

El derecho a nacer de los embriones crioconservados y la patria potestad
en un caso de separación de los padres

Por Nicolás Lafferriere [1]

El 13 de septiembre de 2011, la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia del Juzgado Nacional en lo Civil nro. 92 en virtud del cual se autorizó a la madre actora a “implantarse los embriones crioconservados mediante las técnicas de rigor”, a pesar de la oposición del padre-marido y del hecho de estar separados de hecho.- (eDial.com - AA6F4B)

Algunos datos de la causa:

El matrimonio realizó cuatro intentos con técnicas de fecundación artificial: un intento con inseminación artificial que no dio resultado, tres intentos con “fecundación in vitro”.-

Del segundo intento sobrevivieron dos embriones que permanecen crioconservados

Del tercer intento con FIV nació un hijo varón, el 17 de agosto de 2006, luego de la transferencia de cuatro embriones.-

Del tercer intento sobrevivieron tres embriones que no fueron transferidos.-

En octubre de 2006 luego del nacimiento del hijo mencionado, el matrimonio se separa de hecho y existe un proceso de separación personal y disolución de la sociedad conyugal en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 Secretaría 2 de Tres Arroyos.-

En octubre de 2008 la actora solicita una “medida cautelar de protección de persona” en los términos del art. 234 del Código Civil y Comercial Procesal en beneficio de los cinco embriones crioconservados que se encuentran en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER).-

Las grandes líneas argumentales del fallo son las siguientes:

La doctrina de los propios actos impide acoger el pedido del padre porque el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación.-

La desestimación de la adopción prenatal planteada por el padre, pues no había sido objeto del proceso y se debía contar con la conformidad de la madre.-

Los alcances de la paternidad biológica en el marco de las técnicas de fecundación artificial: “la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial”

La ausencia de legislación concreta y específica no puede constituir un obstáculo para alcanzar soluciones consagradas en los principios generales del Derecho, en la Constitución Nacional y el ordenamiento jurídico positivo.-

El reconocimiento de que se es persona desde la concepción, ya sea dentro o fuera del seno materno y que desde ese momento se goza del derecho a la vida y a nacer.-

En este marco, formulamos a continuación un breve comentario jurídico sobre la sentencia:

1. La plena personalidad de los embriones concebidos extracorpóreamente

El fallo es muy claro en reconocer la plena personalidad de los embriones concebidos extracorpóreamente. En efecto, con claridad se afirma *“para la ley civil argentina se es persona desde la concepción”*.-

Sin perjuicio de señalar que en el expediente nunca se discutió el carácter de persona de los embriones crioconservados, el fallo aborda la cuestión problemática que surge de los artículos 70 y 63 del Código Civil, en el sentido que se precisaría estar concebido *“en el seno materno”* para ser considerado persona. Al respecto, se afirma con claridad:

“Si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX (ley 340 sancionada el 25/ 09/1869; promulgada el 29/09/1869 y publicada: R.N. 1863/69, pág. 513) cuando evidentemente era impensada la fecundación “in vitro”. El texto se corresponde con la realidad imperante al tiempo de la sanción del Código; el desarrollo de las modernas técnicas biomédicas de fecundación ectogénica (in vitro) — desconocidas en aquel entonces— tornan indudable la afirmación que también el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho. Es que el hecho de que no haya concepción en el seno materno no es óbice para aplicar el art. 70 por analogía en mérito de lo dispuesto por el artículo 16 del mismo cuerpo legal. (Conf. Rivera, Julio César , "Instituciones de Derecho Civil. Parte General"; tomo I, cuarta edición actualizada; ed. LexisNexis Abeledo – Perrot; pág. 408). Se impone, una interpretación del elemento gramatical —humanista y finalista— acorde con la evolución de los avances científicos y congruente con el pensamiento del codificador de tutela de la vida humana (arg. arts. 63, 70, 72, 75 Cód. Civil), superadora de una antinomia manifiestamente discriminatoria que diferenciara la situación del concebido según el diverso lugar en que se produce el contacto fertilizante de las células germinales (Banchio, E. en "Código Civil y leyes complementarias", Dir. A. Bueres, Hammurabi, t. 1; p. 454.)

El fallo complementa esta línea argumental con citas a la doctrina argentina que de manera *“casi unánime”* aprueba el pensamiento de Vélez Sarsfield y con citas de *“las normas posteriores al Código Civil que reafirman esta interpretación de considerar sujeto de derecho al concebido extracorpóreamente”*. Entre estas normas menciona la ley 23.264 de filiación y patria potestad, la ley 26061, el Derecho Público Provincial, la Constitución Nacional , la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los derechos del Niño. También se refiere al Código Civil Peruano, a la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.-

2. La resolución de la disputa en torno al destino de los embriones

El núcleo del conflicto resuelto en autos es la oposición del marido a la transferencia de los embriones en virtud de encontrarse separados de hecho. El Tribunal resuelve en función del principio sentado anteriormente sobre la personalidad de los embriones, de modo que, como lógica consecuencia, sólo podía resolver a favor del derecho a nacer de los embriones crioconservados.-

Este *“derecho a nacer”* es mencionado a través de una oportuna cita: *“es dable referir que la vida, “más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia” (Conf. Badeni, Gregorio, “El derecho constitucional a la vida, en la obra: “El derecho a nacer” de Badeni Gregorio y otros, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 29.) Por lo tanto “sin el amplio reconocimiento del derecho natural de vivir no existe una Constitución personalista” (Conf. Badeni, Gregorio, ob. cit. pág. 31)”*.-

El fallo, en este punto, se reclina además en dos líneas argumentales para desestimar la negativa del padre: por un lado, se reconoce la paternidad biológica aceptada voluntariamente: *“Respecto de la voluntad parental, es oportuno recordar que el apelante conocía el contrato suscripto y la trascendencia del acto llevado a cabo. También conocía, las posibles consecuencias del mismo: la transferencia de los embriones o la donación prenatal a terceros, con el consiguiente riesgo de que no hubiese acuerdo entre ambos progenitores sobre el destino de los embriones criopreservados. Así pues, la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial. La voluntad procreacional explícita queda pues manifiesta en ocasión de suministrar su material genético conociendo que lo hacía con la finalidad específica de que fuera utilizado en el proceso de inseminación”*.-

Por el otro, el fallo se basa en la doctrina de los propios actos, de tal modo que es inadmisibles la oposición del padre luego de que firmara un contrato que disponía que “ambos determinarían el futuro para cualquiera de los ovocitos pronucleados/embriones que se encuentran congelados y almacenados salvaguardando siempre la preservación de los mismos”.-

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

Por otra parte, aunque el fallo no lo plantea, nos preguntamos por qué debía imponerse a la mujer la voluntad del padre. Es decir, si la cuestión era decidir el destino de los embriones —como si la vida humana pudiera quedar en manos de los padres—, por qué la oposición de uno de ellos debía primar sobre la voluntad del otro. En todo caso, la decisión de la madre sólo significaba avanzar con el derecho de los hijos a vivir.-

Finalmente, el fallo menciona tangencialmente la patria potestad, que debería ser la auténtica fuente para resolver el contrato en los claros términos del art. 264 del Código Civil: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.-

En efecto, el art. 264 contiene todos los elementos para resolver esta disputa:

Nos señala que la patria potestad comienza desde la concepción, sin indicar lugar de ese inicio;

Dispone que la patria potestad configura un derecho y un deber, de modo que no cabe la mera la voluntad del padre de desentenderse de la situación de sus hijos concebidos;

Establece que la patria potestad tiene por finalidad “la protección y formación integral” de los hijos y no la satisfacción de los deseos reproductivos de los padres.-

Es muy saludable que un fallo judicial haya puesto el foco donde debe estar: en la responsabilidad de los adultos para cuidar y promover el interés superior de los niños, interés superior que, en los hechos, queda vulnerado cotidianamente en tantas técnicas de fecundación artificial.-

3. La trama del contrato de fecundación in vitro sale a la luz

El fallo analizado deja a la luz, como pocas veces, todas las aristas que poseen los contratos para la realización de técnicas de fecundación in vitro. Más allá que el contrato en sí se perdió en una mudanza, según afirma el fallo, estos contratos:

Disponen sobre la vida y la muerte de personas humanas por nacer;

Cosifican a los embriones, al hablar de su “donación”;

Implican una importante cantidad de intentos fallidos y problemáticas conexas en virtud del aumento en el número de embriones concebidos para aumentar las posibilidades de un nacido vivo;

Involucran incertidumbre en torno a cuántos embriones efectivamente quedaron crioconservados, dato que muchas veces es desconocido por los mismos padres;

Someten el destino de los hijos crioconservados a un mero contrato firmado por los padres;

Hacen depender la decisión sobre el destino de los embriones de la voluntad de ambos o bien, del hecho que “dejasen de pagar su costo de almacenamiento”;

Convierten a cada embrión en un mero “medio”, cuando se afirma “que la razón por la que se crea más de un embrión no es la voluntad de los padres de tener igual cantidad de hijos sino la futura utilización para supuestos en que la transferencia no resulte favorable para un nacimiento, motivo por el cual se los mantiene crioconservados”.-

Esta última frase, que corresponde a los argumentos vertidos en juicio por el padre, deja en evidencia la intrínseca lógica manipuladora y utilitaria de la fecundación extracorpórea de embriones. Estos embriones no son queridos en sí mismos, sino en la medida en que haya un nacimiento vivo. Y una vez que se consigue el nacimiento, el resto de los embriones-hijos quedan a su suerte, abandonados por los padres, que no siempre los quisieron.-

En síntesis, un muestreo de los contenidos de los contratos celebrados para la realización de las técnicas de fecundación artificial deja en evidencia que estos contratos son claramente nulos de nulidad absoluta por violentar las disposiciones del art. 953 del Código Civil.-

4. La cuestión de fondo: la concepción de embriones “in vitro”

Estas últimas consideraciones nos conducen al fondo del asunto: los atentados contra la vida humana que se producen por causa de las técnicas de fecundación artificial, especialmente extracorpóreas.-

Al fallo le ha tocado abordar uno de esos dilemas que siempre se plantean en la fecundación extracorpórea y que son intrínsecos a la técnica, pues la técnica conlleva la concepción de seres humanos fuera de su ambiente natural.-

Es inadmisibles que, pudiendo evitarse la concepción de esos embriones, se los genere y luego se pretenda resolver judicialmente los problemas que tal generación produce. El camino más razonable y acorde con los derechos humanos es el cese en la generación de embriones fuera del seno materno.-

Son muchos los problemas que acarrearán las técnicas y los jueces y el legislador tienen por delante una responsabilidad enorme en defender a ultranza los derechos –cada vez más olvidados– de los niños concebidos. Este fallo va en esa línea y por eso cabe aplaudirlo.-

[1] Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor de Derecho Civil (UBA y UCA). Director de Investigación Jurídica Aplicada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia.

Citar: elDial DC16F3

Publicado el: 10/6/2011

copyright © 1997 - 2019 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina