

**La patria potestad y la decisión de transferencia de embriones crioconservados en caso de separación de los padres(1), Por Lafferrière, Jorge Nicolás - El Derecho Familia 24/-26**

Tribunal: CNCiv., sala J, septiembre 13-2011, "P., A. c. S., A. C. s/medidas precautorias" (ver El Derecho, de octubre 27 de 2011),

Hechos: Un 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 N° 1, Secretaría N° 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 cód. procesal civil y comercial en beneficio de los cinco embriones crioconservados que se encuentran en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER).

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 N° 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.

## FALLO

"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".

"Si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX cuando evidentemente era impensada la fecundación in vitro... 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".

## NOTA

El fallo que comentamos ha causado una importante difusión pública, que deja en evidencia los latentes conflictos éticos y jurídicos que subyacen a la aplicación de las técnicas de fecundación artificial. A fin de atenernos al fallo bajo comentario, nos concentraremos en sus líneas argumentales:

## 1. La doctrina de los propios actos

El primer punto que sostiene el fallo de Cámara para fundar el rechazo a la pretensión del padre de impedir la transferencia de los embriones crioconservados es la doctrina de los propios actos, afirmando que el padre se había sometido voluntariamente y sin reservas a un régimen jurídico y ello le impide impugnarlo con posterioridad.

El fallo deja a la luz los contratos que se firman para realizar estas técnicas y permite advertir algunos claros abusos en los mismos: cosifican a personas por nacer, disponen sobre su vida o muerte, importan un importante número de intentos fallidos y situaciones dilemáticas, involucran incertidumbre sobre el número de embriones concebidos por las técnicas, someten su destino a un mero contrato firmado por los padres y hacen depender tal decisión incluso al hecho de que "dejasen de pagar su costo de almacenamiento".

En un párrafo se reconoce incluso que los hijos concebidos son meros "medios", 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".

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 cód. civil.

Entendemos que la argumentación de la doctrina de los propios actos es válida en el caso concreto, no tanto porque ese sometimiento haya surgido en el momento de firmar un contrato (nulo) con el centro que realiza la fecundación artificial, sino más bien por la responsabilidad que surge del momento mismo de la concepción y que queda plasmada jurídicamente en la paternidad y maternidad y en el instituto de la patria potestad (art. 264, cód. civil).

## 2. La paternidad biológica y la patria potestad

El fallo sostiene que el padre aceptó la paternidad biológica en el momento en que accedió a utilizar las técnicas de fecundación artificial. Sin embargo, el fallo menciona sólo tangencialmente la patria potestad, que entendemos debería ser la auténtica fuente para resolver el contrato en los claros términos del art. 264 del cód. civil.

Entendemos que las claras disposiciones de este artículo orientan la solución del caso, pues marcan la patria potestad como un "deber", que comienza en "la concepción", sin indicar lugar y que tiene como finalidad la "protección y formación integral" de los hijos.

## 3. El reconocimiento del carácter de persona al embrión crioconservado

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" y aborda la cuestión problemática que surge de los arts. 70 y 63 del cód. civil, en el sentido de que se precisaría estar concebido "en el seno materno" para ser considerado persona. Al respecto, se afirma con claridad: "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". 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".

En este punto, el fallo también sostiene que 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.

Conclusión:

Es inadmisibles que, pudiendo evitarse la concepción de embriones en forma extracorpórea, 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.

Consideramos 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.

Para leer más:

Quintana, Eduardo Martín, Implante de embriones en su madre biológica. Reconocimiento judicial del derecho a la vida de seres humanos congelados, [en línea] el 4 de octubre de 2011 en [elDial.com](http://elDial.com).

Lafferrière, Jorge Nicolás, Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida, en ED, 219-858.

VOCES: PATRIA POTESTAD – MATRIMONIO

**(1)** El autor 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

