

El derecho a ser gestado, nacer y ser educado en familia

24

Iustitia est ad alterum

Sumario

Introducción.

Los principios ético-jurídicos básicos del derecho de familia.

El derecho a la inviolabilidad de la vida, su fundamento.

El atropello de la crioconservación de embriones humanos.

La clonación como agravio a la dignidad humana.

La nueva forma de filiación: la filiación por renuncia o abandono parental del hijo-embrión crioconservado.

Su carácter excepcional y su implementación bioética, legal y judicial.

Conclusión expectante.

Introducción

Motivada por esta trascendente cuestión en la que trabajo hace ya unos años, con profunda convicción de su justicia, agradezco a la Sra. Directora del Departamento de Psicopedagogía, *Lic. María Cristina Arias de Boronat*, y a la Sra. Coordinadora de este 2º Encuentro *Lic. Noemí Boado de Landaboure*, la invitación a exponer en esta prestigiosa Universidad. Destaco, por cierto, me ha convocado, hondamente, la envergadura del tema de este Encuentro: **Familia y Educación**. Ellas son las vetas centrales por las que nuestra patria podrá recuperar su tono moral, y en el tema a mi cargo: *“El derecho a ser gestado, nacer y ser educado en familia”* lucir su identidad con perfil ético-jurídico y bioético propio.

La nueva figura de filiación que presentaré en estas reflexiones, con intención de aporte interdisciplinario, desde el derecho constitucional y civil y la bioética personalista, de concretarse en la sanción de una ley nacional, propugnará –realmente- al derecho de familia, al bioderecho y a la bioética argentinos, como ejemplo, para el mundo de cuanto exige el coherente resguardo del derecho a la inviolabilidad de la vida desde la concepción hasta la muerte natural, con fundamento en la dignidad ontológica de la persona humana[2]. Esta figura de filiación, con régimen jurídico específico y de excepción, asumida por Ustedes, como pedagogos, como educadores en su pleno significado, podrá ser sembrada acorde a la envergadura de los bienes humanos comprometidos.

Desde su nombre este Encuentro, ya jalonado por excelentes exposiciones previas a ésta, señala la natural e –insustituible- convergencia de EDUCACION Y FAMILIA, vocaciones, tareas, que plenamente cumplimentadas en su delicada complejidad, son capaces de generar lúcida fortaleza frente a la multiforme violencia que soportamos, para resistirla procurando desactivar sus fuentes, las que en definitiva convergen en una: el desconocimiento – soberbio y corsario- de la dignidad de la persona humana, negando para ello su fundamento ontológico, su realidad sustancial. Ése es el meollo de los atropellos a la vida de la persona por nacer, reconocida de modo expreso y sin fisuras, sujeto de derecho en nuestro ordenamiento

[2] SPAEMANN, Robert, cfr. “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en AA.VV., *El iusnaturalismo actual*, MASSINI CORREAS, Carlos I., (comp), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996. Del profesor de la Universidad de Munich, asimismo, *vide*. su magistral fundamentación de la dignidad humana, en *Lo natural y lo racional, ensayos de antropología*, trad D. Innerarity y J. Olmo, Madrid, Rialp, 1989. Asimismo, *vide* MELENDO, Tomás, *Dignidad Humana y Bioética*, EUNSA, Pamplona, 1999. Exhorta : “... la auténtica defensa de la ciencia pasa (...) por el desenmascaramiento del (...) cientismo tecnolátrico para el que la eficacia y la operatividad son el fin de sus indagaciones, no el saber científico propiamente dicho”, pp.180-81.

jurídico, en normas que nos enaltecen como Nación.[3] No debe olvidarse que la ley es fuente primordial de obligaciones jurídicas y su función docente, hace a la conquista del bienestar general.

Con la intención de hacer más comprensible la convergencia y complementariedad del Derecho de Familia y la Bioética en el tema, señalaré brevemente que ante la compleja etiología de la desjerarquización de la constitución de la familia en el matrimonio[4], prepotente al punto de llegar a pretenderse su constitución en el derecho comparado prescindiendo de su configurante heterosexualidad fundadora, el derecho de familia juzgó necesario ubicar al menos, mientras tanto, en el centro de su protección normativa al menor de edad, al niño en desamparo, desde el momento de su concepción, momento en el que se inicia el ejercicio de la patria potestad (art. 264, Código Civil y Declaración al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño).

Los principios ético-jurídicos básicos del derecho de familia

Veremos, acotadamente, el esquema de los principios vertebrales del derecho de familia[5] a partir del principio jurídico central reconocido sin excepción en el derecho comparado contemporáneo.

[3] A título ejemplificativo, recordamos: CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. DECLARACION. "La República Argentina declara que debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad"; CN arts. 33, 28 y 19, Tratados Internacionales incorporados a la CN en 1994, Código Penal tipificando el delito de aborto en el artículo 88, el Código Civil arts. 63,70,72, sus notas y los arts 264 y 242. X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, Comisión 1, "Los principios jurídicos en la familia de nuestros días": "...7. Fortalecer el reconocimiento efectivo del resguardo de los derechos humanos, basándose en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana. **Invierte especial importancia la consagración del concebido como sujeto de derecho**", *Derecho de Familia*, n° 14, Abeledo Perrot, Bs.As., p. 332, 1999; PROYECTO de CÓDIGO CIVIL. COMISION HONORARIA decreto 685/95, "Fundamentos del Proyecto...", precisan: **"Al tratar del comienzo de la existencia de las personas se dispone que ello se produce con la concepción; se elimina la expresión "en el seno materno" para que puedan ser comprendidas las concepciones extrauterinas..."**, p. 22. Título I. *De la persona humana*. Cap. I. Comienzo de la existencia, artículo 15, en consecuencia, reformando al vigente artículo 63 del Código Civil, reconoce: "La existencia de la personas humanas comienza con la concepción.", Abeledo Perrot, Bs.As.,1999.

[4]ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, "El derecho a casarse y fundar una familia", *El Derecho*, n° 9646, 1998.

[5] Cfr. su desarrollo en ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, "Principios jurídicos del derecho de familia. Identidad y familia" en AAVV, *Apuntes Jurídicos* n° 3, Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado, (COLADIC), Mendoza, pp.7-32, 1999.

A. EL PRINCIPIO JURÍDICO CENTRAL:

Es el principio de reconocimiento de la familia “como elemento natural y fundamental de la sociedad”. En el plano del derecho positivo nacional, así lo reconocen de modo expreso y sin excepción, todos los Tratados Internacionales incorporados con rango constitucional, por la reforma de 1994.

Son los principios derivados:

A. 1. Principio jurídico de protección integral de la familia.

A.1.a. Principio de matrimonialidad. Expresa el reconocimiento de que el matrimonio es la forma de familia más apta para alcanzar su plenitud y mejor para las personas y la sociedad. Debe ser respaldado por las políticas públicas de educación, trabajo, previsión social, vivienda, salud.

A.1.b. Principio de resguardo del interés familiar. Consagra su supremacía ético-jurídica sobre el exasperado individualismo contemporáneo alentado por el inmanentismo relativista)

A. 2. Principio de protección jurídica del interés -bien superior- del menor de edad

A.2.a. Reconocimiento del derecho a la inviolabilidad de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural.

A.2.b. Reconocimiento del derecho a ser gestado, nacer y educarse en familia y principio de prioridad de la familia de origen.

La primera parte del esquema hace evidente que sin el resguardo sociojurídico de la familia de constitución matrimonial, el primer principio derivado: el de protección integral de la familia, queda librado a una severa indefensión en la realidad social; ante esta evidencia, el derecho procura paliar el perjuicio personal y social con la específica protección del menor de edad. Pese a la evidente dificultad -y cierto utopismo- que ello ofrece, si se considera la necesidad -configurante- de sus padres y familia de la criatura humana desde su concepción y en sus primeros años de vida.

No obstante ella, en el tema, en los últimos veinte años, la aplicación en seres humanos de las técnicas de procreación asistida, han potenciado al infinito el riesgo de orfandad del menor de edad y de la existencia de la familia, como tal. Expresivamente, ahora el derecho que estamos analizando debe ser enunciado abarcando **el derecho a ser concebido en familia, nunca meramente “producido” *in vitro***, es decir: el derecho a ser

concebido por padre y madre determinados y unido por los respectivos vínculos de parentesco a sus ascendientes y colaterales. **El derecho a ser gestado y nacer con un estado de familia determinado.** Las figuras del dador de gametos, de la maternidad subrogada, de la clonación, en el tema en especial la clonación por partición embrionaria, pulverizan el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de la familia, porque destruyen los vínculos que le dan origen y consistencia a la vida de relación personal y familiar[6], con todo cuanto esto implica y excede esta exposición.

Sabemos que con peculiar rotundez en su despliegue durante los últimas décadas del siglo XX las ciencias biológicas y el desarrollo tecnológico aplicado en el área de las ciencias de la salud, al mismo tiempo que muy importantes logros, han generado inéditos dilemas que reclaman respuestas concretas – aportes- desde las ciencias de las humanidades a fin de salvar el innegable reduccionismo materialista que las acecha y salta con soberbio solipsismo.

En consecuencia, las ciencias prácticas, entre ellas el derecho y la educación, se encuentran frente a hechos consumados de trascendencia abismante ¡no menos!, que agravan el reconocimiento de la dignidad de la persona humana individual y de la propia especie humana, como tal. Entre los hechos consumados, más notorios y de público conocimiento mundial, nos detendremos en la respuesta biojurídica a dos cuestiones que echan chispas en afrenta al derecho a la inviolabilidad de la vida: la crioconservación de embriones humanos y la clonación como agravio a la dignidad humana, luego de una muy breve pero necesaria fundamentación de estas afirmaciones.

El derecho a la inviolabilidad de la vida, su fundamento.

Fundamentando el derecho a la inviolabilidad de la vida[7] en la dignidad ontológica de la persona humana[8], Robert Spaemann, afirma: “...*La dignidad del hombre está inseparablemente unida a su espontaneidad natural. Ciertamente, su naturaleza es contingente, pero toda modificación conscientemente planeada de la naturaleza*

[6] Cfr. SAMBRIZZI *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, prologo de Jorge A. Mazzinghi, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001; SGRECCIA, Elio, *Manual de Bioética*, Editorial Diana, México, 1996 ; BLÁZQUEZ, Niceto, *Bioética Fundamental*, con la colaboración de PASTOR GARCÍA, Luis, BAC, Madrid, 1996.

[7] Ver MASSINI CORREAS, Carlos I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos” en AA.VV. *“El derecho a la vida”*, EUNSA, Pamplona, 1998, p.181.

[8] Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, proclamada por la Unesco, tras áspero debate en otros puntos, en el artículo 2, proclama: “a) *Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas*, b) *Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad.*”[8]

humana no disminuiría esa contingencia sino que la elevaría hasta lo insostenible...”, se trataría de un salto cualitativo porque “con las modificaciones alteraríamos los fines”[9].

Javier Hervada[10], a su vez, en el plano jurídico señala la secular *sordina* en la que germinó el peligro: “... hoy se olvida la dimensión ontológica de la persona, es decir, lo que es el soporte mismo de su originalidad psicológica[11], de su valor moral y de su destino espiritual ; dimensión que incluye la subjetividad jurídica.(...) El concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica.”

Desde el Derecho Civil, y en él por todos, Guillermo A. Borda[12], al iniciar su Tratado, destaca con firmeza: “...la persona no nace porque el derecho objetivo le atribuya capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sino que le reconoce esa capacidad porque es persona.” Cabe resaltar, una vez más, la vigencia de la figura del abuso del derecho, que la reforma al Código Civil por la ley 17.711 de 1968, insufló en clarísimos términos : “...La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” (art.1071, Código Civil).[13]

El atropello de la crioconservación de embriones humanos.

La crioconservación de cientos de embriones humanos, nos ha sido impuesta como hecho consumado... AHI ESTAN, en el mundo y en nuestro país. Afrontando la inaceptable incertidumbre y antijuridicidad de su situación, la que se pretende presentar como el costo “inevitable”, dado el alto índice de fracasos de las técnicas y el alto costo-precio de cada intento, de aplicación de las técnicas biogenéticas de fecundación humana *in vitro*

[9] SPAEMANN, Robert, “La naturaleza como instancia de apelación moral”, en AA.VV., *El inusnaturalismo actual*, cit., p.362.

[10] HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 1990, 6ª edic., p.122.

[11] PITHOD, Abelardo, *El alma y su cuerpo. Una síntesis psicológico-antropológica*, Grupo editor latinoamericano, Buenos Aires, 1994. Señala: “El hombre es una finitud con infinitos anhelos...”, p.265.

[12] BORDA, Guillermo A., “Principio y fin de la existencia. Concepto de la persona natural”, n.223, en “Parte General,” tomo I, *Tratado de Derecho Civil*, 12ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p.230, nota 407.

[13] BORDA, Guillermo A., “Abuso del derecho”, en *La reforma de 1968 al Código Civil*, Perrot, Bs.As., 1971, pp.126-135. Del ilustre jurista, cfr. : “El principio de la buena fe”, n 14-1, p. 23 ; “Teoría del abuso del derecho”, n 29., en Parte General, t.I, *Tratado de Derecho Civil*, cit., pp. 45-58.

con transferencia de embriones, la FIVET. Volveré a esta cuestión, pero dejo ya señalado que ella además, franquea el abordaje al nivel de las células germinales nucleares, de la mitocondria[14] y los diagnósticos preimplantatorios, habilitando la manipulación genética indiscriminada y nuevas formas de eugenesia[15].

La clonación como agravio a la dignidad humana.

Además, como bien señala Adriano Pessina[16], con italiana perspicacia, la FIVET es la causa, no solo de la posibilidad sino de la "*pensabilità*" de la clonación. Ella es nuestra segunda cuestión a tratar.

La clonación[17] es una forma de reproducción asexual, agámica y se privilegia su origen por partición embrionaria. No obstante caracteres tan drásticamente agraviantes de la dignidad humana, tan lejos se está llevando la pretensión de traspolarla que las preguntas: ¿cuál será la identidad...del clonado si logran hacerlo nacer?, ¿cuál su ubicación en la familia?, ¿integra la familia?.. abisman en los debates de derecho de familia amenazando desconocer su concepto y la realidad natural que la anima, sus instituciones centrales: parentesco, matrimonio, relación de padre-madre-hijo, filiación, fraternidad.

Más aún: al desconocer al clon como persona por nacer y por tanto, fin en sí misma, ¿cuál es –o será- la identidad que le adjudican –o adjudicarán-, que permita cosificarlo, matarlo para experimentar con células madre

[14] "Debe resaltarse: i) todo daño que el tratamiento ocasione es irreversible; ii) modifica el patrimonio genómico ; iii) así se transmite a las futuras generaciones las que, obviamente, además, no han consentido; iv) hay un margen muy alto de imprevisibilidad de los efectos a causar, científicamente innegable y públicamente reconocido. En suma, la conclusión hoy insalvable es que los riesgos superan los beneficios, proporción a respetar *conditio sine qua non*. Por todo ello, las importantes *Declaraciones de Valencia*, en 1991, y de *Bilbao*, en 1993, culminación de sendas reuniones internacionales sobre el Derecho ante el Genoma Humano, acordaron establecer una moratoria en el uso de terapias génicas de la línea germinales[14], porque alterando el ADN de las células reproductoras o de células de embriones tempranos, se afecta también a las generaciones venideras y se da lugar tanto a prácticas eugenésicas como a daños iatrogénicos, es decir, de origen médico".

[15] ANDORNO, R., "El derecho frente a la nueva eugenesia : la selección de embriones *in vitro*", en *Cuadernos de Bioética*, n° 0, pp. 25-37. Bs.As., 1996.cfr.COCO, Roberto, "Algunas consideraciones sobre los aspectos éticos del diagnóstico preimplantacional", en *Cuadernos de Bioética*, n° 0, cit., pp53-64.

[16] PESSINA, Adriano, "Dal figlio terapia al clone terapeutico", en *Bioetica. L' uomo sperimentale*. Advierte : "Le obiezioni nei confronti della clonazione umana non differiscono molto da quelle adottate per la FIVET, la quale, non scordiamolo, è la condizione di possibilità e di pensabilità della clonazione stessa."El neologismo, "*pensabilità*", empleado por el autor, es sabido, ediz.Bruno Mondadori, Milán, 1999, p.137.

[17] Define Lacadena, un clon es un grupo de organismos de idéntica constitución genética, que proceden de un único individuo, mediante multiplicación asexual, por división o partición, y son iguales a él. La clonación, a su vez, es el procedimiento para producirlos, de forma espontánea o provocada.

embrionarias, con la clonación por partición embrionaria, o dejarlo desarrollar hasta el punto que convenga y sea útil... como material biológico?.[18] Mientras, vamos siendo informados...por la prensa.

Debe tenerse presente cuanto los biólogos saben con certeza: i) la reproducción por clonación carece de la riqueza y variación de la doble dotación genética de la reproducción sexual[19]; ii) se obtiene un individuo genéticamente idéntico al de origen; resulta el hermano gemelo no el hijo, iii) la clonación *impone* un determinado patrimonio genético, no lo transmite, lesiona, arteramente, la libertad y la intimidad personal; iv) tal como señala, Roberto Andorno[20]: “aún las leyes más permisivas la prohíben[21] (...) la clonación reduce al hombre al *status* de cosa fabricada en serie”; v) por cierto, es fundamental diferenciar la clonación de células somáticas –lícita, no afecta la herencia- de la acción de clonar células de la línea germinal- ilícita, compromete las generaciones siguientes, *o embrionarias* porque éstas, si no se les hubiese cortado su desarrollo, culminarían en el nacimiento de la persona concebida, cuya vida le es arrebatada.

Respuesta jurídica: por la gravedad del bien jurídico afectado la producción *in vitro* por clonación de tejido embrionario deberá ser prohibida por la ley civil y prevista como tipo penal, igual que otras acciones afines, ratificando la prohibición de la clonación dispuesta por el decreto 200 de 1997; con fundamento en el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona humana, sujeto de derecho, y la salvaguarda de la inviolabilidad de la vida desde la concepción hasta la muerte natural[22], con rango constitucional y leyes dictadas en consecuencia, y por aplicación del principio constitucional de razonabilidad: “*Las garantías y declaraciones de los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*”... ¡menos aún, suprimidos!(art. 28, Constitución Nacional).

La clonación puede ser calificada “técnica de reproducción terapéutica”. sólo cuando consiste en la reproducción de células somáticas. Guardando los

[18] ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Clonación humana: algunas precisiones ético-jurídicas, bioéticas y de sentido común”, en “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, AA.VV., “*La persona humana*”, BORDA, Guillermo A., Director, Buenos Aires, La Ley, 2001, pp.52-55.

[20] ANDORNO, Roberto, “Le clone”, en *La bioéthique et la dignité de la personne*, París, P.U. F., 1997, pp.91-92. Ver una completa reseña legislativa en KUYUMDJIAN de WILLIAMS, Patricia, “Clonación: panorama mundial” en *Vida y Ética*, Instituto de Bioética, Universidad Católica Argentina, año 4, n°1, Buenos Aires, junio 2003. pp123-137.

[21] Pero, es notorio que Gran Bretaña y Australia están a punto de permitir la, “encubriéndola”. Lo señala QUINTANA, Eduardo, en “La clonación “terapéutica” en Gran Bretaña: otra variante de la legalización de la fecundación artificial”, en *El Derecho*, Buenos Aires, n° 10.202, 2001.

[22] ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Consideración bioético-jurídica actual sobre el morir humano. *¿Morir, un derecho?*”, en *El Derecho*, n° 9416 y n° 9417, Bs.As., 1998.

debidos recaudos, esta clase de clonación puede brindar beneficios futuros.[23]

En suma, afirmo que el reconocido derecho a ser gestado, nacer y ser educado en familia, requiere hoy ser integrado con el reconocimiento expreso de los siguientes derechos, respaldados por tipos penales preventivos y prohibiciones civiles[24]:

i) Derecho a NO SER CLONADO NI CRIOCONSERVADO sino CONCEBIDO y FECUNDADO para ser implantado inmediatamente en el seno de su madre;

ii) Derecho a NO SER COSIFICADO sino RECONOCIDO como SUJETO DE DERECHO, fin en sí mismo, resguardando su unicidad, identidad e integridad.

iii) Derecho a NO SER DESCARTADO, por selección preimplantatoria o prenatal o por cualquier otro medio.

iv) Derecho a SER TRANSFERIDO DE INMEDIATO AL SENO DE SU MADRE;

v) Derecho a SER GESTADO DE MODO CONTINUO E INTEGRAL EN EL SENO DE SU MADRE[25];

vi) Derecho a NO SER CRIOCONSERVADO; salvo emergencia excepcional.

vii) Derecho a NO SER OBJETO DE EXPERIMENTACION[26].

viii) Derecho a la DETERMINACION de la PATERNIDAD por la firma del consentimiento informado. En la reglamentación de la ley deberá preverse el contenido uniforme y legalmente exigible del texto del consentimiento a prestar por los progenitores.

ix) Derecho a la DETERMINACION de la MATERNIDAD por el hecho del embarazo y el parto.

x) Derecho al INICIO de la POTESTAD PARENTAL desde la CONCEPCION hasta la MUERTE NATURAL y al ESTADO DE FAMILIA.

[23] SGRECCIA, E., "Niveles de intervención", en *Manual de Bioética...* cit., p.222.

[24] MARTÍNEZ, Stella, cfr. "El derecho penal como instrumento asegurador de los principios bioéticos" Sostiene, con razón, "...debemos excluir de este campo la utilización del Derecho Penal represivo, que sanciona la conducta infractora una vez que la lesión al bien jurídico ya se ha perfeccionado, y recurrir al Derecho Penal preventivo a fin de evitar que las situaciones de alto riesgo se generen", en AA.VV, *Bioética y Genética*, BERGEL, Salvador- CANTÚ, José (org.), Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000, pp. 207-32.

[25] ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, "*Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil, Sala I: censo de ovocitos y embriones congelados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre*", en *El Derecho*, n° 10.047, Buenos.Aires, 2.000.

[26] BOLZÁN, Alejandro D., "El diagnóstico prenatal y la eliminación de fetos humanos", en *Hacia una ética de la vida por nacer*, Claretiana, Bs.As., 1998, pp112-3, pp139-164.

Como modelo legal de protección eficaz del concebido, adhiero[27] a la previsión de la ley penal alemana del 13 de diciembre de 1990, denominada, sin eufemismos, “Ley de protección del embrión”.[28] Esta ley, a la que debiéramos adscribir la bioética latinoamericana, en el artículo 8, párrafo 1, define al embrión como “*el óvulo humano fecundado y susceptible de desarrollo desde la fusión de los pronúcleos*”, y en el mismo artículo, asimila al embrión “*toda célula totipotente que se desprenda de él*”.

Tal como señala Andorno, la exigencia legal de que sea susceptible de desarrollo, expresa que la ley presume que el embrión dentro de las primeras 24 horas de vida, es susceptible de desarrollo. Además, subraya bien, debe quedar claro que si bien la noción legal de embrión sólo se aplica al óvulo fecundado después de la fusión de los pronúcleos, ello no significa que antes de la fusión se encuentre desprotegido: el artículo 8, párrafo 3, incluye al óvulo desde la penetración del espermatozoide en la noción de línea germinal protegida por el artículo 5.[29]

La nueva forma de filiación: la filiación por renuncia o abandono parental del hijo- embrión crioconservado. Su carácter excepcional.

Regresamos a considerar la situación de los embriones crioconservados en nuestro país y la respuesta jurídico-bioética a dar ante el público conocimiento de la existencia de cientos de embriones crioconservados, fruto de la arbitraria aplicación de las denominadas técnicas de procreación humana asistida. Ya han transcurrido algo más de veinte años de aplicación de las técnicas de fecundación asistida, sólo limitadas de modo específico, por normas deontológicas, bioéticas y la

[27] ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa., “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en AA.VV., “*La persona humana*”, BORDA, Guillermo A., Director, Buenos Aires, edit. La Ley, 2001, p. 36; cfr. “Procreación humana asistida. ¿Estamos generando huérfanos?” en AA.VV., “*El derecho frente a la procreación artificial*”, prólogo de Jorge A. MAZZINGHI, Buenos Aires., Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997; en la obra evaluamos críticamente los temas centrales y proponemos contenidos concretos para una futura ley nacional comparando en lo fundamental los más importantes- y opuestos- proyectos de ley nacionales y legislación comparada.

[28] Cfr. el texto de la ley alemana, en ANDORNO, Roberto, *La distinction juridique entre les personnes et les choses. À l'épreuve des procréations artificielles*, prólogo de François CHABAS, L.G.D.J., Paris, 1996, pp.331-335.

[29] TESTART, Jacques, “Cada vez tardamos más en llegar a ser embrión y menos a cadáver”, crujiente llamado de atención, del especialista a sus colegas en *Los caprichosos catorce días del preembrión*, citado en extenso en GÓMEZ GRACIA-FÉRNANDEZ CREHUET, “Fecundación “*in vitro*” y transferencia de embriones”, *Anuario Filosófico*, EUNSA, Pamplona, 1994; LEJEUNE, Jérôme, Desde su autoridad científica, subraya : “Aceptar que después de la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto o de opinión, no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental”, citado en RODRÍGUEZ LUÑO-LÓPEZ MONDEJAR, “*La fecundación in vitro*”, Palabra, Madrid, 1986.

conciencia profesional. Ya han nacido niños cuyos hermanos han sido descartados, destinados a experimentación o crioconservados para que ellos nacieran, niños-hijos de donantes anónimos, de mujeres solas, de madres portadoras anónimas. Es también de público conocimiento que dado el alto costo y la baja efectividad de las técnicas se han sido producidos *in vitro* cientos de embriones expresivamente denominados “supernumerarios” (sobrantes), pacientes-crioconservados como tales en los laboratorios biomédicos argentinos[30].

Pasamos a delinear los requisitos legales y bioéticos de una nueva forma de filiación: la

FILIACION POR RENUNCIA[31] O ABANDONO PARENTAL DEL HIJO-EMBRION CRIOCONSERVADO.

En diciembre de 1999, marca un hito trascendente en el derecho de nuestros días,[32] una sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional Civil, aunque hasta la fecha, desoída[33]. Con precisión exhaustiva, el fallo ordena:

“... 2º) disponer que el Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, en el plazo de treinta (30) días, lleve a cabo un censo de embriones no implantados (...), existentes a la fecha en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas o privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones (...), de los dadores de gametos (...) y de aquellas instituciones y profesionales, así

[30] BORDA, Guillermo A., “Observaciones al Proyecto de Reforma al Código Civil”, *El Derecho*, n°182-1671, 1999.

[31] A raíz de una observación a fines de 2003, que mucho agradezco, al P.Lic.Alberto BOCHATEY O.S.A., advirtiéndome que la dureza de la expresión “dación” podría conspirar contra la aceptación de la valiosa figura jurídica, modifiqué mi propuesta de designación jurídica del nuevo instituto filiatorio: “Filiación por dación o abandono del embrión crioconservado”; queda reemplazada por: **“Filiación por renuncia o abandono parental del hijo-embrión crioconservado”**. Fundamento la conveniencia de subrayar filiación y de no denominarla “adopción prenatal” así como sugerencias para su posible implementación en ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Filiación por dación del embrión crioconservado”, en *El Derecho*, Buenos Aires, n° 10.295, 2001; “La adopción prenatal del embrión humano crioconservado”, en *La adopción*, Prólogo de Guillermo A. BORDA, Abeledo-Perrot, 1997, pp 147-152.

[32] ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil, Sala I : censo de ovocitos y embriones congelados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre”, cit.; cfr. “El derecho frente al congelamiento de óvulos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes”, en *El Derecho*, n° 9762, Buenos Aires, 1999.

[33] ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Un actual y trascendente supuesto: **la curatela especial del concebido crioconservado**” en AAVV. *Código Civil Peruano Comentado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p.661-663,

como al registro de todo dato útil para tal individualización;

3º) prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos, sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes, que implique su destrucción y/o experimentación”;

4º) ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones profesionales actuantes (...) se concrete con intervención del juez de la causa, la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento”.

La realización del censo es el paso previo a la sanción de una ley que reglamente, a título de emergencia y desde los principios bioéticos y del derecho de familia, la filiación por renuncia o abandono de embrión criopreservado. Ambos pasos, actualizarían en la adormecida conciencia social el recordar que a los embriones concebidos supernumerarios y crioconservados los amenaza una panoplia de trágicas posibilidades:

i) morir, en altísimo porcentaje, al ser descongelados o por no quedar en condiciones de lograr anidar, aún transferidos a su madre;

ii) o ser victimizados, destinándolos como objetos para experimentación, si no superan el diagnóstico pre-implantatorio (nueva eugenesia, en expresión de Andorno) o, luego, el diagnóstico prenatal y así violar, una vez más, los expresos límites ético-jurídicos nacionales que exigen el resguardo del derecho a la inviolabilidad de la vida[34] y de la identidad e integridad personal, desde la concepción, el que excluye también todo alevoso “control de calidad”;

iii) o ser traficados como material biológico para experimentación (entre ellas, la clonación por partición embrionaria), envueltos en manto de silencio cómplice a cambio de ingentes sumas de dinero y “gloria” tecnocientificista.

Paralelamente, debemos recordar que en febrero de 1996, igual que una ola, llegó, se estrelló y desapareció la noticia que habiéndose cumplido “el plazo legal de guarda de los laboratorios” y sin que sus progenitores los hubieran reclamado, “miles de embriones congelados fueron destruidos”[35]. Claro está que dados los varias veces millonarios intereses en juego: farmacéuticos, biomédicos, etc., además de suculentos patentamientos, predomina una gravísima presunción: la de que han sido vendidos clandestinamente y para “experimentación” a mansalva a “laboratorios anónimos”.

Ante tal situación de inédita esclavitud, corresponde al derecho[36], y en él al derecho de familia en especial contribuir a revertir esta situación

[35] LA NACION, Buenos.Aires, 3 de febrero de 1996. Han transcurrido ya...casi diez años., cfr. BERGEL, Salvador, “Libertad de investigación y responsabilidad de los científicos en el campo de la genética humana”, en AA.VV., *Bioética y Genética*, BERGEL-CANTÚ.,(org), cit., pp. 29-74.



asumiendo el deber ético-jurídico de ofrecer un cauce legal, extraordinario e idóneo para enfrentar la emergencia, nunca para ordinarizar la práctica de la crioconservación. Tal como lo señala, Jorge A. Mazzinghi, con fundamentos que comparto plenamente, al manifestar que aprueba la regulación legal de la que denomina adopción prenatal, subraya que lo hace propugnando que la ley ciña ese instituto, al marco de la procreación artificial, es decir, no ordinarizándola como una forma más de adopción. El distinguido jurista, escribe: "...la implantación del embrión se realizaría en el seno de alguien que se transformaría en su madre biológica, aunque no genética, y por lo tanto, en el último puerto de tan penosa peregrinación"[37]

En suma, como medida jurídica y bioética: en nuestro país -y sería sumamente esperanzador que otras naciones adhiriesen a la medida- se debería comenzar por obedecer la sentencia y realizar el CENSO de embriones crioconservados ordenado por la prestigiosa Sala I de la Cámara Nacional Civil [38], extendiéndolo a todo nuestro país[39]. Luego, evaluando de modo concreto la información de los laboratorios biomédicos, reglamentar la nueva forma de filiación para dar una respuesta proporcionada a su dignidad a los embriones-pacientes crioconservados.

La implementación bioética, legal y judicial de la filiación por renuncia o abandono parental del hijo- embrión crioconservado.

Una vez individualizados los embriones-pacientes crioconservados, determinada su identidad genética y su situación familiar de origen, siempre bajo control judicial y biomédico, se dirimirá el ejercicio actual de la potestad parental respecto de ellos concretado en la respuesta de los progenitores a la citación fehaciente y bajo apercibimiento del centro médico de que luego del

[37] MAZZINGHI, Jorge A., "La adopción prenatal", en *Derecho de Familia*, prólogo de Guillermo A. BORDA, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, 3ª edic., tomo 4, pp.176-181.

[38] CAMARA NACIONAL CIVIL, Sala I. Fundamentan los magistrados Delfina M. BORDA y Julio OJEA QUINTANA : "... en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona , y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él, y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica." Consultar la reproducción completa del texto del fallo, MOLINA, Alejandro, texto de su dictamen y del de SANZ, Carlos, Asesor de Menores y Fiscal ante la Cámara, respectivamente. Asimismo, cfr. el texto, la nutrida bibliografía citada y la nota al fallo: BENAVENTE, María I., "El comienzo de la vida. Su protección jurisdiccional a la luz del derecho argentino vigente", en *El Derecho*, n° 9902, Buenos.Aires, 20-12-99.

[39] LA NACION, 6-5-2002. Se publicó la información, suministrada por el director médico del Instituto *Halitus* de Buenos Aires, Dr. Sergio Pasqualini, que nació un bebe de un embrión crioconservado durante nueve años en ese centro biomédico. Informó además la existencia de unos 500 embriones crioconservados en el centro médico de referencia. Esta noticia y otros antecedentes similares, aunque no de tantos años de criopreservación, permiten aguardar con esperanza fundada que si se implementase la filiación por renuncia o abandono de embrión crioconservado, la expectativa de gestaciones saludables no sería una audacia más.

plazo fijado, su silencio se interpretará como renuncia a la potestad parental.

Entonces, se podrá proceder a autorizar la transferencia de los embriones en su madre, en primer lugar, si ella así lo aceptase. Pero, si esto no fuese posible o no lo fuese respecto de todos los embriones-hijos del matrimonio, ellos se implantarán en la mujer del matrimonio que solicitase acogerlos dando origen al nuevo vínculo jurídico paterno-filial y de parentesco: la filiación por renuncia o abandono parental del hijo-embrión crioconservado, instituto que otros autores optan por denominar adopción prenatal. Por mi parte, dada la transitoriedad de la figura en respuesta excepcional ante la emergencia considero mejor distinguirla, desde su nombre, de la filiación por adopción, instituto regular del derecho de familia nacional, que responde a otra realidad.

Conclusión expectante.

Asimismo, alienta nuestra esperanza de la pronta concreción legislativa del instituto que hace años propugna la doctrina civilista nacional[40], el citado fallo de la Sala I de la Cámara Nacional Civil, el reconocimiento de la dignidad humana de modo expreso y como tal, sin excepciones, en las Declaraciones y en las Convenciones Internacionales, como bien señala Andorno[41] quien destaca en especial la importante Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, proclamada por la Unesco en 1997, la que tras debate intenso, en el artículo 2 afirma : “a) *Cada individuo tiene derecho al respeto de su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas,* b) *Esta dignidad impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete su carácter único y su diversidad.*”[42] Exalta, también, el logro de la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa de 1997, oficialmente conocido también como Convenio de Oviedo,

[40] SAMBRIZZI, Eduardo A., “La solución en las distintas legislaciones” en *“La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp.179-186.; MAZZINGHI, Jorge A., “La adopción prenatal”, en *Derecho de Familia*, cit.; LOYARTE, Dolores, “Adopción prenatal” en *Jurisprudencia Argentina*, Número especial sobre la ley 24.779, coordinado por Nora LLOVERAS, Bs.As., 1998; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Un actual y trascendente supuesto: la curatela especial del concebido crioconservado”, cit.; “Reglamentación legal de la filiación del concebido crioconservado”, en *Vida y Ética*, Instituto de Bioética, Universidad Católica Argentina, año 4, n°1, Buenos Aires, junio 2003, pp 111-121.

[41] ANDORNO, Roberto, “La dignidad humana como noción clave en la declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano” en *Apuntes Jurídicos*, n°5 Consejo Latinoamericano de Estudios de Derecho Internacional y Comparado, COLADIC, Mendoza, 2003, pp.11-24.

[42] UNESCO. ONU. DECLARACION UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1997, cfr. su texto, en *Cuadernos de Bioética*, n° 2-3, Ad-Hoc, Bs.As., 1998. Cfr. su exhaustivo análisis en VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho Genético*, prólogo de Marcelo PALACIOS, Grijley, Lima, 2001, 4° edición, p.151; BERGEL, Salvador, “Genética y Derechos Humanos de cara al siglo XXI”, en AA.VV. *Derechos y Garantías en el siglo XXI*, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida.-LÓPEZ CABANA, Roberto (Directores), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, pp.187-206.

que consagra por primera vez a nivel internacional, normas sobre biomedicina con fuerza jurídica vinculante para los Estados firmantes[43]. Varsi Rospigliosi, por su parte subraya con convicción afín, que la Convención protege de modo expreso la dignidad, identidad e integridad del ser humano frente a los avances de la biología y de la medicina y en caso de conflicto propugna la primacía de los intereses y bienestar del ser humano sobre el sólo interés de la sociedad o de la ciencia.[44]

También debe ser difundido el giro impuesto por el proyecto en curso en el año 2003 de reforma a la ley española 35 de regulación de las técnicas de 1988, porque prescribe limitar a tres el número de óvulos a fecundar por ciclo de tratamiento por infecundidad, fundándolo en la grave situación a la que ha conducido en España la práctica indiscriminada de las técnicas, evidente en la necesidad de crioconservar numerosos embriones humanos. Si bien son ya quince años de sancionada la primera y permisiva ley española, la reforma es alentadora y profundamente significativa.[45] Eduardo Sambrizzi, destaca que a su vez el Senado italiano aprobó por mayoría absoluta - 385 votos a favor, 3 en contra y 13 abstenciones- tanto el Convenio de Oviedo como también el Protocolo adicional que prohíbe la clonación de seres humanos.[46]

Estos valiosos reconocimientos jurídicos son fruto de la perseverante labor de la bioética-jurídica, en especial de la bioética personalista, de años

[43] ANDORNO, Roberto, "La Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina: hacia un encuadramiento jurídico de la Bioética, AA.VV., Edición Homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2001, pp.25-43.

[44] VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho Genético*, cit., p. 172.

[45] En relación al proyecto nacional que tuvo mejor acogida y limitaba a tres el número de ovulos a fecundar, algunos especialistas hicieron conocer sus objeciones. PROYECTO CONSENSUADO APROBADO EN EL SENADO. Puede consultarse en *El Derecho*, 173-1005, Bs.As., con el comentario de MAZZINGHI, Jorge A. "Sensatez con media sanción". Cfr. LA NACION, 4 -julio-1997, Bs. As, "Especialistas critican el proyecto de fecundación", reseña el rechazo de varios especialistas respecto al proyecto aprobado por el Senado que estipula el número máximo de tres óvulos para fecundar por ciclo, y exige transferirlos en ese mismo ciclo a su madre, salvo situación extraordinaria de dificultades de salud de ésta, únicos supuestos para los que admite la crioconservación: PASQUALINI, Sergio: "Las posibilidades de embarazo dependen del número de embriones, si se limita la cantidad de óvulos por fertilizar, las chances de lograr un embarazo caen muchísimo", coinciden: CHILLIC, Claudio , VIAGGI, Mabel, NEUSPILLER, Nicolás y otros. Ver. NICHOLSON, Roberto, "Consideraciones éticas respecto de la reproducción asistida"; POLAK, Ester, "Técnicas de reproducción asistida" en *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación*, n° 118, Bs.As., 1995., QUINTANA, Eduardo M., "Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida", *El Derecho*, 147-771; ANDRUET, Armando S. "Proyectos legislativos y persona humana. En pos de la antropología jurídica", *El Derecho*, n° 8673, Bs.As.,1995; MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, *Bioderecho*, "Derecho comparado y proyectos legislativos", en Buenos Aires, Abeledo-Perrot,1998.

[46] SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, cit., p.164.

de convocar conciencias y conductas, de la educación y la defensa de la familia compenetradas con los principios éticos vertebrales de la participación, de la responsabilidad[47] y de la solidaridad para que el auténtico significado de la reconocida dignidad humana no sólo no sea traicionado sino responsablemente promovido en el presente y en salvaguarda cierta de las futuras generaciones.

Prof. Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto



[47] PADRÓN, Héctor Jorge, *Tecnociencia y Ética*, publicación del Instituto de Filosofía, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1994; ver su magistral desarrollo de los tres principios éticos. Escribe: "...El principio de la responsabilidad es, ante todo, metafísico y consiste en la respuesta que cada uno de nosotros da al orden del ser que se concreta y expresa en todas las cosas y en todos los hombres. Esta primacía metafísica hace posible, entonces, un deber ser que se enraíza en el ser y en sus exigencias imprescriptibles..."p.25.