gametos y/o embriones.

5.2.8 Ley 27610: Acceso a la interrupción voluntaria del embarazo

El objetivo de la ley cuya entrada en vigencia comenzó el 24 de enero de 2021 es regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto de las mujeres que se someten a dicho tratamiento.

Es loable destacar que esta ley aplica a embarazos, pudiendo la mujer gestante realizarse un aborto hasta la semana catorce. Del artículo primero de la ley se desprende la voluntad procreacional de la mujer y su autonomía sobrepasando el derecho a la vida y a la dignidad de la persona por nacer. "*La ley ignora todas las normas que refieren al comienzo de la existencia de la persona desde la concepción (art. 19 CCC y concordantes). Ignora la declaración interpretativa condicional que hizo la Argentina sobre la Convención sobre los Derechos del Niño a través de la ley 23.849. Todo ese ordenamiento jurídico, que es muy sólido en el reconocimiento del derecho a la vida de la persona por nacer, es soslayado. Los fundamentos del proyecto tampoco abordan los argumentos que señalan que hay una discriminación insalvable entre la protección que se ofrece a las personas por nacer "deseadas" y las personas por nacer "no deseadas".*"[177]

Debemos considerar que esta ley únicamente aplica para situaciones en que la mujer se encuentre embarazada y que pueda interrumpir su embarazo. No podría aplicar sobre aquellos embriones que se encuentren criopreservados. Sin embargo, esta ley afecta el derecho a la vida de esos embriones que se encuentran en el seno materno, entendiendo, entonces, que el derecho al aborto que tienen las mujeres gestantes afecta la vida de la persona por nacer y también la voluntad procreacional del otro progenitor quien en muchos casos desea llevar adelante el embarazo, y no puede ser escuchado porque prevalece la voluntad de la gestante.

Por otro lado, gran parte de la doctrina manifiesta que se legislo la ley de interrupción voluntaria del embarazo para evitar la mortalidad materna, lo cual consideramos que no se soluciona con la legalización del aborto sino con políticas publicas en la cual se incorpore un sistema de seguridad social para la maternidad específicamente en donde se cumplan con condiciones obstétricas esenciales.

[177] Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis critico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021. Pág. 14

El artículo 2 de la ley establece los derechos que tienen las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y dentro de los cuatro incisos que presenta, haremos referencia al inciso a que establece "*Decidir la interrupción del embarazo de conformidad con lo establecido en la presente ley;*"

Este inciso llama mucho la atención porque establece el derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo sin estipular el tiempo en el que debe hacerse. Ahora bien, para hablar de interrupción del embarazo como sinónimo de aborto debemos recordar desde que momento hay vida humana y desde que momento nos encontramos ante una persona por nacer.

Ahora bien, desde el plano biológico, Laura Vargas Roig fue muy clara al manifestar que "*la embriología humana es la disciplina que estudia el desarrollo del ser humano durante la vida prenatal. Antes del nacimiento, el desarrollo de todo ser humano abarca dos etapas: la embrionaria y la fetal. La etapa embrionaria comprende las ocho primeras semanas de desarrollo de cualquier ser humano, mientras que la etapa fetal comprende las 30 semanas posteriores. Es verdad que el embrión humano en su primer día de desarrollo está formado por una célula, por dos células llamadas blastómeras en el segundo día y por miles de células cuando está terminando la octava semana de desarrollo. Pero afirmar que el embrión humano es solamente un conjunto de células es una verdad a medias, o mejor dicho un error, porque la genética, la epigenética y la biología molecular nos demuestran que el embrión humano es un organismo (es decir, "un ser viviente compuesto por partes capaces de realizar ciertas funciones coordinadas" según la definición dada por el Diccionario Enciclopédico de Medicina de León Braier). Es decir, que el embrión humano está formado por células, de la misma manera que todos los presentes estamos formados por un conjunto de células que constituye un organismo llamado ser humano. El cigoto, que es el nombre específico que recibe el embrión unicelular, no es solamente una célula viva como es una neurona, un espermatozoide o un ovocito. El cigoto es un organismo unicelular y no reconocerlo implica una falencia en los conocimientos embriológicos.*"[178]

Es decir que el comienzo de la vida humana se produce desde el mismo instante en que se fecunda y que se forma esa nueva célula, sin importar en donde se produzca la fecundación, ya sea dentro del seno materno o fuera de él; es decir que no encontramos ante una premisa de origen biológico en el que podemos decir que el embrión humano es un ser humano desde el momento de la fecundación.

El artículo 3 establece el marco normativo constitucional en donde hace mención de que la ley en análisis se enmarca en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos los cuales fueron ratificados por ley por nuestro país haciendo una mención especial a ellos y basándose en la protección de la dignidad, la vida, entre otros derechos.

Se puede mencionar que aquellas personas que defienden la postura a favor de la legalización del aborto lo hacen basándose en dos grandes líneas argumentales, por un lado se basan en el derecho al aborto, y por el otro lado se basan en la persona por nacer y el derecho a la vida de ésta. En esta investigación nos basaremos en el último supuesto, ya que en el primero se debe dar el caso de que el embrión ya esté implantado en el seno

[178] [178] Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021. Página 34.

materno lo que no es objeto de esta tesis, pero sí el segundo supuesto en donde se encuentra en vida el derecho a la vida de la persona por nacer.

"*En cuanto a la segunda línea argumental, encontramos distintas variantes argumentativas que pretendes desarticular el derecho a la vida desde la concepción: i) el ser humano en la etapa prenatal no es persona para el derecho ni un "niño" bajo la Convención sobre los Derechos del Niño, ii) el ser humano en la etapa prenatal es persona, pero su personalidad está condicionado según surge del Código Civil y Comercial; iii) el ser humano por nacer es persona, pero su derecho a la vida puede ser limitado por la decisión autónoma de la madre pues jurídicamente ese derecho merecería solo una protección gradual e incremental tal lo sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Artavia Murillo c/Costa Rica" del 28-11-2012; iv) el ser humano por nacer es persona, pero su derecho a la vida no necesariamente debe ser protegido por la vía penal, ya que el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional se refiere a un régimen de seguridad social para el niño durante el embarazo.*"[179]

Ahora bien, estos argumentos son contrarios a lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y más teniendo en cuenta la reserva que hizo la República Argentina al momento de ratificar dicho tratado de derecho internacional, en donde se estableció que se considera niño desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad, es decir que el derecho a la vida de la persona por nacer debe ser protegido en todos sus sentidos, también en el ámbito penal, en especial ante la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo por parte de la gestante; teniendo en cuenta que la autonomía de la madre entra en colisión con el derecho a la vida de la persona por nacer.

"*Desde una perspectiva iusfilosófica, Carlos Massini Correas y Eliana de Rosa afirman: "(i) no existe propiamente un "derecho general de autonomía", ya que la denominada "autonomía" es una realidad de otro tipo; (ii) sí existe un derecho moral a la vida en el feto (en rigor, se trata del derecho a no ser muerto) con fundamento en el bien humano de la vida, y (iii) la denominada "bioética liberal", al menos en sus formulaciones más habituales, incurre en inconsistencias y falacias graves e insuperables".*"[180]

Ya hemos mencionado en mas de una oportunidad la importancia de la protección jurídica del derecho a la vida de la persona por nacer, ya sea dentro o fuera del seno materno, por su condición de ser humano con distintas características al de sus progenitores y como ser único e irrepetible, es decir que partiendo de la premisa de que todo ser humano goza del derecho a la vida y de que los embriones son seres humanos consideramos que los embriones gozan del derecho a la vida no pudiendo la autonomía de la gestante sobrepasar el derecho a la vida de ese nuevo ser humano individual.

Es decir que, teniendo en cuenta los tratados de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico con el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional en donde se le otorga jerarquía constitucional a dichas normas, se debe considerar y proteger el derecho a la vida de los embriones, por su carácter innegable de persona por nacer, conforme se analiza a lo largo del presente trabajo, teniendo, asimismo, en cuenta que no solamente goza del derecho a la vida, sino que también goza de otros derechos

[179] Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021. Página 39

[180] Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021. Página 43-44

humanos como ser el derecho a la dignidad humana, a la integridad, al interés superior, a la identidad, entre otros, por lo cual no se puede permitir que se lleve a cabo un aborto.

"*En el mismo sentido se pronunció Rodolfo Barra: "yo fui convencional constituyente y quiero señalar que tanto cuando se discutió el artículo 75, inciso 22), como cuando se discutió el artículo 75, inciso 23), hicimos expresa referencia a la cuestión del aborto; hicimos expresa referencia a lo que marca el momento clave de la concepción.*"[181]

Por lo que, se sostiene que, desde el momento de la fecundación como sinónimo de concepción, nuestro ordenamiento jurídico supone que hay un niño otorgándole jerárquica supralegal y protegiendo a la persona por nacer con el derecho a la vida. Nuestra ley cuando habla de niño está incluyendo a la persona por nacer, no solo por el carácter supralegal de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también por lo estipulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, en donde se menciona que se es niño desde el momento de la concepción, momento en el cual la persona por nacer no importa cual sea su estadio goza del derecho a la vida, teniendo en consideración el carácter de inviolable de la vida humana lo que se encuentra protegido en el articulo 51 del Código Civil y Comercial de la Nación en donde no solo se establece la inviolabilidad de la vida humana sino también el reconocimiento del derecho a la dignidad humana de la persona por nacer.

Ahora bien, algunos hacen una diferenciación entre los embriones concebidos de manera natural, es decir dentro del seno materno de aquellos que fueron fecundados de manera artificial mediante técnicas de reproducción asistida. Es decir que tenemos que hacer una especial mención a cuál es la situación del aborto respecto de los embriones concebidos in vitro.

"*En la Argentina… se sancionó de modo casi unánime… una ley de fecundación asistida. Dicha ley fue aplaudida y auspiciada colectivamente, por todos los bloques, y festejaba como una celebración de la vida… Ocurre, sin embargo, que los procesos de fertilización asistida, como los de fecundación in vitro pueden implicar el uso, congelamiento y descarte masivo de embriones…". Este argumento también debe ser rechazado por varias razones. El Código Civil y Comercial sancionado en 2014, luego de un intenso debate que tuvo como eje específicamente al inicio de la vida, reconoce a la persona desde la concepción (art. 19). Además, la ley 26862 de acceso a las técnicas de reproducción humana asistida excluye el descarte de embriones y no se pronuncia sobre el inicio de la vida. Contempla la posibilidad de que los embriones de una pareja sean dados a otra para su gestación. Es cierto que, con base en el fallo "Artavia Murillo" algunos fallos han decidido "cesar la crioconservación de embriones". Estas decisiones han merecido varias críticas y, en tal sentido, desde quienes trabajamos por la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural, hemos sido coherentes en sostener una clara defensa de la vida de los embriones.*"[182]

Si bien es cierto que en algunas oportunidades estás técnicas de reproducción humana medicamente asistida traen aparejado la perdida de algunos embriones humanos fecundados, a lo largo de la presente investigación se trata de proteger el derecho a la vida

[181] Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021. Página 50.
[182] Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021. Página 66-67.

de los mismos, buscando posible soluciones a aquellos embriones supranumerarios que quedan criopreservados para su posterior uso y que muchas veces no llegan a hacer implantados, por problemas entre los progenitores, siempre teniendo en cuenta el derecho a la vida de los mismos y a que puedan continuar el desarrollo de su vida mediante la implantación en el seno materno, lo que no ocurre en el supuesto de la interrupción voluntaria del embarazo pues es la gestante quien decide terminar con la vida de una tercera persona, es decir de la persona por nacer, vulnerando todos los derecho humanos de la persona por nacer en especial el derecho a la vida.

Por todo lo expuesto, consideramos que la ley de interrupción voluntaria del embarazo resulta inconstitucional por su negación en cuanto a que la persona por nacer, desde el momento de la concepción, goza del derecho a la vida, y que llevar a cabo la interrupción de la gestación terminaría con la vida de esa persona.

Comparto plenamente las razones expuestas por el Dr. Jorge Nicolás Lafferriere para puntear la inconstitucionalidad de la ley objeto de análisis en este apartado, en cuanto señala que:

"* *Por disposición del art. 1.2 de la Convención Americana de Derecho Humanos y el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, todo ser humano es persona y no podría haber seres humanos que no sean personas.*

** Por el juego del art. 75 inciso 23 de la Constitución, el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño en los términos de la declaración interpretativa condicional formulada por la República Argentina por la ley 23849, constitucionalmente se considera que la existencia de la persona humana se produce en el momento de la concepción.*

** La persona desde la concepción goza del derecho a la vida en los términos previstos por el art. 1 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), y el art. 6 de la Convención sobre los derechos del niño.*

** El aborto supone la privación deliberada del derecho a la vida de la persona por nacer y, por tanto, su despenalización o legalización supone una inconstitucionalidad.*"[183]

En conclusión, podemos afirmar que en primer lugar esta ley no seria aplicable para los embriones criopreservados objeto de la presente investigación, toda vez que para que se aplique dicha ley se debe dar el caso de que el embrión este dentro del seno materno, es muy difícil que se pueda dar el caso de que un embrión haya sido fecundado de manera artificial, luego implantado y que luego la gestante decida interrumpir el embarazo, toda vez que debe prestar el consentimiento informado cada vez que va a realizar algún paso dentro del tratamiento de fertilización asistida, es decir debe prestar su consentimiento para la extracción de su material genético, luego para la fecundación del material genético, y por último debe prestar nuevamente su consentimiento para la

[183] Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis crítico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021. Página 70-71

implantación en su cuerpo, por lo que resulta improbable que luego de todo esto la gestante se arrepintiera y decidiera interrumpir su embarazo.

Por otro lado, se entiende que los embriones formados de manera artificial son siempre hijos deseados, en cuanto se podría dar el caso de que los hijos concebidos de manera natural, en algunas ocasiones, no desean deseados, es por ello que no aplicaría en este caso la ley de interrupción del embarazo por ser un embarazo no deseado. Asimismo, es importante tener en cuenta la diferencia que se encuentra entre las técnicas de reproducción y la implantación de embriones en el seno materna y en esta ley de interrupción voluntaria del embarazo; en todo el proceso de las técnicas de reproducción humana ambos progenitores deben prestar el consentimiento en cuanto a la implantación o no de los embriones, sin embargo, en esta ley no se tiene en cuenta el consentimiento del padre, sino solamente el de la madre, violando dicha ley la voluntad procreacional del hombre, que quizás tiene el derecho de ser padre y continuar con el embarazo siendo la madre quien decida de manera unilateral la terminación del mismo, no solo atentando contra la vida de la persona por nacer sino también violando el derecho a ser padre del hombre. Produciéndose, entonces, una real colisión de derechos en donde se encuentra vulnerado el derecho del padre por el derecho absoluto de la madre de llevar a cabo la interrupción del embarazo, cosa que no ocurre en los procesos de técnicas de reproducción humana asistida en donde ambos progenitores deben prestar siempre su consentimiento.

5.3 La necesidad de la categoría de "persona por nacer" respecto al embrión criopreservado en el ordenamiento jurídico argentino

El Código Civil de la Nación en su artículo 30 definía el concepto de persona como "*todos los entes susceptibles de adquirir derecho o contraer obligaciones*". Por el contrario, el Código Civil y Comercial de la Nación no ha brindado ninguna definición respeto de persona, reemplazando la categoría anterior de persona o persona física por la de "persona humana.

Tampoco, se determina las características de la persona ya que debemos entender que la misma es todo ser humano por el hecho de serlo. En cuanto a la existencia de la persona humana, se determina que surge y se origina con la concepción.

Contrariamente, para el Código Civil y Comercial de la Nación conforme al artículo 19 se es persona desde el momento de la concepción. Asimismo, se ha mencionado anteriormente que desde la unión del óvulo con el espermatozoide comienza a existir una nueva entidad distinta de las anteriores. Desde ese momento se puede afirmar que estamos en presencia de un ser humano y no de una cosa. Es por ello, que sin importar donde se produzca la concepción o fecundación, ya que como se ha mencionado anteriormente son sinónimos, estamos en presencia de una persona por nacer; entonces no cabe duda que los embriones humanos criopreservados son personas por nacer para nuestro ordenamiento jurídico.

Este artículo 19 fue tomado de base del Proyecto de 1998 que en su artículo 15 disponía: "*Comienzo de la existencia. La existencia de las personas humanas comienza con la concepción.*", el artículo vigente es igual al proyecto de 1998 otorgándole amparo legal a los óvulos concebidos en forma natural, sino también a aquellos fecundados in vitro antes de su implantación en el seno materno.

Otra alusión importante que aporta datos a este apartado y a nuestra temática de análisis es que con el proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Comisión de Reformas Decreto 191/2011, se planteó la discusión en cuanto a la situación jurídica de los embriones humanos criopreservados concebidos por técnicas de reproducción humana medicamente asistida. En la redacción inicial del artículo 19 se indicaban dos momentos diferentes para el inicio de la vida y se consideraba que el embrión humano criopreservado no era persona para el ordenamiento jurídico. Sin embargo, el proyecto fue corregido y finalmente fue aprobado con numerosos cambios, siendo uno de los más significativos la modificación del artículo 19 donde se considera que la existencia de la persona humana comienza con la concepción: *"Se reconoce al nasciturus o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende, protegido por la legislación civil siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de concepción*."[184]

Aquí, se le reconoce al nasciturus, desde el momento de la concepción (fuera o dentro del seno materno), protección jurídica, otorgándole así derechos y obligaciones.

Además, en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación el artículo 19 estaba redactado de la siguiente manera respecto al inicio de la vida: *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*."

En el artículo anterior, se hacía una diferenciación importante, respecto del comienzo de la existencia de la persona humana, respecto a aquellas personas humanas concebidas en el seno materno, siguiendo la redacción veleciana, en donde se consideraba a la persona por nacer desde el momento de la concepción en el seno materno y aquellas personas producto de las nuevas técnicas de reproducción medicamente asistida.

La supresión del vocablo "seno materno" y la eliminación del segundo párrafo del artículo 19 en el cual se fijaba que para el caso de técnicas de reproducción humana asistida el comienzo de la persona humana comenzaba con la implantación del embrión en el seno materno; resultan acertadas, debido al avance tecnológico y científico en relación con los distintos tipos de concepción. Además, si el articulado quedaba como lo era inicialmente, traería aparejado un retroceso frente a nuevos logros legislativos, principalmente, las leyes 26.618 de Matrimonio Igualitario, 26.743 de identidad de género y principalmente la ley 26.862 de cobertura médica de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

A su vez, este artículo 19 trajo aparejada una notable distinción entre "embriones concebidos en el seno materno", "embriones implantados" y "embriones no implantados". En cuanto a los primeros no hay problemas de interpretación ya que del propio Código Civil de Vélez los considera persona y se los protege jurídicamente como tales. Pero sí surgió un gran problema interpretativo en cuanto a los "embriones implantados" en la mujer a los cuales se los consideraría personas y a los "embriones no implantados" que recién serían considerados personas por nacer cuando fueran

[184] Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015, pág. 49

implantados en el seno materno y que a su vez deberían estar protegidos por una ley especial, ley que hasta el momento no fue sancionada.

Otro tema controversial, esencial para nuestro trabajo, resulta la dicotomía entre quienes consideran a los "embriones no implantados" persona por nacer y aquellos quienes sostienen lo contrario. La segunda opción deja de manifiesto que los mismos carecerían de protección jurídica y que, por lo tanto, el no poseerla implicaría ser considerados objetos y por ende ser eliminados y/o utilizados para la experimentación.

Finalmente, el artículo 19 del nuevo Código hace mención del momento de la concepción sin diferenciar si dicha concepción ocurre dentro o fuera del seno materno. Por lo que como el propio artículo indica desde el mismo momento de la concepción existe una persona. De acuerdo a lo manifestado por Lafferrière en su artículo "La persona por nacer en el nuevo código civil y comercial de la nación": "*El artículo 19 eliminó la frase "en el seno materno", presente en el código de Vélez Sarsfield. Si bien la doctrina había interpretado este texto en el sentido de entender a la concepción como el primer momento de la existencia, sea dentro o fuera del seno materno, la modificación ahora aprobada resulta una mejora en relación al tema.*"[185]

De acuerdo a lo desarrollado, concepción no significa implantación, por lo tanto deductivamente, se debe entender el término concepción como "fecundación", quedando incluidos tanto los embriones humanos concebidos en el seno materno como aquellos concebidos fuera del seno materno mediante técnicas de fertilización.

De esta forma, el embrión no implantado debe considerarse persona, e implícitamente esto lo obliga a ser protegido ante el hecho de su generación extracorpórea. Esto tiene su fundamento jurídico en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional incorporados a nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Actualmente, conforme al artículo 21[186] del Código Civil y Comercial de la Nación, las personas por nacer pueden adquirir derechos y obligaciones, pero está condicionado a que esa persona nazca con vida. Según el ya citado autor Lafferiere en su artículo "La persona por nacer en el nuevo código civil y comercial de la nación":

"*Ante la nueva redacción del art. 19, el texto no puede ser utilizado para hacerle decir lo que se quiso revertir. Como inicial reflexión, podemos decir que la finalidad de la norma del artículo 21 es crear una condición resolutoria, que no puede interpretarse como derogatoria de la regla fijada por el art. 19. Igualmente, el hecho de que el artículo 21 hable de "concepción" y de "implantación" significa que no los toma como sinónimos, pues aquí hay una clara diferenciación de ambos momentos. La condición resolutoria de la frase "implantado en la mujer" parece referir al embrión ya implantado, y se vincula exclusivamente con sus derechos de tipo "patrimonial", en los términos de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que antes hemos explicado. Esa*

[185] https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/Lafferriere - La persona por nacer en el nuevo CCyCU.pdf

[186] ARTICULO 21.- Nacimiento con vida. 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.

frase no nos permite afirmar que un embrión, por el hecho de no estar implantado, no sea persona."[187]

El artículo 21 menciona al "concebido" y al "implantado en la mujer", pero esto no implica que no posea la categoría de persona, sino entraría en contradicción con al propio artículo 19 que menciona que se es persona desde el momento de la concepción, que es el hecho de la formación de un nuevo ser, y no la implantación. Además, si no se consideraría persona seria contrario a lo establecido por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; en donde se establece que se es persona desde el momento de la concepción sin importar si ella se produjo dentro o fuera del seno materno.

Por otra parte, el artículo 21 condiciona la personalidad jurídica al nacimiento con vida y al mismo tiempo dice que el nacimiento con vida se presume; dicha presunción es "iuris tantum", es decir que admite prueba en contrario. En el caso de que hubiera alguna duda(si ha nacido o no con vida) se va a presumir que nació con vida teniendo la carga de la prueba quien alegue lo contrario.

Además, el artículo menciona que, si la persona nace con vida, aunque sea por unos instantes, el nacido va a adquirir irrevocablemente los derechos. En cambio, si no nace con vida se considera que esa persona nunca existió, por lo tanto, automáticamente pierde los derechos que había adquirido por su condición de persona por nacer.

Como se ha dicho anteriormente la persona por nacer puede adquirir derechos por lo tanto para ejercer dichos derechos, ya que estamos en presencia de una persona incapaz de ejercicio, necesitamos un representante legal que pueda ejercer esos derechos. El representante cae en cabeza de los padres.

Conforme el artículo 64 del Código Civil de Vélez la persona por nacer podía adquirir bienes por donación o herencia, pero la doctrina y la jurisprudencia fue la encargada de ampliar estos derechos ya que los mencionados en el articulado no eran los únicos derechos extendiéndolos a por legados, cargos impuestos a terceros, indemnizaciones de daños y perjuicios contra ellos o contra sus padres, seguros, alimentos, etc.

El artículo 21 vigente en primer lugar refiere a derechos y no se detalla directamente a donación o herencia como únicos derechos que puede adquirir la persona por nacer. Por otra parte, se refiere a que la persona por nacer puede contraer obligaciones por ejemplo un caso típico es el que adquiera una donación con cargo, en este supuesto el donante impone una obligación accesoria determinada a cumplir por el beneficiario. En este supuesto, el representante legal de esa persona por nacer aceptará la donación y el cargo accesorio impuesto, por lo que en este caso la persona por nacer contrae una obligación hacia un tercero. A su vez, el artículo 101 del Código Civil y Comercial de la Nación en su inciso a) menciona que los representantes de las personas por nacer son sus padres.

[187] https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/Lafferriere_-_La_persona_por_nacer_en_el_nuevo_CCyCU.pdf

5.4. Una tercera postura respecto al embrión criopreservado: ni persona, ni cosificado

Ya hemos mencionado que en nuestro país actualmente existen dos posturas diferenciadas respecto a la consideración de los embriones criopreservados: estimarlos como persona, independientemente si la concepción haya sido en forma natural o in vitro; o cosificarlos.

Una tercera posición puede deducirse a partir del análisis del artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación que define el momento desde el cual se considera que el embrión adquiere la categoría de persona humana.

Para los autores que defienden la postura que los embriones humanos criopreservados no son ni persona ni cosa la redacción correcta del artículo 19 debería haber sido la del anteproyecto del Código Civil y Comercial que mencionaba, tal como se explicó en la sección anterior, que el comienzo de la existencia de la persona humana se daba con la concepción en el seno materno y para el caso de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona humana comenzaba 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 parte de la doctrina hace una diferenciación entre embriones implantados y embriones no implantados, otorgándoles a los primeros el carácter de persona humana, mientras que a los embriones no implantados no los reconocen ni como persona ni como cosa.

A su vez, se apoyan en lo normado en los artículos 63 y 70 del Código Civil de Vélez donde se hablaba de concepción “en el seno materno”, apegándose a la terminología y entendiendo que solo se le puede reconocer el carácter de persona a aquellos embriones in vitro, que se encuentren en el seno materno, determinando que aquellos embriones que fueran fecundados fuera del seno materno y no se encuentren implantados en él no serían persona humana.

Por otro lado, la frase “en el seno materno” es desacertada toda vez que es contraria a nuestra ley 26.743 de identidad de género, ley que entró en vigencia antes de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación.

Estos doctrinarios si bien mencionan que la vida comienza con la concepción, definen a la concepción en analogía del embarazo y entendiéndola como la implantación embrionaria en la pared uterina, afirmando que la persona comienza cuando comienza el embarazo y cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.

Por otro lado, entienden que a pesar de la modificación realizada al artículo 19 del Código Civil y Comercial, en el cual no solo se suprimió la frase “en el seno materno” sino que también se eliminó el segundo párrafo que hacía referencia a los embriones producto de las técnicas de reproducción medicamente asistida, dicho artículo forma parte de un cuerpo sistemático de normas por lo que se debe realizar una interpretación sistémica junto con el artículo 20 y el 21 del mismo cuerpo legal.

Tal es así que el artículo 20[188] del Código Civil y Comercial de la Nación relaciona la concepción a la época de duración del embarazo. Toman en cuenta que los términos concepción y embarazo se conectan íntimamente, por lo que el Código Civil y Comercial de la Nación se interesa entonces por el plazo de la concepción teniendo en cuenta el plazo de duración del embarazo. Acorde a lo referido por Marisa Herrera en el texto "Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión in vitro o no implantado no es persona humana" se menciona que "*El art. 21 es más elocuente al sentar como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión y hasta el efectivo nacimiento con vida. Así, el propio Código Civil y Comercial alude de manera precisa y le da relevancia a la implantación del embrión"*.[189]

Por otro lado, lo relaciona con el artículo 21 del Código Civil y Comercial de la Nación en el cual se reitera el principio del Código Civil Velezano en cuanto a todos los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer se sujeta a que el mismo nazca con vida. Aquí nuevamente se hace una diferencia entre aquellos concebidos, en forma natural, en el seno materno; y aquellos que fueron concebidos mediante las nuevas técnicas de fertilización asistida y que luego fueron implantados en el seno materno, dejando de lado entonces a los embriones no implantados, no considerándolos persona por nacer para el ordenamiento jurídico vigente.

A su vez, conforme a las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, tienen en cuenta el artículo 560 del Código Civil y Comercial que dice: "*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.*", conforme a este artículo cada vez que se utilicen los gametos o embriones debe renovarse el consentimiento poniendo fin a los problemas que se pudieran presentar si los aportantes se divorciaran o ante el fallecimiento de alguno de ellos.

Además, el artículo 561[190] del Código Civil y Comercial establece que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Según Eleonora Lamm[191] de este artículo se desprende que el embrión no es persona, porque si lo fuera, se permitiría hasta el momento

[188] ARTICULO 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción. Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.

[189] Herrera, Marisa. Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión in vitro o no implantado no es persona humana. CATRHA, Comisión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Reproducción 2015;30:161-163

[190] ARTICULO 561.- Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

[191] Lamm, Eleonora. El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia y Responsabilidad Parental– La Ley 20/05/2015

de la fecundación la revocación del consentimiento y no hasta el momento de la implantación.

"*Es claro que si embrión in vitro fuera considerado persona humana, jamás podría revocarse consentimiento alguno para que una "persona" pueda seguir su curso o desarrollo. Por último, la disposición transitoria segunda establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado; si fuera persona humana, debería estar regulado en el Código Civil y Comercial y no en una ley especial en el que se va a determinar los términos de su protección pero partiéndose de la base de que no es persona humana y por ello no está regulado en el Código Civil y Comercial*".[192]

De la mano y en coherencia con esta postura, estos doctrinarios entienden que la protección jurídica del embrión humano no implantado debe regularse en una ley especial que regule por ejemplo el silencio en cuanto a si los titulares de los embriones pueden destinarlos a investigación, entre otras posibilidades. De esta disposición transitoria se apoyan para afirmar que el embrión humano no implantado no es persona ya que mencionan que de lo contrario estaría regulado en el propio texto del Código Civil y Comercial y no en una ley especial aparte.

Del mismo modo, consideran que el embrión humano no implantado no puede considerarse una persona humana completa pero tampoco un tejido humano sin estatus moral por lo que autores como Eleonora Lamm consideran que el embrión humano no implantado tiene un estatus moral intermedio, y se le debe respeto aunque no se le reconozca toda la protección de la persona por nacer. Este reconocimiento de estatus moral intermedio estaría, entonces, reconocido por el artículo 19 debiendo aprobarse una legislación adecuada ya que exigen una protección especial. Esta protección especial se desprende el artículo 17[193] del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el artículo 17 se hace mención de los derechos sobre el cuerpo humano otorgándole el carácter de derechos personalísimos a la protección del mismo y a sus partes. Asimismo, adopta la postura en la que se le otorga reconocimiento de dignidad que se le atribuye al cuerpo humano como el soporte mismo de la persona; encontrándose el embrión humano fuera del comercio.

En definitiva, para esta postura, cuando estamos frente a embriones humanos no implantados fruto de las técnicas de reproducción medicamente asistida se debe concluir que la persona humana comienza cuando el embrión se implanta en el seno materno o se transfiere a la persona.

5.5 Conclusión

A lo largo de este capítulo se analizaron las posturas existentes respecto de la personalidad jurídica de los embriones humanos no implantados, tratando de focalizar en

[192] Herrera, Marisa. Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión in vitro o no implantado no es persona humana. CATRHA, Comisión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Reproducción 2015;30:161-163

[193] ARTICULO 17.- Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

dos cuestiones consideradas de importancia: el reconocimiento de la dignidad humana y la calidad de "sujeto de derecho" de la potencial persona por nacer desde el momento de la concepción, independientemente de haber sido concebida dentro o fuera del seno materno.

Paralelamente, se ha intentado aproximarnos a la idea de que el embrión humano crioconservado merece un reconocimiento legal por tratarse de una potencial persona. Muchos han sido los datos jurídicos utilizados; comenzando por los antecedentes presentes en el Derecho Argentino que incluyen la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, referencias fundamentales para dilucidar argumentaciones a favor del reconocimiento del atributo de persona del embrión humano crioconservado.

Teniendo en cuenta los datos mencionados, podemos afirmar que nuestro ordenamiento jurídico fija que el periodo de concepción comienza desde el mismo momento de la fecundación (unión del óvulo con el espermatozoide) instante desde el que biológicamente hay vida. Desde ese momento, se asevera que el embrión es un ser humano y que por ende no estamos únicamente en presencia de una potencial persona, sino que también de una persona con potencias o facultades ordenadas a su realización.

El derecho a la vida humana, derecho fundamental y de mayor jerarquía, está reconocido en numerosos tratados internacionales con raigambre constitucional conforme al artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Se debe entender que el sujeto pasivo del derecho a la vida es toda persona y que la obligación de protegerla comienza con la concepción; por lo que se afirma que el concebido, sin importar si fue de forma natural o mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida, es persona ya que intrínsecamente posee derecho a la vida que es un derecho natural inherente.

Ahora bien, respecto a la consideración de persona por nacer del embrión humano no implantado y criopreservado se han abordado dos teorías antagónicas al respecto: la postura que lo considera persona o persona por nacer; y la que no le atribuye dicho rango. El ordenamiento jurídico citado, ha servido de apoyo para considerar persona a los embriones humanos, aunque no se hayan implantado en el seno materno.

Cabe mencionar que también se han abordado aportes científicos que remiten a entender el término "concepción", en sentido amplio, como el momento de inicio de la existencia de la persona. Dicha cuestión condice con el debido patrocinamiento de nuestro ordenamiento jurídico, sin importar y/o diferenciar si esos embriones humanos fueron concebidos de forma natural, es decir dentro del seno materno, o artificialmente mediante las nuevas técnicas de reproducción medicamente asistida. Por lo tanto, el embrión humano no implantado también es titular de una protección jurídica especial.

Todo lo antedicho tiene su fundamento jurídico dado por los tratados de derechos humanos (artículo 75 inciso 22) incorporados a la Constitución Nacional; por lo que el embrión humano no implantado debe ser respetado y tratado como una persona por nacer desde el momento de la fecundación y a partir de ese instante debe gozar de todos los derechos inherentes a las personas como ser el derecho a nacer, a la integridad física, a la identidad, etc.

También abordamos el análisis del Código Civil de Vélez Sardfield, donde al momento de la sanción del mismo (1869) las nuevas técnicas de reproducción humana

medicamenten asistidas eran impensables. Para el codificador solo se podían concebir personas en el seno materno, y esto es lo que la legislatura de antaño determina.

Posiblemente, considerando lo expuesto, el interrogante que debe perseguirnos acorde a nuestro trabajo es si el embrión, potencial persona por nacer, independientemente del tipo de concepción, en su estado inicial presenta signos característicos de humanidad. Primeramente, y de manera exhaustiva hemos apelado a un sinfín de legislaciones: antecedentes constitucionales, constituciones provinciales vigentes, proyectos relevantes de los últimos diez años.

Se ha determinado también que para la ciencia existen rasgos humanos; apelamos entonces a la lingüística remitiéndonos a la definición de la Real Academia Española respecto al mismo: ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie.

Acaso podemos considerar razones teológicas respecto a que se debe entender a la concepción, en sentido amplio, como el momento de inicio de la existencia de la persona, sin diferenciar en embriones humanos generados dentro del seno materno o artificialmente. Tampoco se les debe reconocer solamente personalidad jurídica una vez que fueran implantados en el cuerpo de una mujer porque de esta manera se genera una discriminación injusta e irracional, anticientífica entre seres humanos concebidos naturalmente, y quienes se conciban mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Finalmente, el embrión sea concebido fuera o dentro del seno materno es titular de una protección jurídica especial en relación con su situación de vulnerabilidad partiendo de la base de que los embriones humanos no implantados, según nuestro ordenamiento jurídico vigente, son personas. Por lo tanto, debemos reconocerle determinados derechos como por ejemplo a nacer, a la integridad física, a la identidad, entre otros; por lo que resulta inadmisible la posibilidad de eliminar o usar embriones humanos para investigación y/o experimentación.

Indudablemente, como mencionamos, los embriones son todos iguales en sus características morfológicas y genéticas, y por ende merecen el mismo tratamiento por lo que establecer un estatuto jurídico diferente para los embriones concebidos en forma natural y los concebidos extracorpóreamente mediante las técnicas de reproducción medicamente asistida supondría una discriminación de los seres humanos, teniendo en cuenta que el embrión, desde la fecundación, debe considerarse persona ya que es un "ente" distinto del padre y de la madre, pero reviste cualidades humanas ya mencionadas.

Quizá, sea conveniente acotar, como dato paralelo a este trabajo; que la ciencia avanza; las ideas cambian; y las leyes, elementos fundamentales para el ordenamiento social; también deben ser modificadas para persistir en su vigencia y cumplir con su función a favor de la justicia.

6. CAPÍTULO 4: DERECHOS HUMANOS INHERENTES A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS

6.1 Introducción

Hemos mencionado en los capítulos anteriores que los embriones criopreservados, objeto de la presente investigación, son personas por nacer y como tales desde el momento de la concepción son titulares de distintos derechos, derechos inherentes que traen consigo y que adquieren definitivamente en el momento en el que se produce el nacimiento con vida. Entre estos, el derecho humano fundamental es el derecho a la vida, del cual se desprenden los otros derechos, a la identidad, a conocer sus orígenes, entre otros. Con respecto al primero vale mencionar que se circunscribe a la existencia del hombre como tal, y que por lo tanto es el derecho humano básico para poder desarrollar nuestra existencia.

Estos derechos inherentes a los embriones se encuentran protegidos en nuestro ordenamiento jurídico vigente en la Constitución Nacional Argentina, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestro ordenamiento por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, las Constituciones Provinciales, etc.

Asimismo, se debe tener presente que, con el comienzo de la vida humana, el embrión adquiere status jurídico, tanto el concebido en el seno materno, como el producido a través de técnicas de reproducción medicamente asistida; muchas veces este último desprovisto de todo cuidado y expuesto a situaciones aterradoras.

Acorde a nulas ideas de nuestro trabajo, el Estado debe resguardar y proteger los derechos humanos que poseen los embriones humanos criopreservados toda vez que son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. Por lo tanto, debe reconocer los derechos humanos que poseen los embriones, partiendo del derecho fundamental de vivir, como así también el derecho a la dignidad humana, el derecho a nacer, la integridad física y el derecho de tener una familia. Estos últimos derechos intentarán ser analizados en el presente capítulo

6.2 Derecho a la vida

Como ya mencionamos, este derecho hace alusión al momento en que se produce la unión de los gametos (femenino y masculino) es decir, cuando se origina la concepción en el seno materno, o la fecundación (reproducción asistida). Insistimos en ello, ya que desde ese mismo instante surge una realidad nueva y distinta, es decir un nuevo ser con una potencialidad y autonomía genética propia.

Ya hemos mencionado en el capítulo 1 que los términos "concepción" y "fecundación" son sinónimos, por lo cual merecen la misma definición ya que dan cuenta a la fecundación como un hecho biológico.

Dentro de los fundamentos del derecho a la vida, del que goza todo ser humano y toda persona acorde a la tradición iusnaturalista mencionamos "*…los titulares del derecho son las personas, y en este sentido el hombre, es decir, todo ser humano es persona, igualmente ha de aceptarse que éste tiene una serie de derechos que le pertenecen como derechos humanos y de los que es titular. A estos derechos nosotros los identificamos como derechos humanos, entre los que encontramos como uno de los más*

significativos el derecho a la vida. Dicho de otra manera, sólo los seres humanos por su propia naturaleza son sujetos de tales derechos; éstos encuentran su fundamento en esa naturaleza o dignidad de la persona entendida como aquella calidad de ser superior al resto de los seres vivientes."[194]

Acaso resulta pertinente recordar las ideas de Santo Tomás de Aquino (1224-1274) cuando refiere que la vida humana es un derecho que no puede ser violentado en ninguna circunstancia debido a que se encuentra fundado en la inclinación natural a la conservación del propio ser y dicha inclinación incluye a los no nacidos, es decir a los embriones.

Según el Doctor en Filosofía Santiago Aguirre Contreras, cuando nos referimos a este derecho humano fundamental, la vida, debemos tener en cuenta la ley natural que es ese conjunto de principios que indican cuales son los fines que se deben perseguir y realizar para alcanzar con rectitud toda vida humana. "*En este sentido, la ley natural "contiene los principios que orientan el obrar humano, libre y responsable, hacia el bien que perfecciona el agente, hacia la virtud moral. Por consiguiente, la ley natural representa una regulación de la razón que establece los criterios pertinentes para guiar a las tendencias y acciones humanas y para trazar la diferencia entre lo razonable y lo no razonable. Si bien Rhonheimer reconoce que el sujeto humano pertenece a un orden de la naturaleza, preexistente, desde el punto de vista estrictamente moral, ese orden no supone una normatividad reconocida y después aplicada o seguida por la razón, sino un naturaliter cognitum.*"[195] Ahora bien, moralmente solo es aceptable la postura que reconoce que los embriones humanos como una persona, específicamente una persona por nacer, debido a que se considera que todo ser humano es persona.

Una mirada controversial aporta dentro de los aspectos morales respeto del estatuto del embrión humano el jurista y pensador italiano Luigi Ferrajoli (1940) quien expresa que bastaría la voluntad de la madre para deshacerse de la persona por nacer. A firma que. Es *la convención según la cual el embrión es merecedor de tutela si y solo si(…) es pensado y querido por la madre como persona".*"[196] Vale agregar que, afirmar esta postura no solo es contraria a nuestro ordenamiento jurídico sino también a la moral, ya que la vida del *nascirus* resulta ser de un valor fundamental por cuestiones que ya venimos mencionando.

Otro filósofo tomista seguidor de las ideas mencionadas es *John Finnis*(1940).Este profesor de la Universidad de Oxford establece el derecho a la vida como un valor básico referido a los aspectos fundamentales de la realización humana. "*En este sentido Finnis reconoce que la consecución del bien tiene distintas formas de concreción, partiendo de la primera y más elemental que es la existencia del ser. Como se alcanza a distinguir, el bien humano de la vida es uno más de los otros bienes fundamentales, y como el resto de éstos, tiene un propósito moral, este es, "afirmar, respetar y promover la 'auténtica realización' de las personas humanas; cada uno de ellas, cuerpo y alma". De modo que la realización plena de cualquier persona está en*

[194] El derecho a la vida. Argumentos antiguos y modernos de la tradición iusnaturalista. En internet: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3123/9.pdf (Fecha de consulta: 26/01/2019)
[195] Contreras Aguirre, Sebastián. El primer principio de la ley natural, según Finnis-Grisez y Rhonheimer y las lecturas contemporáneas de "Summa Theologiae" I, II, Q. 94, A. 2. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLIII (Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2014, pp. 643-669. Pág. 654
[196] Massini-Correas, Carlos I. Sobre el embrión humano y la cuestión de la personalidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión. Prudentia Iuris, N° 76, 2013, pág. 68

gran medida supeditada a la forma en que pueda conseguir el goce efectivo de dicho bien."[197] Se puede decir, entonces, que para este autor el derecho a la vida se reconoce como un derecho humano y como tal está prohibido cualquier tipo de violación hacia él; y que por lo tanto la sociedad debe respetarlo y solo en aquellas sociedades donde se respeten los derechos humanos podremos afirmar que existe la justicia.

6.2.1 Las cinco formas de entender el derecho a la vida

Hemos mencionado que los embriones pertenecen a la categoría de persona y que como tales son poseedoras del derecho a la vida, el cual debe ser respetado. Ahora bien, se debe partir de una consideración general para así poder determinar cuál es el objeto del derecho a la vida.

A continuación, analizaremos las distintas concepciones que encontramos sobre el derecho a la vida.

6.2.1.1 El derecho a vivir o a permanecer vivo

La primera de las concepciones tiene que ver con ese derecho inherente a todos los seres humanos es el vivir, es decir el derecho a permanecer vivo; derecho otorgado por Dios

Dicho derecho principal inicia los demás derechos, debido a que sin vida no se no se es poseedor de ningún otro derecho. De forma análoga, los embriones humanos criopreservados merecen el respeto incondicional a su vida por el simple hecho de existir, desde el momento de la concepción y/o fecundación.

Asimismo, el Estado es el encargado de asegurar ese derecho a la vida de los embriones y en especial ese derecho de permanecer vivo, creando normas que protejan la vida de esos embriones que se encuentran criopreservados en los Centros autorizados. Del mismo modo, el Estado debe asegurar que esos embriones, cuya vida se encuentra suspendida en el tiempo, pueden ser adoptados para que se puede desarrollar plenamente su vida.

6.2.1.2 El derecho a vivir bien o vivir con dignidad

Al derecho a la vida mencionado debe añadirse el de vivir con dignidad; tal como lo expresa el Doctor en Derecho Rodolfo Figueroa García-Huidobro: "*El derecho a la vida comprende el derecho a la integridad, a la salud, a la legítima defensa. No basta vivir, es necesario vivir con la plenitud de las cualidades y de los medios orgánicos de que estamos provistos por naturaleza y vivir bien para conseguir los fines humanos, rechazando aun con la fuerza la agresión injusta*"[198]

La vida debe transcurrir en un ambiente material y espiritualmente digno para el ser humano. Se debe respetar recíprocamente a la dignidad como valor sublime intrínseco e inherente a la propia condición humana de las personas. Sin embargo, al hablar de dignidad podemos hacer la distinción entre dignidad humana y dignidad ética, dos dimensiones de la misma realidad. La primera refiere al fundamento que tiene el ser humano simplemente por el solo hecho de ser humano. La segunda está relacionada con nuestros actos, y depende de si los mismos van o no en contra de la dignidad humana.

---

[197] El derecho a la vida. Argumentos antiguos y modernos de la tradición iusnaturalista. En internet: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3123/9.pdf (Fecha de consulta: 26/01/2019)

[198] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. Concepto de Derecho a la Vida. Revista Ius Et Praxis – Año 14 – N° 161, páginas 261-300, pág. 271

6.2.1.3 El derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato

La tercera concepción es aquella en la que el derecho a la vida incluye aquel derecho a recibir todo lo que sea necesario para que la vida continúe, lo que implica que todo ser humano tiene derecho a vivir y a que esa vida permanezca.

Esta concepción se relaciona con la cual la persona tiene derecho a vivir y seguir viviendo pero no son iguales ya que esta presupone la inmortalidad, pero se rechaza respecto el derecho a la vida ya que siguiendo con el pensamiento del Doctor en Derecho Rodolfo Figueroa García-Huidobro"*…esta forma de entender el derecho a la vida permitiría pensar en innumerables situaciones en las cuales alguien tendría un derecho a recibir algo si con ello se salvara su vida y, correlativamente, colocaría a las demás personas en innumerables situaciones de tener obligaciones frente a terceros. Esto ocurre porque esta perspectiva funda el derecho a la vida en la causalidad de mantención de la vida*"[199] Además, por otro lado, tampoco se puede asegurar la salud de una persona ni evitar que muera, por lo que esta postura no es posible.

El punto sería que el Estado debe garantizar este derecho inalienable e irrenunciable a la vida, cuya seguridad debe estar propiciada no solo por las personas individuales sino por toda la sociedad. Hay que tener en cuenta que bajo ningún concepto se puede atentar o vulnerar la vida de los seres humanos, eso incluye aquellos embriones que se encuentran criopreservados, producto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

6.2.1.4 El derecho a que no nos maten

Esta cuarta concepción se refiere a ese derecho a vivir y que nadie nos elimine, cuestión extensible también embriones criopreservados, que, por su condición de seres humanos, tienen derecho a que su vida se respete y que el Estado legisle al respecto sobre la protección de sus vidas. Nuevamente el Dr. Figueroa García Huidobro menciona al respecto:

"*La mayoría de la doctrina nacional sostiene que el nasciturus es persona, tiene derecho a la vida y está protegido por la Constitución. En consecuencia, para la mayoría de la doctrina nacional el aborto se encuentra prohibido siempre por la carta fundamental. Pues bien, si conforme esa doctrina mayoritaria el aborto se encuentra prohibido siempre en atención a que el nasciturus es persona y tiene derecho a la vida, eso significa que el derecho a la vida del nasciturus se entiende como no matar nunca, de modo absoluto. En consecuencia, tratándose del nasciturus, la mayoría de la doctrina nacional entiende el derecho a la vida como el derecho a que no lo maten.*"[200]

Si bien, el aborto está prohibido y penado en nuestro país, el mismo sentido se debería seguir respecto de los embriones criopreservados, a quienes podemos considerarlos personas tal como se ha mencionado en el presente trabajo. Vale agregar que en el caso de los embriones, el derecho a la vida no es absoluto ya que en algunos casos se justifica el aborto, por ejemplo cuando existen malformaciones para evitar un mal mayor

[199] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. Concepto de Derecho a la Vida. Revista Ius Et Praxis – Año 14 – N° 161, páginas 261-300, pág. 273

[200] Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. Concepto de Derecho a la Vida. Revista Ius Et Praxis – Año 14 – N° 161, páginas 261-300, pág. 275,276

6.2.1.5 El derecho a que no nos maten arbitrariamente

Respecto a esta concepción sería el caso de aquellos embriones humanos que se crean con el propósito de guarecer a otro hijo. En muchas oportunidades para salvar la vida de otro hijo los padres se someten a tratamientos de reproducción humana medicamente asistida con el solo fin de mejorar o salvar la vida de otras personas. Ahora bien, nos preguntamos ¿es ético este procedimiento?, ¿Qué pasa con la vida de los embriones sobrantes?

Son muchas las veces que luego de solucionado el problema del embrión afectado, los progenitores descartan a los sobrantes. Esto no solamente es moral y éticamente incorrecto, sino que estaríamos ante la presencia de esta última concepción en la que mataríamos arbitrariamente a una persona.

Por lo que, los embriones humanos sean viables o no deben ser respetados como cualquier persona humana, ya que los embriones humanos por más que hayan sido fecundados in vitro son seres humanos y por lo tanto personas humanas por lo que debe ser respetado su derecho a la vida y a la dignidad humana.

6.2.2 Embriones criopreservados: defensa de la vida

Como ya mencionamos, la vida de todo ser humano es sagrada debido a que es un bien de carácter fundamental, esto incluye a los embriones humanos que se encuentran criopreservados ya que, según comentario de la Doctora en Derecho María Lacalle Noriega: "*La vida de quienes no pueden ejercitar las facultades superiores y específicas de la personalidad, que son las facultades intelectuales, bien porque no han llegado a la etapa de desarrollo en que ello es posible, bien porque tienen alguna enfermedad que les prive de ese ejercicio, bien por haber sufrido un detrimento en sus órganos: cerebro, sistema nervioso, etc. o por otra causa cualquiera, sigue siendo un bien, pues lo que los constituye en personas humanas es el tener unida substancialmente al cuerpo, un alma espiritual y subsistente, dotada de inteligencia y voluntad, y no el actual ejercicio de tales facultades*"[201]

Es decir, que la vida de los embriones humanos vale por sí misma sin importar el aspecto físico ya que toda persona debe ser considerada un fin en sí mismo y no como un medio para otros fines, por lo que se debe respetar la vida humana de todos los seres humanos, incluso aquellos en estado embrionario que se encuentre tanto dentro como fuera del seno materno.

"*Cuando hablamos de derecho a la vida no nos referimos, evidentemente, a la posibilidad de exigir la creación de nuestra propia vida (está claro que la vida la recibimos sin que nadie nos pregunte), sino a que nos sea respetada y protegida. El derecho a la vida es un derecho de todo ser humano, y se basa en la inclinación natural a permanecer en el ser, la cual, proyectada al campo moral, constituye el deber de vivir, y, proyectada en el campo jurídico, se concreta en la facultad de impedir cualquier agresión contra la vida, y en poder mantenerla o conservarla.*"[202]

Por lo expuesto, se puede manifestar que el derecho a la vida pertenece a todos los seres humanos ya que es el bien jurídico protegido de todas las personas humanas, por

[201] Lacalle Noriega, María. En defensa de la vida humana. Conferencia Episcopal Española. Editorial EDICE, Madrid, 2013, pág. 10

[202] Lacalle Noriega, María. En defensa de la vida humana. Conferencia Episcopal Española. Editorial EDICE, Madrid, 2013, pág. 12

ser el derecho a ser y existir del que todos los seres humanos son poseedores desde el momento de la concepción y/o fecundación hasta el momento de su deceso.

Respecto del tema de investigación, se ha dicho que los embriones humanos se encuentren criopreservados o no, son seres humanos y como tales son independientes de sus progenitores ya que es un ser unicelular cuyo desarrollo comienza con la fecundación, es decir momento en el que se produce la unión de los gametos. Sin embargo, algunos doctrinarios mencionan que la vida humana no comienza en dicho momento, cuestión a la que ya nos referimos en relación a la fecundación producto de las nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida. En ese caso, estamos en presencia de un nuevo ser humano con características propias, ya que ese ser humano llegará se desarrollará con posterioridad. El Doctor en Derecho Pablo Sánchez-Ostiz agrega al respecto:

"*Por ese motivo, afirmar que el ser humano, no es persona porque le falta el despliegue efectivo de su potencialidad cognoscitiva, o porque carece de conciencia actual, sería una afirmación no razonable por acientífica, como tampoco sería razonable que un científico afirmase la vida humana en unos meros tejidos de células humanas en crioconservación. La personalidad humana por tanto no es un mero dato biológico, ni una afirmación normativa arbitraria, sino la asunción de que cualquier individuo perteneciente a la especie humana ha de gozar del mismo reconocimiento que cualquier otro. La personalidad es reconocida así al no nacido en cuanto que es un ser humano, perteneciente a la especie humana (homo sapiens)*"[203]

Se debe afirmar, entonces, que está científicamente demostrado que los embriones criopreservados son seres humanos y como tales son poseedores del derecho a la vida, derecho inherente a todas las personas humanas, derecho que debe ser respetado y protegido, debiendo el Estado legislar respecto a las penalidades en el caso en que se produjera el cese de la criopreservación, es decir la destrucción de los embriones, ya que si eso sucediera se estaría atentando contra la vida de esos embriones, seres totalmente indefensos que el Estado debe proteger conforme a su manda Constitucional y a los Tratados de derechos humanos que ha ratificado.

"*Si todo ser humano tiene derecho a la vida, el concebido que es un ser humano, tiene derecho a la vida y merece ser defendido contra cualquier agresión. […]El embrión no es un ser humano en potencia, es un ser humano con mucho potencial.*"[204] Es decir, que desde el mismo instante de la concepción, se debe respetar y proteger ese proceso único que es la vida de la persona. Por ende, se entiende que se debe respetar y proteger la vida de los embriones criopreservados de la misma forma que se respeta la vida de los embriones que se encuentran en el seno materno.

6.2.3 Derecho a la vida vs. dignidad de los embriones humanos

Como ya mencionamos, los embriones humanos criopreservados deben ser considerados sujetos de derechos y como tal poseen derechos éticos específicos por parte de aquellos otros individuos que se relacionan con ellos. El Doctorando en bioética José Pedro García-Scougall y el Doctor en Ciencias, campo de la Bioética en la UNAM, Guillermo Rafael Cantú Quintanilla mencionan al respecto: "*…el embrión es sujeto de*

[203] Sánchez-Ostiz, Pablo. ¿Tiene todos derecho a la vida?. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. En internet: http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf (Fecha de consulta: 27/01/2019)
[204] Lacalle Noriega, María. En defensa de la vida humana. Conferencia Episcopal Española. Editorial EDICE, Madrid, 2013, pág. 19,20

derechos humanos, las obligaciones hacia este que se pueden establecer desde el punto de vista de la ética de mínimos, basada en la idea de la autonomía, y desde el punto de vista de una ética que considere una fundamentación de los derechos humanos en los principios de la dignidad humana, la vulnerabilidad y el criterio de evidencia."[205]

Acorde a lo antedicho, son titulares de la dignidad humana por el solo hecho de ser personas humanas; y la dignidad es un valor inherente a los seres humanos, lo que obliga que se considere a todos los seres humanos por igual, sin ningún tipo de distinción (en el caso embrionario, si se encuentran dentro o fuera del seno materno).

Vale mencionar que cuando hablamos de dignidad debemos hacer una diferenciación entre dos tipos: la "dignidad intrínseca" y la "dignidad ontológica". Cuando nos referimos a la primera, lo hacemos respecto de la dignidad inherente de todos los seres humanos, dignidad que le corresponde a las personas por su propia naturaleza, es decir por la razón de su propio ser; dicha dignidad es aquella que se encuentra instalada en los ordenamientos jurídicos actuales. La segunda es aquella que resulta insuficiente para fundamentar el derecho a la vida absoluto de la persona antes de que se produzca su nacimiento.

Por ser poseedor de dignidad humana el embrión goza de la máxima protección jurídica, es decir, del derecho a la vida, por lo que se debe procurar que no se afecte su vida y respetarla, arbitrando todos los medios necesarios para la conservación de esta, especialmente los más vulnerables que resultan ser los fecundados artificialmente.

6.2.4 Reconocimiento del derecho a la vida de los embriones humanos

Ya hemos mencionado anteriormente, que el derecho a la vida es ese derecho fundamental inherente a todos los seres humanos que se encuentra tutelado por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones Provinciales. En el capítulo 2 se ha analizado la Constitución Nacional, como así también las Constituciones Provinciales, que tutelan el derecho a la vida de los habitantes de la Nación Argentina.

"*Todo miembro de la familia humana (ser humano, individuo, persona) tiene derecho a la vida, del que no puede ser privado arbitrariamente (artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), que le es inherente (artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) desde el momento de su concepción (artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como a que se respete su integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).*

El niño, como ser humano, es persona desde el momento de su concepción (artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1° Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 2° de la Ley 23.849), tiene derecho a la vida (artículo I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 4° de la Convención Americana

[205] García Scougall JP & Cantú-Quintanilla G. Fundamentación de los derechos humanos del embrión. Persona y Bioética. Vol. 19, Núm. 2, Julio-Diciembre 2015, pág. 270

sobre Derechos Humanos y artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño) que le es inherente (artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 3° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), al respeto de su integridad personal (artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como a protección, cuidado y ayuda especiales (artículo 7° Declaración Americana de los Derechos del Hombre, artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño), debiendo garantizarse en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo (artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y salud física y mental (artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), así como considerarse de modo primordial su interés superior 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 (artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Ningún niño puede ser sometido a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ni a la pena capital (artículo 37 de la Convención sobre Derechos del Niño). El niño mental y físicamente impedido tiene derecho a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones acordes con su dignidad humana (artículo 23 de la Convención sobre Derechos del Niño).

Todo ello resulta plenamente aplicable a las personas por nacer, en estrictas condiciones de igualdad y sin distinción o discriminación alguna, independientemente de su raza, color, sexo, religión, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño)."[206]

De lo expuesto, surge que los distintos tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por nuestro país, implican la importancia de la no violación del derecho a la vida. Estas normas internacionales son obligatorias para nuestro país, toda vez que las mismas fueron incorporadas a nuestro bloque constitución con la reforma del año 1994 por el artículo 75 inciso 22.

Vale mencionar, que todos los tratados mencionados refieren a la concepción, cuestión que ya hemos abordado como sinónimo de fecundación. Además, partiendo de la base de que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente es impensable la privación de la vida de los embriones humanos, en especial de aquellos que se encuentran criopreservados, por encontrarse indefensos; y por merecer idéntica protección legal de los ya nacidos. Como sostiene el Doctor en Derecho Lafferrierre citando a Ronchietto, cuando aduce que todo ordenamiento jurídico debe respetar la vida humana, incluso la de los más vulnerables.

[206] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed. Buenos Aires: Educa, 2010, 106 p. Pág. 62

"*(…) el bien humano ético-jurídico a defender es el resguardo integral: penal, civil, constitucional, del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana, por serlo; porque es fundamental. El derecho es uno, de modo que, desde todas sus ramas, entre ellas, la protección penal de la vida es irrenunciable: su enérgica advertencia está destinada a exaltar de modo especial el resguardo de los bienes fundamentales de la convivencia social de una Nación.*"[207]

Hemos mencionado anteriormente que las distintas convenciones y tratados que por imperio del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, forman parte integral de la misma, lo que conlleva al "Control Constitucional" a incorporar el "Control de Convencionalidad" para una armónica interpretación de las normas que regulan y defienden el derecho a la vida.

Al respecto mencionaremos los siguientes con el fin de enfatizar el hilo conductor del trabajo:

La Declaración de los Derechos Humanos de la ONU de 1948 en su artículo 3 afirma que "*todo individuo tiene derecho a la vida*". La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece que el niño merece "*protección legal antes y después del nacimiento*". Y la Convención Europea de Derechos Humanos, defiende el "*derecho a la vida*" en su artículo 2. Dicho derecho incluye el no ser violentado, derecho que actualmente se encuentra en boca de todos con el intenso debate respecto del aborto no punible en nuestro país.

Comenzaremos analizando la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida con el nombre de Pacto de San José de Costa Rica, citando su artículo 1. Declara la obligación de Respetar los derechos en su inciso 2 donde establece: "*Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*". El embrión humano, sin distinción de si se encuentra dentro o fuera del seno materno, desde el primer momento es una célula viva con el genoma humano completo, que puede seguir vivo fuera del organismo, como sucede, por ejemplo, con los embriones utilizados en las técnicas de fertilización in vitro. También mencionamos que para la ciencia, la vida humana comienza en el momento de la fecundación.

"*Este precepto esencial está basado a su vez en la premisa de que las protecciones de los derechos humanos derivan de los atributos de la personalidad individual y en virtud del hecho de que se trata de un ser humano, no porque sea ciudadano de algún determinado Estado.*"[208]

Continuando con el análisis de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Capítulo II referido a los Derechos Civiles y Políticos encontramos el artículo 3: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica que dice: "*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*". En cuanto a la definición de persona es una definición vaga y vacía ya que conforme a lo aludido *ut supra* persona es todo ser humano, ahora bien, se mencionó que se es ser humano desde el momento de la concepción, convirtiéndolo en un ser único, irrepetible y dotado de dignidad. "*La dignidad humana alcanza por igual a todos los seres humanos, sin distinción de raza,*

[207] Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed. Buenos Aires: Educa, 2010, 106 p. Pág. 107

[208] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*.- 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 11

etnia, creencia o condición".[209] A su vez, los derechos humanos se relacionan con la dignidad humana.

El artículo 3 reconoce la personalidad jurídica a toda persona, es decir que los embriones ya sea que estén o no implantados en el seno materno, por su carácter de ser humano tienen personalidad jurídica, por lo que se los debe considerar sujetos de derecho, cuya fuente inmediata se encuentra en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[210] y el artículo 16 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos[211].

Para referirse al significado de "sujeto de derechos" es necesario citar a la Corte I.D.H., en la sentencia Las Niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana, del 8 de septiembre de 2005, Serie C, N° 130, párrafo 176 dice: "*toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes*"[212]. Por lo tanto, el Estado, en este caso el Estado Argentino, está obligado a reconocerle a toda persona su derecho humano básico de personalidad jurídica.

El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que regula el Derecho a la Vida y en su inciso 1 dice: "*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"*. De esta manera, resulta otro indicio fundamental de la defensa del derecho de la vida del cual derivan todos los demás derechos.

Vale referirnos que se ha sido reconocido por la doctrina argentina, que cuando la normativa se refiere al término "concepción" ésta se refiere a la fecundación (tanto embriones concebidos dentro del seno materno, como in vitro). Veremos más adelante, que la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el "Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación *In Vitro*") Vs. Costa Rica realiza una distinción en cuanto al derecho a la vida y su carácter de persona en relación con los embriones no implantados. Al respecto menciona el abogado Secretario Letrado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Alonso Regueira:

"*El derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.*

La CIDH ha sostenido que el derecho a la vida es "el fundamento y sustento de todos los demás derechos" dado que jamás puede suspenderse. Esto trae aparejado,

---

[209] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*.- 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 26

[210] Ibid. artículo 6. Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

[211] Ibid. artículo 16: Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

[212] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. - 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 30

entre otras cosas, que los gobiernos no pueden, bajo ningún tipo de circunstancias, practicar ejecuciones ilegales o arbitrarias. Además afirmó que el derecho a la vida tiene status ius cogens, es "el derecho supremo del ser humano" y una "conditio sine qua non" para el goce de todos los demás derechos."[213]

En concordancia con nuestro ordenamiento jurídico si bien el derecho a la vida, derecho natural, no se encuentra explícitamente enumerado, es un derecho implícito que se encuentra en el artículo 33 de la Constitución Nacional Argentina, además el artículo 75 inciso 22 en el cual se incorporan al ordenamiento jurídico los tratados internacionales de derechos humanos por lo que pasa a ser un derecho positivo constitucional en el que Estado Argentino debe garantizar el derecho a la vida de todos los seres humanos.

Además, nuestro ordenamiento jurídico positivo al fijar el periodo de concepción lo estipula desde el mismo instante de la fecundación, momento desde el que biológicamente hay vida humana, siendo el embrión humano, ya sea que se encuentre dentro o fuera del seno materno, una persona propia que tiene vida humana, que a pesar de ser una persona con potencialidades a desarrollar se le deben respetar sus derechos personalísimos.

Sin embargo, el articulo 4 respecto al derecho a la vida trae varias interpretaciones, en especial en la parte que dice "*... y, en general, a partir del momento de la concepción…*", esta parte del artículo es bastante criticada ya que encontramos dos grandes corrientes, las que estipula de manera restrictiva esta parte y es lo que en su mayoría fue receptado por el fallo Artavia Murillo vs. Costa Rica, que se desarrollará más adelante, y otra que menciona que conforme a este artículo el derecho a la vida debe respetar desde el momento de la concepción sin importar si la misma se produjo dentro o fuera del seno materno.

"*El principio general es que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos otorga una amplia protección a la vida humana desde la concepción.*"[214] Es decir que conforme la Convención Americana desde el momento de la concepción, sin distinción del lugar en donde se haya llevado a cabo, se debe proteger la vida humana. Tal lo especifica el Letrado anteriormente mencionado:

"*Por lo tanto, puede sostenerse que la redacción definitivamente aprobada por la Conferencia fue una fórmula de transacción que, si bien protege la vida, el famoso y, "en general, a partir del momento de la concepción", reenvía la protección a la legislación interna y deja, en consecuencia, a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comienza y merece protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento.*

Aun así, aquellos Estados que optaran por proteger la vida a partir de la concepción con muy pocas o sin excepciones, o que interpretaran esas excepciones

[213] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. - 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 40

[214] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. - 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 42

restrictivamente, deben tener en cuenta que ello puede entrar en conflicto con los derechos de la mujer, sobre todo los derechos sexuales y reproductivos."[215]

En concordancia con lo citado, el Estado Argentino es quien debe proteger la vida desde el momento de la concepción y esto efectivamente está legislado en nuestro ordenamiento ya que se puede ver que el Código Civil y Comercial de la Nación menciona que se es persona desde el momento de la concepción, además el Código Penal de la Nación prohíbe y pena los abortos, es decir que desde el momento de la concepción se está preservando y resguardando la vida humana.

En correlación con el tema de los embriones no implantados y su derecho a la vida debemos tener en cuenta lo establecido en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene raigambre constitucional en nuestro país. Dicho artículo dice: "*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.*" La República Argentina mediante la ley nacional 23.849 ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño. En el artículo 2 al ratificar la convención, formuló la siguiente reserva y declaración en su segundo párrafo: "*Con relación al art. 1° 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*." Por lo que para nuestro país se entiende por niño "t*odo ser humano desde el momento de su concepción*", es decir que desde el momento de la fecundación estamos en presencia de un niño, específicamente de una persona por nacer.

"*Según la Convención aludida, se entiende por reserva, "una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".*"[216]

Se debe mencionar que el ámbito de aplicación de la Convención con relación a los embriones no implantados depende de la posición que adopte el Estado sobre el origen de la vida humana. En nuestro país, en el Código Civil de Vélez parecía estar resuelto el tema de los embriones no implantados ya que en el artículo 70 establecía que la existencia de las personas comienza desde la concepción en el seno materno y que a partir de ese momento se consideraban personas por nacer.

Entonces, para el estado Argentino desde el momento de la concepción, sin distinción de donde se produjo la misma, se es niño. "*La ley nacional 23.849, que ratificó la Convención de los Derechos del Niño procuró armonizar los términos de esta disposición con otras normas de fuente interna. En el artículo 2 de la Reserva y Declaraciones de la República Argentina se dispuso que "con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño […] declara que el mismo debe interpretarse*

[215] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. - 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 43

[216] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. - 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 54

en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad."[217]

También con la reforma del Código Civil y la implementación del nuevo Código Civil y Comercial esto quedó resuelto toda vez que el artículo 19 dice: "*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*". Se debe mencionar que en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial del año 2012 en el artículo 19 se hacía una diferenciación entre aquellos embriones que habían sido concebidos en el seno materno y los embriones producto de técnicas de reproducción medicamente asistida que aún no habían sido implantados. Se especificó "*Está claro que el ordenamiento legal interno protege la vida humana desde sus manifestaciones más incipientes. Por ello, cuando existe un ser con un programa genético propio, aunque depende de otro para subsistir, y ese ser pertenece al género hombre, ser humano es, para el derecho argentino vigente, persona pues, conforme se subrayó, el reconocimiento de la personalidad va indisolublemente ligado a la existencia del ser humano, sin distinción de cualidades y accidentes, y agrego, sin importar la fase del desarrollo en que ese ser se encuentre*".[218] Por lo tanto, la noción de persona deviene de su aspecto natural, es decir que se es persona por el solo hecho de ser un ser humano, lo cual implica que es un concepto derivado de la ley natural, anterior a la ley positiva.

También el aporte de la Jurista argentina Especialista en Derecho Internacional y Derechos Humanos Inés Weinberg deja indicio de lo aludido:

"*Ahora bien, al señalar que el concepto de "persona" "proviene de la naturaleza", la comisión redactora remite en cierto modo a las conclusiones de la ciencia. Pero una detenida lectura de los fundamentos permite concluir que, de sancionarse con fuerza de ley el proyecto antes citado, ya no habrá más discusión posible: quedarán eliminadas definitivamente todas aquellas teorías que ubican el comienzo de la persona en un estadio distinto de la fusión cromosómica. Acaso fundamentalmente la más difundida en las legislaciones actualmente vigentes es la que establece que recién en el momento en que el cigoto se adhiere a las paredes del útero –periodo de la anidación–; pues de lo contrario se produciría una discriminación del signo inverso a la que se suele predicar con relación al embrión extracorpóreo, pues si según el proyecto, éste es sujeto de derecho a partir de la concepción sin haber sido implantado, con mayor razón dicha conclusión habrá de seguirse con respecto a aquel que fue concebido en el cuerpo de la mujer. Es a mi juicio evidente que se procuró mantener la tradición jurídica argentina y, por ello, se trató de establecer la existencia de la persona humana en el estadio más incipiente del desarrollo, esto es, desde el instante en que se constituye una célula única con un patrimonio genético propio*."[219]

Se encuentra relacionado con lo antedicho, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño que en su inciso 1 dice: "*Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*", **es decir que a partir del mismo instante en que se produce la concepción toda persona tiene derecho a la vida, convirtiéndose, entonces, en un sujeto de derecho autónomo**. Este derecho a la vida debe ser protegido

[217] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.73
[218] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.88
[219] Weinberg, Inés M. Convención sobre los Derechos del Niño. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.88-89

por el solo hecho de ser un ser humano; a quien debe preservarse desde el primer momento de su existencia hasta su muerte.

Los aportes de la Doctora en Derecho Eleonora Lamm resultan pertinentes para la temática abordada:

"*Todo este debate y cuestionamiento se debe a que existen diferentes posturas respecto a cuando comienza la persona humana, desde quienes consideran que la persona comienza con la fecundación -incluso posiciones más extremas consideran que las células madre embrionarias, por su capacidad de diferenciación, también son personas- hasta aquellos que la ubican en el nacimiento con vida. Lo cierto es que a medida que avancen las tecnologías médicas, los usos potenciales de los embriones humanos se amplíen y las formas en las que podemos testear y adaptar un embrión se hagan más numerosas, las discusiones, sin duda, seguirán en aumento.*"[220]

A modo de conclusión, luego de los aportes teóricos aludidos, y respecto a nuestro trabajo; todo embrión resulta ser un organismo viviente poseedor de códigos biológicos que van a ser los responsables de dirigir su posterior desarrollo físico. Además debemos considerar que el tema en cuestión (Derechos de los embriones in vitro, comienzo de la vida humana, etc.) resulta de una cuestión relacional y dinámica. En primera instancia relacional, porque ya hemos abordado varios ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales; y dinámico porque los mismos varían constantemente.

6.3 Derecho a la identidad

Otro derecho que poseen los embriones criopreservados es el de la identidad. Este mismo se relaciona con otros derechos humanos que exteriorizan autonomía propia. "*El derecho a la identidad es un derecho humano, que cuando involucra a personas menores de edad se encuentra expresamente regulado en los artículos 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, el derecho a la identidad comprende el derecho de todo niño a estar inmediatamente inscripto ni bien nace y, en consecuencia, a tener vínculo filial; un nombre, una nacionalidad; y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º)*"[221]

Como el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental (como el derecho a la vida), debe ser respetado ya que toda persona tiene derecho a conocer su propia identidad, es decir a conocer cuál es su verdad biológica, a que se lo considere como quien realmente es y conocer de donde proviene. Debemos tener en cuenta que el derecho a la identidad está compuesto de dos vertientes: a) estática, es decir que tiene una tendencia a no variar y b) dinámica, es decir que muta con el paso del tiempo.

"*La identidad estática está conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej.: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). La identidad dinámica se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona,*

[220] Lamm, Eleonora. El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. La Ley 20/05/2015. Cita Online: AR/DOC/1297/2015.

[221] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 557

desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales."[222]

Los autores que consideraron a la identidad como un derecho autónomo lo encuadraron dentro de nuestra Constitución Nacional en el artículo 33, como así también en el artículo 75 incisos 17, 19 párrafo 4º y 22.

Nuevamente los aportes de Inés Weinberg ilustra la relevancia de este derecho en el sentido de que debe ser respetado desde el mismo momento en que se produce la concepción, es decir, en el momento en que estamos en presencia de un nuevo ser que tiene derecho a adquirir todos sus derechos, en especial el derecho a la vida y todos los derechos personalísimos inherentes a todas las personas humanas.

"*Desde su concepción, la identidad contiene, por un lado, elementos estáticos, invariables y, por el otro, dinámicos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Los primeros son elementos que se hacen visibles en el mundo exterior, a través de los cuales se tiene una visión inmediata del sujeto, verbigracia, el nombre y otros signos distintivos de la personalidad, como el sexo, la edad, el estado, etcétera. Los segundos captan al ser humano en su evolución permanente, como una realidad cambiante, que se modifica, se empobrece o enriquece, pero siempre está en constante movimiento.*"[223]

Cuando nos referimos a los embriones criopreservados muchas veces se confunde el material genético portador de los embriones, con el derecho a la identidad; pero este derecho es más que solo un material genético, es decir, que es un derecho a conocer sus orígenes; Aida Kemelmajer nos ilustra:

"*Pero para poder comprender con mayor precisión el desarrollo y entidad del derecho a conocer los orígenes en las aludidas técnicas de reproducción humana asistida se debe recordar las dos vertientes mencionadas que involucra el derecho a la identidad: estática y dinámica. Como se vio, en la filiación adoptiva el derecho a conocer los orígenes implica el saber quiénes son los padres (faz estática) y lo que ha sido de la historia de este niño (faz dinámica). Por el contrario, cuando se trata de reproducción asistida, sólo se encuentra comprometida la primera vertiente, la estática, y en sentido más restrictivo aún, en lo atinente a la genética, es decir, al dato genético siendo que el niño carece de vínculo filial con el donante, pues con éste sólo tendrá "identidad genética".*"[224]

Si bien los embriones criopreservados carecen de vinculo filial respecto del donante, en el supuesto caso de que los mismos dejaran de ser una persona por nacer y pasaran a ser una persona nacida tienen derecho a conocer su identidad genética y no únicamente cuando se encuentre comprometida su salud o ante el supuesto de impedimentos matrimoniales, porque si ello ocurriera estaríamos ante una desigualdad entre las personas nacidas de técnicas de reproducción medicamente asistida respecto de las personas adoptadas. Nuevamente Kelmelmajer refiere al respecto:

---

[222] Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*.- 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013. Pág. 205

[223] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.157

[224] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 560

"*En otras palabras, el derecho a conocer los orígenes en la adopción tiene un peso y una carga más fuerte porque involucra una realidad muy diferente a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. En esta última, este derecho a conocer se circunscribe al dato genético por eso se habla con mayor precisión de "derecho a la información". ¿A qué información? Y es aquí donde la doctrina y legislación comparada hace la siguiente distinción: 1) información no identificatoria, es decir, aquella que permite conocer datos justamente genéticos sobre el donante, y 2) información identificatoria, la que permite conocer el nombre y apellido del donante, con quien jamás se podrá lograr tener un vínculo jurídico porque los niños que nacen de técnicas de reproducción asistida ya tienen un vínculo jurídico: quienes prestaron la correspondiente voluntad procreacional.*"[225]

Si bien es cierto que no se pueden tener dos vínculos jurídicos, sería moralmente (y jurídicamente) atinado que existiera un registro respecto de los embriones fecundados in vitro y que se criopreservan en donde deben surgir los datos identificatorios y genéticos de los aportantes, quien han prestado su voluntad procreacional, y la de los donantes de gametos. Dicho registro podría ser consultado por la persona nacida cuando adquiera la edad y el grado de madurez suficiente al igual de lo que se de en los casos de filiación por adopción. Asimismo, los padres se deberían comprometerse a manifestarle a sus hijos que su nacimiento se produzco por técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Si bien se estaría revelando, al igual de lo que pasa en varias legislaciones europeas, la identidad del o de los donantes de gametos, tal situación carecería de vínculos legales de filiación entre el donante y el embrión criopreservado, es decir entre su posible descendencia.

"*Así, en los últimos años, muchos países que habían receptado legislativamente el principio del anonimato de las donaciones han comenzado a cuestionarlo. Se invocan valores reconocidos como esenciales desde la perspectiva de los derechos humanos, tales como el "derecho fundamental de toda persona a no ser privada, a sabiendas, por la institución médica, el derecho, o la razón del Estado, del acceso a las informaciones que le conciernen, y más particularmente las referidas a sus orígenes". Así, la exigencia absoluta de anonimato de los donantes, considerada incompatible con el derecho del nacido a conocer su propio origen, ha desaparecido ya en muchos países. Sucede que han sido países que, precisamente, venían de un sistema de anonimato rígido o relativo, intermedio o flexible, y que con los años de desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida con material de terceros pudieron construir una "cultura de la donación" y por ello pasar de un sistema a otro.*"[226]

Aquellas personas que desean formar una familia, pero que por cuestiones naturales no pueden concebir hijos, acuden a la donación de gametos de terceros. Esto trae aparejado situaciones donde es difícil encontrar un equilibrio entre los derechos de las personas nacidas mediante estas técnicas, derecho a su identidad biológica o también denominada de origen; con el derecho al anonimato de los donantes de gametos.

"*Como señalamos, la identidad acompaña a la persona durante toda su existencia. Por ello puede ser entendida como un proceso o camino que se inicia con la*

[225] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 560
[226] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 561-562

concepción y termina con la muerte, siendo el origen el primer eslabón de esta cadena y no el único eslabón que integra este derecho. En referencia a la importancia que representa el acceso al origen en la construcción de la identidad, cabe recordar el voto en disidencia de Petracchi en el caso "Muller", el cual, por su trascendencia en la jurisprudencia argentina, fue seguido como modelo en otros pronunciamientos: "…conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende… El normal desarrollo psicofísico exige que no se trabe la obtención de respuestas a esos interrogantes vitales… conocer la verdad permite elaborar un proceso de crecimiento y estructuración del psiquismo"."[227]

Ya mencionamos que el derecho a la identidad genética comprende a una dimensión estática y una dinámica. Cuando nos referimos a la dimensión estática lo vinculamos con aquellos datos médicos que nos proporcionan la información genética. En cambio, cuando hablamos de dimensión dinámica nos referimos a los datos personales de los donantes de material genético. Digno de mención resulta el aporte de la investigadora Adriana Krasnow:

"*Toda persona tiene derecho a su propia identidad, a su verdad personal, a ser considerado como realmente es, a ser "el" (como "yo") y no "otro". Loa identidad reconoce dos vertientes: a) una estática, inmodificable o con tendencia a no variar y b) otra dinámica, mutable en el tiempo. La identidad estática está conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). La identidad dinámica se refiere al despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales.*"[228]

Todo lo aportado anteriormente, permite concluir que los embriones criopreservados poseen derecho a la identidad, cuestión que comienza con la concepción y por el hecho de estar concebidos gozan de ese derecho humano personalísimo fundamental. Si se lesionara este derecho se afectaría la dignidad de esos embriones.

6.4.1 Marco legal del derecho a la identidad de origen

Hemos mencionado anteriormente que cuando nos referimos al derecho a la identidad de los embriones criopreservados nos encontramos ante dos posibilidades. Una primera posibilidad que dichos embriones hayan sido fecundados con material genético propio de una pareja, en donde no habría colisión de derechos porque las mismas personas que presentaran la voluntad procreacional serían los donantes de gametos. Una segunda posibilidad donde los embriones hayan sido fecundados con material genético de un tercero, es decir que hay un aportante de material genético que no ha prestado la voluntad procreacional, por ende, en principio, tendría derecho a resguardar su identidad, siempre y cuando no sea contrario a uno de los derechos humanos fundamentales que es el derecho

[227] Krasnow, Adriana N. El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. En internet: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Krasnow_El_derecho_de_acceso_a_la_verdad.pdf (Fecha de consulta: 07/06/2019)

[228] Gil Domínguez, Andrés. El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial. En internet: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/GIL-DOMINGUEZ-El-derecho-a-la-identidad-gene%CC%81tica-y-las-TRHA-en-el-Co%CC%81digo-Civil-y-Comercial.pdf (Fecha de consulta: 07/06/2019)

a conocer su identidad de origen. Al respecto, los aportes de la Especialista en Derecho de Familia y Magistrada Nacional María Victoria Famá pueden aclararnos la situación:

"*En efecto, enseña Alexy que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que ello signifique declarar invalido el principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro; pero, bajo otras, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Ello conduce a afirmar que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso. Es decir, el punto neurálgico de la labor del intérprete reside en la ponderación del "peso" de los derechos que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definan. Por su parte, Guastini indica que la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, entendida como una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. Como resultado de tal valoración, un principio (considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable. La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que resulta determinada en su aplicación al caso concreto.*"[229]

Es decir, según los mencionados teóricos, el derecho a la identidad del niño estaría en colisión respecto con el derecho a la intimidad de los dadores de material genético. Ahora bien, se debe tener en cuenta, que todas las personas tienen derecho a conocer su identidad, sin ningún tipo de distinción respecto a su concepción. Así como una persona conoce quienes son sus padres biológicos, aquellas que son concebidas con material genético de un tercero, tienen el mismo derecho a conocer su identidad, mucho más aún si estamos en presencia de menores de edad toda vez que debe respetarse el interés superior del niño, anteponiendo el derecho a la identidad del menor por sobre el derecho al resguardo de identidad del donante.

A pesar de la existencia del derecho humano de toda persona a conocer su identidad, la norma jurídica actual argentina presenta una restricción a este derecho, pues únicamente puede ser develada la verdadera identidad del donante de gametos ante determinadas circunstancias que establece la ley y que fueron mencionadas con anterioridad. Es decir que no si no se respeta dichas circunstancias, la persona nunca podrá conocer su verdadera identidad, ya que la misma ley la que establece una limitación al respecto.

"*En caso de colisión de derechos, "se debe verificar que la restricción que prevalezca sea la más restringida o la que afecte a un derecho de menor jerarquía", de modo que como sostiene la Corte IDH, "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido… Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legitimo objetivo.*"[230]

Por lo tanto, el derecho a la identidad ante una coalición de derechos prevalece sobre el del resguardo de la identidad del donante del gameto. Si optáramos por el caso

[229] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012. Págs. 171-195, pág. 179

[230] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012. Págs. 171-195, pág. 189

contrario, dicha medida sería desproporcionada, causando un grave perjuicio a la persona nacida producto de estas nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en su artículo 564 como regla general el anonimato del donante de gametos, haciendo la salvedad que ante determinadas circunstancias donde se vea afectada la salud de la persona, o ante razones debidamente fundadas, el juez será el encargado de decidir si se va a resguardar o no el derecho a la intimidad del donante de gametos. "*En esta línea, se pondera el derecho a la intimidad del donante y la subsistencia del sistema de fertilización para facilitar el acceso de los usuarios a estas técnicas, como correlato de su derecho a fundar una familia, por sobre el derecho del concebido a conocer sus orígenes, aspecto esencial de su derecho a la identidad.*"[231]

Si bien es entendible que los donantes de gametos no quieran ni puedan tener relación filial con las personas nacidas producto de las nuevas técnicas de reproducción por no haber prestado su voluntad procreacional, lo cierto es que han prestado su consentimiento al momento de la donación de sus gametos en el pleno uso de sus facultades mentales y sabiendo que existe probabilidad de que nazcan personas producto de su donación de material genético. De este modo, una nueva contraposición de derecho se presenta: por un lado, prestan consentimiento; por otro desean resguardar anonimato, cuestión contrapuesta al derecho fundamental de identidad.

"*La medida luce desproporcionada si se observan dos cuestiones. Por un lado, que quien dona su material genético lo hace en pleno ejercicio de su libertad, es decir, se coloca voluntariamente en esa situación, de modo que no parece irrazonable exigirle que asuma las consecuencias de su accionar. En cambio, el niño o adulto concebido por TRA ha sido ajeno al acto por el cual se accedió a la procreación y no ha prestado su consentimiento a tales fines. Como sostuvo Kemelmajer de Carlucci en su crítica al caso "Odièvre" del TEDH, a mi juicio extensible al caso en estudio, la solución del Proyecto "Hace prevalecer la voluntad de quien realizó un acto generalmente consciente… sobre el derecho de alguien que nada pudo hacer para evitar el conflicto, pues no estaba en su decisión nacer o no nacer. Por otro lado, la previsión legal no resulta la menos restrictiva de entre todas las idóneas para garantizar la subsistencia de donaciones de material genético que permitan el acceso a las TRA y, por ende, garanticen el derecho a formar una familia. Podría pensarse en otras medidas de tipo educativo para fomentar las donaciones, como muchas de las que se diseñan -por citar un ejemplo- en materia de donación de órganos.*

En definitiva, ponderando los derechos en juego, debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional. Es que aquí al igual que en la adopción (aunque con connotaciones diversas, ya que en materia de TRA es más preciso hablar de "realidad biológica o genética" que de "origen", puesto que la concepción de ese niño no ha sido producto de una relación, no ha habido una historia ni siquiera ocasional que vinculara a sus progenitores, y el donante no participa activamente desde lo humano en la procreación) existe un derecho a tener acceso a la verdadera historia, que en el contexto reseñado abarca el de conocer quienes han aportado material genético para luego hacer viable la fecundación, y que constituye un

[231] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012. Págs. 171-195, pág. 189

elemento trascendente para la configuración de la propia subjetividad y para el desarrollo físico, emocional y psicológico de los seres humanos."[232]

En definitiva, se podría decir que todo embrión debería tener un registro en donde se establecieran quiénes fueron los aportantes de los gametos que lo conforman. Cuando son los mismos progenitores los que llevan adelante al proceso de implantación y como resultado de ello nace con vida esa persona dejando de ser persona por nacer para convertirse en una verdadera persona, no hay dudas sobre quiénes son sus padres biológicos y desde el primer momento se conoce el derecho a la identidad de esa persona. Por el contrario, cuando hay donación de gametos, ya que sea que utilizaron ovodonación y/o donación de esperma se debe establecer que la persona nacida con material genético donado al momento de cumplir 18 años conozca su verdadera identidad, es decir que sepa quién o quiénes han sido los aportantes de ese material genético, para ello es necesario crear un Registro Público, que esté en manos del Estado y no de los establecimiento privados encargados de llevar adelante estos procesos de fecundación, ya que si algún establecimiento cerrara se perderían todos los datos, imposibilitando en un futuro lograr acceder a los datos que demuestren la verdadera identidad.

Por otro lado, respecto a los embriones que se encuentren criopreservados sería conveniente la existencia de un Registro también Publico que se encuentre en manos del Estado el que debe contener todos los datos de las personas aportantes de los gametos que han logrado la fecundación de esos embriones. Además, ese registro no tendría que ser sobre los embriones sino también sobre los donantes del material genético, ya que ese material genético puede ser utilizado en la fecundación de varios embriones, por ello es de suma importancia que existieran datos, para que al momento de alcanzar la mayoría de edad se pudiera tener acceso a la identidad, incluso para conocer la existencia de personas nacidas con el mismo material genético.

6.4.2 Identidad filiatoria

Como se ha mencionado anteriormente, el derecho a la identidad en el caso de las técnicas de reproducción medicamente asistida es un tema complejo, porque entraría en colisión con el derecho al anonimato de los donantes de gametos. Ahora bien, el derecho a la identidad es un derecho fundamental y personalísimo que se encuentra protegido implícitamente en la constitución. El artículo 33 de nuestra Ley Suprema menciona aquellos derechos que, aunque no estén enumerados explícitamente, se encuentran resguardados por nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, conforme al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional se encuentran incorporados a nuestra legislación Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, varios de los cuales tutelan el derecho a la identidad. El Dr Gutierrez Dalla Fontana menciona al respecto:

"*Se ha precisado que es un derecho (identidad) a la personalidad a través del cual se proyectan socialmente las características que contribuyen a distinguir a la persona y que incluyen su patrimonio cultural, político, ideológico, sentimental, social y todo lo que hace a su modo de ser complejo y estilo de vida. En este concepto de identidad se engloban el honor, la imagen, la privacidad, la nacionalidad, la filiación y todo lo que contribuye a hacer a una persona reconocible en la sociedad como sujeto individual."*[233]

[232] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012. Págs. 171-195, pág. 189

[233] Gutiérrez Dalla Fontana, Esteban M. Derecho a la identidad e interés superior del niño. LL Patagonia 2017 (febrero), 17/02/2017, 2. Cita Online: Thomson Reuters AR/DOC/215/2017.

Ahora bien, se le debe proteger este derecho a conocer sus propios orígenes a todas las personas, en especial aquellas que han sido producto de técnicas de reproducción medicamente humana asistida, máxime aún por el hecho de ser más vulnerables que aquellas concebidas en el seno materno. La Dra. Marisa Herrera comenta:

"*El derecho a conocer el origen genético es parte de la identidad de una persona, y consecuentemente, no se la puede privar legalmente de la posibilidad de conocer quién fue el donante de gametos. Ahora bien, se trata de un origen puramente genético; conocer la persona detrás del gen, que pudo ser cualquier persona.*"[234]

Por lo tanto, a nuestro criterio, lo conveniente sería garantizar a los embriones, al momento de que nazcan y que adquieran el grado de madurez suficiente tengan el derecho a la información para dar cuenta de sus orígenes genéticos, conociendo así su verdadera identidad. Esta información, como se ha mencionado anteriormente, debe ser guardada en un Registro Público al que puede acceder la persona nacida mediante técnicas de reproducción asistida a fin de poder conocer su verdadero origen y no solo cuando presente algún problema de salud.

"Hoy se afirma casi sin discrepancia que el derecho a conocer los orígenes favorece la construcción del derecho a la identidad"; *que "El concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación, va mucho más allá; por eso una cosa es tener derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético", siendo "Indudablemente, los lazos genéticos y los vínculos jurídicos están íntimamente asociados, por eso, generalmente, el derecho a conocer los orígenes va unido al derecho a establecer vínculos jurídicos (…) Sin embargo, ambos derechos son diferentes, tanto como lo son el dato genético y el jurídico; el primero responde a un hecho único (el causado por los genes); en cambio, el orden jurídico se nutre también de los valores imperantes en determinada sociedad, de allí que la ley pueda establecer restricciones a la normal concordancia entre el dato genético y el jurídico";…."*[235]

Se puede observar, entonces, que si bien el vínculo genético está relacionado con el vínculo jurídico no siempre es así. En los casos relacionados con técnicas de reproducción humana medicamente asistida, muchas veces, el vínculo genético y el jurídico son distintos, máxime en el caso en que dicha técnica se haya llevado a cabo con material genético de un tercero sin vinculo filial alguno. Pues bien, el derecho solo permite conocer (respecto a los orígenes) el dato genético, único detalle de la información identitaria de la persona.

"*En otras palabras, en los casos de TRHA, el derecho a conocer se refiere al origen genético, a la información que hace a la identidad genética, a los datos del donante como mero aportante de material y a las circunstancias del nacimiento. Se trata de un derecho a poder acceder a una información que hace a su persona; pero que no es*

[234] Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora, De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga. LA LEY 20/08/2014, 20/08/2014, 5 – LA LEY2014-D, 594.

[235] Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora, De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga. LA LEY 20/08/2014, 20/08/2014, 5 – LA LEY2014-D, 594.

una reivindicación de lo genético, sino a la posibilidad de acceder a una información que es parte de su identidad."[236]

Por lo tanto, consideramos que, si bien el donante es anónimo, la persona nacida con ese material tiene derecho a la información respecto a su genética, que hace a su propia persona. Dicha información forma parte de su derecho a la identidad, derecho fundamental independiente del tipo de concepción,

Otro punto de incumbencia serían los derechos filiatorios, respecto a ello consideramos que no debería existir responsabilidad de los donantes de gametos (ni personal, ni patrimonial). Estos donantes, si bien prestan su consentimiento informado respecto de la donación de su material genético, no son los que prestan la voluntad procreacional, por lo tanto, únicamente los que presenten dicha voluntad serán quienes tengan a su cargo la filiación y como consecuencia de ella responsabilidad patrimonial. La única responsabilidad será de la persona que lleva adelante la fecundación del embrión, incluso ante el centro de salud ante el incumplimiento en el pago del canon de criopreservación.

6.4.3 La verdad biológica vs. La filiación

Desde la sanción de la ley 23.264 el principio de la verdad biológica se convirtió en uno de los pilares fundamentales de nuestro derecho civil ya que vino a modificar la filiación en nuestro ordenamiento jurídico. Así también, resulta ser un nuevo tema de confluencia de derechos que pasaremos a desarrollar. Menciona la ley:

"*Sin embargo, el principio de verdad biológica no posee carácter ilimitado puesto que en algunos casos ciertos valores del ordenamiento jurídico prescriben establecer un vínculo legal en ausencia de lazo biológico. Existen supuestos en los que la concordancia entre forma y biología pueden resultar perjudicial para el hijo y así la verdad biológica queda postergada en aras de la protección de otros intereses del ordenamiento, entre ellos la protección del interés del menor.*"[237]

El derecho a conocer su verdadera identidad biológica es fundamental para proteger el derecho a la identidad de toda persona, incluso de aquellas personas por nacer, como lo es el caso de los embriones criopreservados. Aquellas personas que presenten su voluntad procreacional para que se logre la fecundación de dicho embrión deben asumir sus responsabilidades que vienen aparejadas producto de la fecundación.

Ahora bien, los progenitores que han prestado su voluntad procreacional tienen responsabilidad en relación con la procreación, esta responsabilidad también se la denomina "auto responsabilidad", cuestión convertida en un principio denominado "principio de auto responsabilidad". Esto significa que toda persona que presente su voluntad procreacional para fecundar un embrión (cualquiera sea el material genético) debe ser responsable de su accionar, es decir, de la concatenación causal inherente al proceso de concepción de persona por nacer mediante técnicas de reproducción medicamente asistida o medios naturales.

---

[236] Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora, De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga. LA LEY 20/08/2014, 20/08/2014, 5 – LA LEY2014-D, 594.

[237] Ales Uría, Mercedes. Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado. DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 119. Cita online: AR/DOC/590/2013.

En las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, la determinación filial se basa en la voluntad procreacional de los aportantes de gametos. En el caso que los gametos pertenezcan a donantes, una vez prestada la voluntad procreacional no puede la misma ser impugnada ya que presupone la aceptación del vínculo filial frente a esa persona por nacer (embrión fecundado artificialmente). Esto indica el embrión tiene derecho (si nace) a conocer su verdad biológica, pero no podrá tener ningún vínculo filial con el donante. La Doctora en Derecho Mercedes Ales Uría menciona al respecto:

"*Desde los orígenes del Derecho occidental moderno padre y progenitor pueden no ser términos coincidentes puesto que la filiación no es necesariamente una situación derivada de un hecho biológico. Que una persona sea padre o madre de otra no significa que la haya engendrado, sino que debe cumplir con respecto a esa persona el conjunto de deberes y funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación. El lazo paternofilial conlleva la imposición de una serie de deberes y correlativas responsabilidades, funciones y poderes que, en atención a su misma teleología, aconsejan, en ocasiones, no ser depositadas en cabeza de quien engendró efectivamente a una criatura.*"[238]

Por lo tanto, como ya mencionamos, en el caso de la fertilización humana asistida, existen diferencias jurídicas en cuanto al progenitor biológico respecto a la filiación por naturaleza del progenitor natural.

Biológicamente el progenitor puede ser un donante de gametos que no tiene otro lazo que no sea el biológico, incluso puede desconocer la cantidad de personas fecundadas con su material, y el destino de estas. Por esta cuestión tiene derecho al anonimato, derecho que debe ser resguardado hasta el momento en que la persona nacida producto de donación de gametos tenga el grado de madurez suficiente para conocer su verdadera identidad, aunque únicamente al cumplir la mayoría de edad pueden acceder a los datos identificatorios de su o sus donantes de gametos sin poder entablar ningún tipo de acción jurídica de filiación, como ya lo hemos mencionado, salvo con aquellos progenitores que hayan prestado su voluntad procreacional

6.4.4 El derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico

Otro derecho humano fundamental es el derecho a la identidad, el cual está íntimamente ligado al derecho de identidad biológica de las familias. En el caso que nos incumbe, embriones producidos con material genético de donantes, dicho derecho está ligado a los donantes que hayan prestado la voluntad procreacional.

Corresponde analizar que tal derecho (identidad) es uno de los derechos personalísimos de los que gozan todas las personas, pero es un derecho autónomo y distinto de los demás. Se lo caracteriza como dinámico, ya que permite diferenciar a cada persona respecto de las demás. Menciona el Jurista Jorge Alterini:

"*Se afecta el derecho a la identidad de la persona cuando hay un desconocimiento de acciones o convicciones que le son propias o se le atribuyen acciones o convicciones que no le pertenecen o se omiten rasgos de su persona que por su transcendencia definen*

[238] Ales Uría, Mercedes. Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado. DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 119. Cita online: AR/DOC/590/2013.

su personalidad o cuando se la presenta con calidades que no son propias de ella, distorsionándolas."[239]

Mencionamos anteriormente, que la identidad está compuesta de dos vertientes una estática y una dinámica. La mayor parte de la doctrina argentina entiende que el derecho a la identidad se encuentra dentro de una faceta estática de la persona (derecho a la identidad biológica o de origen y a la filiación). Pero también existe la filiación por adopción y el nuevo tipo filial que recepta nuestro ordenamiento jurídico, es decir la filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida. Al respecto Alterini rectifica:

"*(…) Desde este enfoque, se sostiene que el estado de familia emergen de un conjunto de derechos, poderes, deberes y relaciones, dentro de los cuales se encuentra el de conocer la identidad biológica y el emplazamiento en un determinado estado familiar. Más que el ejercicio de un derecho personalísimo, de lo que se trataría es de conocer el propio estado familiar o de obtener la posición que le corresponda a la persona en el seno de la familia a que pertenece.*"[240]

Debemos considerar que en el caso de los embriones criopreservados no siempre la identidad biológica es igual al estado de familia, ya que como se ha mencionado anteriormente muchas veces los embriones pueden crearse con material genético de donantes y los embriones ser hijos de quienes hayan prestado su voluntad procreacional.

Como bien menciona Ines Weimberg: "*En la doctrina nacional, la mayoría de los autores adhieren a una compresión amplia del derecho a la identidad. D'Antonio lo define como "el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser.*"[241]

Si bien, entendemos que, la identidad, el estado y la filiación son pilares fundamentales, lo cierto es que no siempre los mismos se encuentran debidamente tutelados y resguardados. En el caso que nos incumbe (embriones criopreservados) observamos que en m gracias a la reforma del Código Civil y Comercial adquieren filiación respecto de sus padres que prestaron voluntad procreacional. Si bien nuestro ordenamiento jurídico menciona que las personas son hijos de quien los pare, la realidad es que puede ser que la madre que lo trajo al mundo y que llevo adelante el embarazo no sea la madre biológica porque ha utilizado óvulos donados. También puede ocurrir que el cónyuge o conviviente de la madre no sea el padre biológico de la persona aunque figure como tal en el certificado de nacimiento. Lo cierto es que estas nuevas tecnologías traen problemas en cuanto a la verdadera identidad de las personas. Nuevamente la autora nombrada anteriormente menciona:

"*Por eso la tutela de las raíces de la persona no sólo exhibe un perfil estático –el parentesco- sino también uno dinámico, constituido por las proyecciones que una realidad biológica determinada genera en el plano íntimo de la persona y que constituye un elemento trascendente en la formación del "yo individual". Esta idea se ha reforzado*

[239] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo I, arts. 1 a 224. Director del tomo: José W. Tobías. Thomson Reuters. La Ley, pág. 379
[240] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo I, arts. 1 a 224. Director del tomo: José W. Tobías. Thomson Reuters. La Ley, pág. 380
[241] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.158

con la sanción de la ley 23.511 que creó el Banco Nacional de Datos Genéticos que, más allá de las razones concretas que motivaron su incorporación al régimen legal, vinculadas a episodios de triste memoria, está destinada a permanecer en el tiempo como un elemento que procura desentrañar el verdadero origen biológico de las personas. Como dice Zannoni, la directiva básica de esta disposición radica en proteger a los niños de toda injerencia que pudiese conducir a sustraerlos ilegítimamente de su familia o de cualquier otro modo alterar su identidad filiatoria."[242]

De acuerdo con lo expuesto, entendemos que no existe protección del derecho de identidad de las personas nacidas producto de técnicas de reproducción medicamente asistida porque pueden haber sido embriones fecundados con material genético de donantes, y sus padres biológicos no figurar en la partida de nacimiento. Si bien la ley prevé que si los hijos tienen una filiación por técnicas de reproducción asistida los padres están obligados, al igual de lo que ocurre en la adopción, informar a sus hijos que su concepción se produjo con material genético de otras personas, lo cierto es que los hijos no van a poder tener acceso a sus verdaderos datos biológicos excepto ante casos excepcionales que se verán más adelante.

No obstante ello, el derecho a la identidad es un derecho reconocido tanto a nivel nacional como internacional. "*Desde el Preámbulo, la Convención sobre los Derechos del Niño ha considerado a la identidad del menor como uno de los derechos elementales, merecedores de protección, y en ella encuadra a la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, e incluso el derecho a conocer la realidad biológica.*"[243]

Es decir, entonces, que la Convención sobre los Derechos del Niño no solo protege, como vimos anteriormente, el derecho a la vida desde el mismo instante en que se produce la concepción (natural o artificial), sino que también desde ese momento protege el derecho a la identidad de todas las personas, incluso en estado embrionario; por lo que los embriones criopreservados gozan del derecho a la verdadera identidad biológica que dicho tratado internacional tutela. Nuevamente los aportes de Weimberg resultan significativos:

"*Se ha señalado que la Convención reconoce a la identidad un doble ámbito: el derecho el niño a conocer su origen y a conservar la propia historia, con todos los elementos que la componen. Es que la identidad de una persona no sólo se integra con su origen biológico o con su filiación, sino con el medio en que ha nacido, los elementos culturales presentes en su origen y adquiridos en los primeros años de vida, con los aspectos espirituales relativos a las creencias, convicciones y diferentes credos. El niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser criado por sus progenitores, prerrogativas que el Estado se comprometió a garantizar al ratificar dicha Convención.*"[244]

Toda persona, desde el momento de la concepción, tiene derecho a conocer sus verdaderos orígenes y a poder contar con la información de todos los elementos que componen su historial familiar. Si bien el derecho a la identidad está relacionado con el origen biológico no es el único elemento que la compone, pero entendemos que en el caso

[242] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.159
[243] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.161
[244] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.162

puntual de los embriones criopreservados como su vida aún no se encuentra desarrollada, se podría hablar que si el derecho a la identidad solamente está relacionado con su verdad biológica toda vez que aún no ha nacido y por ende no profesado ningún culto ni credo, y mucho menos podrá tener creencias y/o convicciones.

Finalmente, como menciona Weinberg los embriones poseen el derecho a la identidad genética conforme: "… *al patrimonio heredado por los progenitores biológicos, al genoma, que es el que hace de la persona un ser único e irrepetible. Ésta puede ser alterada si quien reconoció al hijo no es su padre o madre genético. Por lo tanto, las pruebas destinadas a esclarecerla procuran el conocimiento del origen del sujeto, punto inicial sin el cual no es posible explicar muchas de las manifestaciones posteriores, las elecciones que realiza, sus inclinaciones, su salud y predisposición a ciertas enfermedades, por mencionar algunas.*"[245]

De acuerdo con lo expuesto, los embriones crioconservados poseen un derecho humano fundamental que es el de identidad. Resulta relevante considerar que los padres deben manifestarles a los hijos cuando han nacido producto de técnicas artificiales; y, en todo caso, cuando fueron concebidos con material genético donado (en caso de que no tengan vínculo biológico).

Además, los hijos deberán poder tener posibilidad de conocer su verdadera identidad, pero tal como se verá más adelante cuando se desarrolle el tema filiación, esto presenta cierta contradicción en nuestro ordenamiento jurídico.

Es una gran contradicción que trae nuestro ordenamiento jurídico al respecto, toda vez que por un lado establece que se le debe decir a los hijos nacidos mediante estas técnicas de reproducción artificial que nacieron producto de estas técnicas y por el otro no pueden conocer los verdaderos datos de sus progenitores biológicos, salvo en casos excepcionales.

6.4 Conclusión

En el presente capítulo hemos ampliado un tema que ya venimos desarrollando en capítulos anteriores: derechos inherentes a los embriones humanos, y en especial a aquellos que se encuentran criopreservados. Sostenemos que, a pesar de estar crioconservados, presentan los mismos derechos que los embriones que se encuentren concebidos y/o implantados en el seno materno. Concretamente nos referimos al derecho a la vida, y otros que de este derivan: derecho a la identidad, derecho a tener un vínculo filial con sus progenitores, derecho a ser adoptados y por supuesto derechos hereditarios respecto de sus progenitores.

A lo largo de la presente investigación hemos mencionado que los embriones, sin importar si fueron concebidos de manera natural o de manera artificial son personas desde el mismo instante en que se produjo su concepción. Además, hemos mencionado que los términos concepción y fecundación deben entenderse como sinónimos ya que en ambos casos al unirse los gametos se forma un nuevo ser humano y por lo tanto una persona por nacer titular de derechos, principalmente el derecho a la vida, debiéndose respetar desde ese instante la vida de los embriones.

[245] Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe. Pág.167

Este último es un derecho humano fundamental, del que gozan los embriones criopreservados por su condición de ser humano con potencial todavía no desarrollado plenamente, que se encuentra consagrado en la Constitución Nacional, como así también en los tratados de Derechos Humanos Internacionales que, a partir de la reforma constitucional del año 1994, mediante el artículo 75 inciso 22 adquirieron raigambre constitucional. A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, nuestro máximo tribunal, sostuvo que desde el mismo momento en que se produce la concepción existe una persona por nacer, incluso antes de que se produzca la anidación, y por su carácter de persona la misma debe ser protegida desde ese momento. Por lo que una vez que se produce la concepción ya sea de manera natural o extracorpórea los progenitores deben velar por los intereses de las personas por nacer y en especial deben resguardar la vida de los mismos.

Como ya mencionamos, el análisis de este derecho humano fundamental nos ha permitido abordar otros derechos que de él derivan. Un ejemplo clave es el derecho a la dignidad humana, íntimamente ligado al derecho a la vida. La voluntad de los progenitores respecto a la continuidad de la vida de esa "persona" va a afectar directamente la dignidad del embrión, alterando un derecho personalísimo de todo ser humano.

Respecto al derecho a la vida, nuestro análisis ha permitido abordar dicho concepto desde cinco formas diferentes de entenderlo: derecho a permanecer vivo, a vivir con dignidad, a recibir lo mínimamente necesario para no morir, a que no nos maten, y a que no nos maten arbitrariamente. Los argumentos establecidos nos han permitido arribar a nuestro ordenamiento jurídico que establece que debe respetarse la dignidad de las personas y que toda persona humana es inviolable, por lo que entendemos que es imposible dar los embriones con fines de investigación como así también proceder al cese de la criopreservación toda vez que atenta la dignidad humana y el derecho a la vida de los embriones.

En efecto, consideramos que nuestra legislación, tal como lo viene haciendo hasta el momento, debe promover y respetar la vida humana de todos los seres humanos, en especial de aquellos que se encuentran más vulnerables, como es el caso de los embriones humanos criopreservados. Del mismo modo, se debe regular acerca de la prohibición de la manipulación genética de embriones, el cese de su criopreservación, la investigación con embriones humanos, la creación de embriones con el fin de salvar otras vidas, el descarte de embriones, entre otros, porque los embriones humanos, se encuentre criopreservados o no, gozan del primer bien debido que es el derecho a la vida, derecho que debe ser respetado y protegido desde el mismo instante de la concepción.

Otro de los derechos inherentes a todos los embriones humanos es el derecho a la identidad, ya que por su carácter de persona se encuentran poseedores del derecho a conocer su verdadero origen como así también su verdadera identidad. Tal como hemos visto el derecho a conocer los orígenes es un derecho que se encuentra muy vulnerado cuando hablamos de embriones fecundados producto de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida a pesar de estar este derecho íntimamente relacionado con el derecho a la identidad, ya que ambos son derechos humanos y como tales deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico. El derecho a la identidad está protegido por los Tratados de Derechos Humanos Internacionales, en especial está reconocido por el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que el Estado Argentino debe asegurar que aquellas personas que nazcan producto de estas nuevas tecnologías

médicas puedan acceder a su verdadera identidad, en especial cuando se realizan técnicas de reproducción heterólogas donde se utilizan gametos donados de terceras personas distintas a los progenitores o aquellas personas que han prestado su voluntad procreacional.

Respecto del derecho a la identidad, también derivado del derecho a la vida, relacionado con aquellos embriones que han sido fecundados in vitro, nos encontramos ante dos posibilidades.

Una primera sería que dichos embriones hubieran sido fecundados con material genético propio de una pareja, donde no habría colisión de derechos porque las mismas personas que presentaran la voluntad procreacional serían los aportantes de los gametos utilizados en el procedimiento. Una segunda posibilidad donde los embriones hubieran sido fecundados con material genético de un donante de gametos quien, en principio, tendría derecho a resguardar su identidad, siempre y cuando no sea contrario a uno de los derechos humanos fundamentales que es el derecho a conocer su identidad de origen. En este último supuesto vemos que el derecho a la identidad de ese embrión estaría en colisión con otro derecho, es decir con el derecho a la intimidad de los dadores de material genético.

Sin embargo, y a esto hemos querido arribar en el capítulo, este derecho a la intimidad de los donantes de material genético nunca puede estar por encima del derecho a conocer su verdadera identidad, sin ningún tipo de distinción. Así como una persona concebida naturalmente conoce quienes son sus padres biológicos, las personas que sean concebidas con material genético de un tercero tienen el mismo derecho a conocer su verdadera identidad. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos una restricción en cuanto al derecho a la identidad de las personas nacidas por técnicas de reproducción artificial, toda vez que únicamente puede ser develada la verdadera identidad del donante de gametos ante determinadas circunstancias que establece la ley al regular la filiación en su tercer tipo filial dedicado a la filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Por el carácter de derecho personalísimo que tiene el derecho a la identidad, consideramos que toda persona tiene derecho a conocer sus verdaderos orígenes y quiénes son sus verdaderos progenitores, en especial aquellas nacidas mediante técnicas de reproducción medicamente asistida, acaso por ser estas las más vulnerables.

7. CAPÍTULO 5: DERECHOS FILIATORIOS INHERENTES A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS

7.1 Introducción

Tal como hemos indicado a través de la presente investigación, los embriones criopreservados, son sujetos de derecho y por lo tanto se los considera personas por nacer desde el mismo instante en que se produce la concepción sin importar si la misma se produce dentro o fuera del seno materno. Desde la concepción, estos embriones adquieren derechos que se van a perfeccionar una vez que se produzca el nacimiento con vida de los mismos.

Sin embargo, poseen distintos derechos, ya hemos visto que tienen derecho la vida, a la identidad, entre otros, es decir derechos personalísimos inherentes a todos los seres humanos. Pero, por otro lado, también encontramos que tienen derechos familia que son inherentes a estos embriones que se encuentran crioconservados.

Dentro de estos derechos encontramos que los embriones criopreservados tienen derecho a la filiación y que nuestra normativa civil actual dedica un capítulo entero a la filiación respecto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida. A su vez, este tema no solamente es un tema novedoso, sino que trae aparejado grandes interrogantes e inconvenientes por entender varios autores que no está determinada la naturaleza jurídica de los embriones que se encuentran fuera del seno materno.

A continuación, analizaremos uno de los tipos filiales que regula nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, a saber, la filiación mediante técnicas de reproducción medicamente asistida. Dentro de este tipo filial encontramos que la doctrina mayoritaria actual le da gran importancia al consentimiento que las personas deben prestar al iniciar cualquier tratamiento de reproducción humana medicamente asistida en el centro de salud en el cual deseen llevar adelante el tratamiento médico.

Otro de los aspectos importantes es la voluntad procreacional y en base a ella se determina hijos de quien son las personas que nacen producto de estas nuevas técnicas de reproducción asistida. Lo cierto es que encontramos que la voluntad procreacional muchas veces se encuentra en contraposición con el derecho humano a la identidad de las personas, esto específicamente se da cuando se utilizan gametos de una tercera persona que no ha prestado la voluntad procreacional.

Por último, se analizará el derecho a la información que tienen las personas nacidas por técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Si bien es cierto que las personas nacidas por estos procedimientos tienen derecho a conocer que fueron concebidos con gametos de terceros, no pueden acceder a los datos filiatorios de estas personas por lo que el derecho a la información al igual que la voluntad procreacional se contraponen al derecho a la identidad de las personas.

7.2 Derecho a la filiación

El tema de la filiación de los embriones producto de técnicas de reproducción humana medicamente asistida, es un tema novedoso que trae aparejado grandes debates, en especial éticos, filosóficos, morales, jurídicos, etc.

La Dra. Zabaleta define a la filiación como "*el vínculo que se establece entre las personas que el derecho coloca en la condición de padre o madre y la que sitúa en la de hijo. Es, por lo tanto, un vínculo jurídico que puede o no corresponderse con el biológico, con el cual suele identificarse.*"[246]

A su vez, en el Código Civil de la Nación que estuvo vigente hasta agosto de 2015 solo se consideraban dos fuentes de filiación: por naturaleza y por adopción. Con la reforma del Código, y debido al gran avance tecnológico de la ciencia en materia de reproducción artificial, se adicionó otro tipo más de filiación: la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su libro segundo dedicado a las relaciones de familia, en su título V regula la Filiación. En su primer Capítulo, determina las disposiciones generales, postulando en su artículo 558 lo siguiente: "*Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación*."[247] Surge claramente del articulado, una nueva y tercera fuente de filiación reconociendo así la filiación de todas las personas fecundadas mediante el uso de las nuevas técnicas de reproducción humana.

A nuestro entender resulta acertada la incorporación de esta tercera fuente filial debido al aumento de nacimientos con las técnicas mencionadas en nuestro país. El Código Civil y Comercial de la Nación desde el año 2015, y con la promulgación de la ley 26.862 conjuntamente con su decreto reglamentario considera la situación, incluso fue incorporada una norma en materia de cobertura y práctica médica de estos tratamientos. A su vez, contamos con jurisprudencia que afirma y avala el uso de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida. En la mayoría de los casos jurisprudenciales se ha solicitado la cobertura médica de estas técnicas con el fin de poder tener un hijo o incluso para poder salvar la vida de un hijo ya nacido. Al respecto, y en relación a la figura del "tutor de embriones", la Dra. Kemelmajer de Carlucci afirma:

"*… ante una situación de divorcio en la que los esposos manifestaron en una audiencia que se habían sometido a estas técnicas y que habrían quedado 8 embriones criopreservados, por lo cual el juez ordena la intervención del asesor de menores para la protección de dichos embriones en su carácter de "personas por nacer"; de manera más actual, el supuesto de un matrimonio que se divorcia y que la exmujer solicita al centro médico implantarse los embriones crioconservados que tenía con material de ella y de su exmarido a pesar de la oposición expresa del exmarido; el pedido de una mujer que en pleno tratamiento su marido fallece y solicita que se ordene al centro médico a continuar con la práctica médica para tener un hijo con embriones formados con material de ella y de su marido fallecido; el pedido de autorización judicial realizado por una mujer viuda a efectos de que se la someta a un tratamiento de fertilización asistida con los gametos de su esposo fallecido, señor J.D., cuya extracción había sido autorizada con anterioridad, o el pedido de un asesor de menores, en el marco de una adopción de*

[246] Zabaleta, Daniela. *La filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*. ElDial.com – DC1E34, publicado el: 14/05/2015.

[247] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 17/02/2019)

integración por parte de la cónyuge de la madre que dio a luz a un niño mediante la inseminación de material genético de donante anónimo, de que el centro médico levante el secreto profesional que mantiene el anonimato para que se revele la identidad de dicho donante, y, más reciente aún, el de un matrimonio que por derecho propio y en representación de sus dos hijas menores de edad interpone una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo nacional con el objeto de que, a través del Ministerio de Salud o el organismo que se considere competente, se disponga la creación de un registro que contenga toda la información que poseen los centros de fertilidad y bancos de gametos legalmente habilitados en el país referida a la identidad de los donantes de gametos, con la finalidad de que sus hijas y todas las personas nacidas en virtud de las técnicas de fertilización asistida con material heterólogo puedan, al cumplir la mayoría de edad, ejercer su derecho a conocer su identidad biológica, accediendo a esa información con la correspondiente autorización judicial; por citar algunos conflictos jurídicos que reflejan claramente el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y las consecuencias negativas de tener que judicializar ante la falta de una legislación que resuelva todos estos conflictos."[248]

Por lo tanto, tal como surge de la parte in fine de la cita es necesario legislar todo lo relativo a cuestiones relacionadas con la filiación (de toda persona humana y de la protección legal que merece) que traen aparejadas estas nuevas técnicas de reproducción.

Resultan relevantes los aportes de la Dra. Mercedes Ales Uría respecto a las premisas consideradas por el actual Código Civil y Comercial de la Nación:

"*... la existencia de un doble vínculo filial, la diversidad de sexos de los progenitores, y el principio rector de coincidencia entre filiación formal y verdad biológica. Estas premisas fueron consagradas en la reforma al régimen de filiación operada por la ley 23.264 (Adla, XL V-D, 3581). La norma mencionada tuvo, entre otros fines, el objetivo de igualar la situación de los hijos equiparando las filiaciones y posibilitando la determinación de la filiación conforme la verdad material o biológica de su generación. Es decir que el emplazamiento familiar de toda persona debía, en la medida de lo fácticamente posible, coincidir con su origen biológico.*"[249]

Este nuevo tipo de filiación es una construcción jurídica de forma contractual que trae aparejado la formación de un nuevo ser a la familia ya que puede ser realizado por: matrimonios; convivientes (con gametos propios o de terceros) parejas del mismo sexo; incluso trae aparejado mayor facilidad para la formación de familias monoparentales (mujeres que deciden la donación de gametos masculinos, o personas solas). En el Código Civil y Comercial de la Nación del Dr. Alterini bajo la dirección de la Dra. Úrsula Basset se comenta al respecto:

"*Una persona produce un nuevo desmembramiento de la identidad del concebido. Una persona puede estar genética y biológicamente vinculada a un número de personas que podría variar con el avance de la ciencia. Inmediatamente, la posibilidad de utilizar un ovocito como célula huésped por medio de técnicas diversas, podría permitir que un niño tenga genéticamente dos madres (sin que pueda saberse cómo las intervenciones*

[248] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs.. 399-401.
[249] Ales Uría, Mercedes. Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado. Publicado en: DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 119. Cita Online: AR/DOC/590/2013. Thomson Reuters, La Ley.

génicas podrían ampliar el número de colaboradores a la célula embrionaria inicial). Esos aportantes de material genético, podrían a su vez no querer ocupar un rol de progenitorialidad. El derecho los considera entonces como donantes, sobre la base de la autodeterminación intencional de éstos (hasta ahora nunca visto en materia filiatoria). Sin embargo, la identidad genética que acompañará a la persona concebida durante todos los días de su existencia será la que se forje a partir de su participación en el engendramiento."[250]

Por lo tanto, cabe la posibilidad, y de ahí la preocupación jurídica, que en un laboratorio "se produzca" una persona humana producto de manipulación genética de distintas personas que deberían prestar su voluntad procreacional para llevar adelante esta técnica que va a traer grandes interrogantes respecto de la figura filiatoria.

"*El derecho argentino ha elegido silenciar, de acuerdo con criterios propios pero con ecos en el derecho comparado, el carácter progenitorial de determinados participantes de ese proyecto parental, notablemente el de los progenitores que aportan el sustrato más fundamental de la identidad: a saber, el genético, que es probablemente la base más estable de la identidad. Esta decisión pone en crisis la protección del principio de igualdad de efectos de todas las filiaciones: mientras que la identidad está garantizada en la adopción y en la filiación por naturaleza sobre la base de una consideración del paradigma biológico, es desatendida cuando la filiación se gesta en el laboratorio.*"[251]

Como venimos mencionando, en nuestro país, la filiación producto de técnicas de reproducción medicamente asistida trae varios problemas en cuanto al derecho a la identidad de la persona nacida ya que no siempre el aportante del material genético es el progenitor. Lo más valioso en este tipo filial es la voluntad procreacional de los progenitores y el consentimiento informado de los mismos, fundándose esta filiación en la intención y decisión de los progenitores. Puede suceder, entonces, que nazca una persona que fue producto de la fusión de gametos de personas que nunca han tenido ningún tipo de contacto, sin conocerse y que por la protección jurídica que prevé nuestro ordenamiento jurídico (tema que trataremos con posterioridad), nunca se lleguen a conocer. Nuevamente en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado del Dr. Alterini menciona:

"*En la filiación por técnicas de fecundación asistida, el consentimiento de los progenitores de voluntad desplaza cualquier otra filiación posible, pudiendo incluso ocluir la investigación biológica. El dramatismo del elemento voluntario en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida no tiene parangón con las otras formas de filiación y se funda no ya en el niño, sino en la garantía de la incolumidad de la declaración de la voluntad del adulto.*"[252]

---

[250] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 451

[251] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 451-452

[252] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 453

En consecuencia, en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico recepta tres fuentes de filiación, a saber: biológica, por adopción y producto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Es loable destacar, que tal como surge de la manda constitucional, estos tres tipos filiales gozan de los mismos efectos y del principio de igualdad.

7.2.1 Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida

Como venimos mencionando respecto al avance científico y a la nueva legislación en materia de salud; las nuevas técnicas traen aparejados nuevos inconvenientes no solo jurídicos, sino también bioéticos.

El Código Civil y Comercial de la Nación en el capítulo 2 del título V correspondiente al libro II de relaciones de familia, incorpora una tercera fuente filial basándose en los principios de derechos humanos que fueran incorporados a nuestro ordenamiento con la reforma constitucional de 1994, en el artículo 75 inciso 22. Dentro de los principios constitucionales relacionados con la filiación encontramos: a) el principio del interés superior del niño; b) el principio de igualdad de todos los hijos, matrimoniales como extramatrimoniales; c) el derecho a la identidad y a la inmediata inscripción; d) el acceso a la prueba genética como medio para poder obtener la verdad biológica; e) el derecho a formar una familia; entre otros. Nuevamente en el Tratado de Familia de la Dra. Kemelmajer de Carlucci se menciona al respecto:

"*Todos estos principios constitucionales-internacionales son los que sostienen, con mayor o menor intensidad, el por qué el Código amplía la regulación del derecho filial incorporando de manera especial qué acontece con la filiación cuando ésta deriva del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y el modo en que se lo hace, debiéndose respetar el principio de igualdad, el derecho de todo niño a tener vínculo jurídico de manera inmediata y sin discriminarlo por la orientación sexual de sus progenitores, el derecho a la identidad estática (elemento genético) como dinámica (elemento volitivo), el derecho a fundar una familia también con independencia de la orientación sexual de la persona o pareja que quiera formarla, y el derecho a hacerse de los avances y desarrollo de la ciencia médica, siendo las técnicas de reproducción humana asistida no sólo una práctica que permite acceder a la maternidad/paternidad, sino también a prevenir y curar enfermedades.*"[253]

En esta instancia vale mencionar que un nuevo elemento entra en juego y resulta central: la voluntad procreacional, que se encuentra plasmada en el consentimiento previo, informado y libre. Es decir, con esa voluntad que tiene el o los progenitores de querer formar una familia. Al respecto, la Dra. Ales Uría agrega:

"*Sin embargo, lo cierto es que el niño nacido a partir del empleo de TRHA no puede ser tratado de manera desigual a los concebidos naturalmente; tiene derecho a saber quiénes son sus padres, contar con alimentos, apellido, nacionalidad, protección integral, etc. En otras palabras: igualdad de trato e igualdad de oportunidades sin distinciones basadas en el origen. Analizando esta realidad desde la perspectiva de los menores involucrados resalta particularmente el interés de cada hijo en poseer una filiación completa y la posibilidad de conocer sus verdaderos orígenes. Ambos intereses son comunes a todos los nacidos y, junto con la lucha por alcanzar la igualdad,*

[253] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 421-422

constituyen los motivos esenciales –como vertientes de la protección del interés del menor y la igualdad de los hijos – que vertebran la transformación sufrida por el Derecho de Filiación a partir de la segundad mitad del Siglo XX."[254]

Concluimos el apartado con datos suficientes a favor de nuestra idea de que todos los niños (aquellos nacidos en forma natural que poseen una filiación por naturaleza; y aquellos quienes producto de la ciencia tienen otro vínculo filial) merecen el mismo trato e idénticos derechos, en especial aquellos derechos intrínsecos a toda persona, como ser sus atributos de la personalidad y sus derechos personalísimos.

7.2.2 Filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida vs. Filiación por naturaleza

Partiendo de la base de las palabras de la Dra. Kemelmajer de Carlucci "*en la filiación por naturaleza la determinación de la filiación tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica, mientras que en las TRHA el elemento decisivo es la voluntad procreacional.*"[255], encontramos que la principal diferencia que existe es que en la primera el acto que da origen a esta filiación es un acto producido por las partes(proviene de un acto sexual), mientras que en la segunda el acto proviene de un tercero, es decir de un acto médico.

Otra de las diferencias que encontramos es que en la filiación por naturaleza siempre el vínculo biológico es con sus progenitores mientras que en la filiación mediante técnicas de reproducción humana no siempre los progenitores tienen vínculo biológico con la persona por nacer. En el Tratado de Derecho de Familia anteriormente citado se analiza: "*De lo anterior se desprende que mientras que la filiación por naturaleza se funda en el elemento biológico con independencia de si se quiere o no ser padre/madre (elemento volitivo), la filiación por TRHA se funda en el elemento volitivo, con independencia del elemento genético y/o biológico.*"[256]

Ya hemos mencionado que son tres los tipos filiales existentes en nuestro ordenamiento. Pero como se agrega en el Código Civil y Comercial Comentado del Dr. Alterini: "*a diferencia de todo el régimen filiatorio que está concebido sobre la base de la idea de pareja, que por gratuidad del don engendra un hijo en la privacidad de la intimidad, en las técnicas de reproducción asistida hay una intencionalidad de engendrar que se manifiesta en diversas instancias, y que se fundamenta con frecuencia en el derecho a la vida familiar privada, pero que se exterioriza y sale de la intimidad del seno materno para incluir a terceros (incluso empresas vinculadas a las clínicas) que participan en ese proyecto a través de diversas modalidades contractuales complejas. En el primer caso de la filiación por naturaleza, el engendramiento es un proceso único y continuo. En el segundo caso, hay una exteriorización del deseo de concebir, para el que se contrata una clínica y eventualmente, a través de la clínica, a aportantes de gametos. Con un intervalo, se realizan diversos tratamientos e intervenciones, todos los cuales se instrumentan y se consienten. Cada instancia supone un costo económico, del que se*

[254] Ales Uría, Mercedes. Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado. Publicado en: DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 119. Cita Online: AR/DOC/590/2013. Thomson Reuters, La Ley.

[255] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 426

[256] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 426

hacen cargo en mayor o menor medida por coberturas de salud. La dinámica es la de los derechos subjetivos, y el objeto del contrato es el engendramiento de un hijo."[257]

Claramente la diferencia radica en que en la filiación por naturaleza surge de una relación sexual por la que se produce la concepción de la persona en el seno materno, sin embargo, para que se dé una filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida no es necesario una relación sexual, sino que la misma se produce dentro de un laboratorio, incluso se puede ser progenitor sin tener vinculo biológico con la personas nacida, logrando de este modo una nueva forma familiar.

A pesar de las nombradas diferencias, puede haber filiación legal sin necesidad de que haya una unión biológica entre las personas, de hecho, puede existir una verdad biológica sin obligación de lazo biológico. Sin embargo, la nombrada Dra. Ales Uría agrega: "*El principio de verdad biológica, entendido como la coincidencia entre los términos generante y generado de orden natural y padre e hijo de orden legal, es uno de los pilares de nuestro derecho civil desde la sanción de la ley 23.264. Este principio de veracidad ejerce una fuerza de atracción en el campo de las relaciones paternofiliales tendiendo a que en todos los casos haya una coincidencia entre materialidad biológica y legalidad. La exigencia de que biología y filiación formal coincidan responde a que ésta es, usualmente, la vía más idónea para tutelar los intereses del menor desde una doble perspectiva.*"[258]

Tal como surge del Comentario efectuado en el Código Civil y Comercial del Dr. Alterini dirigido por la Dra. Úrsula Basset, la filiación no resulta exclusiva de la unión biológica; sino que las técnicas de reproducción humana medicamente asistida han producido una alteración al sistema filiatorio: "*en los casos en los que media un proyecto de parentalidad colaborativa en el que varios sujetos integran la progenitorialidad (donantes de ovocito, de esperma, madre gestacional, progenitores de intención) esta regla, en la medida en que atribuye la progenitorialidad a quienes prestaron el consentimiento libre e informado aunque no tengan más que esa vinculación con el niño, colisiona con el derecho a la identidad integral del niño. Los elementos biológicos, simbólicos y sociales forman parte de la identidad del niño de manera sincrónica en la filiación por naturaleza. En la medida en que la ley elige optar por solo dos vínculos en la filiación colaborativa, los otros elementos de la identidad del niño quedan al margen de todo reconocimiento legal.*"[259]

Resulta importante entender que, más allá del tipo de concepción, las personas nacidas son hijos y como tales deben estar protegidos sus derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico, es decir que se debe velar por el derecho a la identidad de todas las personas, sin importar el tipo filial que presenten.

Resultará relevante, entonces, que cualquiera sea la filiación se respete la realidad biológica, teniendo la persona derecho a conocer su verdadero origen (especialmente

[257] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 452

[258] Ales Uría, Mercedes. Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado. Publicado en: DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 119. Cita Online: AR/DOC/590/2013. Thomson Reuters, La Ley.

[259] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 459

quienes resultaron producto de gametos donados de terceros), así poder lograr una filiación conforme al carácter social y cultural de las personas.

7.2.3 Filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida vs. Filiación por adopción

La filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida como la filiación por adopción se determinan por el elemento volitivo, con la diferencia que en la reproducción artificial este elemento está manifestado por la voluntad procreacional que se presta con anterioridad a la gestación, es decir, estamos en presencia de una persona por nacer, actuando como causa fuente del origen de esa persona.

En cambio, en la filiación por adopción el vínculo jurídico surge una vez que la persona ha nacido con vida y nunca hay un vínculo genético entre los padres y el menor. Sin embargo, en la filiación por reproducción artificial puede incluso haber vinculo biológico con alguno de los progenitores o incluso con ambos, ya que puede ocurrir que se necesite crear el embrión in vitro, es decir mediante un acto médico y luego implantarlo en el seno materno, y que el material genético con el que se fecundó ese embrión sea de los progenitores.

Por lo tanto, cuando hablamos de estos dos tipos filiales nos estamos refiriendo a orígenes distintos, es decir, en la filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida nos encontramos con un origen genético, debido a que estamos en presencia de dadores de gametos. En cambio, cuando hablamos de la filiación por adopción nos encontramos con un origen biológico.

El citado Código Civil y Comercial Comentado del Dr. Alterini se aporta otra idea que refiere a otra diferenciación entre los dos tipos de filiación : "*A diferencia de lo que sucede en la adopción, que integra los diversos elementos en la retórica discursiva de la institución (padres biológicos, padres adoptivos), sin privar al niño de ninguna de las dimensiones de su identidad; en el caso de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida la idea de progenitorialidad desaparece y el elemento genético de la parentalidad es enunciado en términos de un aporte de un bien material que tiene un valor económico.*"[260]

Dentro de los puntos más relevantes encontramos que en estos dos tipos filiales se referencia la necesidad de informar la verdadera identidad de los menores. La Doctora en Ciencias Sociales Mariana Gonzales comenta al respecto: "*En nuestro Código Civil vigente, de manera expresa, el derecho a conocer la realidad biológica en la filiación adoptiva fue incorporado con la sanción de ley 24.779, en el año 1997, en su art. 328, al establecer que "El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad". Y el compromiso que asumen los adoptantes estipulado en el inc. h del art. 321 cuando dispone que "Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica". Asimismo, el nuevo Código Civil y Comercial, en el art. 596 (51), confiere al adoptado la posibilidad de acceder, cuando así lo requiera, al expediente judicial y administrativo en que se tramitó su adopción. Lo*

[260] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 459

más importante para destacar, en tanto en ello radica la modificación más profunda que trae el texto concordado, es que evita caer en una fórmula estricta para el ejercicio de la mentada facultad, exclusivamente basada en un criterio etario: así es que su madurez suficiente representará la pauta para juzgar la conveniencia de permitirle tomar contacto con las actuaciones que determinaron el nuevo vínculo filial para así tener un pleno conocimiento de su realidad biológica y demás datos que hacen a su propia historia."[261]

El aspecto fundamental que debe tenerse en cuenta es que el ordenamiento jurídico obliga a los padres adoptantes a hacer conocer al adoptado sus orígenes, es decir que tomen conocimiento de su realidad biológica. Sin embargo, los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida se encuentran desprotegidos ya que la ley no obliga a que se les informen cuando alcancen el grado de madurez suficiente quienes han sido los donantes de gametos, en el caso de que la técnica haya sido realizada con donación de gametos. Así lo menciona la Doctora en Ciencias Jurídicas Úrsula Basset en la siguiente cita:

"*El niño concebido por filiación asistida no tiene acceso a sus progenitores, a su corporeidad, que entonces queda en un registro del Estado. La situación es alarmante, porque, de prevalecer el predictamen de la Cámara de Diputados, el Registro Único de la ley 26.862, sólo registraría datos de gametos, y no los consentimientos prestados por los pretensos progenitores. No hay obligación impuesta a las clínicas de resguardar esos consentimientos, mientras que los consentimientos de los donantes de gametos, deben guardarse sine die. En todo caso, el art. 563 del Código 2014 prevé el acceso a la "información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de fecundación asistida". Al igual que el caso belga, la Argentina se inclina en dar "información". Es la diferencia entre el derecho a la identidad y derecho a conocer los orígenes… o mejor dicho a tener los datos relativos a los orígenes. En algunos derechos, el donante se identifica con un número y el niño tiene derecho de acceso al número.*"[262]

La diferencia radica, entonces, en que en la filiación por adopción los adoptados a conocer sus verdaderos origines, en cambio en la filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida se les niega este derecho, recordemos que el derecho a la identidad es un derecho fundamental de todo ser humano., negándole entonces a la persona nacida poder tener un vínculo con el aportante del material genético, basándose únicamente en que son hijos de la persona que los ha dado a luz y de aquellas que han prestado su consentimiento informado, es decir, de aquellas que mediante la celebración de un contrato decidieron llevar adelante un embarazo, entendiendo así que prevalece el derecho de los progenitores por sobre el derecho a la identidad de la persona nacida producto de esas técnicas.

Nuevamente la especialista en Derecho de Familia Dra. Basset menciona determinados riesgos a los cuales la persona puede enfrentarse, por ejemplo el incesto: *Dado que el Código no prevé una obligación de los padres legales de hacer conocer al hijo el modo en que fue concebido – como si resulta de la regulación de la adopción (cfr. Art. 596, Código Civil y Comercial) -, la nota en el asiento del nacimiento podría, por un*

[261] González, Mariana E. ¿Derecho a conocer los orígenes o derecho a la información de los niños nacidos por técnicas de reproducción heterólogas? Publicado: RDF 68-153. Sección: DOCTRINA. En internet: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Gonzalez_Derecho_a_conocer_los_origenes.pdf (Fecha de consulta: 02/01/2020)

[262] Basset, Úrsula C. La democratización de la filiación asistida. LA LEY 16/10/2014, 1- LA LEY2014-F, 609. Cita Online: AR/DOC/3594/2014.

lado, abrir la puerta al ejercicio efectivo del derecho a la identidad, y por otra, permitir prevenir el riesgo de incesto entre medio-hermanos concebidos por terceros donantes de gametos, aspecto no contemplado por la regulación, y que causa grandes angustias a las personas concebidas por técnicas de fecundación asistida. Desde luego, la mejor construcción legal es lo que no hace colisionar el derecho a la identidad con el derecho a la privacidad. Incorporar el deber de informar por parte de los progenitores legales, podría paliar las restricciones a ambos derechos. En segundo lugar, si la persona es incorporada a una familia adoptiva, existe el deber de los progenitores adoptantes de hacer conocer el origen. Allí, a pesar de las discusiones doctrinales reseñadas, la colisión entre identidad y privacidad se morigera."[263]

A modo de conclusión, varias son las diferencias entre ambos tipos de filiación; pero cuando las personas alcanzan el grado de madurez necesaria, tiene derecho a conocer su verdadera identidad; inclusive quienes hayan nacido producto de técnicas artificiales, resguardando el derecho a la identidad por sobre el de la privacidad de los progenitores o donantes de gametos.

7.2.4 Consentimiento en las técnicas de producción humana medicamente asistida

Como refiere la Dra. Úrsula Basset en su artículo "El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial" respecto al acuerdo entre partes intervinientes en las prácticas que estamos analizando, el único documento jurídico que se registra es el consentimiento. En el siguiente apartado caracterizaremos al mismo y nos adentraremos en algunas cuestiones conflictivas que este presenta: "*El consentimiento es un momento en la formación del contrato que une al centro de salud con los pretensos progenitores o con el donante de gametos o de embriones en un proceso de filiación por técnicas de procreación asistida.*"[264] Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos "*…el consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida.*"[265]

Los artículos 560 y 561 del Código Civil y Comercial de la Nación hacen referencia al consentimiento que debe existir cuando estamos en presencia de reproducción artificial. Así el primer artículo mencionado hace mención a que: "*El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este*

[263] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 459

[264] Basset, Úrsula C. El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. LA LEY 14/07/2015, 14/07/2015, 1 – LA LEY2015-D, 663. Cita Online: AR/DOC/2099/2015.

[265] Basset, Úrsula C. El consentimiento informado en el ámbito reproductivo: la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo de notables implicancias. Publicado en: Sup. Const. 2018 (Julio), 05/07/2018, 9 – LA LEY2018-C, 561 – DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 141 – RCyS2018-X, 3. Cita Online: AR/DOC/1116/2018.

consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.''[266]

Los centros de salud intervinientes en estos nuevos procedimientos médicos deben llevar el control de los consentimientos informados que prestan las personas que se sometan a estas prácticas médicas de reproducción asistida, tanto para quienes donen sus gametos, como para quienes lleven adelante el tratamiento.

El documento jurídico, consentimiento informado, debe volver a renovarse cada vez que los progenitores procedan tanto a la utilización de sus gametos, como así también al uso de los embriones que se encuentren criopreservados.

En cuanto a la naturaleza jurídica del mismo, presenta ciertas controversias como nuevamente aclara la Dra. Úrsula Basset: "*Está en la tensión de una encrucijada: de una parte, responde a los principios generales de los actos médicos (porque hay prácticas médicas involucradas en el proceso reproductivo). De otra parte, el nuevo Código hace pender de ese consentimiento médico la existencia de un nuevo ser humano, las modalidades en que será concebido y así un espectro de derechos y posibilidades futuras, un estado de familia y derechos personalísimos (identidad, nombre, derechos sobre el propio cuerpo) y patrimoniales, todos los cuales tendrán además incidencia en las generaciones futuras a través del parentesco jurídico que crea el derecho positivo (además de la selección de embriones implícita en todo tratamiento de reproducción asistida).*"[267]

Por lo tanto, el consentimiento informado al que nos referimos es un acto jurídico unilateral, cuya formalidad exige que se instrumente por escrito y mediante la certificación de firma ante Escribano Público o autoridad competente, que consiste en la exteriorización de la voluntad procreacional individual de la persona o conjunta con su pareja sobre la determinación de llevar adelante un proceso de reproducción humana con ayuda médica. De modo que, este documento implica una aceptación de un tratamiento médico perfeccionando un contrato médico por el cual se va a llevar adelante una técnica que intenta lograr un embarazo. Por otro lado, el consentimiento no deja de abordar implícitamente una cuestión tan humana como el derecho a la identidad y la filiación.

Acaso, resulte loable destacar que esta fuente filial trae aparejado un acto jurídico de carácter oneroso, cuestión que aprueba la existencia del documento al que nos referimos. Como se resalta en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado del Dr. Alterini: *"es un acto jurídico que formará parte de un contrato oneroso (que como veremos, es fuente total o parcial de una filiación); es necesario para los casos en que en el futuro haya que indagar sobre su posible nulidad, o sobre los daños que puedan sobrevenir en casos de daños en la procreación.*"[268]. Por lo tanto, debe establecerse un contrato medico por el cual se abona un canon para poder llevar adelante esa práctica médica artificial, a diferencia de la filiación por naturaleza o por adopción donde el acto jurídico que se celebra es gratuito, ya que no media ningún tipo de canon o retribución.

---

[266] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 17/02/2019)

[267] Basset, Úrsula C. El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. LA LEY 14/07/2015, 14/07/2015, 1 – LA LEY2015-D, 663. Cita Online: AR/DOC/2099/2015.

[268] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 480

Ahora bien, este contrato oneroso trae aparejadas grandes problemáticas, toda vez que se podría llegar a declarar la nulidad de este, lo cual generaría un conflicto si llegara a realizarse una vez conformado el embrión en la primera etapa del tratamiento. Nuevamente la Dra. Basset comenta esta problemática que puede presentarse y que también amerita la existencia del consentimiento:

"*Pero la ley prevé dos consentimientos: uno al momento del inicio del proceso reproductivo, uno segundo, antes de la utilización de los gametos. Cabe preguntarse si, ante el desdoblamiento del consentimiento para el proceso procreativo, el Código Civil y Comercial vislumbra un consentimiento que se forma progresivamente. El objeto y la causa del contrato procreativo es el de engendrar un ser humano que se quedará emplazado como hijo de los comitentes, aun cuando sea poco grato enunciar que un niño pueda ser objeto de un contrato. Verdad es que en la especie se trata de una obligación de medios, pero el objeto de la obligación de medios es el engendramiento de un niño. E incluso se discute la posibilidad de responsabilidad médica en caso de que el engendrado padezca malformaciones o patologías genéticas que pudieran haberse evitado con un diagnóstico preimplantacional y consecuente descarte, planteándose así la exigencia de un determinado estándar que reenvía a una cierta expectativa de los progenitores. Pero, la ley impone que, a pesar que desde el primer instante en que los progenitores de deseo consienten la practica tienen el único fin de iniciar un proceso procreativo que desembocará en un hijo, éstos puedan retractar o revocar ese consentimiento aun cuando el embrión a tal fin ya haya sido creado hasta el momento de la implantación.*"[269]

A su vez, la norma menciona cómo debe ser el consentimiento informado, estableciendo que el mismo deberá ser: "*previo"* es decir que se debe prestarse antes de someterse al proceso de técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Asimismo, deberá ser "informado" esta información versa tanto sobre los aspectos médicos como los legales, es decir se debe cumplir con el consentimiento médico que está establecido en la ley 26.529 juntamente con su decreto reglamentario 1089/2019, como así también, con los aspectos relacionados a cuestiones de filiación que resultan derivadas de las técnicas. Por último, dicho consentimiento debe ser "libre" es decir que el mismo debe ser prestado sin que existan de por medio ningún vicio de la voluntad, es decir coerciones, violencia o intimidación. Al respecto en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado del Dr. Alterini amplía la cuestión de los lineamientos para la adquisición de validez jurídica:

"*A grandes rasgos, la validez del consentimiento en cuanto acto jurídico requiere que: a) a fin de garantizar la libertad del acto jurídico, será responsabilidad del establecimiento de salud certificar la mayoría de edad y la capacidad prima facie de donantes y progenitores de deseo; b) para que el consentimiento sea prestado con discernimiento, quien lo preste deberá ser previamente informado del objeto del acto, de sus efectos, de los procedimientos e implicancias para el donante o para los progenitores de deseo (sobre todo en el caso de la mujer donante o la mujer que recibirá la implantación del embrión, por el impacto que tienen dichos tratamientos en la salud*

[269] Basset, Úrsula C. El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. LA LEY 14/07/2015, 14/07/2015, 1 – LA LEY2015-D, 663. Cita Online: AR/DOC/2099/2015.

física y psíquica de la mujer); c) el acto, para su validez, no deberá estar viciado de error, dolo o violencia."[270]

Resumiendo, el consentimiento que se debe prestar para realizar cualquier tipo de tratamiento médico de reproducción humana medicamente asistida; debe realizarse con carácter previo, entre personas mayores de edad y con pleno ejercicio para la realización de dicho acto jurídico. Además, este acto debe celebrarse con discernimiento y la persona interviniente debe ser previamente informada sobre las implicancias. Del mismo modo, el consentimiento no debería contener ninguna anomalía que pudiera provocar una futura discordia ~~puede contener ningún vicio de la voluntad;~~ como se expresa nuevamente en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado del Dr Alterini:

"*El consentimiento para la realización del proceso procreativo artificial tiene dos notas adicionales que lo extrapolan de la esfera de la autonomía de la voluntad contractual: a) versa sobre la creación de un ser humano en el futuro; b) ese ser humano quedará, parcialmente en virtud de ese consentimiento, emplazado como hijo de la persona que consiente.*"[271]

Por otro lado, el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación agrega información que en cierto punto ya hemos mencionado. En su parte in fine establece que deberá renovarse cada vez que se utilicen gametos o embriones.

"*A su vez, el artículo se refiere a gametos o embriones, de modo que si se crioconservó semen u óvulos, también será necesaria la renovación del consentimiento del titular de ese material; máxime, si se crioconservaron embriones de un matrimonio o pareja, será necesaria la renovación del consentimiento del miembro de la pareja aportante del semen y de la aportante del óvulo constitutivos del embrión, o del miembro de la pareja que aportó el semen o el óvulo, en el supuesto de que el otro gameto provenga de donante. Esto quiere decir que ante la falta de consentimiento de uno –o del que aportó el material en el supuesto de que el otro gameto provenga de donante- no podrá procederse a su utilización*"[272]

El artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación adjunta más formalidades específicas al consentimiento: "…*debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.*"[273]

Del articulado se desprende no solo la obligatoriedad de que en todos los procesos médicos relacionados con las técnicas de reproducción humana medicamente asistida se debe acompañar el consentimiento médico, sino también que el mismo debe ser

[270] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 486

[271] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 481

[272] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 472

[273] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 17/02/2019)

protocolizado ante escribano público o debe ser certificado ante la autoridad sanitaria que corresponda a la jurisdicción donde se produzca el tratamiento y/o donde se implante y/o donde nazca el niño.

Como se mencionó anteriormente, en el primer supuesto en donde dicho consentimiento debe ser protocolizado ante escribano público, el instrumento donde se manifieste el consentimiento informado debe ser realizado con las formalidades que exige la norma para los actos jurídicos, los mismos deben ser realizados por instrumento público, es decir, materializarse mediante una escritura pública, conforme lo establece el artículo 299 del Código Civil y Comercial de la Nación. En cambio, dicho consentimiento también puede ser certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente con el objeto de que sea de fácil acceso y de menor costo que una escritura pública realizada ante escribano público.

Ahora bien, que a pesar de que la norma en cuestión se encuentra vigente desde agosto de 2015 no se ha creado ley que regule dicha autoridad sanitaria; debería crearse una ley especial que regule quién sería la autoridad sanitaria (si puede otorgarse al propio centro médico dicha función o si el Estado creará una autoridad autártica para cada jurisdicción). Dicha ley no solo deberá contener el formulario mínimo del consentimiento informado, sino que también deberá plantear posibles soluciones a conflictos que se pueden traer aparejadas dichas técnicas respecto de casos por ejemplo de separación y/o divorcio vincular de las partes, muerte, hasta incluso incapacidad de alguna de las partes.

En relación con la filiación, en la parte in fine del artículo se mencionan cuestiones respecto a la voluntad procreacional; la misma puede ser revocada libremente antes de que se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión en el seno materno; cuestión que también distingue esta práctica artificial de la natural.

"*En la filiación por naturaleza no es posible que la "voluntad" de ser padre sea revocada. Sucede que el acto sexual se consuma en un plazo de tiempo que impide posibilidad de revocación alguna. Por el contrario, en las TRHA, que muchas veces suponen un proceso largo desde que se inicia el tratamiento hasta que se logra el embarazo, el consentimiento es esencialmente revocable hasta el momento de la implantación, siguiendo el criterio adoptado por la mayoría de leyes extranjeras*"[274]

Ahora bien, esta revocación trae aparejadas diferentes situaciones de no generar un estrecho vínculo jurídico de filiación entre la persona por nacer y el progenitor. Al respecto la citada la Dra Kelmermajer comenta:

"*Respecto del consentimiento requerido para la realización de la técnica en sí, el articulo 560 encarga al centro de salud interviniente el deber de reunirlo. Los requisitos que debe cumplir son:*

1) Ser informado, lo que supone que deberá revelarse toda la información relativa a la TRHA a realizarse y que la persona que la reciba comprenda dicha información;

2) Ser libre, lo cual, a pesar de suponer una redundancia puesto que uno de los elementos del consentimiento es la libertad, busca enfatizar la falta de vicios en la voluntad que han de tener las personas que elijan recurrir a estas técnicas; y

[274] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 474

3) Debe ser previo, es decir, anterior a la realización de la técnica.

Una vez prestado, el consentimiento deberá protocolizarse ~~por~~ ante notario o certificarse ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. Añade el artículo 560 que deberá renovarse el consentimiento cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones, lo cual se condice con la esencia revocable que el mismo reviste, conforme la última parte del artículo 561."[275]

Debemos tener en cuenta que existen dos tipos de consentimientos informados, uno en referencia a la utilización de gametos y el otro respecto de la utilización de embriones. Para nuestra postura, ambos no deberían poseer idénticas reglas ya que en el primer caso estamos en presencia de material genético, en el segundo, nos estamos refiriendo a un ser humano, es decir a una persona por nacer.

"*Otra alternativa es recurrir a nuestra propuesta, y entender que se trata de un consentimiento de formación progresiva, en la que las partes van consintiendo las diversas fases del proceso procreativo, pero ya ab initio acceden a la causa-fin: engendrar un hijo. Nos parece que esta interpretación es la más viable, más allá de que resulte contradictoria con una idea que pugna cada vez más en el derecho comparado, a saber: la de responsabilizar (responsabilidad procreativa, figura análoga a la responsabilidad parental no a la responsabilidad civil) a los comitentes por los procesos que desencadena el engendramiento de un ser humano.*"[276]

Ante el conflicto aludido, el profesional mencionado evidencia una loable salida también relacionada con la responsabilidad parental: un consentimiento de formación progresiva, que contemplaría una cuestión crucial, la conciencia de que, si el documento se revoca, el mismo estaría contemplando y diferenciando la presencia de un material genético, ante una potencial persona por nacer. En dicha ocasión, y si no se contempla este gran dilema que sobrepasa la ético, nos permitiríamos los siguientes interrogantes: ¿Cuál será el destino de esos embriones criopreservados?, ¿se los destruirá?, ¿se los dará en adopción para que otra pareja y/o persona los pueda utilizar?. Otro problema resulta factible:

"*Si la revocación supone la negativa a implantar embriones ya engendrados, hay que ver que sería una contradicción con el principio de responsabilidad parental. … como la persona humana comienza con la concepción (art. 1ª, Convención sobre los Derechos del Niño, art. 19, Código Civil y Comercial), un juez podría desatender la revocación ulterior del consentimiento o suplir su falta de renovación, toda vez que una vez que se consintió engendrar un hijo, los padres deben asumir las consecuencias.*"[277]

Ahora bien, una vez que se presta el consentimiento informado para la creación artificial de esos embriones, los comitentes adquieren responsabilidad parental respecto de esa potencial persona humana a quien la revocación dejaría en una total desprotección. Los embriones ante el eventual derogación; serían obligados a ser criopreservados, o

[275] Zabaleta, Daniela. La filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ElDial.com – DC1E34. Publicado el: 14/05/2015.

[276] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 499

[277] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 499-500

continuar preservados por tiempo determinado y/o indeterminado, o descartados, o podría ocurrir el cese de la criopreservación, o en el mejor de los escenarios que se dieran esos embriones en adopción para que puedan desarrollar su vida con otro u otros progenitores que quieran llevar adelante el proceso: "*El lapso de tiempo entre concepción e implantación, hace nacer una obligación del Estado de establecer un esquema de regulación en aras de proteger los intereses de la niñez que será eventualmente concebida, así como también de los embriones que pertenecen a la especie humana y que están criopreservados. Debe además proteger la paz de las familias, por todo lo cual lo ideal sería que la revocabilidad del consentimiento se hiciera coincidir con la última renovación antes de la utilización de los gametos.*"[278]

Consideramos que es el Estado el encargado de proteger jurídicamente la vida humana, en especial la de estos seres humanos que están totalmente desprotegidos por el ordenamiento jurídico. Entonces, el Estado debe encargarse de la protección de la vida de los embriones en general y especialmente de aquellos que se encuentran criopreservados que son los más vulnerables. Si bien se ha dado un gran paso considerando en el Código Civil y Comercial del 2015 al incorporar el consentimiento informado, acaso un eje fundamental de la bioética frente el respeto del principio de autonomía humano todavía falta legislar sobre los casos de crioconservación que conllevan a una futura filiación.

7.2.4.1 Contenidos mínimos de los distintos consentimientos informados

Como se ha mencionado anteriormente son varias las modalidades que se pueden llevar a cabo cuando estamos en presencia de una fertilización asistida, por lo tanto, habrá tantos consentimientos informados como partes o intervinientes realicen el acto jurídico. Por lo que encontramos los siguientes:

1. Consentimiento informado: criopreservación y almacenamiento de embriones. Pareja
2. Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con semen donado. Pareja.
3. Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con gametos de la propia pareja.
4. Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con semen donado. Persona sola.
5. Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos donados. Pareja.
6. Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos donados. Persona sola.
7. Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos de la propia pareja.
8. Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con gametos donados. Persona sola.
9. Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con gametos donados. Pareja.
10. Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con material propio. Pareja.

[278] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 500

11. Consentimiento informado: Procedimiento médico de donación de ovocitos.
12. Consentimiento informado: Procedimiento médico de donación de semen.
13. Consentimiento informado: Procedimiento médico de criopreservación y almacenamiento de gametos y/o tejidos reproductivos. Para casos de posible pérdida de capacidad procreacional (por problemas de salud, tratamientos o intervenciones quirúrgicas).

A continuación, se caracterizarán todos los consentimientos:

7.2.4.1.1 Consentimiento informado: criopreservación y almacenamiento de embriones. Pareja

Este es uno de los consentimientos informados más emblemáticos, porque estamos en presencia de una persona por nacer, como es el caso del o de los embriones que se van a criopreservar para un uso futuro.

En cuanto al objetivo de la criopreservación es la de "*mantener la viabilidad de los embriones frente a las siguientes indicaciones médicas: 1) evitar el descarte de embriones no transferidos, 2) disminuir la probabilidad de un embarazo múltiple, 3) brindar al paciente la mayor eficacia del tratamiento ya que los embriones criopreservados pueden ser transferidos en ciclos posteriores, 4) para lograr un próximo embarazo, reduciendo la necesidad de someterse a la estimulación ovárica y aspiraciones foliculares repetidas, 5) preservar la fertilidad, 6) disminuir el riesgo de síndrome de hiperestimulación ovárica. Adicionalmente, permite diferir la transferencia frente a hechos médicos o no médicos intercurrentes, ocurridos entre la punción y la misma.*"

Ahora bien, en cuanto a los aspectos legales mencionados en el documento escrito del consentimiento informado encontramos que el objeto de la criopreservación es la utilización de estos embriones en procedimientos de fecundación futuros, con el fin de lograr un embarazo conforme a lo estipulado en el artículo 59[279] del Código Civil y

[279] ARTICULO 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, 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) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por 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. Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos

Comercial de la Nación, artículo dedicado al consentimiento informado dentro del articulado de los derechos personalísimos.

Otro de los aspectos legales que se mencionan es el valor económico de ese almacenamiento en el centro de salud interviniente, el que debe ser soportado por la persona o personas que desean llevar adelante el proyecto parental; incluso este canon puede ser cubierto por el sistema de salud, dependiendo de cual fuera el caso. Además, del consentimiento informado se va a firmar un contrato que será anexo de este consentimiento, en donde se estipula el almacenamiento y criopreservación de los embriones supranumerarios. En el caso de incumplimiento en el pago del canon por la criopreservación, el centro médico deberá notificar fehacientemente el incumplimiento.

Algo que llama mucho la atención es que ante el incumplimiento del pago del canon y luego de ser notificado y de no haber respondido el requerimiento del centro de salud; con el consentimiento informado quedan permitidas alguna de las siguientes situaciones: a) que los embriones criopreservados sean donados a otra pareja/persona con fines reproductivos; b) que los embriones criopreservados sean donados con fines de investigación; c) que cese de la criopreservación de los embriones.

Las partes firmantes del consentimiento deberán discernir sobre las opciones mencionadas.

Sin embargo, esta parte es contradictoria con el objeto del consentimiento informado ya que el mismo intenta mantener la viabilidad de los embriones y evitar el descarte de los embriones transferidos. Por lo expuesto, entonces, entendemos que en caso de incumplimiento en el pago del canon por la criopreservación la empresa no podría darle opción a los progenitores en cuanto a que los embriones sean donados con fines de investigación y mucho menos el cese de la criopreservación, porque en estos dos casos se está atentando contra la vida de los embriones, tal como se ha mencionado a lo largo de todo el trabajo, estos embriones son seres humanos desde el momento de la concepción, y como tales gozan del derecho a la vida, desde el mismo momento en que fueron fecundados. Consideramos que una salida más ética podría ser donar o mejor dicho dar en adopción a esos embriones que se encuentran criopreservados para que otra persona o pareja puedan llevar adelante el embarazo.

Otro punto importante de considerar es que en el caso de discrepancia entre los pacientes firmantes el centro médico, no puede tener en cuenta la petición de uno solo de los pacientes y tampoco podrá aceptar un acuerdo de los progenitores respecto de los embriones que se hayan criopreservados que refiera fines económicos, o remita a intereses particulares para las partes.

Otro de los puntos ya tratados es la revocación del consentimiento; dicha cuestión resulta idéntica a la mencionada en el apartado anterior.

7.2.4.1.2 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con semen donado. Pareja.

En este tipo de consentimiento, se establece que el vínculo jurídico filial queda determinado por la voluntad procreacional, es decir que la persona nacida mediante esta

ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

técnica de reproducción va a tener filiación con aquellos progenitores que hayan prestado la voluntad procreacional, cuestión que se analizará en otro apartado.

Asimismo, manifiesta que no es posible la impugnación de la filiación respecto de los hijos que nazcan a raíz de este tratamiento médico conforme lo estipulado por los artículos 577 y 588 tercer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación a los cuales seguidamente nos referiremos.

Este tipo de tratamiento se realiza con donación de gametos masculinos, y se establece expresamente que la persona nacida no va a tener ningún vínculo filiatorio respecto del donante de esperma.

Además, a fin de proceder a la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas a la persona nacida mediante esta práctica, se necesitará el consentimiento informado que deberá estar debidamente protocolizado ante escribano público o ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción donde se va a proceder a la inscripción.

En cuanto a la revocación del consentimiento, pasa algo similar al anterior, se puede revocar el consentimiento hasta antes de efectuada la inseminación conforme lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. En el caso de querer revocar dicho consentimiento el mismo se debe realizar mediante medio fehaciente y por escrito ante el centro médico interviniente.

Respecto a la renovación del consentimiento se establece que el mismo debe renovarse cada vez que se lleve a cabo futuros tratamientos, por lo que solo será válido para ese tratamiento puntual.

Uno de los puntos más importantes es que él, la, las o los progenitores que lleven adelante esta técnica deberán hacerle saber a la persona nacida que fueron concebidos con donación de gametos, con el fin de salvaguardar su derecho a la identidad, derecho humano fundamental.

7.2.4.1.3 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con gametos de la propia pareja.

Al igual que en el consentimiento anterior, el vínculo jurídico filial queda conformado por la voluntad procreacional que prestan ambos progenitores y/o pacientes firmantes; la persona nacida mediante esta técnica de reproducción va a tener filiación con aquellos progenitores que tengan un proyecto parental conjunto.

Del mismo modo, se declara que no es posible la impugnación de la filiación respecto de los hijos nacidos consecuencia de esta práctica médica de acuerdo con lo determinado por el artículo 577 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Además, cuando se inscriba a la persona nacida en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas se deberá añadir el consentimiento informado que deberá estar protocolizado ante escribano público o ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

Respecto de la revocación del consentimiento, al igual que en el anterior, se puede revocar el documento hasta el momento de la realización de la inseminación en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. La revocación deberá ser realizada de manera fehaciente.

La renovación del consentimiento debe renovarse cada vez que se lleve a cabo una práctica médica, siendo solo válida para ese tratamiento.

7.2.4.1.4 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de baja complejidad con semen donado. Persona sola.

En este consentimiento, se crea un vínculo filial entre la persona nacida mediante esta técnica de reproducción humana medicamente asistida juntamente con la persona que ha prestado la voluntad procreacional, en el marco de un proyecto monoparental.

De esta manera, se menciona que no es posible impugnar la filiación respecto de los hijos que nazcan a raíz de este tratamiento médico conforme lo determinado por los artículos 577 y 588 tercer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación. Además, la persona nacida no va a tener ningún tipo de vínculo filiatorio con el o los donantes de gametos.

Se debe agregar que el documento debe estar certificado por autoridad sanitaria competente o por escribano público para que se pueda realizar la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Como en casos anteriormente citados, se puede revocar dicho consentimiento hasta antes de la implantación conforme lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. Si se revocara el consentimiento se lo debe hacer por escrito. También deberá ratificarse cada vez que se lleve a cabo futuros tratamientos de reproducción medicamente asistida.

Como se trata de un tratamiento de fertilización con donación de material genético de un tercero, una vez producido el nacimiento, el progenitor deberá informar a la persona nacida que su concepción se realizó con donación de gametos, toda vez que en estos tipos de tratamientos médicos se encuentra comprometido el derecho a la identidad.

7.2.4.1.5 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos donados. Pareja.

En este tipo de consentimiento, se crea un vínculo filial entre la persona nacida mediante esta técnica de reproducción humana medicamente y quienes llevan adelante un proyecto parental conjunto prestando voluntad procreacional.

No se admite la impugnación de la filiación respecto de los hijos que nazcan producto de la realización de esta técnica de acuerdo con lo prescripto en los artículos 577 y 588 tercer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación. Asimismo, no va a existir ningún vínculo legal filial entre la persona y el o los donantes de gametos.

Para llevar a cabo la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas se debe acompañar el consentimiento informado que debe estar previamente certificado por autoridad sanitaria competente o protocolizado ante escribano público.

Además, en este consentimiento, a diferencia de los anteriores, se menciona la cantidad de embriones a transferir que no pueden exceder de 1, 2 o 3 en casos excepcionales, y que dicha cantidad será decisión del o los profesionales intervinientes y/o del centro de salud, con el fin de lograr un embarazo adecuado y evitar embarazos múltiples como así también resguardar la salud de la madre gestante.

Otro punto en cuestión es que los pacientes firmantes deberán determinar si consienten que se inseminen un máximo de óvulos igual al número de embriones que se van a transferir al útero o si se van a generar embriones viables que no se deben transferir para evitar embarazos múltiples y resguardar la salud de la madre gestante. En este último caso, los embriones sobrantes serán criopreservados.

El documento también expresa que solo es válido para la generación de los embriones y para su inmediata transferencia. Si quedaran embriones sobrantes, y estos se criopreservaran, las partes deberán renovar dicho consentimiento antes de volver a llevar adelante un tratamiento, conforme lo dispuesto por artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este nuevo consentimiento será el que se deberá acompañar para la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el que deberá estar previamente, como se mencionara anteriormente, protocolizado o certificado conforme lo establecido en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Este consentimiento puede ser revocado hasta antes de efectuada la transferencia embrionaria conforme lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. En caso de revocación, deberá hacerse por escrito y se deberá notificar fehacientemente al centro médico interviniente manifestando expresamente la voluntad de no continuar con el tratamiento de fertilización asistida.

En el caso de embriones formados con material genético de un tercero, la donación puede ser anónima, no anónima o de persona determinada. Si se opta por una donación anónima de material genético no se podrán conocer los datos identificatorios del donante, pero sí los datos médicos en el caso de que se encuentre en riesgo la salud de la persona nacida. Los datos identificatorios solo podrán ser conocidos con expresa autorización judicial conforme lo establecido por el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El donante de gametos no podrá ejercer acción de filiación ni ningún reclamo jurídico respecto del niño nacido en concordancia con lo dispuesto por el artículo 577 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Como se trata de un tratamiento de fertilización con donación de material genético de un tercero, una vez que nazca la persona, por el hecho de que se encuentra comprometido su derecho a la identidad, el o los pacientes firmantes deberán hacerle saber a la persona nacida que su concepción se realizó con donación de gametos, conforme lo establecido en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

7.2.4.1.6 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos donados. Persona sola.

En este caso estamos en presencia de datos similares al consentimiento informado anterior de pareja; pero en este caso se determina un vínculo filial entre la persona nacida mediante esta técnica de reproducción humana medicamente y la personas que lleva adelante un proyecto monoparental que con anterioridad ha prestado su voluntad procreacional, de conformidad con lo establecido por el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

No es factible la impugnación de la filiación respecto de los hijos que nazcan producto de la realización de este tratamiento médico en virtud de lo prescripto en los artículos 577 y 588 tercer párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación. De este modo, la persona nacida no va a tener ningún vínculo legal filial con el o los donantes de gametos.

A fin de proceder con la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas se deberá anexar el consentimiento informado el que deberá ser previamente protocolizado ante escribano público o estar certificado por autoridad sanitaria competente.

Este consentimiento establece la cantidad de embriones a transferir, los que no pueden exceder de 1, 2 o 3, en casos excepcionales; cuestión que será decisión del o los profesionales intervinientes y/o del centro de salud considerando futuros riesgos.

También, la persona que lleve adelante el tratamiento será quien consienta que se inseminen un máximo de óvulos igual al número de embriones que se van a transferir al útero. Si se llegaran a generar embriones viables no transferibles a fin de evitar embarazos múltiples y resguardar la salud de la madre gestante, estos embriones sobrantes serán criopreservados.

Ese consentimiento sólo va a ser válido para la generación de los embriones y para su inmediata transferencia. Si quedaran embriones sobrantes, y estos se criopreservaran, la persona deberá renovar dicho consentimiento antes de volver a llevar adelante un tratamiento, conforme lo dispuesto por artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación, siento este nuevo documento el que acompañará la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Este nuevo consentimiento deberá estar protocolizado ante escribano público o certificado por la autoridad sanitaria conforme lo establecido en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Este documento puede revocarse hasta antes de que se realice la transferencia embrionaria en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7

y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. La revocación será en los términos mencionados en los consentimientos anteriores.

Si los embriones se crearan utilizando material genético de un tercero, la donación puede ser anónima, no anónima o de persona determinada. Si se optara por una donación anónima de gametos no se conocerán los datos identificatorios del donante, pero si los datos médicos siempre y cuando se encuentre en riesgo la salud de la persona nacida. Los datos identificatorios del o los donantes solo podrán ser revelados mediante una autorización judicial conforme lo establecido por el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

No se admite que el donante de material genético ejerza ningún tipo de acción de filiación ni reclamo judicial respecto del niño nacido de acuerdo con lo establecido en el artículo 577 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La persona que lleva adelante dicho tratamiento médico tiene el deber de informar a la persona nacida que su concepción se ha realizado con material genético de un donante, toda vez que se encuentra en juego el derecho a la identidad de la persona, tal lo establecen los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

7.2.4.1.7 Consentimiento informado: Tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad con gametos de la propia pareja.

El vínculo filial queda determinado entre la persona nacida mediante esta técnica de reproducción humana medicamente y la pareja que llevan adelante un proyecto parental conjunto en virtud de los normado en el artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

No es admisible la impugnación de la filiación de los hijos nacidos como consecuencia de la realización un tratamiento médico de fertilización asistida conforme lo estipulado en el artículo 577 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Conforme lo dispuesto por el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación, con el fin de proceder a la inscripción del nacimiento de la persona en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas se deberá acompañar el consentimiento informado el cual previamente deberá ser certificado por autoridad sanitaria competente o protocolizado por ante escribano público.

Además, se indica que no se podrán transferir más de 1, 2 o 3, en casos excepcionales, embriones y que serán los profesionales intervinientes y/o del centro de salud interviniente quienes determinen la cantidad de embriones a transferir con el objeto de lograr un embarazo adecuado y soslayar embarazos múltiples y proteger la salud de quien lleva adelante el embarazo.

Conjuntamente, la pareja deberá establecer si autorizan que se inseminen un máximo de óvulos igual al número de embriones que se van a transferir al útero o si se van a generar embriones viables que no se deben transferir, pero que deberán quedar criopreservados para un uso posterior.

Dicho consentimiento solo tendrá validez para la concepción de los embriones y para su inmediata implantación. Si hubiera embriones sobrantes, los mismos se van a crioconservar, por ende, la pareja deberá renovar dicho consentimiento antes de volver a utilizar estos embriones que se encuentran criopreservados, conforme lo dispuesto por

artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación. Conforme lo establecido en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación, este consentimiento, que se prestó para la utilización de los embriones, se deberá acompañar cuando se realice la inscripción del nacimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Acorde con lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación este consentimiento puede ser revocado hasta antes de efectuada la transferencia embrionaria. En el caso que se llevara a cabo la revocación del consentimiento, se deberá notificar fehacientemente al centro médico por escrito en donde se manifestará la voluntad de la pareja de no continuar con el tratamiento y, por consiguiente, la revocación del consentimiento informado.

7.2.4.1.8 Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con gametos donados. Persona sola.

A diferencia de lo que pasaba con los consentimientos descriptos anteriormente, este consentimiento se refiere al descongelamiento de embriones que ya se encontraban generados y criopreservados para su posterior uso y la regulación de la transferencia embrionaria.

En cuanto a las etapas de este procedimiento médico, que se va a llevar a cabo luego de firmado dicho consentimiento, encontramos: a) descongelamiento: "*es el procedimiento mediante el cual uno o más embriones criopreservados y almacenados en nitrógeno líquido son sucesivamente hidratados y llevado a temperaturas fisiológicas para luego ser transferidos. Se realiza por métodos lento o ultrarrápido (desvitrificación).*", b) preparación endometrial y c) transferencia embrionaria.

El descongelamiento de los embriones trae aparejado un riesgo, ya que puede ocurrir que haya embriones que no sobrevivan luego de este descongelamiento; por lo que en el caso que ninguno de los embriones que se encuentren criopreservados sobreviva, no se podrá llevar a cabo la transferencia embrionaria. Además, puede pasar que no se hayan logrado embriones viables para poder transferir por lo que también se deberá suspender la transferencia.

En cuanto a los aspectos legales de este documento, difiere en algunos puntos de los ya mencionados. Primeramente, se debe prestar el consentimiento respecto del descongelamiento de los embriones que han sido creados con anterioridad y que se encontraban criopreservados, con el fin de llevar adelante el procedimiento médico de transferencia embrionaria.

Se estipula que se le van a transferir los embriones a la persona que en un marco de proyecto monoparental ha prestado previamente su consentimiento informado a fin de someterse a un tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad, con el fin de lograr un embarazo. Respecto de la filiación, se establece que la determinación de la filiación ya ha sido informada y comprendida con anterioridad, al momento de la celebración del consentimiento informado anterior.

Igualmente, se comunica que no se podrán transferir más de 1, 2 o 3, en casos excepcionales, embriones y que serán los profesionales intervinientes y/o del centro de salud quienes determinen la cantidad de embriones a transferir con el objeto de lograr un embarazo adecuado y soslayar embarazos múltiples y proteger la salud de quien gesta.

En cuanto a la renovación del consentimiento, se menciona que el mismo sólo es válido para el procedimiento médico de transferencia embrionaria, ya que este es parte de una etapa del tratamiento médico de reproducción humana medicamente asistida del cual ya ha prestado el consentimiento informado correspondiente, por lo que conforme con lo establecido en el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación, este documento se presta a los fines de poder llevar adelante la inscripción del nacimiento por ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el que conforme lo dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación debe contar con la protocolización o certificación previa.

Se puede revocar hasta antes de efectuada la transferencia embrionaria acorde con lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. En el caso de que no se desee continuar con el procedimiento de transferencia embrionaria se deberá notificar fehacientemente al centro médico por escrito en donde se manifestará la voluntad de la persona de revocar el consentimiento.

En este caso, los embriones fueron fecundados con gametos donados, es decir que los mismos pueden provenir de una donación anónima, no anónima o de persona determinada. Si se hubiera optado por una donación anónima de gametos no se conocerán los datos identificatorios del donante, pero sí los datos médicos cuando se encuentre en riesgo la salud de la persona nacida. Conforme lo establecido por el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación, los datos identificatorios del o los donantes solo podrán ser revelados mediante autorización judicial.

A su vez, no es admisible que el donante de material genético ejerza ningún tipo de acción de filiación ni reclamo judicial respecto del niño nacido de acuerdo con lo establecido en el artículo 577 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La persona que lleva adelante dicho tratamiento médico tiene el deber de informar a la persona nacida que su fecundación se produzco con material genético donado, por lo que está obligado a informar esta situación toda vez que se encuentra en juego el derecho a la identidad de la persona, conforme lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

7.2.4.1.9 Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con gametos donados. Pareja.

Este consentimiento resulta ser similar al descripto en el apartado anterior; la única diferenciación es que quienes se sometan a la práctica médica será una pareja.

Al igual que el consentimiento informado anterior, este alude al descongelamiento de embriones generados con anterioridad. En este caso esta transferencia de embriones será hacia aquella persona que tiene un proyecto parental conjunto y siempre y cuando

hayan prestado anteriormente su consentimiento informado a fin de someterse a este tratamiento médico de reproducción asistida.

Si se quisiera revocar el consentimiento, el mismo se debe hacer de manera fehaciente, por escrito y se deberá manifestar la voluntad expresa de revocar el consentimiento y no continuar con el tratamiento.

Tal como pasaba en el consentimiento descripto en el apartado anterior, si la fecundación se produce con gametos donados no se darán a conocer los datos filiatorios de los donantes, salvo que esté en riesgo la salud de la persona nacida producto de estas técnicas, ya que en este caso si se permite revelar los datos médicos de los donantes.

La pareja que logre tener un hijo producto de esta técnica de reproducción tiene el deber de informar a la persona nacida que su fecundación se llevó a cabo con material genético donado, toda vez que se encuentra comprometido el derecho a la identidad de la persona, conforme lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

7.2.4.1.10 Consentimiento informado: Procedimiento médico de descongelamiento y transferencia embrionaria con material propio. Pareja.

Este tipo de consentimiento informado refiere al descongelamiento de aquellos embriones de material propio de la pareja, que se encontraban criopreservados. El objeto también será ser utilizados luego de su fecundación y regular la transferencia embrionaria.

También se menciona que las etapas de este procedimiento médico son: a) descongelamiento, b) preparación endometrial y c) transferencia embrionaria; y si el descongelamiento trae aparejado un riesgo respecto de la no supervivencia de los embriones se cancelará la transferencia embrionaria.

Primeramente, se presta el consentimiento para proceder a descongelar a los embriones que se encuentran criopreservados para poder llevar adelante un tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad. Se llevará adelante la gestación en el marco de un proyecto parental conjunto.

En cuanto al uso de los embriones se informa acerca de la cantidad que se podrán transferir, que será 1, 2 o 3, en casos excepcionales. Como en casos anteriores, los profesionales intervinientes y/o del centro de salud serán quienes tomen la decisión de cuántos embriones se van a transferir con el objeto de lograr un embarazo, con el fin de evitar embarazos múltiples y, además, resguardar la salud de la madre gestante.

Se deberá renovar el consentimiento para que se pueda realizar la transferencia embrionaria. Conforme lo dispuesto por el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación, este consentimiento, que ha sido renovado, se acompañará al momento de realizar la inscripción del nacimiento por ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, debiendo ese consentimiento estar previamente protocolizado ante escribano público o certificado ante autoridad sanitaria competente.

El consentimiento informado se puede revocar hasta el momento previo de que se efectué la transferencia embrionaria, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en

especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. En cuanto a la forma que se exige para la revocación, la misma se debe realizar por escrito y mediante medio fehaciente, en donde se notificara al centro de salud la voluntad expresa de la pareja de revocar el consentimiento y de no llevar adelante la transferencia embrionaria.

7.2.4.1.11 Consentimiento informado: Procedimiento médico de donación de ovocitos.

Este consentimiento es el que firma una mujer que desea donar sus ovocitos con el propósito de que los mismos sean donados a una persona y/o pareja con el fin de que sean utilizados en tratamientos de reproducción humana medicamente asistida con el objeto de lograr un embarazo.

Resulta importante que el donante de ovocitos informe todos sus antecedentes médicos (personales y/o familiares) porque esto reviste relevancia respecto al riesgo genético o malformaciones de la persona nacida con estas prácticas

Asimismo, deberán notificar si han realizado previamente otra donación y en caso afirmativo deberán indicar dónde y cuándo.

Para la extracción de ovocitos, las mujeres se encuentran expuestas a la aplicación de fármacos de estimulación de la ovulación, por lo que deberán informar al equipo médico cualquier error que se produzca de manera eventual en la aplicación de dichos medicamentos.

Como tanto la estimulación ovárica como la extracción de ovocitos acarrean riesgos para la salud, no se podrán someter a más de seis procedimientos de estimulación que tengan como objetivo ser donados.

Recibirán una compensación económica por la donación de ovocitos, la que tendrá como único propósito compensar aquellas molestias físicas que fueron ocasionadas como consecuencia del tratamiento, como así también los gastos de movilidad, laborales que deriven de la donación.

Al igual que lo que ocurría con los consentimiento anteriores, la mujer que dé en donación ovocitos podría revocar el consentimiento siempre que los ovocitos se encuentren disponibles, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En cuanto al carácter de la donación la misma puede ser anónima, no anónima o a persona determinada. Si la donación es anónima no será revelada a la persona que nace ni a la persona y/o pareja que llevan adelante el tratamiento la identidad del donante. Cabe agregar que los datos médicos podrían ser conocidos por la persona nacida mediante este procedimiento, pero no los datos identificatorios, excepto que mediare autorización judicial, tal como lo estipula el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, no existirá ningún vínculo jurídico entre el donante y la persona nacida, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales tal como lo establece el artículo 575 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El donante de material genético tampoco podrá ejercer ningún tipo de acción de filiación ni reclamo judicial respecto del niño nacido, en virtud del artículo 577 del Código Civil y Comercial de la Nación.

7.2.4.1.12 Consentimiento informado: Procedimiento médico de donación de semen.

Este consentimiento es el que firma un hombre con el fin de que se obtengan muestras de semen para ser criopreservadas y posteriormente donados a una persona y/o pareja con el fin de que sean utilizados en tratamientos de reproducción humana medicamente asistida con el objeto de lograr un embarazo. Una vez que la muestra se obtenga, se le realizarán los estudios correspondientes con los cuales se evaluará la idoneidad, pudiendo ser descartada la muestra.

Como en el caso del donante de ovocitos, se deberá informar todos los antecedentes médicos (personales y/o familiares) ya que resultarán de relevancia para la evaluación de posibles riesgos genéticos o malformaciones de personas nacidas como consecuencia de este procedimiento médico. Además, deberá notificar si previamente se ha realizado otra donación y en caso afirmativo deberá señalar dónde y cuándo.

Los donantes recibirán una compensación económica por aquellas molestias físicas ocasionadas, gastos de desplazamiento y laborales que deriven de la donación, sin suponer que esta compensación es un incentivo económico.

El donante podría revocar el consentimiento siempre que los espermatozoides se encuentren disponibles, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Al igual que lo que ocurre con la donación de ovocitos, la donación de esperma puede ser anónima, no anónima o a persona determinada. Si la donación es anónima no será revelada a la persona que nace ni a la persona y/o pareja que llevan adelante el tratamiento la identidad del donante. Por otro lado, comprende que se le podrían dar a conocer sus datos médicos a la persona nacida mediante este procedimiento, pero no sus fatos identificatorios, excepto que mediare autorización judicial, tal como lo estipula el artículo 564 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, no existirá ningún vínculo jurídico entre el donante de esperma y la persona nacida, salvo en aquellos casos en que se encuentren en riesgo los impedimentos matrimoniales conforme lo estipulado en el artículo 575 del Código Civil y Comercial de la Nación. Además, no podrá ejercer ningún tipo de acción de filiación ni reclamo judicial respecto del niño nacido, en virtud del artículo 577 del Código Civil y Comercial de la Nación.

7.2.4.1.13 Consentimiento informado: Procedimiento médico de criopreservación y almacenamiento de gametos y/o tejidos reproductivos. Para casos de posible pérdida de capacidad procreacional (por problemas de salud, tratamientos o intervenciones quirúrgicas).

En este consentimiento lo que se produce es la criopreservación de los gametos en nitrógeno líquido para su posterior uso. "*El objetivo de la criopreservación es preservar la viabilidad futura de las gametas masculinas o femeninas y/o tejidos reproductivos, frente a adversas situaciones médicas.*"

En cuanto a los aspectos legales de este documento remite al objeto de la criopreservación que es permitir la utilización de los gametos en tratamientos de reproducción humana medicamente asistida futuros para la consecución de un embarazo de conformidad con el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento del tratamiento de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley Nº 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida y el Decreto Reglamentario Nº 956/2013, en especial el articulo 7 y lo también dispuesto en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta revocación de consentimiento debe realizarse por escrito y de manera fehaciente ante el centro médico interviniente.

7.2.4.2 Distintas variantes del consentimiento informado

En el apartado anterior hemos mencionado todos los consentimientos informados que podemos encontrar, ahora bien, resulta menester tener en cuenta quien o quienes prestan el consentimiento debido a que esta cuestión trae consecuencias a la hora de determinar el vínculo filiatorio entre la persona nacida y aquellos que prestan consentimiento y voluntad procreacional.

7.2.4.2 .1 Consentimiento del donante

Si se trata de un consentimiento que presta un donante de gametos ya sea masculino o femenino en este mismo se debe autorizar la utilización de esos gametos con fines reproductivos o con fines de investigación. A nuestro criterio, se debería prohibir la utilización de embriones con fines de investigación, pero en el caso de los gametos podría llegar a darse la situación que los mismos sean utilizados para investigación. En el Código Civil y Comercial de la Nación comentado del Dr. Alterini se explica al respecto:

"*Tanto si se trata de un donante masculino (esperma) como de una donante femenina (ovocitos), el consentimiento deberá estar integrado con la información requerida en el art. 59 para los actos médicos (ver sección precedente). Especialmente, si se trata de una mujer, deberán prevenirse con información precisa y adecuada, cuáles serán los efectos de la hiperestimulación ovárica, así como las molestias y efectos colaterales de los tratamientos de aspiración de ovocitos. En ambos casos la información previa deberá contener, para no tornar nulo el acto jurídico, información acerca del derecho de los niños de acceder al conocimiento del donante (cfr. Art. 564). Sería de buena práctica, además incluir una transcripción de los arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, para evitar los juicios que puedan hacer en el futuro los donantes que hubieran querido donar anónimamente, y prestaron el consentimiento pensando que el establecimiento de salud tenía potestad de garantizar ese anonimato,*

siendo que el derecho internacional de los derechos humanos prevé mecanismos para impugnar las cláusulas de anonimato, y que por otra parte, los actos jurídicos entre el donante y el establecimiento, en la medida en que afecten sus derechos personalísimos, no le son oponibles a los niños concebidos (art. 279, Código Civil y Comercial)."[280]

Por lo tanto, al momento de prestar y firmar el consentimiento informado los donantes deberán ser informados precisa y adecuadamente de cuáles serán los efectos de la donación, en especial en el caso de las mujeres, las que deberán someterse a una hiperestimulación ovárica. También, se deberá mencionar en el consentimiento, cuáles son los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica de conocer su verdadera identidad, lo que se analizará más adelante, ya que no debe prevalecer el derecho al anonimato del donante por sobre el derecho a la identidad de la persona nacida.

7.2.4.2.2 Consentimiento de la mujer

El consentimiento informado que presta la mujer es el consentimiento más importante toda vez que la filiación va a estar determinada por la maternidad, ya que nuestro ordenamiento jurídico basa la determinación de la maternidad en el parto, por lo que resulta irrelevante, entonces, la procedencia de los gametos, aunque esto traiga consecuencias en cuanto a la identidad de la persona nacida producto de estas nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Nuevamente, en el mismo Código comentado se explica: "*Es decir que la filiación del niño concebido por técnicas respecto de la gestante se determina por dos fuentes jurídicas concurrentes: dar a luz (hecho jurídico) + haber prestado el/los consentimientos (acto jurídico).*"[281]

Ahora bien, ¿qué ocurriría si faltara alguno de los consentimientos exigidos por la norma? En este caso se aplicaría la regla de la filiación por naturaleza y la maternidad quedaría determinada por el parto. Pero si se trata de un niño nacido mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida presentaría grandes inconvenientes filiatorios, ya que una persona debe tener una filiación y si no se estipulara que fue mediante estas nuevas tecnologías, el hijo siempre podría impugnar la filiación. "*Respecto del hijo, éste tiene vedadas las acciones filiatorias solo si su filiación se determina como en las técnicas de reproducción humana asistida (art. 588). Si falta el consentimiento, o éste no es previo, libre o informado, la situación varía diametralmente: se le abren las puertas de todas las acciones. Ni bien se produce la determinación por la vía de la filiación por naturaleza, aunque se den los mismos presupuestos de hecho (niño engendrado en un centro de salud), la filiación por naturaleza le hace renacer en plenitud sus derechos subjetivos de estado. Son las paradojas que ponen en severa crisis el principio de igualdad o unidad de las filiaciones.*"[282]

Por lo tanto, existe una notoria diferencia entre aquellas personas que tengan filiación por naturaleza de aquellas que tengan filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida, pues, las primeras pueden ejercer acciones de impugnación de filiación, como así también reclamar acciones filiales. En cambio, las

[280] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 488

[281] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 490

[282] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 491

segundas, no pueden realizar ninguna acción filiatoria ya que su filiación se encuentra determinada por las técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

7.2.4.2.3 Consentimiento del marido

Cuando nos referimos al consentimiento que presta el marido nos encontramos que puede haber más de una variante. La primera variante se daría cuando este aporte el material genético propio, es decir quien autoriza que se produzca una fecundación homóloga donde se utiliza su propio semen para lograr el embarazo de su mujer.

Existe otra variante posible que es cuando para la fecundación se necesita donación de semen, en este supuesto el marido debe prestar el consentimiento para que se realice dicha técnica y para asumir la paternidad de la persona que nazca producto de esta técnica, toda vez que lleva junto con su esposa un proyecto parental en conjunto, prestando ambos cónyuges la voluntad procreacional.

Otra de las variantes que pueden presentarse es que se le implante a su mujer un embrión que ya se encontraba criopreservados. Es decir que "*si se trata de un embrión de la misma pareja, entonces será para que éste sea implantado. Si se trata de un embrión engendrado por otras personas, entonces el consentimiento contendrá además una cláusula de asunción de la paternidad en forma irrevocable de ese embrión.*"[283]

Ahora bien, este consentimiento nos trae grandes interrogantes, ya que como hemos dicho anteriormente, los consentimientos pueden ser revocados antes de la implantación de los embriones, entonces ¿qué pasaría si el marido decide revocar el consentimiento? La Dra. Úrsula Basset informa: "*El texto del Código Civil y Comercial ha implementado este triple sistema de compuertas para dar respuesta precisamente a un caso en que la Justicia ordenó la implantación de embriones crioconservados en una mujer, que se encontraba en un proceso de divorcio contradiciendo así la negativa del marido. Se sostuvo que en el derecho argentino se es persona desde el comienzo de la existencia (lo que la Corte Suprema de Justicia ha entendido como "la unión de los gametos"), y que por lo tanto esos embriones crioconservados respecto de los cuales había un vínculo genético entre el padre y el hijo, eran tan hijos como cualquier otro concebido dentro del vientre materno. Y que el progenitor no tenía un derecho a no ser padre, puesto que, para el derecho argentino, ya era padre, puesto que los embriones ya habían sido engendrados.*"[284]

En este caso puntual, la justicia se refiere al caso de los embriones que se encontraban criopreservados, entendiendo que la voluntad procreacional se había prestado al momento del inicio del tratamiento, y que una vez que los embriones fueron concebidos, los mismos son personas por nacer, y como tal gozan de todos los derechos intrínsecos de las personas. Entendemos, que distinto hubiera fallado la justicia si en vez de estar en presencia de embriones, estábamos en presencia de material genético. En cuanto a la última hipótesis no tienen impacto moral ni jurídico como sí lo tienen los embriones humanos que se encuentran criopreservados para un uso posterior. En el comentario del Código Civil señala el autor ya citado: "*Una vez fecundados los*

[283] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 491

[284] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 493-494

embriones, se trata de seres humanos y no ya de gametos de los padres, de los cuales éstos pueden disponer (con las limitaciones del art. 18). Desde luego, cabe discutir si esos seres humanos son o no personas humadas. Pero no cabe discutir que son "seres" pertenecientes a la "especie humana" (indudablemente se trata de un ser viviente, cuya conformación cromosomática solo puede indicar la pertenencia a la especie humana, y que tiene autonomía suficiente para desarrollarse hasta el nacimiento si es colocado en el ámbito adecuado a tal fin y cuyo desarrollo está impedido por circunstancias exógenas propiciadas por un agente externo)."[285]

Hemos mencionado a lo largo de la presente investigación que los embriones humanos una vez fecundados son seres humanos, y por lo tanto personas por nacer para nuestro ordenamiento jurídico, y como tales gozan de todos los derechos humanos inherentes a las personas, en especial el derecho a la vida. Por consiguiente, a nuestro entender, la postura adoptada por la justicia argentina que venimos exponiendo en este apartado es la correcta, ya que la voluntad procreacional al ser prestada al momento de llevar adelante la concepción, permite la continuidad de la vida humana.

Por lo tanto, una vez que una persona se somete a algún tipo de tratamiento de reproducción humana asistida y presta su consentimiento informado está asumiendo responsabilidad procreativa, por lo que se deberá hacer cargo del embrión.

Puede ocurrir también, que estemos en el caso de que el embrión fuera creado con donación de esperma y que el cónyuge o conviviente solo haya prestado el consentimiento informado logrando de esta forma la paternidad respecto al posible nacimiento. En este caso, si el cónyuge se opusiera a la implantación, al no estar genéticamente vinculado a pesar de haber firmado su voluntad procreacional, la mujer podría iniciar una acción judicial con el fin de que se la autorice a implantar el embrión criopreservado ya que funcionaría como una fecundación heteróloga, debido a que para este tipo de fecundación no se requiere el consentimiento del marido.

7.2.4.2.4 Consentimiento del varón no casado

En este caso el consentimiento del varón no casado opera en forma análoga al reconocimiento (arts. 570/575). Es decir que, el consentimiento podrá ser revocado hasta que se implanten los embriones que se encuentran criopreservados en el útero materno, sin embargo, el reconocimiento es irrevocable, por lo que entendemos que el consentimiento tiene menos firmeza que el reconocimiento. Al respecto se cuestiona:

"*Cabe preguntarse qué sucede si la omisión del segundo consentimiento puede ser suplida por alguna de las formas de reconocimiento previstas en los arts. 571-574. Entendemos que no cabe objeción alguna. Al menos, no la hay en la redacción expresa de las normas, siendo que en muchas otras instancias el legislador ha sido celoso en repetir interdicciones de ejercicio de los derechos subjetivos familiares cuando se trata de filiaciones por técnicas. El hijo respecto del cual no se prestó oportunamente consentimiento puede ser reconocido por instrumento público o privado, por expediente*

[285] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 494

registral o por testamento. En este sentido, el Código Civil y Comercial conserva la amplitud de vías de reconocimiento para favorecer al hijo y su emplazamiento."[286]

Lo cierto es que el consentimiento informado requiere de una formalidad específica, no basta con que solo sea celebrado mediante instrumento privado, ya que requiere que el mismo se encuentre protocolizado ante escribano público o certificado por autoridad sanitaria competente. Se equipara al consentimiento del varón no casado con aquellos hijos extramatrimoniales. En este caso se podría llegar a dar una incongruencia teniendo en cuenta que en el caso de los niños extramatrimoniales se podría suplir el consentimiento con el reconocimiento posterior.

7.2.5 Voluntad procreacional

Tal como se mencionó anteriormente, el avance tecnológico y la implementación de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida han traído distintos supuestos a la filiación, sobre todo respecto al concepto de "voluntad procreacional". El Dr. Jorge Lafferriere en *Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil* refiere*:*

"*La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de un vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.*"[287]

La misma se encuentra legislada en el Código Civil y Comercial de la Nación en el "*ARTICULO 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 gametos*."[288]

Por lo tanto, de lo antedicho se desprende que no existe un único requisito biológico para la filiación como estipulaba el antiguo Código, la concepción en el seno materno. Desde su modificación puede haber concepción fuera del seno materno y muchas veces con la existencia de más de dos progenitores basta que sean donantes de gametos y presten su voluntad procreacional.

Al respecto cometa la Dra. Mercedes Ales: "*El principio de voluntad procreacional que ha sido consagrado en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. Parte de la premisa de que el presupuesto de veracidad material es necesario pero insuficiente para determinar el vínculo jurídico de paternidad, ya que una comprensión cabal de la*

---

[286] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 498

[287] Lafferriere, Jorge Nicolás. *Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil* 2012. ElDial.com – DC18C8, Publicado el: 24/04/2012

[288] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 19/04/2019)

juridicidad de este lazo encuentra fundamentos también en las consideraciones de tipo social y afectivo que el ordenamiento legal toma en consideración. En esta línea de argumentación, admitir las consecuencias de la paternidad y maternidad plenas por el simple dato de la derivación biológica prescindiendo de las relaciones que dieron origen a la generación no se condice con un régimen de filiación guiado por los principios de interés del menor e igualdad. Pero si entendemos que la filiación no es consecuencia sine qua non del hecho de la generación, entonces podríamos establecer que el hecho generador de la filiación es la imputación que hace la ley de ciertos efectos a un negocio jurídico, como el consentimiento del marido a la fecundación heteróloga y que es solo lo que fija la filiación."[289]

La diferencia fundamental con la filiación por naturaleza resulta que en esta última ambos progenitores pertenecen a la misma categoría, incluso presentan su consentimiento en el mismo momento. Cuando estamos en presencia de técnicas de reproducción humana asistida encontramos que dentro de este proceso las personas que intervienen lo hacen dentro de categorías diferentes. En principio los padres se denominan "voluntarios y legales" y son aquellos que inician el proceso de reproducción artificial porque desean formar una familia; a su vez, en algunos casos intervienen "donantes de gametos", que son aquellos que aportan su material genético y también deben prestar su voluntad procreacional, la "madre receptora del óvulo", que generalmente es la madre biológica y en algunos casos, que a pesar de que no se encuentre regulado la justicia cada vez con mayor frecuencia acepta esta intervención, encontramos a la "madre sustituta" que es la encargada de llevar adelante el embarazo. Si bien muchas veces estamos en presencia de muchas de estas personas encontramos un vínculo filial distinto con la persona nacida producto de estas técnicas. Es decir, entonces, que la determinación de la paternidad y maternidad va a estar basada en la voluntad que presenten los progenitores al realizar esta técnica de reproducción humana asistida.

Como sostiene la Dra Kelmelmajer de Carlucci: "*De esta manera, desde la procreación asistida, lo biológico ya no comprende lo genético, ni lo genético comprende lo biológico. Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se observan tres criterios perfectamente diferenciados: genético, biológico y voluntario, que a su vez dan lugar a tres verdades: la verdad genética, la biológica y la voluntaria.*

Verdad genética: según ésta, el elemento determinante en la paternidad y/o maternidad es el genético. Es un puro reduccionismo genetista. Para esta verdad, lo relevante es haber aportado el material genético.

Verdad biológica: se basa en el vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, que va más allá del aporte genético. La verdad biológica importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo con el nacido. En la procreación por medios naturales, el vínculo biológico respecto de la mujer implica haber aportado la gestación, mientras que respecto del hombre el vínculo biológico se presenta con aquel que fecundó a la mujer a través del coito.

[289] Ales Uría, Mercedes. ¿*Voluntad procreacional o derecho al hijo?* Publicado en: DFyP 2019 (mayo), 10/05/2019, 244. Cita Online: AR/DOC/2797/2018.

Verdad voluntaria o consentida: la filiación queda determinada por el elemento volitivo, es decir, el requisito determinante de la filiación es la voluntad."[290]

Entonces, se puede mencionar que puede coincidir o no el material genético con el biológico, pero quien va a tener vinculo filial con el nacido por estas técnicas es quien ha decidido llevar adelante el embarazo, es decir quien ha ansiado formar esa familia. Es decir, quien presta su voluntad procreacional, o sea su voluntad de formar una familia y de tener un hijo, es quien va a determinar la filiación y no aquel que aporte su material genético. A su vez, esta voluntad procreacional está íntimamente relacionada con el consentimiento previo, libre e informado (explicado en el apartado anterior) y que será el único vínculo jurídico con la persona nacida como se sostiene el citado Código Civil y Comercial de la Nación comentado del Dr. Alterini:

"*Así es que la voluntad procreacional sirve para ser causa corriente o exclusiva del vínculo jurídico entre el otro progenitor y el niño concebido por técnicas de reproducción asistida. Es decir que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad, dado que la maternidad se determina por el vientre, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito en donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores del deseo.*"[291]

Cabe agregar que dicha voluntad procreacional no solo se refiere a parejas casadas, sino a todas aquellas personas que tengan la voluntad de ser padres, entre ellos: matrimonios, convivientes, incluyendo parejas homosexuales y personas solas. Es decir, que cualquier persona que tenga voluntad procreacional puede ser padre. Cabe aclarar que en parejas del mismo sexo no solo basta con la voluntad procreacional, muchas veces se va a necesitar de donantes de gametos o incluso de una madre sustituta.

"*Tratándose de parejas integradas por dos mujeres, éstas recurrirán a la inseminación artificial o a la fertilización in vitro con óvulos propios o de la otra mujer –método conocido por las siglas ya mencionadas ROPA (Recepción de Óvulos de la Pareja)–, o de un donante, y en todos los casos el semen será proporcionado por un donante. En cambio, por razones biológicas, tratándose de una pareja del mismo sexo conformada por dos hombres, necesariamente se debe recurrir a la gestación por sustitución, cuestión que por su especialidad y complejidad amerita un análisis particular y, precisamente, por ello el Proyecto de Código lo regulaba de manera autónoma con ciertas reglas propias aunque, como se verá, fue eliminado.*"[292]

Respecto al vínculo filial que se establece en aquellos casos en que la persona nazca producto de la voluntad procreacional de una pareja homosexual de mujeres, el niño tendrá doble vinculo filial, al igual que aquellos niños nacidos de parejas heterosexuales, es decir tendrá vinculo filial con la mujer que lo dio a luz y con la pareja de esta.

---

[290] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 503

[291] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 514

[292] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 512-513

Esto mismo ocurre con aquellas personas que decidan formar una familia monoparental, es decir que por sí solas deciden tener un hijo. En el caso de las mujeres deberán conseguir un donante de esperma, y en el caso de los hombres no solo deben conseguir una donante de ovulo sino una madre sustituta que lleve adelante el embarazo. Este último supuesto no se puede realizar en nuestro país, pero sí en muchos países donde se encuentra legislada la maternidad subrogada.

Al respecto la Dra. María Victoria Fama aporta más argumentos: "*Así, Rivero Hernández afirma que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRA "es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos…, lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja… El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. En esos casos no deberá tenerse como padre, ni el que demuestra su matrimonio con la madre del nacido…, ni el que demuestra que es padre biológico…, sino el que voluntariamente ha querido y asumido esa paternidad.*"[293]

Por lo tanto, como ya mencionamos, cuando estamos en presencia de una técnica de reproducción humana medicamente asistida, el elemento más importante a considerar es la voluntad procreacional, ya que quien o quienes presenten su consentimiento y expresen su voluntad procreacional van a convertirse en legítimos padres del niño que nazca producto de esta técnica.

"*Esa voluntad procreativa es un acto voluntario que es exteriorizado a través de una manifestación de voluntad que traduce consentimiento (art. 260 CCiv. y Com.). La intención como elemento interno del acto voluntario, y su debida exteriorización, configura la identidad volitiva que, como elemento central, permite advertir la identificación filial a favor de quien lo ha manifestado a través de ese hecho voluntario. En otro término, en la especie el consentimiento se erige en un expediente técnico que exterioriza la voluntad procreacional y que, a su vez, ayuda a configurar la identidad volitiva en cuanto exterioriza aquella voluntad procreativa.*"[294]

Tal como se vio anteriormente, la voluntad procreacional del o las personas que se someten a un tratamiento de reproducción humana medicamente asistida se exterioriza mediante el consentimiento informado, es decir que para tener un vínculo filial con la persona mediante esta técnica de reproducción basta con que se preste el consentimiento informado sin importar quienes son los dadores de gametos, ya que el vínculo filial está basado en ese acto jurídico voluntario en el que se presta la voluntad procreacional y no sobre aspectos biológicos. Al respecto, la Dra. María Victoria Fama establece: "*Así entendida, en el marco de la procreación por TRA, la voluntad procreacional se aparta de la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio,*

[293] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos N° 90, 2012, ps. 171-195, pág. 177

[294] Valente, Luis Alberto. La eficiencia de las categorías jurídicas (Posesión de estado, voluntad procreacional y ética aplicada). Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata, UNLP. Año 15/N° 48-2018, pág. 174

inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, inclusivo de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico."[295]

Por lo tanto, la voluntad procreacional se encuentra en contraposición del derecho a la identidad de las personas, derecho que se explicará más adelante ampliando las características de este tipo filiatorio. Nuevamente la Dra. Fama aclara:

"*Cuando la regla de la voluntad procreacional determina la imposibilidad de desplazar la filiación de quien ha exteriorizado tal voluntad a través del consentimiento informado y, como consecuencia de ello, la de emplazar un vínculo jurídico con el tercero que ha aportado los gametos, se alza como una restricción al derecho a la identidad (en los términos del art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en referencia a la obtención del emplazamiento en el estado de familia que se corresponda con el dato genético o biológico. La legitimidad de esta restricción –tal cual ha indicado en reiteradas oportunidades la propia Corte IDH- debe examinarse a la luz del principio de proporcionalidad.*"[296]

Surge entonces que la persona producto de esta técnica va a ser hijo de quien o quienes hayan prestado la voluntad procreacional, estando en posesión de estado de familia de ellos y no podrá tener ningún vínculo filial con quien o quienes hayan aportado los gametos, es decir con quien o quienes tiene un vínculo biológico, contrariando esto el derecho a la identidad de la persona, ya que no podrá conocer sus verdaderos datos biológicos.

7.2.6 Derecho a la información

Respecto a los procedimientos que incumben a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida se hace presente el derecho a la información. Al respecto, "*La legislación civil y comercial, en los artículos 563 y 564, se ocupa del derecho a la información de las personas nacidas por TRHA, reconociendo la particularidad que ostenta el derecho a la identidad en las TRHA heterólogas, disponiendo, de esta manera, que la información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero, debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento y que a petición de aquellas, se podrá: a) obtenerse del centro de Salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local*."[297]

Podemos mencionar entonces que la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida solo podrá conocer sus orígenes en casos puntuales, lo que nos lleva a pensar que el derecho a conocer sus propios orígenes cede ante el derecho al anonimato del o los donantes.

---

[295] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos N° 90, 2012, ps. 171-195, pág. 175

[296] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos N° 90, 2012, ps. 171-195, pág. 178-179

[297] En internet: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccycn (Fecha de consulta: 20/04/2019)

Ahora bien, el artículo 563 del Código Civil y Comercial de la Nación establece: "*Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento*."[298], es decir que encontramos que la información relativa a los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida debe estar establecida en el legajo correspondiente para la inscripción del nacimiento.

Sin embargo, esto solo parece quedar en la "letra fría" del artículo toda vez que no se aplica, lamentablemente, en la práctica diaria. Lo cierto es que el articulado establece que todas las personas que nazcan producto de estas técnicas tienen derecho a saber que su concepción se produjo con gametos de un tercero. Pero lo cierto es que no puede conocer los datos filiatorios del tercero que dono o aportó sus gametos con el fin de la fecundación. Al respecto se aclara: "*Se prevé que la persona que ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida heteróloga pueda acceder a la "información" sobre su identidad. Sin embargo, esta obligación puede quedar fácilmente relegada a un bello eufemismo. Los caminos para hacerla efectiva, requieren demasiadas contingencias y no se crean obligaciones jurídicas en cabeza de quienes podrían hacer factible el acceso efectivo a la identidad.*"[299]

Se puede observar, entonces, que este artículo podría estar en contraposición o conflicto con otros artículos, en especial con el artículo 559. "*Entendemos que el artículo 563 tiene como finalidad dejar asentado en el Registro que la persona nació por el empleo de TRHA, más dicha información no deberá constar en el certificado de nacimiento que se expida, dejando librada al querer de los comitentes el que el niño nacido por medio de una TRHA heteróloga conozca dicha circunstancia. Al respecto, consideramos que hubiera sido aconsejable incorporar una norma como la que existe en materia de adopción en la cual se impone a los adoptantes el deber de comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente (conf. cuarto párrafo del artículo 596).*"[300]

Además, el artículo 564 menciona lo siguiente: "*Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede: a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud; b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.*"[301], es decir que las personas nacidas producto de estas técnicas pueden acceder a la información del donante, si hubiera intervenido un donante de gametos en esa práctica, pero, como ya mencionamos, solo ante en determinadas situaciones, básicamente cuando se encuentra comprometida la salud de la persona nacida. Para que pueda revelarse la identidad del donante, entonces,

---

[298] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 19/04/2019)

[299] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 522

[300] Zabaleta, Daniela. La filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ElDial.com – DC1E34, publicado el: 14/05/2015.

[301] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 19/04/2019)

deben existir motivos suficientes y a su vez los mismos se deben encontrar fundados, los cuales estarán sujetos a una apreciación judicial.

Este artículo, sin embargo, nos llena de interrogantes, ya que nos preguntamos ¿A que llamamos "razón debidamente fundada" ?, ¿Será el juez subjetivo al momento de dar su sentencia?, ¿Por qué solo la persona puede conocer sus orígenes cuando se encuentren en juego problemas de salud?

Se puede observar que este artículo es contrario a otros derechos inherentes a las personas, como ser el derecho a la identidad, entre otros. A simple vista, pareciera que el derecho al anonimato del donante de gametos prevalece por sobre el derecho a la identidad de la persona nacida producto de estas técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, por su parte: *"el artículo 564, consagra un sistema de anonimato parcial al determinar los casos en que las personas nacidas a través de las TRHA pueden conocer la información relativa a datos médicos del donante y su identidad. Lo primero es posible con la sola petición del interesado al centro de salud mediando cuando ello sea relevante para su salud; lo segundo, en cambio, requiere de un procedimiento judicial, que si bien habrá de tramitar por el procedimiento más breve que prevea la ley local –en el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será el procedimiento sumarísimo- exige "razones debidamente fundadas". Pensamos que la sola invocación al derecho a la identidad es más que suficiente puesto que su afectación es evidente.*"[302]

Otra cuestión digna de mención es que existe una marcada diferenciación entre los hijos procreados en el vientre materno, hijos adoptivos e hijos nacidos producto de técnicas de reproducción asistida. La misma resulta contraria a la constitución donde se establece el derecho de igualdad. Esta distinción entre los hijos nacidos producto de embriones creados mediante fertilización in vitro de aquellos niños que obtienen su filiación mediante la adopción está dada por el artículo 596 que menciona: "*Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada*."[303]

Entendemos que tanto las personas nacidas producto de estas técnicas como los hijos adoptados tienen el mismo derecho a conocer los orígenes. Es decir que, en ambos casos, cuando la persona adquiera la edad y el grado de madurez suficiente debería poder conocer los datos relativos a su origen, como así también debería poder acceder, sin

[302] Zabaleta, Daniela. La filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ElDial.com – DC1E34, publicado el: 14/05/2015.

[303] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 31/05/2019)

autorización judicial, al legajo correspondiente a su nacimiento. Actualmente, en el caso de los hijos adoptados no solo existe el compromiso por parte de los adoptantes de hacer conocer al adoptado sus orígenes, sino que también se debe dejar constancia escrita en el correspondiente expediente judicial de adopción, que, además, será resguardado en el juzgado interviniente.

Sin embargo, en el caso del nacimiento de personas producto de técnicas de reproducción y cuando se esté en presencia de una donación de gametos, no existe esta obligación que ampararía el derecho a la intimidad familiar, de esos padres a formar una familia, lo que, nuevamente, coloca los derechos de los progenitores y/o donantes de gametos por sobre los derechos de la persona nacida, vulnerando una y otra vez su derecho a la identidad.

7.2.6.1 Diferencias entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer sus orígenes

Como se evidenció hasta el momento, los artículos 563 y 564 no garantizan que las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana medicamenten asistida puedan conocer sus verdaderos orígenes y como consecuencia de ello puedan tener acceso a su derecho a la identidad. De todos modos, a continuación, estableceremos diferencias entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes que servirán de argumentos respecto a la marcada vulnerabilidad de los derechos de las personas producto de técnicas de reproducción.

Como formula en el citado Código Civil y Comercial de la Nación comentado del Dr. Alterini, bajo la dirección de la Dra. Úrsula Basset: "*La diferencia entre derecho a la identidad y derecho a los orígenes en general se entiende como que identidad es un concepto que involucra una pluralidad de elementos imbricados entre sí, mientras que orígenes se referiría más bien a la vinculación genética o biológica con un progenitor. La identidad es un derecho complejo, amplio, dependiente del derecho a la privacidad, se trata de un concepto relacional, que entronca con el derecho a la vida y con las relaciones familiares, tiene aspectos dinámicos y estáticos, supone el arrimo de la persona a la larga cadena de ancestros y descendientes y tiene por lo tanto carácter transindividual y transgeneracional. Su garantía tiene implicancia en las generaciones futuras.*"[304]

Por lo tanto, se parte de la premisa de que estos dos derechos son principios jurídicos diferentes en relación con aquellas personas nacidas producto de estas técnicas de fertilización asistida. Existe un gran peso toda vez que corresponden a la identidad estática y dinámica de la persona, es decir que la persona tiene derecho a conocer sus verdaderos vínculos biológicos. En cambio, en aquellas personas que fueron producto de una técnica de reproducción humana asistida solo está comprendido el dato genético, es decir que se refiere a la identidad estática.

"*La identidad, para la Corte, supone no solo una dimensión jurídica, sino también biológica o genética para la que hay un derecho subjetivo. Así sostuvo con cita explícita de jurisprudencia argentina, en el cuerpo de uno de sus fallos: "En ese mismo sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín afirmó, en relación con la identidad de los niños sustraídos en Argentina y citando un voto minoritario de la Cámara Federal*

[304] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 523

de Apelaciones de La Plata, que 'el reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimienta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes."[305]

Entonces, se puede mencionar que el derecho a la identidad no es solo un dato genético como sí lo es el origen, debido a que el derecho a la identidad además de tener como base el origen de las personas, está acompañado de otros elementos que forman al ser humano. Sin embargo, es importante conocer el origen de la persona, que surge desde el mismo momento en que se produce la concepción de esta, sea natural o artificialmente. Se evidencia por lo tanto cierta diferencia entre personas concebidas de manera natural, respecto a personas que fueron fecundadas artificialmente.

Consideramos necesario garantizar el acceso a la información respecto de la identidad y su derecho a conocer los orígenes de aquellas personas que nacen producto de estas nuevas tecnologías, aunque esto esté en constante contradicción con el derecho al anonimato de los donantes. Por lo tanto, se debe ratificar que el derecho al anonimato de los donantes nunca puede estar por sobre el derecho a la identidad, ya que este último es un derecho humano fundamental de toda persona humana. Nuevamente la Dra. Úrsula Basset nos ilustra:

"*La identidad no se garantiza suficientemente con habilitar el conocimiento a posteriori del donante. La identidad es más que un acceso a la biografía, es un derecho personalísimo, transindividual y transgeneracional, que permite la apropiación del yo (de la persona en sentido jurídico, como centro de imputación de normas, relaciones jurídicas, derechos y obligaciones), para proyectarse sobre los derechos personalísimos propios e intersubjetivos (estado de familia, nombre, patrimonio o incluso: evitación del incesto, etc). Por eso es parte del derecho a la privacidad individual y a la privacidad familiar."*[306]

Se sostiene, entonces, que esta garantía de resguardar el derecho a la identidad es de orden público y como tal es el Estado el encargado de resguardar este derecho personalismo de todas las personas, y velar porque todas las personas, sin importar como fueran concebidas, conozcan sus verdaderos orígenes e identidad; nunca el derecho al anonimato debe prevalecer sobre el de la identidad de las personas: "*El anonimato de donante (más allá de la regulación que se haga de las obligaciones civiles que surjan respecto del niño) se debilita como paradigma en el derecho comparado. En el bloque de constitucionalidad argentino y de acuerdo a la jurisprudencia actual de los organismos internacionales interamericanos, la acción quedará expedita para que la persona concebida por técnicas de reproducción humana asistida tenga tantos derechos como los niños que son concebidos por naturaleza o ingresan a una familia por adopción.*"[307]

---

[305] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 523

[306] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 525

[307] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 530

Resulta interesante la referencia al derecho comparado que actualmente equipara los derechos de aquellas personas nacidas mediante estas nuevas técnicas de fertilización asistida con los derechos de las personas que han pasado por algún proceso de adopción, como así también aquellas que han sido concebidos de manera natural. Es decir, que el derecho comparado no discrimina según el tipo filiatorio que tenga la persona, sino que le otorga los mismos derechos a todas las personas sin importar cuál es su fuente filial. Al respecto nos ilustra la siguiente cita: "*El derecho a conocer los orígenes como proyección del derecho a la identidad ha sido reconocido expresamente en el derecho comparado y, en especial, en el ámbito comunitario europeo, a través de sendos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre los cuales se destacan "Gaskin c/ Reino Unido" del 7/07/1989, "Mikulic c/ Croacia", del 7/02/2002, y "Ebru et Tayfun Engin Colak c/ Turquía", del 30/05/2006.*

Respecto a nuestro país, la Dra. María Victoria Fama menciona: *Nuestra Corte Suprema ha hecho alusión al derecho a conocer los orígenes en varios precedentes. A modo de ejemplo, puede recordarse el voto en disidencia de Petracchi en el caso "Muller", de fecha 13/11/1990, donde se afirma que entre los derechos implícitos consagrados por el art. 33 de la Constitución "debe –sin duda- incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen. En efecto, poder conocer su propia génesis, su procedencia, es aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón del presente a la luz de un pasado que –aprehendido- permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura.*"[308]

Por lo tanto, en el derecho comparado, como en el derecho argentino se tutela el derecho a conocer los orígenes, defendiendo entonces los distintos ordenamientos jurídicos que todas las personas, sin importar cómo han sido concebidas, tienen derecho a conocer su identidad de origen y por lo tanto su vínculo biológico; debido a que estos derechos son personalísimos cuestión por la cual deben ser protegidos por los Estados. El Estado Argentino hace mención en el artículo 33 de la Constitución Nacional, ley fundamental de la Nación, como así también, como se verá más adelante, en los Tratados Internacionales de derechos humanos que nuestro país ha suscripto oportunamente.

Nuevamente la Dra. Fama sostiene respecto a los mencionados tratados: "*En materia de infancia, el derecho a conocer los orígenes ha sido reconocido por el art. 7 de la CDN, en tanto dispone que el niño tiene derecho "en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.". La expresión "en la medida de lo posible" constituye otra restricción –de las tantas que impone la Convención- a los derechos del niño, en este caso, al acceso a sus orígenes como proyección del derecho a la identidad. El alcance de esta limitación ha dado lugar a dos interpretaciones doctrinarias, resultantes de ponderar el derecho a la identidad del niño en relación con el derecho a la intimidad de los progenitores biológicos o, en el caso, los dadores de material genético: la primera sostiene que la expresión "en la medida de lo posible" es una restricción jurídica que implica que la concreción del derecho queda supeditada a*

[308] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos N° 90, 2012, ps. 171-195, pág. 182-183

la existencia de un reconocimiento legal en casa estado; la segunda, entiende que se trata de una limitación fáctica, referida a la existencia real de datos informativos."[309]

Nuevamente referimos que es loable destacar que debe prevalecer el intento de que la persona conozca su verdadero origen, es decir quiénes son sus padres biológicos. De nuevo el problema se presenta cuando nos encontramos ante personas nacidas producto de técnicas de reproducción humana asistida, básicamente ante el uso de gametos de terceros y no de aquellos que hayan prestado su voluntad procreacional. Nos detenemos a hacer esta aclaración, porque como se ha mencionado anteriormente, cuando estamos en presencia de estas nuevas técnicas de fertilización asistida son varios los supuestos que se presentan. Si los progenitores que prestaron la voluntad procreacional y firmaron el consentimiento informado son los aportantes de los gametos, no existiría ningún problema respecto al derecho a la identidad de la persona nacida. Sin embargo, el problema se presenta cuando nos encontramos en presencia de familias monoparentales y en familias que sea por causas de infertilidad o por ser parejas del mismo sexo recurrieron a donación de gametos, en estos casos se encuentra en juego el derecho a la identidad toda vez que la norma estipula que son hijos de quien o quienes hayan prestado su voluntad procreacional, pero biológicamente sus genes pertenecen a otras personas.

"*Es decir que la filiación no es solo la biología, pero tampoco es justo prescindir de ella como si fuera un dato inexistente; debe garantizarse siempre que sea posible el principio de continuidad de todos los elementos de la identidad como preferible, y secundariamente el restablecimiento del elemento de la identidad que fuera suprimido.*"[310]

Consideramos que la norma es restrictiva, y que todas las personas, sin distinguir la forma en la que fueron concebidas, tienen derecho a conocer sus verdaderos orígenes y su verdadera identidad, y no solo cuando esté en riesgo su salud o mediante autorización judicial expresa. La norma parece estar en contradicción ya que por un lado estipula que los progenitores deben dar a conocer a las personas nacidas por estas técnicas de reproducción que fueron concebidas con aporte de material genético de otras personas, pero por otro lado restringe que no puedan conocer a quienes hayan aportado el material genético. Además, la norma prevé que la persona nacida, ni el donante de gametos, podrán ejercer ninguna acción filiatoria al respecto.

Si bien entendemos que la medida en que no puedan entablar acciones filiatorias entre ellos es proporcionada, creemos que se debería modificarse la legislación, equiparando a todas las personas a tener los mismos derechos y a conocer su verdadera identidad biológica, debido a que es un derecho constitucional.

7.2.7 Determinación de la filiación

El Código Civil y Comercial de la Nación en su título V, capítulo 5, destinado a la Determinación de la filiación extramatrimonial, en el artículo 575 refiere a la "Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida". Cabe la pregunta sobre

[309] Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos N° 90, 2012, ps. 171-195, pág. 183

[310] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 577

por qué los codificadores lo incorporaron dentro de la filiación extramatrimonial, cuando perfectamente la filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida se puede dar tanto dentro del matrimonio como fuera de él como lo postula el Dr. Alterini: "*La filiación extramatrimonial en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida se deriva del consentimiento previo, libre e informado y sus renovaciones. Esto significa que la causa suficiente de emplazamiento es el consentimiento.*"[311]

El artículo referido establece respecto a la determinación en las técnicas citadas: *"En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena*."[312]

Por lo tanto, se desprenden dos situaciones: La primera, que ya fue explicitada con anterioridad, cuando se menciona que se debe contar con un consentimiento previo, informado y libre; la segunda donde se alude el caso que en ese proceso hubiera gametos donados de un tercero, estos no van a tener vínculo jurídico alguno con el donante salvo para los supuestos de impedimentos matrimoniales. Tal como sostiene la Dra. Kemelmajer de Carlucci:

"*Esto lleva a diferenciar el rol de padre del rol de donante. "Padre" es aquel que, ex voluntate, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, mientras que "donante" es aquel que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo).*

En estos casos, y conforme al criterio de voluntad procreacional, el rol jurídicamente relevante es el de padre, y no el de donante. Es decir, cuando se recurre a las técnicas de reproducción asistida con intervención de donante (ya sea por una pareja casada o de hecho, heterosexual y homosexual, o por una mujer sola), se tiene una persona que consiente y que quiere -porque así lo ha consentido, es decir, así resulta de su voluntad- asumir esa paternidad/maternidad no obstante no haber aportado el material genético, y por ello se convierte en "padre" o "madre". Mientras que la intervención del donante, si bien es necesaria para la existencia del nuevo ser, no tiene, en principio, consecuencias jurídicas. La intervención del donante se agota en ello (en la donación)"[313]

De modo que, si bien quien aporta los gametos se convierte en donante, no se convierte en padre, debido a que no otorga *voluntad procreacional*, por lo cual no se establece un vínculo jurídico. A su vez, esto sigue afectando el derecho a la identidad de la persona que fue procreada mediante el uso de técnicas de reproducción medicamente asistida, vulnerando una vez más el derecho a la identidad. Es decir que "*Se busca en este caso satisfacer las necesidades del adulto, pero se dejan de lado los derechos y*

[311] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 575

[312] En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 31/05/2019)

[313] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 693-694

necesidades afectivas del niño, aprisionando al proyecto identificatorio de un solo sexo, que impide el proceso humano del reconocimiento de otro. La filiación ya no se establece en torno de una trinidad, sino que se transforma en un vínculo binario solo sostenido por la voluntad procreacional, fragmentado, en el que la unión del varón y la mujer deja de ser significante y fundante para la identidad del niño…"[314]

En los casos de técnicas de reproducción humana medicamente asistida el negocio jurídico se creó con el consentimiento respecto del progenitor extramatrimonial, aunque la ley prevé que ese consentimiento se encuentre protocolizado ante escribano público o autenticado ante la autoridad sanitaria competente y, además, se debe inscribir ese consentimiento en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Nuevamente el aporte del Código Civil y Comercial de la Nación del Dr. Alterini resulta pertinente: "*No cabe duda de que el puro dato genético es insuficiente como elemento único y excluyente para conformar el vínculo filiatorio. Pero de ahí a prohibir toda relevancia en todos los casos respecto de la identidad personal y jurídica, parece excesivo. El derecho se vuelve abstracto y dogmático. Lo cierto es que lo que el derecho silencia integra la información genética que forma parte de prácticamente cada célula del hijo engendrado con su dogma. El derecho calla la corporeidad misma del niño, luego adulto.*"[315]

Otro dato curioso resulta ser la impugnabilidad de la filiación producto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida debido a la existencia del consentimiento médico que se encuentra debidamente protocolizado, por lo que no se podrá impugnar basándose en la falta de vinculo biológico y/o genético, ya que la filiación se determinó con el consentimiento donde se prestó la *voluntad procreacional.*

"*La regla es que, si se consintió, si se acompañó el consentimiento médico protocolizado, no se puede impugnar, con independencia de quién haya aportado los gametos, es decir, aunque no se haya aportado material genético.*

A la inversa, si no se consintió, si no se acompañó el consentimiento médico protocolizado, sí se puede impugnar con independencia de quien haya aportado los gametos, es decir, aunque sí se haya aportado (aunque no de manera voluntaria) material genético, o sea, ya se trate de TRHA homologas o heterólogas."[316]

Hemos mencionado anteriormente que muchas veces la fertilización asistida se realiza con gametos de terceras personas, sin importar si la filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida es matrimonial o extramatrimonial. El mismo artículo en análisis menciona que en estas prácticas reproductivas se pueden utilizar gametos de terceros sin establecerse vínculo filial de estos con la persona que naciere producto de este procedimiento médico.

"*El párrafo final otra vez vuelve a reducir el espectro de derechos de los niños concebidos por técnicas de reproducción asistida. Son hijos extramatrimoniales como los otros, pero no tienen los mismos derechos. El derecho le corta el paso a las*

[314] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 697

[315] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 576

[316] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 714

implicancias parentales de la biología. Es evidente que la garantía y protección de la identidad no puede tener una regulación idéntica en los distintos supuestos de filiación. Y es claro que puede no ser conveniente ni para el donante de gametos ni para el niño que haya un emplazamiento filiatorio: pero en eso ayuda el derecho de la filiación, aportando las causas concurrentes de emplazamiento sin negar la biología."[317]

Por lo tanto, existe discriminación sobre aquellas personas nacidas mediante una técnica de reproducción medicamente asistida respecto de aquellas que fueron concebidas de manera natural, lo que podría llegarse a plantear es la inconstitucionalidad del artículo en análisis, toda vez que el mismo contraría nuestra carta magna que establece que todos los habitantes somos iguales ante la ley. Por tal razón, entendemos que dicho artículo debería ser reformado. Al respecto el Dr Alterini sostiene: "*La frase final del último párrafo, es una bocanada de realismo. El artículo dispone "no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.*"[318]

Ahora bien, encontramos a simple vista un gran problema porque por un lado las personas nacidas producto de estas nuevas técnicas de fertilización no son hijos de los donantes de gametos, pero puede haber inconvenientes a la hora que estos decidan contraer nupcias, ya que hipotéticamente existe la posibilidad de contraerlas con su progenitor y/o medios hermanos. Si esto ocurriera estaríamos ante un impedimento material y en el caso de que estos tuvieran hijos los mismos corrían riesgos de tener malformaciones. Tal como aclara el autor citado: "*De lege lata, consideramos que el segundo párrafo del art. 575 habilita una acción autónoma para conocer no solo al donante, sino también a los posibles medio-hermanos del interesado, cuando alegue razones válidas. Si una persona prevé un proyecto de vida en común con otra e incluso se plantea la constitución de una familia y sabe que fue concebido por fecundación heteróloga, puede querer saber si su pareja es o no un pariente en grado prohibido.*"[319]

Asimismo, vemos que equipara el vínculo jurídico de los nacidos mediante estos procedimientos médicos a los vínculos de la adopción plena.

"*El resultado es que aparece una analogía de la fecundación heteróloga con la adopción plena, en la que a ciertos efectos, los vínculos de sangre siguen siendo relevantes. Esa frase abre camino a cambios que reconozcan más y mejor los derechos de los niños, más allá de cómo hayan sido concebidos.*

Se menciona a la adopción plena como un analogado de la fecundación heteróloga, y así lo es en muchos aspectos. Pero la regulación que hace el Código de ambos supuestos es muy divergente: en una se protege al niño, en otra al donante. En la primera se protege la identidad del niño, en la segunda la privacidad del donante y de los progenitores del deseo. En una se da solución a un niño en situación de abandono,

[317] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 577

[318] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 577

[319] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 578

mientras que en la segunda lo que se protege es un proyecto parental que incluye la creación de un niño."[320]

De modo que, por un lado, hay una protección hacia la persona nacida producto de estas nuevas tecnologías, pero también encontramos que hay una defensa aún mayor, a los donantes de los gametos e incluso se protege a los progenitores que han prestado su *voluntad procreacional*. Si bien la identidad es un valor jurídico que se encuentra tutelado por el ordenamiento en el caso de las técnicas de fertilización humana medicamente asistida, estos derechos se encuentran en desventaja y desprotegidos respecto de otros derechos como ser el derecho al anonimato de los donantes y el derecho a formar una familia, de cualquier forma legal posible, de los progenitores.

"*De lege ferenda, para tornar efectiva la disposición, es necesario imponer a los progenitores de deseo y a las clínicas un deber de informar la modalidad concepcional. O bien, de forma alternativa o concurrente, un aviso al renovar la documentación de identidad a los 16 años, que implique una convocatoria a una reunión con algún equipo interdisciplinario (para el caso en que la familia no informa o no acompañe). Si no se viabilizan mecanismos para hacer efectiva la tutela, el incesto no podrá ser impedido por razones de hecho y por falta de una adecuada previsión jurídica (a diferencia de la adopción). La enunciación del art. 575 in fine será un mero giro retórico.*"[321]

A modo de conclusión consideramos que es necesaria la creación de un Registro donde queden asentados todos los nacimientos que se produzcan producto de estas técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Además, en dicho Registro deben quedar plasmados todos los datos de los donantes para que cuando la persona alcance el grado de madurez suficiente pueda acceder a su legajo y así obtener toda la información relativa a su concepción y en especial en su derecho a la identidad, cuestión similar a la de los hijos adoptivos que tienen acceso al expediente judicial a fin de poder conocer su verdadera identidad.

7.3 Conclusión

El Derecho de Familia más relevante que hemos analizado es aquel relacionado con la filiación, en especial aquella fuente filial que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. El mismo adicionó la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida, debido al gran avance tecnológico de la ciencia en materia de reproducción artificial.

Consideramos significativo que, independientemente del tipo de concepción: natural o extracorpórea; son hijos y como tales deben tener protegidos sus derechos fundamentales por el ordenamiento jurídico, es decir que se debe velar por el derecho a la identidad de todas las personas, y, a su vez, se debe establecer la filiación correspondiente con sus progenitores.

[320] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 578

[321] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley, pág. 579

Cuando nos encontramos ante una filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida necesariamente encontramos un consentimiento informado que debe suscribirse en centros médicos que realicen estos procedimientos, consentimiento que la norma exige que debe renovarse cada vez que los progenitores procedan tanto a la utilización de sus gametos como así también de los embriones para que los mismos sean criopreservados como así también para su posterior utilización.

Es decir, que este consentimiento es un acto jurídico unilateral, el que debe instrumentarse por escrito y mediante la certificación de firma ante Escribano Público o autoridad competente, que consiste en la exteriorización de la *voluntad procreacional* individual de la persona o conjunta con su pareja sobre la determinación de llevar adelante un proceso de reproducción humana con ayuda médica. De modo que, este consentimiento trae la aceptación de un tratamiento médico perfeccionando un contrato médico por el cual se va a llevar adelante una técnica que intenta lograr un embarazo.

Respecto a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida encontramos que las personas que intervienen deben prestar su *voluntad procreacional* de que desean llevar a cabo dichos procedimientos médicos ya que si bien hay distintas personas que van a participar o formar parte del mismo: padres "voluntarios y legales" que son aquellos que inician el proceso de reproducción artificial porque desean formar una familia; "donantes de gametos" quienes en muchos casos aportan el material genético; también la "madre receptora del óvulo", generalmente la madre biológica; la "madre sustituta" que aunque su rol no esté regulado judicialmente es la encargada de llevar adelante el embarazo. A pesar de tantos intervinientes, la determinación de la paternidad y maternidad va a estar basada en la voluntad procreacional que presten los progenitores al momento de la realización de la fecundación artificial.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de Nación se ocupa del derecho a la información del que gozan las personas que nacen producto de las técnicas de reproducción humana asistida. Podemos decir, entonces, que a dichas personas se le reconoce parcialmente el derecho a la identidad, aunque este derecho es uno de los derechos humanos fundamentales de toda persona humana. Si bien es cierto que se crea un legajo con la información genética de los nacidos mediante las nuevas técnicas médicas, lo cierto es que esta información no es publica, sino que solo van a tener acceso estas personas ante un pedido al Centro de Salud interviniente; vale mencionar que se le suministrará únicamente la información relativa a datos médicos del donante y solo cuando sea relevante para la salud.

Consideramos que lo anteriormente mencionado afecta directamente el derecho a la identidad de las personas. Por otro lado, solo se podrá revelar la identidad del o de los donantes de gametos solamente mediante autorización judicial y cuando existan razones que se encuentren debidamente fundadas, ahora bien ¿Qué debemos entender por razones debidamente fundadas? ¿Quién será la persona que considere que se encuentra debidamente fundada la petición? Debemos mencionar entonces que es arbitraria la solución de nuestro ordenamiento jurídico, porque entendemos que deja en manos del juez interviniente la valoración de si existe o no una razón que se encuentre debidamente fundada. Son todos interrogantes que escapan a la consideración jurídica y que establecen la vulnerabilidad de los hijos nacidos de las nuevas técnicas de reproducción humana.

Además, si bien es cierto que el nuevo Código reguló las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, consideramos que hay varios puntos en los que se debería establecer con claridad los pasos a seguir. Por ejemplo, en lo relativo al consentimiento

medico informado y su renovación, si bien acordamos que el mismo se renueve cuando nos referimos al uso del material genético; disentimos que se modifique nuevamente cuando el embrión ya está fecundado. Apoyamos la idea en el hecho de que la revocación del documento sería un atentado contra el derecho a la vida de los embriones sobrantes que se encuentran en estado de indefensión al haber quedado criopreservados en el centro médico interviniente.

Teniendo como base que los embriones humanos que se encuentran dentro o fuera del seno materno son personas por nacer, consideramos que una vez prestado el consentimiento informado para su fecundación no se puede revocar el consentimiento, es decir que el mismo podrá implantarse en el seno materno sin necesidad de renovar el documento, y en el supuesto caso que las partes no deseen la implantación, se deberá encontrar otra solución que no afecte el derecho humano fundamental de toda persona, es decir el derecho a la vida de los embriones.

8. CAPÍTULO 6: DERECHOS DE FAMILIA INHERENTES A LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOPRESERVADOS

8.1 Introducción

Como venimos sosteniendo en este trabajo, los embriones criopreservados son personas por nacer desde el mismo momento en que se produce su fecundación ya sea de manera natural o artificial. Asimismo, en el capítulo anterior comenzamos a ver los derechos de familia que poseen comenzando con el derecho al vínculo filial mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida.

Dentro de este tema de filiación, encontramos un tema que se halla actualmente en boga en nuestro país luego de un fallo emblemático de febrero del año 2020 en donde se habló de la fecundación post mortem, es decir de llevar adelante un tratamiento de fertilización in vitro luego de la muerte de alguno de los progenitores. Si bien esta cuestión fue tratada por los redactores del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, donde se estipularon cuáles eran los supuestos en los que se podía dar y dentro de qué plazos, los legisladores decidieron eliminar dicho artículo quedando el tema de la fecundación y/o filiación post mortem en manos de nuestros jueces.

Otro de los temas que encontramos dentro del derecho de familia es la filiación por adopción que incluso se podría llegar a dar en el caso de los embriones supranumerarios criopreservados que se encuentran abandonados, o que sus mismos progenitores deciden darlos en adopción, es decir que este caso se trata de una adopción prenatal, que debemos mencionar que no se encuentra legislada pero que podría ser una posible solución para aquellos embriones supranumerarios que se encuentran abandonados y de esa forma podríamos lograr que esos embriones puedan lograr el nacimiento con vida.

Otro de los derechos de familia que encontramos vinculados son aquellos derechos sucesorios que traen aparejados estos embriones, incluso en aquellos casos en que se podría dar la fecundación y/o filiación post mortem y que si eso se daría esos embriones serian hijos de la persona premuerta y como consecuencia de ellos adquiriría derechos hereditarios, por lo que se necesita regular esta situación con el fin de poder salvaguardar los derechos hereditarios de estos embriones que se encuentran con su vida suspendida en el tiempo.

8.2 Filiación post mortem

A lo largo de este apartado hemos analizado el derecho a la filiación que tienen los embriones haciendo hincapié en aquellos que se encuentran criopreservados. Ahora bien, cuando nos referimos a estos embriones, que aún no han sido implantados en el seno materno, nos encontramos con un nuevo tipo de filiación que sería la “filiación post mortem”. La Dra Salituri Amezcua define al concepto:

"*La fertilización post mortem (FPM) constituye un supuesto especial de técnica de reproducción humana asistida (TRHA), cuya característica definitoria radica en que se realiza después de la muerte de uno de los miembros de la pareja o matrimonio.*"[322]

Por lo tanto, es una especie dentro de la filiación, caracterizada por técnicas de reproducción humana medicamente asistida, producida solo ante la muerte de algunos de los aportantes del material genético.

"*La filiación post mórtem en el campo de las TRHA puede presentarse frente a distintos supuestos, a saber: a) cuando la mujer se insemina artificialmente con material genético del o de la cónyuge o conviviente, fallecido durante el proceso de fertilización; b) cuando la mujer se implanta un embrión oportunamente crioconservado con la conformidad del o de la cónyuge/conviviente fallecido durante el proceso de fertilización; y c) cuando el cónyuge o conviviente fallece repentinamente y la mujer solicita la extracción de su material genético para su posterior fecundación.*"[323]

Es decir, que se pueden dar distintos supuestos cuando nos referimos a este tipo de filiación. Si bien en nuestro país el mismo no se encuentra legislado ya que fue eliminado del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, en el derecho comparado sí se suelen regular los dos supuestos mencionados anteriormente como lo establece la siguiente cita de la anteriormente autora:

"*En relación a los sujetos, la doctrina ha identificado tres supuestos: que el miembro supérstite de la pareja o matrimonio (heterosexual o del mismo sexo) sea mujer, en tal caso en su cuerpo se realizará la FPM o que sea el varón, lo que implicará recurrir a la gestación por sustitución (GS) y, finalmente, que ambos fallezcan, lo que también implicará la realización de la GS. Respecto de sus modalidades: puede ser que la técnica se realice con un embrión criopreservado de la pareja, generado durante la vida de ambos, o bien que el embrión sea generado también post mortem con material genético criopreservado del fallecido/a u obtenido a través de la extracción de su cadáver.*"[324]

Dicho de otro modo, la filiación post mortem nos trae un montón de supuestos distintos con diferentes soluciones, como lo establece el Dr. Gil Domínguez:

"*Una visión más amplia –que comparto plenamente- no se reduce exclusivamente a supuestos de parejas heterosexuales donde fallece el hombre y la mujer es el sujeto receptor del material genético del cónyuge o conviviente o de un embrión conformado con dicho material y el material genético de la misma, sino que, también considera incluidas a parejas heterosexuales donde fallece la mujer cónyuge o conviviente (mediante el acceso a la gestación por sustitución por medio de embriones generados con material genético de la fallecida y sus gametos), a parejas de la diversidad compuestas por mujeres donde fallece una de ellas (mediante embriones generados con material genético de la fallecida y un donante) y a parejas de la diversidad compuestas por hombres donde fallece uno de ellos (mediante el acceso a la gestación por sustitución*

---

[322] Salituri Amezcua, María Martina. *Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem.* En internet: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem (Fecha de consulta: 25/07/2019)

[323] Famá, María Victoria. La filiación post mórtem en las técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en: SJA 05/02/2014, 05/02/2014, 3-. Cita Online: AR/DOC/4861/2014.

[324] Salituri Amezcua, María Martina. Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. En internet: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem (Fecha de consulta: 25/07/2019)

por medio de embriones generados con material genético del fallecido y una donante)."[325]

Por lo tanto, si muere el hombre pareciera ser más fácil porque sería la mujer quien llevará adelante tanto el proceso de fecundación del embrión para luego su implantación, como la implantación del embrión crioconservado.

En cambio, si muere la mujer sería mucho más complicado ya que el hombre no podrá llevar adelante solo la implantación, y necesitará contar con una madre sustituta que lleve adelante el embarazo. Actualmente este proceso no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, aunque la jurisprudencia cada vez más lo está permitiendo.

Si bien verdaderamente no se encuentra legislada la filiación post mortem, sí los legisladores la tuvieron en cuenta cuando redactaron el Anteproyecto del Código Civil y Comercial (CCyC), ya que en su artículo 563 establecía: "*Filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida. En caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento.*

No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos:

a) la persona consiente en el documento previsto en el artículo 560 o en un testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento.

b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso."

Este artículo establecía que no existía vínculo filial entre el fallecido (aportante del material genético) si la concepción en la mujer o la implantación del embrión no se había producido antes del fallecimiento. Es decir, que por un lado si la implantación se producía después del fallecimiento la persona nacida producto de esta técnica de fertilización asistida no iba a tener ningún vínculo filial con el fallecido, lo que resulta una clara violación al derecho filial y al derecho a la identidad, entre otros. Y, por otro lado, hace una diferenciación entre "concepción en la mujer¨" e "implantación del embrión en ella"; es decir; que se está refiriendo a dos tipos distintos de fertilización post mortem: por un lado, la filiación post mortem respecto de la filiación natural, y por otro lado a la filiación post mortem respecto de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. La Dra. María Fama aclara:

"*Ferrer considera que esta interpretación es disvaliosa si al momento de la muerte existen embriones crioconservados. Así formula la distinción antedicha entre la transferencia de gametos y de embriones: "Dos situaciones distintas contemplan indiferenciadamente estas normas… Su tratamiento igualitario y conjunto significa que los equipara, como así ambos tuviesen la misma naturaleza biológica, o sea, como si se tratase en ambos casos de células humanas, disimulando y pretendiendo borrar la*

[325] Gil Domínguez, Andrés. Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar. Publicado en: LA LEY 03/08/2016, 03/08/2016,8 – LA LEY2016-D, 542. Cita Online: AR/DOC/2171/2016.

diferencia ontológica entre ellos: en los embriones ya existe el principio de una persona humana que falta en los gametos…". El art. 19 del CCiv. y Com. "no determina en qué consiste la concepción, lo cual permite concluir que la concepción, de acuerdo a lo que entiende la doctrina predominante y tradicional argentina, se produce con la fusión del óvulo y el espermatozoide, sea que esta fusión se produzca in vivo, en el cuerpo de la madre, o in vitro. Por lo tanto, el embrión no implantado es un ser humano concebido, al igual que el embrión concebido en el seno materno, y por ello no puede recibir el mismo tratamiento jurídico que las células germinales, en las cuales todavía no hay vida humana. De ahí la diferencia de situaciones: cuando fallece el hombre sin que se hayan utilizado todavía sus gametos, sólo quedan éstos congelados, en los cuales no existe vida humana. Por el contrario, si fallece después que los médicos especialistas han aplicado la técnica de fecundación in vitro logrando la fusión del espermatozoide con el óvulo, y antes de la implantación en el útero de la mujer del embrión así formado, la situación es distinta: ya tenemos un nuevo ser humano, creado en probeta de laboratorio, con su dotación genética apta para desarrollarse. En el primer caso la prohibición de utilizar los gametos de un hombre fallecido se explica porque significa programar post mortem la concepción de un niño huérfano de antemano; por el contrario, prohibir la transferencia e implantación de una criatura ya concebida in vitro en vida de su padre, es impedir arbitrariamente que este nuevo ser humano ya existente continúe su evolución y se desarrolle hasta nacer, respetando su derecho a la vida, su derecho a tener una filiación paterna y sus derechos patrimoniales, como el derecho a suceder a su progenitor…"."[326]

Ahora bien, como se puede ver en el segundo párrafo en donde menciona los requisitos solo hace mención en aquellos casos en que el hombre es quien muere, y no menciona nada respecto de si es la mujer quien fallece, por lo que se establece una clara discriminación respecto al género de la persona fallecida. Al respecto las Dras. Ditieri, Cortese y Gonzalez Demaria sostienen:

"*De este modo, el Anteproyecto contemplaba la FPM, siendo la regla su prohibición, con las excepciones mencionadas en la parte final del artículo en cuestión. Cabe aclarar, que existen tres posiciones frente a la FPM las cuales son: su prohibición expresa, su regulación o el silencio legislativo. En este caso, el Anteproyecto se inclinó por la regulación de la FPM brindando seguridad jurídica a las partes intervinientes. Sin embargo, sin mayores fundamentos se eliminó su regulación y se desdobló parte del texto originario del artículo 563 de manera que el primer párrafo pasó a ser el nuevo artículo 562 "voluntad procreacional" y el segundo párrafo quedó como el nuevo Art. 563 "derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida" (MERLO, 2013), no logrando arribar a la inclusión de la FPM en el CCyCN vigente.*

Para agregar, señalaremos que de permitirse este tipo de regulación, se estaría condenando a un niño deliberada y conscientemente a nacer huérfano privilegiando, de esta manera, el interés del progenitor y no del niño. Se suma a esta postura que en la FOM se coloca al hijo en forma voluntaria en un hogar disgregado, menoscabando el principio del interés superior del niño, constituyendo la FPM un ejercicio abusivo y desmesurado del derecho a procrear. De llevarse a cabo esta modalidad, se puede afectar el desarrollo y la personalidad del niño atento a la carencia de un progenitor y de su

[326] Famá, María Victoria. Capacidad para suceder y filiación post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en: RDF: 79, 17/05/2017, 207. Cita Online: AR/DOC/3560/2017.

relación con el otro resultado indiscutible el derecho de los hijos a ser concebidos, traídos al mundo y educados por ambos padres. Además, se pondría en juego el derecho de la identidad del niño puesto que de no cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 563 del Anteproyecto, no se le podría reconocer al mismo vinculo filial alguno con la persona fallecida."[327]

Si bien es cierto que se pondría en juego el derecho a la identidad del nacido mediante estas técnicas, se produciría un cambio si los niños nacidos producto de esta fertilización post mortem al momento de que alcancen el grado de madurez suficiente pudieran conocer sus verdaderos orígenes.

Por otro lado, no resulta verdadero el hecho referido a condenar a un niño a nacer huérfano, ya que lo efectivamente importante es que lo que se está logrando con este tipo de filiación es que ese niño nazca con vida (que ese embrión que se encontraba *criopreservado* pueda continuar desarrollándose) y que tenga los mismos derechos que aquel otro que ya se encontraba concebido o implantado en el seno materno. Tampoco es cierto que se esté menoscabando el interés superior del niño, muy por el contrario, ya que se le está dando la posibilidad de que continué su desarrollo y que adquiera todos los derechos humanos implícitos que le corresponden por el solo hecho de ser una persona, aunque aún no haya nacido.

Si bien resulta cierto que el niño nacería sin un progenitor, lo mismo ocurría con cualquier niño que se encontrara en el seno materno y cuyo padre muriera, y naciera huérfano de un progenitor; pero en el caso de la filiación post mortem la diferencia es que se estaría salvando y continuando la vida de un embrión crio conservado.

A continuación, se desarrollarán los siguientes comentarios respecto al artículo en análisis:

En principio, comenzaremos por establecer las distintas posibilidades respecto de este tipo filial y las restricciones con las que nos encontramos.

"*El siguiente listado permite gráficamente ver el grado de restricción de la norma…*

1) Pareja heterosexual, fallece el hombre:

a) La mujer decide realizar la transferencia de embriones (luego se verá si éstos se implantan o no)

b) La mujer utiliza gametos crioconservados de su cónyuge o conviviente premuerto.

c) La mujer solicita la extracción compulsiva de semen de su cónyuge o conviviente.

2) Pareja heterosexual, fallece la esposa/conviviente:

[327] Ditieri, Marina; Cortese, Gilda Beatriz y González Demaría, Yanina Graciela. Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018 Nº 18 (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial), Pgs 62-81. ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP. Pág. 74.

a) El hombre opta por implantar un embrión en otra mujer accediendo a la gestación por sustitución.

b) El hombre opta por utilizar gametos de la mujer para una vez creado el embrión recurrir a la gestación por sustitución.

c) El hombre realiza una extracción compulsiva de óvulos de la mujer.

3) Pareja homosexual de mujeres:

a) La sobreviviente transfiere embriones crioconservados producidos con gametos de la cónyuge premuerta y donante anónimo (el éxito del embarazo dependerá luego de la implantación o no del mismo).

b) La sobreviviente con gametos crioconservados de la fallecida y donante anónimo crea un embrión y solicita su transferencia.

4) Pareja homosexual de hombres:

a) El sobreviviente recurre a transferir embriones crioconservados producto de los gametos del fallecido y donante anónimo a una mujer por medio de la gestación por sustitución.

b) El sobreviviente con gametos crioconservados del fallecido y donante anónima crea un embrión y se lo transfieren a una mujer mediante la gestación por sustitución."[328]

Se puede observar, que es imposible pensar en estos supuestos, salvo autorización expresa judicial, toda vez que los legisladores a la hora de sancionar el nuevo Código Civil y Comercial eliminaron la figura de la fecundación post mortem y de la maternidad subrogada. Por lo que, respecto a lo que proyectaba el artículo 563 del anteproyecto del Código solo se podía dar el caso de estar ante una fecundación post mortem si era la mujer quien podía transferir el embrión a fin de poder llevar adelante el embarazo. Sin embargo, en la mayoría de los países europeos está prohibida la inseminación de la mujer post mortem, entendiendo estos ordenamientos jurídicos que si hubiera quedado semen depositado en algún centro médico donde se llevaran adelante estos procedimientos, el mismo debe ser destruido. Es loable destacar que solamente hacen mención al material genético. Al respecto el Dr. Ferrer Francisco aclara su postura:

"*Después del fallecimiento de su marido o compañero, cuyo semen se hallaba depositado y congelado en la clínica o banco de semen, procedimiento que es predominantemente descalificado en la doctrina comparada, por el mismo motivo de crearse intencionalmente un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole un padre de ultratumba, lo cual constituye una aplicación desviada de la finalidad propia de las técnicas y además tiende a satisfacer un deseo egoísta: del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere atenuar el sufrimiento de un duelo o revivir la imagen del marido o compañero desaparecido, y todo prescindiendo del interés superior del nacido de esta manipulación, por lo cual se considera que no resulta ni jurídica ni humanamente aceptable. Con esta práctica se olvida completamente la persona del niño*

[328] Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1: Derecho de Familia I: relaciones entre padres e hijos. Dirigido por Héctor Eduardo Alegría; Jorge Mosset Iturraspe. 1ª ed. Revisada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016. Pérez, Agustina. Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mortem. ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?, págs. 186-187.

y sus derechos, cuando una exigencia elemental de respeto por la vida de cada persona y el significado mismos de la generación, postulan que el centro del proceso generacional sea precisamente la persona del niño."[329]

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico argentino vigente no presenta ningún tipo de regulación respecto a este tipo de filiación; aunque se había intentado legislar con el ante proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que quedó eliminado y trajo varias posiciones doctrinarias al respecto, como así también un acuciante silencio normativo. La Dra. Soledad Briozzo menciona en su análisis:

"*En relación con las disposiciones del Anteproyecto, consideramos relevante las siguientes apreciaciones:*

-La persona nacida del uso de las TRHA y el cónyuge o conviviente fallecido de la mujer que da a luz, se establecía como regla que no hay vínculo filial si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento y, excepcionalmente, puede haber vinculo filial con el fallecido, a través su consentimiento expresado en un testamento, siempre que la implantación se lleve a cabo del año del fallecimiento.

-Este principio negativo se aplica "tanto para la fertilización heteróloga como para la homóloga, es decir, incluso frente al supuesto de que la persona fallecida hubiera aportado su propio material genético para la fecundación" (Famá, 2014).

-La regulación se refería a supuestos en los que él o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz fallece durante el proceso de fertilización en curso.

-La norma proyectada no prohibía la fertilización post mórtem, tampoco imponía límite alguno sobre la cantidad de veces que podía ser llevada a cabo.

-La caducidad del consentimiento se producía con la muerte de la persona, salvo que "hubiera dejado expresa mención de la intención de que produjera efectos tras el fallecimiento".

-La fertilización post mortem, al igual que la gestación por otro, se admitía en matrimonios y convivencia de distinto e igual sexo (sólo de mujeres).

-La filiación post mortem regulada exigía "la conjunción del elemento volitivo y el elemento genético para generar vínculos filiatorios."[330]

Vale agregar que, de todos modos, este articulado no hubiera sido suficiente toda vez que lo único que legislaba era el supuesto de filiación post mortem respecto de los embriones que se encontraban *criopreservados*. Sin embargo, no hacía ningún tipo de mención al material genético que se encontraba *crioconservado* al momento del fallecimiento del progenitor, como así tampoco a la voluntad de él o la conyugue o conviviente de extraer material genético de su pareja al momento de la muerte de este.

Algunos autores, como por ejemplo la Dra. Marisa Herrera, entienden que: *"El Código Civil y Comercial se perdió una valiosa oportunidad de regular el tema en*

[329] Ferrer, Francisco A. M. La fecundación post mortem. Publicado en: LA LEY 09/10/2018, 09/10/2018,1 – LA LEY2018-3, 1034. Cita Online: AR/DOC/2042/2018

[330] Briozzo, Soledad. La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Publicado en: DFyP 2017 (Julio), 12/07/2017, 48. Cita Online: AR/DOC/1208/2017.

análisis por presiones de la Iglesia Católica. Sin embargo, la quita del articulado durante el debate parlamentario ha sido acertada. Permitir la FPM sólo ante la existencia de embriones in vitro constituye una opción legislativa sumamente restrictiva, es decir, absolutamente contraria a la idea de que el embrión no es persona."[331]

Si bien estamos de acuerdo en que el Código Civil y Comercial vigente efectivamente se perdió una excelente ocasión para poder legislar la fecundación post mortem y como consecuencia de ella la filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida post mortem, lo cierto es que no tenemos seguridad que haya sido producto de presiones que los legisladores hubieran sufrido por parte de la Iglesia Católica. Por otro lado, ya se ha refutado la idea de esta autora respecto de que no considera a los embriones humanos persona, pero claro está, como ya se ha mencionado con anterioridad a lo largo de la presente investigación: los embriones humanos se encuentren dentro del seno materno o *criopreservados* son personas y como tales poseedores del derecho a la vida.

Por otro lado, compartimos la idea de que el articulado tal y como estaba redactado en el anteproyecto del Código, solo se limitaba a los embriones *criopreservados,* pero no hacía ningún tipo de mención respecto del material genético que ya se encontraba *criopreservado* en el Centro de Salud, y mucho menos acerca del pedido de extracción de material genético de una persona recientemente fallecida.

Sin embargo, entendemos que se debería haber modificado el artículo del anteproyecto del Código teniendo en cuenta no solo los embriones *criopreservados,* sino también la posible obtención de material genético de una persona al momento de su fallecimiento y la disposición del material genético *criopreservado* al momento de su muerte.

8.2.1 Filiación post mortem como filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida

Cuando nos referimos a la filiación post mortem como un tipo de filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida nos topamos con tres situaciones distintas. La primera de ella y más común, es que el embrión ya se encuentre *criopreservado*, teniendo la categoría de persona por nacer esperando ser implantada en el seno materno para poder continuar su desarrollo. La segunda situación sería la presencia de material genético *crioconservado* de los progenitores para ser utilizado con posterioridad. Y en tercer y último lugar, el menos común de todos, es la extracción de material genético post mortem.

En las tres situaciones mencionadas se presenta una problemática respecto a la determinación de la filiación entre los progenitores, aportantes del material genético, y los niños nacidos producto de estas técnicas.

"*Zannoni plantea dos elementos que entran en juego en la filiación. Afirma que si nosotros damos trascendencia exclusiva al elemento biológico o genético determinado mediante la procreación, el razonamiento correcto sería atribuir la paternidad al marido*

[331] Herrera, Marisa. Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada. En internet: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6629092 (Fecha de consulta: 08/09/2019

pre-muerto que genéticamente es el autor de la concepción. Por lo tanto, como se trata de un hijo concebido por marido y mujer, el hijo es legítimo. En cambio, desde una perspectiva institucional: sólo son legítimos los hijos concebidos por la mujer durante el matrimonio, con lo que el autor estima que de lege lata el hijo concebido con semen del marido pero con posterioridad a la disolución del matrimonio, es hijo extramatrimonial."[332]

Ahora bien, como se puede observar Zannoni solo trata el tema cuando el potencial hijo, es decir el embrión, es producto del matrimonio; pero con el avance social y tecnológico presente en el derecho de familia dicha cuestión necesita ser ampliada. Creemos que es necesario, atribuir la paternidad y/o maternidad al aportante del material genético (cónyuge o conviviente). Además, con el nuevo ordenamiento jurídico vigente en nuestro país ya no existe la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos.

A pesar de ello, podemos encontrarnos con distintas hipótesis respecto de las técnicas de reproducción humana asistida en especial aquellas que intentan ser utilizadas post mortem según la siguiente cita del Dr. Lafferriere:

"*Desde un punto de vista teórico, imaginando un caso simple de dos requirentes que recurren a sus propios gametos (homóloga), encontramos las siguientes hipótesis:*

a) El fallecido no depositó sus gametos ni expresó ninguna voluntad.

b) El fallecido depositó sus gametos pero a través de un mandatario o representante, sin dejar su voluntad en forma expresa.

c) El fallecido depositó sus gametos y dejó su voluntad en forma expresa.

d) El fallecido no depositó sus gametos pero dejó su voluntad en forma expresa (extracción de gametos post mortem).

e) El fallecido depositó sus gametos, dejó su voluntad para su utilización en un testamento o expresión de última voluntad.

f) Los gametos del fallecido fueron utilizados para fecundar embriones, que permanecían criopreservados al momento del fallecimiento del requirente. Este supuesto, que podría varias según el fallecido haya o no dejado expresada su voluntad para la transferencia de los embriones, sería distinto a todos los anteriores, pues aquí ya nos encontramos con embriones concebidos, y, por tanto, con personas por nacer en los términos del art. 19, Cód. Civ. y Com."[333]

Como ya se mencionó, el ordenamiento jurídico vigente en materia de filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida regula que se los aportantes del material genético presten el consentimiento libre e informado. En el caso de la filiación post mortem, mencionan que debe existir un consentimiento libre e informado de los aportantes del material genético respecto de la disposición de estos aun luego de su muerte; además debe existir dicho consentimiento (previo al fallecimiento) no solo

[332] Alza Barco, Carlos. El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios. En internet: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14306/14922 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

[333] Lafferriere, Jorge N. La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial. Publicado en: LA LEY 11/07/2018, 11/07/2018,6 – DFyp 2018 (Septiembre), 163. Cita Online: AR/DOC/1288/2018.

respecto al material genético sino también en relación a los embriones que se encuentran criopreservados.

Ahora bien, encontramos distintos supuestos respecto del consentimiento libre e informado, a saber: a) Inexistencia del consentimiento libre e informado del progenitor fallecido; b) Existencia del consentimiento libre e informado respecto del material genético del progenitor fallecido pero sin disposiciones de reproducción después de su muerte; c) Existencia del consentimiento libre e informado del progenitor fallecido respecto de los embriones criopreservados pero sin disposiciones de implantación después de su muerte.

8.2.1.1 Inexistencia del consentimiento libre e informado del progenitor fallecido:

Respecto a esta situación, expresa la Dra. Rodriguez Guitán:

"Se genera a raíz de una determinada redacción que contienen ciertas regulaciones normativas de la reproducción artificial post mortem. En concreto, me estoy refiriendo al artículo 9 de la Ley española 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) y al artículo 563 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Una primera lectura de dichos preceptos, deducida del tenor literal de los mismos, pudiera dar a entender que la ley posibilita en todo caso, sin exigir ningún requisito, la práctica de la reproducción artificial post mortem, y que para lo que requiere determinados requisitos (como el consentimiento y el plazo temporal en que debe procederse a la misma) es simplemente para que pueda determinarse legalmente la filiación respecto de la persona fallecida. De tal forma que, desde esta primera lectura de los preceptos, si no se han cumplido los requisitos exigidos por la ley, la reproducción artificial post mortem es válida pero la filiación solo quedaría determinada respecto de la madre gestante."[334]

Entonces resulta que, esta filiación podría traer aparejada algunas consecuencias, ya que podría entenderse que aun cuando existiere vínculo filial del nacido producto de esta técnica con el progenitor fallecido, podría carecer de derechos hereditarios, y, peor aún, podría no llevar el apellido de su verdadero progenitor, y, además, podría no conocer su verdadera identidad en un futuro. Agrega la citada autora:

"*Además, si se acepta tal lectura de los preceptos, esto es, que el consentimiento de la persona fallecida sólo se requiere a los efectos de la determinación de la filiación, cabría autorizar, incluso, una inseminación o una implantación del embrión tras el fallecimiento cuando el cónyuge o pareja premuerta hubiera exteriorizado su voluntad contraria a ello.*"[335]

Por lo tanto, aún cuando no existiera consentimiento se podría llevar adelante la fecundación e incluso la implantación del embrión en el seno materno, aunque lo único prohibitivo sería la obtención de la filiación respecto del progenitor fallecido. Por consiguiente, esta falta de filiación con el aportante del material genético fallecido sería

[334] Rodríguez Guitán, Alma María. Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem. Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 1 (2017) – Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural. ISSN: 2079-5971. Pág. 183-184. En internet: http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/659/980 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

[335] Rodríguez Guitán, Alma María. Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem. Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 1 (2017) – Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural. ISSN: 2079-5971. Pág. 184. En internet: http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/659/980 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

contraria al ordenamiento jurídico vigente, toda vez que afectaría de manera directa el derecho a la identidad de la persona nacida mediante este procedimiento artificial.

Otro de los problemas que trae aparejado esta técnica es cuando es la mujer quien solicita material genético (recordemos que no existe ningún tipo de consentimiento firmado por el hombre); la extracción del material genético del marido quien se encuentra en un grave estado (por ejemplo en coma), o incluso cuando acaba de fallecer. Nuevamente la Dra. Rodriguez Guitán aclara al respecto:

"*Si la persona está en coma, aunque se le incapacite judicialmente y se le nombre un tutor, nunca su voluntad podría ser suplida por el tutor, ni siquiera con autorización judicial, ya que la extracción del material genético y el uso del mismo con fines de reproducción tras su muerte requiere un consentimiento personalísimo al estar implicados el derecho a la autodeterminación y la integridad física. En caso de que la persona haya fallecido ya, es cierto que ha desaparecido la personalidad jurídica y con ello los mencionados derechos. Pero esto no implica, en función de lo que fue la dignidad de la persona, una total libertad en cuanto a la disposición y destino de los restos de la persona. Es cierto que suele permitirse las donaciones de órganos de personas fallecidas con fines terapéuticos y de investigación a falta de oposición expresa en vida de aquellas, y siempre con respeto a la voluntad de los familiares, pero es difícil el encaje del problema que aquí se está planteando con la figura de las donaciones de órganos. Primero, porque no es indiscutible que el material genético pueda equiparse a cualquier otro órgano del cuerpo y porque es complicado considerar que el uso de tal material genético para la procreación del cónyuge o pareja constituya una donación (ya que en este ámbito se caracteriza por ser anónima).*"[336]

A pesar de lo expuesto en la cita, en nuestra jurisprudencia, ante el silencio legislativo respecto de la filiación post mortem y los pedidos de autorización judicial, los magistrados han fallado a favor de la filiación post mortem en materia de filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida, autorizando la utilización del material genético criopreservado del progenitor fallecido. Además, se autorizó la utilización de los embriones que se encontraban criopreservados aun cuando no existiera un consentimiento libre e informado expreso respecto de su utilización luego del fallecimiento del progenitor, e, incluso, se permitió la extracción de material genético del progenitor fallecido para que pueda llevarse adelante un procedimiento de técnicas de reproducción medicamente humana asistida.

8.2.1.2 Existencia del consentimiento libre e informado respecto del material genético del progenitor fallecido, pero sin disposiciones de reproducción después de su muerte:

Este es el caso donde fue extraído material genético previamente al fallecimiento, guardado y *crioconservado* en un Centro Médico con el fin de su posterior utilización para fecundarlo con el propósito de formar un embrión mediante fertilización asistida. Aunque la persona en cuestión haya prestado el consentimiento, se plantea un problema cuando fallece en el caso de que no se haya estipulado ninguna disposición respecto de la reproducción después de su muerte.

[336] Rodríguez Guitán, Alma María. Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem. Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 1 (2017) – Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural. ISSN: 2079-5971. Pág. 185. En internet: http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/659/980 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

Luego del fallecimiento de la persona, muchas veces, el o la cónyuge supérstite o conviviente, desea utilizar el material genético del fallecido/a para lograr mediante la fertilización asistida la fecundación del embrión y llevar adelante un embarazo. Otro supuesto que se podría dar es que sea el cónyuge supérstite quien quiera utilizar el material genético del progenitor fallecido, este caso es aún más complejo porque no solo se debe fecundar el embrión, sino que también se necesitaría una madre sustituta que debe llevar adelante el embarazo.

Vale agregar que en muchas de las legislaciones donde la fertilización post mortem se encuentra regulada, exigen el consentimiento informado de la persona fallecida respecto de la utilización del material genético luego de su fallecimiento, estableciendo que dicho consentimiento debe ser prestado de forma expresa y no puede ser tácito. Al respecto la Dra. Rodríguez Guitán expresa:

"No bastaría un consentimiento tácito, ya que esta clase de consentimientos puede generar ciertos problemas. Esta cuestión no tendrá demasiada relevancia práctica, en la medida en que suele ser una costumbre habitual de las clínicas dedicadas a la realización de estas técnicas que requieran que el depositante declare su intención sobre la disposición del esperma en caso de fallecimiento. La dificultad surge cuando el depositante no ha hecho ninguna aclaración y posteriormente, tras su muerte, la viuda, la compañera de hecho y/o los familiares del difunto desean el uso post mortem de su material genético para la procreación. Hay que preguntarse por el significado concreto de que una persona deposite sus gametos en un centro autorizado. Sin duda este hecho revela su intención clara de procrear en un futuro próximo y, además, de hacerlo mediante las técnicas de reproducción asistida, pero desde luego ello no supone ninguna prueba de la voluntad de procrear bajo cualquier circunstancia, incluso después de la muerte. Se ha mantenido (así Schiff 1997) que cuando una persona no ha dado ninguna instrucción sobre el uso de sus gametos crioconservados para la procreación tras su fallecimiento, su silencio nunca debería ser entendido como consentimiento. Como las consecuencias de la procreación post mortem son tan serias, ello afectaría a valores esenciales de los que el individuo era titular en vida, como el derecho a la integridad física y a la propia autodeterminación."[337]

Por consiguiente, los Centros Médicos deberían hacer firmar a los depositantes de material genético, una declaración sobre la disposición de sus gametos luego del fallecimiento además del consentimiento informado que actualmente firman. De esta forma, se evitaría que él o la cónyuge supérstite o conviviente (en nuestro país con mayor frecuencia es la cónyuge supérstite quien solicita el uso del material genético de su marido o conviviente fallecido), solicite judicialmente la utilización del material genético *criopreservado* luego de la muerte. Si la persona fallecida ya hubiera prestado su consentimiento respecto de su uso del material genético post mortem, el procedimiento sería mucho más rápido, debido a que en el caso de que el consentimiento sea a favor de la fecundación, el Centro Médico sin el permiso judicial podría llevar adelante la técnica.

En nuestro país, actualmente no se firman consentimientos respecto de la disposición de su material genético luego del fallecimiento, por lo que se suele pedir autorización judicial para su utilización luego de la muerte. En relación con la ausencia

[337] Rodríguez Guitán, Alma María. Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem. Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 1 (2017) – Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural. ISSN: 2079-5971. Pág. 185. En internet: http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/659/980 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

del documento, parte de la doctrina entiende que si la persona fallecida no prestó consentimiento de ningún tipo para la utilización después de su muerte, no puede ser entendida como consentimiento para su utilización, ya que su utilización trae aparejados varias consecuencias no solo en cuanto a la afectación de los derechos de la persona fallecida sino también respecto a los derechos de la persona nacida producto de la técnica de reproducción medicamente asistida.

8.2.1.3 Existencia del consentimiento libre e informado del progenitor fallecido respecto de los embriones *criopreservados* pero sin disposiciones de implantación después de su muerte.

En este supuesto, el progenitor fallecido ha prestado su consentimiento libre e informado para la creación de embriones mediante técnicas de reproducción medicamente asistida, sin embargo, no ha prestado ningún tipo de consentimiento respecto de la utilización de estos embriones que se encuentran *criopreservados* después de su muerte. La autora ya citada agrega al respecto:

"Un supuesto especial y distinto del caso anterior es si los dos miembros del matrimonio o de la pareja, en vida de ambos, han iniciado ya un proceso de procreación asistida y, en concreto, como resultado de la fecundación in vitro, se han constituido embriones que están, o pendientes de transferencia, o incluso crioconservados desde hace tiempo. Ya se ha emitido el consentimiento general para el uso de las técnicas de reproducción asistida y se ha autorizado además el destino que tendrían los embriones, en concreto, su uso por la pareja para la procreación. De repente uno de los dos miembros del matrimonio o de la pareja fallece (por una enfermedad inesperada o por accidente laboral o de tráfico) antes de que se haya llevado a cabo la transferencia de los embriones al útero de la mujer. Evidentemente no ha podido preverse su fallecimiento y, por tanto, no se ha podido dar el consentimiento específico para la transferencia post mortem de los embriones."[338]

Si bien es concreto que la persona ha prestado su consentimiento libre e informado para la realización de la fecundación in vitro, lo cierto es que producto de dicha fecundación se han formado embriones, es decir, una vida humana que debe ser respetada. Sin embargo, podemos comprender que el progenitor fallecido pudo no haber prestado de forma expresa la disposición de esos embriones *criopreservados* luego de su muerte, aunque prestó consentimiento para la fecundación, lo que implícitamente puede implicar la utilización de los embriones *criococonservados*.

Cabe agregar que todo embrión humano *crioconservado* posee el derecho a la vida; por lo tanto, no debe entenderse el consentimiento de manera restrictiva sino en sentido amplio. Esto implica entender que el progenitor fallecido ya presto su voluntad procreacional al momento de someterse al proceso de fecundación asistida, caso contrario, se estaría atentando contra la voluntad procreacional del progenitor fallecido y contra el derecho a la vida del embrión.

[338] Rodríguez Guitán, Alma María. Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem. Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 1 (2017) – Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural. ISSN: 2079-5971. Pág. 185. En internet: http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/659/980 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

8.2.2 Fecundación post mortem de embriones criopreservados sobrantes

A lo largo de la presente investigación nos hemos referido a los embriones y en especial aquellos que se encuentran *criopreservados* y hemos partido de la premisa de que todos los embriones, sin importar si los mismos fueron concebidos de manera natural es decir en el seno materno o de manera artificial mediante la fecundación en una clínica dedicada a la fertilización asistida, son personas humanas. Estas mismas se encuentran protegidas por el artículo 19 del actual Código Civil y Comercial de la Nación y, por ende, los embriones tienen todos los derechos humanos correspondientes a todas las personas, en especial derecho a la vida que debe ser resguardado.

Cuando nos referimos a la fecundación post mortem, se generan una serie de preguntas a saber:—¿Qué sucede con aquellos embriones que se encuentran criopreservados?, ¿Podríamos dejarlos criopreservados *in eternum* si alguno de los progenitores fallece? ¿Es lícito prohibirles su implantación por el solo hecho de que uno de sus progenitores haya fallecido?. El Dr. Jorge Lafferriere comenta al respecto:

"*Así, creemos que en tales supuestos serían admisibles los planteos ordenados a obtener la transferencia de los embriones para su nacimiento. Exigir una renovación del consentimiento contraría el respeto a la vida de los embriones. En tales casos la voluntad procreacional debe ceder ante la realidad de la vida ya concebida.*

Por supuesto, no se nos escapa que nuestra postura está sujeta a controversias por las pretensiones de tornar operativa en nuestro país la interpretación que hizo el fallo "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Disentimos con esa postura y nos remitimos a trabajos anteriores. Entendemos que en estos casos siempre será admisible la transferencia, pues se trata de personas ya vivas, sujetas a responsabilidad parental (art. 638, Cód. Civ. y Com.) y que tienen derecho a nacer."[339]

Por consiguiente, en el caso de los embriones sobrantes *criopreservados* se debe autorizar la transferencia embrionaria (aunque debe realizarse post mortem), básicamente porque son persona por nacer, y como tales tienen derecho a vivir y a nacer, entre otros derechos. Sin embargo, poder implantar los embriones sobrantes post mortem no solo depende del status jurídico que se les dé a los mismos, como menciona la Dra. Daniela Zabaleta:

"*En este sentido, considerar al embrión no implantado como una persona humana tiene la bondad de erigirse como un principio inmutable, con eficacia y virtualidad propia, ajena a toda consideración de la voluntad de las partes. En consecuencia, planteado un caso en el que se debe decidir si transferir o no embriones crioconservados, ninguna relevancia tendrá el hecho de que el aportante de su material genético haya revocado su consentimiento o que haya fallecido tras producirse su fecundación, lo importante será ver si ese embrión se encuentra efectivamente concebido, en cuyo caso,*

[339] Lafferriere, Jorge N. La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial. Publicado en: LA LEY 11/07/2018, 11/07/2018,6 – DFyp 2018 (Septiembre), 163. Cita Online: AR/DOC/1288/2018.

necesariamente deberá autorizarse su transferencia a los fines de que esa vida se desarrolle."[340]

Cabe destacar que si el embrión ya está concebido (exista o no un consentimiento del aportante de material genético) debe implantarse o proceder a la trasferencia embrionaria, al igual que si alguno de los progenitores hubiera fallecido. Si no se lleva a cabo la práctica de implantación o transferencia, puede privarse al embrión del derecho a la vida. Al respecto agrega la Dra. Daniela Zabaleta: "*En la fecundación post mortem el niño es concebido a sabiendas de que uno de sus progenitores no se encuentra con vida, privándolo adrede de la relación que pudiera tener con esa persona. En cambio, en los demás casos, se trata de un hecho involuntario, ajeno al querer de las partes. Las consecuencias en uno y otro supuesto es la misma: el niño nacerá o se criará sin su padre, pero las causas de esas consecuencias no son idénticas y eso es justamente lo que hace que no puedan compararse ambos escenarios. Recuérdese que los actos en el Derecho no se juzgan sólo por los efectos que producen sino que en su análisis resulta primordial la intención del agente que obra.* "[341]

Además, privarles la implantación sería discriminar y hacer una distinción entre aquellos embriones que fueron concebidos en el seno materno frente a aquellos que fueron concebidos artificialmente, máxime porque siempre existe la posibilidad de muerte de un progenitor, aún en embriones concebidos naturalmente. Por lo tanto, cabe preguntarnos: ¿Cuál es la diferencia entre una fecundación post mortem y una persona que pierde a su padre cuando se estaba desarrollando?, la diferencia es ínfima ya que en ambos casos el menor carecerá de padre, con la diferencia en que en la fecundación post mortem la madre es quien decide si luego de fallecido el progenitor, llevará a cabo el embarazo con el único fin de poder desarrollar la vida de esa persona por nacer; ya que, como señala la Dra. Úrsula Basset:

"*La implantación de un embrión crioconservado parece un acto de humanidad innegable. ¿Quién podría oponerse a que esa vida que ya ha sido engendrada llegue a término y vea la luz del día? Lo más asombroso es que los que así argumentan sostienen al mismo tiempo la legitimidad del aborto y que la vida no comienza en la concepción sino en la implantación; de modo que para ellos ese embrión ni siquiera sería vida humana… Notable paradoja argumental, en dónde a veces los argumentos son como en la escuela de los sofistas, en dónde el principal es la estratagema retórica y no la razonabilidad argumentativa.*"[342]

Es decir, que partiendo de la premisa de que los embriones humanos sobrantes que se encuentran *criopreservados* son personas por nacer, no se les podría negar la implantación ya que si se le negara su vida quedaría supeditada en el tiempo y no se podría desarrollar, por lo que debe procederse a la implantación de estos. Y agrega la citada autora:

---

[340] Zabaleta, Daniela B. Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura. Publicado en: DFyP 2016 (agosto), 04/08/2016, 140. Cita Online: AR/DOC/2172/2016.

[341] Zabaleta, Daniela B. Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura. Publicado en: DFyP 2016 (agosto), 04/08/2016, 140. Cita Online: AR/DOC/2172/2016.

[342] Basset, Úrsula C. La filiación después de la muerte: Un caso de adopción. Publicado en: DFyP2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 41. Cita Online: AR/DOC/5661/2012.

"*De nuestra parte, consideramos que la implantación post mortem del embrión en virtud de su especial dignidad nace de un dilema ficticio. Es menos macabra que la fabricación de un ser con gametos de hombre muerto, pero supone igualmente la sanción legal de la orfandad creada por el Estado.*

Es un dilema ficticio que surge de aceptar una premisa falsa: la licitud de la crioconservación. Siendo que hoy pueden conservarse gametos, es inadmisible que se permita que los embriones humanos se congelen, descongelen, se experimente con ellos o se descarten. Cualquiera sea el estatuto del embrión, supone en todos los casos un ser humano nuevo con identidad genética propia. El primer momento de la existencia de todos los que tuvimos el privilegio de nacer (en una sociedad en la que ello depende cada vez más del arbitrio de adultos); es ese estadio –el de embrión- el más remoto de nuestra existencia. Allí remontamos nuestro código genético único e irrepetible que se replicará en cada una de nuestras células. Es el núcleo basal de nuestro yo.

El embrión humano no está al servicio de la ciencia, sino la ciencia al servicio de la dignidad humana. La única respuesta al galimatías no es pues girar en falso sobre una premisa corregible, sino regular de manera acorde a la dignidad de lo humano."[343]

Coincidimos con la autora que los embriones humanos no se deberían *crioconservar* porque esta técnica afecta la dignidad humana que tienen los embriones por su carácter de persona por nacer y que además se les prohíbe el desarrollo de la vida. Sin embargo, ya se encuentran criopreservados, por ende tenemos que buscar alguna solución para que su vida no quede suspendida en el tiempo y la solución, en el caso puntual de la muerte del progenitor, es que se proceda a la implantación con el fin de que pueda desarrollarse la vida humana.

Por lo tanto, el ordenamiento jurídico debería contemplar una norma que permitiera la transferencia embrionaria post mortem con el fin de poder obtener una filiación post mortem con el progenitor fallecido. De esta forma podría resguardarse el derecho a la identidad de las personas, el derecho a tener vínculo familiar con la familia del fallecido y por supuesto la posesión de derechos hereditarios del causante, cuestión que se trabajará en otro apartado. Por consiguiente, acorde a lo mencionado, la persona nacida mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida podrá tener posesión de estado dentro de la familia del progenitor previamente fallecido.

8.2.3 Diferencias entre transferencia embrionaria post mortem y fecundación post mortem de gametos *criopreservados*

Hasta ahora hemos desarrollado la filiación post mortem, pero debemos considerar dos situaciones: la inseminación artificial post mortem y la transferencia embrionaria post mortem. En el primer caso se trata de células humanas, y en el segundo estamos en presencia de embriones humanos, es decir que ya estamos en presencia de una persona humana, cuestión que no ocurre en la inseminación artificial post mortem; por lo tanto, si bien parecen prácticas similares, no presentan la misma naturaleza.

Como se ha mencionado anteriormente, no existe en nuestro ordenamiento jurídico actual, ningún tipo de regulación respecto a la filiación post mortem, lo cierto es

[343] Basset, Úrsula C. La filiación después de la muerte: Un caso de adopción. Publicado en: DFyP2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 41. Cita Online: AR/DOC/5661/2012.

que no hay ninguna norma que prohíba que se lleve a cabo la concepción intra o extracorpórea luego de la muerte de alguno de los progenitores. Sí se encuentra pendiente, la sanción de una ley especial que regule la situación jurídica de los embriones *criopreservados* sobrantes. Sin embargo, a pesar de no haber ningún tipo de regulación al respecto, la jurisprudencia se ha ocupado de estos temas frente al pedido de los interesados, fallando en varias oportunidades a favor de la filiación post mortem. Al respecto, el Dr. Francisco Ferrer declara:

"*Otra variante de la inseminación post mortem se da cuando el hombre fallece imprevistamente y la mujer, en su ansiedad por tener un hijo de su esposo o compañero, contrata un médico para que le extraiga semen de los testículos, y luego se hace inseminar. Esta práctica sobre un cadáver es rechazada por la generalidad de los autores que se han ocupado del tema, porque no hay autorización del marido para que se proceda de este modo con su cuerpo; se prescinde de su voluntad procreacional y se dispone de su semen, que es un bien de la personalidad porque genera vida humana y transmite el patrimonio genético de la persona de quien proviene; se manipula un cadáver sin que exista un interés público ligado a una investigación de la justicia; y finalmente sólo se tiende a satisfacer la ansiedad y deseo de una mujer, sin que se pueda descartar la eventual presencia de apetencias patrimoniales al crear un heredero apto para desplazar a otros, sin atender en ningún caso al interés del hijo que se quiere crear.*"[344]

Coincidimos con el Dr. Ferrer que en este caso no se debería permitir la fecundación post mortem ya que el cónyuge o conviviente no se había sometido a ningún tratamiento de reproducción humana medicamente asistida, simplemente la mujer, luego de su muerte, decidió llevar a cabo la extracción de semen para inseminarse. De esta forma violó el derecho a la intimidad del hombre fallecido, y logró la manipulación de un cadáver, atentando contra la dignidad del cónyuge o conviviente fallecido, y obteniendo de esta manera, una filiación con una persona premuerta que en ningún momento había prestado consentimiento para someterse a ningún tratamiento. Además, no existía indicio de voluntad procreacional por parte del fallecido.

Cabe agregar que, en el caso de la extracción de semen de una persona muerta, no resulta análogo judicialmente respecto a la legislación vigente sobre trasplantes; debido a que no se trata de un órgano, sino de elementos potencialmente factibles de generar vida. Consideramos que no debería satisfacerse la voluntad de la mujer (deseo de tener un hijo de su cónyuge o conviviente fallecido), porque se violaría la voluntad del causante por no haber prestado consentimiento, y se le prohibiría a la persona nacida producto de esa técnica de fertilización artificial conocer a su padre y por ende a adquirir derechos filiales ni sucesorios.

Hasta aquí hemos visto un caso donde no existen ni gametos *criopreservados*, ni embriones humanos *crioconservados* para su posterior uso. Diferente resulta la situación donde se encuentra *criopreservado* el material genético del cónyuge o conviviente fallecido o embriones humanos como detalla a continuación el Dr. Ferrer:

"*Esta técnica post mortem de procreación asistida es, sin duda, de las más cuestionadas porque contempla exclusivamente el interés de los adultos en tener descendencia, siendo predominantemente descalificada por el motivo de que se crea un niño programado huérfano de antemano, imponiéndole un padre de ultratumba, lo cual*

[344] Ferrer, Francisco A. M. La fecundación post mortem. Publicado en: LA LEY 09/10/2018, 09/10/2018,1 – LA LEY2018-3, 1034. Cita Online: AR/DOC/2042/2018

constituye una aplicación desviada de la finalidad principal de las técnicas, que es terapéutica y encuadrada en el ámbito de la salud reproductiva como aplicación del derecho a la salud, porque esta técnica post mortem tiende a satisfacer un deseo egoísta del hombre que se quiere perpetuar, o de la mujer que quiere atenuar el perjuicio del interés del nacido de esta manipulación, por lo cual se considera que no resulta éticamente aceptable. Con esta práctica se olvida completamente la persona del niño y sus derechos, cuando una exigencia elemental de respeto por la vida de cada persona y el significado mismo de la generación, postulan que el centro del proceso generacional sea precisamente la persona del niño. Una visión exclusivamente técnica de la cuestión tiene precisamente el riesgo del olvido del centro de gravedad del sistema y que ese niño que se quiere crear y la consideración de su conveniencia e interés."[345]

En este asunto ya había *criopreservado* gametos masculinos, es decir que el cónyuge o conviviente fallecido había prestado su voluntad gestacional y había firmado el consentimiento informado no solo para que se extraiga su material genético, sino también que el mismo fuera *crioconservado* para su posterior uso. Sin embargo, como hemos visto, nuestro ordenamiento jurídico requiere que el consentimiento informado se renueve cada vez que se realice un procedimiento, lo cual consideramos acertado; pero no así en el caso de los embriones sobrantes que, como se verá más adelante, presentan la posibilidad de ser una persona por nacer. Al respecto, la Dra. Galli Fiant sostiene:

"*El consentimiento actual al tiempo de la utilización de gametos excluye la posibilidad de llevar a cabo la práctica intra o extracorpórea luego del fallecimiento del varón o la mujer, aunque haya formalizado otro consentimiento para una práctica anterior. Al no estar prevista excepción alguna, la falta de consentimiento actual no puede ser suplida por la voluntad expresada en un instrumento otorgado en vida, ni por testamento. Para este supuesto, entonces, nos inclinamos por la prohibición total.*"[346]

Se debe destacar, entonces, que, en estos casos, si bien el progenitor fallecido prestó el consentimiento para comenzar el tratamiento, no lo hizo para la fecundación y por ende la formación de un nuevo ser potencial persona humana. Como ya se mencionó, si se realiza la práctica de fecundación post mortem no solo se estaría violando el actual ordenamiento jurídico, sino además privando a la persona de poder conocer a su progenitor. Consideramos que, ante el deseo de una mujer de realizar este tipo de prácticas, sería conveniente la donación de gametos y así poder llevar adelante el procedimiento con el fin de lograr un embarazo, pero de esta forma el menor al momento de adquirir el grado de madurez suficiente sabría que es hijo producto de una inseminación artificial con gametos donados. Si bien, en ambos casos se trae al mundo un hijo sin un padre, en este último caso el donante sí prestó su consentimiento informado para que se lleve a cabo dicho proceso; en cambio, en el caso del cónyuge o conviviente premuerto, se estaría violando la voluntad del fallecido. Como menciona la Dra. Daniela Zabaleta:

"*Entiendo que tal tesitura parte de una aplicación incorrecta de los principios de libertad y autonomía que con tanta fuerza ha invadido el campo del derecho de familia en los últimos tiempos. Es que tanto uno como otro encuentran su límite en donde empiezan los derechos de las demás personas; derecho que, en el caso, se encuentra*

[345] Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.
[346] Galli Fiant, María Magdalena. Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio. Publicado en: DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, 197. Cita Online: AR/DOC/982/2017.

configurado por la necesidad psicofísica que tiene el por nacer a ser criado por sus progenitores y que no puede desconocerse por más legítimo que sea el deseo de una persona de concebir un hijo."[347]

Sin embargo, no hay ninguna norma que prohíba que se lleve a cabo dicho procedimiento y se logre la fecundación post mortem luego del fallecimiento del cónyuge o conviviente premuerto; tal es así que en algunas oportunidades la misma justicia lo ha autorizado, entendiendo que de manera previa se había firmado el consentimiento informado que prevé el artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación con las formalidades que exige el artículo 561 del mismo cuerpo legal. Al respecto establece el Dr. Francisco Ferrer:

"*El hijo nacido de este procedimiento no tendrá, en principio, filiación paterna ni derecho hereditario en relación al hombre del cual provino el elemento fecundante, pues así surge de los artículos 562 CCC y 2279 inc. b), CCC. Para establecer el vínculo jurídico de la filiación la madre, en representación de su hijo menor, o éste cuando llegue a la mayoría de edad, deberá entablar la acción de reclamación de la filiación contra los herederos del progenitor fallecido (art. 582 CCC). Pero todavía encontrarán el obstáculo de la prohibición del ejercicio de esta acción respecto de los hijos nacidos de estas técnicas (art. 577 y 582 último párrafo CCC).*"[348]

Es decir, que conforme el ordenamiento jurídico vigente, en principio, la persona que nazca producto de una fecundación post mortem no va a tener ningún vínculo filial con el cónyuge o conviviente premuerto de su madre. Por otro lado, la madre en representación de su hijo menor de edad, podría entablar acción de reclamación de filiación contra los herederos del progenitor fallecido, toda vez que, entendemos, prohibirle adquirir filiación sería inconstitucional. Sin embargo, consideramos que dicha práctica se debe prohibir, como señala la Dra. Soledad Briozzo:

"*Famá advierte "que incluso en las legislaciones permisivas el principio es la prohibición, de modo que la fertilización post mortem sólo se admite de manera excepcional y reunidos recaudos muy estrictos. Con distintos alcances, estas legislaciones se diseñan sobre la base de los siguientes aspectos:*

a) Presencia o ausencia de consentimiento del causante expresado en vida la para fertilización;

b) Eficacia del consentimiento tras el fallecimiento;

c) Posibilidad de implantar sólo embriones crioconservados o también fecundar con material genético;

d) Posibilidad de acceso por parte de los matrimonios o convivencias de pareja y, en ambos casos, de distinto o igual sexo;

[347] Zabaleta, Daniela B. Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura. Publicado en: DFyP 2016 (agosto), 04/08/2016, 140. Cita Online: AR/DOC/2172/2016.

[348] Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.

e) Época de la implantación y del nacimiento a los fines de determinar la existencia de vínculo filial con el fallecido y, por ende, el reconocimiento de derechos sucesorios"."[349]

Entonces, aun en aquellas legislaciones que permiten la fertilización in vitro post mortem, existe una tendencia a la prohibición, es decir, que solo se va a admitir de manera excepcional para los casos particulares. Sin embargo, sostenemos que esta práctica no debe permitirse ya que atenta contra el interés superior de la persona nacida mediante este procedimiento médico y contra los derechos reproductivos del cónyuge o conviviente premuerto.

Como se mencionó anteriormente, otro de los supuestos que se presentan es respecto a la transferencia embrionaria post mortem. En este caso la solución es diferente debido a que el embrión, es decir la persona por nacer, ya está concebida y prohibirle la implantación sería atentar contra el derecho a la vida. Nuevamente el Dr. Francisco Ferrer admite al respecto:

"*En este caso el proyecto procreativo ha sido llevado a cabo conjuntamente por ambos cónyuges o integrantes de una pareja heterosexual de hecho, viviendo ambos, y han prestado el consentimiento informado para someterse a la técnica de la fecundación in vitro, han aportado sus gametos, se produjo la fecundación extrauterina del óvulo y el embrión se ha formado en probeta, pero fallece el hombre antes de renovar su consentimiento (art. 560, último párrafo) y de efectuarse la transferencia al útero materno.*"[350]

Por lo tanto, en el citado caso, existe un embrión que se fecundó de manera artificial y se criopreservó para ser utilizado en un futuro. Sin embargo, ante tal situación debe tenerse como primera meta proteger la vida del embrión humano que se encuentra *criopreservado* y autorizar la implantación en el seno materno con el fin de que su vida se pueda seguir desarrollándose. En consecuencia, como lo expresa la Dra. Galli Fiant:

"*Coherentes con nuestra posición acerca del comienzo de la existencia de la persona, la solución es diversa en caso de muerte de quien había expresado su consentimiento para la práctica extracorpórea antes de la implantación del embrión. La continuidad del desarrollo de esta persona depende de su implantación en el seno de una mujer y, con la sola condición de que nazca con vida, quedarán determinados los vínculo filiatorios con respecto a los que expresaron la voluntad procreacional.*"[351]

Es decir, que en este caso se va a proceder con la transferencia embrionaria o implantación post mortem y si la persona nace con vida va a adquirir vínculo filial con los progenitores que hayan prestado su voluntad procreacional mediante los consentimientos informados, sin importar que alguno de ellos se encuentre fallecido. El aporte del citado Dr. Ferrer resulta significativo:

---

[349] Briozzo, Soledad. La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Publicado en: DFyP 2017 (Julio), 12/07/2017, 48. Cita Online: AR/DOC/1208/2017.
[350] Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.
[351] Galli Fiant, María Magdalena. Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio. Publicado en: DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, 197. Cita Online: AR/DOC/982/2017.

"*Pues, en efecto, aunque con la técnica actual se posibilita que la concepción de la persona se pueda producir en una probeta de laboratorio, lo cierto es que la circunstancia de que el embrión se encuentre crioconservado, no implantado, no le quita su condición humana. Cualquiera sea la forma en que hubiere sido concebido, con la técnica médica en laboratorio o naturalmente en el seno materno, en ambos casos, y aunque se encuentren ubicados en distintos ámbitos, ontológica y biológicamente son iguales, son seres humanos, pues cuentan con la dotación genética propia que los torna únicos e irrepetibles y aptos para desarrollarse hasta su nacimiento, y continuar luego la evolución característica de la persona humana, sin que haya diferencias en su naturaleza, sea que se encuentren in vitro o in útero. Por ello ambos deben regirse por el mismo estatuto legal, y gozan de los mismos derechos, personalísimos y patrimoniales (derecho a nacer, a la vida, a la dignidad, a la identidad, a la igualdad, a la filiación paterna, a heredar y a recibir liberalidades).*"[352]

Pues bien, todos los embriones, entonces, tienen derecho a desarrollar su vida. No hay que diferenciar si estos fueron concebidos de manera natural o in vitro ya que poseen idéntico status jurídico y derecho a nacer; y para llevar a cabo este derecho resulta necesario que sean implantados en el seno materno. Nuevamente Ferrer señala:

"*En consecuencia, de producirse el fallecimiento del marido o compañero, sostenemos que la madre debe tener derecho a obtener la implantación sin necesidad de que el causante haya dejado escrita formalmente la renovación del consentimiento, pues el proyecto parental fue llevado a cabo en vida de los dos integrantes de la pareja y con el consentimiento informado de ambos, por lo cual cabe presumir la conformidad del hombre para la transferencia post mortem. Y además, estando ya concebido el embrión al momento de fallecer su progenitor, juego su derecho a la vida, es decir, a continuar el curso de su desarrollo y a nacer. Y si nace con vida, tendrá filiación paterna (art. 570) y heredará a su padre, o sea la hombre del cual provino el elemento genético y que suscribió el consentimiento informado, cualquiera sea la época en que se haya transferido e implantado en el útero de la mujer, pues el Código Civil y Comercial ya no contiene la norma del Proyecto de 2012 que fijaba el plazo de un año desde el fallecimiento para que la mujer concretara la implantación (art. 563 inc. b).*"[353]

Proceder con la transferencia embrionaria es la mejor solución que se puede optar en el caso de que haya fallecido uno de los progenitores de los embriones que se encontraban *criopreservados*, ya que consiente el desarrollo de la vida humana; contrariamente, los embriones quedarían *criopreservados* por siempre, pudiendo ser desechados o utilizados con fines investigativos, afectando su derecho a la vida y a la dignidad humana.

La Dra. Soledad Brozzio expresa otra postura: "*En sentido contrario, Sambrizzi (2012), sostiene que el supuesto de la implantación del embrión crioconservado del cónyuge o conviviente obtenido previo al fallecimiento no se trata de una filiación post mortem debido a que durante el momento en que se lleva a cabo la fecundación ambos se encontraban vivos: "El supuesto de la fecundación post mortem se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. Lo que no es así, en cambio, en el caso de la implantación en la mujer de un embrión crioconservado obtenido*

[352] Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.
[353] Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.

antes del fallecimiento del varón, por fecundación de un óvulo de aquélla con semen de este último, por cuanto, en tal caso, la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte"."[354]

Tal como se mencionara anteriormente, en este caso estamos en presencia de un embrión, es decir, de una persona por nacer por lo que coincidimos con Sambrizzi que la fecundación no es post mortem, ya que la misma se produzco en vida de ambos progenitores. En todo caso, se trataría de transferencia embrionaria post mortem, ya que mediante esta técnica se van a implantar los embriones que ya se encontraban a la espera de ser implantados y con ello la posibilidad de que pueda desarrollar su vida.

Consideramos, entonces, que la transferencia embrionaria post mortem debería estar permitida por nuestro ordenamiento jurídico a fin de poder resguardar el derecho a la vida de los embriones *criopreservados* que se encuentran a la espera de su implantación. Por otro lado, no solo se tiene en cuenta la voluntad de la mujer supérstite que desea lograr una familia, proyecto que había comenzado con su cónyuge o conviviente fallecido, sino que también se protege el interés superior de ese embrión al ser implantado: el derecho a desarrollar su vida. Respecto a la filiación post mortem, sostenemos que debe permitirse. Principalmente porque el embrión fue fecundado en vida del progenitor fallecido; además, al nacer con vida deberá adquirir el vínculo filial respecto del progenitor y con la familia de aquel, como así también poder adquirir sus derechos hereditarios.

Como parte de este trabajo, debemos analizar el caso de la muerte de la mujer antes que el hombre; situación ni siquiera prevista en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, y a la que alude el citado autor Francisco Ferrer:

"*Otra cuestión que no ha previsto el Proyecto es el fallecimiento de la madre antes de la transferencia. Ante el silencio legal, el padre tendrá varias opciones:*

a) Si quiere tener el hijo y continuar el procedimiento no tiene otra vía que recurrir a una madre sustituta que lleve adelante el embarazo y parto, previa prestación formal de su consentimiento informado (arts. 560 y 561). Ahora bien, esta solución no prevista, ni tampoco prohibida, plantea una duda: ¿a quién tendrá por madre el hijo así nacido en este caso: a la mujer que aportó el material genético para crear el embrión con voluntad procreacional y que después falleció, o a la que se implantó el embrión y llevó adelante el embarazo y parto?. No estando previsto el caso, puede dar lugar a dos interpretaciones divergentes: por un lado, podría aplicarse la solución derivada del art. 562 del Código Civil y Comercial: "los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz" (art. 562), o sea la maternidad se adjudicará a la mujer que tuvo el parto, aunque no haya sido quien aportó el elemento genético, pues así lo dispone expresamente el último párrafo de esta norma: es madre quien dio a luz "con independencia de quien haya aportado los gametos". De lo contrario la voluntad procreacional tendría un efecto post mortem no previsto por la ley. Pero por otra parte, habiendo prestado en vida la mujer fallecida el consentimiento libre, previo e informado para someterse a la técnica, cabría presumir su voluntad procreacional con respecto al embrión creado con su aporte genético, y una vez que éste nazca con vida, adjudicarle su maternidad, y por ende derecho sucesorio. Se trataría de un supuesto excepcional de gestación por sustitución no previsto por la ley, que habría que resolver con criterio de

[354] Briozzo, Soledad. La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Publicado en: DFyP 2017 (Julio), 12/07/2017, 48. Cita Online: AR/DOC/1208/2017.

equidad y con fundamento en el derecho del embrión a la vida, a continuar su desarrollo y a nacer, a tener filiación materna y derecho sucesorio con relación a su madre biológica que además tuvo voluntad procreacional. Esta última interpretación nos parece más justa desde la perspectiva del hijo procreado con el auxilio de la fecundación in vitro.

b) Podrá autorizar a la clínica a que entregue el embrión en adopción prenatal a una pareja que tenga interés en procrearlo, tampoco legislada en este momento, no obstante los números precedentes de la legislación comparada que al parecer no se han tenido en cuenta. Y,

c) Autorizar el uso del embrión para la investigación, o disponer su destrucción, solución jurídica y éticamente negativa, pero ante el silencio de la ley es factible."[355]

Comenzaremos repudiando el último supuesto, ya que como se ha expresado anteriormente, estamos en contra del uso del embrión con fines de investigación y mucho más en contra de su destrucción ya que los mismos son personas por nacer por lo que destruirlos sería matarlas. De esta forma se estaría frente a la figura de homicidio, atentando, en ambos casos, contra su derecho a la vida y a poder continuando su vida, derecho a nacer, y a la dignidad humana.

En cuanto a los incisos a) y b) creemos que son una solución posible, aunque ninguna de las dos se encuentre legislada en nuestro país. Por un lado, respecto del inciso a), sería injusto y discriminatorio prohibirle al padre continuar con la transferencia embrionaria por no ser él quien pueda llevar adelante el embarazo. De esta forma, se estaría diferenciando y discriminando al hombre por no poder implantarse los embriones en su propio cuerpo; entonces, consideramos apropiado la autorización de una gestación por sustitución, en este caso en concreto, a fin de que esos embriones puedan desarrollar su vida dentro del núcleo familiar que lo planeó. Además, en el caso de que se llevara a cabo una gestación por sustitución, entendemos que la persona nacida mediante esta técnica de reproducción humana medicamente asistida, será hijo de quien prestó su voluntad procreacional y su consentimiento informado (de la madre fallecida), por lo que podrá adquirir su derecho filiatorio respecto de ella y de esta forma, también, adquirir sus derechos hereditarios.

Respecto del inciso b) creemos que ante la imposibilidad de que se lleve a cabo la solución a), puede ser posible dar a los embriones en adopción prenatal, ya que de esa forma no solo se estaría beneficiando a la pareja que desea procrear y que de manera natural no lo logra; sino que también se le estaría dando la posibilidad a ese embrión que se encuentra *criopreservado* de desarrollar su vida. Este supuesto, no se ha dado en el derecho comparado, pero creemos que puede ser una posible solución.

Para concluir, podemos decir que la transferencia embrionaria post mortem debe estar permitida ya sea en cabeza de la mujer o el hombre supérstite con el fin de que los embriones pueden ser implantados y de este modo poder desarrollar su vida. Además, al producirse la transferencia embrionaria, los embriones no solo continúan desarrollando su derecho a la vida, sino que también adquieren otros derechos como ser el derecho a nacer, el derecho a la dignidad humana, el derecho a tener una familia, derecho a la identidad, derecho a la igualdad y derecho a heredar, entre otros. Para ello, resulta

[355] Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.

necesario que el Estado Argentino legisle al respecto; de esta forma, se encontraría una posible solución a los embriones que se encuentran *criopreservados* cuando alguno de los progenitores haya fallezca. En el caso de que sean ambos los fallecidos, se debería permitir que los embriones sean dados en adopción prenatal, para luego continuar con el desarrollo de la vida.

8.3 Derecho a la adopción

En general, los embriones son fecundados para ser implantados en el seno materno y de esta forma lograr la ansiada familia. De todos modos, resulta frecuente que, con el fin de evitar sufrimientos físicos ante la obtención de nuevo material genético, se formen embriones de más implantando solamente los necesarios, crio preservando los sobrantes. La problemática surge cuando se vacila respecto al destino de los embriones supernumerarios que quedan *criopreservados*, a veces, una nueva implantación. Puede suceder que la persona deniegue someterse a la práctica nuevamente; en este consideramos que debe tenerse en cuenta que los embriones son personas por nacer no se los puede destruir entonces nos encontramos ante la posibilidad de que se lleve adelante una adopción de esos embriones criopreservados. Al respecto, la Dra. Dora García Fernández señala:

"*Es así que los embriones sobrantes o supernumerarios que sus padres biológicos ya no quieran pueden enfrentar varios destinos:*
1. "Donarlos" a otra pareja.
2. Donarlos para experimentación
3. Destruirlos

Respecto al primer punto, "donar" un embrión no es la palabra apropiada pues no se está hablando de una cosa sino de un ser humano y los seres humanos no se "donan" sino se adoptan. El concepto de la "donación" parece dar por supuesto que sólo puede recaer en objetos o cosas, de tal forma que nunca se hablará de "recibir un niño en donación" sino de "adoptar un niño"."[356]

Como se ha mencionado en el capítulo 1 de la presente investigación, muchas veces cuando nos referimos a embriones *criopreservados* se suele considerar la adopción de embriones, y la donación. Ahora bien, como se definiera anteriormente, se entiende por "adopción" al acto jurídico por el cual se crea un vínculo filial entre el adoptado y el adoptante. Respecto al tema de nuestro trabajo, nos remitimos a la "adopción de embriones" como el proceso por el cual se lleva adelante la adopción de aquellos embriones *criopreservados* abandonados por sus padres biológicos y factibles de ser adoptados por padres que jurídicamente podrían convertirse en biológicos conforme a partida de nacimiento. Sin embargo, se entiende por "donación" al acto jurídico mediante el cual el donante transfiere gratuitamente al donatario gametos o embriones y este lo acepta. Tanto en el caso de la "donación de gametos" como en la "donación de embriones" nos encontramos con una tercera parte involucrada, es decir el Centro de Fertilización interviniente, que es quien contrata con ambas partes, donante y donatario, con el fin de llevar adelante el ansiado embarazo.

---

[356] García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. Dereito Vol. 17, n.° 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta: 25/11/18)

Ahora bien, la "donación de embriones" nos trae grandes desafíos jurídicos, siendo uno de los más importantes el derecho a la identidad de la persona nacida producto de la misma. En nuestro país, no hay norma que regule esta situación, y por otro lado, tal como se mencionó anteriormente los donantes gozan del derecho al anonimato y esto afectaría el derecho a conocer la verdadera identidad de la persona. Si bien es cierto que esta persona nació de su madre, aparentemente biológica, en realidad no lo es, ya que el vínculo biológico lo tiene con los donantes del embrión. Por lo expuesto, resultaría más lógico hablar de "adopción de embriones" y de "donación de gametos" y no de donación de embriones, ya que los embriones son personas por nacer y no "cosas", por lo que estaríamos en presencia de una adopción, y no una adopción como la que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico como una de las tres fuentes filiales, sino como una adopción prenatal.

8.3.1 Adopción de embriones criopreservados

La adopción de embriones *criopreservados* resultaría una buena solución para muchas parejas; tanto para parejas que han atravesado el proceso con éxito y han conseguido tener un hijo propio, como para aquellas que se han separado y ya no quieren llevar adelante dicho proceso. También, para aquellas parejas infértiles o que no cuentan ni con óvulos ni espermatozoides para poder fecundar un embrión y quieren lograr su ansiada familia y no mediante un proceso de adopción convencional de un niño ya nacido. Nuevamente la Dra. García Fernández menciona al respecto:

"*Se podría definir la adopción de embriones como un procedimiento mediante el cual un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer con el fin de ser criado por ella y su cónyuge (si lo tiene). Aquí cabe aclarar que la pareja que adoptara a los embriones no podría "contratar" el vientre de una tercera mujer para que lo llevara en su seno, pues estaríamos hablando de una maternidad subrogada.*

Como en una adopción tradicional, la pareja que cría al niño no tendría ninguna conexión genética con él, pero a diferencia de este tipo de adopción, la pareja no tendría que pasar por el difícil proceso legal para ser declarados padres legales de la criatura. En este caso, la pareja adoptaría "biológicamente" al bebé durante la temprana etapa del embrión y no una vez que haya nacido."[357]

Legalmente la madre de esa persona es quien lo dio a luz y su padre será el cónyuge o el conviviente de esta, cabe agregar que no tendrán vinculo biológico con el embrión debido a que no fueron los aportantes de los gametos. Esta adopción de los embriones *criopreservados* trae aparejada dos posibles soluciones al problema de tenerlos de por vida *criopreservados*, ya que actualmente no existe norma que limite el tiempo de su duración. Además, con la práctica de la adopción no serían destruidos, podrían poseer una vida plena al momento del nacimiento, aquellas personas infértiles podrían ser padres naturales desde el punto de vista médico aunque no padres biológicos por no contar con su material genético. Nuevamente la autora anteriormente citada nos instruye:

[357] García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. Dereito Vol. 17, n.° 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta: 25/11/18)

"*Lo que aquí se analiza es una solución digna para evitar la destrucción de los miles y miles de embriones que ya se encuentran congelados y que en este momento mismo se están congelando, pero, que el remedio más eficaz, sería que las legislaciones impidieran la fecundación de un número indiscriminado de óvulos. Así pues, se deberían fecundar únicamente los óculos que han de ser transferidos. Con esto, no se acepta la eticidad de las técnicas de reproducción asistida, se está proponiendo una posible salida para remediar un mal que ya está hecho, siguiendo el problema moral del "mal menor". En algunas circunstancias puede ser moralmente lícito permitir un mal (en este caso la fertilización in vitro) en atención a un bien superior (la vida de los embriones) o para evitar males mayores (la muerte de estos embriones).*"[358]

Si bien lo más lógico sería fecundar los embriones que sean posibles implantar y no de más, lo cierto es que en la práctica se obtienen la mayor cantidad de embriones posibles y se opta por la *criopreservación* de los mismos debido a los costos y el sufrimiento por el que pasan las parejas para la obtención del material genético, en especial las mujeres ya que deben someterse a procedimientos invasivos y dolorosos en su cuerpo. Entonces, seguiría siendo un problema de índole moral el tenerlos *criopreservados* (fueron ya citadas las razones), pero con la adopción de estos daría fin a problemas como el abandono y/o la destrucción de los embriones. El Dr. Justo Aznar señala al respecto:

"*Después de evaluar distintos aspectos propios de la adopción de embriones humanos, el documento concluye que es éticamente aceptable proponerla para resolver, al menos en parte, el problema bioético que se plantea en relación con los embriones congelados sobrantes de fecundación in vitro.*

Adicionalmente a ello, subraya determinados aspectos que deben ser tenidos en consideración para que dicha adopción sea éticamente aceptable, como son que se certifique legalmente el abandono de los embriones; que se evite la comercialización de la técnica; que se garantice el derecho a la privacidad de los padres biológicos; que se haga constar explícitamente el consentimiento de estos padres para que el embrión pueda ser donado en el futuro; que se informe adecuadamente a la mujer o pareja adoptantes de las condiciones éticas y legales que rigen la adopción y finalmente que en caso de que nazca éste deberá ser considerado a todos los efectos jurídicos como un hijo legítimo o natural de la mujer que lo ha gestado."[359]

Con la adopción de los embriones supra numerarios *criopreservados* no solo se soluciona un problema de índole moral, sino que es éticamente aceptable dicho procedimiento siempre y cuando el mismo no sea realizado con fines comerciales, es decir, que la práctica responda a un acto jurídico gratuito y con el único fin de formar una familia y no con fines de investigación. Una vez producido el nacimiento esa persona será hijo legítimo de la pareja que llevo adelante el embarazo y no tendrá ningún vínculo jurídico respecto de los donantes de gametos con los que se fecundo dicho embrión, pero ello trae aparejado otro interrogante, que se ha mencionado con anterioridad a lo largo

[358] García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. Dereito Vol. 17, n.° 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta: 25/11/18)

[359] Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 8 En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones__Escritos_Vedat.pdf (Fecha de consulta: 08/07/2019)

del presente capítulo: el derecho a la identidad de ese embrión nacido producto de una adopción.

La adopción de embriones trae aparejado varias ventajas, entre ellas encontramos:

- Los aportantes del material genético pueden elegir a los padres adoptivos.
- Para los padres adoptivos les permite experimentar un embarazo.
- El vínculo entre el embrión y los padres adoptivos se das desde el mismo momento de la implantación, estableciendo dicho vinculo a lo largo de todo el embarazo.
- Los padres adoptantes conocer el origen del embrión como así también todo tipo de información médica de los donantes de gametos.
- La adopción de embriones, a diferencia de la adopción de un niño ya nacido, es privada.
- No hay estimulación ovárica como si ocurre en los tratamientos de fecundación asistida.
- Reduce el costo económico de los tratamientos de fertilización asistida.
- Acorta el tiempo de espera para lograr tener un hijo.
- La imposibilidad de deshacerse del niño si este nace con alguna enfermedad física.
- La no selección de sexo ni la edad del adoptante.
- Los embriones *criopreservados* tienen la posibilidad de dejar de tener su vida suspendida y pueden convertirse en personas para así poder desarrollar su potencial.

En cuanto a las desventajas de la mencionada práctica, podemos mencionar que el embarazo puede no lograrse y tener que repetir el proceso de implantación de otro embrión. Además, si la implantación no prosperara se produciría la muerte de ese embrión. Al respecto resume la Dra. Fernández:

"*Si la vida humana es un valor absoluto e inmensurable, entonces es preciso hacer todo lo posible por salvar la vida de una persona, por lo tanto, la adopción se presenta como una solución lícita a la problemática de los embriones congelados*"[360]

En consecuencia, sostenemos que deben darse en adopción a los embriones *criopreservados* para así poder darles la oportunidad de lograr su vida integra y no suspendida en el tiempo y por otro lado evitar la destrucción de estos al ser utilizados con fines investigativos. Reiteramos que si se dejara que estos embriones se destruyan estaríamos impidiendo que desarrollen la vida que ya tienen por el solo hecho de estar fecundados y de ser personas por nacer y si se llevara a cabo la adopción se les estaría otorgando el desarrollo humano.

8.3.2 Adopción vs. Donación de embriones

En reiteradas ocasiones se ha mencionado como posible solución respecto al destino de los embriones *crioconservados* sobrantes darlos en adopción a otra pareja.

[360] García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. Dereito Vol. 17, n.° 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta: 25/11/18)

Resulta loable destacar que frecuentemente, el término utilizado es donarlos, en lugar de darlos en adopción. Cabe agregar que son las cosas las que se donan, y en el caso de la presente investigación nos estamos refiriendo a personas por nacer, por lo que el termino correcto es "adopción". Como señala el Dr. Justo Aznar:

"*Por donación o adopción de embriones se entiende la donación compasiva de los embriones crioconservados para ser implantados, con el consentimiento de los padres, en una mujer infértil. Sin embargo, esta definición puede ser ampliada pues también pueden ser implantados en una mujer fértil, incluso con hijos, con la finalidad de salvar la vida de ese embrión congelado. Comenta María Luisa Di Pietro, que tal práctica viene definida como "adopción prenatal" o "adopción para el nacimiento" y se lleva a cabo en un ámbito distinto de aquel en que la donación in vitro se produjo.*"[361]

Tal como se observa, los términos donación o adopción deben ser utilizados como sinónimos en cuanto nos referimos a los embriones *criopreservados*, pero es correcto referirse a donación cuando nos referimos a la dación de material genético. A pesar de lo expuesto hay organizaciones que entienden que se debería hablar de donación de embriones y no de adopción de embriones, es así que "*La Organización Mundial de la Salud y el Comité Internacional para la Supervisión de Tecnologías en Reproducción Asistida definen la donación de embriones como la "transferencia de un embrión resultante a partir de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originan en la receptora y su pareja". La Sociedad Americana de Medicina Reproductiva hace énfasis en que por múltiples razones es más exacto hablar de "donación de embriones" y no de "adopción de embriones". Algunas de ellas, identificadas desde la experiencia clínica, serían las siguientes: los programas de "adopción" deben llevar a cabo prácticas tales como estudios de los hogares receptores, evaluaciones psicopatológicas de los padre biológicos que renuncian al hijo, asesoramiento psicosocial para las parejas adoptantes, etcétera. Por su parte, los programas de "donación" evalúan criterios médicos para los receptores, un protocolo de lista de espera, asignación de recursos escasos, etcétera.*"[362]

Sin embargo, podemos realizar varias observaciones al respecto. El Dr. Jorge Alberto Álvarez-Díaz menciona en su artículo que en las adopciones se llevan a cabo algunos estudios previos que no se realizan en la práctica de donación (en relación con los aspectos psicológicos y sociales de los presuntos padres adoptivos); también menciona que en la donación solo se van a evaluar aspectos médicos de los padres entre otros. Lo cierto es que cuando nos encontramos ante la adopción de embriones, los padres genéticos y/o biológicos deben prestar su consentimiento para la adopción de estos, procedimiento idéntico a la adopción regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre con los padres adoptivos ya que no solo se va a evaluar medicamente a la madre adoptiva para constatar que pueda llevar adelante el embarazo, sino que también se van a hacer estudios psicológicos a ambos progenitores adoptivos. Asimismo, dichos padres deben tener una posición económica que les permita costear el tratamiento de fertilización asistida, dado que si bien la adopción de los embriones va a ser gratuita (debido a que la adopción no puede tener un valor económico porque si no estaríamos ante un delito de venta de personas por nacer, prohibido en nuestro ordenamiento

[361] Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 6 En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones__Escritos_Vedat.pdf (Fecha de consulta: 08/07/2019)

[362] Álvarez-Díaz, Jorge Alberto. Donación de embriones en países desarrollados. En internet: https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2010/gm103l.pdf (Fecha de consulta: 09/07/2019)

jurídico); deben afrontar por sí o mediante sus obras sociales los costos del proceso de implantación del embrión en el seno materno.

Además, si nos referimos al término "donación" en vez de "adopción" encontramos tres utilizaciones distintas relacionadas con la donación de embriones; el Dr. Jorge Álvarez Diaz aclara al respecto:

"*a) Asistenciales o clínicos (para terapia de infertilidad, brindando oportunidades de tratamiento a parejas infértiles o estériles; o por mera asistencia, como serían las mujeres solas).*

b) La investigación: desarrollar células troncales, mejorar la eficacia y efectividad de las TRHA, para investigaciones de ciencia básica –donde se busca aumentar el conocimiento de aspectos moleculares del desarrollo embrionario temprano–, para la transferencia de núcleos de células somáticas o clonación por transferencia nuclear, etcétera.

c) Los docentes, para ayudar a la preparación y entrenamiento de embriólogos clínicos que se inician en procedimientos tales como las biopsias para diagnóstico genético preimplantacional, etcétera."[363]

Si consideramos los tres tipos mencionados, la adopción o donación (pensada como sinónimo) solo tendría lugar con fines asistenciales o clínicos; ya que de esta forma no solo se estaría ayudando a parejas infértiles a tener un hijo, sino que también se le estaría dando el desarrollo de la vida plena a esos embriones *criopreservados* que tienen su vida suspendida en el tiempo. En cambio, no se podría permitir la donación de embriones con fines de investigación ya que eso afectaría la dignidad del embrión, cuestión moralmente inaceptable; lo mismo ocurriría en el caso de donación con fines de docencia ya que también habría manipulación de los embriones lo cual sería contrario a la ética, tal como comenta el Dr. Justo Aznar:

"*Al hilo de lo anteriormente expuesto el considerar o no al embrión como una persona puede condicionar significativamente el que la donación de embriones se pueda o no denominar adopción.*

Según señala Sweet, endocrinólogo de la reproducción de la "Embryo Donation International", se debe establecer una clara distinción entre adopción y donación, pues solo puede denominarse adopción cuando ésta se aplica a un ser humano vivo. Por lo que, al manifestar que se está adoptando un embrión se le atribuye a este cualidades y derechos de las personas, algo que, en su opinión, no es correcto.

También manifiesta que, aunque no considera a los embriones seres humanos, sí son "algo especial que merece un algo nivel de respeto", por lo que a los embriones sobrantes de la fecundación in vitro hay que darles un destino conforme a su dignidad, como puede ser darlos en adopción, donarlos para la investigación o en algunos casos utilizarlos en el laboratorio para enseñanza."[364]

Ahora bien, tal como se probó anteriormente los embriones *criopreservados* son seres humanos, personas por nacer, cuestión por la cual deben ser adoptados y no donados por su carácter de ser vivo. Asimismo, por el solo hecho de ser personas por nacer se les debe respetar su dignidad por lo tanto se los debe dar en adopción, y no se los podría

[363] Álvarez-Díaz, Jorge Alberto. Donación de embriones en países desarrollados. En internet: https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2010/gm103l.pdf (Fecha de consulta: 09/07/2019)

[364] Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 11 En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones_Escritos_Vedat.pdf (Fecha de consulta: 08/07/2019)

donar con fines de investigación ni ser utilizados con fines de docencia ya que esto afectaría su dignidad; retomando la cita del Dr. Aznar referida a Casonova:

"*Igualmente para Casonova, un embrión congelado es una persona humana, que por tanto tiene derecho a la vida, por lo que la adopción considerada en abstracto sería lícita bajo ciertas condiciones. Especialmente que la persona que promueve la adopción no haya participado en la fertilización in vitro, ni en el proceso de congelación. Si es así, la adopción es un acto diferente de la producción del embrión y en este sentido lo considera lícito, pues lo que se está haciendo es salvar una vida. Esto dicho en abstracto, pero en la realidad práctica, según él, esto no es tan fácil.*"[365]

Para concluir, se puede mencionar que la adopción de los embriones se debe realizar sin material genético propio, ya que sino no estaríamos en presencia de una adopción. Los objetivos de la adopción de embriones son dos: que los padres adoptivos logren tener un hijo y de esa forma formar su ansiada familia; y ~~por otro lado~~ salvar la vida de los embriones logrando el desarrollo pleno de la misma ~~de los embriones~~ evitando su destrucción.

Como el objetivo es salvar la vida, y lograr que la misma se desarrolle; la adopción embrionaria debe realizarse sin ninguna selección de estos, es decir que no debería existir una adopción por catálogo ~~en~~ donde los presuntos padres adoptivos puedan elegir considerando cuestiones de raza, gustos, sexo; sería una contradicción al fin pretendido que es defender la vida de ese embrión y la posibilidad de ser padres. Si la adopción fuera por catálogo la misma no sería moralmente positiva. Se deben adoptar todos los embriones que se encuentren en situación de abandono y quienes adoptan dichos embriones lo tienen que hacer con el fin de que esos embriones continúen con el desarrollo pleno de su vida, siendo dicha adopción un gesto de amor al darle vida a esa potencial persona que ha sido abandonada por sus progenitores genéticos antes de nacer.

8.3.3 Adopción prenatal

La "adopción prenatal" es el procedimiento por el cual un embrión que se encuentra *criopreservado*, producto de técnicas de reproducción medicamente asistida, se transfiere al útero de una mujer distinta de la que ha aportado su material genético, con el fin de que ella lleve adelante el embarazo de un futuro hijo.

Desde el punto de vista jurídico podemos entender a la adopción prenatal como a la adopción que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico a la que podemos llamar, para comparar en este caso, "adopción posnatal". Si bien hay un debate moral sobre la adopción de los embriones sobrantes, la adopción podría ser utilizada para salvar la vida de esos embriones que se encuentran *criopreservados*, logrando de esta forma que no solo los embriones adquieran su pleno desarrollo sino también que aquellas personas que tienen infertilidad puedan llegar a ser padres y de manera natural, ya que serán los padres adoptivos los que lleven adelante el embarazo.

Si bien la fecundación in vitro, la no transferencia de los embriones al seno materno, la *criopreservación* y el abandono de los embriones por parte de los padres son

[365] Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 26 En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones__Escritos_Vedat.pdf (Fecha de consulta: 08/07/2019)

actos moralmente negativos; la adopción referida sería un acto moralmente positivo debido que el objeto de la adopción es salvar la vida suspendida en el tiempo de ese embrión que se encuentra *criopreservado,* Nuevamente el Dr. Justo Aznar comenta atinadamente:

"*Sin embargo, una cuestión habría que evitar para garantizar la licitud de la adopción es la selección de los embriones que van a ser transferidos. En relación a ello, la licitud moral de la adopción de embriones crioconservados requiere como condición necesaria que no se realice ninguna selección de los mismos después de ser descongelados, para transferir los que sean de mayor calidad o estén en mejor estado. Hacerlo sería una práctica claramente eugenésica que entraría en clara contradicción con el bien que se pretende defender, por lo que para que la adopción pueda ser moralmente positiva habría que garantizar que no se realiza un selección eugenésica en la clínica de fecundación in vitro al margen de las personas que van a adoptar al embrión.*"[366]

Por lo tanto, el objeto principal de la adopción prenatal es salvar la vida de esos embriones resultando lógico que después de ser descongelados se deban transferir sin importar su calidad o su estado, ya que si eso ocurriese dejaríamos de ser un acto moralmente positivo tornándose en negativo. Debemos considerar que el bien jurídico a proteger es la vida de esos embriones y tratar de garantizar que puedan desarrollarse en un ámbito familiar. Continua la cita del antedicho autor:

"*… lo primero que hay que tener en cuenta es que se está hablando de individuos humanos y no solamente de un conjunto de células como algunos pretenden. Además, hay también que tener en consideración que los embriones que podrían ser adoptados se encuentran en situación de abandono y ante una alternativa dramática evidente: o alguien los adopta, dándoles una oportunidad para que siga adelante su desarrollo y puedan ver la luz, o irremediablemente mueren. Por tanto, piensa que en este caso se deben aplicar los mismos criterios éticos y jurídicos que se utilizan para resolver la situación de abandono de niños ya nacidos. Ciertamente lo ideal sería que cada niño creciera y se desarrollara en el ámbito familiar de los padres que le trajeron al mundo; pero si esto, por cualquier razón no es posible, el mal menor, en el sentido de que es el único bien posible para el interesado, es que alguien lo reciba generosamente ofreciéndole su hogar y su amor. Quienes afirman que esta opción es moralmente inaceptable deberían demostrar que se trata de un acto intrínsecamente inmoral o que proceder en este sentido provocaría un mal mayor del que se quiere remediar. …*"[367]

En consecuencia, la adopción prenatal es una buena opción para quienes quieren ser padres y no pueden serlo; esta adopción debería tener un proceso similar a la adopción de niños que ya se encuentra legislada en nuestro país. Adoptando se estaría otorgándo~~les~~ la posibilidad a los embriones de desarrollarse dentro de un núcleo familiar y de esa forma obtener un crecimiento pleno; además de que es un gesto de solidaridad y de amor puro.

---

[366] Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 18 En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones__Escritos_Vedat.pdf (Fecha de consulta: 08/07/2019)

[367] Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 20 En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones__Escritos_Vedat.pdf (Fecha de consulta: 08/07/2019)

Por otro lado, la filosofía moral también estudia el tema de la adopción prenatal; como señala vivamente el Dr. Aznar:

"*En relación con ello, Pessina, manifiesta que, desde un punto de vista antropológico, "se trata de evaluar, aunque solo sea desde una vertiente argumentativa, si la adopción prenatal se puede proponer como éticamente aceptable y en qué condiciones". Estima que se deben tener en consideración varios aspectos: 1. "El problema de la licitud moral de la adopción prenatal es, por sí mismo, distinto del problema de la suerte que pueden correr los embriones congelados y no puede presentarse como una solución práctica para resolverlo". 2. "Hay que preguntarse si la adopción prenatal es la única solución ética aceptable, aunque con ella solo se pudiera alcanzar un objetivo teórico, pero no práctico, del problema de los embriones congelados". 3. "No se puede ignorar que la adopción de los embriones congelados va a favor indirectamente de aquellos que defienden la crioconservación embrionaria, lo que podría abrir la puerta a la cesión de embriones y así favorecer de alguna forma la procreación heteróloga".*"[368]

Consideramos, por lo tanto, que para que la adopción prenatal sea éticamente aceptable deben asumirse varios aspectos, básicamente tener en cuenta que la vida humana desde el inicio de la concepción resulta ser un bien absoluto, y tiene la categoría de ser jurídicamente un bien jurídico del cual surgen los demás bienes. Por lo tanto, llevar a cabo una adopción prenatal resulta ser un acto moralmente licito y positivo ya que se está logrando la defensa y el desarrollo de la vida de ese embrión humano que se encontraba *criopreservado* y en un estado de abandono total.

Sin embargo, y volvemos a citar al mismo autor: "*Tras esa reflexión teórica, Pessina se manifiesta moralmente contrario a la adopción de embriones humanos congelados y expone las razones que a su juicio justifican dicha ilicitud, al afirmar que: 1. No respeta el derecho del hijo a desarrollarse en el seno de su madre y no en el útero de cualquier otra mujer. 2. Tampoco respeta la unidad psicofísica del embrión, que en la fase de su desarrollo intrauterino mantiene una estrecha relación con su madre, lo que influye en su desarrollo, tanto físico como psicológico, lo que posteriormente puede afectar de forma importante al desarrollo de su personalidad. 3. Trastoca tanto el concepto de maternidad como el de genitalidad, porque legitima la escisión entre los componentes biológicos, afectivos y relacionales de la procreación, como ocurre en la procreación extracorpórea, la maternidad subrogada o incluso ante la posibilidad de la clonación humana. 4. Induce a una lectura puramente "funcional" de la maternidad y avala directamente la maternidad subrogada, de la cual no se distingue si no es por la intención de custodia del neonato. 5. Es contraria al concepto mismo de familia, porque induce a las parejas que pueden tener niños por la vía natural a privilegiar este tipo de adopción prenatal.*"[369]

Pensamos en nuestra línea de trabajo, que, si bien es cierto que el hijo no puede desarrollarse dentro del seno materno de su madre biológica, ni puede crecer dentro del ámbito familiar biológico, podrá hacerlo dentro de un marco familiar gracias a la

[368] Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta bioeth. Vol.22 no.2, Santiago, nov. 2016. En internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci_arttext (Fecha de consulta: 30/07/2019)

[369] Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta bioeth. Vol.22 no.2, Santiago, nov. 2016. En internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci_arttext (Fecha de consulta: 30/07/2019)

adopción y no continuar con una vida suspendida a lo largo del tiempo. Por otro lado, no solo se logra que el embrión nazca y de esa forma adquiera por completo el derecho a la vida (y todos los derechos intrínsecos que trae aparejado este derecho fundamental); sino que también con la adopción se está ayudando a personas infértiles a tener hijos de manera natural. Pensamos que dichos niños al momento de adquirir el grado de madurez suficiente deben conocer su verdadera identidad, debiendo ser informados por los padres adoptivos que han nacido producto de una adopción prenatal de embrión, y en el caso de que deseen conocer su verdadera identidad genética deberán tenerla a su disposición.

Vale agregar, como refiere el Dr. Aznar, que existe la posibilidad de valorar a los embriones desde un punto de vista ético laico en donde se considera: "*aquellas personas o instituciones que no tengan dificultades éticas para utilizar la procreación asistida o la congelación de embriones, no tendrán tampoco dificultades morales para la adopción de embriones humanos congelados, incluso considerarán ésta una solución positiva para dichos embriones, pues, según ellos, si los embriones no son utilizados por los progenitores con fines reproductivos, su donación/adopción es éticamente más defendible que cualquier otro destino que se pueda dar a los embriones sobrantes, ya que poner en marcha un proceso reproductivo para intentar que nazca un niño es, a su juicio, la mejor solución para los embriones humanos congelados. Por ello, pueden pensar que, aunque la crioconservación de embriones humanos sea en sí misma éticamente negativa, la donación/adopción es éticamente positiva, ya que lo que se persigue es, en primer lugar, contribuir a construir familias, es decir, ayudar a parejas infértiles a conseguir un hijo, y, en segundo lugar y como consecuencia directa de lo anterior, proteger un bien primario del embrión: su vida. Consecuentemente, gran parte de los expertos o instituciones laicas ven en la donación/adopción de embriones humanos congelados una alternativa para el destino de dichos embriones éticamente más valiosa que utilizarlos para investigaciones biomédicas, destruirlos o dejarlos conservados indefinidamente*."[370]

Por lo tanto, la adopción prenatal puede ser equiparada a la adopción posnatal, ya legislada en nuestro ordenamiento jurídico; tal adopción sería una acción solidaria que no solo beneficiaría a esos embriones *criopreservados,* sino que también aquellas parejas infértiles permitiéndoseles la posibilidad de convertirse en padres de manera natural ya que pueden llevar adelante el embarazo; aunque al igual que sucede en la adopción posnatal, no serían los padres biológicos o también llamados genéticos de la persona nacida. A su vez, este acto de adopción, para la ética laica, es un acto moral y éticamente aceptable, ya que se le está dando al embrión la posibilidad de vivir, mediante un acto de total generosidad y solidaridad.

Ahora bien, para que la adopción sea éticamente aceptable se debe asegurar que los embriones que se van a dar en adopción estén abandonados, desestimados por sus padres genéticos, pero, estos últimos deberán prestar un consentimiento para que se lleve adelante el procedimiento. También, hay que tener en cuenta que la adopción de los embriones tiene que ser un acto totalmente gratuito y que no debe traer aparejado ningún tipo de comercialización ya que ello afectaría la moral. Además, se debe informar a los padres adoptantes de las circunstancias jurídicas que rigen la adopción prenatal, ya que en el caso de que el embrión adoptado nazca con vida adquirirá los derechos filiatorios

[370] Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta bioeth. Vol.22 no.2, Santiago, nov. 2016. En internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci_arttext (Fecha de consulta: 30/07/2019)

de los padres adoptivos, es decir de aquellos padres que han llevado adelante el embarazo y no tendrán ningún vínculo legal con los padres genéticos.

8.3.4 El derecho a la identidad en la adopción de embriones

El derecho a la identidad es uno de los derechos humanos involucrados en el tema de la adopción, debido a que la adopción se encuentra legislada como tercera fuente filial como "de los embriones *criopreservados".* La Dra. Kemelmajer de Carluci sostiene respecto a la protección de los datos genéticos:

"*... en el campo de la adopción se observa de manera palmaria, la identidad involucra dos vertientes: a) una estática, inmodificables o con tendencia a no variar, y b) otra dinámica, mutable en el tiempo. De este modo, la identidad estática se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej.: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). En cambio, la identidad dinámica, por el despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales. A la luz de esta relevante distinción, en la adopción todo lo referido a la familia de origen se encontraría referido a la faz estática y lo relativo a la familia adoptiva, a la identidad en su faz dinámica o cultural.*"[371]

Por lo tanto, debe preservarse la identidad estática, los datos genéticos correspondientes al genoma humano y en relación con los datos de los aportantes de material genético; ya que, llegado el momento de madurez de los nacidos por esta práctica, el material se encuentre disponible para conocer el verdadero origen. Y continua nuestra autora en defensa del derecho a la identidad:

"*Tanto o más evidente es la interacción entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes, entendiéndose que este último sería una de las especie dentro del género identidad. Igual acontece con el interés superior del niño, por el cual, tal principio se vería satisfecho si la adopción es la decisión acorde al respeto por el derecho a la identidad, es decir, al verificarse que un niño no puede permanecer con su familia de origen o ampliada y que su derecho a vivir en familia puede ser satisfecho por otro grupo familiar que lo contenga, cuide y vele por su desarrollo. En suma, en el campo de la filiación adoptiva, el derecho a la identidad es el derecho humano que transversaliza todos los demás principios y derechos que se enumeran en el artículo en análisis.*"[372]

Es decir, que todo niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida, incluso en el caso de la adopción de embriones, tiene derecho a conocer su verdadero origen e identidad, a pesar de que su desarrollo tenga lugar en otro ámbito y en otra familia.

El artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere al derecho a conocer los orígenes en el ámbito de la adopción: "*El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede*

[371] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 50
[372] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 52

acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada."

Si bien este artículo se refiere a la tercera fuente filial "adopción", El texto puede aplicarse a la adopción prenatal perfectamente, ya que como mencionamos, el adoptado cuando adquiera el grado de madurez suficiente podrá conocer sus verdaderos orígenes. A su vez, se debe contar con un registro donde conste la mayor información posible de los datos filiatorios a los padres genéticos, es decir de aquellos que han dado en adopción esos embriones. Otra cuestión importante es que los padres adoptivos deben manifestarles a los nacidos que son hijos producto de una adopción de embriones.

Nuevamente la Dra. Kelmelmajer refiere al respecto:"*... el derecho a conocer los orígenes ha tenido un gran desarrollo e interés especial. Se trata de un derecho humano que se ha desprendido del derecho a la identidad, adquiriendo una merecida autonomía y entidad propia. De las tres causas fuente de la filiación, en la que más importancia y atención acaparó el derecho a conocer los orígenes es en la filiación adoptiva y, tiempo más tarde, en la filiación derivada de las TRHA cuando se utiliza material genético de un tercero. El derecho a conocer los orígenes es hoy un derecho humano que se ha independizado del derecho a la identidad del cual se deriva, adquiriendo un espacio autónomo con problemáticas, normativas y resoluciones propias.*"[373]

Por lo tanto, resulta sumamente importante que en el caso de la adopción de embriones, las personas nacidas producto de esta adopción conozcan sus verdaderos orígenes genéticos como ocurre en el caso de aquellos niños que han nacido producto de las nuevas técnicas de reproducción medicamente asistida con material genético de un tercero, ya que, en el caso de la adopción de embriones, el embrión propiamente dicho pertenece a terceros. Al respecto la Dra. Kemelmajer refiere:

""*A la luz de las directivas que emanan de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 y su inmediata operatividad, la cuestión del derecho a la identidad del niño en relación con la adopción plena sólo puede resolverse a favor de permitir al mismo acceder a su verdad personal. No resulta razonable que el conocimiento sobre el origen (la "realidad biológica"), sea privativo de la adopción simple (art. 336, Cód. Civ.) y que la plena tenga, por definición, obstaculizada una indagación de esta naturaleza. El interés superior del menor enmarcado en el derecho a conocer su identidad tiene así jerarquía constitucional y define la controversia normativa, esta falsa dicotomía, en el sentido señalado"; agregándose que "el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese*

[373] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 112

dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético", y que "A la luz del derecho a la identidad y para que las previsiones dispuestas en los artículos 321, inciso h, y 328 del Código Civil sobre el acceso a la "verdad biológica" no sean letra muerta, corresponde reconducir este proceso en los términos del artículo 322 del Código Procesal local (arts. 34 y 36, CPCC), es decir, como una acción meramente declarativa y no constitutiva de un nuevo vinculo jurídico, dejando incólume la adopción penal"."[374]

Es sumamente importante que toda persona nacida mediante técnicas de reproducción medicamente asistida ya sea mediante donación de gametos o de adopción de embriones tenga derecho a conocer sus orígenes genéticos, siendo el derecho quien debe proteger el derecho a la vida de los embriones y el derecho a la identidad de aquellos embriones que han nacido producto de la adopción, mereciendo este último una eficaz tutela jurídica. Además, el derecho a la identidad se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad del ser humano; como sostiene la autora citada:

"*La preservación de la identidad como derecho humano se halla contenida en múltiples normas, partiendo de ser un derecho implícito consagrado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, para pasar a su consagración expresa a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al artículo 75, inciso 22, cuyo artículo 9° afirma: "1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. …*"[375]

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental que se encuentra resguardado en nuestro ordenamiento jurídico conforme la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, por lo que debe ser respetado. También debe ser respetado el informar la verdadera identidad (el origen) a las personas nacidas producto de una adopción de embriones creados mediante técnicas de reproducción medicamente humana asistida.

"*La verdad biológica no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el Derecho como tutela del interés superior del niño.*"[376]

Finalmente, el mismo artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación establece los principios que rigen la adopción y entre ellos menciona el respeto por el derecho a la identidad y el derecho a conocer sus orígenes, principios fundamentales en todo vínculo adoptivo sea el mismo mediante adopción prenatal o la adopción como tercera fuente filial regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

---

[374] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, págs. 113-114

[375] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 616

[376] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. *Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014,* 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 622

8.4 Derechos sucesorios

Hasta ahora hemos desarrollado aquellos derechos que son inherentes a los embriones humanos y en especial que afectan a los embriones *criopreservados.* Como se ha mencionado los embriones adquieren filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida, si nacen con vida tienen vinculo filial con quienes hayan prestado su voluntad procreacional, el problema surge cuando fallece alguno de los progenitores antes de la implantación de esos embriones, es decir que aquí nace una disputa si los embriones adquieren o no derechos hereditarios respecto del progenitor fallecido. Hemos visto anteriormente que existe la figura de la filiación post mortem aunque no esté legislada en nuestro país, y que consideramos que debería darse y permitirse que se regule como sostiene el Dr. Lafferriere:

"*El embrión participa de la universalidad de los derechos patrimoniales del causante. En otras palabras, el embrión es un hijo concebido y no nacido, y, por consiguiente, "hijo", en este caso, del causante. Por ello es un heredero forzoso, circunstancia por la cual posee vocación hereditaria y participa de la herencia. El hecho de que sea concebido fuera del seno materno no altera tales conclusiones; más áun, mientras su fecundación se produzca dentro del matrimonio, ha de ser considerado hijo matrimonial (concebido dentro del matrimonio).*"[377]

Comenzaremos mencionando que nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación en su Libro Quinto titulado transmisión de derechos por causa de muerte, Título I Sucesiones, dentro del Capítulo 1 Disposiciones generales, en el artículo 2279 establece: "*Personas que pueden suceder. Pueden suceder al causante:*
a) Las personas humanas existentes al momento de su muerte;
b) Las concebidas en ese momento que nazcan con vida;
c) Las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561;
d) Las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento."

Por lo tanto, para el caso en análisis son dos los incisos que se pueden aplicar, el b) y c). Si bien el inciso b) habla de personas concebidas que nazcan con vida lo cierto es que los embriones humanos *criopreservados* están concebidos, desde el momento de la unión de los gametos, por lo que se podría considerar que por este inciso pueden suceder al progenitor fallecido por su carácter de persona por nacer, aunque está supeditado a que esa persona por nacer nazca con vida. Se basa este análisis en que el legislador refiere: "concebidas en ese momento" y no hace distinción en si deben estar concebidas en el seno materno o no, por lo que entendemos que este inciso puede ser de aplicación. Asimismo, el inciso c) es especifico respecto a los embriones *criopreservados,* ya que nos habla de personas nacidas después de su muerte producto de técnicas de reproducción humana asistida y nos remite al artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación, el que ha sido analizado anteriormente.

Mencionamos que este artículo del Código se refiere a la capacidad para suceder, debiendo establecer que "*la capacidad para suceder mortis causa es la aptitud para ser titular de los derechos activos y pasivos que contiene la herencia a cuya adquisición se es llamado en carácter de heredero o legatario. Se trata de una capacidad de derecho y*

[377] Lafferriere, Jorge Nicolás. *La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy*. Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti, pág. 264

no de una capacidad de ejercicio pues resulta irrelevante la aptitud de la persona para ejercer por si misma estos derechos (arts. 22 y 23, CCiv. y Com.)"[378]

Se entiende entonces que los herederos adquieren la capacidad para poder ser los titulares de los derechos tanto activos como pasivos, que contenga la herencia en su carácter de heredero legítimo siendo esta capacidad para suceder un presupuesto esencial de la vocación sucesoria; como sostiene el Dr. Francisco Ferrer:

"*Se trata de una capacidad de derecho, porque se refiere al goce o titularidad del derecho a heredar, que no hay que confundir con la capacidad requerida para aceptar o repudiar la herencia, que es la capacidad de ejercicio, la capacidad de una persona para ejercer por sí misma los derechos de los cuales es titular. Toda persona, natural o jurídica, tiene capacidad para heredar, excepto disposición contraria de la ley. Obviamente las personas jurídicas carecen de vocación sucesoria legal, porque ésta deriva de los vínculos familiares, pero pueden suceder por disposición testamentaria.*"[379]

Se debe mencionar entonces que toda persona tiene capacidad de derecho toda vez que posee vocación hereditaria para poder adquirir la herencia. Es loable diferenciar entre la capacidad de derecho que es ese derecho a heredar, de la capacidad de ejercicio que es la capacidad que tiene la persona para poder ejercer los derechos hereditarios. En el caso de los embriones *criopreservado* podemos decir que gozan de capacidad de derecho porque pueden heredar al progenitor fallecido por su carácter de persona por nacer, y la capacidad de ejercicio que será ejercida por medio de sus representantes como refiere el ya citado Dr. Lafferriere:

"*Hecha esta aclaración, debemos reconocer que los progenitores de un embrión concebido por fecundación homóloga tienen el ejercicio de la patria potestad respecto de él, conforme a lo dispuesto por el artículo 264 del Código Civil que establece que la patria potestad comienza desde la concepción, sin distinguir si esta se ha producido dentro o fuera del seno materno.*"[380]

Debemos entender que la regla general del artículo en análisis determina que la capacidad para suceder debe poseerse al momento de la muerte del causante, y que el artículo establece dos excepciones a la regla: una para las personas humanas nacidas mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida luego del fallecimiento del causante, esta es la excepción a la que haremos referencia; y otra es respecto de las fundaciones que sean creadas por medio de testamento. De acuerdo con la Dra. María Victoria Fama: "*El segundo inciso del art. 2279, que determina la capacidad para suceder de las personas concebidas al momento de la muerte con la condición de que nazcan con vida, alude a los casos de filiación por naturaleza o incluso por TRHA cuando la transferencia de gametos o embriones se concretó en vida del causante. La disposición legal se vincula con el art. 19 del CCiv. y Com., que establece el comienzo de la existencia de la persona humana con la concepción y con el art. 21, que estipula como condición resolutoria para la adquisición irrevocable de derechos y obligaciones por parte del*

[378] Famá, María Victoria. *Capacidad para suceder y filiación post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida*. Publicado en: RDF: 79, 17/05/2017, 207. Cita Online: AR/DOC/3560/2017.

[379] Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.

[380] Lafferriere, Jorge Nicolás. La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti, pág. 264

concebido o implantado en la mujer el nacimiento con vida. El nacimiento implica individualidad, es decir, la existencia de una vida independiente de la progenitora, de modo que si la persona nace muerta no adquiere el carácter de sujeto de derecho y se considera como si nunca hubiera existido por falta de cumplimiento de la condición legal."[381]

En cuanto al inciso b) del artículo en análisis no surge ningún tipo de duda respecto de la filiación por naturaleza pues la concepción se encuentra en el seno materno, el problema surge cuando nos referimos a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida. La autora hace mención a que la transferencia de gametos o de embriones se haya realizado en vida del causante, lo cierto es que de la norma no surge que la implantación se haya realizado con anterioridad a la muerte, y ya hemos explicado anteriormente que concepción e implantación son términos distintos y que debe entenderse por concepción la unión de los gametos. Además, el artículo no hace ningún tipo de mención a lo antedicho, por lo que entendemos que es tanto aplicable a filiación por naturaleza como por técnicas de reproducción medicamente asistida sin necesidad de que se encuentren implantados los embriones en el seno materno, a pesar de que como se verá más adelante el inciso c) se refiere en específico a las personas nacidas después de la muerte del causante producto de estas nuevas técnicas de reproducción. Al respecto la Dra. Galli Fiant refiere:

"*Si durante la gestación del hijo se produce el deceso del/de la que ha expresado su voluntad procreacional, se inscribe el nacimiento y se determina la filiación con relación a quien dio a luz y al/a la causante. No está previsto como requisito para la determinación del vínculo que el consentimiento se ratifique al momento del nacimiento y su inscripción, por ello el fallecimiento no afecta el emplazamiento. Los vínculos quedarán determinados por la inscripción peticionada por quien presente el certificado que prueba el nacimiento y el instrumento que contiene el consentimiento previo. Como consecuencia, el hijo póstumo del varón o mujer causante haya o no aportado sus gametos para la procreación asistida, goza de derecho hereditario. En efecto, dada su calidad de persona humana desde el momento de la concepción, sumado al consentimiento previo otorgado por el/la causante, al momento del deceso el gestado es capaz para suceder, con la única condición de que nazca con vida (art. 2279 inc. b) CCC).*"[382]

Por lo tanto, los embriones humanos, sin distinguir si fueron concebidos de manera natural o in vitro, por su calidad de persona humana, desde el momento de la concepción gozan de capacidad para suceder; conforme al inciso b) se tiene que dar la condición de que estos embriones se desarrollen y nazcan con vida para que puedan adquirir los derechos hereditarios.

Por otro lado, el inciso c) establece que las personas nacidas mediante técnicas de reproducción medicamenten asistida después de la muerte del causante siempre que se cumpla con los recaudos establecidos en el artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación son capaces de suceder al causante; tal refiere la siguiente cita de la Dra. Fama:

[381] Famá, María Victoria. Capacidad para suceder y filiación post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en: RDF: 79, 17/05/2017, 207. Cita Online: AR/DOC/3560/2017.
[382] Galli Fiant, María Magdalena. Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio. Publicado en: DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, 197. Cita Online: AR/DOC/982/2017.

"*Como se anticipó, el inc. c) del art. 2279 es una excepción a la regla general según la cual son capaces de suceder las personas existentes al momento de la muerte del causante. Desde otra perspectiva, la norma constituye también una excepción al principio por el cual la muerte, la apertura de la sucesión y la transmisión hereditaria se causan en un mismo instante (art. 2277, CCiv. y Com.).*

En efecto, la ley incluye entre las personas que pueden suceder a las nacidas después de la muerte mediante TRHA con los recaudos previstos por el art. 561, que alude a los requisitos del consentimiento informado determinante de la filiación por TRHA. El Proyecto de Código remitía al art.563 que –como se vio- regulaba la FPM, lo que permite inferir que el legislador tuvo la intención de mantener la regla sucesoria pesa a la eliminación de esa figura.

Sin embargo, la norma no ha aportado reglas claras en la materia. Ni siquiera ha establecido un plazo límite para la transferencia de gametos o embriones a los fines sucesorios, como vimos lo había hecho el citado art. 2229, inc. c), del Proyecto de CCiv. de 1998, que enumeraba entre las personas que podían suceder "las que nazcan dentro de los cuatrocientos ochenta [480] días de la muerte del causante…"."[383]

Se puede observar fehacientemente que los embriones creados artificialmente mediante técnicas de reproducción medicamenten asistida son hijos del causante y como tales tienen vocación y derecho hereditario respecto al progenitor fallecido; por lo tanto, desde el momento de su concepción, es decir desde el momento en que se convirtió en una persona por nacer, tienen capacidad para suceder al causante. Actualmente el ordenamiento jurídico no establece un plazo como lo hacía el proyecto del código, porque el inciso c) nos remite al artículo 561 sin mencionar plazo alguno, como menciona la Dra. María Alejandra Massano:

"*Azpiri, en contraposición a lo anteriormente expuesto, sostiene que la remisión al art. 561 "no guarda ninguna relación con el tema" y "debe adjudicarse a una desprolijidad del legislador que eliminó la fecundación post mortem pero no suprimió, a su vez, el inciso que en tal supuesto permitía heredar", de modo que "no puede darse el caso de que una persona humana que al tiempo de la muerte no hubiera estado concebida tenga capacidad para suceder".*

Al enrolarnos en la posición que considera que el inc. c) del art. 2279 regula la sucesión de los concebidos post mortem, la cuestión a delimitar ahora es si en todos los casos los concebidos luego de la muerte del causante tienen capacidad para suceder, o una pregunta previa a ello, en qué casos se establecen vínculo filiatorios con el causante, ya que la remisión que hace el inciso al art. 561 no resuelve el problema."[384]

Entendemos que no es necesaria la remisión que hace al articulado respecto de la filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida debido a que únicamente se refiere a los requisitos del consentimiento informado, documento firmado al momento de la extracción de los gametos, es decir, de la fertilización cuando se formaron los embriones y se firmó un consentimiento para dar lugar a la *criopreservación*. Ahora bien, exigir un consentimiento para la implantación es contrario a la moral, debido a que si no

[383] Famá, María Victoria. Capacidad para suceder y filiación post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en: RDF: 79, 17/05/2017, 207. Cita Online: AR/DOC/3560/2017.
[384] Massano, María Alejandra. Personas que pueden suceder mortis causa. Publicado en: DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 145. Cita Online: AR/DOC/1584/2018.

se firmara el consentimiento ~~entonces~~ se ~~le~~ estaría prohibiendo continuar con su derecho a la vida a ese embrión. Al respecto, el Dr. Ferrer menciona:

"*Este inciso sufrió una modificación por la Comisión Bicameral, pues en el Proyecto de 2012 se aludía a los requisitos previstos en el art. 563, el cual fue suprimido. Este artículo del Proyecto proponía incorporar las figuras de la filiación post mortem y la de transferencia del embrión: el hombre puede dejar semen en un banco, o un embrión congelado formado con el aporte genético suyo y el de su esposa o conviviente, y después de su fallecimiento la mujer puede hacerse fecundar con el semen o implantarse el embrión crioconservado, y el hijo que nazca de ese acto médico tendrá filiación paterna y será heredero de aquel hombre (art. 2279, inc. c). Pero para que se produzcan estos efectos, el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 dispuso en el mencionado art. 563 que se habrá de cumplir los siguientes requisitos: I) el hombre debe consentir el procedimiento en el documento sobre consentimiento informado que debió suscribir al someterse a las técnicas, y que debe ser protocolizado por escribano, y además debe renovarlo antes de la utilización de los gametos o de la transferencia del embrión (art. 560), o expresar ese consentimiento en su testamento; y, 2) la mujer tiene que fecundarse con el semen, o implantarse el embrión en el plazo de un año desde el fallecimiento del hombre. Si el hombre fallecía antes de la fecundación de la mujer o de la transferencia del embrión al útero de la mujer, y sin haber renovado el consentimiento para ello, el hijo que pudiese nacer si la mujer, no obstante, decidiera fecundarse o implantarse el embrión, no tendría filiación paterna ni derechos hereditarios.*"[385]

Por consiguiente, conforme a las normas que planteaba el proyecto del Código Civil y Comercial, si una persona hubiera fallecido sin prestar su consentimiento informado, luego del deceso no se hubiera podido implantar el embrión sin la existencia del consentimiento debido a que, en aquel momento el artículo 19 establecía una diferenciación entre las personas concebidas de manera natural y aquellas concebidas artificialmente, cuestión que consideramos correctamente suprimida. Por otro lado, hemos visto al tratar la filiación por técnicas de reproducción asistida que el consentimiento puede ser revocable, lo cual también manifestamos nuestra posición contraria en virtud de no poder revocarse un consentimiento respecto de un embrión humano *criopreservado*, considerado persona por nacer conforme el actual artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda vez que se atentaría contra el derecho a la vida de este, como así también se le prohibirían otros derechos humanos.

Además, cuando desarrollamos la filiación post mortem marcamos una diferenciación entre la transferencia embrionaria y la fertilización post mortem. Sin embargo, hay autores que siguen considerando que el causante debió haber prestado el consentimiento de la implantación de esa persona por nacer en el seno materno, lo que consideramos un acto discriminatorio ya que se basa en si el que fallece primero es el hombre y no la mujer. Al respecto ilustra la Dra. Massano:

"*Medina sostiene que el cambio en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial "para que el hijo nacido post mortem mediante técnicas de fecundación asistida tenga derechos hereditarios su padre debe haber consentido la implantación del embrión o el uso del material genético de la mujer según lo dispuesto por el art. 561 y el niño debe nacer en el plazo de 10 meses desde la muerte del causante. Ello implica que después de la muerte del de cujus hasta un plazo de 10 meses puede nacer un hijo del finado con*

[385] Ferrer, Francisco A.M. El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial. En internet: bibliotecavirtual.unl.edu.ar>NuevaEpoca>article>download (Fecha de consulta: 19/01/2020)

derechos hereditarios", tomando el plazo que surge de la presunción de filiación matrimonial del art. 566 del Cód. Civ. y Com."[386]

Podemos observar, entonces, que Medina compara y asimila la fecundación del material genético *criopreservado* con los embriones que se encuentran en dicho estado listos para ser implantados, cosa que, como hemos explicado anteriormente, consideramos incorrecta debido a que los embriones humanos tienen carácter de persona por nacer y deben ser tratados como tales y no como simple material genético. Por otro lado, estipula un plazo en el que debe darse la implantación para que el hijo nacido post mortem adquiera derechos hereditarios, remitiéndonos a lo que estable el artículo 566[387] del Código Civil y Comercial de la Nación. Es decir, que equipara a la filiación post mortem a la filiación por naturaleza y en específico a la filiación matrimonial entendiendo que para que sean considerados hijos del causante tiene que ocurrir el nacimiento de estos dentro de los trescientos días posteriores al fallecimiento.

Lo cierto es que con el fin de proteger los derechos hereditarios de aquellos embriones que se encuentran *criopreservados* y que aún no han sido implantados, resulta importante establecer alguna figura que resguarde sus derechos hereditarios sin que ello traiga consecuencias para el resto de los herederos del progenitor fallecido, por lo que a continuación desarrollaremos la figura del "fideicomiso testamentario", que entendemos que es una posible solución al problema del derecho sucesorio respecto de los embriones *criopreservados.*

8.4.1 Fideicomiso Testamentario

Esta figura del fideicomiso testamentario fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la ley 24.441 cuyo artículo 3 establecía: "*El fideicomiso también podrá constituirse por testamento, extendido en alguna de las formas previstas por el Código Civil, el que contendrá al menos las enunciaciones requeridas por el artículo 4. En caso de que el fiduciario designado por testamento no aceptare se aplicará lo dispuesto en el artículo 10 de la presente ley*.". Es decir, que a través de un testamento una persona podía constituir un fideicomiso testamentario, figura que al derogarse dicha ley fue receptada por el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2493 como estipula en la siguiente cita la Dra. Ortelli:

"*El fideicomiso testamentario es un medio dúctil e idóneo para proteger el patrimonio de menores e incapaces, ante la muerte de su representante o benefactor, y un instrumento de gran utilidad para la planificación sucesoria, en miras a proteger el patrimonio familiar. Pues, podemos afirmar que los bienes fideicomitidos constituyen una universalidad patrimonial destinada al cumplimiento de un objeto determinado –el objeto propio del fideicomiso- en beneficio de la o las personas indicadas, es decir del beneficiario y en última instancia del fideicomisario.*"[388]

---

[386] Massano, María Alejandra. Personas que pueden suceder mortis causa. Publicado en: DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 145. Cita Online: AR/DOC/1584/2018.

[387] ARTÍCULO 566.- Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte. La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si él o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.

[388] Ortelli, Ana. *El fideicomiso testamentario*. En internet: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2936 (Fecha de consulta: 19/01/2020)

El artículo 2 de la ley 24.411 establece: "*El contrato deberá individualizar al beneficiario, quien podrá ser una persona física o jurídica, que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato; en este último caso deberán constar los datos que permitan su individualización futura. Podrá designarse más de un beneficiario, los que salvo disposición en contrario se beneficiarán por igual; también podrán designarse beneficiarios sustitutos para el caso de no aceptación, renuncia o muerte*."

Es decir, que este artículo menciona que el beneficiario de ese fideicomiso testamentario puede ser una persona humana o jurídica, y que dicha persona puede existir o no al tiempo del otorgamiento del fideicomiso. Por lo tanto, podemos entender que dicho artículo incluye que se puede constituir un fideicomiso testamentario no solo para hijos concebidos naturalmente, sino también para aquellos que han sido concebidos mediante técnicas de reproducción medicamente asistida, como menciona en su trabajo de la Universidad de Cuyo la Dra. Andrea García:

"*Pues bien, aún para quienes mantienen el criterio de reputar persona por nacer sólo al concebido ya transferido y anidado en seno materno, la figura del fideicomiso testamentario resulta un instrumento eficaz para proteger ciertos derechos de aquél, en especial, el derecho a la vida. En efecto, el artículo 2 de la ley 24.441 prevé que el beneficiario –coincida o no con el fideicomisario- podría ser una persona "que puede o no existir al tiempo del otorgamiento del contrato", para lo cual "deberán constar los datos que permitan su individualización futura". El testador que sabe de la existencia de embriones suyos en estado de crioconservación, a la espera de su implante, puede prever que determinados bienes queden afectados a un fideicomiso en favor de tales hijos con la condición de que dicho implante se realice en su esposa, por ejemplo. Puede, asimismo, establecer que los futuros de la explotación de los bienes fideicomitidos sean destinados en beneficio de tales embriones para su mantenimiento en el centro biomédico en que se encuentran, y mientras dure ese estado; para que se apliquen también a los gastos y honorarios profesionales que ocasione la transferencia de los mismos al cuerpo de la madre, así como a la manutención de la mujer durante los periodos de gestación y parto, luego para hacer lo propio con sus hijos, etc. Puede el fiduciante prever cómo se distribuirá el beneficio en caso de gestación de algunas embriones y criopreservación de otros, así como el plazo de duración del beneficio será imputado a la conservación de estos últimos. Puede, además, nombrar sustitutos para los beneficiarios y para el o los fideicomisarios, sobre todo teniendo en cuenta que el fideicomiso estará sometido a mayor cantidad de condiciones: supervivencia de los embriones al descongelamiento, anidación en útero materno, y nacimiento con vida.*"[389]

Esta universalidad jurídica se constituye de bienes fideicomitidos que se constituyen con un patrimonio distinto de los patrimonios del fiduciante y del fiduciario, conforme lo establecido por el artículo 14 de la ley 24.441.

Debemos comenzar definiendo que es un fideicomiso testamentario y podemos mencionar que: "*es el negocio jurídico por el cual una persona (fideicomitente, instituyente o fiduciante) dispone por testamento transmitir la propiedad fiduciaria de su herencia, de una parte alícuota de la misma, o de bienes determinados, a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en interés de quien designe el testador*

[389] García, Andrea Daniela, García, Roxana Beatriz. Trabajo de Investigación: Fideicomiso Testamentario. Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Ciencias Económicas. Mendoza. 2011. Págs 29-30. En internet: https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4869/garciagarciacetrabajodeinvestigacion.pdf (Fecha de consulta: 19/01/2020).

(beneficiario), y a transmitir dicha propiedad, cuando se cumpla la condición o plazo establecido en el testamento, al fideicomisario, que es la persona instituida por el testador como destinataria final de los bienes."[390]

Respecto al derecho sucesorio de los embriones *criopreservados* podemos referir que la figura del fideicomiso testamentario podría ser una posible solución ya que los embriones resultarán herederos forzosos de los progenitores, y en el caso de muerte de alguno de sus progenitores mediante el uso de esta figura jurídica se podría proteger su porción legitima, para luego, una vez que se produzca su nacimiento, iniciar la acción de petición de herencia contra los otros herederos del causante, como tal lo menciona el Dr. Lafferriere:

"*Consideramos, en este sentido, que el fideicomiso testamentario resulta ser una figura jurídica adecuada para garantizar la protección de los derechos hereditarios de los embriones crio-conservados que se encuentran en tales circunstancias, sobre todo atendiendo a que ellos entran en posesión de la herencia de pleno derecho, por ser hijos matrimoniales.*"[391]

Coincidimos plenamente en la opinión del autor citado con la salvedad de que entendemos que no solo se circunscribe la figura del fideicomiso testamentario a hijos matrimoniales, sino que debe extenderse a todos los hijos del causante, toda vez que el mismo pudo haberse sometido a procedimientos médicos de reproducción medicamente humana asistida sin haber contraído matrimonio previamente, el elemento que no debe faltar es que el causante haya prestado su consentimiento informado previamente al fallecimiento para someterse a dichas técnicas, y como resultado de este procedimiento se fecundaran embriones que deberán estar *criopreservados* para su posterior uso como sostiene el citado autor:

"*Los embriones son personas por nacer y en tal carácter participan de la herencia, es decir, de la universalidad de los derechos patrimoniales del causante, pues, como hemos señalado con anterioridad, son hijos concebidos y no nacidos, y, por consiguiente, "hijos" del causante. Por lo tanto, al ser herederos forzosos, entran en posesión de la herencia desde el momento mismo de la muerte de aquel a quien suceden.*"[392]

Por lo tanto, partiendo de la premisa de que los embriones *criopreservados* son personas por nacer, debemos mencionar, entonces, que son herederos forzosos de sus progenitores y como tal se deben tutelar sus derechos hereditarios por lo que mediante la figura del fideicomiso testamentario se estarían salvaguardando los intereses de todos los herederos del causante.

No solo no existe una regulación jurídica respecto a los embriones *criopreservados*, sino que en materia sucesoria también encontramos un vacío legal

---

[390] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo XI, arts. 2277 a 2671. Directores del tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto. Thomson Reuters. La Ley, pág. 493-494

[391] Lafferriere, Jorge Nicolás. La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti, pág. 265

[392] Lafferriere, Jorge Nicolás. *La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy.* Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti, pág. 287

importante. Sin embargo, consideramos relevante mencionar que se debería implementar esta figura del fideicomiso testamentario que ya existe en nuestro ordenamiento jurídico, implementándose también para el caso de los embriones no implantados.

El Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 2493 legisla sobre el fideicomiso testamentario estableciendo que "*El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8º, Capítulo 30, Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448*."

Por lo tanto, cualquier persona al momento de redactar su testamento puede crear un fideicomiso testamentario respecto de una parte indivisa o de la totalidad de su herencia, como así también sobre bienes determinados de su patrimonio, además de establecer instrucciones al legatario. En cuanto a las finalidades que tiene esta figura, encontramos que se encuentra vinculada a las relaciones de familia; pero también puede ser creada con fines sociales, culturales, deportivos, religiosos, entre otros. Generalmente, estos fideicomisos serán constituidos con fines de administración, de inversión o de conservación del patrimonio que forma parte de este.

En cuanto a la forma que se requiere para la constitución del fideicomiso testamentario, resulta ser cualquiera de las establecidas para la constitución de un testamento, es decir que el fideicomiso testamentario puede ser creado mediante testamento ológrafo o por acto público, incluso puede ser mediante un testamento consular o un testamento aeronáutico.

Respecto del objeto del documento testamentario, el testador debe determinar cuáles serán los bienes objeto del fideicomiso que se compondrán de bienes existentes al momento de la constitución del testamento, como así también se podrá realizar sobre bienes futuros; en este último caso se deberá suministrar toda la información que se encuentre, indicando los requisitos y características que deben reunir dichos bienes, como sostiene la anteriormente citada Dra. Ortelli:

"*Constituyen objeto del fideicomiso los bienes que el testador ha dispuesto transferir al fiduciario para que éste los administre y entregue los frutos al beneficiario (arts. 1666, Código Civil y Comercial). El testador, de acuerdo con el art. 2493, puede destinar al fideicomiso toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, pero la constitución del fideicomiso no puede afectar la legitima de los herederos forzosos, excepto el caso de la mejora especial a favor de descendientes o ascendientes discapacitados prevista en el art. 2448. Entonces, habiendo herederos forzosos, como regla, el testador solo podrá disponer bienes para el fideicomiso en la medida de la protección disponible (arts. 2445 y 2446). También puede afectar toda clase de bienes presentes, pero no pueden ser objeto del fideicomiso las herencias futuras (art. 1670, Código Civil y Comercial).*"[393]

En la parte *in fine* del artículo 2493 se hace una remisión y referencia al artículo 2448 que establece: "*Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede*

[393] Alterini, Jorge H. *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo XI, arts. 2277 a 2671. Directores del tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto. Thomson Reuters. La Ley, pág. 494

disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral."

En consecuencia, cualquier persona mediante la figura de un fideicomiso testamentario puede disponer, incluso si afecta la porción legitima de los otros herederos, de un tercio de las porciones legitimas para ser aplicada como mejora a favor de un heredero (sea descendiente o ascendiente) con la imposición de que ese heredero tiene que tener algún grado de discapacidad, es decir que tiene que padecer una alteración funcional mental o física que sea prolongada en el tiempo o permanente. Al respecto aclara la Dra. Ortelli:

"*El código en este caso, positiviza un principio fundamental de justicia proporcional "dar a cada uno lo suyo, según su necesidad". Claramente, el incapaz, una vez fallecidos sus padres tendrá pocas o incluso nulas posibilidades de proporcionarse sustento por sí solo. Es por ello que el Código establece para él un régimen especial, la intangibilidad de la legítima y el derecho de los herederos que se encuentran en mejores condiciones cede ante la necesidad humana y ante la justicia. Se apela así al principio de solidaridad familiar, reconocido en nuestra doctrina como la asistencia recíproca que debe existir entre los miembros de una familia. Es en el seno de la familia donde se aprende y se vive el sentido integral de responsabilidad, gratitud y solidaridad. La solidaridad frente al miembro más necesitado convoca a la respuesta personal al miembro de la comunidad familiar, atendiendo a un rasgo constitutivo de la condición humana: la disposición a responder por el bien de otro, que implica a su vez la convergencia de los esfuerzos individuales al bien común.*"[394]

Entendemos, entonces, que el artículo no solo hace mención a personas con discapacidad sino que también se debería a ampliar a todas las personas incapaces, en las que también se incluiría a las personas por nacer, ya sea que las mismas se encuentre concebidas en el seno materno o se hayan concebido extracorpóreamente y se encuentren *criopreservadas* esperando ser implantadas para continuar desarrollando su vida. Nuevamente la autora sostiene:

"*El fideicomiso testamentario se transforma así en un instrumento de suma importancia para la protección del heredero incapaz, pues el testador puede prever y arbitrar los medios necesarios para asegurar una correcta administración de la porción legítima del mismo a fin de cubrir todas sus necesidades ante la ausencia de sus padres y/o representantes legales, en su caso. Lejos de ser un medio que priva al heredero de los bienes que en derecho podrían corresponderle en circunstancias ordinarias, es así, un medio eficaz para la protección de los mismos.*"[395]

Es decir, que se podría crear un fideicomiso testamentario en el cual se protegiera a los embriones *criopreservados* de una persona por el carácter de persona por nacer, y

[394] Ortelli, Ana. *El fideicomiso testamentario*. En internet: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2936 (Fecha de consulta: 19/01/2020)
[395] Ortelli, Ana. El fideicomiso testamentario. En internet: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2936 (Fecha de consulta: 19/01/2020)

como tal incapaz de ejercicio para poder ejercer los actos por sí solo. Esta figura, incluso, podría prever que en caso de muerte del progenitor se pudiera solventar los gastos de *criopreservación* y de su posterior implantación con la administración de la porción legítima que formara parte del fideicomiso para que se cubran todos los gastos que erogue la *criopreservación* aun ante la ausencia de sus progenitores. Aporta datos el citado autor Dr. Lafferriere:

"*El testador que mediante las técnicas de fecundación asistida ha fecundado in vitro (por fecundación homóloga) un embrión y, que, por lo tanto, conoce de su existencia, puede establecer que determinados bienes de su patrimonio queden afectados a un fideicomiso a favor de esos hijos a la espera de que su implante se realice en su esposa. Puede establecer que los futuros de tales bienes se destinen a solventar los gastos de mantenimiento de dichos embriones en el centro biomédico, y el resto se distribuya a prorrata entre el resto de sus herederos.*

Asimismo, se puede establecer que "el producido" de los bienes fideicomitidos se destine a cubrir los gastos que genere el implante de los embriones en el cuerpo de la madre, como así también a solventar los gastos producidos durante la gestación, parto y puerperio.

El fiduciante también podrá establecer cómo se distribuirá el beneficio en caso de que algunos embriones sean implantados y otros continúen crio-conservados, a fin de asegurar los gastos de conservación de estos últimos."[396]

Debemos mencionar también, que esta figura puede aplicarse no solo a fecundación homóloga, sino que también se debería aplicar a la fecundación heteróloga. Además, puede suceder que quien constituya el fideicomiso testamentario sea la madre y sea la primera en fallecer, por lo que restringir que el implante de los embriones sea en el cuerpo de la madre atentaría directamente contra el derecho a la vida de los embriones, ya que no se podrían implantar si quien falleciera primero fuera el elemento femenino. Por otro lado, con los avances tecnológicos con los que se cuenta, se debería regular que en el caso de que no se puede llegar al implante por el deceso de la madre, se debería recurrir a una madre sustituta, es decir se debería establecer una gestación por sustitución ante este caso en específico, como sostiene Lafferriere:

"*En el caso específico del Derecho Sucesorio que nos ocupa, el fideicomiso se establece de la siguiente manera: el fiduciante es el testador, los beneficiarios son los herederos forzosos (ya nacidos y/o implantados) del causante y, finalmente, el fideicomisario serían el o los embriones crío-conservados.*"[397]

Partiendo de la base de que es el fiduciante, es decir el testador, quien no solo designa a los sujetos intervinientes en el fideicomiso, a saber: fiduciante, beneficiarios y fideicomisario); sino que también es quien va a disponer sobre los bienes que van a constituir el patrimonio fideicomitido; y también quien va a establecer cuáles van a ser las pautas y condiciones del negocio jurídico.

---

[396] Lafferriere, Jorge Nicolás. La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti, pág. 291-292

[397] Lafferriere, Jorge Nicolás. La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti, pág. 293

Por otro lado, tenemos el o los beneficiarios que son aquellos herederos forzosos que ya hayan nacido, o que se encuentren concebidos en el seno materno o embriones *criopreservados* que ya han sido implantados. Vale agregar que el beneficiario es la persona a cuyo favor se ejerce esta figura jurídica. Se debe individualizar el beneficiario al momento de la constitución del fideicomiso mediante el testamento, y en el caso de que aún no existiere, es decir que aún no haya nacido, se deberá individualizar de quien se trata. "*El derecho del beneficiario a los frutos o utilidades del fideicomiso es un derecho personal, creditorio, de contenido patrimonial, por lo cual tiene acción contra el fiduciario por cumplimiento de la prestación a su cargo. Asimismo, una vez aceptado el beneficio, este derecho es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte, salvo disposición en contrario del testador (art. 1671, párr.. 4º).*"[398]

Por último, encontramos que los embriones *criopreservados* que posea el testador son el fideicomisario que, como sostiene el Dr. Jorge Alterini, "*es el destinatario final de los bienes que constituyen el objeto del fideicomiso, al tiempo de su conclusión, y que debe indicar el testador, o establecer la manera de determinarlo (art. 1667, inc. e]). Es un cuarto sujeto distinto de los herederos del fiduciante, del fiduciario y del beneficiario. No obstante pueden superponerse las figuras. Fideicomisario pueden ser los herederos del testador y el beneficiario (art. 1672). Si ningún fideicomisario acepta, todos renuncian o no llegan a existir, serán fideicomisarios los herederos del testador (art. 1672, último párr.). Al extinguirse el fideicomiso, nace la obligación del fiduciario de entregar al fideicomisario o a sus sucesores los bienes fideicomitidos, a otorgar los instrumentos requeridos para tal fin, y a contribuir en las inscripciones registrales que correspondan (art. 1698).*"[399]

En consecuencia, el fideicomisario va a ser el destinatario final de los bienes que forman parte del mismo. Si bien es una figura distinta del resto, las mismas se pueden superponer, es decir que el fideicomisario puede ser el beneficiario, porque como dijimos anteriormente, el beneficiario es el heredero forzoso del fiduciante. Además, en el caso puntual de los embriones *criopreservados*, estos resultan ser hijos del testador y por lo tanto herederos forzosos del mismo, si bien en un principio se los determina como fideicomisarios, también pueden ser los beneficiarios, como sostiene el mencionado Dr. Lafferriere:

"*Este sistema beneficia a la comunidad hereditaria, toda vez que no la priva del usufructo de los bienes de la herencia. Por otra parte, protege la posesión hereditaria de los embriones en su calidad de herederos forzosos en tanto personas por nacer.*

De esta manera, puede observarse que la ventaja de la solución propuesta radica en que, hasta tanto nazcan los embriones crio-conservados, el resto de los coherederos no se verán privados totalmente de los beneficios de la parte alícuota de la herencia que corresponde a los primeros, ya que al ser los últimos beneficiarios del fideicomiso instituido, aprovechan sus frutos hasta tanto se cumpla la condición en virtud de la cual

[398] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo XI, arts. 2277 a 2671. Directores del tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto. Thomson Reuters. La Ley, pág. 497

[399] Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo XI, arts. 2277 a 2671. Directores del tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto. Thomson Reuters. La Ley, pág. 497

este finalizaría. Esto es, que se cumpla el plazo establecido en el propio fideicomiso o bien que nazcan con vida los hijos crio-conservados."[400]

Por lo expuesto, se puede concluir entonces, que es necesario implementar esta figura legal ya existente del fideicomiso testamentario al caso específico de los embriones *criopreservados*, encontrándose la misma como una solución para el caso del derecho sucesorio. En la mencionada situación, no solo se beneficiaría a los embriones *criopreservados*, que tendrían tutelados sus derechos hereditarios, sino que también a los otros herederos forzosos quienes podrían hacer uso de sus derechos hereditarios sin esperar a que esos embriones nazcan o no con vida.

8.5 Conclusión

Dentro de los derechos de familia y sucesiones que se han analizado en este capítulo encontramos la filiación; y dentro de esta categoría existe una variante que está relacionada; vinculada a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida y a la muerte de algunos de los aportantes del material genético. En este caso encontramos situaciones distintas a saber: a) que el embrión ya se encuentra *criopreservado*, y que sea por lo tanto una persona por nacer esperando la implantación en el seno materno para poder continuar su desarrollo; b) La presencia de material genético *crioconservado* de los progenitores para ser utilizado con posterioridad; y c) la extracción de material genético post mortem.

Consideramos que en el caso de los embriones *criopreservados* sobrantes, debe autorizarse la transferencia embrionaria; fundamentamos que debe realizarse dicha práctica post mortem, en virtud de que se trata de personas por nacer, y como tales tienen derecho a vivir y a nacer, entre otros derechos. Sin embargo, poder implantar los embriones sobrantes post mortem no solo depende del status jurídico que se les dé a los mismos, sino que es menester que se vea resguardado el derecho a la vida que poseen, cuestión intrínseca de todo ser vivo, y de esa manera lograr que se pueda desarrollar y por ende deje de ser una persona en potencia.

Afirmamos entonces, que debe permitirse la transferencia embrionaria ya sea en cabeza de la mujer o el hombre supérstite con el fin de que los embriones pueden ser implantados y de este modo poder desarrollar la vida. Sin embargo, entendemos que no sería posible utilizar el material genético *crioconservado* porque de esa forma se fecundaría un hijo al mundo por la sola voluntad de una de las partes, logrando que ese niño nazca huérfano del deseo de la madre o del padre. Por otro lado, extraer material genético post mortem es una práctica totalmente contraria a la moral toda vez que afecta el derecho a la dignidad de la persona fallecida.

Cuando se realizan los tratamientos de fertilización medicamente asistida se fecundan embriones para ser implantados en el seno materno con el fin de evitar sufrimientos físicos en la mujer ante la obtención de nuevo material genético, se crean embriones *supranumerarios* para ser implantados con posterioridad, *crioconservando* a los sobrantes. La problemática surge cuando se lleva a cabo el procedimiento de manera efectiva logrando el ansiado embarazo y permanecen *criopreservados* esos embriones

[400] Lafferriere, Jorge Nicolás. La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti, pág. 293

supernumerarios que no se desean volver a utilizar. Una función ética, y también jurídica será discernir cuál será el destino que se le dará a esos embriones, por supuesto descartamos la posibilidad de interrumpir la *criopreservación* porque atentaría directamente contra el derecho a la vida, y tampoco se podrían dar los embriones para ser utilizados con fines de investigación por afectar su dignidad humana y su derecho a la vida, por lo que consideramos que la mejor solución sería dar en adopción esos embriones sobrantes con el fin de que los mismos puedan desarrollar su vida y nacer en una familia. Consideramos también menester que los progenitores adoptantes hagan saber la verdadera identidad a las personas nacidas producto de la adopción.

La adopción de embriones *criopreservados* no solo es una buena solución para aquellos embriones que se encuentran en el mencionado estado y su vida se encuentra suspendida; sino que también es un buen desenlace para muchas parejas ya que mediante esta figura jurídica pueden lograr constituir su ansiada familia y no mediante un proceso de adopción convencional de un niño ya nacido, sino de engendrar en el propio vientre de la mujer un descendiente.

Con la adopción de los embriones *criopreservados* se soluciona un problema de índole moral, ya que se adoptaría un embrión *criopreservado* con el único fin de formar una familia y no con fines de investigación; por lo tanto, se estaría preservando el derecho a la vida y a la dignidad humana de ese embrión. Una vez producido el nacimiento esa persona será hijo legítimo de la pareja que llevo adelante el embarazo y no tendrá ningún vínculo jurídico respecto de los donantes de gametos con los que se fecundó dicho embrión, a pesar de que los padres adoptantes, al igual de lo que ocurre en la filiación por adopción, estarán obligados a hacerle conocer su verdadera identidad a esa nacida producto de una adopción prenatal.

Por último, sostenemos que los embriones humanos poseen otro derecho inherente por su condición de persona por nacer desde el momento de la concepción, sin distinguir si fueron concebidos de manera natural o in vitro; nos referimos a la capacidad para suceder a sus progenitores. A pesar de que estas personas aún no han nacido se le deben respetar sus derechos hereditarios y arbitrar los medios para que la protección de porción legitima no afecte a los demás herederos del causante. Es por ello por lo que a fin de proteger los derechos hereditarios de aquellos embriones que se encuentran *criopreservados* y que aún no han sido implantados es importante establecer alguna figura que resguarde sus derechos hereditarios sin que ello traiga consecuencias para el resto de los herederos del progenitor fallecido. Encontramos, entonces, que la figura del fideicomiso testamentario es una posible solución al problema del derecho sucesorio respecto de los embriones *criopreservados.*

Se puede decir entonces, si se implementara esta figura legal ya existente del fideicomiso testamentario para el caso de los embriones *criopreservados* sería una solución para el caso del derecho sucesorio. Encontramos que de esta forma no solo se beneficiaría a los embriones *criopreservados*, que van a tener resguardados sus derechos hereditarios para el momento en que se produzca su nacimiento con vida, sino que también los otros herederos forzosos podrán hacer uso de sus derechos hereditarios sin esperar a que esos embriones *crioconservados* nazcan o no con vida.

En consecuencia, con la creación de un fideicomiso testamentario se protegerán los derechos sucesorios de los embriones *criopreservados* que estos poseen por su carácter de persona por nacer, y como tal incapaces de ejercicio para poder ejercer los actos por sí solos. Esta figura, incluso, podría prever que en caso de muerte del progenitor

se pudiera solventar los gastos de *criopreservación* y de su posterior implantación con la administración de la porción legítima que formará parte del fideicomiso para que se cubran todos los gastos que erogue su *criopreservación* aun ante la ausencia de sus progenitores.

9. CAPÍTULO 7: ANALISIS JURISPRUDENCIAL

9.1 Introducción

En el presente capítulo se analizarán distintos fallos jurisprudenciales, nacionales como internacionales, en los que se mencionan los embriones *criopreservados*; evidenciando que existe un vacío legal en cuanto a la naturaleza jurídica de los embriones, y también respecto al manejo que se les confiere.

A través de la presente investigación nos hemos focalizado en el reconocimiento de su calidad de sujeto de derecho de la persona por nacer desde el momento de la concepción (unión de gametos y creación del embrión); considerando que desde ese instante estamos en presencia de un ser humano diferente a sus progenitores. Por lo tanto, se le debe reconocer el derecho a la vida y a la dignidad humana sin distinción a si se encuentran dentro o fuera del seno materno.

Si bien, es sabido que la vida humana comienza en el momento en que se produce la fecundación, no existe en el ordenamiento jurídico de nuestro país ley que regule expresamente el destino de los embriones *criopreservados* sobrantes y las distintas situaciones jurídicas por las que atraviesan sus progenitores.

Muchos progenitores que poseen embriones *criopreservados*, luego de lograr mediante prácticas de fecundación asistida el nacimiento de un hijo con vida, abandonan sus embriones. Esta situación trae consecuencias morales debido a que están prohibiendo a esas personas por nacer el desarrollo de su vida, es por ello que a veces solicitan el cese de la *criopreservación* y los casos llegan a judicializarse.

Por otro lado, muchos padres que no desean continuar con la *criopreservación* y/o con el procedimiento, entregan a los embriones con fines de investigación. Para ello también se necesita autorización judicial debido a que afecta el derecho a la dignidad humana. Incluso si los progenitores desean someterlos a adopción prenatal, también se necesitará la intervención de la justicia.

Lo mismo ocurre con la problemática que presentan los embriones *criopreservados* en los procesos de divorcio en la Argentina y el destino de estos; como así también lo que ocurre respecto de la personalidad jurídica de los embriones humanos no implantados vs. la voluntad procreacional y el consentimiento informado. Incluso también cuando alguno de los progenitores fallece antes de la implantación de los mismos es la justicia la encargada de dilucidar estas cuestiones.

Por ello, a través del presente capitulo vamos a desarrollar distintos fallos jurisprudenciales.

9.2 Los embriones preservados personas por nacer: su protección al derecho a la vida

Si bien para nuestro ordenamiento jurídico actual, acorde al artículo 19 del Código Civil y Comercial, los embriones son personas humanas desde el momento de la concepción, sin importar donde se produzca la unión de gametos; es decir que conforme

nuestra legislación se es persona desde el momento en que se realiza la fecundación sin importar si la misma se realizó dentro o fuera del seno materno.

Sin embargo, como nuestro anterior Código Civil mencionaba que se era persona desde el momento de la concepción en el seno materno, varios fallos jurisprudenciales se ocuparon en considerar a los embriones como titulares de derechos humanos desde el mismo instante en que se produce su concepción.

A continuación, comentaremos diversos fallos jurisprudenciales.

9.2.1 "Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo"

En el caso "Tanus, Silvia c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", la Sra. Silvia Tanus quien se encontraba casada con el Sr. Luis Alonso y quien ya era madre de una hija de doce años, se encontraba embarazada nuevamente y cursando casi el quinto mes de gestación cuando tomó conocimiento que el feto presentaba anencefalia, es decir que el mismo no tenía desarrollado la masa encefálica ni la calota craneana, lo que producía que una vez que el niño naciera con vida, su vida extrauterina no continuaría. Por ello, la Sra. asistió al Hospital Materno Infantil "Ramón Sarda" y requirió que se le indujera el parto o cualquier otra práctica médica que el médico tratante considere para poder terminar este embarazo debido a que el feto a pesar de que naciera con vida no podría continuar con la misma por la enfermedad que presentaba. Los médicos del Hospital Materno Infantil "Ramón Sarda" se negaron a realizar dicha práctica por lo que la actora se vio obligada a iniciar una acción de amparo ante los tribunales Contenciosos Administrativos y Tributarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el fin de que se pudiera obtener una autorización judicial a fin de poder interrumpir el embarazo o inducir a un parto anticipado basándose en que la misma presentaba un riesgo para su salud física y psíquica.

La jueza de primera instancia rechazó la acción de amparo iniciada por la actora por entender que la situación no estaba encuadrada dentro de la figura de aborto terapéutico que prevé el Código Penal de la Nación, toda vez que de las probanzas de autos no se llegaba a probar que existiera un grave riesgo en la salud de la madre por lo que no se podía dar autorización para cometer un delito de aborto, que se encuentra tipificado en nuestro ordenamiento jurídico. La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia.

Es loable destacar que tanto en primera instancia como en la Cámara se ha tenido en consideración el derecho a la vida del feto, es decir que se lo considera implícitamente una persona humana por nacer y que como tal poseedora de derecho a subsistir hasta el momento en que se produzca el nacimiento de manera natural y no inducido.

Por otro lado, el Asesor General de Incapaces del Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sostuvo que: "*lesiona el derecho a la vida de la persona por nacer al ponderar la normativa vigente que reconoce la existencia de la personalidad humana desde la concepción, con la independencia de su viabilidad*"[401]

En la disidencia del Sr. Presidente Dr. Julio S. Nazareno, en sus considerandos encontramos que su fundamento se basa en lo siguiente: "*... la ley define a las personas como "todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones" Art.*

[401] En internet: http://www.notivida.com.ar/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html (Fecha de Consulta: 25/03/2020)

30 del cód. cit.) al tiempo que prescribe que "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son persona de existencia visible" Art. 51. Cód. cit.) y, además, que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fueren por instantes después de estar separados de su madre" (Art. 70, cód. cit). La disposición transcripta en último término es inequívoca en punto a que la protección legal de la persona humana comienza desde su concepción; y son menos explícitas otras normas, pero de rango constitucional, que serán consideradas más adelante (vgr.; art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional; Art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 6.1. de la Convención sobre Derechos del Niño y art. 2 de la ley 23.849. Queda claro, pues, que se "es" persona desde la concepción en el seno materno, y siempre y cuando se tengan "signos característicos de la humanidad" (Art. 51 cit), expresión esta que ha suscitado críticas por parte de algunos autores…."[402]

Como venimos mencionando en la presente investigación, se considera la existencia de la persona desde el mismo instante de la concepción; es loable destacar que si bien el fallo especifica la concepción en el seno materno, es porque data del año 2001, tiempo en que se encontraba vigente el Código Civil que establecía que la concepción solo tenía lugar en el seno materno, debido a que en el momento en que se redactó dicho código era impensado que la concepción se diera de otra forma que no fuera dentro del seno materno.

Lo cierto es que con el avance de la ciencia, en especial de la ciencia médica, se ha logrado la concepción de manera artificial ya sea por inseminación artificial, que no presentaría demasiados problemas, o fecundación in vitro donde nos encontramos con la existencia de vida humana y por ende de una persona humana por nacer fuera del seno materno, debido a que la concepción se produce extracorpóreamente, tal es el caso de los embriones y en especial de aquellos embriones que se encuentran *criopreservados*.

Tanto nuestra Constitución Nacional como los tratados de derechos humanos que fueron incorporados a nuestro ordenamiento jurídico conforme art. 75 inc. 22 "*surge que el constituyente le confirió al niño el status jurídico de persona desde la concepción en el seno materno protegiendo su vida sin efectuar distingo alguno, por lo que existe sólo una respuesta al interrogante planteado y ella es la afirmativa.*"[403]

Se puede observar en la sentencia apelada que se está lesionando gravemente el derecho a la vida de esa persona por nacer, como así también su derecho a no ser discriminado por su enfermedad respecto de otras personas por nacer. De acuerdo con el fallo Tanus se establece que:

"*… el hecho de que la criatura sólo cuente con la posibilidad de sobrevivir extrauterinamente por un lapso no superior a las doce horas, no cambia las cosas, porque la vida de la persona por nacer no se protege únicamente bajo la condición de que pueda alcanzar algún grado de autonomía vital. No hay en las normas que rigen el caso previsión alguna en ese sentido: todo ser humano desde el momento de su concepción se*

[402] En internet: http://www.notivida.com.ar/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html (Fecha de Consulta: 25/03/2020)
[403] En internet: http://www.notivida.com.ar/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html (Fecha de Consulta: 25/03/2020)

considera niño para la República Argentina (art. 2º de la ley 23.849 y art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional), tiene derecho a que se respete su vida, de la cual no puede ser privado arbitrariamente (art. 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica(, y los estados parte "garantizarán en la máxima medida posible" su "supervivencia y desarrollo" (art. 6.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé que las personas por nacer adquieren derechos irrevocablemente si nacieren con vida "aunque fuera por instantes" (art. 70), y sin que a ello obste que "tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno" (art. 72)."[404]

Es decir, que lo que se busca es la protección de esa persona por nacer desde el mismo instante en que se produce la condición, por lo tanto, desde el momento en que se produce la unión de los gametos (de los 23 cromosomas del padre y los 23 cromosomas de la madre), formando el cigoto, es decir la especie humana.

"*En los fallos Tanus y Portal de Belén, el más alto tribunal argentino determinó el sentido y el alcance del principio constitucional del derecho fundamental a la vida, en relación con los embriones. De la conjunción de ambas sentencias emerge la regla interpretativa, según la cual este principio rige respecto de los embriones, con el mismo alcance que respecto de una persona nacida, sin distinción de grado de desarrollo ni de perspectivas de viabilidad. En el caso Tanus, la mayoría de la Corte confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la autorización solicitada por el directorio de un hospital público para inducir el parto de un feto anancefálico. En la fundamentación de su decisión, la Corte señaló que, aunque la autorización para llevar a cabo la inducción había sido solicitada en la semana número veinte de gestación, en el momento en que el caso fue sometido a decisión de la Corte, la madre llevaba ocho meses de embarazo. A juicio de la Corte, esta diferencia temporal permitía distinguir la inducción solicitada del aborto. Explicó, en este orden de ideas, que la muerte del feto anancefálico fuera del seno materno, una vez que ha alcanzado la etapa de viabilidad extrauterina, no es atribuible a la inducción temprana del parto, sino a la enfermedad congénita. No se trataba pues, según la Corte, de decidir acerca de la juridicidad constitucional del aborto, sino acerca del modo en que deben conciliarse el ejercicio del derecho a la salud de la madre, y el ejercicio del derecho a la vida y a la salud del feto anancefálico. Teniendo en cuenta que, en el octavo mes, la inducción al parto no alteraba el destino ineludible de muerte del niño fuera del seno materno, la Corte entendió que en el caso concreto la inducción al parto no alteraba el contenido esencial ni del derecho a la vida ni del derecho a la salud del feto. Dejando en suspenso el análisis de su validez lógica, a los fines de este trabajo interesa reparar en las premisas normativas del razonamiento de la Corte; en particular, en la interpretación de que el derecho fundamental a la vida humana rige a partir del momento de la concepción, según lo establecido por el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (L.23054), y por el artículo 2º. De la L. 23849, aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño.*"[405]

---

[404] En internet: http://www.notivida.com.ar/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html (Fecha de Consulta: 25/03/2020)

[405] Zambrano, María del Pilar; Sacristán, Estela B. El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia Estadounidense y Argentina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759, págs.. 734,735

9.2.2 "Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo"

En el caso "Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo" se presentó un recurso extraordinario por encontrarse en juego el derecho a la vida por considerar que el fármaco "Imediat", anticonceptivo de emergencia, poseía efectos abortivos impidiendo que el embrión se anidara al endometrio, por lo que era sumamente necesario determinar si la concepción se produce con la fecundación o si se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el seno materno, con el fin de establecer si el fármaco tenía o no efectos abortivos.

En dicho fallo, en el considerando 4° se ha dicho "*Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran en los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo… Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación". (confr. Basso, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad" Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs.. 83, 84 y sus citas).*""

En el considerando 12º se mencionan fallos precedentes, como por ejemplo el fallo Tanus analizado anteriormente, puntualmente sobre el derecho a la vida, en el cual "*esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323:1339). En la causa "T, S.", antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tiene siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).*"

Es decir que la Corte Suprema de la Nación Argentina, máximo tribunal judicial, sostiene que toda persona a partir del mismo instante en que se produce la concepción es considerado niño y tiene derecho a la vida. Si bien en este fallo se hace mención al Art. 70 del Código Civil vigente al momento del dictado del fallo (año 2002), lo cierto es que debe entenderse que la Corte sostiene que desde el momento de la concepción comienza la existencia de la persona humana. Podemos decir entonces que desde el instante en que se produce la concepción (dentro o fuera del seno materno) comienza la existencia de la persona humana, por lo que se puede concluir en que los embriones *criopreservados* son personas humanas por nacer.

En referencia a la Convención Americana, el fallo establece que "*… la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) imponen el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los*

Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (O.C. 11/90, parágrafo 23). Asimismo, debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional (Fallos: 319:2411, 3148 y 323:4130)."

La Corte Suprema, entonces, decide revocar la sentencia apelada haciendo lugar a la acción de Amparo y ordena al Estado Nacional, Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica, a que deje sin efecto la autorización del fármaco "Imediat" prohibiendo su fabricación, distribución y comercialización.

"*En el caso Portal de Belén, la Corte reafirmó esta interpretación normativa y, además, precisó que la concepción se produce con la fecundación. El recurso argumental, en apoyo de esta interpretación, consistió en la cita de la opinión de diversos genetistas y biólogos, en el sentido de que: "es un hecho científico que la 'construcción genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente, pues 'el ADN del hueve' contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles". Desde el punto de vista fáctico, la Corte dio por probado que un anticonceptivo cuya comercialización y distribución había sido autorizada por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, actuaría con tres mecanismos subsidiarios. Por una parte, a) Impediría la ovulación o b) Funcionaría como espermaticida. Ello no planteaba ningún reparo constitucional, desde el punto de vista del derecho a la vida del embrión. Subsidiariamente, para el supuesto de que los dos mecanismos primarios no se hubiesen activado exitosamente, el anticonceptivo cuestionado actuaría, c) Modificando el endometrio e impidiendo la implantación del embrión. Sobre la base de estas premisas normativas y fácticas, la Corte Suprema revocó la sentencia de la instancia anterior, que había legitimado la autorización emitida por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación para su comercialización y distribución. Con posterioridad a estos fallos, si bien sin referencia específica a la hipótesis del aborto, la Corte Suprema reconoció la personalidad del por nacer en Sánchez, y al hacerlo así, calificó al nonato comprendido en ese triste caso de "persona por nacer", vale decir, una de las especies jurídicas del género persona según nuestra ley civil.*"[406]

9.2.3 "Rabinovich, Ricardo David s/ Medidas Precautorias"

Continuando con la temática de los fallos en que se otorga a los embriones el carácter de persona por nacer consideramos el de "Rabinovich, Ricardo David s/ Medidas Precautorias" de la CNCIV – SALA I – del 02/12/1999. El Dr. Ricardo Rabinovich inició las actuaciones con el fin de que se le de intervención al Ministerio Pupilar con el objetivo de proteger "un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas" en referencia a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida que traían como consecuencia el congelamiento de personas por nacer. Al respecto la Dra. María del Pilar Sambrano refiere:

[406] Zambrano, María del Pilar; Sacristán, Estela B. *El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y Argentina*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759, págs.. 735,736

"*Como en el derecho estadounidense, la Corte Suprema argentina no se ha pronunciado aún en punto a la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de las técnicas de reproducción humana asistida que, de modo directo o secundario, disponen el descarte – por ejemplo, la destrucción- de los embriones. A pesar de que numerosos proyectos de ley han sido presentados, el tema no ha sido, hasta el momento, receptado en la legislación. En cambio, el problema fue discutido y resuelto en el ámbito judicial por lo menos en un importante caso que se analiza enseguida, y que se sintetiza en la sección "5.4. Conclusiones parciales:", así como en otros casos que se reseñan en la sección 5. Casos posteriores. La primera y más resonante resolución judicial se produjo en el precedente Rabinovich, de la Cámara Civil situada en Buenos Aires. En esta ocasión se dispuso una serie de medidas tendientes a garantizar el derecho a la vida y a la salud de los embriones que, hasta el momento del dictado del fallo, estuvieren crio-conservados por instituciones públicas o privadas que operan en dicha ciudad. La sentencia, resuelta por unanimidad, se fundó en consideraciones análogas a las que, dos años más tarde, acogería la Corte Suprema en los casos Tanus y Portal de Belén.*"[407]

En nuestro régimen jurídico se protege la vida de la persona humana desde el momento de su existencia, es decir desde el momento de la concepción. En los tratados internacionales de derechos humanos la acción es idéntica, sin aclarar ni diferenciar donde se produzco la concepción (dentro o fuera del seno materno).

Respecto de los embriones que se encuentran *criopreservados* en el citado documento se menciona: "*…que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida son también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno. Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales, derivados de la dignidad inherente al ser humano. Ante todo el derecho a la vida, derecho fundamental por excelencia en tanto la vida constituye la condición o presupuesto para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios. Y también del derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior.*"

Como ya se mencionó, se tuvieron en cuenta los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados en nuestro ordenamiento jurídico conforme el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional y en el fallo se reiteró que "*en nuestro ordenamiento legal y constitucional toda ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo los de los derechos a la vida y la integridad física y psíquica.*"

Dentro de los fundamentos del derecho a la vida encontramos que "*…los titulares del derecho son las personas, y en este sentido el hombre, es decir, todo ser humano es persona, igualmente ha de aceptarse que éste tiene una serie de derechos que le pertenecen como derechos humanos y de los que es titular. A estos derechos nosotros los identificamos como derechos humanos, entre los que encontramos como uno de los más significativos el derecho a la vida. Dicho de otra manera, sólo los seres humanos por su propia naturaleza son sujetos de tales derechos; éstos encuentran su fundamento en esa*

[407] Zambrano, María del Pilar; Sacristán, Estela B. *El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y Argentina*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759, págs.. 743,744

naturaleza o dignidad de la persona entendida como aquella calidad de ser superior al resto de los seres vivientes."[408]

Por lo tanto, todo ser humano desde el momento de la concepción, instante en que comienza la vida del nuevo ser, es persona y como tal es titular de los derechos humamos. En consecuencia, los embriones humanos por su condición de seres humanos son titulares de dichos derechos, considerando el derecho a la vida como el más relevante.

"*En primer lugar, se determinó que, desde el punto de vista del derecho argentino, la vida personal comienza con la concepción; ello, con base en una lectura sistemática de todos los tratados internacionales de derechos humanos, tratados que poseen rango constitucional según el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En este orden de ideas, se destacó que la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, utilizan a modo de sinónimo los conceptos de hombre, ser humano, individuo y persona. Y se entendió que el principio acogido en el artículo 51, CC, según el cual es persona todo ente que presente signos característicos de humanidad, posee rango constitucional. Pero aunque todo hombre sea considerado persona a los efectos constitucionales, la definición del estatus jurídico del embrión incluye la determinación de cuándo o a partir de qué momento comienza, para el derecho, la existencia del hombre-persona. Para resolver este punto, la cámara aplicó el artículo 4.1 ya citado, como haría la Corte Suprema más tarde en Portal de Belén. Sin embargo, a diferencia de la Corte, la cámara reparó en la devaluación que podría representar la expresión "en general", utilizada en esa norma, para la protección de la vida del nonato; y resolvió esta particularidad semántica mediante una interpretación sistemática que integró esta norma con la declaración interpretativa introducida por Argentina en la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, según la cual se entiende por niño todo ser humano desde su concepción. Se concluyó sobre esta base en que el citado artículo 4.1, leído integralmente con esta declaración, no debía comprenderse en sentido restrictivo del derecho a la vida del nonato.*"[409]

Finalmente, la Cámara de Apelaciones en lo Civil dispuso que se lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos *pronucleados* que existían a la fecha del fallo en el ámbito de la Ciudad y que se encontraban conservados artificialmente en instituciones públicas y privadas. De esta forma se contabilizaría a los embriones, como así también de los dadores de gametos y a las instituciones y profesionales intervinientes.

Es loable destacar que este fallo se basó en el carácter de persona por nacer desde el momento de la concepción sin importar si esa concepción se producía de manera natural o de manera artificial, y que desde dicho instante la persona es titular de derechos en especial del derecho a la vida y de todos aquellos derechos personalísimos intrínsecos por solo pertenecer a la especie humana. Además, como ya se mencionó en varias oportunidades, la parte mayoritaria de la doctrina reconoce la condición de persona de los embriones desde el momento de la concepción y como consecuencia de ello reconoce la personalidad jurídica de los mismos.

---

[408] El *derecho a la vida. Argumentos antiguos y modernos de la tradición iusnaturalista.* En internet: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3123/9.pdf (Fecha de consulta: 26/01/2019)

[409] Zambrano, María del Pilar; Sacristán, Estela B. *El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y Argentina*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759,

Por otro lado, la Cámara de Apelaciones en lo Civil prohibió que se ejerza cualquier acción que implique la destrucción o experimentación de los embriones, cuestión que implica considerar el carácter de persona por nacer de aquellos embriones criopreservados; paralelamente se prohíbe la destrucción asimilando esta práctica a un homicidio o a un aborto, ambos penados por la ley. Respecto de la prohibición para la experimentación con embriones, sostenemos que dicha práctica no solo podría afectar la vida de los embriones sino también su derecho a la dignidad humana.

Asimismo, en el fallo se establece que toda disposición material o jurídica que se quiera realizar con los embriones, salvo aquellos casos en donde se quiera producir la implantación en el seno materno previo consentimiento de los progenitores, se va a necesitar autorización judicial con la participación del Ministerio Público.

9.2.4 "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Estado Provincial y otro – Amparo (Ley 4915)"

Otro fallo en el que se menciona el tema de los embriones *criopreservados* y que sostiene el carácter de persona por nacer de estos, es el "Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Estado Provincial y otro – Amparo (Ley 4915)". Este documento es de la Cámara Contencioso Administrativa de Segunda Nominación de la Ciudad de Córdoba, Provincia de Córdoba. Es loable destacar que este fallo data del año 2019, es decir en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que establece en su artículo 19 que se es persona desde el momento de la concepción, y ya no especifica en el seno materno; implícitamente infiere no importar el lugar de la concepción.

La Asociación sin fines de Lucro Portal de Belén promovió la acción de Amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y los artículos 48 y 53 de la Constitución de la Provincia de Córdoba contra la Clínica de Fecundación Asistida *Fecundart* y el Estado Provincial de Córdoba con el fin de que se ordene el cese de la práctica de Diagnóstico Genético de *Preimplantación*; además de cualquier otro procedimiento de manipulación genética de embriones y que dé fin a toda práctica que vulnere el derecho a la vida de estas personas humanas por nacer. Por otro lado, también se solicitaba que se designe un tutor judicial para aquellas personas por nacer que se encontraba en situación de abandono por parte de sus progenitores en las clínicas de fertilización asistida.

Se interpuso esta acción judicial por entender la Asociación que dicha práctica violaba el artículo 57 del Código Civil y Comercial de la Nación y "*el segundo acto lesivo es la amenaza inminente de muerte de los niños por nacer que se encuentran en situación de abandono por sus padres y en manifiesta desprotección por parte del Estado que ignora y/o omite tal situación por encontrarse criopreservados en centros y/o laboratorios públicos y privados en el ámbito de la Provincia de Córdoba.*"

La Asociación sostiene que esas prácticas traen aparejado un riesgo inminente de muerte de aquellos embriones sobrantes que se encuentran *criopreservados*, sobre todo de aquellos en estado de abandono. Asimismo, consideran que estas prácticas harían una diferenciación entre aquellos embriones que consideran viables y no para su implantación, decidiendo entonces los médicos cuales son aquellas personas que son dignas para ser implantadas en el seno materno de aquellas que no lo son, lo cual sería una práctica prohibida conforme el artículo 57 del Código Civil y Comercial de la Nación.

"*Desde el punto de vista jurídico, enfatizan que es indispensable que el Estado provincial proporcione la tutela de estos embriones abandonados por sus padres, a su*

vez, aplique su poder de policía en la materia, realizando un seguimiento de cada una de las personas por nacer que se encuentran en cada uno de estos establecimientos que se dedican a la fecundación asistida. Por todo lo expuesto, afirman que, desde el Portal de Belén, entienden que es el propio Estado el que debe ocuparse de garantizar el derecho a la vida a aquellos embriones (persona humanas por nacer) que están a la espera de ser implantados o en peligro de ser descartados."[410]

Lo que se busca, entonces, con esta acción de Amparo es la tutela de aquellos embriones que se encuentran *criopreservados* y en especial en estado de abandono en las clínicas de fertilización asistida tanto del ámbito público como privado.

Sin embargo, vuelven a surgir las dos posturas entre las que encontramos aquellos que consideran a los embriones *criopreservados* personas por nacer, y quienes no y los juzgan en cierto punto como cosas. A lo largo de la investigación, hemos analizado las distintas posturas llegando a la conclusión de que los embriones, cualquiera sea su situación, se encuentren dentro del seno materno o *criopreservados*, son personas por nacer desde el momento de la concepción, es decir de la unión de los gametos.

Tal como surge del fallo "*Merece destacarse la protección de la vida "desde la concepción", como una toma de posición valiente y decidida frente a las tendencias legislativas que propician o permiten "la interrupción voluntaria de la gestación". El respeto al hombre no admite limitaciones artificiales e hipócritas ya que debe ser protegido cuando más indefenso está. La clara definición contra el aborto es, en definitiva, una opción por el hombre y la vida…".*"

Por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, ha entendido que desde el momento de la concepción estamos en presencia de personas por nacer, incluso nuestro máximo tribunal, la Corte Suprema de la Nación, afirmo que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la fecundación. Debemos recordar que fecundación y concepción deben entenderse como sinónimos.

En cuanto a la protección jurídica del embrión no implantado, en el fallo se menciona que "*en la medida que la legislación argentina no especifique el concepto jurídico de "concepción" que se incorpora en el art. 19 del C.C.C., el consenso general defiende que el preembrión y el embrión no implantado, deben ser respetados como un ser humana desde el mismo momento de la fecundación. El embrión es vida humana. (…). Desde esta perspectiva se considera que una vez producida la fecundación, el embrión es vida humana, por lo cual hay que regular su estatuto jurídico pues la posibilidad de su "descarte" o "destrucción" atentan gravemente contra la ética y la moral.*"

Tomando en cuenta que los embriones humanos son vida y por lo tanto son personas por nacer, resulta necesario un consenso legislativo sobre el estatus jurídico de los embriones humanos no implantados. "*Ello es así con más razón cuando diversas Constituciones Provinciales –entre las cuales se incluye a la Constitución de Córdoba- han tomado una posición jurídica amplia a favor de la defensa de la vida desde la concepción, lo que significa que el margen de apreciación concebido a la protección jurídica de la persona se traduce necesariamente en un margen de apreciación según el*

[410] Cámara de apelaciones en lo Contencioso Administrativo de 2da Nominación de la Provincia de Córdoba Causa: Portal de Belén Asociación civil sin fines de lucro c/ Estado provincial y otro - amparo (ley 4915)

cual el Estado especifica los alcances de esa protección jurídica con un criterio unificador a través de la legislación nacional."

Es claro que se necesita una ley que regule exactamente el proceder en los casos en que se encuentren en juego el derecho a la vida, fundamentalmente, de los embriones *criopreservados*, para ello es necesario que se proteja jurídicamente a los embriones implantados y no que se trate de una arbitraria decisión jurisprudencial.

Si bien en la sentencia se rechaza la acción de Amparo presentada por la Asociación Portal de Belén, lo cierto es que los jueces solicitan que se reglamente el estatuto jurídico de los preembriones, de los embriones humanos y de las implicancias jurídicas del desarrollo científico de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Por otro lado, exhorta a la Clínica de Fecundación Asistida *Fecuntart* a no descartar a los embriones *criopreservados* hasta tanto existan reglas jurídicas claras que brinden certeza y seguridad jurídica para quienes se someten voluntariamente y con su libre consentimiento a esas intervenciones terapéuticas. Es decir que en el fallo se prioriza nuevamente el derecho a la vida de estos embriones.

9.2.5 "R., G.A. y Otro S/ Autorización"

En este fallo de Noviembre de 2020 realizado por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 85, se presenta un matrimonio solicitando la autorización judicial para interrumpir la criopreservación de dos embriones que se encontraban en la Clínica Procrearte criopreservados por no haber sido implantados, por lo cual solicitan se rescinda el contrato con dicho establecimiento produciéndose de esa manera el cese de la criopreservación de los embriones.

El matrimonio manifiesta su decisión de no continuar con su voluntad procreacional, voluntad que prestaron en el año 2015 en donde llevaron a cabo varios procedimientos de técnicas de reproducción medicamente asistida en donde lograron la unión de sus gametos formando dos embriones sobrantes que se encuentran criopreservados y que desean resolver la relación contractual con la Clínica Procrearte a los fines de también no afrontar el costo de 200 dólares al año que cuesta criopreservar los embriones. Asimismo, manifiestan que no es su intención donar los embriones criopreservados como así tampoco donarlos con fines de investigación científica. Pero quizás el punto más importante en discusión es que realizan este pedido de resolución de la relación contractual con el fin del cese de la criopreservación de los embriones basándose en que "*el embrión no implantado no es persona*".

Tanto la Sra. Fiscal como así también el Sr. Defensor Oficial se expiden respecto de la problemática de los embriones y el carácter de persona manifestando desde cuando el derecho considera que estamos en presencia de una persona. "*El CCyCN dice claramente en el art. 19 que "La existencia de la persona comienza con la concepción"… y no puede desconocerse que la concepción es de la nueva vida que proviene de la unión del óvulo con el espermatozoide, pero que no puede desarrollar en persona, hasta tanto no sea implantado en el seno materno.*" También, se hace mención en el fallo de primera instancia que la redacción actual de nuestro ordenamiento jurídico se suprime la implantación en el seno materno para adquirir el carácter de persona humana, pero asimismo, el mismo código hace mención que respecto de estos embriones que se encuentran criopreservados y que aún no han sido implantados merecen su tratamiento en una ley especial, ley especial que desde agosto de 2015 hasta la actualidad no ha sido legislada.

El magistrado de primera instancia mencionó que "*el Código vigente identifica a la persona desde su concepción, pero por ahora regula su existencia desde el momento del implante en el seno materno que da origen a estado de embarazo (art. 20); por el tiempo anterior, desde la concepción hasta el implante, que lo identifica como "embrión no implantado" dice que será objeto de una ley especial (ver art. 9, norma transitoria segunda de la Ley 26994), y que aún no fue dictada, o sea que estamos con un vacío legal y en esto todos estamos de acuerdo. Este vacío legal, se traduce en que "lo que no está prohibido, está permitido", con la salvedad de los objeto de contrato, contrarios a la moral y buenas costumbres, que por ser ilícitos, carecen de amparo legal. O sea que, si no necesitaron autorización judicial para realizar la fertilización asistida que concluyó en los embriones congelados, tampoco la necesitan para disponer que dejen de estar congelados, asistidos artificialmente, porque no hay ley que lo exija: "no cabe distinguir, donde la ley no distingue", podría decirse que "no regular, es una forma de regular". Si lo dicho hasta aquí, -de que no es necesario autorización judicial en el tema traído a consideración, simplemente porque no hay ley que lo exija-, no convence, también considero que frente al vacío legal el Código habilita al Juez para que acuda a los usos, prácticas y costumbres en tanto no sean contrarias al derecho, como así también a leyes análogas, porque el Juez tiene el deber de resolver (ver arts. 1, 2 y 3 del CCyCN).*"

Del análisis del magistrado debemos realizar algunas observaciones, él manifiesta que lo que no está prohibido, está permitido, cosa con la que coincidimos, ahora bien, hace la salvedad respecto de aquellos actos que sean contrarios a la moral y a las buenas costumbres e ilícitos. En este momento, nos vemos obligados a preguntar ¿acaso no es ilícito el cese de la criopreservación?, teniendo en cuenta que con el cese de la criopreservación estamos destruyendo el embrión humano, es decir terminando con su vida, lo que podría entenderse como un acto ilícito. Además, a lo largo de la presente imaginación hemos manifestado que el cese de la criopreservación es un acto contrario a la moral. En el caso de marras, debemos destacar, que si bien es cierto que nuestro código habilita al Juez a resolver basándose en los usos, costumbres y prácticas, el mismo ordenamiento considera que estos no deben ser contrarios a derecho, es decir que la decisión del cese de la criopreservación no es posible toda vez que es contrario a derecho, por afectar el derecho humano a la vida, derecho humano de raigambre constitucional.

Por último, el juez de primera instancia resolvió: "*luego de refrescar los debates y antecedentes que trae aparejado el congelamiento de embriones con la lectura de los buenos dictámenes de la Sra. Fiscal y Sr. Defensor, que aunque difieren, merecen el respeto por el tema que involucran, RESUELVO: Hacer saber a G.A.R. y A.R.A., que no necesitan autorización judicial para disponer el cese de la criopreservación de los embriones que obtuvieron con Técnicas de Reproducción Asistida, según acta de consentimiento informado de fecha 16/3/16 que acompañan y en cuanto a la resolución del contrato que dicen haber celebrado no corresponde me expida al respecto y deben acudir por la vía y forma que corresponde.*"

Sin embargo, en abril de 2021, la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, la Sala G revocó el pronunciamiento de primera instancia en donde se habilitaba el cese de la criopreservación de los embriones, no solo desestimando el pedido del cese sino que también se diera intervención al Ministerio Público de la Defensa a fin de que adopte las medidas pertinentes para la preservación de los embriones.

Cabe destacar que la Cámara hace hincapié en el carácter de persona por nacer de los embriones criopreservados, tal como se ha manifestado a lo largo de la presente

investigación. Asimismo, la Cámara manifiesta que "*la jurisprudencia de la Cámara Civil ha expresado que "en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él" (CNCiv., sala I, 03/12/1999, "Rabinovich, Ricardo D. s/ amparo", JA 2000-III-630; LL 2001-C-824; ED 185-412), y de igual modo ha afirmado que también "el concebido fuera del seno materno debe ser considerado personal para el derecho" (CNCiv., sala J, 13/09/2011, "P.,A c/ S., A.C." LL 2011-E-435). Y, a su vez, la Corte Suprema en Fallos: 325:292 ha sostenido que "la vida comienza con la fecundación".*"

Tal como ya hemos manifestado y tomando lo que dijo nuestro máximo órgano judicial, es decir la Corte Suprema de la Nación, a partir de la unión de los gametos, es decir de la fecundación, comienza la vida humana para nuestro derecho, es decir que sin importar si la fecundación se realizó dentro o fuera del seno materno, desde ese mismo instante estamos en presencia de vida humana, y por lo tanto se debe respetar dicha vida. Es por ello que, no podemos cosificar al embrión humano, sino que se debe respetar su condición de humanidad, respetando la dignidad humana de los embriones criopreservados y su derecho a la vida.

La Cámara ha tomado en consideración lo expresado por el Tribunal de Justicia Europeo citando que: "*En este orden de ideas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fundamento en el debido respeto de la dignidad humana, ha expresado que debía entenderse, a los fines de excluir toda posibilidad de patentabilidad, el concepto de embrión humano en sentido amplio, comprensivo de todo óvulo humano a partir de la fecundación, habida cuenta de que la fecundación puede iniciar el desarrollo de un ser humano. (TJUE Asunto C-34/10, Oliver Brüstle c. Greenpeace eV – 18-10-2011).*"

Es por ello por lo que el tribunal resolvió revocar la resolución de primera instancia que había sido apelada y rechazar la autorización judicial presentada por los actores para el cese de la criopreservación y disponer dar intervención al Ministerio Público de la Defensa, quien apelara oportunamente la resolución de primera instancia, a fin de que pueda adoptar las medidas que considerara pertinentes para la protección de la vida de los embriones criopreservados.

A su vez, el Dr. Carlos A. Bellucci, amplio sus fundamentos considerando que "*la resolución desconoce la condición de persona del embrión crioconservado, no obstante que podemos afirmar que el embrión es un ser en sí, único e irrepetible, diferente de sus progenitores, con una entidad propia. El argumento que sostiene que el embrión humano no sería persona choca con la literalidad del antes citado art. 19 del Código Civil y Comercial, sin que obste a ello el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humados, cuya invocación resulta errónea, pues en esa sentencia el referido tribunal internacional explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados, al discutirse allí la cuestión atinente a la prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica y limitarse así la decisión a ese puntal aspecto.*"

Se debe mencionar entonces que el magistrado de primera instancia ponderó la voluntad procreacional de los progenitores por sobre el derecho a la vida de los embriones criopreservados, basándose en que los progenitores no pideron autorización para someterse al tratamiento de fertilización asistida, tratamiento, que debemos recordar, que se encuentra regulado en una ley, no así el cese de la criopreservación por afectar la vida de aquellos embriones criopreservados, que tal como dice nuestra norma y como lo ha manifestado en innumerables oportunidades no solamente la Cámara de Apelaciones en

lo Civil, sino también nuestro máximo órgano judicial la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el embrión humano es persona por nacer para el derecho argentino.

Por otro lado, el Dr. Gastón M. Polo Olivera se ha pronunciado de la siguiente manera: "*En efecto, existen distintos criterios para determinar cuándo existe una vida distinta con idoneidad tal de reservar para sí la condición de persona humana conforme nuestro Derecho, en relación a la particular circunstancia del embrión in vitro. Así puede mencionarse la fecundación como momento mismo de la concepción prevista por el CCCN: 19. Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide, constituye una célula única con dos núcleos de 23 cromosomas cada uno (ovocito pronucleado). Desde esta perspectiva, desde ese momento esa nueva vida merece la protección del derecho y el reconocimiento como persona.*

Otros consideran que la concepción se da en la denominada singamia, evolución resultante luego de 24 horas de la fecundación, donde aparece el cigoto, célula con 46 cromosomas. El cigoto contiene -de manera individual e irrepetible- toda la información genética del nuevo individuo. Otra corriente considera que la anidación (14 días después de la fecundación) resulta un hito cualitativo en la evolución del cigoto, considerado ésta como la fijación en el útero materno. Se fundamente este momento como dirimente en que hasta esa oportunidad, el núcleo puede dividirse y formar gemelos monocigóticos o univitelinos, o bien fundirse con otro u otros y constituir quimeras o mosaicos genéticos. Se remarca también que la mitad de los cigotos no logran anidar, por cuanto no resultaría lógico considerar -desde esta perspectiva- que exista vida humana antes de ese momento fundamental. Anidación y gestación parecen dos caras de una misma moneda. Se ha considerado aquí que ''el embrión, carece de status legal y moral como persona o ser humano, por lo menos hasta los 14 días a contar de la fecundación en que concluye el proceso de anidación y comienza la diferenciación celular en embrión ya que antes de este término puede no anidar, transformarse en una mola o tumor o subdividirse gemelarmente… hasta ese momento nos encontraríamos con un preembrión que, si bien es vida humana y ´por ello deberían tener un reconocimiento moral suficiente, no alcanza a ser una persona por nacer o persona (humana)" (las citas de los mentados criterios hasta acá son de Rivera, Instituciones de Derecho Civil, Parte General, t. I, 7ma. Edición, pág. 679 y siguientes)."

Es decir que para este juez es importante considerar al embrión humano como persona humana, por que de esa manera el embrión tendría la protección jurídica y el reconocimiento de persona que se merece; teniendo en cuenta que actualmente los embriones humanos tienen un marco jurídico de protección que impide el cese de estos, como así también cualquier otra disposición que sea contraria al destino que han determinado sus donantes genéticos. A su vez, todo embrión goza de la protección jurídica propia de todos los seres humanos, sin importar si los mismo fueron fecundados dentro o fuera del seno materno, por lo tanto, el tribunal debe adoptar una decisión que resulta acorde y a favor de la protección de la vida humana, entendiendo a la vida como un valor superior.

Es loable destacar que este fallo de Cámara es de abril de 2021, posterior a la promulgación de la ley de Interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, los magistrados al momento de ponderar la vida humana por sobre la voluntad procreacional de los progenitores han manifestado: "*la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (arg. Ley 27.610) plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen.*

Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esta normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. Ley 27.610:2), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones in vitro."

De lo expuesto, podemos analizar que no solamente el fallo de cámara es el fallo correspondiente toda vez que resguarda el derecho a la vida de esos embriones sobrantes que se encuentran criopreservados, sino que también hace mención que en asuntos relativos a los embriones criopreservados no es factible aplicar la ley de interrupción voluntaria del embarazo toda vez que no se dan las mismas condiciones toda vez que no se encuentran en juego los derechos de la mujer gestante.

9.3 Los embriones preservados personas por nacer: su desprotección al derecho a la vida

Hasta el momento hemos visto fallos jurisprudenciales que acorde al ordenamiento jurídico se posicionan en defensa del derecho a la vida de los embriones *criopreservados* por su carácter de personas por nacer. A continuación analizaremos documentos que no consideran persona a los embriones que aún no han sido implantados dentro del seno de la mujer ,y hasta en algunos casos optan por la destrucción de los mismos.

9.3.1 Artavia Murillo y Otros ("In Vitro") Vs. Costa Rica

Un aporte relevante respecto a los derechos de los embriones será el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Caso Artavia Murillo y Otros ("In *Vitro*") Vs. Costa Rica". Para empezar, se debe mencionar que el 19 de enero de 2001 nueve parejas de Costa Rica que padecían infertilidad presentaron una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de este país, manifestando que como consecuencia de la prohibición de la fecundación *in vitro* veían vulnerados sus derechos humanos protegidos por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Dicha Comisión presentó el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 29 de julio de 2011 cuya sentencia tuvo lugar el 28 de noviembre de 2012. En el fallo el Estado de Costa Rica fue considerado responsable por violación de derechos humanos consagrados en el artículo 1.1 (igualdad), el artículo 5.1 (integridad personal), artículo 7.1 (libertad personal), artículo 11.2 (vida privada), artículo 17.2 (vida familiar) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los Doctores en Derecho Daniel Herrera y Jorge N. Lafferriere en un trabajo del 2013 mencionan:

"*La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica había declarado inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, que permitía la FIV y ello motivó el reclamo ante la jurisdicción interamericana de nueve matrimonios de varón y mujer con problemas de infertilidad, que se consideraron afectados por la decisión de la Sala Constitucional. La Corte Interamericana consideró que, dado que el embrión humano no debe ser considerado una persona bajo la Convención Americana, la restricción generada en el acceso a la FIV supuso una intromisión ilegítima en los derechos antes mencionados.*

En efecto, la decisión de la Sala Constitucional tenía por eje la protección del derecho a la vida de los embriones humanos generados extracorpóreamente. La sentencia de la Corte Interamericana parte de la premisa de que el acceso a la FIV está incluido en el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación (Cap. VIII). Desde esta premisa, la CIDH sostiene que, dado que el embrión humano no implantado no puede considerarse persona bajo los términos de la Convención Americana, la decisión de la Sala Constitucional constituyó una intromisión ilegítima en esos derechos. Para ello, la CIDH realiza una interpretación del artículo 4º en relación con el artículo 1º de la Convención Americana, según el sentido corriente de los términos, con el criterio sistemático e histórico, evolutivo, y según el objeto y el fin del Tratado, que concluyó sosteniendo que el término "concepción" debía interpretarse como equivalente a "implantación"."[411]

Sin embargo, consideramos que esta interpretación es un retroceso al derecho a la vida ya que como hemos manifestado al principio el derecho a la vida es el primer derecho humano que tiene una persona desde el mismo instante en que se produce su concepción sin distinguir si la concepción fue realizada naturalmente o por medio de técnicas de reproducción humana asistida. Además, dicho derecho, tal como se ha explicado anteriormente, es fundamental en la Convención Americana porque del mismo surgen los demás derechos de las personas. Asimismo, en dicho fallo la Corte se contradice con sentencias anteriores de la propia Corte Interamericana en cuanto restringe el derecho a la vida de las personas. En su trabajo del año 2012, Kelmeljer-Herrera-Lamm refieren al respecto:

"*Interpretó el término 'concepción', contenido en el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo asimiló a 'anidación'. Reconoció que un óvulo fecundado da paso a una célula diferente, con la consecuente información genética suficiente para el posible desarrollo de un 'ser humano'; pero si ese embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer, sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibe los nutrientes necesarios, ni está en un ambiente adecuado. 'Concepción' presupone, pues, existencia dentro del cuerpo de la mujer. Prueba de esta conclusión es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se produce una hormona detectable únicamente en una mujer que tiene un embrión anidado. En definitiva, elocuentemente, la Corte afirma que el término 'concepción' al que alude la Convención Americana se refiere al momento en que se produce la anidación.*"[412]

El desarrollo de nuestro trabajo se contradice con las autoras cuando presuponen que el término "concepción" se relaciona con la existencia de una persona dentro del cuerpo de una mujer. Ya hemos probado a lo largo de la presente investigación que desde el momento en que se produce la concepción, es decir la unión de los gametos femenino

[411] Herrera Daniel A., Lafferrière, Jorge Nicolás. ¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida. Publicado en: Sup. Const-2013 (abril), 09/04/2013, 16 – LA LEY2013-B, 415. Cita Online: AR/DOC/1121/2013.

[412] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Ed. Microjuris.com. Cita: MJ-MJN-68565-AR En internet: https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/02/06/la-decision-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-del-28112012-y-la-interrupcion-del-embarazo/ (Fecha de consulta: 02/07/2018)

y masculinos, estamos en presencia de un nuevo ser humano y por ende hablamos de persona por nacer, es decir que entender concepción como anidación es incorrecto ya que son momentos distintos, y toda persona tiene derecho a la vida desde el mismo momento en que se produce la unión de los gametos y se forma un nuevo cigoto que es un ser humano con signos característicos de humanidad.

"*El hecho de que todo "ser humano" sea persona surge de la dignidad misma del "ser humano", la cual es inherente a su naturaleza, y le es reconocida por el derecho internacional. Por lo que no habiendo distinciones dentro del género humano, es persona el "ser humano" desde su estado más primario de desarrollo hasta el plenamente desarrollado.*"[413]

En el apartado 187 del fallo, la corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodatropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Por lo que en el apartado 189 el tribunal entendió el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual consideró que previo a ese evento no corresponde aplicar el artículo 4 de la Convención Americana.

"*En lo que respecta al embrión humano, la CIDH fue más allá de una duda razonable y se inclinó por la visión más acotada sobre el inicio de la vida, acomodada en función de los intereses biotecnológicos que quería privilegiar. Además, fue más allá de lo pedido y se pronunció sobre la protección de la vida durante toda la etapa prenatal y no sólo durante la etapa de embrión. También fue más allá de lo que se discutía e impuso una única visión sin respetar cualquier posible margen de apreciación de los Estados. Igualmente, fue más allá de los precedentes internacionales e impuso la visión más restringida de inicio de la vida. Además, afirmó que el embrión no era persona sin aclarar que ello no tiene incidencia en otras situaciones distintas de la FIV (células estaminales, clonación, partenogénesis, experimentación en embriones humanos, diagnóstico preimplantatorio, selección de embriones con fines eugenésicos).*

En lo que respecta a la procreación humana y las biotecnologías, la sentencia de la CIDH asume de manera completamente acrítica estos procedimientos, soslayando que no se trata de terapias en el sentido estricto, que son técnicas experimentales, que no respetan los criterios de seguridad, eficacia y asequibilidad, que tienen riesgos para la vida del concebido y también para las personas adultas involucradas y sobre todo que no respetan los valores involucrados en la procreación humana. Poderosos intereses biotecnológicos se benefician con la sentencia, que supone un empobrecimiento social de la concepción de persona y un deterioro en el respeto de la dignidad."[414]

Asimismo, la Corte concluyó que, de la interpretación histórica y sistémica de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirmó que no es procedente

[413] Pellet Lastra, Sebastián José. *Breve reflexión en torno al fallo "Artavia Murillo vs. Costa Rica".* Documento de la Cátedra Bioderecho. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. En internet: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2724 (Fecha de consulta: 02/01/2020)

[414] Lafferrière, Jorge Nicolás. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías.* Publicado en: DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 179. Cita Online: AR/DOC/593/2013.

otorgar el estatus de persona al embrión. Por lo que la Corte en el punto 264 estableció: "*La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de ese evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general*.". A pesar de ello, la expresión "en general" no debe entenderse de manera restrictiva debido a que, como se ha mencionado anteriormente, Argentina incorporó la Convención de los Derechos del Niño, para la cual hizo una reserva entendiendo que se es niño desde el momento de la concepción, es decir que la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana que se hizo en el fallo en análisis sobre el estatus de persona del embrión humano fecundado in vitro es incorrecta e inaplicable en nuestro país, ya que para nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos con raigambre constitucional se es persona desde el momento de la fecundación, sin distinguir si la misma se produjo dentro del seno materno o mediante procesos de reproducción medicamente asistida.

"*De la lectura de estos pasajes de "Artavia Murillo" surge con claridad que la Corte IDH excluyó deliberadamente la cuestión de los embriones crioconservados de su análisis. El caso que estaba en discusión refería a la prohibición de la fecundación in vitro y el planteo de nueve matrimonios que querían recurrir a esa técnica con sus propios gametos. Y la Corte IDH entendió que "la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios" (consid. 316). Es decir, ante dos posibilidades a los derechos a la vida privada y familiar de los peticionantes antes que a la protección del embrión, en un contexto de prohibición total de la FIV. De allí que, si se hubiera discutido otro contexto, como el que refiere a los embriones criopreservados, no podemos saber si la interpretación hubiera sido la misma.*"[415]

No obstante, del voto concurrente del Juez Diego García-Sayán surge que "*no se puede estar más en desacuerdo con esta apreciación ya que el objeto y fin del artículo 4.1, visto conforme al principio de buena fe, a los términos del tratado y en el contexto de éstos, no puede ser otro efectivamente que la ley proteja el derecho de "toda persona ... a que se respete su vida a partir de la concepción"; vale decir, que efectivamente se proteja ese derecho, incluido, el del concebido o no nacido aún. Al respecto, la sentencia incurre, por otra parte, en una contradicción, a saber: que mientras antes señaló que el artículo 4.1 de la Convención no era aplicable en este caso, en esta oportunidad; empero, lo invoca para sostener que entre los derechos e intereses en conflicto debe existir "un adecuado balance". Resulta paradojal preguntar cómo puede darse tal balance si se ha afirmado que "el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo*

[415] Lafferrière, Jorge Nicolás. *Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco*. Publicado en Thomson Reuters – LA LEY. Cita Online: AR/DOC/1867/2019.

4.1 de la Convención Americana, esto es, no tendría derecho "a que se proteja su vida", por lo que no habría derechos que balancear, armonizar o compatibilizar." Ahora bien, no solo la Convención Americana protege el derecho a la vida, derecho que debe ser protegido desde el mismo instante de la fecundación, sino que también encontramos varias normas de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional regulan y defienden el derecho a la vida. Cabe mencionar, la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU de 1948. También La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que establece que el niño merece "protección legal antes y después del nacimiento"; y por último la Convención Europea de Derechos Humanos.

Cabe agregar también que el mencionado derecho a la vida no solo se encuentra regulado en estas normas de derechos internacionales, sino que también está consagrado en declaraciones éticas médicas históricamente adoptadas por la Asociación Médica Mundial, que dedicó las disposiciones del juramento hipocrático en un contexto secular. La Declaración de Ginebra de 1948 establece "*Mantendré el máximo respeto por la vida humana desde el momento de la concepción, incluso contra la amenaza*", mientras que el Código Internacional de Ética Médica de 1949 afirma que "*un médico siempre debe tener la obligación de preservar la vida humana desde la concepción*". Por lo tanto, no reconocer el carácter de persona humana a los embriones, sin diferenciar si se encuentran implantados en el seno materno o son producto de técnicas de reproducción médicamente asistidas, e incluso argumentar que los embriones pueden destruirse (en el caso de los embriones humanos implantados en el seno materno) y destruirlos (en el caso de los embriones criopreservados no implantados) es atentar contra el derecho fundamental de todo ser humano, es decir atentar contra el derecho a la vida.

De la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales surge claramente que se le debe respetar a la persona el derecho a la vida y a la dignidad humana desde el momento del estado embrionario, ya sea dentro o fuera del seno materno, debido a que desde el instante de la concepción y/o fecundación hay vida humana.

"*Respecto al alcance que tiene la sentencia de la Corte Interamericana surge del voto en cuestión coincido con nuestra Corte Suprema en el sentido de que la doctrina de la CIDH es orientadora y necesaria en materia específica de los derechos humanos en general y en especial de los contenidos de la Convención, y que sólo cabe apartarse en circunstancias extremas. Pero entiendo que la jurisprudencia del Tribunal Internacional no puede ir más allá de la Convención misma que es su base de sustentación; ni de su soporte constitucional que le sirvió de cauce de introducción en nuestro ordenamiento jurídico. En síntesis, razona que, en atención a la reserva efectuada en la Convención sobre los Derechos del Niño, el precedente jurisdiccional interamericano no puede aplicarse en el caso argentino, ya que violaría la propia Constitución Nacional. Así, sostiene la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad 'por fuera' del control de constitucionalidad*."[416]

Asimismo, el Fallo trata sobre otra cuestión jurídica que no tiene relación con lo que se juzgaba en la causa, ya que únicamente debía decidir sobre la prohibición de la fecundación in vitro y no sobre el momento de comienzo de la existencia de la persona

[416] http://www.saij.gob.ar/maria-belen-mignon-proteccion-absoluta-embrion-implantado-derecho-salud-reproductiva-personas-antecedente-judicial-cuestionable-luz-reciente-sentencia-corte-interamericana-derechos-humanos-dacf150186-2015-02-24/123456789-0abc-defg6810-51fcanirtcod?utm_source=Facebook&utm_medium

humana. Conforme lo establece María Angélica Gelli, "*…en base a lo que dispone de manera explícita el artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos surge del ordenamiento internacional que: a) los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorios para el Estado que aceptó la competencia del tribunal internacional y fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado; b) las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado; c) la Convención Americana no establece en ninguna disposición el alcance general de los fallos de la Corte Interamericana, ni en cuanto al decisorio ni en cuanto a los fundamentos*".[417]

Por lo que en nuestro país, teniendo en consideración lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño se puede concluir que se debe considerar persona a todo ser humano concebido fuera o dentro del seno materno a partir del momento en que se produce la unión cromosómica de los gametos femeninos con los masculinos –también conocido como teoría de la singamia– instante en el cual empieza la protección de todos los derechos establecidos en el ordenamiento jurídico vigente. Se debe tener en cuenta que la persona por nacer, se encuentre en el seno materno o criopreservada, es un agente moral que posee los derechos inalienables de la condición humana.

Sin embargo, nuestra doctrina ha analizado en profundidad dicho fallo encontrando que "*El conflicto a dirimir y sobre el cual profundiza la Corte gira en torno a la interpretación del art. 4.1 del Pacto de San José relativo al derecho a la vida el que se encuentra "protegido, en general, a partir del momento de la concepción" y el art. 1.2 que dispone que "persona es todo ser humano". Es decir, si el embrión no implantado es una persona humana.*"[418]

Del análisis de la normativa, tal como se mencionara anteriormente, el embrión, sin importar si el mismo se encuentra en el seno materno o no, es una persona humana y por lo tanto se lo debe proteger.

Por el contrario, parte de la doctrina entiende que "*El resonado fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Artavia Murillo y otros contra Costa Rica' del 28/12/2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional (conf Corte Federal, caso 'Mazzeo', Fallos 330:3248, entre otros), considera que la noción de concepción que menciona el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos acontece cuando se trata de TRHA cuando el embrión es implantado en la mujer. Para arribar a tal conclusión expuso, entre tantos otros argumentos, que la Convención Americana de Derechos Humanos data de 1969, época en la que no existía la posibilidad de la fertilización in vitro (fecundación de óvulo y esperma por fuera del cuerpo de una persona) y que dicho instrumento internacional debe ser interpretado de manera dinámica, y en ese sentido, destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la técnica de la fertilización in vitro*

[417] Quintana, Eduardo Martín. *La Corte Suprema de Justicia de la Nación deniega una técnica lesiva de la vida e integridad física de los embriones* (A propósito de la ley de reproducción humana asistida y su decreto reglamentario)

[418] Lamm, Eleonora. *El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos.* Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental. La Ley 20/05/2015. Cita Online: AR/DOC/1297/2015.

(FIV), entendiendo que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia."[419]

Ahora bien, negar la protección del embrión humano, cuando se encuentra demostrado que a partir del momento de su fecundación es un ser humano, no solamente es contrario a la Convención Americana sobre Derecho Humanos, en especial artículo 1.1, sino que también es contrario a nuestro ordenamiento jurídico actual, que establece que se es persona desde el momento de la concepción, sin diferenciar si la misma se produjo dentro o fuera del seno materno.

"*Sin embargo, se observa en el fallo que comentamos la resistencia a la aplicabilidad de dicho antecedente -en contra de lo que ordena el control de convencionalidad- esgrimiendo distintas justificaciones. Así, el Dr. Perez Hualde desarrolla un extenso razonamiento a fin de justificar su no aplicabilidad. En este sentido esgrime que la definición que realiza el Tribunal internacional sobre "concepción" diferenciando dos momentos "fecundación" e "implantación" es compartida por cinco de los seis integrantes del Tribunal (una disidencia) pero dos votos aclaran que sólo alcanzan a este caso en concreto; que el fallo contradice precisamente la mencionada reserva aclaratoria efectuada en nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño; y que la sentencia ha sido cuestionada por la propia doctrina de Costa Rica. Además, expresa que dicho fallo contradice nuestro control de constitucionalidad (el que no puede verse superado por el control de convencionalidad).*"[420]

Tal como se menciona en la cita, no puede ser vinculante para los jueces de nuestro país toda vez que el fallo es contrario a nuestro ordenamiento jurídico, en especial contrario a nuestra Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que suscribió nuestro país, en especial respecto de la reserva que hizo el estado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Además, de ser contradictorio a nuestra legislación, dos de los votos aclaran específicamente que ese fallo solo alcanza a ese fallo, más aún cuando la propia doctrina de Costa Rica ha criticado dicha resolución.

"*A modo de cierre sobre el estudio de esta esencial jurisprudencial regional-convencional, dada la obligatoriedad de los fallos que emanan de la Corte IDH como intérprete última y autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que hace a la "condición de su vigencia" de este instrumento internacional, fácil se puede observar la contradicción con esta perspectiva que se deriva de afirmaciones arribadas por mayoría en la comisión 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en la Facultad de Derecho (UBA) en septiembre del 2013, en la cual por mayoría se sostuvo que: "El fallo Artavia Murillo no resulta aplicable a la Argentina", conclusión que es seguida en algunos pocos precedentes que deniegan la cobertura médica de ciertas prácticas de reproducción asistida al sostener que ellas implican manipular embriones in vitro como sinónimo de personas, y algunas voces doctrinarias más apegadas a una visión conservadora y religiosa de las relaciones de familia y bioética. Incluso, se ha llegado a inventar un artículo inexistente en la ley 26.882 de*

[419] *Herrera, Marisa. Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión in vitro o no implantado no es persona humana.* CATRHA, Comisión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Reproducción – Vol. 30. Nº4, Diciembre 2015.

[420] Mignon, María Belén. *La protección absoluta del embrión no implantado y el derecho a la salud reproductiva de las personas*. Un antecedente judicial cuestionable a la luz de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Infojus. Id SAIJ: DACF150186. 24 de Febrero de 2015.

cobertura médica para defender la idea de que el embrión no implantado es persona. (…)"[421]

Además, la propia Corte Interamericana ha incluido su jurisprudencia al control de convencionalidad y también ha mencionado que los Estados deben aceptar la competencia del tribunal para que este se puede reconocer como el último interprete de la Convención Americana. "*Sin embargo, concluir que la jurisprudencia de la CIDH resulta obligatoria –en virtud de la doctrina del control de convencionalidad- pues la propia jurisprudencia de la CIDH así lo ha señalado, constituye una auténtica falacia de petición de principio, dado que dicha argumentación presupone en sus premisas lo que está por demostrarse: si la jurisprudencia de la CIDH es vinculante. Para evitar caer en ello tendrían que señalarse fuentes independientes a la jurisprudencia de la CIDH que establezcan la obligatoriedad de sus sentencias, pero al menos en el ámbito internacional, no las hay. De allí a que, frente a la inconsistencia observada y ante el vacío de regla al respecto en el fuero internacional, se afirme que lo que imponen tales sentencias "no es la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH, sino, en todo caso, la obligación de "tenerla en cuenta", de considerarla, de hacer mérito de ella, lo que no implica necesariamente el deber de atacarla. (…) preciso es admitir que, bajo la CADH, la Corte IDH no puede imponer otra obligación que la de "tener en cuenta" su jurisprudencia. En efecto, no existe norma alguna en la CADH que le otorgue a la Corte IDH poder para imponer a los Estados integrantes del SIDH la obligación de "acatar" su jurisprudencia bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional.*"[422]

A modo de conclusión, se puede decir que a pesar de lo establecido en el fallo Artavia Murillo vs. Costa Rica en cuanto a la existencia de la persona humana, en el caso de los embriones producto de técnicas de fertilización asistida que comienzan con la implantación, podemos establecer lo siguiente: en primer lugar, dicha sentencia no es vinculante para la República Argentina debido a que dicho Estado no formó parte de la demanda, tal como la doctrina mayoritaria lo considero en las XXIV Jornadas Nacional de Derecho Civil; por lo tanto no es aplicable en nuestro país. Por otro lado, en la sentencia se encuentra una mala interpretación de las Convenciones Internacionales, sobre todo teniendo en cuenta la reserva que efectuó nuestro país respecto de la protección jurídica de los niños, desde el mismo instante de la concepción hasta los 18 años de edad.

9.3.2 "R.G.J y otro/a s/ Autorización Judicial"

Otras referencias al respecto son los autos que presentan la Sra. M.J.L y el Sr. G.J.R solicitando autorización judicial para interrumpir la *criopreservación* de embriones. Mencionan los progenitores que ante la imposibilidad de tener hijos de manera natural se sometieron a un tratamiento de fertilización asistida en el cual se crearon nueve embriones que fueron *criopreservados* en la *Clínica Procrearte* y que en el año 2014 se le implantaron a la Sra. M.J.L tres embriones de los nueve que se encontraban *criopreservados*, quedando en dicho nosocomio seis. Producto de esa implantación, los progenitores lograron el ansiado embarazo naciendo producto de esta técnica su primer hijo. En el año 2017 nace el segundo hijo de la pareja de manera natural, es decir sin necesidad de implantación de embriones.

[421] Herrera, Marisa. La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar. Infojus. Id Infojus: DACF140902. 29 de Diciembre de 2014.

[422] Lafferrière, Jorge Nicolás; Tello Mendoza, Juan Alonso. El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo". Publicado en: Sup. Const-2014 (noviembre), 27/11/2014, 71 – LA LEY2014-F, 404. Cita Online: AR/DOC/3586/2014.

Como consecuencia de que los progenitores ya habían tenido dos hijos y no deseaban tener más hijos, se presentaron ante la *Clínica Procrearte* donde manifestaron que querían suspender la *criopreservación* de los seis embriones sobrantes. La institución les comunicó que para el cese de la *criopreservación* de los embriones necesitaban una orden judicial que lo autorice debido a que en materia de embriones hay un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico, es por ello que la pareja se presenta ante la justicia ordinaria con el fin de conseguirla basándose en su voluntad procreacional.

Al presentarse la demanda se le da intervención a la Asesoría de incapaces la que "*en un fundado dictamen concluye que a raíz de la interpretación sistemática de la normativa vigente, los antecedentes de la Corte IDH y el dictamen de la máxima instancia en el ámbito de intervención las Asesorías de Incapaces, que la protección de los embriones in vitro no quedaría abarcada por los términos de los arts. 103 inc. a) del Código Civil y Comercial y 38 de la Ley 14.442, por lo que devuelve las actuaciones sin asumir intervención.*"

Ahora bien, la asesoría de incapaces de manera totalmente arbitral y contraria a nuestro ordenamiento jurídico no asume su intervención en carácter de defensor de esos seis embriones que se encuentran *criopreservados(*recordemos que conforme a nuestro ordenamiento jurídico estos embriones que se encuentran criopreservados son personas por nacer no solo porque lo que establece el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la nación cuando menciona que desde el momento de la concepción estamos en presencia de una persona humana sino también por lo dispuesto en los tratados de derechos humanos con raigambre constitucional, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño).

Por otro lado, la Fiscalía "*dictaminó que la suspensión de la criopreservación no importa vulneración alguna en relación al artículo 19 del CCCN, ello toda vez que los embriones no se encuentran implantados, por lo que estima que corresponde hacer lugar a la autorización solicitada.*" Sin embargo, ya hemos demostrado a través de la presente investigación que desde el momento de la concepción, sin distinguir si la misma se produjo de manera natural o mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida nos encontramos ante la presencia de un nuevo ser humano, es decir de una persona dentro de la norma jurídica. Parece ser que la fiscalía se estaría basando en el artículo 19 redactado en el anteproyecto del Código Civil y Comercial, pero no en el artículo vigente, atentando de esa forma contra el derecho a la vida de esos embriones sobrantes que se encuentran *criopreservados.*

La jueza, para ordenar el cese de la *criopreservación* de los embriones, se basa en la ausencia de norma expresa, tomando en cuenta la ley 26.862, ley sobre el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción medicamente asistidas; como así también el artículo 19 del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que mencionaba dos situaciones distintas, una en cuanto a los embriones que se hubieran concebido en el seno materno y otra de aquellos embriones que hayan sido implantados en el seno materno. Finalmente podemos mencionar el apoyo en el consentimiento previo, informado y libre que firman las personas que se someten al uso de estas nuevas técnicas de reproducción que sostiene:

"*Como bien recuerda la sentencia que comentamos, había en la redacción inicial del proyectado art. 19 dos momentos de inicio de la persona, pero por los duros debates que generó ello, se eliminó la frase que consignaba que la existencia de la persona en el caso de las técnicas comenzaba con la implantación. Además, la redacción final quitó la*

referencia que traía el anterior Código al "seno materno" como lugar donde se produce la concepción. De ese modo, el lugar de la concepción dejó de ser relevante para los fines de la determinación de la personalidad. Si miramos al resto del ordenamiento, dos artículos resultan muy relevantes. Por un lado, el art. 17 que se refiere al carácter no comercial del cuerpo. Ahora bien, el "cuerpo" humano surge en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Allí se forma un nuevo organismo, distinto al padre y a la madre. Ellos pueden pedir la destrucción de sus gametos, pero una vez que los gametos se han fusionado, hay un individuo distinto, de la especie humana, con rasgos humanos. Allí comienza la existencia de un cuerpo y, como se sostiene en los fundamentos del Anteproyecto, "el cuerpo es soporte de la noción de persona y sobre este aspecto no hay mayores discusiones". Por otro lado, en el capítulo dedicado a los derechos personalísimos, el art. 57 prohíbe "toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia". En este artículo el embrión es reconocido como persona, como titular de derechos personalísimos. La etapa embrionaria es una etapa más de la vida, como se habla luego de los niños, o de los adolescentes."[423]

De lo expuesto, claramente se desprende que la jueza de Primera Instancia se basa en el anteproyecto del Código Civil y Comercial el cual fue modificado debido a los grandes debates éticos y filosóficos que trajo a colación, y ordena el cese de la *criopreservación* de embriones contrariando varios artículos del Código Civil y Comercial de la Nación vigente(Artículos 19, 17 y 57 que protegen a los embriones y en especial a aquellos que se encuentran *criopreservados* por su carácter de ser humano). Es decir, que entendemos que la sentencia es arbitraria toda vez que se basa en un derecho no vigente en Argentina y confunde los términos concepción y fecundación como si fueran términos distintos, pero tal como se ha demostrado son sinónimos debido a que, tanto en la concepción en el seno materno como en la fecundación artificial, se produce la unión de los gametos formando así un ser humano independiente de sus progenitores y una nueva persona por nacer.

El otro de los puntos en los que se basa la jueza para tomar la decisión del cese de la *criopreservación* es la voluntad *procreacional*, establecida en los artículos 560 y 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. La propia jueza menciona "*que de la interpretación de las normas surge con claridad que la titularidad de los embriones formados a los fines concretar el proyecto de procreación, son de las personas que hayan manifestado su voluntad de procrear a través del otorgamiento del consentimiento informado.*" Por lo tanto, la jueza menciona la "titularidad" cuestión que hace entender que está asimilando a los embriones *criopreservados* a una "cosa", porque no se puede ser titular de una persona, pero si titular de una cosa. Si inferimos que el embrión humano es una cosa, la jueza no podría tomar la decisión de cesar la *criopreservación* porque no resultaría competente, ya que nos estaríamos refiriendo a cosas por ende sería un juez en lo civil y comercial quien debería tomar el caso. Sin embargo, el hecho se tramita ante un juzgado de familia por entenderse que los embriones son personas por nacer a la luz de lo establecido en el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.

"*El punto crítico del fallo se encuentra en la interpretación del art. 560, Cód. Civ. y Com. que dispone que el consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de los gametos o embriones generados. En tanto los padres no renuevan su*

[423] Lafferriere, Jorge Nicolás. Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco. Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/1867/2019

consentimiento, los embriones ya concebidos quedan en un limbo filiatorio. En tal sentido, el art. 560, Cód. Civ. y Com. ha sido fuertemente criticado por discriminar entre los embriones que se conciben naturalmente y cuyos padres deben hacerse cargo siempre de ellos, y los embriones concebidos por técnicas, en que los progenitores tienen la facultad de engendrar y desembarazarse del hijo engendrado, sin responsabilizarlos. Además, este artículo se ubica en la normativa referida a los procesos filiatorios y no regula las técnicas en sí mismas. Pero como sostiene Basset, el hijo es quien está en el centro de este proceso y es su interés superior el que tiene que primar. De allí que sostengamos que no exista un derecho a quitar la vida de los embriones ya concebidos. Son personas y gozan del derecho a la vida. Por eso, creemos que en este caso debería haberse denegado la autorización y haberse solicitado a las partes un curso de acción que garantizara el derecho a la vida de los embriones. Fueron los requirentes y sobre todo la clínica interviniente, quienes colocaron a los embriones en esta situación y no resulta ajustado a derecho privarlos de la vida."[424]

Por otro lado, la jueza menciona que "*los titulares de los embriones congelados expresan que han concretado su voluntad procreacional a través del nacimiento de sus dos hijos, manifestando no querer tener más hijos, así como no querer estar en forma vitalicia ligados a dicha situación; en razón de esta posición es por lo que solicitan la interrupción de la criopreservación.*". Por lo tanto, vuelve a mencionar a los titulares cosificando nuevamente a los embriones, además se basa en la manifestación de voluntad por un lado y por el otro en la relación contractual que tiene los progenitores con la clínica. Ahora bien, en lugar plantear la solución en contra de la vida de los embriones *criopreservados*, la jueza podría haber encontrado otro desenlace si los progenitores no deseaban ser padres nuevamente y pudieran resolver el contrato con la clínica, por ejemplo, dando como una opción la adopción prenatal como modo de protección de la vida de los embriones *criopreservados*.

El tercer punto en el que se basa la jueza es en el estatus jurídico del embrión *criocongelado* y se apoya en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Considera que el mismo resulta vinculante para Argentina a pesar de no haber sido Estado parte en el caso tomando como punto de partida la Convención Americana, centrándose en que la misma incluye que la interpretación que haga la Corte Regional debe ser vinculante para el juez nacional, estando este obligado a aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El Dr. Lafferriere sostiene al respecto:

"*Ahora bien, más allá del problema del control de convencionalidad y la consideración de que las sentencias de la Corte IDH en las que Argentina no fue parte no son vinculantes, sino simplemente una insoslayable pauta de interpretación, en el caso resulta errónea la invocación del fallo "Artavia Murillo", pues en esa sentencia la Corte IDH explícitamente excluyó la consideración del problema de los embriones crioconservados. En efecto, según surge del consid. 129 de "Artavia", el Estado de Costa Rica planteó una serie de argumentos vinculados con los problemas de la crioconservación de embriones. Como la cuestión que se discutía era la prohibición de*

[424] Lafferriere, Jorge Nicolás. Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco. Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/1867/2019

la fecundación in vitro en ese país, la Corte IDF se limitó a ese punto y expresamente dejó afuera el problema de los embriones crioconservados."[425]

Lo cierto es que en el caso "Artavia Murillo" la Corte Interamericana excluyó el tema de los embriones *criopreservados* porque se trataba en forma puntual la prohibición de la fecundación in vitro y no el estatus jurídico de los embriones in vitro. En ese documento, la Corte adoptó la postura que manifiesta que la concepción es sinónimo de implantación y no de fecundación como se ha demostrado hasta el momento, otorgando preeminencia al derecho a la vida privada y familiar por sobre la protección del embrión. Nuevamente amplia el jurisconsulto mencionado:

"*Resulta equivocado invocar la sentencia "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (28/11/2012) para fundamentar la decisión de descartar embriones crioconservados, dado que la misma Corte IDH excluyó el alcance de su decisión de aquel momento el complejo problema de los embriones crioconservados. Además, una lectura integral del Código Civil y Comercial (en adelante Cód. Civ. y Com.) lleva a concluir que los embriones deben ser considerados como personas para todos los fines del ordenamiento jurídico argentino. Finalmente, sentado que los embriones son personas y no cosas, la voluntad procreacional no puede ser invocada para tomar decisiones que signifiquen la muerte deliberada de embriones.*"[426]

Por último, la jueza resuelve "*otorgar la autorización para cesar la crioconservación de los seis embriones pertenencientes a la señora M.J.L y al señor G.J.R. que se encuentra en custodia en la Clínica Procrearte S.A.*" Es decir que la jueza Bigliardi atenta contra la vida de esos seis embriones sobrantes que se encuentran *criopreservados* llevando a cabo la destrucción de seis personas por nacer, manda judicial contraria no solo a nuestro ordenamiento jurídico actual sino también a la normativa en materia de Tratados de Derechos Humanos internacionales.

9.3.3 "C.M.L y otro/a s/ Autorización Judicial"

En este caso actual caratulado "C.M.L. y otro/a s/Autorización Judicial" la posición es similar la situación anteriormente analizada; ya que son los progenitores quienes se presentan ante la Justicia con el fin de cesar con la *criopreservación* de sus embriones.

En cuanto a los antecedentes encontramos que la pareja en el año 2007 empezó con una serie de estudios, los cuales diagnosticaron la baja reserva ovárica de la Sra. C. por lo que se utilizó la ovodonación. Un año después, en el mes de abril de 2008, se llevó a cabo el procedimiento de reproducción humana médicamente asistida por el cual se obtuvieron once embriones los que fueron *criopreservados* en cuatro pajuelas. La pareja logró el ansiado embarazo en la primera transferencia embrionaria, naciendo su única hija.

Si bien la pareja *criopreservó* los embriones por más de diez años, su voluntad desistió de tener más descendencia y en julio de 2019 ante la Justicia solicitando resolver el contrato que los unía con la clínica que *criopreserva* los embriones e interrumpir su *criopreservación*. Además, manifestaron que su única voluntad era la destrucción de los

[425] Lafferriere, Jorge Nicolás. *Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco*. Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/1867/2019

[426] Lafferriere, Jorge Nicolás. *Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco*. Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/1867/2019

embriones, ya que no deseaban darlos en adopción a otras parejas infértiles y tampoco donarlos con fines de investigación.

Ante el hecho, la clínica manifestó que ante el vacío legal por el que atraviesa nuestro país se requería autorización judicial para la interrupción del proceso de *criopreservación*.

El juez de primera instancia a fin de poder tomar una decisión y así emitir su fallo hizo un análisis de la normativa internacional, interpretando, en nuestra opinión, de manera errónea. Comenzó analizando la naturaleza jurídica de los embriones no implantados, es decir, haciendo una distinción entre embriones implantados y no implantados. Analizó los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los cuales indicaban que el derecho a la vida es un derecho humano inherente a toda persona, por lo que entendemos que los embriones humanos estén o no implantados gozan de ese derecho a la vida, máxime con el actual artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual también fue analizado por su Señoría. También hizo referencia al fallo "Artavia Murillo", que fuera comentado más arriba, y tomó en consideración dicho fallo por creerlo obligatorio para el Estado argentino bajo pena de incurrir el Estado en responsabilidad internacional. Sin embargo, ya se ha mencionado anteriormente que dicho fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es obligatorio para la Argentina, toda vez que nuestro país no fue Estado parte. Del mismo modo, entiende el juez que los embriones no implantados no son personas en sentido jurídico, independientemente de lo que cada persona crea.

El magistrado puso en relieve tres ejes argumentativos a saber: el Código Civil y Comercial de la Nación; la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013; y la postura asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Artavia Murillo. En primer lugar al analizar el Código Civil y Comercial de la Nación el juez destaca que: "*el término "concepción" no se encuentra definido de manera expresa en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, resulta de relevancia lo normado por el art. 20 del CCCN por cuanto entiende por época de concepción al lapso entre el máximo y mínimo fijado para la duración del embarazo. Es decir, que el legislador relaciona directamente la noción de embarazo con el concepción de concepción, lo que permitiría suponer que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico pues sin implantación del embrión no hay embarazo posible en la persona.*". Ahora bien, ya hemos probado a lo largo de la investigación que los términos concepción y fecundación son sinónimos ya que dan significado a la unión de los gametos de los progenitores de la cual surge una nueva célula distinta de sus padres: el embrión. Por otro lado, nuestro más alto tribunal ha entendido que dichos términos son sinónimos por lo que no se pueden basar el juez en decir que concepción solo hace referencia al seno materno. Además, si los legisladores realmente hubieran querido hacer esa diferencia entre embriones concebidos en el seno materno y embriones concebidos in vitro hubieran conservado el Artículo 19 como estaba redactado en el anteproyecto del Código, el cual fue modificado por ser contrario no solo a nuestro ordenamiento jurídico sino también a los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

Asimismo, se basó en la voluntad procreacional posterior de los progenitores, no así en la que tuvieron al momento del inicio del tratamiento de fecundación artificial, y en la posibilidad de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación en el seno materno. Es decir, que se apoyó en la posibilidad que previó el legislador de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación en los artículos referentes a la

filiación por técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Por lo tanto, determinó que el embrión no implantado ha de ser objeto de protección a través de una ley especial, por lo que no lo considera persona, pero sí piensa que es necesario que se sancione una ley que los proteja.

Como segundo eje argumentativo tomó en referencia la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 que es una ley que regula la cobertura y el acceso integral a las técnicas de reproducción medicamente asistida de aquellas personas que presenten problemas de fertilidad. Al respecto, es loable destacar, que ni en la ley ni en el decreto reglamentario se hace referencia al estatus jurídico de los embriones sobrantes que se encuentran *criopreservados* y que muchas veces los mismos quedan abandonados.

Por último, analizó como tercer y último eje argumentativo el fallo Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica basándose en que "*luego de un pormenorizado análisis de cada uno de los ítems enunciados, el Máximo Tribunal Regional entendió que el término concepción es sinónimo de "anidación" o "implantación". Sucede que si el embrión no se implanta, sus posibilidades de desarrollo son nulas, de modo tal, que no cuenta con la protección aludida en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos*".

Pero tal como se pudo demostrar al reflexionar al respecto, concluimos en la idea que en el fallo Artavia Murillo no se estaba solicitando que se determinara el estatus jurídico del embrión, sino que lo que se buscaba era que se admitiera la fecundación in vitro en Costa Rica donde había una prohibición absoluta.

"*Disentimos con la Corte IDH y consideramos que dictó una sentencia injusta, pero más allá de ello, hay que leer su resolución en el marco de los hechos que estaban en discusión. Y eso nos permite concluir en dos puntos centrales para el caso que estamos comentando: a) En Argentina no hay prohibición absoluta de FIV y por tanto estamos en un contexto distinto al que había en Costa Rica al momento de resolver el caso "Artavia"; b) la sentencia "Artavia" expresamente dejó fuera de consideración la problemática de los embriones criopreservados, a pesar de que Costa Rica trató de introducir el tema, pues se atuvo al problema de la prohibición absoluta de la FIV. Entonces, no puede invocarse el fallo "Artavia" como fundamento para tomar una decisión referida a cómo resolver el grave problema que plantean los embriones crioconservados.*"[427]

Vale agregar que contrariamente a lo que ocurría en Costa Rica, nuestro país sí contaba con una ley de reproducción medicamente asistida que estaba en vigencia, por lo que consideramos que la sentencia arribada por el juez de La Plata resultó arbitraria y contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

El magistrado en el punto II de su sentencia manifestó: "*Habiendo sido sentado ello, en el caso en concreto, la posición aquí esgrimida resiste el control de constitucionalidad-convencionalidad interno potenciando de este modo la protección de derechos humanos en juego, como el derecho humano a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, entre otros.- En el particular, los peticionarios no desean continuar vinculados en un contrato vitalicio con el Centro Procrearte siendo su deseo cesar la criopreservación y descartar los embriones*

[427] Lafferriere, Jorge Nicolás. Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco. Thomson Reuters. Cita Online: AR/DOC/1867/2019

criopreservados. En otras palabras, revocar el consentimiento oportunamente brindado a la clínica (art. 560, 561, 562 del CCCN; art. 7 y cctes. Ley 26.862 y dec. Reglamentario 956/12) pues no desean tener nuevos hijos. Tal decisión, asimismo, forma parte de la esfera íntima y revela el proyecto de vida común que detenta en la actualidad la pareja C. – A., el cual debe ser respetado en los términos y alcances del artículo 19 de la CN.". Ahora bien, surge claramente que el juez prevalece el derecho a formar o no una familia por sobre el derecho a la vida de los embriones sobrantes criopreservados en la clínica, se basa en el consentimiento y en la voluntad procreacional de no tener más hijos, sin importar que dichos embriones son personas por nacer, es decir que entendemos que el magistrado asimilo a los embriones a las cosas por las cuales uno las puede destruir si es su deseo.

Por lo que resolvió: "*En este entendimiento, sin más, adelantando mi pronunciamiento, estimo que corresponde hacer lugar a la autorización pretendida por los interesados, correspondiendo -en función del consentimiento revocado- cesar el contrato que los une con la Clínica P. y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que mantiene la pareja para su descarte*".

Del decisorio del juez, se puede observar, que al momento de dictar su sentencia sobrepesó la voluntad procreacional por sobre el derecho a la vida de los embriones. Tal como se ha analizado anteriormente, todos los embriones sin importar si se encuentran implantados o no, gozan de todos los derechos inherentes por el hecho de ser personas, prevaleciendo el derecho a la vida; y el cese de la *criopreservación* resulta ser la destrucción de los embriones.

Por otro lado, el juez estimó que corresponde oficiar al Congreso de la Nación, en especial a la Secretaría de la Cámara de Diputados de la Nación y a la Cámara de Senadores de la Nación a fin de que tomaran conocimiento de las consecuencias que produce el vacío legal respecto de los embriones *criopreservados*. Consideramos que el Estado debe resguardar y proteger a los derechos humanos que poseen los embriones ~~humanos~~ *criopreservados* debido a que son la expresión directa de la dignidad de la persona humana. Asimismo, el Estado debe reconocer los derechos humanos que poseen los embriones, partiendo del derecho fundamental de vivir, así como también el derecho a la dignidad humana, el derecho a nacer, la integridad física y el derecho de tener una familia; todo ello debe estar legislado de manera clara para evitar situaciones jurídicas respecto de la vida de una persona, en especial de una persona totalmente vulnerable como lo son las personas por nacer.

Asimismo, se debe tener presente que, con el comienzo de la vida humana, el embrión adquiere estatus jurídico en el cual se debe proteger no solo al embrión concebido naturalmente dentro del seno materno sino también aquel que se creó producto de las nuevas técnicas de reproducción médicamente asistida; estos embriones resultan ser más vulnerables que los engendrados en la mujer ya que se encuentran expuestos a situaciones aterradoras.

9.4 Los embriones criopreservados ante el divorcio y/o separación personal de sus progenitores

Es sabido que, producto de los tratamientos de fertilización humana medicamente asistida, son muchos los embriones sobrantes que quedan *criopreservados* por tiempos

indeterminados, debido a que en nuestro país no hay legislación que lo regule. Ahora bien, una problemática cada vez más común es aquella que se presenta ante el divorcio y/o separación personal de los progenitores de los embriones *criopreservados*, muchos de los cuales permanecen en estado de abandono.

Lo cierto es que no hay ninguna ley que establezca cuál será el destino de los embriones *criopreservados* ante el divorcio y/o separación personal de sus progenitores, lo que lleva a que esto se resuelva judicialmente. Existen antecedentes jurisprudenciales no solo a nivel nacional, sino también a nivel internacional, que determinan el destino de estos ante el divorcio y/o la separación personal de sus progenitores.

Sin embargo, se debería reglamentar que las parejas al someterse a los tratamientos de fertilización asistida dejen estipulado cuál va a ser el destino de los embriones, para el caso en el que se produjera la separación personal y/o el divorcio e incluso hasta en caso de fallecimiento de estos, predominando el derecho a la vida de esos embriones, partiendo de la premisa de que son personas por nacer.

A continuación, analizaremos fallos jurisprudenciales del Reino Unido, Estados Unidos y Argentina que servirán de referencia para discernir sobre diferentes miradas jurídicas respecto a la temática en cuestión.

9.4.1. Reino Unido

El caso más emblemático en este país es el caso **"Evans vs. Reino Unido"** que llegó a tener sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Dicho caso fue el primero que resolvió el destino de los embriones que se encontraban *criopreservados* en el Reino Unido y resulta revelador por su naturaleza conflictiva y su decisión.

A modo de introducción se desarrollarán los hechos principales del caso pero luego analizar la resolución del TEDH.

N. Evans junto con su pareja Sr. J iniciaron el 12 de julio de 2000 un tratamiento de reproducción medicamente asistida en una clínica en la ciudad de Bath (*Bath Assisted Conception Clinic*). Tres meses después del inicio del tratamiento, en octubre de ese mismo año, le diagnosticaron a la Sra. Evans tumores precancerosos en ambos ovarios y le indicaron que debía someterse a una ovariotomía bilateral. Además, se le informó que en el menor plazo posible podían extraer algunos óvulos para ser sometidos a un tratamiento de fecundación in vitro.

La Sra. Evans, en dicha oportunidad, preguntó si podía congelar sus óvulos sin ser necesario llevar adelante el proceso de fecundación, pero obtuvo una respuesta negativa por parte de la clínica tratante, debido a que en ese establecimiento no realizaban dicho procedimiento. Sin embargo, su pareja, el Sr. J le dijo a la Sra. Evans en ese momento que se quedara tranquila ya que él quería ser el progenitor del hijo que pudiera tener en un futuro la Sra. Evans.

Respecto a la información suministrada en relación al tratamiento de fertilización que iban a llevar adelante se les manifestó que debían firmar los formularios donde prestaban su consentimiento para llevar adelante el tratamiento de fertilización in vitro; y, además, se les explicó el contenido de la Ley de 1990 de fecundación y embriología humana, haciendo hincapié en que ambos tenían la posibilidad de revocar y retirar su

consentimiento en cualquier momento del proceso antes de la implantación de los embriones en el seno materno de la Sra. Evans.

Finalmente, el 12 de noviembre de 2001, casi un año después de su diagnóstico, la pareja llevó adelante el proceso de fertilización logrando la fecundación de once óvulos de los cuales solamente se *criopreservaron* seis embriones. No obstante, no pudieron llevar a cabo la implantación porque, el 26 de noviembre de ese mismo año, la Sra. Evans sufrió una ablación de sus dos ovarios por lo que debía esperar dos años para poder implantarse un embrión.

A pesar de ello, la relación de pareja entre la Sra. Evans y el Sr. J. terminó en mayo del año 2002, y en dicho momento fue el Sr. J quien informó a la clínica de la separación y en ese momento solicitó la destrucción de los embriones que se encontraban *criopreservados,* a pesar de lo que le había manifestado a la Sra. Evans en el momento en el que llevaron a cabo el tratamiento de fertilización.

La clínica, al recibir el pedido de destrucción de los embriones por parte del Sr. J, informó a la Sra. Evans que conforme el párrafo 8, punto 2, de la lista 3 de la Ley de 1990 tenía la obligación legal de destruir los embriones que se encontraban *criopreservados* en dicho establecimiento ya que el Sr. J. había revocado su consentimiento.

Como consecuencia de ello, la Sra. Evans presentó una demanda ante el Tribunal Superior (*High Court*) solicitando que el Sr. J. restaure su consentimiento sobre el uso de los embriones. A pesar de ello, el Tribunal Superior entendió que el tratamiento de fertilización había sido llevado a cabo con un consentimiento conjunto y por ello, el 1 de octubre de 2003 el Tribunal desestimó el pedido de la actora y rechazó la demanda.

A raíz de ello, apeló la sentencia del Tribunal Superior ante el Tribunal de Apelación (*Court of Appel*). Dicho Tribunal de Apelación en el año 2004 confirmó el decisorio del Tribunal Superior debido a que consideró que lo establecido en la Ley de 1990 era claro y que con ello se necesita el consentimiento de ambos progenitores durante todo el tratamiento de fertilización hasta el momento de la implantación de los embriones.

Una vez agotada las vías recursivas dentro del Reino Unido, la Sra. Evans demandó ante la Corte Europea de Derechos Humanos por supuesta violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El 7 de marzo de 2006 una de las Salas de la Corte Europea (*Fourth Section*), compuesta por siete jueces, resolvió el caso Evans contra Reino Unido declarando la admisibilidad del recurso estableciendo que no había habido violación de los artículos 2, 8, 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales concernientes al derecho a la vida, respeto a la vida privada y familiar y a la prohibición de discriminación.

Luego, el 5 de junio de 2006 la Sra. Evans solicito a la Gran Sala (Grand Chamber) la remisión del caso y el presidente de un panel de la Gran Sala ordenó una medida para que se siguieran *criopreservando* los embriones hasta el dictado de la sentencia.

La Sra. Evans sostuvo que la ley del Reino Unido al permitir la destrucción de los embriones como consecuencia de la revocación del consentimiento del Sr. J. presentaba una total violación al derecho a la vida que se encuentra contemplado en el art. 2 del Convenio. Sin embargo, "*El Tribunal consideró que, a falta de un consenso europeo*

sobre la definición científica y jurídica del inicio de la vida, el punto de partida del derecho a la vida dependía del margen de apreciación de los estados. En este sentido la legislación británica no reconoce al embrión la calidad de sujeto de derecho autónomo ni le autoriza a prevalecerse -por persona interpuesta- del derecho a la vida garantizado por el art. 2. Encontró, por tanto, que no había violación del artículo 2."[428]

Por otro lado, la Sra. Evans mencionó que el fallo y el anexo 3 de la ley de 1990 violaban su derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como lo establecía el art. 8 de dicho Convenio. Asimismo, su derecho se veía afectado por la revocación del consentimiento que efectuara el Sr. J. toda vez que se la privaba de ser madre y que ella llevo a cabo el procedimiento de fertilización con material genético del Sr. J. porque no pensaba que se iban a separar.

"*Conforme a lo anterior, la Gran Sala concluyó que el derecho al respeto de la vida privada y familiar abarca, entre otras cosas, la identidad social del individuo, la autonomía personal y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos, así como el derecho a decidir ser madre o padre; por lo que la Human Fertilisation and Embryology (Ley de 1990), al hacer hincapié en que los donantes del material genético tienen derecho a modificar o reiterar su consentimiento en cualquier momento antes de que los embriones sean utilizados, respeta el derecho antes dicho y, no se acepta que el donante masculino sea necesariamente menos digno de protección que el de una mujer.*"[429]

Por último, la Sra. Evans mencionó el art. 14 del Convenio en cuanto a la prohibición de discriminación basándose en que aquellas mujeres que pueden procrear de manera natural no se encuentran condicionadas a ningún tipo de imposición respecto del destino de los embriones; en cambio, ella se encontraba sujeta al consentimiento y la voluntad del Sr. J. La Gran Sala dictaminó que en los fallos anteriores no se violó el art. 8 ya que existe una justificación objetiva y razonable de acuerdo con el art. 14 del Convenio.

"*Como se explicó, el TEDH acepta la solución de la ley interna; por lo tanto, si la revocación se produce antes del implante, las circunstancias imponen negar la maternidad; consagrar una excepción supone no sólo violentar los claros términos de la ley, sino forzar una paternidad en un sistema fundado, esencialmente, en la voluntad procreacional, es decir, en la decisión conjunta de dos personas de someterse a una práctica médica. Dicho de otro modo, según la ley británica, el consentimiento de ambas partes constituye una condición sine qua non para proceder al implante en el útero de los óvulos fertilizados in vitro (embrión). Al igual que los jueces británicos, los integrantes de la mayoría se compadecen de la adversidad que atraviesa la demandante, quien no podrá tener un hijo de su sangre si no tiene lugar el implante. Sin embargo, consideran que la revocación del consentimiento, incluso en las circunstancias excepcionales de la causa, no rompe el justo equilibrio que exige el artículo 8. Pese a la empatía mostrada hacia la recurrente, entienden que: (a) el elemento determinante es el consentimiento prestado por ambas partes; (b) ambos sabían que, conforme la ley vigente, el consentimiento podía revocarse por cualquiera mientras los preembriones no*

[428] Lamm, Eleonora. La custodia de los embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido. Revista catalana de dret públic, núm. 36, 20008, p. 195-220, pág. 199

[429] Castellanos Madrazo, José Francisco. Apuntes sobre el caso Evans vs. Reino Unido. Acerca de los casos hércules.

estuviesen implantados en el útero; (c) la mujer era consciente de que los óvulos fecundados constituían su última oportunidad de tener un hijo genético."[430]

Asimismo, la Gran Sala concluyó que la Sra. Evans conocía las normas de derecho interno, y que estaba informada acerca de la ley de 1990 y las consecuencias acerca del consentimiento y que a pesar de ello continúo con el tratamiento.

"*Pedir a las personas en esta situación que evalúen las diferentes opciones de disposición en caso de divorcio y negocien parece excesivo. Por ello, en atención a futuras reformas de la materia, sería deseable que las leyes sobre técnicas de reproducción asistida de los diferentes Estados contemplaran excepciones en este sentido. En el caso Evans v. The U.K esta objeción cobra una importancia especial, ya que el mismo día en que la pareja prestó el consentimiento informado a la fecundación "in vitro" se había comunicado a la mujer que padecía un cáncer de ovarios y que, en consecuencia, debía someterse a una operación para que éstos le fuesen extirpados. A juzgar por la cada vez más elevada tasa de divorcios y la cifra en aumento de embriones congelados almacenados en los bancos de los centros de reproducción asistida autorizados, las eventuales disputas sobre la titularidad de los preembriones pueden convertirse en un fenómeno cada día más frecuente en los países de nuestro entorno. A la vista de la orientación seguida por la mayoría de legislaciones de los Estados Miembros, en la actualidad debe tenerse en cuenta que además de la congelación de embriones existen otras técnicas que permiten tener hijos vinculados genéticamente sin comprometer los derechos reproductivos de una parte. Entre dichas técnicas destaca la congelación de óvulos. Como subrayan los hechos probados en el caso Evans v. The U.K, la recurrente conocía la existencia de esta técnica pero decidió no recurrir a ella ante la advertencia de la enfermera del centro reproductivo de las pocas probabilidades de éxito de la misma que, además, no se llevaba a cabo en la clínica en cuestión. Asimismo, la mujer se vio en cierto modo influenciada por las palabras tranquilizadoras de su ex pareja, que le aseguró que no modificaría el consentimiento otorgado.*"[431]

Por lo tanto, debemos entender que parte de la doctrina argentina analizando dicho caso y manifiestan que: "*De lo expuesto surge nuestra adhesión a la decisión del TEDH adoptada en el caso "Evans c. Reino Unido", por mayoría; más aún, entendemos acertada la solución de la ley británica, que al igual que otras leyes del derecho comparado, autoriza a revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación. Esta línea argumental encuentra apoyo en normas internacionales que reconocen los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales, que incluyen el acceso a tratamientos para la infertilidad y al uso de técnicas de reproducción asistida, pero siempre de manera libre, alejando toda forma de compulsividad. El derecho a la libertad y a la autonomía y desarrollo personal son pilares de la doctrina internacional de los Derechos Humanos.*"[432]

A modo de conclusión, se puede decir que, el caso en análisis nos trae grandes interrogantes y discrepancias al respecto debido a que la resolución tomada tanto por los

[430] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. *La obligación de ser padre impuesta por un tribunal*. La Ley 28/09/2011. Cita Online: AR/DPC/3389/2011.
[431] Farnós Amorós, Esther. Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10.4.2007. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. Abril 2007.
[432] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. La obligación de ser padre impuesta por un tribunal. La Ley 28/09/2011. Cita Online: AR/DOC/3389/2011.

tribunales del Reino Unido como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resulta contraria a nuestro ordenamiento jurídico, ya que en dicho fallo encontramos que se viola el derecho a la vida de los embriones que han sido *criopreservados*. En el documento, se menciona que conforme el derecho interno no hay violación al derecho a la vida de los embriones, y, a su vez, colocan al consentimiento y a la voluntad procreacional por sobre el derecho a la vida de los embriones. En estos casos, en los que hay un conflicto de intereses entre los progenitores y se encuentra en juego el derecho a la vida de los embriones se debe optar, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, por salvaguardar la vida de esas personas por nacer. Asimismo, en este caso se debería haber permitido la implantación de los embriones en la Sra. Evans; primero con el objeto de desarrollar la vida de los embriones; luego cumplir el deseo de formar la ansiada familia que tenía la actora; debido a que era la única posibilidad de tener un hijo propio con su material genético.

9.3.2. Estados Unidos

En este apartado trataremos el peso que la vida humana tiene sobre los embriones *criopreservado*s en los Estados Unidos de América y cuáles fueron los marcos que estableció la jurisprudencial estadual estadounidense. Al respecto refiere La Dra. María del Pilar Zambrano:

"*El carácter facultativo tanto de la promoción como de la determinación del peso del interés estadual en la vida humana potencial no viable –dentro de los márgenes establecidos por la Corte- se manifiesta legalmente a nivel estadual y federal, en un entretejido de los más diversos criterios acerca del estatus legal del embrión. Este estatus sólo excepcionalmente se encuentra explícitamente definido; tal el caso del estado de Louisiana. En el resto de los estados, así como en el ámbito federal, se lo induce a partir de la regulación de diversas actividades directa o indirectamente vinculadas con el destino de los embriones concebidos in vitro. Las más relevantes de estas actividades son las que conciernen a la reproducción asistida, y a la investigación científica y tecnológica que requiere el uso y en su caso el descarte de embriones. El estatus del embrión estará dado, en lo principal, por la existencia o inexistencia de restricciones a su descarte. (...) En el ámbito federal se prohibió, a partir del gobierno de Clinton, el empleo de fondos públicos para la creación de embriones humanos con fines de investigación o para investigaciones en las cuales los embriones humanos fueran destruidos, descartados o sometidos, a sabiendas, a riesgo, de daño o muerte, mayor que aquel permitido en investigaciones de fetos dentro del útero (Enmienda Dickey). Esta restricción no se extendió a las investigaciones financiadas con fondos privados, o con fondos públicos estaduales. Pero en marzo del 2009, el presidente Obama emitió la orden ejecutiva 13505, por la cual se eliminaron ciertas restricciones al empleo de fondos federales para investigaciones en nuevas líneas de células madre embrionarias, abriendo el debate acerca de si los investigadores podían crear embriones para luego cosechar células madre. Un par de días después, el mencionado presidente suscribió y prorrogó aquella Enmienda, que mantiene en pie las restricciones ya reseñadas. Con este entretejido de criterios legales como trasfondo, la jurisprudencia estadual ha girado fundamentalmente en torno a la cuestión de quién y con qué parámetros tiene derecho a decidir cuál es el*

destino de los embriones o pre-embriones no implantados, cuando no hay acuerdo al respecto entre los progenitores."[433]

En los Estados Unidos son varios los tribunales norteamericanos que han fallado, de manera uniforme, en contra de la implantación de los embriones luego de la separación y/o el divorcio de los progenitores. A continuación, analizaremos los fallos más emblemáticos sobre la temática en cuestión.

9.3.2.1 Davis v. Davis (1992)

Mary Sue y Junior Davis se casaron en Abril de 1980, luego de seis meses, Mary Sue tuvo un embarazo ectópico, donde el embrión se encontraba fuera de la cavidad uterina, por lo que no pudo sobrevivir. La señora en cuestión tuvo consecutivamente cinco embarazos ectópicos más, por lo que decidió sellar quirúrgicamente su trompa de Falopio izquierda, siendo así incapaz de concebir convencionalmente.

A partir de 1985, la pareja intento seis veces concebir a través de fertilización in vitro, pero dichos intentos fracasaron. Sin embargo, la pareja no se dio por vencida y en noviembre de 1988 comenzaron nuevamente con dichos tratamientos. En ese momento, la clínica podría *criopreservar* cualquier embrión no utilizado para su posterior transferencia. Se debe destacar que, la pareja nunca dispuso el destino de los embriones en el caso de separación y/o divorcio.

En diciembre de 1988, se realizó un procedimiento por el cual se obtuvieron nueve embriones, de los cuales dos fueron implantados resultando la transferencia fallida, quedando los siete embriones sobrantes *criopreservados* para su posterior utilización. Sin embargo, en febrero de 1989 Junior solicitó el divorcio, en el que las partes llegaron a un acuerdo sobre todos los asuntos, excepto respecto del destino de los embriones *criopreservados*. Mary Sue, dentro del marco del divorcio, requirió que los embriones fueran implantados, pero Junior prefirió que continuaran en estado de crioconservación.

En septiembre de 1989, el Tribunal de Primera Instancia llegó a un veredicto, y otorgó la custodia de los embriones a Mary Sue para el uso en futuros intentos de implantación. El tribunal consideró que los embriones eran seres humanos porque la vida humana comienza en la concepción, es decir que se decidió el asunto de acuerdo con el interés superior del potencial niño.

Sin embargo, Junior apeló la resolución ante el Tribunal de Apelaciones de Tennessee, afirmando que el fallo había violado la ley estatal y federal, y le imponía, mediante una sentencia judicial, que se convirtiera en padre contra su voluntad. En septiembre de 1990, el Tribunal de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y determinó que Junior tenía el derecho constitucional de no convertirse en padre contra su voluntad. Sin embargo, el mismo tribunal otorgó a ambos progenitores la custodia de los embriones y decidió que las partes solo se convertirían en padres si ambos estaban de acuerdo.

En diciembre de 1990, Mary Sue apeló el fallo de la Corte de Apelaciones ante la Corte Suprema de Tennessee. En el año 1992, las partes ya habían contraído nuevas nupcias y habían cambiado su deseo en cuanto al destino de los embriones. Por una parte,

[433] Zambrano, María del Pilar; Sacristán, Estela B. El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia Estadounidense y Argentina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759, págs.. 728,729

Mary Sue quería donar los embriones a una pareja sin hijos; por la otra parte, Junior quería que los embriones fueran destruidos. La Corte Suprema de Tennessee, al momento de revisar el fallo no tenía jurisprudencia o estatutos de Tennessee que abordaran disputas sobre embriones *criopreservados* para guiar su decisión. En junio de 1992, el tribunal decidió que la carga de Junior de soportar una paternidad no deseada superaba la carga de Mary Sue de no poder donar los preembriones a otra pareja.

Este caso convirtió a Tennessee en uno de los primeros estados en abordar una disputa sobre embriones *criopreservados*; la afirmación de la Corte Suprema de la sentencia de la Corte de Apelaciones permitió la destrucción de los embriones que se encontraban *criopreservados*. A pesar de que, en febrero de 1993, Mary Sue solicitó la revisión de la sentencia, la solicitud fue denegada por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Este fallo, al igual que el Evans c. Reino Unido son contrarios a nuestro ordenamiento jurídico porque le dan mayor importancia a la voluntad de los progenitores que a la vida de los embriones *criopreservados*, por lo tanto, afectan el derecho a la vida, derecho humano fundamental.

9.3.2.2 Kass v. Kass (1998)

Este es el segundo caso en el que se trató el tema del destino de embriones *criopreservados* en un tribunal norteamericano. En Julio de 1988 Maureen y Steven Kass contrajeron nupcias. Al año siguiente, la pareja se enteró que Maureen no podía concebir naturalmente por lo que buscaron asesoramiento de asistencia reproductiva en el Hospital John T. Mather Memorial en Port Jefferson de la ciudad de Nueva York. La pareja se sometió a varios tratamientos de fertilización in vitro logrando dos embarazos, el primero en octubre de 1991 el que terminó en un aborto espontáneo, y el segundo resultó ser un embarazo ectópico y no llegó a desarrollarse.

En 1993, la pareja decidió *criopreservar* los embriones restantes para poder utilizarlos en una futura implantación. Cuando realizaron el procedimiento de extracción de óvulos para su fecundación, y firmaron cuatro formularios de consentimiento proporcionados por el programa de FIV del Hospital Mather. La pareja había acordado que en el caso de divorcio donarían sus embriones con fines de investigación científica. En mayo de 1993, los médicos extrajeron 16 óvulos de Maureen, logrando la fecundación de nueve de ellos. Dos días después, los médicos le implantaron a la hermana de Maureen cuatro preembriones, quien se había ofrecido como madre sustituta para el embarazo que no pudo desarrollarse, y los embriones restantes se *criopreservaron.*

En junio de 1993, pocas semanas después de que Maureen y Steven firmaran los formularios de consentimiento e intentaran implantar los preembriones, establecieron un acuerdo de divorcio en el que se estipuló que los cinco embriones *criopreservados* ante el supuesto hecho, serían donados con fines de investigación. Además, el acuerdo establecía que ninguna de las partes podía solicitar la custodia de los preembriones. Sin embargo, un tiempo después, Maureen notificó al hospital y a su médico que se oponía a la destrucción o al uso de investigación de los preembriones, indicando asimismo que deseaba intentar implantarse nuevamente los embriones sobrantes manifestando que estos eran la única posibilidad que tenía de ser madre. Al mes siguiente, Maureen solicitó la custodia exclusiva de los embriones, de los cual Steven se opuso basándose en el consentimiento y acuerdo firmado por las partes indicando que los mismos debían ser donados con fines de investigación.

En diciembre de 1993 las partes lograron divorciarse sin haber logrado un acuerdo respecto al destino de los embriones; previamente Maureen había logrado en enero de 1993 que el Tribunal de Primera Instancia le otorgara la custodia exclusiva de los embriones. Steven apeló el fallo ante la División de Apelaciones de la Corte Suprema de Nueva York, Segunda División revocó el fallo en septiembre de 1997 basándose en el consentimiento que habían firmado las partes, aunque el mismo era ambiguo, la Corte entendió que la voluntad de las partes era la de donar los embriones con fines de investigación. Además, se invocó que la mujer no podía basarse en el derecho a la integridad física o a la privacidad cuando resultaba ser un caso de embriones *criopreservados*. Sin embargo, a pesar de la revocación de la decisión de la Corte Inferior, Maureen apeló ante la Corte de Apelaciones de Nueva York (Tribunal Supremo del Estado) que escuchó los argumentos de las partes en marzo de 1998. Ante la ausencia de jurisprudencia en el Estado de Nueva York o de alguna ley que regule a los embriones *criopreservados*, la Corte de Apelaciones tomó de base el precedente en la materia de la Corte Suprema de Tennessee en Davis v. Davis (1992), además, analizó un informe publicado por la Fuerza de Tarea sobre Vida y Ley (Fuerza de Tarea) del Estado de Nueva York. A pesar de la sugerencia del Grupo de trabajo respecto a que los embriones *criopreservados* no deberían implantarse, destruirse o donarse con fines de investigación cuando uno de los progenitores se opusiera, la Corte desistió la recomendación.

En síntesis, la Corte estipuló, al igual que en su precedente, que los embriones no eran personas y que no debían considerarse como tales y, a su vez, tuvo en cuenta el acuerdo que habían firmado los progenitores acerca del destino que les darían a los embriones en el caso del divorcio, por lo que dicho consentimiento era obligatorio para las partes. Refiere la Dra. Zambrano:

"*De la conjunción de ambas sentencias pueden extraerse al menos las siguientes reglas sustanciales e interpretativas: a) Los embriones no implantados no son conceptualmente personas, por lo cual no existe un deber jurídico de implantarlos, desde el punto de vista del derecho a la vida. Sin embargo, en principio son objeto de un "respeto especial" por su potencialidad para devenir personas, que aunque no se confunde con el respeto debido a la dignidad de la persona, pretende distinguirse del trato debido a los objetos de intereses o derechos de propiedad. b) El derecho de la madre a disponer de la vida del embrión, reconocido en Roe como dimensión del derecho a la privacidad, se refiere a los embriones ya implantados en el seno materno. Por esta razón, la madre no tiene derecho a prescindir de la decisión o de los intereses del padre, para implantar, donar o descartar los embriones congelados fuera del seno materno. c) El destino de los embriones no implantados se rige en principio por la decisión unánime de los progenitores. Cuando están en desacuerdo, rige el convenio escrito previo a su concepción, si es que éste existe y es unívoco. d) Si no hay acuerdo escrito previo, o si el acuerdo es ambiguo, el destino de los embriones debe decidirse mediante un balanceo de los intereses contrapuestos, teniendo en cuenta el "respeto especial" debido a los embriones. e) Sin embargo, este "respeto especial" sólo es un criterio interpretativo relevante en los supuestos en que el destino de los embriones debe decidirse judicialmente, ante el desacuerdo entre los progenitores, y frente a la ausencia de un acuerdo escrito en el cual se dirima la cuestión. El "respeto especial" no condiciona de ningún modo, en cambio, el acuerdo de voluntades de los progenitores. f) Por otro parte, el "respeto especial" no tiene el peso suficiente en el "contrabalanceo" de intereses como para imponer la implantación del embrión. Al contrario, en este contrabalanceo*

pesa más el interés de una de las partes en no gestar un hijo, que el interés de la parte contraria en gestarlo o en donarlo para su implantación."[434]

Tal como puede observarse, los dos fallos estadounidenses analizados anteriormente son contrarios a nuestro ordenamiento jurídico ya que en nuestro país se le reconoce al embrión su estatus jurídico desde el momento de la concepción, entendiendo que la concepción se produce en el momento que se materializa la fecundación y, por lo tanto, debe prohibirse la interrupción del desarrollo embrionario.

9.4.3. Argentina

Es sabido que en nuestro país no hay legislación que regule a los embriones *criopreservados* y mucho menos que se establezca el destino de estos frente a la separación personal y/o el divorcio vincular de sus progenitores. Sin embargo, la jurisprudencia se ha tenido que expedir en varias oportunidades al respecto, por lo tanto, abordaremos dos fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina, que ya han sido analizados por la doctrina.

A diferencia de lo planteado en el Reino Unido y en los Estados Unidos de América, Argentina presenta un ordenamiento jurídico distinto, si bien no tiene una norma que regule el destino de los embriones sobrantes *criopreservados* en las clínicas de fertilización, la jurisprudencia se ha encargado de fallar al respecto, como se verá a continuación.

El caso más importante en nuestro país en relación a los embriones criopreservados ante el divorcio vincular o la separación personal de los progenitores es el **"P., A. c/ S., A. C. s/medidas precautorias"**, fallo que fue resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J en Septiembre de 2011. Es loable destacar, que en la época donde fue resuelto dicho caso no se encontraba vigente ni la ley de reproducción humana medicamente asistida que fue promulgada en el año 2013, y tampoco el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Debemos comenzar analizando los hechos iniciales para abordar a una conclusión. El matrimonio contrajo nupcias en el año 2003 y luego de un tiempo se dieron cuenta que tenían dificultades para tener hijos de manera natural, por lo que en el año 2005 iniciaron un tratamiento de fertilización asistida. Al someterse a dichas prácticas, firmaron un consentimiento informado donde autorizaban la *criopreservación* de embriones y llegando a un acuerdo respecto al supuesto fallecimiento de alguno de los cónyuges o la imposibilidad de implantación. En ese caso, los embriones serían entregados en adopción a una pareja infértil que sería buscada por la clínica tratante. Respecto al destino de los embriones en el caso de divorcio de la pareja, las partes decidieron que la disposición debería ser tratada por la autoridad competente.

La pareja realizó tres intentos de fecundación asistida, logrando un embarazo en el tercer intento, y como resultado en agosto de 2006 nació su hijo. Producto de esos intentos de fecundación se conservaron cinco embriones para su posterior uso. Sin embargo, a los dos meses del nacimiento de su hijo, la pareja se separó de hecho, iniciando el juicio de divorcio vincular. Luego de dos años, en el 2008, la mujer decidió implantarse los embriones sobrantes, su exmarido se opuso a la implantación, por lo que procedió a

[434] Zambrano, María del Pilar; Sacristán, Estela B. El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia Estadounidense y Argentina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759, págs.. 730, 731

enviar una carta documento al centro de fertilización donde se encontraban *criopreservados* los embriones, manifestando su disconformidad en cuanto al pedido de su ex mujer. Sin embargo, basándose en el consentimiento que habían firmado, la mujer recurrió a la justicia iniciando una medida cautelar con el fin de obtener autorización judicial para implantarse los embriones sobrantes.

En primera instancia, se le autorizó la implantación de los embriones de acuerdo a lo manifestado por el Fiscal de la Cámara y la Defensora de Menores e Incapaces, pero el exmarido apeló dicha resolución ante la Cámara Civil, alegando que se oponía a la implantación, revocando el consentimiento que había prestado oportunamente, debido a que no se quería convertir nuevamente en padre, y mucho menos con una mujer de la cual se encontraba divorciado.

Sin embargo, el tribunal tomó en consideración que los embriones que se encontraban *criopreservados* en la clínica eran personas por nacer y como consecuencia de ello los mismos debían ser protegidos y velar por el interés superior de estos. A su vez, durante el proceso judicial, la Juez de Primera Instancia informó al centro médico que debía abstenerse de tomar alguna medida que pudiera afectar el estado de los embriones sin la autorización judicial correspondiente, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Asimismo, tomó en cuenta el consentimiento que habían firmado como progenitores al momento de someterse a dicha técnica y recalcó que ante el caso de divorcio las partes tratarían el tema con la autoridad competente.

En el fallo se menciona que "*la jurisprudencia ha señalado que "nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, y toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada.*". Es decir, que el tribunal se basó en la voluntad *procreacional* prestada en el momento de llevar a cabo el tratamiento de fecundación in vitro de los embriones, considerando que no debería existir contradicción de los propios actores con posterioridad a la firma del documento, y en el caso de que existiera, se debería desestimar la petición. La cuestión mencionada resulta correcta porque se está afectando el derecho a la vida de esos embriones que son personas por nacer conforme nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, el demandado planteó que podría establecerse la adopción prenatal, tal como lo habían estipulado para el caso del fallecimiento de alguno de los cónyuges o de imposibilidad física de implantación en el seno materno. Por lo tanto, con esta última opción de la adopción prenatal, se le estaba reconociendo a los embriones el carácter de persona. Además, la paternidad fue aceptada en el momento en que comenzaron el proceso de fertilización asistida, teniendo en cuenta, también, que "el derecho debe seguir a los hechos" y que por lo tanto debe tenerse en cuenta la doctrina de los actos propios, donde las partes no pueden contradecirse en juicio sobre sus propios actos anteriores.

El tribunal manifestó que "*respecto de la voluntad parental, es oportuno recordar que el apelante conocía el contrato suscripto y la trascendencia del acto llevado a cabo. También conocía, las posibles consecuencias del mismo: el implante de los embriones o la donación prenatal a terceros, con el consiguiente riesgo de que no hubiese acuerdo entre ambos progenitores sobre el destino de los embriones criopreservados. Así pues, la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial.*". Es

decir que el demandado prestó su voluntad *procreacional* en el momento en que se sometió al procedimiento de fertilización, y aportó *el* material genético para que se llevara a cabo la inseminación artificial. Y aunque si bien existe un vacío legal al respecto, no puede ignorarse la voluntad *procreacional* prestada por el demandado oportunamente.

También el fallo en análisis consideró relevante el carácter de persona por nacer de los embriones *criopreservados* basándose en los Artículos 70, 63 y 51 del Código Civil de la Nación, también conocido como el Código Civil de Vélez, que se encontraba vigente en ese momento; y el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional en el que se les otorga raigambre constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, considerando el derecho a la vida como un derecho explícito. A pesar de ello, el tribunal sostuvo que en nuestro país no existe al momento de dictar la sentencia una legislación que específicamente regule el estatus jurídico de los embriones *criopreservados*; tampoco se encontraba vigente la ley de reproducción medicamente asistida ya que la misma es del año 2013.

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

También, el Máximo Tribunal de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo que: *"...El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario" (Fallos: 325-1-303)."*. Además, "*en el ámbito de la Cámara Nacional en lo Civil se ha establecido que "en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica…*"

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia, por lo que autorizó la implantación de los embriones en el seno materno, ya que tomo como base que la concepción se produce en el momento de la fertilización, sin importar el lugar donde se produzca la concepción(el seno materno o fuera de él de manera artificial), desde ese momento nace una nueva vida humana conforme al Código Civil y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"*La Sentencia es uno de los pocos precedentes del derecho argentino que ingresa en una cuestión compleja y sensible: la naturaleza jurídica de los embriones crioconservados sobrantes, resultantes del consentimiento a las técnicas de reproducción humana asistida, en el contexto de lo que podría denominarse el "derecho al implante". La posición asumida por el tribunal, que asimila los embriones crioconservados a la "persona por nacer", no sorprende al operador argentino; los escasos precedentes que han abordado esta cuestión en nuestro país, fundados en tal semejanza, generalmente se inclinaron por la "defensa" a ultranza de los embriones. Uno de esos casos, en cambio, aunque por razones formales, se alejó inteligentemente de esa tendencia. Ahora bien, mucha agua ha pasado bajo el puente desde la primera decisión en la que se debatió el tema y se designó un "tutor de embriones" emanada del Juzgado Nacional de 1ª*

Instancia en lo Civil, Nro. 56, de 28/04/1995 confirmada con modificaciones no sustanciales por la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 03/12/1999. Durante estos largos quince años, gran cantidad de argumentos de peso desarrollados en el derecho comparado y en el país pusieron en crisis la tendencia que considera "personas por nacer" a los embriones no implantados y, consecuentemente, manda preservarlos de cualquier modo y a toda costa, incluso en contra de su "interés superior" (para quienes consideran que este principio recto es de aplicación a los embriones), desde que, en el estadio actual de la ciencia, pasado cierto tiempo, ellos pierden su aptitud reproductiva. Lamentablemente, la sentencia que comentamos silencia los avances argumentativos de los últimos años, que contradicen la tendencia consagrada en esos precedentes nacionales que, en nuestra opinión, extralimitan un presunto derecho a nacer de los embriones no implantados."[435]

Por lo tanto, consideramos que la postura tomada por el tribunal fue la correcta al autorizar a la madre a la implantación de los embriones *criopreservados*, debido a que conforme el ordenamiento jurídico vigente al momento de la resolución los embriones revestían el carácter de persona por nacer. Con el correr del tiempo, nuestro ordenamiento jurídico conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación declara que se es persona desde el momento de la concepción, y ya se ha mencionado anteriormente que concepción y fecundación son sinónimos, por ende, sin importar si la fecundación se produce dentro o fuera del seno materno nos encontramos ante una persona por nacer, y como tal goza de todos los derechos humanos intrínsecos.

Otro fallo relevante y más actualizado en nuestro país en relación con los embriones criopreservados ante el divorcio vincular es el que se da en **"C., R.C c/ R., M. F s/MEDIDAS PRECAUTORIAS"**, del 28/07/2020 fallo de primera instancia del Juzgado Nacional en lo Civil N° 92 en el que se presentó la actora solicitando autorización judicial para implantarse tres embriones criopreservados sobrantes producto de un tratamiento de fertilización asistida que había realizado en el año 2017 con su ex conyugue, producto del cual nació su primera hija y del cual quedaron tres embriones criopreservados en el centro de salud Procrearte.

Luego del nacimiento de su hija el demandado decidió terminar el matrimonio, enviando en noviembre de 2018 una carta documento al centro medico manifestando su decisión unilateral de desvincularse del destino de aquellos embriones que habían quedado criopreservados. En noviembre de 2019 se divorciaron las partes y luego de ello, la actora solicitó que se autorice la transferencia embrionaria debido a su avanzada edad, 40 años, manifestando que no es su voluntad que se debata la naturaleza jurídica del embrión sino que ella pueda concretar la posibilidad de volver a ser madre; solicitando se desvincule a su ex cónyuge de cualquier responsabilidad o vinculo filiatorio que tenga en relación a los embriones sobrantes y que se le revista el carácter de madre unilateral, tomando a su ex cónyuge como un donante anónimo. Ante este pedido se lo corrió el correspondiente traslado al ex cónyuge manifestando el mismo su confirmación a la revocación del consentimiento informado y oponiéndose a la transferencia embrionaria a favor de la actora.

Se le da intervención al defensor de menores quien dictamina que no corresponde hacer lugar a la transferencia embrionaria solicitada por la actora, luego de manifestar que "*al no haber sido puesta en crisis la constitucionalidad de los artículos 560 y 561*

[435] Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. La obligación de ser padre impuesta por un tribunal. La Ley 28/09/2011. Cita Online: AR/DOC/3389/2011.

últimas partes del Código Civil y Comercial, y obrando por exclusiva vía cautelar autosatisfactiva, no encuentro marco para que así prospere la pretensión de la actora. Ello ante la cerrada oposición del genitor masculino, y la insuficiencia de la vía elegida para logra el resultado deseado…"

Es decir, que surge de la oposición formulada por el demandado que el mismo no desea procrear nuevamente. Debemos mencionar que el derecho a procrear está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y el derecho a la libertad; teniendo en cuenta que el derecho a procrear es un derecho propio e individual de la persona y no del matrimonio.

"*En definitiva, y a modo de primera conclusión, cabe resaltar que la cuestión debatida en autos con relación a la consecuencias del acceso a las TRHA exige la ponderación de sendos derechos involucrados: por un lado, el derecho a formar una familia y el derecho a intentar procrear que otorgar fundamento a la petición de la actora de que se le implanten los tres embriones crioconservados; por el otro, el derecho a la libertad personal o libertad de intimidad, que se traduce en la llamada autonomía de la voluntad y sobre el cual se asienta la negativa del demandado.*"

Es decir que están enfrentados dos derechos humanos, los que al respecto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido la igualdad jerárquica de los derechos constitucionales. "*En este sentido, el alemán Robert Alexy enseña que cuando dos principios entran en colisión uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia precede al otro; pero, bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso (conf. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 87 y ss.).*"

Dicho con otras palabras, en el caso de autos se debe evaluar la ponderación de los derechos humanos que entraron en colisión, por un lado, la voluntad procreacional del progenitor que no desea formar una familia y por otro lado el derecho a la procreación y a formar una familia de la actora. En el fallo, la jueza toma como antecedentes los fallos "Davis vs. Davis" de la Corte Suprema de Tenesse, "Kass vs. Kass" del Tribunal de Apelaciones de Nueva York, "Evans c/Reino Unido" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya han sido analizados en la presente investigación con anterioridad. Como así también fallos precedentes en nuestro país también desarrollados.

En cuanto a la ponderación de la voluntad procreacional y el derecho a la procreación debemos tener en cuenta que "*en las disposiciones normativas citadas subyace una ponderación de los derechos involucrados, donde el legislador ha priorizado la decisión autónoma de no procrear, como fruto de la mentada libertad de intimidad que consagra el art. 19 de la Constitución y sendos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, por sobre el derecho a intentar procrear y el derecho a formar una familia, también reconocido constitucional y convencionalmente. Desde el enfoque de Alexy, se ha dado mayor "peso" al derecho a no continuar con el tratamiento de fertilización una vez extinguido el proyecto parental perseguido por las TRHA.*"

En el caso de marras, se ha seguido el enfoque de Alexy al fallar ponderando la voluntad procreacional del cónyuge quien revoco el consentimiento informado respecto de la decisión del progenitor a no tener más descendencia con la actora, y cuya circunstancia hay que tener en cuenta para no atribuirle la filiación del menor que pudiera nacer productor de dicha implantación; por todo ello la Dra. Fama entendió que correspondía desestimar el pedido de autorización judicial para la implantación de los embriones criopreservados en el centro de salud Procrearte interpuesto por la actora.

El 20 de Abril de 2021 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J confirmó la sentencia de primera instancia basándose en que la recurrente sostiene que la juez de primera instancia no consideró el derecho a la vida de los embriones que se encontraban criopreservados ponderando la voluntad procreacional por sobre el derecho a la vida de los mismos. A su vez, resaltó su derecho a volver a ser madre y a poder formar una familia nuevamente subrayando su edad avanzada para procrear nuevamente y la enfermedad que padece la cual imposibilitaría una nueva fecundación. Por otro lado, manifiesta que surge del consentimiento informado prestado al momento de la relación del tratamiento que la autorización para la implantación de los embriones sobrantes recaería sobre la autoridad competente.

Ahora bien, la cámara toma en cuenta lo establecido por la ley respecto del consentimiento informado respecto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida teniendo en cuenta que "*a pesar que desde el primer instante en que los progenitores de deseo al consentir la práctica tienen como único fin iniciar un proceso procreativo que desembocará en un hijo, éstos pueden retractar o revocar ese consentimiento aún cuando el embrión haya sido creado con ese propósito. Asimismo, obliga igualmente a repetir el consentimiento ante una nueva utilización de los embriones crioconservados, es decir, que el consentimiento de las partes debe estar complementado con una renovación del mismo antes de la utilización de aquéllos y es revocable hasta la concepción en el útero materno o hasta la implantación.*"

En el caso puntual, el progenitor no solo no volvió a presentar su consentimiento informado, sino que oportunamente había revocado su consentimiento respecto de los embriones sobrantes, es por ello por lo que basándose en esto la juez de primera instancia resolvió no hacer lugar a la implantación, lo que fue seguido por la cámara de apelaciones en lo civil.

Por su parte, el defensor de menores e Incapaces fundó el recurso de apelación resaltando que su "*objetivo es poner a salvo la destrucción de los seres humanos que representa. Así, solicita que se amplíe la medida de no innovar por tiempo indefinido pues entiende que concederlo por el lapso de trámite de la causa resulta insuficiente y hasta irrelevante. Destaca que de admitirse sus agravios se respetaría la vida de los embriones, protegiéndola y dándole distintas oportunidades.*"

Consideramos que es acertado el comentario del Defensor de menores e incapaces, el que fuera compartido por la defensora de menores e incapaces de la cámara toda vez que se debe tener en cuenta que no puede encontrarse el derecho a la voluntad procreacional por sobre el derecho a la vida de los embriones criopreservados.

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió confirmar las resoluciones judiciales de primera instancia en donde se desestimó el pedido de autorización para el implante de los embriones criopreservados en el seno materno de la actora, embriones formados con el material genético de ambos ex cónyuges.

Por lo expuesto, se puede ver que nuestra jurisprudencia es totalmente contraria a la del Reino Unido y los Estados Unidos de Norteamérica, ya que en dichos países ordenaron la destrucción de los embriones, mientras que en el nuestro se ordenó en algunos casos la implantación de los mismos teniendo en cuenta el derecho a la vida de las personas por nacer, aunque en otro caso no autorizó la implantación de los embriones pero no autorizó el cese de la criopreservación como paso en el Reino Unido o en Estados Unidos de Norteamérica, siempre prevaleciendo el derecho a la vida de los embriones.

9.5 Los embriones *criopreservados* ante el fallecimiento de sus progenitores

Hemos analizado en el capítulo anterior la fecundación y filiación post mortem, la cual no se encuentra legislada en nuestro país, aunque la justicia argentina se ha tenido que expedir al respecto en varias oportunidades. Respecto de estos antecedentes jurisprudenciales encontramos que en la mayoría de las veces los tribunales han tenido que resolver acerca de la fecundación post mortem, ya sea para la extracción de material genético de una persona fallecida o bien para la fecundación artificial de los embriones con material genético de una persona fallecida. Por otro lado, encontramos que solamente en dos oportunidades la justicia se tuvo que expedir acerca de la implantación post mortem de embriones *criopreservados,* a pesar de que uno de sus progenitores, el progenitor masculino, falleciera antes de su implantación.

Comenzaremos haciendo una breve explicación a los antecedentes jurisprudenciales para luego focalizarnos en los dos referentes a la implantación post mortem de embriones. El primer caso referente a la fecundación post mortem se dio en nuestro país en el año 1999 cuando una mujer de nacionalidad española solicitó a la justicia argentina que se extraiga semen de su cónyuge fallecido durante su luna de miel en nuestro país, con el fin de poder trasladar el material genético extraído a su país natal con el propósito de poder realizar en dicho país un proceso de técnica de reproducción humana medicamente asistida. Si bien no se realizó la fecundación en nuestro país, la justicia autorizó la extracción del material genético del difunto.

El primer fallo referente a la materia de fecundación post mortem propiamente dicho se dictó en los autos caratulados **"G.A.P. s/autorización"** en trámite por ante el Tribunal de Familia N° 3 del Departamento Judicial de Morón, Provincia de Buenos Aires en el año 2011, es decir que pasaron más de 10 años hasta que la justicia argentina volvió a resolver un caso relacionado con esta materia. En dichas actuaciones la viuda solicitó al tribunal que autorizaran la utilización del semen que se encontraba *criopreservado* basándose en el Artículo 19 de la Constitución Nacional (Principio de Legalidad y Reserva) y en el Artículo 25 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Se solicitó la intervención judicial basándose en que el cónyuge antes de fallecer había prestado su consentimiento para la realización de dichas prácticas médicas con el fin de lograr la procreación. Al momento de la sentencia judicial, la juez interviniente tuvo en consideración la manifestación de voluntad del fallecido de formar una familia con la actora, manifestando que en el caso de autos se trataba de un consentimiento presunto ya que el progenitor fallecido había prestado su consentimiento informado para la extracción del material genético antes del inicio de su tratamiento de quimioterapia, y que el documento se había mantenido vigente hasta el momento del fallecimiento sin revocarse. Además, tanto los padres como la hermana del marido fallecido fueron entrevistados por el tribunal y todos manifestaron que el Sr. J.L deseaba ser padre y que con el hijo se cumpliría el sueño del matrimonio de ser padres. Es por ello que la juez consideró que la actora tenía derecho a procrear por lo tanto autorizó que se llevara adelante una fertilización heteróloga con el semen *criopreservado* del marido premuerto.

El tercer caso respecto de la utilización de semen *criopreservado* tuvo lugar en la Provincia de Mendoza en el año 2014 en los autos caratulados **"S.M.C s/medida *autosactisfactiva*"**, en la cual la actora interpuso un recurso de apelación ante la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza respecto de la sentencia de primera instancia que rechazó el uso del semen *criopreservado* del esposo fallecido con el fin de iniciar un tratamiento de fertilización asistida. Lo llamativo de este caso, es que la actora previamente al inicio de estas medidas había solicitado judicialmente la extracción del material genético de su cónyuge fallecido, autorizando la justicia en dicha oportunidad la extracción. Ante la negativa del juez de Primera Instancia que denegó el pedido de la actora, la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia y autorizó la utilización de aquellos gametos que habían sido extraídos anteriormente con autorización judicial y que se encontraban *criopreservados.* Al igual que en el fallo anterior se basó en el Artículo 19 de la Constitución Nacional y aplicó la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso anteriormente analizado "Artavia Murillo vs. Costa Rica".

El cuarto caso tuvo lugar en el año 2014 en el ámbito de la Justicia Nacional en los autos caratulados **"K.J.V. c. Instituto de Ginecología y Fertilidad y otros s/amparo"**, en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°3. En esta situación la actora mediante una acción de amparo solicitó retirar el material genético *criopreservado* de su pareja fallecida con el fin de llevar adelante un tratamiento de fertilización asistida, asimismo, solicitó que la obra social cubra los gastos del procedimiento médico. El Juez de Primera Instancia basándose en el artículo 19 de la Constitución Nacional dio lugar a la Acción de Amparo y autorizó que la actora realice el tratamiento de fertilización asistida con el semen *criopreservado* de quien en vida fuera su pareja y condenó a la obra social a cubrir todo el tratamiento médico conforme lo establecido en la Ley N° 26.862. La obra social apeló el fallo de primera instancia, pero la Cámara Nacional de Apelaciones, sin embargo, lo confirmó porque la obra social había rechazó la autorización judicial de llevar a cabo el tratamiento careciendo de legitimación para hacerlo y nada había expresado en sus agravios respecto de la ley aplicable ni de su decreto reglamentario por lo que la Cámara entendió que la obra social consintió la cobertura otorgada mediante sentencia judicial, es por ello que se confirmó el decisorio de primera instancia.

El quinto fallo se dio en el año 2015 en la Provincia de la Pampa, más precisamente en Santa Rosa y es el primer caso en donde se solicitó la implantación de los embriones, en los autos caratulados **"A.C.V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/Amparo"**. Este caso se analizará luego en profundidad, sin embargo hacemos referencia aquí para continuar con el orden cronológico de los fallos.

El sexto caso se volvió a dar dentro del ámbito de la Justicia Nacional en el año 2016 en los autos caratulados **"N.O.C.P. s/ autorización"** en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 87. En esta oportunidad, la actora solicitó la utilización de los gametos *criopreservados* de su pareja fallecida con el fin de someterse a un tratamiento de fertilización a pesar de que el Código Civil y Comercial de la Nación no hubiera legislado la fertilización post mortem. Es loable destacar que en materia de utilización de material genético *criopreservado* este es el primer caso que se da en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. La Juez falló teniendo en consideración el artículo 19 de la Constitución Nacional haciendo hincapié en lo referente a la salud reproductiva. Se basó para fundamentar su sentencia, en que de la prueba testimonial surgió del hecho de que las partes previo al fallecimiento habían realizado

diversas consultas y estaban por iniciar un proceso médico de técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Además, de la misma prueba surge que tanto la hermana como los padres del fallecido manifestaron que este tenía el deseo de ser padre y que tenía un turno médico para realizarse estudios en relación al tratamiento al que le iban a dar inicio al día siguiente de su fallecimiento. Es por ello, que la Jueza de Primera Instancia determinó que a raíz del ordenamiento jurídico vigente en nuestro país debe entenderse que la fecundación post mortem no es una técnica prohibida y que de las probanzas de autos se había podido observar la voluntad *procreacional* del Sr. P, quien se encontró imposibilitado por el accidente que diera fin a su vida. Por todo lo expuesto, la Jueza hizo lugar a la autorización solicitada por la actora, autorizándola a someterse a un tratamiento de fertilización asistida con el semen *criopreservado* del Sr. P.

El séptimo caso se presentó en el año 2016 en los autos caratulados **"C.M.S s. Autorización judicial"** en trámite por ante el Juzgado de Familia de Casilda, Provincia de Santa Fe. Esta resultó la segunda oportunidad donde se solicitó la implantación de embriones. Este caso, al igual que el primero en el que se solicitó la implantación de los embriones, se analizará luego en profundidad, sin embargo hacemos referencia aquí para continuar con el orden cronológico de los fallos.

El octavo y último falló es del año 2020. El fallo **"C.E s/AUTORIZACIÓN"** tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 7. Este caso es un fallo novedoso porque es el primer fallo en nuestro país que deniega un pedido de autorización judicial de utilización de material genético *criopreservado.* En esta oportunidad, la actora se presentó solicitando la autorización judicial para poder utilizar el semen *criopreservado* de su esposo fallecido. En esta ocasión también se presentaron los hermanos de quien en vida fuera su esposo y manifestaron que el Sr. M. ni bien se enteró de la gravedad de su enfermedad consultó al profesional (oncólogo) si después del tratamiento podría procrear, aconsejándole este que *criopreserve* su semen ya que el tratamiento de quimioterapia podría afectar su capacidad reproductiva. Asimismo, ratificaron que ambos cónyuges tenían el proyecto en común de ser padres. Por otro lado, la actora, además, manifestó que se encontraba abonando la *criopreservación* del material genético de su esposo en forma mensual. Del dictamen de la Sra. Fiscal surge que la autorización solicitada debía ser rechazada. La sentencia se fundó detallando el significado judicial de la fertilización post mortem, detallando las clases de esta. Asimismo, se basó en doctrina tanto a nivel nacional como de derecho comparado. Por otro lado, hizo un pormenorizado análisis de los precedentes jurisprudenciales nacionales, los cuales siempre han hecho lugar al pedido de autorización tanto de material genético post mortem como la implantación de embriones *crioconservados*. Lo llamativo es que los últimos casos anteriores a este tuvieron lugar en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, entendiendo los jueces que debe prevalecer lo establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, la Jueza entendió que si se autorizara el uso del material genético se estaría afectando los derechos personalísimos del difunto. Asimismo, manifestó que no coincidía con los argumentos basados en los fallos precedentes y dio prioridad al consentimiento informado y no al consentimiento presunto prestado por el fallecido antes de su deceso. Por lo tanto, para la jurisconsulta prevalecen los derechos personalísimos del difunto que afectan la dignidad de la persona, persona que no existe al momento del dictado del fallo porque la vida se encuentra extinta con su muerte. Rechazó el pedido de autorización basándose que de las probanzas de autos no surge que se hubiera cumplido con el consentimiento informado prestado en forma expresa y personal. Lo cierto es que el fallecido cumplió con su consentimiento informado para que se pudiera llevar adelante la extracción de su material genético, por lo que prestó en dicho momento su voluntad

procreacional. Sin embargo, la jueza entendió que esos documentos no se podían presumir a pesar de las probanzas de autos, y denegó la autorización de utilización de los gametos *criopreservados* de quien en vida fuera el cónyuge de la actora.

Luego de haber analizado todos los antecedentes jurisprudenciales en materia de utilización del material genético *criopreservados* nos centraremos en analizar los únicos dos casos en donde se solicita la implantación de los embriones en el seno materno luego del fallecimiento del padre. Comenzaremos la reflexión del quinto fallo del año 2015. Dicho caso se llevó a cabo en la Provincia de la Pampa, más precisamente en Santa Rosa y es el primero donde se solicitó la implantación de los embriones, en los autos caratulados **"A.C.V. c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL-SEMPRE S/Amparo"**.

La actora se presenta promoviendo Acción de Amparo contra el Instituto de Seguridad Social *Sempre* solicitando se le otorgue la prestación total e integral y de forma gratuita de la práctica de fertilización asistida post mortem. Asimismo, manifestó que había mantenido desde enero de 2010 una relación de pareja con el Sr. O.A.C hasta que en el mes de octubre del año 2014 este falleciera. Explicó que no podían concebir de manera natural y que habían comenzado en el año 2013 un proceso de fertilización asistida y el 13 de junio de 2014 presentaron el consentimiento informado asumiendo la responsabilidad del resultado del procedimiento. Posteriormente, el 14 de octubre del mismo año el Sr. O.A.C fallece por lo que la actora el 09 de febrero de 2015 solicitó al Instituto la cobertura médica de fertilización post mortem. La gerencia de Prestaciones de dicha institución informó que la práctica médica que solicitó la actora se encontraba excluida del Plan de Fertilización, pero manifestó que sería viable su reconocimiento.

"*La demandante sostiene que la Administración pretende preservar los derechos del niño por nacer, más precisamente el de la identidad, impidiendo su nacimiento mediante la denegatoria de la práctica de fertilización humana asistida post mortem, "enmarcándose en un claro acto discriminatorio y contrario al derecho a la vida, derecho a la procreación, a reconocer la evolución de la sociedad y la existencia de la familia actual multiforme, en este caso monoparental, que encuentra la protección jurídica plasmada en nuestra carta magna.*"

Como fue mencionado en varias oportunidades, partimos de la premisa de que los embriones humanos *criopreservados* son personas por nacer y que por lo tanto tienen derecho a la vida, por lo que preservar los derechos del niño por nacer sería llevar adelante el tratamiento de implantación post mortem, de esa forma, en el caso de prosperar, el niño podría lograr el nacimiento.

La actora fundamentó su pretensión basándose en el Artículo 19 de la Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Ley N° 26.862, la Ley N° 2.737 de la Provincia de la Pampa cuando la provincia adhirió a la Ley Nacional de Reproducción Medicamente Asistida, y el Decreto Reglamentario Provincial N°301/14. Además, sostuvo que no dar lugar al pedido sería injusto debido a que para resolver el problema de infertilidad debería recurrir a la donación de gametos poseyendo sus propios embriones.

Se debe tener en cuenta que en este caso se trata de la implantación de embriones criopreservados y no de la utilización de gametos de una persona fallecida. Por otro lado, todos los antecedentes jurisprudenciales autorizan la utilización post mortem de gametos

por lo que prohibir la implantación de embriones no solo sería una contradicción, sino que también atentaría contra el derecho a la vida de las personas por nacer.

"*Asumiendo que había un "niño por nacer" la obra social consideró que si autorizaba la práctica solicitada lo privaría de "uno de los pilares esenciales para su desarrollo, cual es tener un padre que ejerza todos los derechos y deberes provenientes de la responsabilidad parental" y para evitarlo optó por la más extrema de las soluciones, negar la cobertura de la implantación e impedir que naciera.*

La contradicción es evidente, pues si se entiende que existe vida desde la fecundación ningún argumento puede sostener válidamente la oposición a que esa vida se desarrolle a través de la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer."

Es decir, que teniendo en consideración que la obra social determina que estamos en presencia de un niño por nacer no debería prohibirse su implantación, caso contrario se estaría atentando contra los derechos fundamentales de esta persona por nacer, como lo es el derecho a la vida. Debemos recordar que el derecho a la vida es el derecho humano fundamental, y que ninguna persona puede privar de este derecho a otra. Además, en la situación referenciada la obra social demandada cubrió en una oportunidad la transferencia de dos embriones únicamente con el consentimiento de la mujer, por lo que requerir nuevamente el consentimiento del hombre sería un acto contrario a su propio acto anterior, entendiendo que afectaría la teoría de los actos propios.

Es por ello por lo que la Jueza hace lugar a la demanda interpuesta por la actora condenando al Instituto SEMPRE a otorgar la cobertura integral de la implantación de los embriones en el plazo perentorio de 10 días en el centro asistencial PROCREARTE.

A pesar de ello, la obra social demandada interpuso recurso de apelación contra el Decisorio de Primera Instancia teniendo que resolver la cuestión la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, sala 3, Santa Rosa en La Pampa, el 26 de octubre de 2016. Si bien la demandada en su recurso de apelación alegó la falta de razonabilidad, legalidad y coherencia que tuvo la Jueza de Primera Instancia para hacer lugar al pedido de implantación de los embriones de la actora, la Cámara de Apelación, a pesar de tener un voto en disidencia, confirmó la sentencia de primera instancia.

El Juez Salas acompañando del voto de la Jueza García de Olmos se basó en el Artículo 19 de la Constitución Nacional y en el tratamiento de Autos que refieren a una situación diferenciada porque en el caso de Marras se está considerando la transferencia post mortem de embriones generados y aun no implantados. Asimismo, "*reflexiona que los embriones criopreservados "son, en rigor, aquellos para los que en verdad hubo suficiente, relevante y temporánea voluntad, libremente manifestada (…) [en el marco] de las relaciones humanas básicas voluntarias" y que por ello "no corresponde en autos hablar de la necesidad de un consentimiento renovado, sino de cuál fue la última voluntad conocida, libertaria y suficientemente expresada".*"[436]

La Cámara, entonces, confirmó el decisorio de Primera Instancia, manifestando la mayoría de los votantes que el embrión humano es una persona humana.

Sin embargo, la demandada apeló el fallo ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de la Pampa quien se expidió el 31 de octubre de 2017. Esta solicitó que se

[436] C.E. s/AUTORIZACIÓN

revocara la sentencia con costas a cargo de la parte actora o que se impongan en el orden causado haciendo hincapié en que hasta el día de la interposición del presente recurso la actora no había realizado el tratamiento a pesar de tener sentencia favorable. La demandada alegó también una supuesta violación a la ley sobre aquellas normas que regulan la filiación por técnicas de reproducción humana asistida haciendo referencia especialmente al consentimiento informado, la voluntad *procreacional* y el emplazamiento filial. Por otro lado, también fundamenta su alegato en la falta de renovación del consentimiento informado para la implantación de los embriones sobrantes criopreservados. Finalmente, el Superior Tribunal de Justicia entendió que negar la cobertura no tenía basamento legal, constitucional ni convencional. Por lo tanto, la Sala A del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa resolvió rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto por la demandada y hacer lugar a la demanda interpuesta oportunamente por la actora y condenar a la demandada a que brinde cobertura integral del proceso de reproducción humana asistida en el centro Procrearte a la actora afiliada.

El séptimo caso que tuvo lugar en el año 2016 en los autos caratulados **"C.M.S s. Autorización judicial"** en trámite por ante el Juzgado de Familia de Casilda, Provincia de Santa Fe, y es el segundo caso en donde se solicita la implantación de embriones. En esta oportunidad, la actora solicitó autorización judicial para continuar con el tratamiento de fertilización asistida que había comenzado con anterioridad pretendiendo la transferencia de embriones *criopreservados*. La actora refiere que inició con el Sr. L. en el año 2009 una relación de noviazgo y que en el año 2011 se fueron a convivir; ante la imposibilidad de concebir de manera natural iniciaron un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad en el Centro Médico Proar. El 11 de junio de 2014 suscribieron el consentimiento informado ante la clínica tratante y realizaron dos procesos de fertilización asistida. Del primer procedimiento medico se obtuvieron seis embriones de las cuales se realizaron tres transferencias sin lograr el embarazo. Del segundo procedimiento se obtuvieron diez embriones, llevándose a cabo tres transferencias, logrando en la última práctica un embarazo que no llegó a su fin. Asimismo, manifiesta la actora que en la actualidad hay un sobrante de cuatro embriones *criopreservados*.

Es por ello, que la actora solicita la autorización judicial para llevar adelante la implantación de esos embriones, refiriendo que "*se encuentra cumplimentado el recaudo de la fecundación antes del fallecimiento de su progenitor, existió un consentimiento informado previa realización de la misma no revocado, existió una conducta del progenitor que evidenció voluntad procreacional y por lo tanto corresponderá oportunamente su inscripción como su hijo.*"

Del mismo modo, fundamentó su pretensión en el Artículo 19 de la Constitución Nacional y/o en Tratados Internacionales de Derechos Humanos en especial la Convención de los Derechos Humanos, la Convención para la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el Pacto de San José de Costa Rica.

En este caso la madre del Sr. L. formuló la adhesión incondicional de la petición de la actora manifestando que el deseo de su hijo era ser padre, por lo que se entendió que de esa forma se estaría ratificando la voluntad *procreacional* del Sr. L.

Además, en este caso la demandante solicitó la oportuna inscripción del niño como hijo legítimo de ambos. Al respecto el juez manifestó que "*en relación al segundo supuesto de lo peticionado por la actora, esto es la inscripción del niño como hijo legítimo de ambos, siendo que las prácticas de reproducción asistida post mortem, no se*

encuentran reguladas, considero oportuno en el presente realizar algunas consideraciones, sin perjuicio de advertir que, siguiendo la línea de interpretación propuesta, no es dable expedirse respecto de un hecho incierto, cuál sería la implantación con éxito del embrión criopreservado, su viabilidad y posterior nacimiento con vida. Sin embargo, otorgada validez, actualidad y vigencia al consentimiento, resulta coherente la aplicación de las normas que regulan estas prácticas, pues el consentimiento informado prestado, no es otra cosa que presupuesto la voluntad procreacional emanada de su autor. No encuentro fundamento para impedir la posterior inscripción, para el hipotético caso de que esto suceda, con fundamento en las normas del arts. 560 y ss. Del CCCo."

En cuanto al primer punto de la petición, es decir, a la implantación de los embriones, el magistrado sostuvo que, a pesar de existir un vacío legal en la materia, conforme a las normas existentes y su finalidad corresponde hacer lugar a lo solicitado otorgando, la autorización judicial para que la continuación del tratamiento de fertilidad asistida mediante la transferencia de embriones *criopreservados* en el Centro Médico Proar. Además, se declaró vigente y actual el consentimiento informado suscripto por la actora y el Sr. L., debiéndose tener por renovado al mismo en los términos previstos por los artículos 561 y siguientes y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, en la resolución no se dio lugar al pedido de la oportuna inscripción del hijo por tratarse de un hecho incierto.

Otro fallo importante en materia de filiación post mortem y la determinación de filiación a favor del causante se da en "A M I s/ autorización judicial" en trámite por ante el Juzgado de Familia N° 4 del Departamento Judicial de San Isidro. Hasta el momento hemos hablado de la problemática de aquellos embriones sobrantes que quedan criopreservados y que pasa ante la muerte de uno de sus progenitores o aportantes de material genético que han prestado su consentimiento.

En el fallo en análisis, se presenta el caso en que el 27 de diciembre de 2018 se presenta ante el Juzgado anteriormente mencionado una demanda en donde la gestante solicita que en caso de nacimiento del niño o niña producto del embarazo que lleva en curso se permita la inscripción del doble vinculo filial. Surge del relato de los hechos que la gestante mantuvo una relación de pareja con el Sr. R.F desde el año 2013 y que en el año 2017 comenzaron un tratamiento medico de reproducción asistida el cual se realizó una transferencia embrionaria el 29 de noviembre de 2017 la cual había sido fecundada con material genético del Sr. R.F y con óvulos donados, de dicha implantación resulto un embarazo.

El 31 de diciembre de 2017, estando la actora embarazada, el Sr. R. F fallece de un infarto masivo, y luego, con fecha 08 de febrero de 2018 la gestante toma conocimiento de que su embarazo se había detenido. Del tratamiento médico inicial había otro embrión que había quedado crioconservado para su posterior uso, es por ello que la actora solicitó la implantación de dicho embrión, basándose en que la voluntad procreacional de su pareja fallecida debía ser respetada, es por ello que el 01 de febrero de 2019 se llevo a cabo la implantación del embrión que había sido criopreservado. Producto de dicha implantación, la gestante con fecha 15 de febrero de 2019 tomó conocimiento de que estaba embarazada nuevamente.

Ahora bien, tenemos que tener en cuenta la voluntad procreacional del progenitor fallecido, de la cual surge de la prueba documental acompañada oportunamente que con fecha 04 de diciembre de 2017 se suscribió el consentimiento informado para la crioconservación de los embriones sobrantes en donde se había determinado que el objeto de esa criopreservación sería el descongelamiento futuro de los embriones sobrantes y su posterior implantación en el seno de la gestante. Asimismo, se hizo referencia que, ante el fallecimiento de alguno de los firmantes del consentimiento informado, sería el supérstite quien tendría la decisión en cuanto al futuro de los embriones sobrantes.

En el mismo proceso judicial se acredita el nacimiento con vida de J. R, hijo de la actora y de su pareja fallecida, solicitando se ordene la inscripción del doble vinculo filial, en donde se permita la rectificación del apellido del menor, adicionándole el apellido paterno. Ante tal requerimiento, el Ministerio Pupilar determina que la inscripción que había solicitado la actora se podía llevar ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas, debiéndose librar el oficio a tal fin; teniendo en cuenta el último consentimiento informado firmado por el Sr. R. F.

"*En la especie, conforme los antecedentes expuestos, ha sido clara la postura del Sr. R M L F, en cuanto a brindar su consentimiento con el proceso de utilización del embrión crioconservado. Es cierto que la norma legal exige dicho consentimiento para cada uno de los procedimientos, pero también lo es que una vez que lo brindara, y estando en curso el embarazo producto del mismo, F. falleció, habiendo sido la brindada una de sus últimas manifestaciones de voluntad, al igual que la disponibilidad por parte del cónyuge supérstite de la decisión acerca del embrión que permaneciera crioconservado.*"

Es decir, que antes del fallecimiento y al momento de la firma de la voluntad procreacional y del consentimiento informado, se había prestado el consentimiento en cuanto a la posterior implantación del embrión que había quedado criopreservado para una futura implantación.

"*No cabe dudas luego del análisis de los elementos incorporados a la causa y los antecedentes que resultan de ella, que el proyecto de la requirente y del fallecido Sr. F. era precisamente éste al momento de encarar en el año 2017 el tratamiento de reproducción asistida, como lo era también al momento del fallecimiento de este último, y como tal debe ser tratado en esta causa.*"

Como ya hemos analizado de la norma surge claramente que el consentimiento informado y la voluntad procreacional son dos elementos fundamentales en las técnicas de reproducción humana medicamente asistida por lo que deben ser tenidos en cuenta por los jueces al momento de realizar una resolución, teniendo en cuenta además, lo establecido por los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual dispone en su articulo 7 expresamente que todo niño deberá incribirse al nacer y tendrá derecho a un nombre, nacionalidad, y en la medida de lo posible conocer a sus padres y ser cuidados por ellos. En el caso de autos, únicamente puede ser cuidado por su madre ya que su padre se encontraba fallecido al

momento de su nacimiento, pero tiene el derecho de conocer su verdadera identidad y llevar el apellido de quien fuera su padre; teniendo en cuenta que el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental de toda persona y que debe ser respetado en todos los casos, en especial para aquellas personas nacidas producto de técnicas de reproducción medicamente asistida.

Finalmente el Juez de Primera Instancia hizo lugar a la autorización solicitada por la madre del menor en el cual se dispuso que se lleve a cabo la rectificación de la partida de nacimiento del menor en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en donde debe constar expresamente quienes son sus padres, en especial su padre que se encontraba fallecido al momento de su nacimiento y rectificándose el apellido del menor.

9.6 Conclusión

A través de todo el análisis jurisprudencial se puede llegar a la conclusión de que el "embrión *criopreservado*" es un ser vivo, producto de la fusión de gametos femenino y masculino que se origina con la fecundación y forman un cigoto que contiene el ADN de los progenitores. Esto implica que resulta un ser humano distinto de sus progenitores, y merece ser considerado sujeto de derecho por poseer todos los derechos correspondientes, independientemente de que se encuentre dentro o fuera del seno materno.

A partir de lo antedicho, y partiendo de la base de que los embriones *criopreservados* son sujetos de derecho, se sostiene que como tales son titulares de relaciones jurídicas tales como la filiación, adopción, entre otras. Resulta imposible no postular que los embriones son titulares de derecho de filiación, es decir de ese vínculo jurídico que se produce entre los progenitores y sus hijos, incluso aquellos que han sido concebidos producto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida, el problema se presenta cuando estos progenitores se separan o se divorcian.

Surge del análisis de los fallos estadounidenses e ingleses que, en aquellos países, que se rigen por el sistema del "*common law*", prevalece la voluntad *procreacional* y el consentimiento de los progenitores por sobre el derecho a la vida de los embriones. Si bien en dichos documentos se menciona que en el derecho interno no hay violación al derecho a la vida de los embriones, lo cierto es que encontramos que existe la violación directa al derecho a la vida de esos embriones *criopreservados* y que se debería haber optado por salvaguardar la vida de estos, por su carácter de persona.

Además, producto de estas nuevas técnicas de reproducción nos encontramos con embriones "supranumerarios" los cuales a partir del avance científico son preservados mediante la "*criopreservación*". Si bien ya se ha postulado que un embrión humano *criopreservado* es una persona y que como tal tiene derecho a la vida, sostenemos que no sería ético poseer un derecho a la vida latente, suspendido en el tiempo, sino que se deberían arbitrar los medios para establecer un proceso de adopción prenatal de embriones "criopreservados" para otorgarle a estos todos los derechos inherentes a las personas.

Por todo lo antedicho, resulta factible concluir que la persona humana por nacer se encuentre implantada o no, es persona para el ordenamiento jurídico argentino conforme lo establecido por la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos Internacionales incorporados con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 75, inciso 22), con más las reservas al respecto realizadas por la normativa.

En cambio, en nuestro país prevalece el derecho a la vida por sobre la voluntad procreacional de los progenitores. En los fallos Tanus y Portal de Belén se observa que los embriones deben tener el mismo trato que una persona nacida, y que no se los debe discriminar según su grado de desarrollo. Además, es clara la postura de nuestros Tribunales en cuanto a que entienden que el comienzo de la vida humana se inicia con la unión de los gametos, es decir desde el mismo momento en que el embrión es fecundado, por lo tanto, debe protegerse la vida humana de los embriones que se encuentren en el seno materno o *criopreservados*.

A diferencia del Reino Unido y de los Estados Unidos de América, nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de no contar con normas que regulen el destino de los embriones sobrantes *criopreservados,* se inclina por la preservación de la vida, cuestión que podemos observar a través del análisis de la jurisprudencia que en su mayoría se ha encargado de fallar a favor de la vida de aquellos embriones.

En un primer fallo referenciado en nuestro país, se designó un tutor a los embriones *supranumerarios* que se encontraban *criopreservados* en las distintas clínicas, ese indicio de protección puede significar que fueron considerados personas. Resulta loable destacar que en la fecha en que ocurrió dicho fallo, nuestro Código Civil manifestaba que se era persona desde el momento de la concepción en el seno materno, pero contábamos con la reserva que hizo la Argentina al ratificar la Convención de los Derechos del Niño.

Luego, ante un caso puntal de divorcio, en el que una de las partes solicitaba la implantación y la otra la destrucción de los embriones, nuestra jurisprudencia optó, a diferencia de los fallos comparados, por ordenar la implantación en el seno materno teniendo en cuenta el derecho a la vida de las personas por nacer; es decir que nuestra jurisprudencia dio relevancia al derecho a la vida de los embriones por sobre la voluntad *procreacional* de los progenitores.

Un fallo a *contrario sensu*, novedoso y actual; resultó ser en el que una pareja se presentó y solicitó conjuntamente el cese de la *criopreservación* de los embriones manifestando que su voluntad *procreacional* ya había sido satisfecha con el embarazo logrado y que por ende no deseaban utilizar los embriones sobrantes, entendiendo la Justicia, por primera vez, que debía sopesar la voluntad *procreacional* de los progenitores por sobre el derecho a la vida de los embriones. Si bien este fallo resultó semejante a lo sucedido en el Reino Unido o en los Estados Unidos de América, es contrario a los fallos anteriores de nuestro país, y contrario, además, a nuestro ordenamiento jurídico, ya que nuestro máximo tribunal ha reconocido el carácter de persona a los embriones por lo tanto el Estado debe recordar los derechos humanos inherentes a estos, partiendo del derecho humano fundamental que es el derecho a la vida, entre otros.

En cuanto a aquellos casos en los que se encuentra el dilema ético y jurídico respecto a la realización de una fertilización post mortem se pudo observar que en casi todos los fallos jurisprudenciales en los que se solicitó judicialmente la autorización para

poder llevar adelante esa práctica (utilizar los gametos del cónyuge o conviviente premuerto) la jurisprudencia se ha declarado a favor de la utilización, y posteriormente continuar el tratamiento de fertilización asistida. Sin embargo, hay un único caso, el más actual, de febrero de 2020 donde por primera vez se rechaza el pedido de utilización post mortem de gametos previamente *criopreservados* basándose únicamente en la voluntad *procreacional* y en el consentimiento informado no renovado para llevar adelante dicho tratamiento.

Por otro lado, también se han analizado los únicos dos fallos jurisprudenciales en los cuales se solicitó la implantación de embriones en el seno materno luego del fallecimiento del cónyuge o conviviente. En ambos casos, la jurisprudencia autorizó el implante de esos embriones, es decir que falló a favor del derecho a la vida de los embriones *criopreservados* por su carácter de persona por nacer desde el momento en que se produzco su concepción.

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

10. CONCLUSION FINAL

Este trabajo, tal como se expresó en el punto 2.4. planteó la siguiente hipótesis de trabajo:

El estatuto ontológico del embrión humano y el concepto jurídico de "concepción" conforman el soporte para la consideración jurídica-legal de los embriones criopreservados como persona humana por nacer.

Entendemos que la misma ha sido demostrada a lo largo de los distintos capítulos.

Para llegar a esta conclusión, a través del presente trabajo se han abordado los distintos aspectos y áreas del conocimiento que estudian el tema de los embriones *criopreservados y* todo lo considerado pertinente a fin de plantear interrogantes y respuestas referidas al tema (ver puntos 2.2 y 2.7). Además, mediante el uso de deducciones lógicas, se ha intentado llegar a una conclusión adecuada relacionada con el vacío legal existente en nuestro país respecto al comienzo de ese singular comienzo de la vida humana (ver punto 5.5).

Con el mencionado propósito, se ha partido de las definiciones más elementales hasta el abordaje técnico-jurídico, siempre teniendo presente el miramiento de la cuestión bioética (ver punto 3.1).

Se puede comenzar mencionando que se entiende que los embriones *criopreservados* son seres vivos, productos de la fusión de los gametos femeninos y masculinos que se originan con la concepción y/o fecundación y que forman un nuevo cigoto que contiene el ADN de los progenitores; dicha afirmación se basa en la analogía que se realizó entre los términos “concepción” y “fecundación” analizados. Es loable destacar que la “concepción” es un hecho biológico por el cual se determina el momento inicial de la vida humana formando en dicho instante un nuevo ser. Por otro lado, la concepción se produce en el momento en que se fusionan los gametos femenino y masculino y se da origen a un ser humano denominado cigoto. Es por ello, que se ha postulado una definición, en la presente investigación, para el término “concepción” entendiendo a esta como el hecho biológico que se produce por la unión de los gametos, por el cual se da origen a un nuevo ser, produciendo el momento inicial de la vida humana (ver punto 3.1.6.2).

A su vez, también, se ha definido el término “fecundación” entendiendo que es la fusión del espermatozoide con el ovulo, originando esta unión una nueva célula humana denominada cigoto (ver punto 3.1.8). Se puede observar, entonces, que el significado de fecundación resulta idéntico que concepción, entendiendo que la fecundación puede ser interna, es decir, cuando se produce dentro del seno materno, denominada fecundación natural o concepción; o bien puede realizarse en un laboratorio a través de técnicas de reproducción humana medicamente asistida, proceso denominado como fecundación in vitro. Siendo así, se entiende que los términos “concepción” y “fecundación” son sinónimos, por lo tanto, merecen la misma definición jurídica a los fines de la presente investigación. En consecuencia, ambos vocablos dan cuenta a la fecundación como un hecho biológico que se produce por la unión de los gametos, dando origen a un nuevo ser y al momento inicial de la vida humana (ver punto 3.1.8.2).

Esto determina deductivamente que, al ser términos equivalentes, los embriones *criopreservados*, objeto de esta investigación, deben ser considerados personas, es decir personas por nacer, por el simple hecho de existir y tener la posibilidad de desarrollarse como tal. Estos embriones son seres humanos distintos a sus progenitores y como tal merecen y deben ser considerados sujetos de derecho por el solo hecho de su condición de seres humanos y por ser poseedores de todos los derechos correspondientes a las personas, independientemente de si los mismos se encuentran en el seno materno o fuera de él, teniendo en cuenta que esto no es una variable que lo determina, sino que se encuentra íntimamente relacionado con la equivalencia que se encuentra entre los conceptos de los términos "concepción" y "fecundación".

A su vez, los embriones humanos criopreservados sean concebidos en el seno materno o fecundados producto de técnicas de reproducción medicamente asistida, son personas humanas y como tales presentan una forma sustancial que está formada por el alma humana, siendo el hombre persona por el solo hecho de ser una sustancia y por ser de naturaleza racional.

Es por ello, que es erróneo declarar que los embriones humanos no tienen naturaleza racional ya que se puede afirmar que tienen una naturaleza racional en desarrollo, aunque no se manifieste evolucionando en ese momento. Por tal razón, se afirma que los embriones humanos no son un ser humano en potencia, sino que son una persona humana cargada de potencialidades, entendiendo que estas potencialidades van a ser desarrolladas a lo largo de toda su vida. Producto de ello, se ha intentado aproximar a la idea de que el embrión humano *criopreservado* merece el reconocimiento legal por tratarse de una persona por nacer (ver punto 4.3.2).

Además, a lo largo de la investigación, se han abordado aportes de tinte científico que nos indican que el término "concepción" debe entenderse en sentido amplio, es decir que debe interpretarse como el momento de inicio de la existencia de la persona humana, sin distinguir o diferenciar si el embrión fue concebido en forma natural o de manera artificial mediante fecundación asistida (ver punto 4.3.3).

Asimismo, esta cuestión condice con el debido patrocinamiento de nuestro ordenamiento jurídico actual, partiendo de la base que se le debe otorgar una protección jurídica especial a aquellos embriones humanos que aún no han sido implantados en el seno materno. Por otro lado, corresponde también el reconocimiento de la personalidad jurídica, cuestión inherente a todos, y no solo a aquellos que se encuentran implantados en el seno materno ya que de esta manera se generaría una discriminación injusta e irracional, pseudocientífica entre seres humanos.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico fija expresamente, en nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, el periodo de concepción indicando que el mismo comienza desde que se produce la fecundación, cuando se unen los gametos femeninos y masculinos, y que a partir de ese momento hay vida humana, debido a la existencia de un ser humano distinto de sus progenitores. A raíz de ello, se entiende que únicamente no se está en presencia de una persona potencial, sino de una persona por nacer, con potencialidades o facultades desplegadas para la realización (ver punto 5.3).

Vale agregar, de acuerdo con la concepción del derecho que incorpora aspectos filosóficos y religiosos que el embrión humano es una persona por el solo hecho de poseer individualidad y dignidad personal y como tal ser poseedor de un alma espiritual inmortal.

Otra cuestión que merece ser tenida en cuenta y que está relacionada con las disciplinas abordadas, es que los embriones humanos son todos iguales en cuanto a sus características genéticas y morfológicas, es por ello por lo que merecen el mismo tratamiento sin importar si los mismos fueron concebidos en el seno materno o fecundados de manera extracorpórea. Por lo tanto, debe otorgárseles el mismo estatuto jurídico a todos los embriones ya que de no hacerlo se incurría en una discriminación de seres humanos afectando la misma dignidad. Si bien nuestro ordenamiento jurídico vela por los derechos humanos de todos los embriones humanos y no hace una distinción entre ellos y como tal todos, sin importar su forma de concepción y/o fecundación deben ser respetados y tratados como una persona por nacer y como tales, a partir de ese momento, gozar de todos los derechos inherentes a las personas como ser el derecho a la vida, a nacer, a la integridad física, a la identidad, a la filiación, entre otros.

A su vez, entendemos que la ciencia avanza a pasos agigantados, las ideas cambian, las formas de familia también cambian y las leyes se encuentran desactualizadas. Por ello se concibe a las leyes como fundamentales para el ordenamiento jurídico-social y que como tales deben ser modificadas a medida que avanza la ciencia, en especial la ciencia médica, para persistir en su vigencia y cumplir con su función, con el fin principal de ayudar a la justicia.

A través del análisis efectuado en la presente investigación, sostenemos que los embriones humanos, aun aquellos *supranumerarios* que se encuentran *criopreservados*, presentan los mismos derechos que todos los embriones y como tales gozan de todos los derechos inherentes a todos los seres humanos. Concretamente nos referimos al derecho a la vida y a partir de este de todos los derechos humanos que de él derivan a saber: a la dignidad humana, a la identidad, a tener un vínculo filial con sus progenitores, a ser adoptados y a tener derechos hereditarios.

En especial, se ha mencionado y probado a lo largo de este trabajo que el derecho a la vida (derecho humano fundamental) se encuentra consagrado en nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestra carta magna.

Además, nuestro órgano judicial supremo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo reiteradamente que desde el momento de la concepción existe una persona por nacer, incluso antes de que se produzca la anidación en el seno materno, y que debe protegerse a la persona desde el mismo instante en que se produce su concepción y/o fecundación (ver punto 9.2).

Es loable destacar, que a lo largo de la historia la vida de los seres humanos se ha protegido y tutelado, a partir del momento del inicio de la vida humana, es decir a partir de la concepción. A partir de ese momento, los embriones, seres humanos, reciben el trato de persona humana y un trato diferente al que se les otorga a los progenitores, protegiendo los derechos de los embriones humanos desde el mismo instante en que se produjo la concepción. A su vez, desde dicho momento, además del derecho a la vida, se reconoce

a los embriones personalidad debido a que la vida humana se encuentra íntimamente relacionada con la personalidad de los concebidos.

Por consiguiente, debe respetarse la dignidad de los embriones humanos *criopreservados*, entendiendo que por su carácter de persona resultan inviolables, razón por la cual debe venerarse la continuidad de la vida y, bajo ningún punto de vista, podrán ser entregados con fines investigativos, ni producir el cese de su crioconservación porque sería un atentado contra el derecho a la vida y a la dignidad. Por consiguiente, se debe regular respecto de la prohibición de la manipulación genética de los embriones, el cese de su *criopreservación*, su uso con fines de investigación, su creación con la finalidad de salvar otras vidas, en especial de otros hijos; todas cuestiones relacionadas a que los embriones humanos son poseedores del derecho a la vida desde el mismo instante en que se produce su fecundación, asunto relevante que en reiteradas ocasiones queda omitido.

Otro derecho humano que se ve directamente afectado es el derecho a la identidad (ver punto 6.3), también llamado derecho a conocer sus verdaderos orígenes. Si bien el derecho a la identidad se encuentra protegido por numerosos tratados de Derechos Humanos Internacionales, el Estado debe asegurar jurídicamente que todas aquellas personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida, en especial en aquellas donde la fecundación se produce con gametos donados de terceras personas, puedan acceder a conocer su verdadera identidad. Actualmente, se observa que el derecho a la identidad de los embriones se encuentra en colisión con otro derecho: el derecho a la intimidad de los donantes de material genético.

Consideramos que por el carácter de derecho personalísimo del derecho a la identidad se encuentra en un grado de superioridad respecto al derecho de los donantes en torno a su intimidad. Resulta ordinario que las personas concebidas naturalmente tengan la posibilidad de conocer quiénes son sus padres biológicos; pero también resulta discriminatorio que quienes son concebidos artificialmente y con donación de gametos no tengan el mismo derecho a conocer su identidad, ya que estaría siendo contrario a la Constitución Nacional donde se establece que todas las personas son iguales ante la ley, y por lo tanto poseedoras de idénticos derechos. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico actual encontramos una restricción en cuanto al derecho a la identidad de las personas nacidas mediante fecundación in vitro, ya que únicamente puede ser develada la verdadera identidad del donante de gametos ante determinados procedimientos que establece la ley. Consideramos loable destacar que lo importante es que, sin importar si la fecundación fuera de manera natural o extracorpórea, todas presentan la categoría de persona, y dentro del estado familiar son “hijos” y como tales deben estar protegidos todos sus derechos, en especial el derecho a la identidad, además de establecer el correcto vinculo filial con sus progenitores.

Ahora bien, el derecho a la identidad muchas veces se encuentra afectado por el derecho a la voluntad procreacional de los progenitores, cuestión que parece irracional porque en ningún momento la voluntad procreacional (ver punto 7.2.5) podría afectar el derecho humano fundamental de la identidad, derecho que en nuestro país trae aparejado una gran conmoción. Cuando las personas se someten un tratamiento médico de reproducción asistida, según nuestro ordenamiento jurídico actual, deben prestar su voluntad procreacional. Es loable destacar que en dichos procedimientos médicos son varios los intervinientes que deben otorgar su voluntad procreacional: los padres voluntarios y legales que son quienes inician el proceso de reproducción asistida con el

ansiado fin de lograr una familia; los aportantes de material genético llamados donantes de gametos que pueden estar presente en alguno de los tratamientos; y una madre receptora de óvulo, que generalmente es la madre biológica y en ocasiones, a pesar que aún no se encuentre legislado es la madre sustituta, es decir quien se encarga de llevar adelante el embarazo, siempre que se cuente con la autorización judicial correspondiente. En este último caso, nos encontraríamos ante un caso de maternidad subrogada o también llamada gestación por sustitución. Pero, lo más importante, es que la determinación de la maternidad y paternidad se encuentra basada en la voluntad procreacional que presten los progenitores al momento del inicio del tratamiento médico, lo que implica que afecte directamente el derecho a la identidad de las personas nacidas producto de esa fecundación artificial.

Del mismo modo, el Código Civil y Comercial de la Nación establece que la persona nacida como consecuencia de técnicas de reproducción humana medicamente asistida goza del derecho a la información; por lo tanto, se le reconocería en forma parcial el derecho a la identidad. Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico establece la creación de un legajo que contenga la información genética de las personas nacidas producto de esas técnicas, pero dicha información no es pública, por consiguiente, la persona solo puede tener tal acceso ante el expreso pedido ante el Centro de Salud interviniente, cuando únicamente se le suministrarán los datos médicos del donante de gametos y solamente en situaciones relacionadas a las necesidades de salud.

Otra cuestión a tener en cuenta resulta las falencias del mencionado consentimiento informado (ver punto 7.2.4) que deben suscribir los intervinientes en estas prácticas médicas al momento de someterse a ellas, que está regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación. Se encuentra un problema relacionado al consentimiento medico informado y su renovación, ya que consideramos que exigir una renovación del documento, cuando estamos en presencia de embriones humanos *criopreservados*, atenta contra el derecho a la vida de los mismos. Distinto sería el caso en el cual se debería renovar el consentimiento respecto de la utilización del material genético ya que no se afectaría ningún derecho si la persona decide no reestablecerlo o incluso revocarlo exigiendo la destrucción. Tenemos en consideración que renovar o revocar el documento mencionado cuando contamos con embriones *criopreservado*s para su implantación en el seno materno no resulta conveniente porque atenta contra el derecho a la vida y a la dignidad.

Por otro lado, además de gozar de derechos humanos, los embriones *criopreservados* tienen derechos de ámbito familiar y como consecuencia de ellos derechos filiatorios, derecho a ser adoptados y derechos sucesorios entre otros. Se debe mencionar que el Código Civil y Comercial de la Nación incorporó una tercera fuente filial, introduciendo a nuestro ordenamiento jurídico la filiación por técnicas de reproducción medicamente asistida, en donde se establece que los embriones son hijos de quienes presten la voluntad procreacional, trayendo aparejado, como se mencionó anteriormente, problemas con el derecho a la identidad de dichas personas. Dentro de la filiación se encuentra una especie de fertilización denominada fertilización post mortem.

Para adentrarnos en este novedoso tipo de filiación, debemos considerar distintas situaciones a saber: a) que el embrión ya se encuentra *criopreservado*, es decir que esta persona por nacer permanece a la espera de que lo implanten dentro del seno materno; b) presencia de *criopreservación* del material genético de los progenitores para ser utilizado

con posterioridad; y finalmente c) extracción post mortem del material genético. Ahora bien, debemos tener especial consideración respecto del primer supuesto ya que no se dan las mismas condiciones en todas las situaciones. En el primer supuesto se cuenta con embriones *criopreservados*, es decir que estamos en presencia de vida humana, y debería autorizarse la transferencia embrionaria, aun en caso de muerte de alguno de los progenitores, por presentar el carácter de persona por nacer y por el derecho a la vida que es incuestionable. Ante semejante vacío jurídico pensamos que nuestro ordenamiento jurídico necesita de la creación de una ley que permita la implantación de los embriones *criopreservado*s post mortem debido a que con esta práctica se les estaría resguardando el derecho a la vida, pudiendo de este modo permitir su desarrollo.

Por otro lado, se desprende otra problemática jurídica debido a que actualmente la jurisprudencia ha permitido el implante post mortem de embriones *criopreservados* en la cónyuge supérstite, siendo ella quien lleva adelante el embarazo. Ahora bien, el problema puntual refiere cuando es la mujer quien fallece primero y el hombre no puede llevar solo adelante el embarazo necesitando una madre receptora del óvulo o también llamada madre portadora. Es por ello, que la legislación debe avanzar tan rápidamente como avanza la ciencia, ya que resulta imperante el permiso legal de implantación post mortem de embriones *criopreservados* en cabeza de la mujer como en cabeza del hombre supérstite con el fin de que los embriones puedan continuar con su desarrollo. Sin embargo, se considera que, si bien resulta efectivo que los embriones se desarrollen y se implanten, no revestiría la misma significación en los otros dos supuestos, es decir, en el de transferencia de material genético *criopreservado* o extracción post mortem del material genético. En estos casos hay que tomar conciencia de que si se utilizara el material genético *crioconservado* se fecundaría a un hijo por la sola voluntad de una de las partes, salvo que el causante haya dejado su consentimiento informado explicito para ser utilizado luego de su muerte, caso contrario se estaría gestando un niño huérfano por el solo hecho de la voluntad procreacional de uno de los progenitores.

Ya se ha mencionado que la voluntad procreacional de los progenitores no puede revestir jerarquía por sobre el derecho a la identidad de la persona por nacer, en este caso de los embriones *crioconservados*. Por ende, no puede prevalecer el derecho de los progenitores a formar una familia afectando los derechos personalísimos de esas personas por nacer. Tampoco podría llevarse a cabo un procedimiento en el cual se extrajera material genético de la persona fallecida, salvo que se haya dejado expresamente plasmado el consentimiento de la extracción del material genético, fecundación y luego implantación; donde se hayan tomado todos los recaudos de resguardar el derecho a la identidad de la persona fecundada mediante esta práctica médica. Además, si no mediara expresa autorización mediante el consentimiento se estaría afectando los derechos personalísimos de la persona fallecida llevando adelante la extracción de material genético para ser sometido a un tratamiento de fertilización asistida. Por consiguiente, en el caso de los embriones que se encuentran *criopreservados*, la única solución posible que encontramos es la implantación post mortem ya que se continuaría con el desarrollo de esa vida humana.

Vale agregar que otro punto fundamental que aborda nuestro trabajo es que se descarta la posibilidad de cesar con la criopreservación debido a que atenta directamente contra el derecho a la vida de los embriones. Tampoco es viable entregar a estos embriones sobrantes o huérfanos para ser utilizados con fines de investigación debido a que afectan directamente no solo el derecho a la vida sino también la dignidad humana.

Por consiguiente, consideramos que la mejor solución respecto al tema sería entregar en adopción los embriones *criopreservados* sobrantes o los que se encuentren huérfanos de alguno de sus progenitores o aquellos que simplemente no deseen sus progenitores volver a implantar (ver punto 8.3). Con la adopción no solo los embriones lograrían desarrollar su vida, sino que también, podrían insertarse dentro de una familia deseosa de tener hijos; sería una posible solución para muchas parejas que mediante la implementación de esta figura jurídica podrían lograr construir una ansiada familia engendrando en el propio vientre de la mujer un hijo. Además, como ya mencionamos, con la adopción de embriones *criopreservados* se solucionaría un problema de índole moral, ya que mediante este tipo filial se estaría preservando el derecho a la vida y a la dignidad humana. También, una vez producido el nacimiento, la persona nacida como consecuencia de esta práctica médica sería hijo legítimo de los progenitores que llevaron adelante el embarazo y no tendría ningún vínculo jurídico con los donantes de gametos, aunque los adoptantes están obligados a informar la verdadera identidad a la persona indicando que su nacimiento fue producto de una adopción prenatal.

Por otra parte, los embriones humanos *criopreservados* poseen otro derecho inherente por su condición de persona por nacer, teniendo, entonces, desde el momento en que se produce su concepción capacidad para suceder a sus progenitores (ver punto 8.4). Incluso, con su condición de persona por nacer, o persona no nacida, se le deben respetar los denominados derechos hereditarios y arbitrar los medios para que la protección de su porción legitima no afecte al resto de los herederos. Es por ello, que es importante establecer una figura jurídica que resguarde los derechos hereditarios, como por ejemplo se encuentra viable la creación de un "fideicomiso testamentario", lo que sería una posible solución al problema ya que no solo beneficiaría a los embriones *crioconservados* resguardando sus derechos hereditarios hasta el momento en que se produzca su nacimiento con vida; sino que también los demás herederos forzosos podrán hacer uso de sus derechos hereditarios sin tener que esperar a que esos embriones *criopreservados* nazcan o no con vida. Agreguemos también que esta figura sería muy importante ya que podría prever que, en el caso de muerte de alguno de sus progenitores, el fideicomiso podría solventar los gastos de la *criopreservación* en el centro de salud interviniente, como así también los gastos de su posterior implantación.

Por consiguiente, todos los argumentos hasta ahora planteados arriban a la conclusión de que el embrión *criopreservado* es un ser vivo, es decir un ser humano distinto del de sus progenitores y como tal merece ser considerado sujeto de derecho por poseer todos los derechos correspondientes, independientemente se encuentren dentro o fuera del seno materno. De esta forma, los embriones *crioconservados* son sujetos de derecho y como tales son titulares de relación jurídicas como la filiación, adopción, entre otras. A lo largo de la investigación, se ha probado en reiteradas oportunidades que el embrión humano se encuentre *criopreservado* o no es una persona y como tal tiene derecho a la vida. Pero, las prácticas médicas traen aparejado la suspensión de la vida y como consecuencia de ello nos encontramos ante una práctica no ética en cuanto a que el derecho a la vida se encuentra "interrumpido" en el tiempo, es decir que se deberían arbitrar los medios para establecer un proceso de adopción prenatal de embriones criopreservados para otorgarles, de este modo, los mismos derechos que a los embriones implantados o concebidos en el seno materno.

Otro problema revelado en el curso de la investigación ha sido cuando los progenitores no desean continuar con la *criopreservación* por haber logrado la ansiada familia producto de un tratamiento de fertilización anterior, o quieren dejar sin efecto la

práctica porque se separan o divorcian. Ante estos casos, en nuestro país prevalece el derecho a la vida por sobre la voluntad procreacional de los progenitores, es decir que, ante el pedido de uno de los progenitores para llevar a cabo la implantación, la justicia argentina ha autorizado la implantación de estos basándose en su carácter de persona por nacer y poniendo el derecho a la vida por sobre los derechos de los progenitores.

Cabe agregar que resulta clara la postura de nuestros tribunales, incluso de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación con la protección del derecho a la vida de los embriones criopreservados. Se ha analizado numerosa jurisprudencia argentina, entendiendo que la solución mayoritaria es la correcta toda vez que, los embriones humanos concebidos en el seno materno o producto de técnicas de reproducción medicamente asistida son personas humanas debido a que presentan una forma sustancial que está formada por el alma, siendo, además, de naturaleza racional, por lo que se le debe proteger la vida. Respecto de aquellos casos en los que se encuentra en juego el dilema ético y jurídico de si se realiza una fertilización y/o fecundación post mortem se llega a la conclusión en que en la mayoría de los casos analizados se solicitó autorización para poder utilizar los gametos del cónyuge o conviviente premuerto, en cuyos casos la jurisprudencia ha autorizado su uso llevando a cabo el tratamiento de fertilización asistida. Además, se analizaron los dos únicos fallos en los que se solicitó la implantación de embriones luego del fallecimiento del cónyuge o conviviente, autorizándose en ambos casos la implantación en favor del derecho a la vida de los embriones criopreservados (ver punto 9.5).

En definitiva, se debe tener en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia, prevalecen el derecho a la vida de los embriones humanos, se encuentren estos criopreservados o no. A su vez, desde el momento de su fecundación adquieren vida humana y como tal gozan de un estatus jurídico, por lo que ante un conflicto de intereses entre la voluntad de los progenitores o incluso la muerte de uno de ellos y el derecho a la vida se debe prevalecer, conforme nuestro derecho constitucional, en salvaguardar y continuar con el desarrollo de la vida humana de estos embriones. De esta forma, además, se les reconoce el derecho a la dignidad humana, y la calidad de sujeto de derecho que tienen desde el mismo instante en que se produce su concepción; y de esta forma se les respeta los derechos personalísimos de los que gozan.

Se ha planteado como eje de la presente investigación que el estatuto ontológico del embrión humano y el concepto jurídico de "concepción" conforman el soporte para la consideración jurídica-legal de los embriones *criopreservados* como persona humana por nacer. Se ha probado a lo largo de la tesis que la ética ha impulsado el estatuto y la dignidad ontológica que presentan los embriones desde el momento de la concepción, adquiriendo desde ese instante el derecho a la vida y a la dignidad humana. Como consecuencia de la adquisición del derecho a la vida, se convierten a partir del momento de la concepción en personas por nacer, siendo poseedores de derechos siempre sujetos a condición de que se desarrollen y que nazcan con vida.

Partiendo de esa premisa consideramos que se debe crear una ley que regule los distintos estadios de la vida de los embriones *criopreservados*, desde su concepción hasta su implantación y todas las distintas situaciones que pueden traer aparejados, siempre preservando el derecho a la vida. Actualmente, nuestro derecho estipula que debe legislarse una ley especial que proteja a los embriones *crioconservados*, es menester destacar que esta protección es sumamente necesaria por el carácter de persona que los

distingue. Además, a través de la investigación hemos visto que se necesita contar con una ley que proteja a los embriones *criopreservados* y no solamente su derecho a la vida, sino que establezca de manera concreta todos los derechos de los que gozan y que estos sean respetados.

Como conclusiones adicionales, podemos mencionar que a pesar de que la criopreservación resulta ser una práctica médica novedosa que en principio podemos entender que atenta contra el derecho a la vida; pero si visualizamos la arista positiva nos encontramos con la preservación de la vida humana de manera artificial. Ahora bien, lo planteado no quita que se deban respetar todos los derechos desde el mismo instante en que se produce la fecundación, es decir que el ordenamiento jurídico debe protegerlos y resguardarlos. Por consiguiente, se debe tener en cuenta que la *criopreservación* no puede quedar ligada al azar, por un lado, por los riesgos que ello implica respecto del derecho a la vida, y por otro lado se debe legislar al respecto para que el derecho a la vida y el desarrollo de la misma no quede suspendida en el tiempo.

Además, tal como se planteó como objetivo general de la presente investigación (ver punto 2.3.1), es necesario establecer un régimen jurídico para los embriones humanos *criopreservados*. Por consiguiente, partiendo de la premisa que todo embrión humano es una persona por nacer, sin importar si el mismo se encuentra dentro del seno materno o fuera de él, se debe crear una ley protectoria de estas personas por nacer, tal como lo había planteado el legislador. Primeramente, debe protegerse el derecho a la vida, como derecho humano fundamental, y tal derecho debería quedar legislado de manera concreta y no a la libre interpretación judicial.

En definitiva, esta ley debe contener no solo aspectos respecto de la *criopreservación*, el derecho a la vida de los embriones criopreservados; sino también debe establecer de manera concreta, y siempre preservando la dignidad humana, el destino de los embriones que permanecen *criopreservados* en los centros de salud intervinientes. Resulta evidente que el derecho debe proteger la vida humana desde el mismo instante en que se produce la fecundación, y que como consecuencia de ello debe prohibirse toda práctica que tenga como consecuencia el cese de la *criopreservación* por atentar contra la vida humana, como así también cualquier otro acto que establezca la utilización de los embriones con fines de investigación, ya que en este caso se afecta directamente la dignidad humana. Por otro lado, se debe establecer el destino de los embriones, en el supuesto caso de la separación personal y/o divorcio de los progenitores, y el destino de estos ante el fallecimiento de uno o de ambos progenitores, estableciendo en este último caso el alcance de sus derechos hereditarios. Asimismo, se debe establecer el destino de los embriones ante el supuesto de que los progenitores decidieran no continuar con la implantación, en esa instancia se podría optar por la adopción prenatal, es decir entregar a esos embriones en adopción con el fin de que puedan desarrollar una vida plena con otra familia. En todas estas cuestiones resulta de suma importancia que se establezca de manera clara el derecho a la identidad y a que los implicados conozcan la realidad biológica cuando adquieran la edad y el grado de madurez suficiente.

Por último, y basándonos en el hecho de que los abogados son los hacedores y también los guardianes de todos los derechos mencionados que incumben a nuestro sujeto de investigación que es el embrión *crioconservado*; resulta menester el trabajo de los jurisconsultos para la creación de una ley de protección integral de los embriones humanos *crioconservados* en la cual se establezca la protección jurídica del derecho a la

vida, y donde exista una clara evidencia respecto al destino de cada embrión ante cada situación particular en relación al derecho de familia.

11. BIBLIOGRAFIA

Agencia Informativa Católica Argentina. En internet: http://www.aica.org/25963-la-academia-nacional-de-medicina-se-pronuncio-sobre-fertilizacion-asistida.html (Fecha de consulta: 17/01/2019)

Ales Uría, Mercedes. ¿Voluntad procreacional o derecho al hijo? Publicado en: DFyP 2019 (mayo), 10/05/2019, 244. Cita Online: AR/DOC/2797/2018.

Ales Uría, Mercedes. Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado. DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 119. Cita online: AR/DOC/590/2013.

Alonso Regueira, Enrique M. *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*.- 1ª ed. – Buenos Aires: La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013.

Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo I, arts. 1 a 224. Director del tomo: José W. Tobías. Thomson Reuters. La Ley.

Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo III, arts. 401 a 723. Directora del tomo: Ursula Basset. Thomson Reuters. La Ley.

Alterini, Jorge H. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición actualizada y aumentada. Tomo XI, arts. 2277 a 2671. Directores del tomo: Francisco A. M. Ferrer, Fulvio G. Santarelli y Alfredo M. Soto. Thomson Reuters. La Ley.

Álvarez-Díaz, Jorge Alberto. Donación de embriones en países desarrollados. En internet: https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2010/gm103l.pdf (Fecha de consulta: 09/07/2019)

Alza Barco, Carlos. El concebido in-vitro post mortem y sus derechos sucesorios. En internet: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/14306/14922 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

Antinori, Néstor Eduardo. Conceptos básicos del derecho - 1a ed. - Mendoza: Universidad del Aconcagua, 2006, pág. 47.

Antuñano Alea, Salvador, López Barahona, Mónica, Lucas, Ramón Lucas, La licitud moral de la adopción de embriones congelados y la respuesta a las objeciones. En internet: https://www.bioeticaweb.com/la-licitud-moral-de-la-adopciasn-de-embriones-congelados-y-la-respuesta-a-las-objeciones/ (Fecha de consulta: 16/01/2019)

Arango Restrepo, Pablo. Estatuto del embrión humano. Escritos, Vol. 24, N° 53, Julio-Diciembre, 2016, pág. 310. En internet: http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a05.pdf (Fecha de consulta: 13/01/2019)

Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?.

Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta bioeth. Vol.22 no.2, Santiago, nov. 2016. En internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci_arttext (Fecha de consulta: 30/07/2019)

Báez-Reyes, María del Rocío. El feto y los derechos humanos. Rev. Sanid Milt Mex (2010); 64(3) May-Jun: 125-132, pág. 131. En internet: http://www.medigraphic.com/pdfs/sanmil/sm-2010/sm103g.pdf (Fecha de consulta: 15/01/2019)

Barra, Rodolfo Carlos. La protección constitucional del derecho a la vida. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

Basset, Úrsula C. El consentimiento informado en el ámbito reproductivo: la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un fallo de notables implicancias. Publicado en: Sup. Const. 2018 (Julio), 05/07/2018, 9 – LA LEY2018-C, 561 – DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 141 – RCyS2018-X, 3. Cita Online: AR/DOC/1116/2018.

Basset, Úrsula C. El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial. LA LEY 14/07/2015, 14/07/2015, 1 – LA LEY2015-D, 663. Cita Online: AR/DOC/2099/2015.

Basset, Úrsula C. La democratización de la filiación asistida. LA LEY 16/10/2014, 1- LA LEY2014-F, 609. Cita Online: AR/DOC/3594/2014.

Basset, Úrsula C. La filiación después de la muerte: Un caso de adopción. Publicado en: DFyP2013 (enero-febrero), 01/01/2013, 41. Cita Online: AR/DOC/5661/2012.

Bedrossian, Gabriel. *Fertilización post mortem: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo*. Revista de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. Junio 2020. Cita Digital: IUSDX3287445A

Berger, Sabrina M. Inicio de la vida, Inicio de la persona. Colección Compendio Jurídico. Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética. Septiembre 2018.

Blasi, Gastón Federico, Sobre el inicio de la existencia del ser humano. Un análisis jurídico. En internet: http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm (Fecha de consulta: 15/10/18)

Briozzo, Soledad. La filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida post mortem. Publicado en: DFyP 2017 (Julio), 12/07/2017, 48. Cita Online: AR/DOC/1208/2017.

Calise, Santiago Gabriel. El derecho observado a los embriones: el caso argentino. Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas | 29 (2011.1), pág. 16, 17.

Castellanos Madrazo, José Francisco. Apuntes sobre el caso Evans vs. Reino Unido. Acerca de los casos hércules.

Chacín Fuenmayor, Ronald de Jesús, El embrión es vida humana. En internet: http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/19020/articulo3.pdf;jsessionid=55DD2F8E7A398E65FDFED871AF262F4B?sequence=1 (Fecha de consulta: 06/01/2019)

Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado. Dirigido por Alberto J. Bueres. 1° ed., 6° reimpr., Buenos Aires, Hammurabi, 2015, pág. 397

Congelación embrionaria. En internet: http://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/recomendaciones/congelacionEmbrionaria.pdf (Fecha de consulta: 14/10/18)

Congragación para la doctrina de la Fe. Instrucción DIGNITAS PERSONAE sobre algunas cuestiones de bioética. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

Congregación para la doctrina de la Fe. Instrucción DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. En internet: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html (Fecha de consulta: 18/01/2019)

Constitución Nacional

Contreras Aguirre, Sebastián. El primer principio de la ley natural, según Finnis-Grisez y Rhonheimer y las lecturas contemporáneas de “Summa Theologiae” I, II, Q. 94, A. 2. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLIII (Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2014, pp. 643-669. Pág. 654

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. costa rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

De Pablos, Gemma Lucia. El embrión humano: consideraciones éticas en cuanto al estatuto ontológico del mismo. Protección Jurídica. Revista de Derecho UNED, Núm. 11, 2012, pág. 654. En internet: revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/download/11147/10675 (Fecha de consulta: 15/01/2019)

De Rempel, Noemi G. La protección jurídica del embrión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2016.

Ditieri, Marina; Cortese, Gilda Beatriz y González Demaría, Yanina Graciela. Cuando la realidad supera la norma: gestación por sustitución y filiación post mortem. Los efectos de su omisión. Derecho y Ciencias Sociales. Abril 2018 Nº 18 (Las familias y el derecho de las familias a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial), Pgs 62-81. ISNN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP. Pág. 74.

El derecho a la vida. Argumentos antiguos y modernos de la tradición iusnaturalista. En internet: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3123/9.pdf (Fecha de consulta: 26/01/2019)

En internet: http://legislaturalarioja.gob.ar/documentos/cp_larioja.pdf (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/formosa.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://municipios.unq.edu.ar/modules/mislibros/archivos/la_pampa.pdf (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: http://secgral.unsl.edu.ar/docs/Constitucion%20San%20Luis.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://secgral.unsl.edu.ar/docs/Constitucion%20San%20Luis.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroI_S1_tituloI.htm (Fecha de consulta: 25/11/18)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 17/02/2019)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 17/02/2019)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 17/02/2019)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 19/04/2019)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 19/04/2019)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 19/04/2019)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 31/05/2019)

En internet: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#15 (Fecha de consulta: 31/05/2019)

En internet: http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/%28vLeyesxNro%29/CP00?OpenDocument (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/%28vLeyesxNro%29/CP00?OpenDocument (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://www.adepra.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Constituci%C3%B3n-de-la-Provincia-de-Chubut.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://www.adepra.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/Constituci%C3%B3n-de-la-Provincia-de-Tierra-del-Fuego.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://www.cmagistraturasalta.gov.ar/images/uploads/constitucion-provincial.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://www.cmagistraturasalta.gov.ar/images/uploads/constitucion-provincial.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://www.definicionlegal.com/definicionde/Preembrion.htm (Fecha de consulta: 14/10/18)

En internet: http://www.juscatamarca.gob.ar/Constitucion%20de%20CATAMARCA.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: http://www.legisrn.gov.ar/const_prov.php#m002 (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: http://www.notivida.com.ar/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html (Fecha de Consulta: 25/03/2020)

En internet: http://www.saij.gob.ar/maria-belen-mignon-proteccion-absoluta-embrion-implantado-derecho-salud-reproductiva-personas-antecedente-judicial-cuestionable-luz-reciente-sentencia-corte-interamericana-derechos-humanos-dacf150186-2015-02-24/123456789-0abc-defg6810-51fcanirtcod?utm_source=Facebook&utm_medium

En internet: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/filiacion-derivada-de-las-tecnicas-de-reproduccion-humana-en-el-ccycn (Fecha de consulta: 20/04/2019)

En internet: http://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/203482/986161/ (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/CONSSANJUAN.htm#derin (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/CONSSANJUAN.htm#derin (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/mendoza.htm#declarge (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: https://argentina.justia.com/provinciales/chaco/constitucion-de-la-provincia-de-chaco/seccion-primera/capitulo-ii/#articulo-15 (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: https://argentina.justia.com/provinciales/jujuy/constitucion-de-jujuy/seccion-primera/capitulo-segundo/#articulo-19 (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: https://argentina.justia.com/provinciales/santiago-del-estero/constitucion-provincial-de-santiago-del-estero/parte-primera/titulo-ii/capitulo-i/#articulo-16 (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/Lafferriere_-_La_persona_por_nacer_en_el_nuevo_CCyCU.pdf

En internet: https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/Lafferriere_-_La_persona_por_nacer_en_el_nuevo_CCyCU.pdf

En internet: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96_ugarte_embrion.pdf

En internet: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093451/r96_ugarte_embrion.pdf

En internet: https://www.corrientes.gov.ar/assets/articulo_adjuntos/28/original/Constituci%C3%B3n_de_la_Provincia_de_Corrientes.pdf?1377356446 (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: https://www.defensorba.org.ar/pdfs/discapacidad/Constitucion-de-la-Provincia-de-Buenos-Aires.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: https://www.entrerios.gov.ar/CGE/normativas/leyes/constitucion-de-entre-rios.pdf (Fecha de consulta: 23/01/2019)

En internet: https://www.legislaturadetucuman.gob.ar/pdfs/digesto/constitucionprovincia.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: https://www.legislaturadetucuman.gob.ar/pdfs/digesto/constitucionprovincia.pdf (Fecha de consulta: 08/12/2018)

En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones__Escritos_Vedat.pdf (Fecha de consulta: 08/07/2019)

En internet: https://www.radiologyinfo.org/sp/glossary/glossary1.cfm?gid=574 (Fecha de consulta: 08/12/2018)

Enciclopedia Jurídica, Edición 2014, entrada: Sujeto del derecho. En internet: http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/sujeto-del-derecho/sujeto-del-derecho.htm (Fecha de consulta: 04/11/18)

Famá, María Victoria. Capacidad para suceder y filiación post mortem mediante técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en: RDF: 79, 17/05/2017, 207. Cita Online: AR/DOC/3560/2017.

Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido. Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012. Págs. 171-195.

Famá, María Victoria. El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Lecciones y Ensayos N° 90, 2012, ps. 171-195.

Famá, María Victoria. La filiación post mórtem en las técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en: SJA 05/02/2014, 05/02/2014, 3-. Cita Online: AR/DOC/4861/2014.

Farnós Amorós, Esther. Evans v. The U.K (II): La Gran Sala del TEDH confirma la imposibilidad de utilizar los preembriones sin el consentimiento de la ex pareja. Nota breve a la STEDH, Gran Sala, de 10.4.2007. Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona. Abril 2007.

Ferrer, Francisco A. M. La fecundación post mortem. Publicado en: LA LEY 09/10/2018, 09/10/2018,1 – LA LEY2018-3, 1034. Cita Online: AR/DOC/2042/2018

Ferrer, Francisco A. M. Personas que pueden suceder al causante. LA LEY 13/03/2015, 13/03/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/685/2015.

Ferrer, Francisco A.M. El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y Comercial. En internet: bibliotecavirtual.unl.edu.ar>NuevaEpoca>article>download (Fecha de consulta: 19/01/2020)

Figueroa García-Huidobro, Rodolfo. Concepto de Derecho a la Vida. Revista Ius Et Praxis – Año 14 – N° 161, páginas 261-300.

Galli Fiant, María Magdalena. Técnicas de reproducción humana asistida: filiación y derecho sucesorio. Publicado en: DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017, 197. Cita Online: AR/DOC/982/2017.

Gallino, Eduardo, Legitimación adoptiva y adopción en el derecho internacional privado. Revista Notarial 1990 – 1 Nro. 59, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba. En internet: http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-59-1990-15-Doctrina.pdf (Fecha de consulta: 17/11/18)

Gamarra, Lisando, Status Jurídico del embrión en la República Argentina entre 1960 y 2004, Buenos Aires – Argentina, 2004, pág 7

García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. Dereito Vol. 17, n.° 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947.

En internet: https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1 (Fecha de consulta: 25/11/18)

García Scougall JP & Cantú-Quintanilla G. Fundamentación de los derechos humanos del embrión. Persona y Bioética. Vol. 19, Núm. 2, Julio-Diciembre 2015.

García, Andrea Daniela, García, Roxana Beatriz. Trabajo de Investigación: Fideicomiso Testamentario. Universidad Nacional de Cuyo. Facultad de Ciencias Económicas. Mendoza. 2011. Págs 29-30. En internet: https://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/4869/garciagarciacetrabajodeinvestigacion.pdf (Fecha de consulta: 19/01/2020).

Gil Domínguez, Andrés. El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial. En internet: http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/GIL-DOMINGUEZ-El-derecho-a-la-identidad-gene%CC%81tica-y-las-TRHA-en-el-Co%CC%81digo-Civil-y-Comercial.pdf (Fecha de consulta: 07/06/2019)

Gil Domínguez, Andrés. Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar. Publicado en: LA LEY 03/08/2016, 03/08/2016,8 – LA LEY2016-D, 542. Cita Online: AR/DOC/2171/2016.

González, Mariana E. ¿Derecho a conocer los orígenes o derecho a la información de los niños nacidos por técnicas de reproducción heterólogas? Publicado: RDF 68-153. Sección: DOCTRINA. En internet: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Gonzalez_Derecho_a_conocer_los_origenes.pdf (Fecha de consulta: 02/01/2020)

Guillem-Tatay, David, El estatuto jurídico del embrión humano. Análisis crítico de la ley 14/07, de 3 de julio, de investigación biomédica. En internet: https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/02/2.-Estatuto-juridico-Guillem-Tatay.pdf (Fecha de consulta: 04/11/18)

Gutiérrez Dalla Fontana, Esteban M. Derecho a la identidad e interés superior del niño. LL Patagonia 2017 (febrero), 17/02/2017, 2. Cita Online: Thomson Reuters AR/DOC/215/2017.

Herrera Daniel A., Lafferrière, Jorge Nicolás. ¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida. Publicado en: Sup. Const-2013 (abril), 09/04/2013, 16 – LA LEY2013-B, 415. Cita Online: AR/DOC/1121/2013.

Herrera, Daniel Alejandro. *La persona y el fundamento de los derechos humanos*. 1ª ed.- Buenos Aires: Educa, 2012.

Herrera, Marisa – Lamm, Eleonora, De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga. LA LEY 20/08/2014, 20/08/2014, 5 – LA LEY2014-D, 594.

Herrera, Marisa, Argumentos jurídicos a favor de la postura según la cual el embrión *in vitro* o no implantado no es persona humana, CATRHA, Comisión de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Reproducción 2015;30:161-163.

Herrera, Marisa. La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar. Infojus. Id Infojus: DACF140902. 29 de Diciembre de 2014.

Herrera, Marisa. Un debate complejo: la técnica de reproducción humana asistida post mortem desde la perspectiva comparada. En internet: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6629092 (Fecha de consulta: 08/09/2019

Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015, pág. 49

Jáuregui, Rodolfo G. Responsabilidad Parental - Alimentos y Régimen de Comunicación - Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, pág. 57

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012. Ed. Microjuris.com. Cita: MJ-MJN-68565-AR En internet: https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/02/06/la-decision-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-del-28112012-y-la-interrupcion-del-embarazo/ (Fecha de consulta: 02/07/2018)

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora. La obligación de ser padre impuesta por un tribunal. La Ley 28/09/2011. Cita Online: AR/DPC/3389/2011.

Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II.

Krasnow, Adriana N. El derecho de acceso a la verdad de origen en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida. En internet: http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Krasnow_El_derecho_de_acceso_a_la_verdad.pdf (Fecha de consulta: 07/06/2019)

Lacalle Noriega, María. En defensa de la vida humana. Conferencia Episcopal Española. Editorial EDICE, Madrid, 2013.

Lafferriere, Jorge N. La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial. Publicado en: LA LEY 11/07/2018, 11/07/2018,6 – DFyp 2018 (Septiembre), 163. Cita Online: AR/DOC/1288/2018.

Lafferriere, Jorge Nicolás y otros. La vida, primer derecho humano. 1ª ed.- Buenos Aires: Eudeca, 2010. 106 p. Parte II, punto 8. El derecho a la vida y los niños por nacer en las Constituciones provinciales.

Lafferriere, Jorge Nicolás, El artículo 19 del nuevo Código Civil y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado, La Ley, Revista de Derecho de Familia y Persona, DFyP 2014

Lafferrière, Jorge Nicolás, La persona por nacer en el nuevo código civil y comercial de la nación, En internet:https://capacitacion.jusmisiones.gov.ar/files/Lafferriere_-La_persona_por_nacer_en_el_nuevo_CCyCU.pdf

Lafferriere, Jorge Nicolás. Centro de Bioética, Persona y Familia. Ley de aborto comentada. Análisis critico de la ley 27610. Buenos Aires. Febrero 2021.

Lafferrière, Jorge Nicolás. Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. "Artavia Murillo" no es un cheque en blanco. Publicado en Thomson Reuters – LA LEY. Cita Online: AR/DOC/1867/2019.

Lafferriere, Jorge Nicolás. Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012. ElDial.com – DC18C8, Publicado el: 24/04/2012

Lafferrière, Jorge Nicolás. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y un injusto fallo sobre el embrión humano ante las biotecnologías. Publicado en: DFyP 2013 (marzo), 01/03/2013, 179. Cita Online: AR/DOC/593/2013.

Lafferriere, Jorge Nicolás. La filiación: sus desafíos jurídicos, hoy. Jorge Nicolás Lafferriere; Catalina Elsa Arias de Ronchietto; Ursula Basset. 1ª edición. Buenos Aires. Educa, 2010. 240 p. El embrión crio-conservado en el derecho sucesorio argentino. Ana María Ortelli de Biscotti.

Lafferrière, Jorge Nicolás; Tello Mendoza, Juan Alonso. El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo". Publicado en: Sup. Const-2014 (noviembre), 27/11/2014, 71 – LA LEY2014-F, 404. Cita Online: AR/DOC/3586/2014.

Lamm, Eleonora. El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia y Responsabilidad Parental– La Ley 20/05/2015

Lamm, Eleonora. La custodia de los embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso Evans contra el Reino Unido. Revista catalana de dret públic, núm. 36, 20008, p. 195-220.

López Serna, Norberto, Biología del desarrollo. Cuaderno de Trabajo, Capítulo 9: Implantación. En internet: https://accessmedicina.mhmedical.com/content.aspx?bookid=1476&sectionid=95223649 (Fecha de consulta: 21/10/18).

Lorenzetti, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Santa Fe – Argentina, Rubinzal – Culzoni Editores, Primera Edición, Tomo I, 2014, pág 87

Loyarte, Dolores; Rotonda, Adriana E. Procreación Humana Artificial: Un desafío bioético. Buenos Aires, Depalma, 1995.

M. Ferrer y L.M. Pastor, Génesis y uso del término <<PRE-EMBRIÓN>> en la literatura científica actual. En internet:

http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/600/1335 (Fecha de consulta: 14/10/18)

Massano, María Alejandra. Personas que pueden suceder mortis causa. Publicado en: DFyP 2018 (diciembre), 19/12/2018, 145. Cita Online: AR/DOC/1584/2018.

Massini-Correas, Carlos I. Sobre el embrión humano y la cuestión de la personalidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión. Prudentia Iuris, N° 76, 2013, pág. 68

Méndez Sardina, Germán, ¿Embrión preimplantatorio o preembrión?. En internet: http://biojurista.blogspot.com/2010/02/embrion-preimplantatorio-o-preembrion.html (Fecha de consulta: 14/10/18)

Mignon, María Belén. La protección absoluta del embrión no implantado y el derecho a la salud reproductiva de las personas. Un antecedente judicial cuestionable a la luz de la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Infojus. Id SAIJ: DACF150186. 24 de Febrero de 2015.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, Décimo Cuarta Edición Oficial, Perú. En internet: https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil-MINJUS-BCP.pdf (Fecha de consulta: 14/10/18)

Monge, Fernando. El embrión humano y el estatuto de persona. Medicina y Persona. Revista de Medicina de la Universidad de Navarra - vol. XXXII - n.' 4 - octubre-diciembre 1988.

Ortelli, Ana. El fideicomiso testamentario. En internet: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2936 (Fecha de consulta: 19/01/2020)

Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 36ª edición, Buenos Aires: Heliasta, 2008.

Pellet Lastra, Sebastián José. Breve reflexión en torno al fallo "Artavia Murillo vs. Costa Rica". Documento de la Cátedra Bioderecho. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. En internet: https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2724 (Fecha de consulta: 02/01/2020)

Pontificia Academia para la vida. El embrión humano en la fase de preimplantación. Aspectos científicos y consideraciones bioéticas. En internet: http://www.sadeccanonico.com.ar/documentos/embrionhumano.pdf (Fecha de consulta: 18/01/2019)

Protectora, Sin leyes ni reglas, avanza la adopción de embriones en el país. En internet: http://www.protectora.org.ar/bioetica/sin-leyes-ni-reglas-avanza-la-adopcion-de-embriones-en-el-pais/2036/ (Fecha de consulta: 18/11/18)

Quintana, Eduardo Martín. La Corte Suprema de Justicia de la Nación deniega una técnica lesiva de la vida e integridad física de los embriones (A propósito de la ley de reproducción humana asistida y su decreto reglamentario)

Rabinovich-Berkman, Ricardo D., La tutela de los embriones congelados en la República Argentina (2004-2006) Ánalisis de su fracaso a la luz de la cura ventris, pág 10

Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Edición del Tricentenario, Actualización 2018.

Real Academia Nacional de Medicina de España, Diccionario de términos médicos [en línea].

Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1: Derecho de Familia I: relaciones entre padres e hijos. Dirigido por Héctor Eduardo Alegría; Jorge Mosset Iturraspe. 1ª ed. Revisada. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2016. Pérez, Agustina. Argumentos y contraargumentos en torno a la fertilización post mortem. ¿Qué tiene la maternidad/paternidad póstuma que incomoda tanto?, págs. 186-187.

Rodríguez Guitán, Alma María. Reflexiones Acerca del Papel de la Mujer en la Reproducción Artificial Post Mortem. Oñati Socio-legal Series, v. 7, n. 1 (2017) – Derechos reproductivos y reproducción asistida. Género, diversidad Sexual y familias en plural. ISSN: 2079-5971. Pág. 183-184. En internet: http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/659/980 (Fecha de consulta: 25/07/2019)

Rodríguez Iturburu, Mariana, Filiación derivada de las técnicas de reproducción humana en el CCyCN. En internet: http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/116 (Fecha de consulta: 04/11/18)

Rodríguez Varela, Alberto. Acerca del Comienzo de la vida humana. Disertación del académico Alberto Rodríguez Varela durante el Tercer Encuentro Interacedémico convocado bajo el título "Principios y Fin de la vida humana", el viernes 22 de mayo de 2015, en el Aula Magna de la Academia Nacional de Medicina. En internet: https://www.ancmyp.org.ar/user/files/R.Varela.D.15.pdf (Fecha de consulta: 17/01/2019)

Rodríguez Varela, Alberto. La persona antes de nacer. 1ª ed. Buenos Aires: Agape Libros, 2014, 350 p.

Rodríguez Varela, Alberto. La persona antes de nacer. Nueva edición actualizada. Buenos Aires: Agape Libros, 2014.

Romeo Casabona, Carlos María, Enciclopedia de Bioderecho y bioética. Artículo: "Embrión (jurídico)", autor: Pedro J. Femería López. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/258 (Fecha de consulta: 14/10/18)

Romeo Casabona, Enciclopedia de bioderecho y bioética. Artículo: Reproducción Asistida (jurídico), autor: Jaime Vidal Martínez. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278 (Fecha de consulta: 03/11/18)

Romeo Casabona, Enciclopedia de bioderecho y bioética. Artículo: Persona (jurídico), autor: Emilssen González de Cancino. En internet: https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/250 (Fecha de consulta: 03/11/18)

Salituri Amezcua, María Martina. Jurisprudencia argentina en materia de fertilización post mortem. En internet: http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/jurisprudencia-argentina-en-materia-de-fertilizacion-post-mortem (Fecha de consulta: 25/07/2019)

Sánchez-Ostiz, Pablo. ¿Tiene todos derecho a la vida?. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. En internet: http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf (Fecha de consulta: 27/01/2019)

Sema, Mariela, Olivetti, Carmen, y Ingratta, Marcelo. Desafíos jurídicos y terminológicos en la traducción sobre nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida. Ponencia presentada en las IX Jornadas Nacionales de la Federación Argentina de Traductores, celebradas en la Universidad Nacional de Córdoba el 4, 5 y 6 de Octubre 2018.

Singer, Peter. *Ética Práctica*. 2da Edición. Gran Bretaña. Cambridge University Press, 1995, pág. 73

Theas, María Susana. La Bioética y el destino de los embriones congelados.

Universidad de Salamanca, Diccionario médico-bilógico, histórico, etimológico, Ediciones Universidad Salamanca.

Valente, Luis Alberto. La eficiencia de las categorías jurídicas (Posesión de estado, voluntad procreacional y ética aplicada). Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata, UNLP. Año 15/N° 48-2018.

Weinberg, Inés M. *Convención sobre los Derechos del Niño.* Rubinzal – Culzoni Editores. Santa Fe.

Zabaleta, Daniela B. Transferencia de embriones crioconservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura. Publicado en: DFyP 2016 (agosto), 04/08/2016, 140. Cita Online: AR/DOC/2172/2016.

Zabaleta, Daniela. La filiación en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. ElDial.com – DC1E34, publicado el: 14/05/2015.

Zago, Jorge A. y Cobas, Manuel O, Comienzo de la existencia de la persona humana. Ponencia (presentada en la Comisión N° 1 de las XIX Jornadas de Derecho Civil. En internet: http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Cobas.htm (Fecha de consulta: 15/10/18)

Zambrano, María del Pilar; Sacristán, Estela B. El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia Estadounidense y Argentina. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 715-759.

Zurriaráin, Roberto Germán, La adopción Prenatal: ¿solución para los embriones humanos congelados?. En internet: http://robertogerman.blogspot.com/2016/05/la-adopcion-prenatal-solucion-los.html (Fecha de consulta: 25/11/18)