

Autor/es: Pastore, Analía G. El Derecho 245-50 [2011]

Disolución matrimonial y un conflicto de estos tiempos: ¿qué hacemos con los embriones crioconservados? A propósito de una decisión judicial inédita que enaltece la justicia(1)

I

El caso(2)

A. P. y A. C. S. contrajeron matrimonio en noviembre de 2003. En virtud de su imposibilidad para concebir naturalmente, en el año 2005 concurren al Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), donde al poco tiempo iniciaron el tratamiento de fecundación *in vitro* de cuyo tercer intento nació su hijo T. en agosto de 2006. Los cinco embriones remanentes fueron crioconservados en el IFER para una futura implantación o donación a terceros.

Los progenitores habían suscripto un acuerdo de consentimiento informado para la crioconservación de los embriones por el cual se comprometían a determinar su futura disposición en forma conjunta salvaguardando siempre su preservación. En caso de fallecimiento de los cónyuges o imposibilidad física para recibir los embriones, se convenía su donación a otra pareja infértil que sería seleccionada por el IFER; en tanto que si ocurría la disolución del vínculo matrimonial, el consentimiento de ambos cónyuges sería necesario para tratarlo con autoridad competente.

Si bien este contrato no fue agregado al expediente pues se había extraviado, se adjuntó un formulario modelo que, sumado al testimonio del Dr. Young, permitió constatar los términos del acuerdo suscripto por los esposos.

Cuando el matrimonio ya se encontraba separado de hecho(3), A. manifestó su intención de continuar con el proceso de procreación iniciado pero A1. se opuso a que los embriones fueran transferidos al útero de su esposa. Fue entonces que A. promovió inicialmente una medida cautelar de protección de persona en beneficio de los cinco embriones crioconservados (art. 234, cód. procesal civil y comercial de la Nación) invocando su representación (art. 57, inc. 1º, cód. civil). Más tarde adecuó su requerimiento a la solicitud de que los embriones le fueran transferidos a su útero.

El esposo contestó la demanda aduciendo que no tenía voluntad procreacional y que los embriones no eran personas, circunscribiendo el conflicto a la determinación del comienzo de la vida y de la naturaleza jurídica de los embriones.

La jueza de primera instancia resolvió favorablemente la demanda, decisión que fue recurrida por A. C. S. proponiendo como solución alternativa el instituto de la adopción embrionaria. Se agravó por entender que la sentencia no había considerado la naturaleza jurídica de los embriones, no se había respetado su derecho a no ser padre y se había omitido el consentimiento prestado por la accionante para la adopción prenatal.

Tanto el Fiscal como la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara se pronunciaron a favor de la confirmación de la sentencia recurrida, criterio que fue seguido por el tribunal de alzada en fecha 13-9-11, conforme a los siguientes argumentos: 1) que el *a quo* había expuesto claramente sobre la naturaleza jurídica de los embriones, resultando la decisión final consecuente con la postura jurídica adoptada; 2) que en virtud de la doctrina de los propios actos, el recurrente no podía pretender contradecir en el proceso judicial los términos del acuerdo que había suscripto al iniciar el tratamiento de fecundación *in vitro* que estipulaba la intervención de autoridad competente para decidir el destino de los embriones crioconservados en caso de disolución del matrimonio; 3) que la adopción prenatal planteada de modo subsidiario constituía una reconvención inadmisibles en ese

tipo de proceso que, además de exceder el *thema decidendum*, implicaba reconocer el carácter de persona humana del embrión; 4) que la voluntad procreacional había quedado manifiesta en el momento de suministrar su material genético conociendo que lo hacía para que fuera utilizado en el proceso de fecundación *in vitro*; 5) que si bien en nuestro país no existe una legislación específica sobre reproducción humana asistida, ello no podía constituir un obstáculo para alcanzar soluciones que se encontraban en los principios generales del derecho, en nuestra Constitución Nacional y en nuestro ordenamiento jurídico positivo; 6) que para la ley argentina se es persona desde la concepción (art. 70, cód. civil); 7) que también el concebido fuera del seno materno debía ser considerado persona para el derecho, lo cual se imponía como una interpretación humanista y finalista superadora de una antinomia que sería manifiestamente discriminatoria; 8) que esta interpretación era reafirmada por normas posteriores al Código Civil como las leyes 23.264 (art. 264) y 26.061 (arts. 1º y 8º), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 4.1) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 1º), y por la CS que había afirmado la existencia del ser humano en estado embrionario a partir de la fecundación (*Portal de Belén*).

Con encomiable simpleza y solvencia jurídica este fallo ilumina a los protagonistas principales de estas historias conflictuadas a partir de desavenencias conyugales. Pone a cada quien en el lugar que le corresponde al tiempo que impone asumir las responsabilidades derivadas de los propios actos.

II

Análisis propuesto

A partir de esta ejemplificadora decisión proponemos identificar, analizar y conceptualizar aquellas cuestiones claves en la dilucidación de estos conflictos, para luego referir el estado de la materia reseñando destacados antecedentes judiciales extranjeros y la reglamentación europea sobre crioconservación embrionaria.

III

Identificación, análisis y conceptualización

de las cuestiones claves

La solución a la disputa centrada en el destino de los embriones crioconservados se halla inescindiblemente unida a la determinación de la naturaleza jurídica del embrión, enraizada en el estatuto biológico y antropológico. Ese será entonces el punto de partida.

Luego, será necesario explicar el procedimiento de fecundación *in vitro* y la práctica de crioconservación embrionaria a efectos de establecer si existe alguna diferencia ontológica que pueda justificar un disímil trato jurídico entre el embrión crioconservado antes de su transferencia al útero y el concebido naturalmente.

Finalmente, habrá que delimitar el proceso de procreación con el afán de precisar el momento en que los progenitores realizan el acto procreativo para sopesar los supuestos derechos a procrear y a evitar la procreación.

Anticipamos que la justicia de la decisión que ha impulsado este análisis se centra en que todas estas cuestiones fueron acertadamente planteadas y admirablemente resueltas en justicia.

A) Naturaleza jurídica del embrión

1) Estatuto biológico

El embrión y el feto humano pasan por diversas fases de desarrollo(4). Se suelen distinguir cuatro etapas que a partir de la fecundación marcan los diferentes momentos del desarrollo humano antes del nacimiento: 1) fecundación-cigoto; 2) cigoto-mórula-blastocito-anidación, 3) anidación-feto, y 4) feto-nacimiento(5).

Entre millones de espermatozoides depositados en el tracto genital femenino, sólo 300 a 500 llegan a la parte superior de las trompas de Falopio donde se produce la -fecundación, requiriéndose tan sólo uno para que la fecundación ocurra. Cuando la cabeza del espermatozoide fecundante contacta la superficie del ovocito, la permeabilidad de la zona pelúcida se modifica originando la liberación de enzimas que impiden que otros espermatozoides lo penetren(6).

La fecundación del óvulo origina el cigoto o célula huevo (unicelular). El espermatozoide avanza hasta quedar muy próximo al pronúcleo femenino, el núcleo se hincha y se forma el pronúcleo masculino, al tiempo que la cola se desprende y degenera. Los pronúcleos masculino y femenino (haploides) deben replicar su ADN(7).

En el período de tiempo posterior a la fecundación se producen las diferentes divisiones y segmentaciones celulares(8). La primera segmentación tiene lugar, aproximadamente, treinta y seis horas después de la fecundación, cuando el cigoto se divide en dos células llamadas blastómeros. Alrededor de sesenta horas después de la fecundación, estas células se segmentan de nuevo para formar cuatro blastómeros(9). A las setenta y dos horas se produce una nueva división formando un organismo de ocho células. A medida que avanza este proceso, los blastómeros se hacen cada vez más pequeños(10). En la fase de ocho células, los blastómeros siguen sin estar especializados y pueden describirse como totipotenciales(11).

Cuando de nuevo las células se dividen en dieciséis blastómeros, el embrión pasa al estado de mórula. Tres o cuatro días después de la fecundación la mórula deja las trompas de Falopio y avanza hacia la cavidad uterina(12). A la semana de haberse producido la fecundación, la mórula entra en la cavidad del útero, se transforma y el embrión pasa al estadio de blastocito(13).

Cuando las células, que continúan dividiéndose, alcanzan un número aproximado de cien aparece en el centro de la mórula una cavidad central llamada blastocele. El blastocito está compuesto de dos clases de células. Una capa externa de células conocida como trofoblasto rodea una masa celular interna de alrededor de treinta células. El trofoblasto desempeña un papel importante en el momento de la implantación en la pared uterina. Si bien no producirá estructuras propias del embrión, originará el corión (porción embrionaria de la placenta) que forma la pared del saco coriónico dentro del cual se encuentra el embrión, el amnios y el saco vitelino suspendido del tronco de conexión que eventualmente dará origen al cordón umbilical. Una vez que se produce la implantación, las células del trofoblasto rápidamente se distinguen para formar la placenta. Las células interiores permanecen indiferenciadas y se clasifican como pluripotentes(14).

La implantación se inicia al término de la primera semana de desarrollo acabando hacia finales de la segunda semana(15).

Durante el período que sigue a la implantación, en el estadio de gástrula (del 15^o al 18^o día), las células de la masa celular interna se segmentan para formar el disco embrionario. Éste da origen a tres capas germinales: el ectodermo, el mesodermo y el endodermo(16). Lo primero que ocurre en el estadio de gástrula es la formación de la línea primitiva que se observa primero como un engrosamiento y después como una condensación(17).

En el proceso de gastrulación, el ectodermo da lugar al tejido de la placa neural que posteriormente

se repliega para originar la cuerda espinal y el cerebro. Por otra parte, el endodermo es el origen de las cubiertas epiteliales de las vías respiratorias y del tracto gastrointestinal, incluyendo las glándulas que se abren al tracto gastrointestinal y las células glandulares de los órganos asociados tales como el hígado y el páncreas. Por último, el mesodermo da origen al músculo liso, tejido conectivo y vasos asociados con tejidos y órganos. El mesodermo también forma la mayor parte del sistema cardiovascular y es el origen de la formación de las células sanguíneas y la médula ósea, el esqueleto, el músculo estriado y los órganos reproductores y excretorios(18).

El genoma del embrión humano se activa muy temprano en el desarrollo y se producen proteínas que son importantes en la segmentación. Si bien la transcripción del genoma embrionario parece más importante a partir del estadio de ocho células, se ha detectado que se produce síntesis de ARN a partir del estadio de pronúcleos (cigoto). Así, se ha observado la expresión del gen denominado SRY (*factor determinante del testículo*) en embriones humanos fecundados *in vitro* a partir del estadio unicelular (cigoto), al tiempo que se ha demostrado que existen otros genes que se expresan a partir del mismo estadio(19).

El término “embrión” denomina a la realidad biológica originada a partir del momento de la fecundación que atraviesa toda esta serie de fases del desarrollo que culminan cuando ha completado su organogénesis primaria, momento a partir del cual recibe el nombre de feto.

2) Estatuto antropológico y jurídico

La categoría moral del embrión humano ha sido objeto de mucha polémica y debate académico. Existe todo un abanico de diferentes posturas al respecto que reseñaremos a continuación.

a) Teoría de la personalidad

En un extremo del abanico se encuentra la posición que afirma que el embrión humano es persona desde el mismo momento de la concepción reconociéndole, en consecuencia, idéntico estatus moral al de un ser humano adulto.

Ya hemos demostrado que nuestra existencia corporal debe remontarse biológicamente al momento de la fecundación.

Pero el hombre, precisamente por ser persona, trasciende el propio cuerpo y la vida biológica de un organismo. Ese estatus de persona, si bien no es constatable mediante los métodos de las ciencias empíricas porque pertenece al ámbito de la filosofía debe, sin embargo, estar basado sobre datos empíricos(20).

Los datos de la ciencia biológica que permiten reconocer una presencia personal en el embrión humano desde el momento de la concepción surgen de los conocimientos científicos sobre el embrión desde su fase unicelular que nos permiten tener la certeza de que se trata de un nuevo ser humano, diverso y distinto de sus padres(21), que es un sujeto irreplicable de la especie humana, caracterizado por una específica individualidad que, conservando siempre su identidad, prosigue su propio ciclo vital (supuestas todas las condiciones necesarias y suficientes) bajo el control autónomo del sujeto mismo que se autoconstruye en un proceso altamente coordinado dictándose a sí mismo las direcciones de crecimiento según el programa de ejecución inscrito en su propio genoma(22).

“El neo-concebido humano mantiene en cada fase evolutiva la unidad ontológica con la fase precedente, sin solución de continuidad, sin saltos de cualidad y de naturaleza. Su desarrollo manifiesta, desde su inicio, el finalismo intrínseco de la naturaleza humana: la gradualidad del proceso biológico está orientada teleológicamente, según una finalidad ya presente en el cigoto. No

se da un estadio de su desarrollo cualitativamente diverso o separado del proceso global iniciado en el momento de la concepción. Por ello, desde este momento nos encontramos siempre ante el mismísimo ser humano”(23).

Mientras que con el término “hombre” se hace referencia a la naturaleza humana universal, con el término “persona” se indica el singular ser humano en su concreta realidad individual. Al concepto de persona está intrínsecamente asociado el hecho de tener una dignidad particular que debe ser respetada(24).

Precisamente, la razón propia y específica del respeto debido a todo ser humano no es la naturaleza humana común de la que participa sino su ser propiamente persona única e irrepetible. Si el ser humano no fuera más que la realización sustituible de una naturaleza específica sería entonces un simple ejemplar de una especie y su destrucción no sería moralmente objetable, pues su perfección podría encontrarse en otro ser humano. La naturaleza y la especie valdrían más que el individuo, quien se encontraría subordinado a aquellas y podría ser por ellas sacrificado(25).

La razón de la dignidad singular y eminente de la persona humana no es simplemente su naturaleza racional, sino su modo de existir en cuanto incomunicable. A pesar de existir y de haber existido en el curso de la historia innumerables hombres, toda persona existe como si fuese única. Es un todo concretísimo en el que está ciertamente incluida la naturaleza de la especie con todas sus características, a la vez que su existencia la trasciende(26).

El ser humano es más que el propio patrimonio genético y su unicidad e irrepetibilidad no están fundadas sólo sobre la unicidad de la identidad genética, como lo demuestra el caso de los gemelos monocigóticos idénticos, los cuales, a pesar de tener el mismo patrimonio genético, no son la repetición del mismo ser(27).

El valor intrínseco de la vida humana desde su inicio implica su propia inviolabilidad. El respeto debido a la persona exige la prohibición de toda intervención que suprima la vida o hiera su integridad física o psíquica. No es lícito intervenir obstaculizando, disminuyendo o alterando la identidad, el equilibrio y el desarrollo del embrión. El respeto de su dignidad personal excluye la posibilidad de que otros sujetos sean árbitros de la decisión si él merece vivir o morir(28).

En Estados Unidos, si bien los embriones no son considerados personas bajo la ley federal(29), varios estados han aprobado estatutos que expresa o implícitamente caracterizan legalmente al embrión como persona. Louisiana, por ejemplo, inequívocamente establece que un embrión es una persona que puede ser representada en los procesos legales(30). Missouri tiene un estatuto que define a la concepción como el inicio de la vida(31). Texas tiene estatutos criminales y civiles que definen a la persona incluyendo al niño no nacido en cada etapa del desarrollo gestacional desde la fecundación hasta el nacimiento(32). Georgia, por su parte, fue el primer estado en aprobar la adopción legal de embriones, lo cual supone reconocer el carácter de persona del embrión(33).

b) Teoría de la humanidad no personal

En realidad, el criterio de humanidad es simple y parte del razonamiento que establece que si uno es concebido por padres humanos, será humano(34).

El problema es que a partir de allí se propone separar “ser humano” y “persona” para postular que no todos los seres humanos son personas. La vida de los embriones sería vida biológica humana pero no vida personal humana, pues se condiciona la atribución del estatuto de persona a la posibilidad de reconocer en el organismo vital humano algunas propiedades de la vida personal tales como autoconciencia, autonomía, capacidad de recordar y proyectar, de establecer uniones, de entrar en relaciones comunicativas.

La identificación de la dimensión personal con una cualidad biológica o funcional accidental del ser humano es consecuencia de la adopción de una perspectiva cognoscitiva empírico sensista, para la cual existe sólo el hecho constatable mediante la ciencia biológica. Una antropología adecuada desenmascara la falsedad de estos reduccionismos. La personalidad no es el resultado de un desarrollo, sino la estructura intrínseca característica que permite el mismo desarrollo. La pertenencia biológica a la especie humana debe ser el único criterio para ser persona(35).

c) Teoría de la potencialidad

Diferenciamos aquí según se aplique la potencialidad a la persona respecto de un embrión al que se le reconoce como ser humano, o bien a la humanidad misma.

Algunos rechazan la idea de que los embriones humanos puedan ser considerados seres humanos acreedores del reconocimiento de todos los derechos derivados de la personalidad, postulando que debería reconocérseles el potencial para llegar a ser uno o más individuos diferentes y un consecuente estatus legal especial, mas no la totalidad de derechos reconocidos a la persona(36).

En consecuencia, dado su potencial para llegar a ser una persona, de ahí derivaría que merezca un especial respeto y protección.

La vida humana de los embriones sería sólo potencialmente personal, lo cual es incorrecto pues las personas son siempre en acto.

Otros sostienen que el argumento de la potencialidad le asigna derechos legales al embrión sobre la base de que tiene el potencial para desarrollar como ser humano. Esta posición admite la indeterminación del momento exacto de inicio de la vida, ya que el embrión merecería derechos porque tendría el potencial para la vida humana. Pero -falla en reconciliar la diferencia entre lo que es y lo que podría ser porque que pudiera llegar a ser humano no justifica que cuando todavía no lo es se lo trate como si lo fuera(37).

Consecuente con ello se ha llegado a sostener que el embrión sería una entidad viva merecedora de algún respeto, pero no en el mismo nivel de protección que las personas humanas, concluyendo que debería reconocérsele un especial respeto y protección por su potencial para desarrollar hacia ser humano(38) y el significado simbólico que tendría.

Esta posición es consistente con la asumida por el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva que manifestara que el embrión era merecedor de un respeto especial y que debería acordársele un elevado estado moral en comparación con otros tejidos humanos por su potencial de ser una persona, no obstante que no debería ser tratado como una persona porque aún no ha desarrollado las características de la personalidad, no se ha establecido como individualidad y podría no llegar a realizar nunca su potencial biológico(39).

Ahora bien, así como el principio de la potencialidad ha servido para que se le reconocieran algunos derechos al embrión, también ha sido utilizado para atribuirle un valor meramente determinable que, con sustento en las altas tasas de abortos espontáneos en los primeros estadios del desarrollo embrionario, se esgrimió como justificativo de la venta de embriones, su uso para la investigación y hasta su destrucción. Con estos alcances, el Reporte Warnock postulaba que los embriones humanos obtenidos de la fecundación *in vitro* no tenían el potencial para desarrollar como humanos simplemente por ocupar una placa de Petri(40).

d) Teoría de la adquisición gradual de la personalidad

Desde otra perspectiva se sostiene que el embrión va adquiriendo categoría moral a medida que

avanza la gestación, reconociendo una categoría moral especial que no llega a ser la misma que se otorga a los seres humanos(41).

Los que mantienen esta postura se oponen a la compraventa de embriones y a la creación de embriones exclusivamente con fines de experimentación.

Esta postura ha influido en la aprobación de plazos legales que limitan la investigación con embriones reflejando la idea de la adquisición gradual de personalidad según determinados cambios fisiológicos: 14 días, aparición de la línea primitiva; 18 días, comienzo del desarrollo del tubo neural; 22 días, comienzo del latido del corazón del feto.

Este razonamiento es criticado porque claramente se advierte que la adopción de un plazo determinado está dirigida principalmente por preocupaciones instrumentales y acuerdos políticos y no por algún dato empírico o característica moral particular del embrión(42).

e) Teoría de la propiedad

En el otro extremo del abanico se encuentra la postura que sostiene que el embrión humano no tiene una categoría moral específica y debería ser tratado como un producto del cual sus progenitores serían propietarios. Esta consideración le otorga a la pareja una libertad absoluta de disposición sobre el embrión pudiendo decidir sin restricciones sobre el destino que le darán. Raramente se expresa en un marco normativo, a pesar de que algunas decisiones judiciales sobre la situación de los embriones remanentes crioconservados se han valido de esta teoría para resolver los conflictos planteados frente al desacuerdo de los progenitores sobre su destino(43).

En un infructuoso intento por atenuar los alcances de este criterio se ha sostenido que categorizar a los embriones como propiedad no significa que puedan ser tratados en todos los aspectos como cualquier otra propiedad, sino que el uso del término tiende a designar quiénes se encuentran facultados para decidir entre las opciones legales disponibles, esto es, creación, crioconservación, descarte, donación, uso en investigación, transferencia a un útero(44). Entonces, si el embrión concebido *in vitro* constituye una propiedad de la pareja que contribuyó el material genético para crearlo, de allí que se siga que esa pareja debería tener el poder de decisión sobre su destino.

En New York, Texas y algunos otros estados, como veremos en detalle más adelante, los tribunales han determinado la custodia de embriones en procesos de divorcio aplicando el derecho contractual en lugar del derecho de familia, priorizando la intención de las partes al momento de determinar la disposición de los embriones e implicando su consideración como propiedad transferible contractualmente(45).

En Virginia, por ejemplo, un tribunal debió determinar si una pareja podía requerir a la clínica de fertilidad, donde había iniciado el proceso de fecundación *in vitro* y tenía embriones crioconservados, que transfiriera los embriones a una clínica en otro estado(46). El tribunal caracterizó la relación entre los progenitores de los embriones y la clínica de fertilidad donde estaban criopreservados como una relación entre depositante y depositario, asumiendo implícitamente que los embriones eran propiedad de los progenitores y objeto del contrato de depósito(47).

B) Fecundación *in vitro*

El proceso de fecundación *in vitro* (FIV) supone la conclusión del proceso de fecundación en placas de Petri en lugar de *in utero* y conlleva la administración de hormonas de estimulación ovárica a la mujer para producir folículos que contienen múltiples óvulos listos para madurar, permitiendo que un elevado número de ovocitos pueda recuperarse de cada ciclo de tratamiento.

Antes de la ovulación, estos ovocitos se extraen quirúrgicamente de la mujer a través de dos o tres pequeñas incisiones en el abdomen por las que se inserta el laparoscopio y la aguja hueca que se utiliza para recuperar los óvulos.

Luego, el esperma, obtenido de la pareja o de un donante, se introduce en las placas de Petri que contienen medio de cultivo y un ovocito. Si se produce la fecundación, los embriones tienen la facultad de segmentarse durante unos tres días, hasta que desde la fase de dos células alcanzan la fase de ocho células. En ese momento, son inmediatamente transferidos al útero, descartados, utilizados con fines de experimentación o criopreservados para una futura utilización(48).

Sin lugar a dudas, la conveniencia técnica ha movido a desvalorizar los criterios y conocimientos biológicos y antropológicos en busca de un camino facilitador de estos procedimientos.

Por otra parte, no se puede negar que todo el desarrollo de la fecundación interna, así como la importancia evolutiva del pasaje del huevo por las trompas, han sido lamentablemente ignorados al momento de iniciar la fertilización *in vitro*, desconociéndose cuáles serán las consecuencias de alterar esos procesos evolutivos(49).

C) *Criopreservación embrionaria*

La criopreservación describe el proceso utilizado para congelar embriones. Normalmente se realiza sobre embriones que no han sido transferidos al útero durante el ciclo de tratamiento de FIV. Este excedente de embriones se congela en nitrógeno líquido a menos 196 grados centígrados.

Su propósito es que la mujer que se somete a un tratamiento de fertilidad pueda evitar las "molestias" económicas, físicas y emocionales que supone el proceso de recuperación del ovocito.

Los porcentajes de embarazos después de utilizar embriones criopreservados son significativamente más bajos que en los ciclos de tratamiento que emplean embriones "frescos". En Estados Unidos durante 1997 el porcentaje de nacimientos vivos en los ciclos que utilizaron embriones congelados fue del 18,6%, en tanto que cuando se transfirieron embriones "frescos" el porcentaje fue del 29,7%(50).

Los primeros nacimientos vivos de embriones criopreservados fueron reportados en Australia en 1984 y en Estados Unidos en 1986(51). En 1996 una organización británica conocida como la Human Fertilization and Embryology Authority (HFEA) estimaba que en el Reino Unido había un total de 52.000 embriones criopreservados(52). En el año 2000 había 71.176 en Australia y Nueva Zelanda(53).

Según un estudio realizado por la Sociedad Americana de Salud Reproductiva en el año 2003 la cantidad de embriones criopreservados en las clínicas de fertilidad de Estados Unidos ascendía a 400.000(54), en tanto que los últimos informes estimaron en 500.000 la cantidad de embriones criopreservados actualmente(55).

La criopreservación embrionaria, además del cuestionamiento moral y jurídico del que es tributaria en virtud del reconocimiento de la existencia personal del embrión, ha conllevado la necesidad de resolver los conflictos originados entre los progenitores sobre el destino de los embriones excedentes, entre cuyas posibles alternativas se encuentra la transferencia al útero de la mujer para intentar un embarazo, la donación a otra pareja infértil, la donación para su utilización en la investigación científica, la criopreservación por tiempo indefinido o su destrucción(56).

Con el fin de resolver estos dilemas, han surgido diversas posturas. La primera presenta un enfoque contractual según el cual la disposición del embrión se registrará según los términos de los

acuerdos redactados originariamente por los progenitores. La segunda postula el favorecimiento del cónyuge que pretenda utilizar el embrión(57). La tercera propone la destrucción de los embriones en el caso de que los progenitores no puedan ponerse de acuerdo respecto a su disposición(58). La cuarta introduce el planteamiento de los derechos inalienables a los conflictos de disposición exigiendo el consentimiento mutuo de los progenitores para cualquier opción de disposición, debiendo respetarse cualquier objeción por parte de alguno de los cónyuges(59). La última prioriza el mejor interés del niño en estado embrionario resguardando su derecho a la vida e imponiendo al progenitor renuente la responsabilidad por sus propios actos procreativos(60).

Algunos países han elaborado normas legislativas que restringen una o más de estas opciones. Alemania, Austria e Irlanda, por ejemplo, no permiten la investigación con embriones, en tanto que muchos otros países ponen limitaciones temporales a la crioconservación(61).

D) Estatuto del embrión concebido in vitro antes de ser transferido al útero

Determinada la naturaleza jurídica del embrión humano, resta todavía establecer si aquél concebido *in vitro* antes de su transferencia al útero participa de la misma naturaleza que el concebido naturalmente.

Si bien la respuesta afirmativa es bastante obvia, se ha originado un debate centrado en esta cuestión y la protección que en consecuencia correspondería garantizarle al embrión concebido *in vitro*(62), señalándose que antes de ser transferido al útero no estaría aún en vías de nacer, requiriendo todavía de significativa intervención especializada que lo provea de la potencialidad para nacer.

Sobre esta base se genera, en una segunda instancia, un nuevo debate en torno a la disposición de los embriones crioconservados con aristas muy diferentes según sean considerados personas en estado embrionario u objetos susceptibles de propiedad.

Lo cierto es que para el procedimiento de fecundación *in vitro* y la crioconservación embrionaria conviene a los efectos técnicos un embrión despersonalizado susceptible de disposición por parte de sus progenitores.

Entonces, siendo categorizado como objeto de propiedad, los padres aportantes de los gametos que crearon al embrión serían sus titulares y podrían determinar y controlar el destino de los embriones en la forma que lo desearan. La discusión se define en el ámbito del derecho contractual en el que predomina el principio de la autonomía de la voluntad.

En cambio, cuando se sostiene que el término propiedad es inapropiado para referirse a un ser humano completo, resultando irreal atribuir la titularidad de ese derecho a una persona sobre otro ser humano, el conflicto se encuadra en el derecho de familia, resurgiendo el principio rector del mejor interés del menor. Los intereses de los progenitores pasan, entonces, a un segundo plano frente a los derechos de los niños en estado embrionario.

E) "Derecho a procrear" - "Derecho a no procrear"

Más allá del cuestionamiento que podría hacerse al reconocimiento de un supuesto derecho a procrear y su contracara, a no procrear o evitar la procreación, resalta con obviedad que cuando el pleito se genera y el razonamiento judicial se estructura basándose en la contraposición de estos supuestos derechos, la observancia de los derechos de una parte conlleva la vulneración de los derechos de la parte contraria generándose en el juzgador la necesidad de balancear intereses para determinar si se trata de derechos de igual jerarquía o si unos deberían considerarse superiores a los otros.

Hay quienes sostienen que sólo habría un derecho moral negativo a tener hijos de donde se derivaría que nadie podría interferir en esfuerzos procreativos. Las parejas no tendrían un derecho moral positivo a tener hijos, por lo cual, cuando no los tuvieran, no serían titulares de un derecho positivo a ser asistidas en la procreación ni el Estado tendría la obligación de proveerles esos servicios.

Por otro lado, se ha postulado que el derecho a procrear sería superior al derecho a evitar la procreación, llegándose a sostener que este último no existiría en el contexto de la fecundación *in vitro*(63).

Veamos. Procrear refiere al proceso de procreación que se inicia con la generación de un nuevo ser humano a partir de la unión de un óvulo y un espermatozoide, gametos femenino y masculino, respectivamente, de cuyos aportantes se dice ser progenitores o procreadores del concebido, y que culmina con el parto o nacimiento. Por tanto, podemos afirmar que el proceso de procreación comprende tres momentos clave: fecundación, embarazo y parto.

Tal es así entonces que cuando alguno de los progenitores pretende evitar el embarazo mientras los embriones se encuentran crioconservados, no puede válidamente invocar un supuesto derecho a no procrear si voluntariamente ha iniciado el proceso de procreación generador de tales embriones. En otras palabras, si ha aportado su gameto para fecundar con intención, discernimiento y libertad, no ha hecho más que ejercer ese supuesto derecho a procrear resultando, en consecuencia, jurídicamente inadmisibles, en virtud del principio de los actos propios, que pretenda luego detener u obstaculizar la procreación por él iniciada, invocando un supuesto derecho a no procrear cuyo efecto, en realidad, sería interrumpir un proceso concreto de procreación que jamás se habría generado si no lo hubiera consentido.

Así las cosas, y conforme el planteo que en estos casos se propone, el balance de intereses claramente se inclina en desmedro de aquel que desea interrumpir la procreación, que jamás se habría iniciado si no hubiera ya pro-creado.

Mientras diferentes argumentos se postulan en favor de los derechos de la parte que desea evitar la procreación mediante el uso de embriones no transferidos proponiendo su prevalencia, se sugiere como excepción el supuesto de que no existiera para la otra parte posibilidad alguna de tener un hijo genético por otros medios(64).

Se ha sugerido incluso que si la parte que se opone al nacimiento quiere evitar la custodia o responsabilidad financiera, un tribunal podría convertir su estatus de padre o madre de embriones crioconservados en donante de gametos sin que le alcancen las obligaciones propias de la parentalidad(65).

Sin embargo, aun cuando uno de los padres pudiera eximir al otro de tales obligaciones, la solución continúa siendo injusta a poco que la cuestión se enfoque desde el interés del niño(66).

Como también resulta evidente, para que la cuestión pueda ser planteada de tal modo y orientada en tal sentido, deviene necesario despersonalizar al embrión no sólo para justificar los procedimientos de fecundación *in vitro* que, sin lugar a dudas, involucran la manipulación de personas en su máximo estado de indefensión sino, además, porque el reconocimiento del carácter de persona impone el resguardo del mejor interés del embrión garantizando su derecho a vivir.

En consecuencia, proponemos que cualquier disputa subsecuente sea resuelta, como en el caso referido en el epígrafe, privilegiando los derechos del niño en estado embrionario, lo que indirectamente importaría pronunciarse a favor de la parte que buscara su nacimiento.

Piénsese que dado que la procreación fue la intención original del tratamiento, la participación voluntaria en el proceso de fecundación *in vitro* debería considerarse una conducta razonable dirigida a la presunción de que ambas partes se han comprometido en la reproducción.

IV

Reseña de destacados antecedentes judiciales -extranjeros

La consideración de los precedentes del Reino Unido, Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) advierte sobre la tendencia en favor de la parte que desea evitar la procreación, reconociendo un supuesto derecho a no procrear y asumiendo su superioridad jerárquica frente al supuesto derecho a procrear.

En medio de este escenario rescatamos un fallo israelí que, aunque sus fundamentos sean cuestionables, resolvió a favor de la continuidad del proceso procreativo, al tiempo que destacamos la claridad y solvencia argumental de la decisión de la sala J de la Cámara Nacional en lo Civil que nos brindara la ocasión para estas líneas.

A) “*Davis vs. Davis*”(67)

Este fue el primer caso en que la justicia norteamericana debió considerar el estatus de los embriones crioconservados en medio de una disputa generada entre sus progenitores sobre el destino que le darían.

Los esposos Mary Sue y Junior Davis habían participado en un tratamiento de fecundación *in vitro* y se divorciaron cuando todavía quedaban siete embriones crioconservados. No había contrato escrito entre las partes y la clínica donde se encontraban los embriones. Mary Sue, si bien inicialmente había solicitado la custodia para transferirlos a su útero, deseaba donarlos a otra pareja infértil, en tanto que el esposo, que no deseaba tener otro hijo, quería que los embriones remanentes fueran destruidos. El tribunal de primera instancia sostuvo que los embriones eran esencialmente niños y otorgó la custodia a Mary Sue para que le fueran transferidos.

La Suprema Corte de Tennessee, empleando términos de uso habitual en los casos de divorcio, entendió que los embriones no eran estrictamente propiedad ni personas, sino que pertenecían a una categoría intermedia que los hacía acreedores de un respeto especial por su potencial de vida humana. Agregó que si bien las partes no tenían un derecho de propiedad sobre los embriones, de todos modos les correspondía el poder de disposición sobre los mismos.

Se estableció que, a efectos de determinar el destino de los embriones, en primer término debía estarse al acuerdo que las partes hubieran suscripto al respecto, el que se presumía válido y exigible. Esta conclusión se derivaba del hecho de que las partes, al ser proveedoras de los gametos que habían originado los embriones en cuestión, se re-servaban el poder de decisión sobre la disposición de los mismos.

Pero la Corte sugirió que el acuerdo podía no ser conclusivo, especialmente si las circunstancias habían cambiado. En ese caso, el contrato inicial podía ser más tarde modificado por un nuevo acuerdo de voluntades. Pero, en caso de ausencia de un nuevo acuerdo, el original debía considerarse vigente.

Ahora bien, como no se había suscripto acuerdo alguno, la Corte valoró los intereses de las partes, esto es, el deseo de Mary Sue de donar los embriones a otra pareja infértil, y el deseo de Junior de que los embriones no fueran gestados. La Corte encontró la respuesta en el derecho constitucional a la privacidad que entendió claramente que evitaba la interferencia estatal indebida en el derecho

a tener hijos. Junior sostuvo que el derecho a la privacidad protegía también el derecho individual a no tener hijos y la Corte interpretó que el derecho a la autonomía procreacional estaba compuesto por dos derechos de igual importancia: el derecho a procrear y el derecho a no procrear.

La Corte entendió que el derecho de Junior Davis a no tener hijos tenía mayor peso que el derecho de Mary Sue a donar los embriones criopreservados. En el balance de intereses se sostuvo que el interés de Mary Sue no era tan importante como el que Junior tenía en evitar la paternidad. En este sentido, la Corte consideró el hecho de que Mary Sue no buscaba que los embriones fueran transferidos a su útero, así como la razonable oportunidad que tenía todavía de tener su propio hijo biológico.

Entonces, como la decisión de no tener hijos estaba constitucionalmente protegida, la Corte resolvió que la clínica debía proceder como habitualmente lo hacía con los embriones criopreservados inutilizados.

Los embriones no fueron transferidos al útero de su madre ni donados a otra pareja infértil.

B) “York vs. Jones”(68)

Los York habían iniciado un tratamiento de fertilidad en Virginia y más tarde se mudaron a California. Cuando solicitaron a la clínica que el embrión criopreservado en Virginia fuera trasladado a otra clínica de fertilidad en Los Ángeles para poder continuar allí con el procedimiento, la clínica de Virginia se negó aduciendo que el embrión tenía que ser transferido al útero de la Sra. York en ese lugar.

El acuerdo que habían suscripto con la clínica de Virginia otorgaba a los York el poder de disposición principal sobre el embrión pero contemplaba sólo tres opciones dispositivas para el caso que no desearan continuar con los intentos por lograr un embarazo en la clínica de origen: 1) donación a otra pareja infértil anónima, 2) donación para investigación o 3) descarte.

En este caso el tribunal debía decidir a quién correspondía el poder de disposición sobre el embrión criopreservado cuando la pareja estaba de acuerdo en el uso que haría del mismo, pero la clínica donde se había iniciado el tratamiento de fecundación *in vitro* se oponía al traslado requerido por los progenitores.

La Corte consideró la relación depositante-depositario existente entre la pareja progenitora y la clínica de fertilidad donde el embrión era criopreservado(69), en virtud de la cual entendió que la clínica tenía la obligación de devolver a los York la disposición del embrión.

Esta decisión es significativa porque los términos empleados por el tribunal importan un reconocimiento explícito de intereses propietarios de la pareja sobre el embrión.

El caso fue decidido a favor de la pareja porque la Corte entendió que el tratamiento médico acordado no establecía que el intento de lograr un embarazo se limitaba a los procedimientos empleados en la clínica de origen.

C) “Kass vs. Kass”(70)

Maureen y Steven Kass habían iniciado un tratamiento de fecundación *in vitro* en virtud del cual resultaron cinco embriones criopreservados sobre cuya disposición y destino no hubo acuerdo entre las partes cuando más tarde se divorciaron.

El formulario de consentimiento informado que habían suscripto inicialmente establecía que los

embriones crioconservados no podían ser descongelados por motivo alguno sin el consentimiento escrito de ambos progenitores, y que para el caso de divorcio la titularidad de los mismos sería resuelta por tribunal competente.

Cuando se divorciaron por mutuo acuerdo convinieron que los cinco embriones crioconservados serían dispuestos en el modo previsto en el formulario de consentimiento informado y que ninguno podría reclamar su custodia.

Un mes después de haber suscripto este acuerdo adicional, Maureen interpuso una acción judicial en New York reclamando la custodia de los embriones pues deseaba que fueran transferidos a su útero, mientras que Steven se opuso argumentando que no deseaba ser padre.

El tribunal de primera instancia resolvió que Maureen tenía derechos absolutos sobre los embriones; la División de Apelaciones de la Suprema Corte de New York revocó esa decisión estableciendo que la resolución debía circunscribirse a los acuerdos previamente suscriptos por las partes; en tanto que la Corte de Apelaciones de New York finalmente determinó que la decisión de la División de Apelaciones debía ser confirmada porque ambas partes habían claramente expresado sus intenciones sobre la disposición de los embriones antes y después del divorcio.

La Corte de Apelaciones de New York basó su decisión en el derecho contractual y en la exigibilidad de los acuerdos de disposición, obviando un análisis constitucional como el que había sustentado la decisión en el caso Davis.

La Corte entendió que el derecho a evitar la procreación superaba el derecho de la mujer a que los embriones crioconservados le fueran transferidos, conforme la interpretación del contrato suscripto en ocasión de iniciarse el tratamiento de fecundación *in vitro*. Igual que en el caso Davis, se sostuvo que el acuerdo entre los progenitores debía prevalecer presumiéndolo válido, obligatorio y exigible ante cualquier disputa que surgiera entre las partes.

Dados los términos de ambos acuerdos, la Corte entendió que la referencia en el formulario de consentimiento sobre la determinación judicial de la titularidad legal no tenía el propósito de permitir a un tribunal decidir la implantación en contra de los deseos de cualquiera de las partes.

Los embriones crioconservados no fueron transferidos al útero de su madre.

D) "A. Z. vs. B. Z."(71)

Se trata de otro caso en el que se consideró la validez del consentimiento suscripto antes del inicio del tratamiento de fecundación *in vitro* y crioconservación de embriones. También aquí era la esposa quien quería que los embriones le fueran transferidos y el esposo quien se oponía a ser padre.

En los consentimientos informados que las partes habían suscripto con la clínica de fertilidad se acordaba la disposición de los embriones sobrantes. Las partes podían elegir en el formulario la alternativa que desearan e incluso podían seleccionar otra que no estuviera listada agregándola en un espacio en blanco previsto a tales efectos.

Cada vez que la mujer se sometía a un procedimiento de extracción de óvulos, el esposo firmaba un formulario de consentimiento que luego la esposa completaba estableciendo que para el caso que los cónyuges se separaran los embriones deberían ser transferidos a su útero.

Después de que se le extrajera el último grupo de óvulos en 1991, la transferencia de embriones en 1992 resultó en el nacimiento de mellizas. La cuestión entonces fue la disposición de los cuatro

embriones remanentes crioconservados.

La Suprema Corte de Massachusetts sostuvo que el consentimiento suscripto por un hombre acordando que, para el caso de separación, su esposa podría usar los embriones crioconservados, no podía ser opuesto años más tarde para requerirle que fuera padre en contra de sus deseos. Si bien la Corte postuló la exigibilidad de los acuerdos suscriptos por la pareja al inicio del tratamiento de fecundación *in vitro*, determinó que cualquiera de las partes podía modificar su voluntad en relación con la disposición de los embriones crioconservados no transferidos y que, si después del divorcio existía desacuerdo sobre la disposición de alguno de ellos, debía prevalecer la voluntad de la parte que se oponía a procrear.

Fueron entonces tres las razones que la Corte invocó para rechazar la obligatoriedad de la previsión contenida en el formulario de consentimiento que indicaba que los embriones debían ser transferidos a la esposa.

Primero, entendió que los formularios de consentimiento tenían la finalidad principal de explicar a los aportantes de gametos los beneficios y riesgos de la crioconservación, plasmar el deseo de los progenitores con relación a la disposición de los embriones crioconservados cuando el formulario fuera ejecutado y que la clínica supiera cómo proceder con los embriones en caso de que la pareja ya no quisiera usarlos conjuntamente. El formulario no expresaba y el expediente no indicaba que el esposo y la esposa pretendían que el formulario de consentimiento actuara como un acuerdo vinculante entre ellos en caso de que más tarde hubiera desacuerdo sobre la disposición de los embriones. Más bien parecía que tendía a regular las relaciones de los progenitores con la clínica.

Segundo, el formulario de consentimiento no contenía una cláusula temporal. La esposa buscaba hacer cumplir este particular acuerdo cuatro años después de que fue firmado por el esposo cuando las circunstancias habían cambiado significativamente y el esposo lo había objetado. En ausencia de cualquier evidencia que acreditara que el progenitor estaba de acuerdo con la vigencia del formulario de consentimiento para regir su conducta, entendió que no era posible asumir que los progenitores habían pretendido que ese formulario rigiera lo concerniente a la disposición de los embriones crioconservados cuatro años después de que fuera suscripto, especialmente a la luz de los cambios fundamentales que había sufrido la pareja (divorcio).

Tercero, como el formulario usaba el término “separados” sin definirlo y en el caso los esposos se habían “divorciado”, dado que a ambos términos les correspondían diferentes significados legales, sostuvo que no era posible concluir que el formulario fuese pensado para regir en tal circunstancia.

Mientras que la Corte encontró que el acuerdo era insuficientemente preciso, abiertamente estableció que tampoco se habría circunscripto a los términos del convenio si éste hubiera sido claro porque compelia a uno de los progenitores a ser padre en contra de su voluntad.

Una vez más, los embriones no fueron transferidos.

E) “*Cahill vs. Cahill*”(72)

En este caso también estaba involucrado un acuerdo y su interpretación. Los cónyuges habían acordado que en caso de disolución matrimonial por sentencia judicial renunciaban al control total y dirección de sus embriones crioconservados en favor de los médicos del departamento de obstetricia y ginecología. El tribunal de primera instancia rechazó el pedido de la esposa de que los embriones le fueran otorgados, sosteniendo que, conforme los términos del contrato, si las partes se divorciaban la propiedad de los embriones volvía a la clínica médica. La Corte de Apelaciones confirmó la sentencia.

Los embriones tampoco fueron transferidos al útero de su madre.

F) "*J. B. vs. M. B.*"(73)

La Sra. I. J. B. y su esposo M. B. habían acordado que en caso de disolución matrimonial decretada judicialmente renunciaban al control total, dirección y propiedad de sus embriones crioconservados a favor del Programa de Fecundación *In Vitro*, salvo que el tribunal especificara quién tendría el control sobre los embriones.

El caso se destaca del resto porque aquí el esposo quería donar los embriones a otra pareja infértil, mientras que la esposa deseaba que fueran descartados.

La Corte observó primero los términos del contrato pero le resultaron ambiguos porque el acuerdo contemplaba la posibilidad de que el tribunal decidiera quién tendría el control sobre los embriones.

Luego explicó que reconocía la importancia y necesidad de que se celebraran acuerdos entre las partes y la clínica cuando se iniciaban los tratamientos de fecundación *in vitro*, agregando que debían supeditarse al derecho de cualquiera de las partes de cambiar su posición respecto a la disposición de los embriones, lo cual podían hacerlo hasta el momento que los embriones crioconservados fueran usados o destruidos.

El principal efecto de esta decisión es que a pesar de cualquier acuerdo firmado por las partes, los embriones crioconservados no podrían ser transferidos a menos que ambos progenitores prestaran el debido consentimiento al tiempo de la transferencia.

La Corte sólo dejó una pequeñísima hendidura a la parte que deseara la transferencia de los embriones al sostener que si hubiera desacuerdo sobre la disposición, porque una parte hubiera reconsiderado su decisión anterior, los intereses de ambas partes deberían ser evaluados, si bien agregó que, en principio, los intereses de la parte que eligiera no ser padre biológico prevalecerían, compartiendo el criterio de que el derecho a no procrear era materialmente más fuerte.

Los embriones no fueron donados a otra pareja infértil.

G) "*Litowitz vs. Litowitz*"(74)

Los Litowitz querían tener un hijo pero la esposa era incapaz de producir óvulos y de llevar adelante un embarazo. Entonces, recurrieron a la donación de óvulos que fueron luego fecundados con el esperma del marido y los embriones resultantes crioconservados. Uno de los embriones fue transferido a una madre subrogada dando a luz al primer hijo del matrimonio. Los dos embriones restantes se encontraban crioconservados cuando las partes se divorciaron.

El contrato que el matrimonio había suscripto con la donante de los óvulos estipulaba que todos los óvulos producidos por la donante de conformidad con el acuerdo serían considerados de propiedad de los pretensos padres quienes tendrían el derecho exclusivo de determinar la disposición de los referidos óvulos. En ningún caso los pretensos padres podrían permitir a un tercero el uso de esos óvulos sin el permiso expreso y escrito de la donante.

Por su parte, el contrato que habían firmado con la clínica médica requería que las partes manifestaran su intención para el caso que sus embriones se mantuvieran en criopreservación por cinco años, salvo que la clínica acordara, ante el requerimiento de las partes, extender su participación por un período de tiempo adicional. De puño y letra las partes manifestaron su intención de que los embriones fueran descongelados impidiendo un mayor desarrollo de los mismos.

El Tribunal Superior del Condado de Pierce expresamente consideró el mejor interés de los embriones crioconservados(75) y otorgó al padre su custodia ordenándole realizar sus mejores esfuerzos para donar los embriones a otro matrimonio.

La Suprema Corte de Washington revocó la decisión(76) basándose, exclusivamente, en los términos del contrato suscrito con la clínica médica. Como el acuerdo establecía que los embriones no tendrían un mayor desarrollo transcurridos cinco años de la preservación, y había pasado más tiempo desde el inicio de la crioconservación hasta el día del divorcio, la Corte sostuvo que según los términos del contrato los embriones no podían ser transferidos. Asimismo, la Corte rechazó el intento de la esposa de hacer valer los derechos que surgían del acuerdo suscrito con la donante de los óvulos porque entendió que sus efectos habían cesado cuando los óvulos fueron fecundados dando origen a los embriones.

Los embriones no pudieron ser donados a otro matrimonio.

H) “*Roman vs. Roman*”(77)

Se trata de un caso texano iniciado después de que Augusta Roman demandara a su ex esposo la disposición de los embriones crioconservados que habían creado juntos cuando estaban casados para transferirlos a su útero y lograr así un embarazo.

El desacuerdo entre las partes comenzó en realidad la noche anterior al día que tenían programada la transferencia de los embriones que habían creado. Como no se ponían de acuerdo sobre la disposición de los tres embriones crioconservados la transferencia nunca se efectivizó y finalmente la pareja se divorció. La disputa sobre esos embriones surgió durante el divorcio no obstante las partes habían suscrito un formulario de consentimiento informado en la clínica de fertilidad estableciendo cómo los embriones serían usados si ellos se divorciaban.

El tribunal de primera instancia de Texas otorgó la custodia de los embriones a Augusta, quien quería usarlos para transferirlos a su útero y lograr un embarazo. Randy apeló la decisión y la Corte de Apelaciones revocó la sentencia recurrida concediendo a Randy los embriones en virtud de la exigibilidad del contrato que las partes habían firmado en la clínica de fertilidad. Se determinó la validez del consentimiento informado suscrito por la pareja especificando que los embriones crioconservados serían desechados en caso de que se divorciaran.

La Corte estableció que la política pública de Texas permitía a los esposos suscribir un acuerdo antes del inicio del tratamiento de fecundación *in vitro* y prever cómo se dispondrían los embriones no transferidos en el caso de que ocurrieran contingencias como el divorcio, la muerte o el cambio de circunstancias.

Augusta planteó un *writ of certiorari* que fue denegado por la Suprema Corte de Justicia en 2008. En la petición del *writ of certiorari* presentó tres cuestiones por resolver: 1) si el derecho fundamental a procrear había sido violado por una orden judicial que denegaba la transferencia de embriones a la madre genética, quien no tenía posibilidad alguna de concebir o dar a luz a su propio hijo biológico por otros medios; 2) si el interés constitucional a la libertad de procrear comprendía un derecho a denegar la transferencia de los embriones a su madre genética, quien deseaba la transferencia; 3) si el derecho fundamental a formar una familia había sido violado por una orden judicial que denegaba la transferencia de los embriones a su madre genética, quien no tenía posibilidad alguna de concebir o dar a luz a su hijo biológico por otros medios.

Cada una de estas cuestiones se refiere directamente a la contraposición de dos supuestos derechos constitucionales: a procrear y a no procrear. Augusta argumentaba que esta era su última posibilidad de tener un hijo biológico dado que a la edad de 46 años difícilmente pudiera completar

exitosamente otro ciclo de fecundación *in vitro*. El ex esposo, por su parte, reveló extrajudicialmente que inmediatamente después del divorcio le había ofrecido a Augusta costearle otro tratamiento de fecundación *in vitro* con el uso de esperma de donante anónimo.

Randy presentó las siguientes cuestiones a la Corte: 1) si podían los futuros padres, mediante la firma de un contrato estándar requerido por la mayoría de las clínicas de fertilidad antes del inicio del proceso de fecundación *in vitro*, renunciar a cualquier derecho constitucional a procrear que les correspondiera para el caso de divorcio; 2) si el derecho a procrear de una mujer que tenía menos de un 1% de chances de lograr tener un hijo usando los embriones crioconservados y que tenía muchas otras opciones para tener un hijo, podía considerarse superior al derecho de un hombre que no quería ser forzado por el Estado ni por su ex esposa a tener un hijo en contra de su voluntad; 3) si la Constitución de los Estados Unidos reconocía un derecho absoluto a procrear que justificara omitir las decisiones de todos los tribunales estatales que habían abordado las disputas sobre embriones crioconservados, además del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 4) si la industria de la fertilización *in vitro* debía ser fundamentalmente afectada considerando inexigibles los acuerdos usados casi universalmente entre las clínicas y los futuros padres con relación a la disposición de los embriones crioconservados. Esta cuestión invocada juntamente con el pretendido derecho constitucional a no procrear suscitaba el interrogante sobre si estas disputas debían ser resueltas en el ámbito del derecho contractual o constitucional.

Randy también sostuvo que su ex esposa había renunciado a su derecho constitucional al firmar el contrato con la clínica que claramente establecía que los embriones serían descartados en el caso de divorcio. Como de acuerdo con la ley norteamericana una persona puede renunciar a sus derechos constitucionales en una corte civil, Randy adujo que al firmar ese acuerdo su ex esposa había perdido todos sus derechos constitucionales a procrear usando esos embriones en particular, si bien conservaba su derecho constitucional a procrear por otros medios.

Los embriones tampoco fueron transferidos al útero de su madre.

1) “Roche vs. Roche”(78)

En 2002, cuando Mary y Thomas Roche estaban casados, iniciaron un tratamiento de fecundación *in vitro* que resultó en la creación de seis embriones, la mitad de los cuales fueron transferidos al útero de Mary y los restantes crioconservados, presumiblemente para ser usados en el futuro. En octubre de ese mismo año la pareja tuvo un hijo por este procedimiento, casi al mismo tiempo que se divorciaron.

En el año 2006, argumentando que los embriones tenían derecho a vivir, Mary demandó a Thomas porque se oponía a que los embriones crioconservados fueran transferidos al útero de su esposa invocando su derecho a no convertirse en padre en contra de sus deseos.

El Alto Tribunal resolvió en favor de Thomas y Mary apeló la decisión ante la Suprema Corte Irlandesa que confirmó la sentencia recurrida.

El Alto Tribunal tuvo que resolver si los embriones crioconservados creados por fecundación *in vitro* estaban comprendidos en el significado del término “nonato” (*unborn*) del art. 40.3.3º, a pesar que había sido aprobado originalmente con el propósito de prohibir el aborto del embrión en el útero, en una época anterior a que el tratamiento de fecundación *in vitro* estuviera disponible en Irlanda.

La resolución preliminar se dirigía a la cuestión del consentimiento informado, específicamente sobre si Thomas Roche había dado su consentimiento para la futura transferencia de alguno de los embriones crioconservados. Mary Roche afirmó que su ex esposo era el padre legal de los embriones crioconservados, habiendo suscripto un contrato en el que asumía toda la

responsabilidad por los resultados de la fecundación *in vitro*. Pero el Sr. Roche argumentó que las circunstancias habían cambiado, que ya no quería tener más niños con su ex esposa y que nunca había firmado un acuerdo sobre la disposición de los embriones crioconservados.

La Corte entendió que el Sr. Roche no había dado su consentimiento, expreso ni tácito, para la utilización de los embriones no transferidos y que cuando inicialmente había dado su consentimiento informado para que los embriones fueran transferidos se refería a los embriones “frescos” y no a los crioconservados cuyo propósito era usarlos sólo si la primera transferencia de embriones “frescos” fallaba.

Una vez más, los embriones no fueron transferidos al útero de su madre.

J) “*Nachmani vs. Nachmani*”(79)

En este caso israelí se reconoció el derecho de una mujer que no podía tener hijos biológicos de otra manera a continuar con el tratamiento de fecundación *in vitro* después de que el ex esposo, como consecuencia del divorcio, revocara el consentimiento al uso de los embriones.

El matrimonio Nachmani había iniciado un tratamiento de fecundación *in vitro* con la intención de que los embriones creados fueran transferidos a una madre subrogada con quien habían firmado un acuerdo por el que se regulaba la disposición de los embriones en caso de separación.

El tribunal del distrito resolvió a favor de la esposa, argumentando que el marido no podía revocar su consentimiento al uso de los embriones, del mismo modo que tampoco lo podía hacer un hombre que hubiera de ser padre por medios naturales.

Por el contrario, en su primera decisión, el Tribunal Supremo israelí resolvió en beneficio del derecho fundamental del hombre a no ser padre. No obstante, en la revisión del caso el tribunal volvió a pronunciarse a favor de la esposa, para lo que tuvo en cuenta la ausencia de alternativas para tener un hijo biológico.

K) “*Evans vs. Johnston HFEA et al.*”(80)

Con este caso se planteó en el Reino Unido por primera vez la cuestión de quién debía decidir el destino de los embriones crioconservados cuando se generaba una disputa entre sus progenitores(81). Fue también el primer caso sobre fecundación *in vitro* que debió resolver el TEDH.

En el año 2001, Natallie Evans y su novio, Howard Johnston, recurrieron a un procedimiento de fecundación *in vitro* para criopreservar los embriones creados con sus gametos antes de que Natallie se sometiera a un tratamiento urgente contra el cáncer que incluía la remoción de sus ovarios. La relación entre Evans y Johnston eventualmente terminó y éste revocó su consentimiento para que continuara la crioconservación de los embriones. Natallie se opuso a la destrucción de los embriones embarcándose en una batalla legal que culminó ante el TEDH donde además de perder su caso, perdió la única chance de tener su propio hijo biológico.

Natallie solicitó una orden de los tribunales ingleses compeliendo a Howard a restablecer su consentimiento. Reclamó que el Sr. Johnston no podía variar o revocar su consentimiento para el uso de los embriones, que los embriones podían ser conservados por lo que restara del período de diez años, que legalmente los embriones le podían ser transferidos durante el período de conservación, que las normas invocadas de la HFE Act 1990(82) eran violatorias de los arts. 8º, 12 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), y que los embriones tenían derecho a la protección de los arts. 2º y 8º de la CEDH(83).

Según la ley inglesa (HFE Act 1990), un embrión no puede ser transferido al útero de una mujer sin el consentimiento de ambos progenitores, es decir, de las personas que aportaron los gametos a partir de los cuales se creó ese embrión. Ese consentimiento puede ser revocado por cualquiera de ellos en cualquier momento antes del procedimiento de transferencia del embrión. La revocación del consentimiento por uno de los progenitores puede resultar en la pérdida del otro de su oportunidad de tener un hijo biológico propio(84).

Los tribunales ingleses rechazaron el argumento de Natallie de que no debería permitírsele a su pareja revocar su consentimiento previo para la creación, conservación y uso de los embriones. La Corte destacó que bajo la HFE Act 1990, el consentimiento de ambos progenitores era requerido en cada etapa del procedimiento de fecundación *in vitro*, incluida la transferencia de los embriones.

La Corte de Apelaciones rechazó el recurso interpuesto por Natallie aduciendo que las partes sólo habían prestado consentimiento para usar los embriones en un tratamiento conjunto y que como la pareja se había separado el consentimiento informado prestado por Howard al principio del tratamiento de fecundación *in vitro* ya no era considerado válido. La Corte puso de relieve que Howard tenía un derecho incondicional a revocar o cambiar su consentimiento para la continuidad de la crioconservación y la transferencia, y estableció que los embriones no transferidos no tenían un derecho cualificado a la vida conforme el art. 2º de la CEDH. Si bien la Corte de Apelaciones determinó que la oposición al tratamiento era una interferencia al derecho al respeto a la vida privada de Natallie (art. 8º de la CEDH) entendió, sin embargo, que esta interferencia era proporcional a la necesidad que la legitimaba, sin reconocer que era ésta la única oportunidad de Natallie de tener un hijo biológico.

Luego de agotar todas las instancias judiciales en el Reino Unido, Natallie recurrió ante el TEDH argumentando que las sentencias desestimatorias de los tribunales nacionales habían vulnerado el derecho a la vida, al respeto a la vida privada y familiar, y la prohibición de discriminación, reconocidos en los arts. 2º, 8º y 14 del CEDH(85).

El TEDH analizó uno a uno el contenido de los artículos invocados y concluyó que la posibilidad de revocar el consentimiento prestado inicialmente a la fecundación no los vulneraba, por lo que desestimó el recurso por cinco votos contra dos. La sentencia de la Sec. 4ª del TEDH fue objeto de nuevo recurso por Natallie Evans, para ser resuelto por la Gran Sala.

Según Natallie, la posibilidad otorgada por la ley inglesa de revocar el consentimiento a la utilización de los embriones violaba el derecho a la vida, conforme la norma del art. 2.1 del CEDH(86).

El TEDH, aludiendo al precedente “Vo vs. France” (8-7-04), afirmó que en ausencia de consenso europeo sobre la definición legal y científica del inicio de la vida, la cuestión se encontraba dentro del margen de apreciación de cada Estado. Entendió que a pesar de que el embrión y el feto pertenecían a la especie humana y merecían protección, ello no los convertía en personas con un derecho a la vida en los términos del art. 2º.

Como consecuencia de la operación de extirpación de ovarios a la que se había sometido Natallie, estos embriones representaban su única oportunidad de tener un hijo biológico. Bajo este argumento consideró que las decisiones de los tribunales ingleses vulneraban su derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido por el art. 8º del CEDH(87) (derecho a constituir una familia).

El Tribunal se planteó si el respeto a la vida privada conllevaba una obligación positiva por parte del Estado de asegurar la transferencia de los embriones a la mujer que había iniciado un tratamiento de fecundación *in vitro*, a pesar de la revocación del consentimiento a la utilización de los

embriones por parte del otro progenitor. Entendió que la referencia del art. 8º a la vida privada comprendía tanto la decisión de ser padre o madre como la de no serlo. Si bien reconoció que no había consenso internacional en relación al momento en que una de las partes podía revocar el consentimiento en los tratamientos de fecundación *in vitro*(88), sostuvo que la finalidad de la HFE Act 1990 era asegurar que el consentimiento se mantuviera desde los inicios del tratamiento hasta el momento de la transferencia de los embriones al útero de la mujer. De tal modo, destacó el papel decisivo que la ley inglesa otorgaba al consentimiento continuado y bilateral hasta la transferencia de los embriones al útero de la mujer. En consecuencia, el TEDH consideró que el Reino Unido no había superado el margen de apreciación que otorgaba el art. 8.2, por lo que no apreciaba violación de la CEDH.

Si bien algunos reconocen que el compromiso de la mujer en el embarazo, el parto y el proceso de fecundación *in vitro* es mayor al del hombre, no deriva de ello una razón suficiente para elevar los derechos de la mujer por encima de los del hombre (en relación con el art. 8º, CEDH)(89).

Natallie sostuvo finalmente que el hecho de que una mujer sometida a fecundación *in vitro* dependiera de la voluntad de la parte que aportaba el esperma infringía el art. 14 de la CEDH(90), en relación con las mujeres que podían procrear naturalmente, a quienes les estaba permitido escoger con total libertad el destino que quisieran reservar a sus embriones. Por su parte, para el Gobierno inglés no existía discriminación, ya que la diferencia de trato contenida en la HFE Act 1990 en relación con las mujeres que recurrían a fecundación *in vitro* estaba justificada por razones objetivas.

Si bien el Tribunal era consciente de que su decisión afectaría la posibilidad de Natallie de tener un hijo biológico, no pareció considerarlo un factor determinante para permitirle el uso de los embriones crioconservados, en tanto que destacó que la imposibilidad de Natallie de anular la revocación del consentimiento del otro progenitor no vulneraba sus derechos humanos.

Los embriones crioconservados no fueron transferidos al útero de su madre.

L) “*Jennifer McLaughlin et al. vs. Edward J. Lambert et al.*”(91)

Se trata de un caso norteamericano muy reciente que resulta interesante a los efectos de este trabajo porque involucra la adopción embrionaria a partir de un conflicto que se generó entre la pareja donante y la adoptante, quienes disputaban la custodia de los embriones crioconservados. A diferencia de los demás casos reseñados, las partes estuvieron de acuerdo en que los embriones eran personas.

En el año 2006 la pareja donante, Edward y Kerry Lambert de California, había realizado un tratamiento de fertilidad. Los embriones creados durante el procedimiento fueron generados con esperma del esposo y óvulos de una donante anónima. Ese mismo año tuvieron un hijo y decidieron donar los cuatro embriones restantes a Patrick y Jennifer McLaughlin de Missouri.

La adopción de los embriones se concretó en febrero de 2008. El Acuerdo de Adopción de Embriones establecía que los cuatro embriones eran niños no nacidos dotados por Dios de características únicas, acreedores de los mismos derechos y protección reconocidos a todos los niños, legal y moralmente; que la adoptante aceptaba la total responsabilidad moral y legal de paternidad de los embriones adoptados y acordaba transferir a su útero todos los embriones que fueran viables luego del descongelamiento. Asimismo, contenía una única cláusula de revocación que permitía a los Lambert optar por requerir la devolución de cualquiera de los embriones que no fueran usados luego de transcurrido un año. Ambas partes acordaron que los niños nacidos como consecuencia de la transferencia embrionaria serían hermanos genéticos, tendrían derecho a conocer su historia genética y establecerían contacto con los Lambert vía telefónica, por *e-mail* y

por medio de visitas.

Después de la firma del acuerdo, los Laughlin sólo descongelaron dos embriones que inmediatamente fueron transferidos al útero de Jennifer en mayo de 2008, quien dio a luz a mellizos en enero de 2009.

En diciembre del mismo año, los Lambert notificaron a los McLaughlin, a través de un *e-mail*, que querían que les reintegraran los dos embriones que no habían usado. Los McLaughlin se opusieron al requerimiento manifestando su intención de conservar los embriones para una futura transferencia al útero de Jennifer, quien reclamó que los cuatro embriones eran hermanos genéticos y que ella quería mantener a los hermanos juntos como una familia. Argumentó, asimismo, que había seguido la recomendación médica de esperar al próximo año para transferir los dos embriones restantes a su útero, de modo que pudiera recuperarse del post parto y su familia, que ya tenía cinco hijos adoptivos, pudiera adaptarse a los mellizos. Manifestó que de acuerdo con los estándares de la práctica médica en fertilidad se recomendaba la transferencia de un número limitado de embriones por ciclo para reducir la incidencia de embarazos múltiples y los riesgos a ellos asociados, agregando que no le fue posible transferir los cuatro embriones en el término de un año en virtud de la indicación contraria de su médico.

Pero los Lambert insistieron en su pedido. Inicialmente pretendían la devolución de los embriones para donarlos a otra pareja que vivía más próxima a ellos, pues deseaban que su hijo tuviera la posibilidad de crecer cerca de sus hermanos genéticos, pero esa familia finalmente retiró su requerimiento de adopción.

En tanto los dos embriones continúan crioconservados en una clínica de fertilidad en California, en abril de 2010 Jennifer McLaughlin demandó, por derecho propio y en representación de sus siete hijos, a los Lambert y a la clínica de fertilidad ante un tribunal de Missouri, reclamando la custodia sobre los dos embriones crioconservados. Al mismo tiempo, los Lambert interpusieron una demanda contra los McLaughlin y la clínica de fertilidad ante un tribunal de California, alegando que los demandados habían infringido el acuerdo al negarse a reintegrarles los embriones transcurrido el año y solicitando que les fuera otorgada la custodia y control exclusivo sobre los embriones crioconservados. Las partes acordaron someter la cuestión a una instancia de mediación previa.

En Estados Unidos no existe una ley federal sobre adopción de embriones ni leyes estatales(92), con excepción de Georgia, único estado que tiene una ley que expresamente autoriza la adopción embrionaria(93).

V

Reglamentación europea sobre crioconservación embrionaria

A diferencia de las legislaciones latinoamericanas, muchas de las cuales reconocen en sus constituciones el derecho a la vida desde el momento de la concepción(94), los países europeos, salvo excepciones, no consideran al embrión sujeto de derechos en los mismos términos que una persona nacida o adulta.

De allí que varios países europeos hayan incorporado la crioconservación embrionaria a sus legislaciones reconociéndola como un procedimiento válido en el marco de la fecundación *in vitro*, según surge de la breve reseña normativa que, a mero título ejemplificativo, desarrollamos a continuación.

A) Austria

La Ley de Medicina Procreativa de 1992 se estructura sobre el principio de que la medicina reproductiva sólo es admisible dentro del matrimonio o de una relación heterosexual estable con el fin de procrear. La ley señala que los embriones sólo pueden emplearse para su transferencia en el útero de la mujer aportante del óvulo, no pudiendo utilizarse con otros fines. El número de óvulos que pueden fertilizarse está limitado. La donación de embriones está estrictamente prohibida y sólo se permite la conservación de embriones durante un año, transcurrido el cual, deben destruirse.

B) Dinamarca

La ley 460 (1997) regula la fecundación artificial en relación con el tratamiento médico, el diagnóstico y la investigación.

Los embriones no pueden venderse o exportarse, aunque pueden donarse con el consentimiento escrito de los progenitores y pueden crioconservarse hasta un año, también con el consentimiento de los progenitores.

C) Finlandia

La Ley de Investigación Médica de 1999 define al embrión como el “grupo de células vivas originadas de una fertilización no implantada en el cuerpo de una mujer” y estipula la posibilidad de crioconservación de los embriones durante quince años.

D) Francia

La ley 94-654 de 1994 rige la donación y la utilización de elementos y productos del cuerpo humano, la procreación asistida médicamente y el diagnóstico prenatal. Esta legislación se ha complementado con el decreto 97-613 de 1997 que modifica la división 2 del Código francés de sanidad pública, insertando una nueva sección titulada “Estudios sobre embriones *in vitro*”. La utilización de procedimientos de FIV queda restringida a los casos en los que el objetivo sea ayudar a la procreación.

La legislación señala que la crioconservación de los embriones queda limitada a cinco años.

E) Alemania

En 1990 Alemania promulgó la Ley de Protección del Embrión (*Embryonenschutzgesetz*)(95), una de las leyes más restrictivas que existen en el campo de la investigación con embriones.

Se trata de una ley penal que amenaza con cinco años de cárcel a quienes sean declarados culpables de haber incumplido sus disposiciones(96). Entre los delitos penales que crea, se encuentran: intentar fertilizar un óvulo con un propósito que no sea el de provocar el embarazo de una mujer de quien se ha originado el ovocito; intentar fertilizar más ovocitos de los que puedan reimplantarse dentro de un ciclo de tratamiento; transferir más de tres embriones en el mismo ciclo; extraer un embrión de una mujer antes de que la implantación esté completa, con la intención de implantárselo a otra mujer o utilizarlo con fines no previstos para su conservación.

La ley define al embrión como “el óvulo humano fertilizado capaz de desarrollarse desde el momento de la fusión de los núcleos y, además, cada célula totipotente extraída de un embrión que se supone capaz de dividirse y transformarse en un individuo”.

F) Grecia

Si bien no existe una reglamentación explícita, el Consejo General de Sanidad emitió una

declaración en 1988 que establecía las directrices prácticas en el campo de la reproducción asistida. Esta Declaración recomienda no destruir los embriones supernumerarios, sino conservarlos. La conservación y la donación de los embriones requieren el consentimiento escrito de los progenitores antes del proceso de FIV.

G) España

La constitucionalidad de la ley 35 de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida fue puesta en duda ante el Tribunal Constitucional en 1996. El Partido Popular recusó la ley, entre otras cosas, alegando que incumplía el precepto constitucional de protección de la vida humana contenido en el art. 15 de la Constitución española(97). El Tribunal Constitucional dictaminó que el derecho a la vida se extendía a todas las personas nacidas pero no a los *nasciturus* para quienes no existía el derecho fundamental a la vida como tal sino, más bien, un interés protegido constitucionalmente. La oposición a la ley fracasó.

Actualmente se encuentra vigente la ley 14 de 2006, en cuyo capítulo III se regula la crioconservación y otras técnicas coadyuvantes de la reproducción asistida.

Se dispone que los embriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación *in vitro* que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello hasta el momento en que los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, consideren que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida (art. 11.3).

Se establecen cuatro destinos posibles para los embriones crioconservados: su utilización por la propia mujer o su cónyuge, la donación con fines reproductivos, la donación con fines de investigación, o el cese de su conservación sin otra utilización cuando hubiera finalizado el plazo máximo de conservación sin que se hubiera optado por alguno de los destinos anteriores (art. 11.4).

La utilización de los embriones para cualquiera de los fines referidos requiere del consentimiento informado debidamente acreditado, el cual debe haber sido prestado por la mujer, y cuando ésta estuviera casada con un hombre también por el marido, con anterioridad a la generación de los embriones (art. 11.5.). El consentimiento puede ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación (art. 11.6.) y cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los embriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines mencionados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

Se impone a los centros de fecundación *in vitro* que procedan a la crioconservación de embriones humanos que dispongan de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente (art. 11.8.).

H) Suecia

La Ley de Fertilización *In Vitro* de 1988 regula la práctica de la reproducción asistida y la ley sobre Medidas para la Investigación o el Tratamiento con Óvulos Humanos Fertilizados de 1991 aborda la cuestión de la conservación de los embriones. El período durante el cual puede criopreservarse un embrión se ha extendido de uno a cinco años después de las enmiendas a la ley en 1998.

1) Reino Unido

La práctica de la reproducción asistida comenzó en el Reino Unido en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, el primer bebé probeta del mundo. El Informe Warnock de 1985 constituyó la base de la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 1990 (HFE Act).

La ley crea un organismo estatutario, la HFEA, que regula las actividades autorizadas de acuerdo con la ley. El núcleo esencial de la legislación está en la sección 3 que prohíbe la creación o la utilización, sin autorización, de embriones humanos fuera del cuerpo humano. Pueden concederse tres tipos de permisos de acuerdo con la ley: autorización para facilitar un tratamiento, para conservar embriones y gametos o para llevar a cabo una investigación con embriones. Todas estas actividades están sujetas a una prohibición general y legalmente no pueden realizarse sin autorización otorgada por la HFEA.

VI

Corolario

El acto de reconocimiento moral y jurídico de la identidad personal del embrión humano se basa en datos empíricos que develados por la ciencia biológica nos permiten aseverar con certeza que se trata de un ser humano distinto de sus padres, irrepetible, con una específica individualidad y un modo de existir incommunicable.

Esta realidad, sin embargo, se presenta como un obstáculo insalvable para la validación y justificación "terapéutica" de las técnicas de fecundación *in vitro* y criopreservación embrionaria, resultándoles necesario recurrir a posturas alternativas que ofrezcan un campo de mayor permisividad que posibilite optimizar resultados y atraer de ese modo a futuros "consumidores" con conciencias adormecidas.

El verdadero problema, camuflado por el endiosamiento de una supuesta autonomía procreativa, es el absurdo de anteponer intereses individuales egoístas aun a costa de un dominio absoluto sobre la vida del concebido.

Cuando se cuestiona el carácter personal del embrión humano no debería perderse de vista que lo que en verdad se controvierte es la mismísima identidad humana de quien expresa un juicio sobre el tema: "*con la medida con que midáis seréis medidos*" (Mt 7, 2)(98).

voces: **divorcio - bioética - persona - jurisprudencia - derecho comparado**

1 - La autora es Abogada, Profesora Adjunta de Filosofía del Derecho y Profesora Asistente de Derecho de Familia y de Derecho Sucesorio (PUCA), analia_pastore@yahoo.com.

2 - CNCiv., sala J, "P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias", 13-9-11.

3 - Durante el proceso se acreditó la tramitación del juicio de divorcio vincular por presentación conjunta en el Departamento Judicial de Tres Arroyos (fs. 298/299).

4 - Mc Gleenan, Tony, Las implicaciones éticas de la investigación con embriones humanos, Parlamento Europeo, Dirección General de Investigación, Dirección A,

Programa STOA, Luxemburgo, julio 2000. Como se trata de un documento de trabajo para el Panel STOA debe dejarse en claro que no representa necesariamente la postura oficial del Parlamento Europeo.

- 5 - Huguet Santos, Paloma, Clonación humana: aspectos bioéticos y legales, Memoria presentada para optar al grado de Doctor bajo la dirección del Dr. Juan Ramón Lacadena Calero, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Ciencias Biológicas, Madrid, 2004.
- 6 - Ídem.
- 7 - Ídem.
- 8 - Mc Gleenan, Tony, Las implicaciones éticas..., cit.
- 9 - Lacadena, Juan R., Células troncales embrionarias humanas: fines y medios, en Ferrery, J. J. - Martínez, J. L. (coords.), Bioética: un diálogo plural. Homenaje a Javier Gafo, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, citado en Huguet Santos, Paloma, Clonación humana..., cit.
- 10 - Mc Gleenan, Tony, Las implicaciones éticas..., cit.
- 11 - Las células totipotentes pueden crecer y formar un organismo completo, tanto los componentes embrionarios (como por ejemplo, las tres capas embrionarias, el linaje germinal y los tejidos que darán lugar al saco vitelino), como los extraembrionarios (como la placenta). Es decir, pueden formar todos los tipos celulares.
- 12 - Mc Gleenan, Tony, Las implicaciones éticas..., cit.
- 13 - Huguet Santos, Paloma, Clonación humana..., cit.
- 14 - Las células pluripotentes no pueden formar un organismo completo, pero sí cualquier otro tipo de célula correspondiente a los tres linajes embrionarios (endodermo, ectodermo y mesodermo), así como el germinal y el saco vitelino. Pueden, por lo tanto, formar linajes celulares.
- 15 - Huguet Santos, Paloma, Clonación humana..., cit.
- 16 - Mc Gleenan, Tony, Las implicaciones éticas..., cit.
- 17 - Huguet Santos, Paloma, Clonación humana..., cit.
- 18 - Ídem.
- 19 - Ídem.
- 20 - Melina, Livio, El embrión humano: estatuto biológico, antropológico y jurídico, Congreso Internacional de Bioética, Universidad de Navarra, 1999, disponible en <http://www.unav.es/cdb/uncib1c.html>.
- 21 - Cf. Serra, A. - Colombo, R., Identity and Status of the Human Embryo: The Contribution of Biology, en J. Vial Correa - E. Sgreccia (eds.), Identity and Statute of Human Embryo, LEV, Città del Vaticano, 1998, 128-177, citado en Melina, Livio, El embrión humano: estatuto biológico..., cit.
- 22 - Melina, Livio, El embrión humano: estatuto biológico..., cit.
- 23 - Ídem.
- 24 - Ídem.
- 25 - Ídem.
- 26 - Ídem.
- 27 - Ídem.
- 28 - Ídem.
- 29 - "Roe vs. Wade", 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973). La Suprema Corte de Estados Unidos concluyó que "the unborn have never been recognized in the law as persons in the whole sense".
- 30 - La. Rev. Stat. Ann. § 9.123 (2009).
- 31 - Mo. Rev. Stat. Ann. § 1.205.1 (2009).
- 32 - Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. § 71.001(4) (Vernon 2009); Tex. Penal Code Ann. § 1.07(26) (Vernon 2009).
- 33 - Ga. Code Ann. § 19-8-41.
- 34 - Sills, Eric S. - Murphy, Sarah E., Determining the status of

non-transferred embryos in Ireland: a conspectus of case law and implications for clinical IVF practice, en *Philosophy, Ethics, and Humanities in Medicine* 2009, 4:8, disponible en <http://www.peh-med.com/content/4/1/8>.

- 35 - Melina, Livio, *El embrión humano: estatuto biológico...*, cit.
- 36 - Kuhse, Helga - Singer, Peter, *Individuals, Humans, and Persons: The Issue of Moral Status, Embryo Experimentation*, 1990, 65-75.
- 37 - Sills, Eric S. - Murphy, Sarah E., *Determining the status of non-transferred...*, cit.
- 38 - "Davis vs. Davis", 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992).
- 39 - Ethics Committee Of American Society For Reproductive Medicine, *Defining Embryo Donation, Fertility and Sterility*, Dec. 2009, 92: 1818-1819.
- 40 - Warnock, Mary, *The Warnock Report*, *British Medical Journal*, vol. 291, 20-7-85, 187-189.
- 41 - Ídem.
- 42 - Freeman, J. S., *Arguing along the slippery slope of human embryo research*, *Journal of Medicine and Philosophy* 1996, 21:61-81.
- 43 - Mc Gleenan, Tony, *Las implicaciones éticas...*, cit.
- 44 - Robertson, J. A., *Posthumous reproduction*, *Indiana Law Journal*, 1994, 69:1027-65.
- 45 - "Kass vs. Kass", 696 N.E.2d 174 (N.Y. 1998); "Roman vs. Roman", 193 S.W.3d 40 (Tex. App. - Hous. [1st Dist.] 2006), cert. denied, 128 S.Ct. 1662 (2008).
- 46 - "York vs. Jones", 717 F. Supp. 421, 425 (E.D.Va. 1989).
- 47 - Ídem.
- 48 - Perry, C. - Schneider, L. K., *Cryopreserved embryos: who shall decide their fate?*, *The Journal of Legal Medicine*, 1992, 13:463.
- 49 - Valenzuela, Carlos Y., *Ética científica y embriones congelados*, *Rev. Médica de Chile*, Santiago, vol. 129, nº 5, mayo 2001.
- 50 - United States Department of Health and Human Services. Centers for Disease Control and Prevention, *1997 Assisted Reproductive Technology Success Rates: National Summary and Fertility Clinic Reports*, Atlanta, 1999. Disponible en <http://www.cdc.gov/nccdphp/drh/art97/pdf/art97.pdf>
- 51 - U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Infertility: medical and social choices*, Washington, DC: U.S. Government Printing Office, Report No.: OTA-BA-358, may 1988. Citado en Hoffman, David I. et al., *Cryopreserved Embryos in the United States and their Availability for Research, Fertility and Sterility*, may 2003, 79(5):1063-1069.
- 52 - Boulton, A., *Britain poised to extend storage of frozen embryos*, *BMJ*, 1996, 312:10.
- 53 - Hurst, T. - Lancaster, P., *Australian Institute of Health and Welfare. National Perinatal Statistics Unit and the Fertility Society of Australia, Assisted Conception, Series Nº 6: assisted conception Australia and New Zealand 1999, 2000, and 2001*. Disponible en <http://www.npsu.unsw.edu.au/Publications.htm>.
- 54 - Hoffman, David I. et al., *Cryopreserved Embryos...*, cit.
- 55 - Patrick, Robert, *Couples Wrangle Over Frozen Embryos' Fate*, *St. Louis Post Dispatch*, 9-4-10. Cit. en Marietta, Cynthia S., *Frozen Embryo Litigation Spotlights Pressing Questions: What is the Legal Status of an Embryo and Can It Be Adopted?*, *Health Law Perspectives*, april 2010, Health Law & Policy Institute University of Houston Law Center.
- 56 - Coleman, C., *Procreative liberty and contemporaneous choice: An inalienable rights approach to frozen embryo disputes*, *Minnesota Law Review*, 1999, 84:55.
- 57 - Silver, L. M. - Silver, S. R., *Confused heritage and the absurdity of genetic ownership*, *Harvard Journal of Law & Technology*, 1998, 11:593-618.
- 58 - Coleman, C., *Procreative liberty...*, cit.
- 59 - Vid. *New York State Task Force on Life and the Law*.
- 60 - El fallo en análisis es un valioso ejemplo de esta postura.

- 61 -** Mc Gleenan, Tony, Las implicaciones éticas..., cit.
- 62 -** Sills, Eric S. - Murphy, Sarah E., Determining the status of non-transferred..., cit.
- 63 -** Fleming, N. A., Navigating the slippery slope of frozen embryo disputes: the case for a contractual approach, Temple Law Rev., 2002, 75:345-374.
- 64 -** Coleman, C. H., Procreative liberty..., cit., 84:55-67.
- 65 -** Silver, L. M. - Remis Silver, S., Confused heritage..., cit., 11(3):593-613.
- 66 -** "Ferguson vs. McKiernan", 940 A. 2d. 1236 (PA. 2007).
- 67 -** "Davis vs. Davis", 842 S.W.2d 588, 597 (Tenn. 1992).
- 68 -** "York vs. Jones", U.S. District Court, Virginia (Norfolk Div.) Fed Suppl. 1989, 717:421-9.
- 69 -** Creagh, C., Property in the Living Body, Bar. Rev., 2001, 209-220.
- 70 -** "Kass vs. Kass", 696 N.E.2d (N.Y. 1998).
- 71 -** "A. Z. vs. B. Z.", 725 N.E.2d 1051 (Mass. 2000).
- 72 -** "Cahill vs. Cahill", 757 So. 2d 465 (Ala. Civ. App. 2000).
- 73 -** "J. B. vs. M. B.", 170 N.J. 9, 783 A.2d 707 (2001).
- 74 -** "Litowitz vs. Litowitz", 146 Wash. 2d 514, 48 P.3d 261 (2002).
- 75 -** Igual que el tribunal de primera instancia en el caso "Davis".
- 76 -** Igual que la Corte de Apelaciones en el caso "Davis".
- 77 -** "Roman vs. Roman", 193 S.W.3d 40 (Tex. Civ. App. 2006), cert. denied, 128 S.Ct. 2469 (2008).
- 78 -** "M. R. vs. T. R.", I.E.H.C. 359 (2006). "Roche vs. Roche", I.E.S.C. 82 (2009).
- 79 -** "Nachmani vs. Nachmani" [50(4) P.D. 661 (Isr)]. Vid. Farnós Amorós, Esther, ¿De quién son los embriones? Crisis de pareja y revocación del consentimiento a la reproducción asistida, INDRET Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, enero 2007.
- 80 -** "Evans vs. United Kingdom", 6339/05 Eur. Ct. H.R. 2 (2007).
- 81 -** Alghrani, A., Commentary-Deciding the Fate of Frozen Embryos, Med. Law Rev., 2005, 13:244-56.
- 82 -** Según esta ley los embriones crioconservados debían destruirse cinco años después de su creación (o antes, si cada parte revocaba su consentimiento).
- 83 -** Alghrani, A., Commentary-Deciding..., cit.
- 84 -** Sozoum Peter D. - Sheldon, Sally - Hartshorne, Geraldine M., Consent agreements for cryopreserved embryos: the case for choice, J. Med. Ethics, abril 2010; 36(4):230-233.
- 85 -** Incorporado al derecho nacional del Reino Unido a partir de la entrada en vigor de la Human Rights Act de 1998, en octubre de 2000.
- 86 -** "El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley..." (art. 2.1., CEDH).
- 87 -** "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás" (art. 8º, CEDH).
- 88 -** Los tribunales ingleses se habían pronunciado sobre la importancia del consentimiento a la fecundación in vitro en dos ocasiones. Por una parte, la Court of Appeal en el caso "Diane Blood" (1997) impidió que la demandante utilizara el esperma del marido muerto, dado que éste nunca había otorgado su consentimiento escrito a la fecundación in vitro. Por otro lado, la High Court en "In Leeds Teaching Hospital NHS Trust v. A." (2003), en que una mujer de

raza blanca había sido inseminada por error con espermatozoides de un donante de raza negra, sostuvo que el marido de la mujer, también de raza blanca, no podía ser considerado padre legal de los mellizos puesto que no había consentido por escrito la inseminación de la mujer con material genético de un tercero. Farnós Amorós, Esther, ¿De quién son los embriones?..., cit.

89 - Colker, R., Pregnant men revisited, or Sperm is cheap, eggs are not, Hastings Law Journal, 1996, 47:1063-1080.

90 - "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación" (art. 14, CEDH).

91 - "Petition-Equity, Jennifer McLaughlin et al. vs. Edward J. Lambert et al.", Cir. Ct. of the City of Saint Louis, Mo., disponible en www.courthousenews.com/2010/04/12/Embryos%20Missouri.pdf.

92 - Embryo Adoption Awareness Center, 2009 Legal Issues and Precedence, disponible en <http://www.embryoadooption.org/faqs/legal.cfm>.

93 - Georgia's Option for Adoption Act, 2009.

94 - El nasciturus tiene una especial protección en las Constituciones Políticas de varias naciones latinoamericanas que se refieren especialmente al ser humano desde el momento de la concepción. Además de la Argentina que expresamente reconoce el carácter de persona del embrión (art. 75, inc. 22, CN; Conv. sobre los Derechos del Niño, art. 4.1., y Conv. Americana de Derechos Humanos, art. 1º), podemos citar las Constituciones de República Dominicana (2010, art. 37), Ecuador (2008, art. 45), El Salvador (1992, art. 1.2.), Guatemala (1993, art. 3º), Paraguay (1992, art. 4º), Perú (1993, art. 2.1), Chile (2005, art. 19.1.), entre otras.

95 - Disponible en <http://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2098/dergenetico/AlemaniaLey75490.html>.

96 - Beier, H. M. - Beckman, J. O., Implications and consequences of the German Embryo Protection Act, Human Reproduction, 1991, 6:607-608.

97 - "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral".

98 - Melina, Livio, El embrión humano: estatuto biológico..., cit.