

Importante fallo judicial defensor de la dignidad personal de los embriones congelados. Apuntes sobre la nulidad de los actos jurídicos vinculados con la fecundación artificial a la luz del art. 953 del cód. civil y del principio constitucional de razonabilidad(1)(2)(3), Por Arias de Ronchietto, Catalina Elsa; Basset, Ursula C. y Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho 245-72

1

Introducción

Se ha producido un fallo de gran trascendencia jurídica en torno a la defensa de la dignidad humana desde el momento de la concepción(4). La sentencia hizo lugar a la solicitud de la madre, a pesar de la oposición del padre de quien se encuentra en trámite de separación, y ordenó que se le transfirieran sus hijos en estado de embriones crioconservados.

Reconoce, así, a los embriones humanos concebidos extracorpóreamente y congelados, como hijos, pacientes, y seres humanos con derecho a continuar el natural desarrollo de su vida, de ser gestados por su madre y de nacer. De esta manera, la justicia en esta sentencia, con independencia de las vicisitudes personales de los cónyuges-progenitores, coloca su mira correctamente en la plena vigencia del instituto de la patria potestad en su sentido más pleno, expresado en el art. 264 del cód. civil: "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". Artículo éste respaldado por todo el derecho argentino, en especial la Declaración Interpretativa argentina al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, al momento de ratificarla.

Se han publicado numerosos trabajos sobre esta compleja cuestión, incluyendo exposiciones de asesoramiento legislativo, muchas de ellas de autoría de los aquí firmantes. Por ello, en este breve comentario la intención es llamar a la reflexión sobre un aspecto generalmente soslayado, "invisibilizado" al momento de consentir la aplicación de las biotécnicas de fecundación humana artificial. Este fallo ha vuelto a traer a debate este aspecto, a saber, la cuestión respecto de la nulidad de los actos jurídicos que supongan transacciones:

a) cuyo objeto sea la vida humana o la dignidad humana en cualquier estadio de su desarrollo;

b) cuyo consentimiento se encuentre eventualmente viciado, por no estar satisfecho el estándar de información exigido por el Código Civil y las leyes especiales;

c) que supongan arbitrariedad o alteración de los principios constitucionales vigentes que suponen el marco fundamental de la vida social.

En cuanto a la nulidad que deriva del objeto, la fuente a considerar es el art. 953 del cód. civil. Éste dispone que el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio. No pueden ser objeto de un acto jurídico los hechos ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes. En el caso de marras, la dignidad es un derecho inalienable de la persona humana, y lo propio cabe decir de la existencia humana. Triste sería el retorno del derecho a la época en que determinados seres humanos podían ser comprados o vendidos, alojados en recintos indignos o mutilados por razones diversas.

En cuanto al consentimiento, éste se encuentra radicalmente viciado, pues como este fallo ha dejado traslucir, un número de circunstancias son habitualmente desconocidas por la mayoría de los ciudadanos, y sobre todo, por aquellos que consienten la realización de las técnicas mismas, como lo demuestra la defensa esgrimida por el padre de los embriones crioconservados en este fallo. En este sentido, los arts. 923-935 regulan los efectos del error en cuanto vicio de los actos jurídicos. No obstante, el error de derecho en cuanto a la imposibilidad de contratar en esta materia no es jamás excusable ni evita la responsabilidad derivada del acto. En tanto las leyes especiales prevén la obligación de una información clara, precisa y adecuada (art. 5º, ley 26.529), previéndose

sanciones especiales de índole administrativa y responsabilidad civil del médico o de la institución en caso de incumplir la obligación de brindar tal información (art. 21, ley 26.529).

Por último, en virtud del principio de razonabilidad enunciado en el art. 28, CN, se prohíbe "alterar" los "principios, garantías y derechos reconocidos...". Toda vez que el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano forma parte de una garantía constitucional, es jurídicamente ilícito e inconstitucional el admitir un contrato cuyo objeto suponga la compra y venta de un servicio que pueda implicar el descarte de embriones humanos o su congelamiento.

No es éste el lugar de abundar en reflexiones sobre el reconocimiento de la personalidad de los embriones concebidos extracorpóreamente y no transferidos –por lo demás, ya sostenido abundantemente por fuentes académicas del más alto prestigio–; ni sobre el agravio del rechazo paterno a la transferencia a su madre, todo ello violando los deberes de una paternidad ya plena y jurídicamente determinada. El objeto de estos apuntes es esbozar una síntesis de algunos rasgos característicos de los que adolecen los actos jurídicos involucrados en la realización de las técnicas de fecundación artificial.

2

Breve enunciación de los actos jurídicos principales involucrados en la realización

de las técnicas de fecundación artificial

El eje de atención recae sobre un aspecto ético y tecno-jurídico. Ocurre que los intensos debates sobre la aplicación de las técnicas de fecundación artificial, centrados en la defensa o el desconocimiento de la dignidad de cada vida humana como cuestión principal, descuidan evaluar los cuestionables actos jurídicos que estas biotecnologías involucran(5).

En este sentido, el fallo en comentario actualizó la necesidad de reflexionar sobre este punto. La prueba traída a consideración durante el proceso, visibilizó los diferentes actos tecnocientíficos que tuvieron por objeto la disposición arbitraria de la vida concebida. En efecto, hubo cuatro intentos del matrimonio de lograr una fecundación artificial: un intento con inseminación artificial que no dio

resultado y tres intentos con "fecundación in vitro". Del segundo intento sobrevivieron dos embriones que permanecen crioconservados y del tercer intento con FIV, nació un hijo varón el 17-8-06, luego de la transferencia de cuatro embriones. En este último caso, sobrevivieron tres embriones no transferidos y crioconservados.

Consecuentemente, podemos colegir que se instrumentaron los siguientes actos jurídicos:

* Diagnóstico/s de esterilidad o infertilidad debidamente comprobada, cada vez.

* Realización de técnica de inseminación artificial la que, a su vez, pudo haber involucrado:

- Intensa estimulación hormonal ovárica, en la actualidad cuestionada en relación con la salud de la madre.

- Obtención de los gametos masculinos del esposo, y eventualmente su preparación para fines de fecundación,

- Inseminación de la mujer con los gametos masculinos.

* Tres intentos de técnica de fecundación in vitro, con los consiguientes actos:

- Intensa estimulación hormonal ovárica, reiterada cada vez,

- obtención de gametos femeninos,

- obtención de gametos masculinos, y eventualmente su preparación para fines de fecundación,
- fecundación in vitro, producción supernumeraria de embriones,
- selección preimplantatoria de embriones,
- transferencia de los embriones seleccionados,
- crioconservación ("guarda") de los embriones no transferidos,
- eventual "donación" prenatal de los embriones crioconservados, según léxico del acuerdo citado.

A su vez, cada uno de estos actos debería haber ido acompañado de una suficiente, clara, veraz y comprensible información para los progenitores-pacientes, en todo cuanto las técnicas implican, a saber, al menos, los siguientes rubros: a) selección de los embriones-hijos; b) comprensión –ardua pero ineludible– de que la vida de los hijos que tal vez nazcan cuesta la vida de sus hermanos; c) toda la información relativa a las técnicas aplicadas; d) a sus tasas de éxito reales y en nuestro medio; e) los riesgos involucrados en particular para la salud de la madre; f) las consecuencias para la vida de la familia de un eventual nacimiento múltiple; g) los costos de los llamados tratamientos, en detalle; y h) el efecto psicológico en el niño así concebido (aspecto éste totalmente silenciado por la mayoría de la literatura, y que sin embargo, estudios pioneros acreditan)(6).

Esta rápida enumeración descriptiva de los principales aspectos involucrados tal como se desprende de los hechos narrados y acreditados en el expediente, permite advertir toda su complejidad. Cabe preguntarse si estas circunstancias que rodean esta modalidad de fecundación son verdaderamente acordes a la dignidad de la procreación humana. De suyo implican un agravio a la inviolabilidad de cada vida humana, toda vez que las técnicas invariablemente suponen el descarte de embriones por medio de una selección que inevitablemente tiene un punto de arbitrariedad (que en derecho, se denomina acepción de personas o discriminación). La patria potestad comienza con la concepción, pero la finalidad de ejercicio que impone el art. 264 a los

padres es la formación integral de los hijos. De ahí que cualquier ejercicio que sea contrario a tal finalidad deviene antifuncional y abusivo. La excesiva simplificación con que se suele considerar la aplicación de las técnicas suele presentarlas como reducidas a una mera relación contractual cuya finalidad es el crecimiento de la familia. No obstante, este discurso es una banalización, pues el verdadero objeto y causa de tal contrato agravia al art. 953 y concordantes, transformando el proceso procreativo en un "contrato de adhesión" cuyo objeto es un niño. Los mentados "éxito" o "fracaso" de dichos procesos soslayan que lo que está en juego son siempre vidas y dignidades de seres humanos.

3

Algunos contenidos de los actos jurídicos explicitados por el fallo

Justamente en este punto, el valioso fallo firmado por las magistradas Dras. Marta Mattera y Beatriz Verón deja a la luz, como pocas veces, todas las insuficiencias éticas, jurídicas y también deontológicas que poseen los "contratos" (¿lo son?) para la realización de técnicas de fecundación in vitro. Veamos algunos de sus contenidos.

a) La existencia de un "contrato" (extraviado) y el "modelo en blanco"

En primer lugar, vale aclarar que el fallo deja constancia de que en el caso de autos se había firmado un contrato, aun cuando el texto firmado nunca se acompañó por haberse "extraviado en una mudanza", y en su lugar, se adjuntó "un formulario modelo en blanco".

Dice la sentencia: "De la lectura de autos se advierte que las partes firmaron un contrato con el IFER, que implica su consentimiento informado, instrumento que según informa el propio Instituto, a fs. 343, no pudo ser adjuntado por haberse extraviado en una mudanza interna de consultorio, razón por la cual agrega a fs. 339/342 un formulario modelo en blanco y la mención del Dr. Edgardo Young expresando que ambos esposos lo firmaron en su presencia".

Llama la atención este –llamémoslo recurso– "modelo en blanco", pues revela un modus operandi, asesorado tal vez, que parece dejar poco margen para un ajuste de redacción en función de las

características particulares de cada caso y transforma la contratación de estos servicios biotecnológicos en una suerte de "contrato de adhesión", sin tener claro siquiera a qué se adhiere.

Cabe también subrayar sobre cuanto ello significa en resguardo del denominado "consentimiento informado", indiscutible derecho de los pacientes. Por ello, existe una casi unánime crítica doctrinaria a la generalizada práctica de rutinizar el "consentimiento informado" a través de un mero proceso de firma de un instrumento. Ello sin perjuicio de las consideraciones de fondo que realizamos sobre la nulidad de estos actos jurídicos, toda vez que no hay consentimiento válido para prestar si el objeto de ese consentimiento es un precio en dinero a cambio de la concepción de una vida humana.

b) Los contenidos del contrato

El fallo continúa precisando los alcances del "contrato" en lo que concierne a la crioconservación de los hijos-embriones: "Pese a la ausencia material del contrato, no existe controversia acerca de los términos y alcances del mismo. En efecto, las partes son contestes en que acordaron, a fs. 341/342: "Programa de Criopreservación de Ovocitos Pronucleados/Embriones Autorización de Congelación", pto. 5, 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. Convinieron en que si el matrimonio se terminara por fallecimiento de ambos cónyuges o ante la imposibilidad física de recibir los ovocitos pronucleados/embriones congelados, los ovocitos pronucleados/embriones congelados fueran destinados a la donación del/de los mismo/s a una pareja infértil la que será determinada por el IFER (pto. 6 de fs. 342). Pactaron que en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría del consentimiento de ambos cónyuges para tratarlo con autoridad competente, tal como surge del ap. 7 de fs. 442".

Dejando de lado otras consideraciones, los jueces son la autoridad competente indiscutiblemente, incluido el Ministerio de Menores o un Curador Especial en el caso.

En otro pasaje, la clarificadora sentencia se refiere a las argumentaciones vertidas por el padre, quien a fs. 75 "detalla que firmó un contrato de consentimiento informado de la pareja para realizar la crioconservación de embriones, por el cual se comprometieron a determinar la futura disposición de los mismos en forma conjunta y en caso de no desear su transferencia en el propio matrimonio dieran instrucciones por escrito sobre su destino. Refiere que expresamente renunciaron a la alternativa de su destrucción y que en caso de que no diesen las instrucciones conjuntas referidas o dejasen de pagar su costo de almacenamiento, autorizarían a donar dicho embriones a una pareja estéril".

Sobre la cantidad de embriones que se concebirían, el fallo transmite las expresiones del padre: "el procedimiento consiste básicamente en la fertilización extracorpórea de entre quince o veinte óvulos para su posterior implante en el seno materno. Aclara 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 el implante no resulte favorable para un nacimiento, motivo por el cual se los mantiene crioconservados". Acaso se puede ignorar que los óvulos humanos fecundados son embriones... humanos.

En torno al mismo punto de la "cantidad" de embriones, es llamativo advertir que el fallo da cuenta de una controversia sobre el número de los embriones crioconservados: "entre los dichos de la actora, que invoca la existencia de cinco embriones crioconservados y lo informado por el IFER a fs. 1 surge una diferencia de dos embriones". Esta controversia fue luego zanjada mediante "la constatación efectuada por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces de Primera Instancia" y por "tres informes de procedimiento de fertilización asistida que lucen a fs. 24, 25 y 26, todos los cuales se encuentran certificados".

La oposición del padre a la transferencia de los embriones quedó documentada en autos a través de una "carta documento remitida al IFER por el Sr. A. C. S., en la que comunica su "absoluta oposición y disconformidad" en virtud de la carencia de voluntad procreacional para que el "material genético crioconservado" le sea implantado a la Sra. A. P. , la que, tal como refiere el Representante del Ministerio Pupilar, obra en el legajo de la institución".

Finalmente, en otro pasaje de la sentencia se alude a la naturaleza jurídica de la relación entre el centro de fecundación artificial (IFER) y los embriones y se habla de una "guarda": "los cinco embriones están crioconservados, es decir a una temperatura de alrededor de -200°C en el IFER, instituto que reviste el carácter de guardador de los mismos, con miras a una futura implantación o para su donación prenatal a terceros". ¿Puede el IFER erigirse en guardador sin intervención del Estado, en legítimo proceso de guarda? ¿Pueden los padres disponer de sus hijos, dándolos en guarda sin intervención del Estado? Y si se respondiera afirmativamente, ¿por qué algunos padres –los que conciben por fecundación in vitro– pueden contractualizar la guarda de sus hijos mientras que esa alternativa resulta prohibida en el caso de la adopción? ¿Tienen los hijos un diverso espectro de derechos según el modo en que sean concebidos?

La sentencia también señala que el contrato implica la aceptación de la "paternidad biológica": "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".

Breve valoración crítica de los contenidos

de los actos jurídicos involucrados

en la fecundación artificial

La selección de citas del fallo en cuestión es gravemente alertadora porque permite advertir que los actos jurídicos involucrados en estas técnicas poseen las siguientes características:

* Establecen la realización de prestaciones para la fecundación de nuevas vidas humanas, aun cuando no todas son directamente queridas por sí, se admite que se congelen algunas de ellas (con un altísimo porcentaje de muerte) o mueran en las sucesivas manipulaciones, o bien en el abandono definitivo de los padres sin destino cierto.

* Convierten a cada embrión –hijo y paciente– 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 el implante no resulte favorable para un nacimiento, motivo por el cual se los mantiene crioconservados".

* Hacen depender la decisión sobre el destino de los embriones de la voluntad de ambos padres o del hecho que "dejasen de pagar su costo de almacenamiento".

* Someten la posibilidad de transferir los hijos crioconservados a otra "pareja" a un mero contrato

firmado por los padres, sin intervención judicial ni del asesor de menores o curador especial de los embriones.

* Cosifican a los embriones, al hablar de su "donación", contrato que sólo se aplica a cosas.

* Contienen cláusulas de renuncia a la posibilidad de "destrucción" de los embriones, como si tales cláusulas fueran legalmente válidas en la Argentina. No se renuncia a cometer un delito.

* 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 en el caso concreto generó una controversia inicial entre la madre y el centro de fecundación artificial.

* Tienen por objeto a personas humanas por nacer, sobre las que se decide su "crioconservación", un procedimiento que detiene su normal desarrollo, aun cuando se recurre a la terminología de "guarda".

En síntesis, los actos que estamos analizando disponen sobre la vida y la muerte de personas humanas por nacer y son claramente antijurídicos.

del art. 953 del cód. civil

Este breve muestreo de los contenidos de los "contratos" celebrados para la realización de las técnicas de fecundación artificial deja en evidencia que estos actos ("contratos") son claramente nulos de nulidad absoluta por violentar las disposiciones del art. 953 del cód. civil y concs.

El art. 953 del cód. civil establece: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto".

El art. 953 es, puede afirmarse, el corazón mismo del sistema ético-jurídico del Código Civil en materia de actos jurídicos. En sus disposiciones luce el pensamiento del Codificador que, aun cuando había dado amplio campo a la autonomía de la voluntad en el art. 1197, señaló con límites expresos y objetivos el marco en el que tal autonomía de la voluntad debía desenvolverse lícitamente.

Este art. 953 del cód. civil entronca con el art. 21, que establece: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

En cuanto a los derechos de los niños, la ley 26.061 establece en su art. 2º: "Aplicación obligatoria. La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad. Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos. Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles".

Aplicando los arts. 953 y 21 del cód. civil y el 2º de la ley 26.061 a los actos jurídicos presentados anteriormente se advierte:

* Que esos actos jurídicos, especialmente los que refieren a la crioconservación de embriones, toman como objeto a personas por nacer y por disposición del art. 953 las personas no pueden ser objeto de actos jurídicos, pues sólo pueden serlo las "cosas" o los "hechos".

* Que los hechos que sean objeto de un acto jurídico no deben ser contrarios a las buenas costumbres y ciertamente vulnera las buenas costumbres un contrato que tiene por objeto detener el normal desarrollo de una persona o disponer en el futuro su "donación" o concebir seres humanos como mero "medio" para el nacimiento de otras personas.

* Que los hechos no pueden oponerse "a la libertad de las acciones" y la crioconservación limita radicalmente la libertad de las personas por nacer, al detener biológicamente su desarrollo.

* Que los hechos no deben perjudicar a terceros, y la crioconservación de embriones ciertamente perjudica a terceros, así como también la generación de embriones en forma extracorpórea los coloca en serio riesgo para su vida(7).

* Que la Convención sobre los Derechos de los Niños rige en las condiciones de su vigencia –con declaraciones interpretativas y reservas–(8) y que los derechos de los niños son de orden público, de modo que mal pueden ser alterados por las convenciones de los particulares.

Como bien resalta Eduardo Quintana, "en la fecundación artificial el hijo por venir es materia de un contrato entre el o los progenitores y el prestador del servicio que, por tanto, se compromete a realizar un opus u obra"(9). También, Silvia Marrama señala que "los contratos celebrados entre los centros de fecundación artificial extracorpórea y los clientes –y todos los contratos y actos jurídicos conexos– ya que afectan en forma patente el orden público, son nulos de nulidad absoluta y deben ser declarados tales de oficio por los jueces"(10).

Algunos autores intentan defender la existencia de un "derecho al hijo". En este sentido, la conocida bioeticista Margareth Sommerville sostuvo que "hemos cambiado el énfasis en las prácticas de adopción desde los derechos de los padres biológicos al bienestar de los niños, y ahora debemos hacer lo mismo en relación al uso de las nuevas técnicas de reproducción. Los niños tienen que ser puestos en el centro de la consideración al momento de tomar decisiones"(11).

Por otra parte, la doctrina contemporánea insiste en un cambio de paradigma que lleva a subjetivar al niño. Es un cliché referirse al traspaso del niño objeto de derechos de adultos al niño sujeto de sus propios derechos. Estos viejos criterios que la doctrina proclamaba superados tienen un oscuro renacimiento por vías del emblema ascético que provee la tecnociencia.

Los contenidos transcritos dejan 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, siendo muchas veces abandonados por los padres.

Como hemos sostenido en otras ocasiones, "la intermediación de las técnicas de fecundación asistida en la procreación humana es siempre invasora de una realidad que la excede, lo evidencian sus exigencias procedimentales disfrazadas de garantía, de mal menor. Todo en las técnicas de fecundación extracorpórea delata su origen veterinario, ámbito al que, con ciertas reservas, debieran regresar. Pero la presión de ingentes intereses creados, las millonarias inversiones y el correlativo rédito pecuniario que rinden, rédito que incluye el eventual renombre internacional a conquistar en el contemporáneo tráfico de honores, son algunas de las razones de este *laissez faire, laissez passer*. El abuso medrador de la frustración mal encausada de quienes son los usuarios de las prácticas de reproducción humana extracorpórea se ha apropiado de un mercado de ambiciones y aflicciones"(12).

Está en jaque el resguardo de la dignidad de la transmisión de la vida(13), que no puede quedar sometida a parámetros técnicos de control y manipulación, sino que se tiene que realizar en el marco humano pleno de la unión sexual entre varón y mujer. Por estos motivos, sostenemos que hoy en la Argentina, las técnicas de procreación artificial resultan actos contrarios a las buenas costumbres y, por lo tanto, nulos de nulidad absoluta por aplicación de los arts. 953, 21 del cód. civil y 2º de la ley 26.061. Es más, proponemos que sean suspendidas, al menos hasta la sanción de una ley de protección de los embriones humanos y el conocimiento público del incierto destino de miles de embriones crioconservados.

En cuanto al consentimiento, queda claro que resulta viciado, toda vez que se encuentra menoscabado por el instrumento elegido para la contratación (contrato de adhesión), pero por sobre todo porque ni los padres que contratan, ni la sociedad en su conjunto tienen suficiente información como para decidir mirando a la cara el lado oscuro de las técnicas.

Actos jurídicos nulos, y entonces, ¿qué?

El contrato es nulo de lege lata. Lo es de hecho, y más aún, por multiplicidad de razones. Pero al llegar a este punto del análisis, conviene preguntarse la significación de esta conclusión en la práctica, vale decir, un pequeño ejercicio de ciencia ficción.

- ¿Qué seguiría a declarar nulo el contrato? La patria potestad queda incólume, toda vez que ésta nace con la concepción (único reparo que ofrece el fallo: la patria potestad no depende de que el padre la haya confirmado con sus propios actos). Por otra parte, el art. 264 no distingue entre concepción corpórea y extracorpórea para hacer nacer la patria potestad. Vale decir que los padres están obligados a la formación integral de sus hijos concebidos.

- Toda vez que las partes llevan adelante un trámite de separación personal transformado luego en divorcio por presentación conjunta, ¿la cuestión podría haberse incardinado como una petición de tenencia provisoria o definitiva por parte de la madre? (¿La gestación es una forma de tenencia?... es un lenguaje que siempre ha generado algún escozor).

- Si el padre hiciera abandono de los niños, podría privárselo de la patria potestad. Claro que con la actual redacción de la ley 26.061, derogatoria de la ley de patronato, se derogó también la cláusula que refería que la privación de la patria potestad no hacía cesar el deber alimentario. Siendo que esa cláusula no está vigente, por la derogación antedicha, la fijación de cuota alimentaria pese a la privación depende enteramente de la aplicación directa de la Convención sobre los Derechos del Niño. Claro que eso depende del viejo debate doctrinal en torno a la causa de los alimentos a los hijos (la filiación o la patria potestad). ¿Podríamos encontrar una encerrona en las mismas leyes invocadas para proteger a los niños?

- No obstante, dichos niños (porque, mal que pese, para el derecho argentino, de lege lata, son niños), no conviven con sus padres y se encuentran colocados en una máquina de crioconservación. Más aún, no pueden tener vida autónoma sin que sean implantados, de modo que dependen de ello como una necesidad vital. En este sentido, ¿no asiste acaso a cualquiera el derecho a denunciar el maltrato y agravio a la dignidad de seres humanos que vagan en un limbo helado?(14) ¿No cabe la obligación de denunciar este maltrato a los funcionarios? (Recordamos el texto del art. 30 de la ley 26.061: "Deber de comunicar. Los miembros de los establecimientos educativos y de salud, públicos o privados y todo agente o funcionario público que tuviere conocimiento de la vulneración de derechos de las niñas, niños o adolescentes, deberá comunicar dicha circunstancia ante la autoridad administrativa de protección de derechos en el ámbito local,

bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad por dicha omisión").

- Un contrato nulo en un caso como el de marras significaría, de hecho, que los padres podrían reclamar no sólo la devolución de lo pagado, sino además los daños y perjuicios que hubiera implicado la técnica, más aún si pudieran acreditar que el experto no les brindó la información que exige el art. 5º de la ley 26.529. ¿Podrían los niños concebidos por estas técnicas también demandar a las clínicas por no haber tenido información suficiente para consentir estas prácticas –siempre a través de sus representantes naturales, que no podrían ser sus padres por haber conflicto de intereses (art. 397, cód. civil)–? ¿Podrían demandar por no haber tenido una representación autónoma a la de sus padres después de haber sido concebidos?

- La clínica en esas circunstancias y si el contrato fuera declarado nulo, ¿podría negarse a completar el proceso de implantación y devolver a los padres los embriones, negándose a continuar el sostenimiento de su congelación? Los niños morirían en el proceso de descongelamiento. ¿Podría el Juez obligar a implantarlos? Y ¿si, como se dijo el otro día en una reunión académica, en lugar del padre, hubiera sido la madre la que se negara a que le fueran implantados los embriones?

- ¿Es el contrato menos nulo porque los resultados de la nulidad sean tan aberrantes... o los resultados aberrantes de la nulidad demuestran el verdadero rostro de las técnicas de fecundación artificial? Tal vez la única lógica que permite su justificación es necesariamente la sintonía adultocéntrica, contractualista, bien que edulcorada con la empatía que produce el sufrimiento de los padres y el ansia social por la perpetuación de la especie (¿a qué precio?). La retórica del sufrimiento es un triste medio de invisibilizar la tremenda paradoja de que, volens nolens, son esos mismos padres los coprotagonistas (¿conscientes, inconscientes?) de la manipulación de la existencia humana de sus hijos desde el instante de su fecundación en recipiente vidriado.

- Vale decir, ¿no será que estas incongruencias son apenas el espejo desempañado en el que se ven las técnicas con toda su crudeza? Porque el derecho, cuando se aplica de manera coherente, desvela las injusticias. Y este es el derecho vigente en la Argentina, pero además es el derecho que se corresponde con los principios que rigen los contratos y los principios que informan la dignidad humana y su protección. Y si la aplicación del derecho lleva a resultados irrazonables, tal vez el problema sea que la técnica científica, en tanto que acto jurídico repele en sus raíces más profundas elementos constitutivos de la vida humana y social.

Estos interrogantes son apenas algunos pocos que demuestran el absurdo jurídico derivado de la admisión de las técnicas de fecundación artificial. Pero también ellos son una irreverencia al lado de un drama profundo y grave.

Justicia procreativa

¿Qué es debido al niño en torno a su procreación? ¿Qué le debe la sociedad al niño? Le debe dignidad procreativa, le debe que no sea expelido de un contrato de adhesión, le debe respeto a su integridad y unidad identitaria, y sobre todo le debe, en la medida de lo posible, proteger la familia como medio para proteger el óptimo desarrollo de la niñez. La sociedad argentina necesita debatir cuáles son los ejes de las protecciones jurídicas que se establezcan en materia de procreación.

Aristóteles decía que un pequeño error en el principio lleva a un gran error al final (parvus error in principio, magnus error in fine). Tal vez ese sea el estigma del ensayo de análisis jurídico en materia de fecundación artificial. El problema está en la raíz, no en las ramificaciones. Un punto de partida en injusto deriva en injusticias crecientes, y finalmente en lo irrazonable e incoherente.

La opción es simple: el eje adultocéntrico, privilegiando el derecho al hijo y banalizando o invisibilizando la trama de cosificación de la concepción; o privilegiar el derecho del niño a una familia, estableciendo mecanismos apropiados de adopción y de apoyo a las familias.

La justicia procreativa significa dar a cada uno lo suyo. Si un adulto no puede ser objeto de un contrato, mucho menos puede serlo un niño, quien, en palabras de la Convención, en virtud de su especial vulnerabilidad, requiere una familia y la protección de la sociedad y el Estado.

En este sentido, en la reciente XXIII edición de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en San Miguel de Tucumán los días 29, 30 de septiembre y 1º de octubre de 2011, bajo la presidencia del Dr. Ernesto Wayar, en la Comisión de Derecho de Familia(15) se votó por amplia mayoría el siguiente despacho:

"De lege ferenda: Debe prohibirse todo contrato que tenga por objeto manipular o suprimir aspectos de la identidad.

Por la afirmativa: 42 votos

Por la negativa: 3 votos".

De lege lata, la justicia procreativa podrá implicar al menos lo siguiente: a) los jueces harán bien en dar curso a las denuncias que se efectúen en protección de los niños crioconservados (como ya se hizo en el precedente "R., R. D."(16) y lo dispuesto por el art. 31, ley 26.061); b) en recibir y dar curso las acciones de daños y perjuicios que planteen hijos y padres en los términos aquí desarrollados; c) en realizar la función docente que la magistratura implica, explicando a los padres el verdadero rostro de las técnicas y la identidad y dignidad de los embriones crioconservados; d) fallar protegiendo a la parte más débil de la relación jurídica.

Harán también bien los jueces en saber que sumum ius summa iniuria. No hay justicia procreativa sino prohibiendo las técnicas, como han sostenido de hecho uno de sus pioneros –Jacques Testart–. El mester del Juez será coadyuvar apenas a visibilizar lo invisible, sabiendo que no hay solución buena, sino sólo la menos mala y que no está bien colaborar con lo que es malo. Hacer negocios con niños –aun si es para satisfacer un comprensible anhelo de paternidad– nunca es bueno (aunque los pretensos padres muchas veces no siempre tengan del todo claro, con o sin negligencia culpable, que esos embriones son hijos).

8

Reflexiones finales

La nulidad absoluta que afecta a los actos jurídicos celebrados en torno a la aplicación de las técnicas de fecundación artificial no resuelve el problema de fondo: la existencia de miles embriones crioconservados que tienen su destino subordinado a la arbitraria voluntad de los centros biotecnocientíficos y/o de sus progenitores.

En este punto, subrayamos que si bien es de claridad rotunda que la nulidad de los actos jurídicos es un aspecto muy importante en un Estado de Derecho, no es el punto central y decisivo. La gran deuda que poseemos los argentinos en este tema es con la causa de la dignidad humana ante los atentados contra la vida que se producen por causa de las técnicas de fecundación artificial, especialmente las extracorpóreas o in vitro. Se agrava la situación ante la rebeldía que han tenido algunos laboratorios a la trascendente sentencia judicial de 1999 de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil(17).

Es inadmisibles el congelamiento de personas o su eliminación, pues el derecho a cada vida humana es inviolable y sin la vida todos los demás "derechos" son inexistentes. Todos estos procedimientos agravan también a la misma deontología médica y nos refuerzan en la tesis que estos actos de fecundación artificial no son actos médicos sino actos biotecnocientíficos.

Este valioso fallo aborda uno de los problemas que surgen por la concepción de seres humanos fuera de su ambiente natural. Es ocasión para reiterar, como otras veces lo hemos hecho los autores de este estudio, la necesidad de prohibir los abusos que se cometen en la concepción de seres humanos por medio de las técnicas de fecundación artificial, a fin de resguardar de manera decisiva y justa la inalienable dignidad y el inviolable derecho a la vida de cada persona humana, desde el momento mismo de su concepción.

voces: persona - bioética - actos y hechos jurídicos - nulidad - contratos - jurisprudencia - tratados y convenios - constitución nacional - ministerio público - familia - patria potestad

(1) Catalina E. Arias de Ronchietto es Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesora titular ordinaria de Derecho Civil V. Familia. Directora del Instituto de Derecho Civil "Profesor Dr. Guillermo A. Borda", FCJS- Universidad de Mendoza. Argentina. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires.

(2) Ursula C. Basset es Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora de Derecho de Familia (UBA y UCA). Investigadora (UBA, UCA). Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Miembro del Comité Directivo de la International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family.

(3) Jorge Nicolás Lafferrière es 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, Buenos Aires.

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

(5) Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, actualización de

Borda, Alejandro, 9ª ed., 2008; Borda, Guillermo A., Tratado de derecho civil. Obligaciones, actualización de Borda, Guillermo J., Parte General, 13ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2008; Sambrizzi, Eduardo A., Instrumentos privados, prólogo de Roberto Martínez Ruiz, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993; del tratadista, cfr. Daños derivados de la procreación asistida, en Revista de Familia y de las Personas, Buenos Aires, La Ley, año 2, nº 10, noviembre 2010.

(6) Ver por ejemplo Marquardt, Elizabeth, My daddy's name is donor, que puede consultarse en Family Law Scholars, <http://familyscholars.org/my-daddys-name-is-donor-2/> (consultado el 13-10-11).

(7) Estadísticas europeas señalan que para un nacido vivo son necesarios 9,6 embriones (House Of Commons, Committee On Science And Technology, Fifth Report, marzo 2005, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmselect/cmsctech/7/702.htm>). Ver Lafferrière, Jorge N., Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida, ED, 219-858.

(8) Basset, Ursula C., Derecho a la vida del no nacido en la Convención sobre los Derechos del Niño, EDCrim. nº 12.043, 7-7-08, pág. 12.

(9) Quintana, Eduardo M., Sofismas y eufemismos semánticos en el ámbito de la fecundación artificial, en Prudentia Iuris, nº 66/67, octubre 2009, pág. 113; Sambrizzi, Eduardo, La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

(10) Marrama, Silvia, La fecundación artificial extracorpórea en el derecho argentino, Tesis Doctoral defendida en la Pontificia Universidad Católica Argentina, mayo de 2011, pág. 135.

(11) Somerville, Margareth, The Ethical Canary, Science, Society and the Human Spirit, 2004, Mc Quill Queens University Press, pág. 82: "We have shifted the emphasis in adoption practices from the rights of the biological parents to the welfare of children and we must do the same in relation to the use of new reproductive technologies. Children must be moved to the centre of consideration in the decision making...".

(12) Arias de Ronchietto, Catalina E., El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes, ED, 182-1645.

(13) Lafferrière, Jorge N., Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente, Buenos Aires, EDUCA, 2010.

(14) El tema fue considerado en un expediente iniciado en Córdoba por iniciativa de la Asociación Portal de Belén y, por cuestiones formales, se declaró la incompetencia de los Tribunales de Menores: Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, Auto Interlocutorio 14 del 21-12-10 en los autos caratulados: "Denuncia Formulada por Asociación Civil Portal de Belén - Prevención - Recurso de Apelación (hoy Casación) - Recurso Directo (Expte. D-18/08)", comentado por Arias de Ronchietto, Catalina E. - Lafferrière, Jorge N., Contradictorio fallo según mayoría del Tribunal Superior de Córdoba: deniega tutela judicial a los embriones congelados. Importante disidencia del Dr. Armando Andruet, Revista del Derecho de las Personas y la Familia, La Ley, junio de 2011.

(15) Presidencia a cargo de Graciela Medina y Vilma Vanella.

(16) CNCiv., sala I, 3-12-99, ED, 185-412.

(17) Arias de Ronchietto, Catalina E., 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, ED, 188-993. El Derecho (ED, 163-230) publica el texto de la sentencia de Primera Instancia, del juez Miguel Güiraldes, a la que confirmó la Cámara Nacional Civil, sala I. El fallo, tuvo origen en la demanda del Dr. R. R., con fundamento en el resguardo legal nacional del derecho a la vida desde el momento de la concepción, solicitando control judicial del congelamiento de embriones, hecho públicamente reconocido por los médicos especialistas en biotecnología reproductiva. Consultar la reproducción completa del texto del fallo, de los dictámenes del Asesor de Menores y del Fiscal ante la Cámara, respectivamente, sus exhaustivos fundamentos y la nutrida bibliografía citada. Expresan los magistrados Delfina 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", ED, 185-412.