

XI JORNADA DE BIOÉTICA

Cuestiones Bioéticas en torno a la ley y la vida

13 de junio de 2009

Conferencia:

RENUNCIA PARENTAL Y FILIACIÓN DEL EMBRIÓN CRIOCONSERVADO. FIDEC. *Vivir o morir con estado de familia determinado*

Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto¹

Sumario

INTRODUCCIÓN

- 1. TRASCENDENCIA Y ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN A TRATAR.**
- 2. EL EMBRIÓN HUMANO PREIMPLANTATORIO. ¿SUJETO O CÚMULO DE CÉLULAS?**
- 3. HECHOS CONSUMADOS Y EL DEBER DE DAR RESPUESTA
A LA EXISTENCIA DE CADA EMBRIÓN CRIOCONSERVADO.**
- 4. RENUNCIA PARENTAL Y FILIACION DEL EMBRION CRIOCONSERVADO. FIDEC.**
- 5. LOS EMBRIONES CRIOCONSERVADOS... ALLI ESTAN
REFLEXIONES CONCLUSIVAS. INSTANCIA EXPECTANTE.**

INTRODUCCIÓN.

Buenos días. Agradeciendo la invitación para exponer, saludo a cada uno con sincera cordialidad. Debo disculparme porque inesperadas circunstancias me impidieron estar hoy con ustedes personalmente, tal como estaba previsto por la cuidadosa organización de esta XI Jornada, por la querida Hermana Dra. Elena Lugo. Agradezco la atención de ustedes.

Dado el tema central de la convocatoria: *Cuestiones bioéticas en torno a la ley y a la vida*; expondré sobre la base de la conferencia ofrecida, en la Universidad de Mendoza a la comunidad italiana, como asesoramiento previo al *referéndum* sobre la reforma de la legge 40 en 2004, *referéndum* que respaldó a esta ley, la que bien podría ser el modelo para la futura ley nacional, y también, a partir del Informe expuesto y entregado a la “Comisión de Salud” y a la de “Legislación general” del H. Senado de la Nación, el 15 de agosto de 2006, en la Audiencia sobre “Fertilización asistida”. Expusimos: Roberto Andorno, Nicolás Lafferriere², Carlos Arianna y yo. Estuvieron presentes

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. *Summa cum Laude*. Premio Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UM, 1996. Directora-Fundadora del Instituto de Derecho Civil “*Profesor Dr. Guillermo A. Borda*”. Investigadora del Departamento de Investigaciones Científicas y Tecnológicas, DICYT-UM. Profesora Titular Ordinaria de Derecho Civil V. Familia. Directora de Tesis de Doctorado y Miembro de Tribunales de Maestrías y de Tesis de Doctorado en Derecho y Bioética. Miembro Extraordinario del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, iadecyp-CRICYT-Mendoza. Miembro del Instituto de Derecho Privado y Ciencias Sociales, Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Profesora Visitante del Curso de Posgrado de Especialización en Derecho de Familia en la Universidad Nacional del Litoral y del Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad Católica de Santa Fe. Profesor Visitante del Instituto de Bioética, Departamento de Psicopedagogía y del Instituto del Matrimonio y la Familia de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires. Profesora Asociada y Miembro-Fundador del Comité de Bioética de la Facultad de Ciencias de la Salud-UM. Autora del libro “*La adopción*”. Coautora en obras colectivas, entre ellas en *La persona humana* (La Ley, 2001), *El derecho frente a la procreación artificial* (Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997), “La curatela especial. (...) La curatela especial del concebido crioconservado”, en *Código Civil Comentado de Perú* (Gaceta Jurídica, 2003) y de diversos artículos sobre Derecho de Familia y Bioética.

² LAFFERRIERE, Jorge Nicolás; en esa ocasión, expuso: “Técnicas de procreación humana. Propuesta para la tutela legislativa de la persona concebida”, Buenos Aires, *El Derecho*, 2006, tomo 215, p.685; cfr. ¿Qué legislación en

senadores de distintos partidos políticos, varios médicos-directores de conocidos centros de fecundación artificial, médicos genetistas, y otros profesionales, por cuanto aguardamos haber sido escuchados y ser convocados nuevamente.

Esta conferencia, preparada para esta XI Jornada, también incluye algunos ajustes surgidos de la consulta con destacados especialistas juristas, bioeticistas y médicos especialistas, cuyas observaciones mucho agradezco dada no sólo la complejidad sino, en particular, la grave responsabilidad moral frente a la cuestión en exposición: la respuesta ético-jurídica y bioética que es nuestra deuda en relación con la vida de cada embrión crioconservado en nuestro país.

Las técnicas de fecundación humana artificial son prácticas tecnocientíficas³, aplicadas por equipos médicos especializados, que no hemos contribuido a autorizar en modo alguno, pero tampoco hemos sido capaces de prohibirlas, o al menos, limitarlas legalmente como corresponde por cuanto hoy nos abruma con hechos consumados como la existencia de ciento de miles de embriones humanos crioconservados.

Como es sabido, también la Iglesia ha dedicado, con preocupación, reuniones de expertos, congresos y documentos a estas cuestiones; así, la reciente Instrucción *Dignitas Personae*. Sobre algunas cuestiones de Bioética, de 2008; importante reafirmación actualizada de la Instrucción *Donum Vitae*.⁴, *Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación* de 1987¹.

1. TRASCENDENCIA Y ACTUALIDAD DE LA CUESTIÓN A TRATAR.

Es de público conocimiento que con notoria ambición en su despliegue durante los últimas décadas del siglo XX y en lo que va de este nuevo siglo, en llamativo aumento, las ciencias biológicas, la genética y el desarrollo tecnocientífico aplicado al área de las ciencias de la salud humana, al mismo tiempo que han conquistado muy importantes logros, han generado inéditos dilemas que reclaman respuestas concretas –aportes– desde las ciencias de las humanidades a fin de salvar el agresivo reduccionismo tecnocientificista que desde su impronta materialista acecha y salta sobre nuestra cultura y sociedad, con soberbio solipsismo.

En consecuencia, las ciencias prácticas, entre ellas la ética, el derecho, la educación, se encuentran frente a hechos consumados de trascendencia abismante, porque agravan el reconocimiento inexcusable de la dignidad de cada persona humana al punto de poner en peligro además, la integridad de la propia especie humana, como tal.⁵ Entre los hechos consumados, más notorios y de público conocimiento mundial, nos detendremos en la respuesta

bioética?, en Revista *Vida y Ética*, Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, año 6, n° 1, junio 2005; “Sobre un proyecto de normas universales de bioética”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 2004, tomo 209, p.1154.

³ PADRÓN, Héctor J., “La noción de operación y el pasaje de la ciencia moderna a la tecnociencia” en *Tecnociencia y Ética*, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1994;

⁴ cfr., BENEDICTO XVI, “El embrión humano en su fase de preimplantación”, *Discurso* en el Congreso de la Pontificia Academia para la Vida, 27 de febrero de 2006.

⁵ Ley n° 94-653, “Du respect de corps humain”, dispone : “ *Nul en peut porter atteinte à l’ intégrité de l’ espece humaine*”(art. 16.4). Cfr. su texto, 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, París, 1996, pp. 293-302.

ético-jurídica y bioética a dos cuestiones que echan chispas por la grave afrenta que son en relación con el derecho a la inviolabilidad de *cada* vida humana, de expreso reconocimiento además en todos los niveles de nuestra legislación:

i) la inconsulta fecundación supernumeraria y la crioconservación de miles de embriones humanos consecuencia de la aplicación abusiva de las técnicas de fecundación humana asistida, en especial, de la fecundación in vitro con transferencia de embriones, FIVET;

ii) el debate sobre la admisión deontológica y la reglamentación legislativa de la **experimentación en y con embriones humanos tanto “en fresco” como crioconservados**: así, la clonación por partición embrionaria y la producción de células troncales embrionarias todo ello bajo el rótulo de... “fines terapéuticos”.

La envergadura de la cuestión exige, una breve pero indispensable fundamentación, sin la cual los consensos, las leyes positivas, los convenios internacionales son palabras al viento que ceden a las presiones de los diversos grupos de interés: biotecnocientíficos, de los laboratorios y centros biomédicos; millonarios intereses en juego también de la industria farmacéutica; suculentos patentamientos⁶, ideologías, etc. Así, por ej., España, uno de los países signatarios del Convenio de Oviedo, el que prometía ir llegando a un encuadre jurídico de la biomedicina, dio la espalda al Protocolo de prohibición de la clonación y la ha admitido denominándola “terapéutica”, en abril de 2006.

En el capítulo “El hombre, *magna quaestio*”, Stanislaw Grygiel, profesor de Cracovia, en la obra “¿*Qué es la vida? La bioética a debate*”, escribe: “Cuando respondemos a la pregunta ¿qué es la vida, la vida humana? De forma implícita respondemos también a la pregunta previa: ¿qué es el hombre? (...) atraídos por nuestra razón más que por el hecho de ser hombres, nos empeñamos en construir diferentes hipótesis sobre nosotros mismos y seguimos construyéndolas hasta que la verdad nos traspasa mediante el dolor causado por la realidad inevitable de la muerte (...). La memoria de la muerte no permite a la razón jugar con la vida como si fuera una baraja de cartas.”

La certeza de sabernos mortales, nosotros y también aquellos a quienes amamos; genera un sentimiento de personal respuesta que claramente sentimos intransferible y nos embarga ¿quiénes somos? Al mismo tiempo, la capacidad de indagar y de percibir lo esencial de la cuestión resplandece en la conciencia de la peculiar dignidad de nuestra vida.

¿Por qué la referencia a la muerte en estas reflexiones sobre técnicas para lograr “producir” vida? Porque hasta la fecha pese a los nacimientos logrados que son muchos, son muchos más los embriones muertos, sacrificados en aras de esas otras vidas y de la avidez de poder propia de la tecnociencia, lo cual nos hace también cuestionar su carácter de técnicas propiamente médicas.

2. EL EMBRION HUMANO PREIMPLANTATORIO. ¿SUJETO O CÚMULO DE CÉLULAS?

⁶ PENCHASZADEH, Víctor, “Aspectos Éticos en Genética Médica”, en AA. VV., *Bioética y Genética*, BERGEL, Salvador-CANTÚ, José M- CANTÚ, (organizadores), Cátedra UNESCO de Bioética (UBA), Buenos Aires, Ciudad Argentina, pp. 287-8.

Precisión inicial: ÉSTA ES LA CUESTIÓN CONFIGURANTE DE TODAS LAS DEMÁS CUESTIONES VINCULADAS A LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS INTRA Y EXTRACORPÓREAS DE FECUNDACIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA.

¿Cabe pensar que la vida del concebido –fecundado *in utero* o *in vitro*- en sus primeros momentos de vida, en sus primeros días, sea algo distinto de vida humana?. ¿Qué podría ser de no ser vida humana? ¿Podría la vida humana no tener desde su inicio a quien pertenecer incluso en el caso de los gemelos que al definirse serían no uno sino dos individuos humanos? ¿Cómo fundar que recién es así muchos días después, cuando logra anidar, o alrededor de los catorce días cuando surge la cresta neural, todo ello fruto de un proceso gradual, continuo?.

El debate continúa, cada vez de mayores consecuencias. Se ha señalado bien: “...El desarrollo vertiginoso de la tecnología genética en las últimas dos décadas del siglo XX está ocurriendo en una época de desarrollo sociopolítico del mundo en la que se privilegian los intereses de los sectores económicamente poderosos por sobre los intereses de la humanidad en general.” Para unos, son los días que Jacques Testart⁷, pionero de la aplicación de las técnicas en Francia, advirtió: “Me detengo”, y calificó de caprichosos a esos 14 días, con una crujiente observación: “...cada vez tardamos más en llegar a embrión y menos a cadáver”. Por el contrario, el Informe Warnock, Gran Bretaña, 1990, habla de “cúmulo de células” y rotula “pre-embrión”, como también se ha decidido a definir la ley española de abril 2006.⁸

De la respuesta a esta cuestión dependen todas las demás. No hay términos medios reales, leales, ni justos. Hay vida humana o no la hay; en consecuencia ante la evidencia de su existencia, surge el deber de resguardar su integridad, de respetar su identidad.

Desde su formación como licenciado en ciencias biológicas, doctor en genética humana, a la par que en filosofía y teología, Angelo Scola, en un estudio publicado en la prestigiosa *Revista Vida y Ética* del Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina⁹, ofrece una precisión esclarecedora: “...no es tarea del análisis biológico definir las razones de la particular dignidad del hombre: esto corresponde a la antropología filosófica, pero el dato biológico y sólo él permite a la antropología filosófica establecer desde cuando corresponde al hombre que por ley biológica se debe desarrollar desde una célula, tal dignidad”.

La dignidad del hombre que por ley biológica se debe desarrollar desde una célula, comienza...¡con esa célula!.

Continúa, Scola: “Esta nueva célula es el cigoto, el embrión unicelular (one cell embryo); una nueva célula, diversa de aquellas del padre y de la madre, que comienza a actuar como un nuevo

⁷ TESTART, Jacques, histórico 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. Debe destacarse la continuidad de su exhortación pública hasta la fecha.

⁸ MELENDO, Tomás, *Dignidad Humana y Bioética*, cit. 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; cfr. ALONSO, Carlos, “El cientificismo antropológico”, en *La agonía del cientificismo. Una aproximación a la filosofía de la ciencia*, EUNSA, Pamplona, 1999, pp. 163-75.

⁹ SCOLA, Angelo, “El embrión humano: ¿cúmulo de células o individuo humano?” en *Vida y Ética*, Buenos Aires, Instituto de Bioética, Universidad Católica Argentina, año 3, n° 1, 2002.

sistema O sea como una unidad, un ser viviente ontológicamente uno¹⁰, (...). Entre las diversas actividades de esta nueva célula durante un período de casi 20 a 25 horas las más importantes son: a) la organización del nuevo genoma que representa el principal centro informativo para el desarrollo del nuevo ser humano y de toda su actividad posterior; b) el inicio del primer proceso mitótico que lleva al embrión a dos células (two-cells embryo). Debemos subrayar dos principales aspectos de esta nueva célula el primero, que el cigoto tiene una identidad bien precisa o sea no es un ser anónimo, es humano; el segundo, que está intrínsecamente orientado y determinado a un bien definido desarrollo. Estos dos aspectos de identidad y orientación son esencialmente dependientes del genoma o información genética (...).

Inquieta: "...Aparece aquí la pregunta crucial: ¿esta célula representa, por lo tanto, el punto exacto, en el tiempo y en el espacio, donde inicia el propio ciclo vital cada individuo humano? (...) Es bien notorio hoy que el nuevo genoma que se establece en el cigoto, asume el control de todo el proceso desde los primerísimos estadios del desarrollo embrional (...) todas las fases de la morfogénesis antes de la implantación dependen de la expresión de los genes embrionales." (...) Citando al gran embriólogo C H Waddington, (...), Scola subraya que deben tenerse en cuenta las tres principales propiedades que caracterizan el entero proceso epigenético que consiste en la continua emergencia de una forma de estadios precedentes, escrito en el genoma, propiedades presentes desde la fusión de los gametos: **coordinación, continuidad y gradualidad**. Concluye: **"Por lo tanto el embrión viviente, con el inicio de la fusión de los gametos, no es un mero cúmulo de células, sino un real individuo humano en desarrollo, que tiene la misma dignidad y los mismos derechos de un individuo humano."**¹¹

En la FIVET el embrión debe ser transferido a su madre alrededor de las 72 horas desde su concepción porque inmediatamente, comenzará a hacer una incisión en la cavidad uterina para adosarse, cerrarla e implantarse. Si se demora en exceso su transferencia, es incapaz de implantarse y muere. Anida en el útero materno aproximadamente a los 14 días desde la fecundación.

Entonces: ¿es posible a ciencia cierta, ¡a verdad sabida y buena fe guardada!, objetivamente, negar que la vida que surge en ese primerísimo encuentro de los gametos humanos, vida nueva y distinta de la de sus progenitores, podría no ser humana?¹² ¿Acaso, podría serlo, después? .

¹⁰ SERANI MERLO, Alejandro; *El viviente humano. Estudios biofilosóficos y antropológicos*, EUNSA, Pamplona, 2000, p.84. Afirma que el cigoto humano es un individuo humano y desarrolla rebatiendo las objeciones a la humanidad del cigoto, pp.87-92; POSSENTI, Vittorio, ¿Es el embrión persona?. Sobre el estatuto ontológico del embrión humano, en AA.VV., *El derecho a la vida*, MASSINI CORREAS, Carlos I.- SERNA, Pedro (eds.), Pamplona, EUNSA, pp. 111-146; MASSINI CORREAS, Carlos I., "El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos, en AA. VV., *El derecho a la vida*, cit., pp. 179 -222

¹¹ Desarrolla, SCOLA: "...En primer lugar, el proceso de fertilización consiste en diversas etapas que se suceden de modo obligado, inmediatamente después de la fusión de un espermatozoide con un ovocito -la singamia- se observa una modificación imprevista de la composición iónica del huevo fertilizado. Esta se debe principalmente a un aumento pasajero de la concentración intercelular de ionesCa, que bajo la acción de la oscillina -una proteína paterna recientemente descubierta- se difunde rápidamente como un ola (calcium wave) a través de todo el huevo fertilizado, marcando así su activación y el hecho de que el desarrollo embrional se ha iniciado.", en SCOLA, Angelo, "El embrión humano: ¿cúmulo de células o individuo humano?", cit.

¹² Obras de inexcusable consulta: SAMBRIZZI, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, prólogo de Jorge A MAZZINGHI, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001; *La filiación en la procreación asistida*, Buenos Aires, El Derecho, 2004; *Derecho y Eugenesia*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, EDUCA, 2004.

3. HECHOS CONSUMADOS Y EL DEBER DE DAR RESPUESTA A LA EXISTENCIA DE CADA EMBRION CRIOCONSERVADO.

Pese a la evidencia de que alrededor del 60% de los embriones congelados muere: al ser congelados, descongelados, “reactivados”, o cuando afectados en su vitalidad, no logran implantar, demasiados biotecnocientíficos afirman que la crioconservación no los daña. No obstante, “caducan”. Es información pública –es decir, mínima- el hecho –también consumado- que decenas de miles de embriones producidos “supernumerarios” se “descartan” periódicamente, cada 5 años.¹³

Es evidente que los embriones que estén en condiciones, no se descartan sino que se utilizan o se venden como ¡muy cotizado! “material biológico de experimentación”. Es una forma sofisticada de eugenesia y también de esclavitud, al impedirles la vida y reducirlos a cosa¹⁴. Así, en Singapur, donde se registran “los patrones migratorios de los mas importantes científicos salidos de EEUU, Australia e incluso el Reino Unido” (...) “hay un complejo que se llama Biopolis, creado en el 2001 para activar la industria biotecnológica, sobre células troncales, conectados por pasillos aéreos tres suntuosos edificios: Matrix, Proteos y Chromos”... así lo informó la revista *National Geographic*¹⁵

REPUBLICA ARGENTINA. RENUNCIA PARENTAL Y FILIACION DEL EMBRION CRIOCONSERVADO. FIDEC.

En 1995, la **Academia Nacional de Medicina**, denunció y orientó hacia el modelo natural de gestación humana: “La crioconservación de embriones impone a los mismos un destino incierto porque produce la muerte de hijos en etapa embrionaria en un porcentaje variable de acuerdo a los distintos centros de fertilización asistida, porque no garantiza la transferencia de todos ellos al útero materno, lo cual significa selección y descarte (...) Por estos motivos es conveniente que las técnicas se ajusten a imitar la fecundación natural en cuanto al número de óvulos fertilizados”¹⁶

Ahora bien, sabemos que sin la FIVET, o la ICSI, u otras técnicas de fecundación asistida, todo esto sería impracticable y con ellas, casi todo es imposible de ser controlado. Demostrado con hechos consumados que la vía de justificación de los abusos es otro abuso: la crioconservación.

Sostenemos que **CORRESPONDE una vez más propugnar el camino por tardío pienso que imposible, de la prohibición de la aplicación de las técnicas por no haber superado el plano de la experimentación; o -al menos- lograr la reglamentación legal restrictiva como la ley penal de Alemania, 1990 o la legge 40 de Italia, procurando difundir en la conciencia de la sociedad**

¹³ BONET, Enrique- PARDO SÁENZ, José M.; *Hay un embrión en mi nevera*, Pamplona EUNSA. Muy interesante estudio de los autores por su formación: ambos son Doctores en Teología Moral y Licenciados en Medicina y Cirugía por la Universidad de Navarra., 2007, p. 157 y ss.

¹⁴ ANDORNO , Roberto; *La distinción jurídica entre les personnes et les choses...*, cit.; *Bioética y Dignidad de la Persona*, Madrid, Tecnos, 1998; “El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in Vitro, Cuadernos de Bioética, n° 0, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996; “Condicionamientos filosóficos y culturales de la eugenesia selectiva”, su Conferencia en el *International Congress of the Pontifical Academy for Life, The new frontiers of genetics and the risk of eugenics*”, Roma, 20-21, febrero 2009; “Le diagnosticque préimplantatoire dans les legislations de pays européens: sommes-nous sur un pente glissante?” en *Bioética Forum*, 2008, volume 1, n° 2, pp. 96-103.

¹⁵ Revista *NATIONAL GEOGRAPHIC*, “Células madre”, julio 2005, pp. 23-27.

¹⁶ LA NACIÓN, Buenos Aires, SOLICITADA publicada el 23- setiembre -1995.

la evidencia rotunda del abuso cometido ante la existencia de los embriones congelados, en situación de orfandad, de abandono o de renuncia de sus progenitores, en el mundo.

1999. SENTENCIA DE LA SALA I DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL. CENSO Y LEGISLACION.

En diciembre de 1999, marca un hito trascendente en el derecho de nuestros días,¹⁷ una sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional Civil¹⁸, aunque hasta la fecha, desoída. 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 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 actualizarían en la un tanto adormecida conciencia social el recordar que la vida de estos embriones artificialmente sustraída del tiempo generacional que les corresponde de modo natural se encuentra en permanente riesgo de muerte o de ser victimizados destinándolos a experimentación.

No obstante, en los distintos países cuya legislación protege la vida humana como bien fundamental y desde el momento de la concepción, ante la entidad del problema ha sobrevenido cierta impotencia de los bioeticistas y juristas que se traduce en una perniciosa abstención legislativa específica, al menos para prohibir y sancionar de modo unánime la crioconservación como pretensa práctica médica.

Sólo hay dos alternativas: i) la primera de ellas es la de ser gestados y nacer como hijos y pacientes, lo cual obliga a autorizar judicialmente su descongelamiento y también su transferencia a una mujer

¹⁷ ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil.. Sala I, Censo de ovocitos y embriones crioconservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madres”, Buenos Aires, *El Derecho*, 188-993.; cfr. “El derecho frente al congelamiento de óvulos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes”, en *El Derecho*, nº 9762, Buenos.Aires, 1999; “Un actual y trascendente supuesto: la curatela especial del concebido crioconservado”, en AAVV. *Código Civil Peruano Comentado*, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 661-663.; “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en AA.VV., “*La persona humana*”, BORDA, Guillermo A., Director, Buenos Aires, *La Ley*, 2001.

¹⁸ RABINOVICH- BERKMAN, Ricardo D. “La tutela de los embriones congelados”, LA LEY, 16-set-2005. Testimonio fervoroso de la convicción e idoneidad con las que el destacado jurista ha asumido tan importante designación.; *vid. El Derecho*, nº 8790, publica el texto de la sentencia de Primera Instancia, del juez Miguel GÚIRALDES, a la que confirmó la Cámara Nacional Civil, sala I. El fallo, tuvo origen en la demanda de Ricardo RABINOVICH-BERKMAN, solicitando control judicial del congelamiento de embriones, hecho públicamente reconocido por los médicos especialistas en biotecnología reproductiva.

que no es su madre genética, dado que en la mayoría de los casos así ocurrirá; ii) en cambio, cuando la transferencia resultase imposible según dictámen médico y bioético especializado, considerando también que la existencia de cientos de miles de embriones humanos crioconservados, evidencia la imposibilidad de la gestación y nacimiento de todos; **la segunda alternativa consiste en autorizar judicialmente el acto médico de descongelarlos a pedido de los progenitores** como acto de ejercicio de la patria potestad, la que comienza desde la concepción y **permitirles morir con estado de familia determinado**¹⁹.

La realización del censo es un apropiado paso previo para determinar el estado de familia de los embriones congelados y para la sanción de una ley que reglamente la que denominamos **“Filiación por renuncia o abandono del embrión crioconservado”**. FIDEC; figura filiatoria también denominada por la doctrina “Adopción prenatal” o, también, “Gestación adoptiva.”²⁰

Por nuestra parte, por su transitoriedad y ante la emergencia, consideramos mejor distinguirla, desde su nombre, de la filiación por adopción, instituto regular definitivamente incorporado al derecho de familia, que responde a otra realidad de desamparo familiar del niño ya nacido.

La FIDEC es la forma de filiación que hace años propugnamos sea reglamentada a título de emergencia excepcional, rigurosamente subordinada a los principios y normas del derecho de familia, derecho constitucional y de la bioética personalista, con respaldo de orden público y de figuras penales. La ley deberá prohibir, tipificando, la opción contractual de abandonar los embriones “en fresco” o crioconservados “a disposición del centro médico.” El establecimiento especializado, sus directores y el especialista/s a cargo del tratamiento, ejercen la custodia médica y legal de los embriones porque ellos y sus progenitores son sus pacientes.

Es dable suponer que en ejercicio de la patria potestad, los progenitores conocen la existencia de sus hijos embriones congelados. Al dar consentimiento informado habrían aceptado, en concatenada sucesión: i) la inducción de la poliovulación de incierto futuro respecto de la salud de la mujer, ii) la fecundación bien denominada “supernumeraria”, por superar el número de embriones que es posible transferir sin riesgo para la vida de la madre y de los hijos, durante la gestación y por prematuridad; iii) el congelamiento de los embriones no transferidos, al firmar el consentimiento informado para iniciar la aplicación de las técnicas de fecundación humana asistida y, también, al abonar los gastos que los laboratorios cobran para su mantenimiento en esa situación. Gastos que la jurisprudencia ya ha reconocido como rubro que integra la obligación alimentaria en caso de separación o divorcio de los progenitores; iv) la participación de gametos de terceros; v) que deben solicitar su transferencia antes de los cinco años de congelamiento.

LA FILIACION POR ORFANDAD, RENUNCIA O ABANDONO DEL HIJO EMBRION CRIOCONSERVADO. FIDEC. PRINCIPALES CARACTERES LEGALES DE LA NUEVA FORMA DE FILIACION

¹⁹ Cuestión en reflexión. De ese modo también se habilitaría a los padres para solicitar el Bautismo o una Bendición especial para sus hijos antes de ser descongelados o al ser transferidos. Cuestión trascendente que está siendo objeto de diversos estudios.

²⁰ BONET, Enrique- PARDO SÁENZ, José M.; *Hay un embrión en mi nevera*, cit., cfr. capítulo IV, pp.55-140. Importante obra en contribución, realmente, “a la busca de una respuesta”, p. 43.

Una vez individualizados los embriones-pacientes crioconservados, determinada su identidad genética y su situación familiar de origen, 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 plazo fijado, **su silencio se interpretará como renuncia a la potestad parental**.

En primer lugar, se podrá proceder a autorizar la transferencia de los embriones a su madre, si ella lo aceptase. Si eso no fuese posible o no lo fuese respecto de todos los embriones-hijos del matrimonio, renunciarán a ellos **autorizando que sean transferidos** a la mujer del matrimonio que solicitase acogerlos en FIDEC dando origen al nuevo vínculo jurídico paterno-filial y de parentesco.

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

FILIACION POR ORFANDAD, RENUNCIA²¹ O ABANDONO DEL HIJO-EMBRION CRIOCONSERVADO.FIDEC. Fundamentos, reflexiones y propuestas para implementar su régimen jurídico.

A. MEDIDAS PRECAUTORIAS:

DOS PROHIBICIONES JUDICIALES EN EL EXPEDIENTE EN TRÁMITE.

Paso a exponer, los caracteres jurídicos de la nueva figura de filiación, y a instar a su concreción, en una ley nacional específica.²² En primer lugar, para información y profundización en nuestra sociedad de la trascendencia ético-jurídica y antropológica del resguardo de la vida humana desde su inicio y del fundamento de la prohibición de las técnicas o al menos, su reglamentación específica; será necesario disponer, a solicitud del Ministerio de Menores, en el expediente en trámite, como medidas de no innovar, dos prohibiciones, límites legales: a) la prohibición de nuevas prácticas de congelamiento de pacientes-embriones, y b) en consecuencia, la prohibición de fecundar más de tres óvulos por ciclo de tratamiento, seguido de su transferencia a su madre, previa autorización judicial. Coincido con lo dispuesto en la ley penal alemana y en la legge 40, citadas. Claro está, que no es la respuesta óptima y es concreta la dificultad del control de su acatamiento; pero es la mejor dado que es sumamente improbable lograr la prohibición legal de la aplicación de las técnicas.

La creación de dos Registros Públicos complementarios ayudaría a concretar todo y en orden.

B1. LA CREACION DEL **REGISTRO PUBLICO DE ASPIRANTES A PADRES POR FIDEC.**

²¹ Desde 2003, debido a una fina observación que mucho agradezco, al P. Lic. Mg. Alberto BOCHATEY O. S. A., advirtiéndome que la dureza de la expresión “dación” podría conspirar contra la aceptación de la 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”**, cfr. ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “Filiación por dación del embrión crioconservado”, en *Vida y Etica*, Buenos Aires, Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, n° 1, año 4, junio 2003. pp.111-122.

²² MAZZINGHI, Jorge A., “Procreación natural y artificial”, en *Tratado de Derecho de Familia*, prólogo de Guillermo A. BORDA, Buenos Aires, La Ley, 4ª edición, tomo. 4, 2006, pp. 97-130; MEDINA, Graciela- GODIO PHILIP, Eduardo, “Adopción prenatal” en AA.VV, *La Adopción*, tomo II, pp.48-50, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998; LOYARTE, Dolores, “Adopción prenatal” en *Jurisprudencia Argentina*, Número especial sobre la ley 24.779, coordinado por Nora LLOVERAS, Buenos Aires, 1998 ; KRASNOW, Adriana N., Buenos Aires, La Ley, 2006, pp.269-287.

Este Registro constituirá, sin dudas, un medio específico e indispensable para asentar los datos correspondientes, acrecentar la información debida a los interesados, ejercer el debido control, brindar información al Poder Judicial, resguardar el archivo de los datos y conocer la respuesta social a la nueva forma de paternidad, filiación y parentesco.

B2. LA CREACIÓN DE UN REGISTRO PÚBLICO DE EMBRIONES CRIOCONSERVADOS PARALELA A LA REALIZACIÓN DEL CENSO NACIONAL DE EMBRIONES CRIOCONSERVADOS.

De esa forma se procura respaldar la sentencia de Cámara Nacional Civil de 1999, ordenando la realización del Censo de Embriones Crioconservados²³, **desobedecida hasta la fecha** y garantizar a las familias y a la sociedad el registro público del estado de familia, situación de orfandad, citación y abandono tácito o renuncia parental expresa.

C. OTROS CARACTERES JURIDICOS DE LA FIDEC.

1. Orden público.

La FIDEC será regulada como instituto filiatorio, subordinado al derecho de familia nacional, con respaldo de orden público. El fundamento es el reconocimiento nacional de la dignidad de la vida humana y del resguardo de la vida de las personas por nacer desde su concepción, vale decir, desde su primer estadio de embrión humano unicelular, preimplantatorio, léxico que deberá utilizarse en la futura ley.

2. Carácter excepcional.

La FIDEC debiera ser regulada como instituto filiatorio, subordinado al derecho de familia nacional, con respaldo de orden público, deberá ser prevista *a título excepcional* ante la emergencia impuesta al derecho y a la sociedad, por la aplicación irrestricta de las técnicas de fecundación humana médicamente asistida, la FIVET en especial, frente al peligro de vida de los pacientes-embriones crioconservados en los biolaboratorios de nuestro país.

Luego, se la conservará *con carácter extraordinario* sólo para el cuidado por emergencia de futuros concebidos criopreservados. También para resolver distintas situaciones que pueden afectar a los hijos-embriones congelados ya existentes y por excepción. Por ejemplo: muerte o imposibilidad de transferencia a la madre, orfandad, renuncia, abandono, separación o divorcio de sus progenitores u otras similares, **“...pero no ordinarizándola como si se tratase de una práctica médica regular y admitida por nuestro derecho”, tal como certeramente precisó, Jorge A. Mazzinghi.**²⁴

²³ CÁMARA NACIONAL CIVIL, Sala I. Fundamentan los prestigiosos Magistrados firmantes: 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. 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.

²⁴ MAZZINGHI , Jorge A., “Procreación natural y artificial”, en *Tratado de Derecho de Familia*, cit.

3. Nombre legal del nuevo instituto filiatorio y de parentesco.

Desde hace unos años, postulo denominarla: ***Filiación por orfandad, renuncia o abandono del hijo-embrión crioconservado. FIDEC.***

En la FIDEC, el hecho es que la madre tendrá vínculo biológico con el hijo por FIDEC, evidente en la gestación y el parto, si bien el nexo no será de origen genético. Por ello, se propugna la determinación de la maternidad por FIDEC por el hecho del parto, pese a que la maternidad genética corresponde a la mujer cuyo óvulo fue fecundado. Además, este reconocimiento legal de la realidad, con fundamento biológico en la gestación y el parto, y efectos jurídicos de parentesco, contribuirá a alentar a quienes se decidan a afrontar la esperanzada pero aleatoria transferencia de uno o dos hijos-embriones crioconservados.

4. Finalidad configurante de la FIDEC.

Un requisito de constatación judicial inexcusable, a figurar en forma expresa en el expediente, como manifestación informada, escrita y firmada por los aspirantes a padres por FIDEC: **la declaración JURADA que su aspiración es dar lugar a la gestación y nacimiento de un hijo, para integrar su familia, titularizar y ejercer sus vínculos jurídicos de parentesco, su estado de familia.**

4. a. El espíritu paterno-filial y familiar es configurante -*conditio sine qua non*- de la FIDEC. Correlativamente será prohibida bajo sanción civil y penal por la ley específica, la gestación en vistas a cualquier otro fin. **Todo es inaugural en esta encrucijada de las personas por nacer crioconservadas, también lo son los delitos que pueden ir “apareciendo” y que corresponde, en lo posible, prever.**

4. b. Responsabilidad solidaria. La responsabilidad civil del Centro y el/os profesional/es interviniente/s será solidaria respecto de los progenitores- pacientes; así como del debido resguardo de la vida e integridad de los pacientes-embriones crioconservados.

4. c. Prohibiciones civiles y tipos penales. Deberán ser previstas las prohibiciones civiles y los tipos penales de respaldo preventivo y sancionatorio a lo ordenado por la ley que regule la FIDEC.

5. FIDEC. NOTAS CENTRALES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO.

5. a. Destinatarios: son los concebidos crioconservados en los laboratorios biomédicos nacionales, en situación de orfandad, abandono tácito o renuncia de sus progenitores a la patria potestad, dado que comienza desde la concepción. **1. a. Su denominación.** En la ley, se empleará sólo la palabra “embriones” abarcando con ella, con un solo nombre una única realidad: la del individuo humano fecundado por aplicación de las técnicas biomédicas y crioconservado

5. b. Aspirantes a Padres por FIDEC. Requisitos legales.

5. b. a. Matrimonio.

Se establecerá el principio de prioridad como aspirantes de los matrimonios con o sin hijos biológicos o adoptivos, comunes o no, con fundamento en el mejor interés del embrión: un emplazamiento familiar estable, sustentado en un vínculo y régimen jurídico específico. Por ello,

postulo que la ley reconozca prioridad para la FIDEC a los cónyuges con o sin hijos biológicos o adoptivos²⁵, comunes o no.

Inscripción. Registro.

Los cónyuges deberán inscribirse en el Registro creado ad hoc, como aspirantes a padres por FIDEC. Requisitos: llevar 3 años de casados, estar en edad fértil, presentar certificados de buena salud.

Solicitud judicial conjunta. Luego de inscriptos, deberán solicitar la FIDEC, en forma conjunta, ante el Juzgado de Familia correspondiente al domicilio del Centro Médico en el que se hallase el/os embrion/es congelado/s.

5. b. b. Uniones heterosexuales estables y sin impedimentos matrimoniales entre ellos. Las parejas heterosexuales que acrediten al menos tres años de convivencia continua, con o sin hijos biológicos o adoptivos, comunes o no, también podrán ser aspirantes a padres por FIDEC.²⁶

En el plano personal subrayo que me ha costado mucho consentir en este punto, pero antecedentes del derecho comparado e incluso de los más afines proyectos argentinos, respecto de todo cuanto se ha procurado precisar en este Informe, por ejemplo el Proyecto Consensuado en el Senado en el año 1997, me han inclinado a aceptar la posibilidad con la esperanza de que tal vez...la decisión los lleve al matrimonio y se rescate la vida de un mayor número de embriones.

Inscripción. Deberán inscribirse en el Registro creado *ad hoc*, como aspirantes a padres por FIDEC. Requisitos: de estar en edad fértil, de idoneidad, presentar certificados de buena salud

Solicitud individual pero relacionada en la misma fecha. Luego de inscriptos, deberán solicitar la FIDEC, en forma individual pero relacionada y presentada en la misma fecha, ante el Juzgado de Familia correspondiente al domicilio del Centro Biomédico en el que se hallase el/os embrion/es congelado/s. La diferencia respecto del consentimiento conjunto para la FIDEC matrimonial, obedece a que no existiendo vínculo legal entre los concubinos no podrán presentar una solicitud conjunta para ser emplazados como padres.

Prohibición. Impedimentos para FIDEC. Queda prohibida la transferencia por FIDEC a mujeres que integren una unión de hecho adulterina o incestuosa. Se vincula con la prohibición siguiente.

Prohibición. FIDEC. Mujer sóloa. Con similar fundamento y también por la necesidad del hijo de contar con la vida de familia dada por su padre y su madre, varón y mujer, deberá prohibirse el implante del embrión en desamparo en mujeres sóloas, es decir: solteras, viudas, separadas de hecho, separadas personalmente o divorciadas porque se daría origen a una familia sin padre intencionalmente. La autonomía de la voluntad cede ante el derecho del hijo –indudable tercero- a tener padre y madre y a pertenecer a una familia que promueva el desarrollo pleno de su identidad y ante el propio interés de la sociedad. También para evitar la comisión de delitos, que deberán ser previstos...aguzando la imaginación del legislador.

Madre genética. Excepción: cuando la mujer soltera, separada de hecho o personalmente, divorciada o viuda fuese la madre genética del embrión –la mujer cuyo óvulo fue fecundado con semen de su marido o de su pareja estable- y solicite su implante judicialmente.

²⁵ Así lo prevé, respecto a la aplicación de la procreación artificial en general, el importante PROYECTO RUCKAUF-IRIBARNE, el que también limita la fecundación a un sólo óvulo y exclusivamente homóloga. Prohíbe la congelación y la dación de gametos.

²⁶ El PROYECTO consensuado y aprobado en el SENADO (julio, 1997) y el Proyecto LAFFERRIERE, extienden su aplicación a “parejas de convivientes estables compuestas por un hombre y una mujer” . Opuestos en otros puntos fundamentales, ambos excluyen como destinatarios a las mujeres solas y a las uniones homosexuales. Cfr. MATOZZO de ROMUALDI, Liliana, “Por qué no al Proyecto LFFERRIERE-STORANI de regulación de la fecundación asistida”, *El Derecho*, 163/985, 1996. Coincido al respecto con la autora.

5. c. Matrimonios argentinos o matrimonios mixtos residentes en el extranjero. El juez interviniente podrá conceder la FIDEC a matrimonios de ciudadanos argentinos o a matrimonios mixtos residentes en el extranjero que cumplan todos los requisitos legales. En este caso, sólo a matrimonios. El Estado debe procurar el emplazamiento en el estado de familia de hijo matrimonial. Igual en los supuestos que siguen.

5. d. Matrimonios extranjeros. El magistrado interviniente podrá conceder la FIDEC a matrimonios de ciudadanos extranjeros residentes en nuestro país, que lo solicitasen y respondan a todos los requisitos legales.

5. e. Matrimonios de ciudadanos extranjeros que residan fuera de nuestro país Podrán aspirar a la FIDEC, cumpliendo el trámite judicial, si responden a todos los requisitos legales y se comprometen conforme al espíritu y letra de la ley.

6. Prohibición de la “maternidad subrogada” y de la “madre portadora”. Prohibición civil y previsión del tipo penal como delito de ambas y de similares, en todas sus variantes.

A su intrínseca ilegitimidad por agravio a la dignidad del hijo y de la procreación humana, se suma en la FIDEC que la madre que hubiese “contratado” la subrogación, sería la tercer madre del niño. Excepcionalmente, si además hubiese habido una dación de óvulo originaria, la cuarta. Es decir: la dadora del óvulo, la determinada por consentimiento del marido o del concubino de ser inseminada con su semen, la madre por FIDEC, y la madre que lo recibiría, criaría y educaría o madre social.

Nulidad absoluta. Deberá consignarse expresamente la nulidad absoluta de todo acuerdo de maternidad subrogada, si bien tal “contrato”, por aplicación del artículo 953 del Código Civil, es nulo de nulidad absoluta.

7. Procedimiento judicial. Principio de inmediación. Los aspirantes a padres por FIDEC serán llamados a una audiencia judicial y evaluados interdisciplinariamente. Todo el trámite judicial exige al Estado comprobar la idoneidad de los aspirantes a la FIDEC.

Partes necesarias en el trámite judicial por FIDEC. El Ministerio de Menores y el Ministerio Fiscal serán parte necesaria de cada proceso judicial por FIDEC.

Peritos. Asesoramiento y supervisión biomédica hasta el parto. Los aspirantes a FIDEC deberán ser también asesorada por los peritos médicos: el médico especialista y el Centro Biomedico a cargo del descongelamiento, reactivación y transferencia; luego, de la supervisión de la gestación y atención del parto, como responsables solidarios.

8. Sentencia judicial de descongelamiento, reactivación y transferencia. A lo sumo, se podrá disponer judicialmente el descongelamiento y transferencia conjunta de tres embriones hermanos genéticos.

DIAGNOSTICO PREIMPLANTATORIO. DILEMA TRASCENDENTE. La lectura de distintas obras sobre consejo genético me ha llevado a reconsiderar y plantear a Ustedes que si el médico y Centro Biomédico responsables lo indican como indispensable, excepcionalmente y tal como estará reglamentado, con autorización judicial, se practicará el diagnóstico preimplantatorio.

El diagnóstico preimplantatorio, con razón, ha sido calificado como la nueva eugenesia (Testart, Andorno, Sambrizzi,) pero también se sabe que es practicado a mansalva, de allí que debiera ser

reglamentado por ley. Por mi parte, subrayo el carácter estrictamente excepcional, de fundamentación ética, genética y médica de inviabilidad de la transferencia para hacer lugar a la FIDEC y **en consecuencia, la inexistencia bajo declaración expresa y firmada de criterio eugenésico alguno. El fundamento es la RESPONSABILIDAD ética, médica, genética, social y jurídica respecto de la salud de la madre y del hijo por FIDEC.**²⁷

8. a Transferencia conjunta exclusivamente de hermanos genéticos. Los embriones a transferir conjuntamente deberán ser hermanos genéticos. Se establecerá prohibición legal civil expresa y tipo penal.

8. b. Consentimiento. Los aspirantes a padres por FIDEC deberán prestar consentimiento para la transferencia en el expediente, informado, escrito y firmado. Conjunto si se trata de un matrimonio y en forma individual pero relacionada y en la misma fecha, si son concubinos.

9. Impedimento para FIDEC por parentesco. Respecto a los ascendientes de los progenitores genéticos. La ley deberá prever el impedimento de implante por parentesco en línea recta sin límite de grado porque violenta el orden natural de la relación entre las generaciones de una familia. Igualmente respecto a las hermanas/os y medio hermanas/os de cada progenitor (tíos del embrión) y otros parientes del embrión (primos mayores). **En resguardo de la dignidad del parentesco familiar, el desarrollo normal de la vida de frecuentación familiar habitual y todo cuanto puede herir la dignidad y el derecho a la identidad del hijo por FIDEC.**

10. Comienzo y extinción de los efectos jurídicos del vínculo genético. a) la maternidad y la paternidad genéticas –de la dadora de ovulo y el dador de semen, respectivamente- comienza desde la concepción fuera del seno materno y se extingue por la sentencia autorizando el descongelamiento y la transferencia por FIDEC.

11. Determinación y comienzo de la patria potestad por FIDEC.

Deben distinguirse dos situaciones:

Maternidad y paternidad por FIDEC matrimonial: se determina e inicia a partir de la fecha de la sentencia que autoriza el descongelamiento y transferencia del embrión, a solicitud conjunta de los cónyuges y se rige por las disposiciones generales del Código Civil sobre patria potestad hasta la mayoría de edad del/os hijos por FIDEC, en lo pertinente.

Maternidad y paternidad por FIDEC extramatrimonial: se determina e inicia desde la fecha de la sentencia autorizando el descongelamiento y transferencia del embrión, haciendo lugar a la solicitud individual pero relacionada y en el mismo acto por ambos de la unión de hecho heterosexual. Se rige por las disposiciones generales del Código Civil sobre patria potestad extramatrimonial hasta la mayoría de edad del/os hijos por FIDEC, en lo pertinente.

Prohibición. Deberá prohibirse expresamente que sólo la mujer solicite la FIDEC.

Determinación por el parto de la maternidad por FIDEC matrimonial y extramatrimonial.

²⁷ ANDORNO, Roberto, “El derecho frente a una nueva eugenesia: la selección de embriones *in vitro*”, en *Cuadernos de Bioética*, n° 0, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996, p. 34; pp. 25-38; “Le diagnostique préimplantatoire dans les législations de pays européens: sommes-nous sur un pente glissante?” en *Bioética Forum*, 2008, cit.; ARIAS DE RONCHIETTO, Catalina Elsa, “La despenalización del aborto. Antijurídica reducción de cada vida humana a cosa disponible”, en *El Derecho*, n° 12.024, 2008.

Para evitar toda incertidumbre, además, la maternidad por FIDEC además siempre quedará determinada por el hecho de la gestación y el parto. Prohibir para evitar las espúreas consecuencias de la denominada “voluntad procreacional”. Sostener la maternidad de la mujer cuyo óvulo fue fecundado por su vinculación genética, frente al hecho de la gestación y al parto de la madre por FIDEC, es atentar contra la dignidad de la persona por nacer y de la procreación ¡humana!. Debe tenerse presente el origen de experimentación y práctica veterinaria de las técnicas.

12. Irrevocabilidad del vínculo por FIDEC.

La determinación de la maternidad y de la paternidad por FIDEC en todos los casos tiene carácter irrevocable, desde la sentencia haciendo lugar a la solicitud de implante por FIDEC. Sentencia que quedará firme al confirmarse la FIDEC, después del nacimiento con vida. El vínculo por FIDEC se inicia con la solicitud de autorización judicial del descongelamiento y correlativa transferencia del embrión, se determina con la gestación y el parto y respecto de la paternidad, como ya se ha especificado. El fundamento obedece a que con tales disposiciones FIDEC protege al hijo: i) si sucediese que el embrión o su padre por FIDEC muere durante el embarazo o su madre en el parto; ii) para impedir que se encubra una “maternidad subrogada”.

La irrevocabilidad es un principio esencial de toda filiación en reconocimiento de la entidad personal y los efectos jurídicos del vínculo asumido. Todo lo cual no obsta a que si ambos padres por FIDEC, o uno de ellos, incurre/n en las **causales de suspensión o privación de la potestad parental o sobrevienen causas de extinción**, el vínculo se extinga, sea suspendido su ejercicio o el padre por FIDEC sea privado de la potestad parental. De modo expreso deberá preverse en la ley.

13. Acción específica de acceso a los datos genéticos por razones de salud.

El hijo por FIDEC o sus padres como sus representantes, sólo por razones de salud que requieran esa información, serán autorizados judicialmente a ejercer la acción autónoma de conocimiento de sus datos genéticos; no así de la identidad personal de los dadores de gametos, sus progenitores genéticos. Rige igual excepción en el caso que hubiese participado un tercero dador de semen.

14. Perfección del vínculo por el nacimiento con vida.

Los efectos jurídicos del vínculo paterno-filial y familiar por FIDEC quedan “irrevocablemente adquiridos” recién luego del nacimiento con vida (artículo 70, Código Civil). Caso especial : cuando la gestación se frustrase o el niño naciera sin vida, si los padres por FIDEC, solicitasen intentarlo nuevamente, tendrán prioridad legal y servicio de control médico especializado, cuando el estado de salud de la mujer lo hiciese oportuno.

15. Estado de familia. Fundamento: la dignidad del embrión hijo y paciente.

Desde su demanda judicial la FIDEC emplaza al embrión en un estado de familia perfectamente determinado, con todos sus caracteres y efectos legales. También, si fracasa la técnica y el embrión muere, que muera reconocido como sujeto del derecho a la vida, con estado de familia determinado

16. Extinción recíproca de todos los efectos jurídicos respecto de los progenitores genéticos.

Se procura desde la ley evitar que el interés por los eventuales derechos alimentarios o sucesorios del hijo-embrión como tal respecto de sus progenitores genéticos decida la constitución interesada de una FIDEC. El sentido de esta filiación es el rescate de la vida del embrión crioconservado; nuevamente se subraya el carácter inédito de cuanto se está procurando prever.

Desconocimiento recíproco absoluto.

Entre los progenitores genéticos del embrión crioconservado y sus padres por FIDEC no debe existir relación ni contacto personal de tipo alguno, por ningún motivo. Hace a la dignidad del vínculo paterno-filial por FIDEC y en especial, del hijo.

Causales de extinción de los efectos jurídicos de la patria potestad de los progenitores genéticos del embrión crioconservado.

El inicio y fin de la potestad parental del padre y madre genéticos deberán ser previstos en la ley. Se inicia con la concepción fuera del seno materno y se extingue: i) al renunciar, es decir, al dar consentimiento al biolaboratorio, y ante el juez correspondiente, para disponer de su hijo para FIDEC; ii) por fallecimiento de ambos progenitores; iii) por abandono tácito.

Abandono tácito. Se entiende por tal la falta de respuesta a la citación y emplazamiento judicial y del Centro Biomédico para presentarse, fehaciente y bajo apercibimiento de la extinción legal del vínculo al no presentarse injustificadamente en la fecha fijada.

Otros supuestos de extinción. La ley deberá prever otros supuestos específicos de extinción de la patria potestad, por ejemplo: i) el desentendimiento de la existencia del embrión al no haber concurrido nunca al Centro Biomédico a interiorizarse de su situación; ii) sumado a lo anterior, carecer de domicilio donde localizarlos; iii) el abandono tácito del embrión al no responder a la citación fehaciente del Centro Biomédico con motivo del censo; iv) al haberse desentendido sin explicaciones del pago de tres cuotas consecutivas de la crioconservación; v) al haber dejado a su hijo-embrión crioconservado “ a disposición del Centro biomédico”.

Prohibición legal de poner al hijo embrión “ a disposición del Centro biomédico”. Esta decisión deberá ser prohibida en la ley porque significa decidir la muerte del hijo destinándolo a experimentación. Deberán renunciar y cederlo en FIDEC.

La FIDEC es causal de extinción de los efectos jurídicos de la potestad parental genética.

Respecto de los progenitores genéticos del embrión, y/o su padre determinado por el consentimiento (si hubiese habido un dador de semen), la FIDEC deberá ser prevista en la ley como causa de extinción de la potestad parental, la que se inició conforme al artículo 264, Código Civil, desde el momento de la concepción.

Distintos supuestos de desacuerdo entre los progenitores genéticos. Resolución judicial. Caso de separación de hecho, separación personal, nulidad del matrimonio o divorcio de los progenitores genéticos.

Centrando el conflicto en el prioritario derecho a la vida del hijo-embrión, éste prima sobre el desacuerdo y la voluntad de sus progenitores. Si la madre genética opta por implantarlos, ella tendrá prioridad. Si quedasen otros embriones sin implantar deberá cederlos al padre para que este opte por su implante en su nueva cónyuge o pareja estable, si fuese el caso, o los ceda en FIDEC. Los hijos embriones ¡no son cosas a repartir entre los ex cónyuges! pero, es una forma de dar equitativamente al progenitor una forma concreta de ejercer su paternidad.

En el tema ninguna solución conforma plenamente. Es demasiado agravante cuanto se ha impuesto desde la tecnociencia al crioconservar embriones humanos.

18. Notificación al Ministerio de Menores (antes, mejor, al Curador de Embriones). Cuando se produzca cualquiera de los supuestos que deja en desamparo de sus progenitores al embrión crioconservado, las autoridades del centro médico y el profesional a cargo del embrión-paciente crioconservado, en forma conjunta, y solidariamente responsables, deberán notificar al Ministerio de Menores, para que este dé comienzo al trámite judicial de FIDEC y al Registro de Aspirantes a FIDEC.

19. Efectos jurídicos. Equiparación. De los efectos jurídicos del régimen de filiación por FIDEC con los efectos jurídicos del régimen de filiación por naturaleza o por adopción plena, conforme al artículo 240, Código Civil, Abarcará deberes y derechos personales, impedimentos matrimoniales y derechos de visita, alimentarios y sucesorios.

20. Fallecimiento de uno o de ambos progenitores genéticos. El caso típico de FIDEC será el de un embrión genéticamente extraño a ambos padres. Es posible que los progenitores genéticos o uno de ellos hubiesen fallecido. No es un impedimento, sino uno de los supuestos, para la FIDEC. Es una situación diferente a la de fecundación *post mortem*, por lo que tampoco corresponde considerar aquí las fundadas objeciones que existen al respecto, que comparto plenamente, respecto de otros supuestos.²⁸

21. Terceros dadores de gametos.

Responsabilidad civil pero desvinculación parental absoluta. A los efectos de la FIDEC se considera que no obstante el nexo genético que surge entre el/los dadores de óvulo o de semen con el embrión crioconservado, la desvinculación parental es absoluta. Así deberá preverse expresamente en el caso que se admitiese su participación en la ley de reglamentación integral de las técnicas y para aquellos numerosos casos en los que ya han participado o participasen en el futuro.

Anonimato y responsabilidad civil. La responsabilidad civil de los terceros dadores de gametos, pese a la desvinculación parental y aún al anonimato, subsiste.

Apreciación crítica. Por mi parte, en vistas a la ley de reglamentación integral de la aplicación de las técnicas, sostengo que la fecundación con material genético de dador/es es inconstitucional por aplicación del principio de razonabilidad, artículo 28, Constitución Nacional; deberá ser prohibida porque *altera* el resguardo de la dignidad humana y los derechos del niño a su identidad e integridad. El niño resulta producido por peculiar “materia prima”, no generado por dos personas, sus padres. En su interés superior, no en el de la vanidad o el lucro de la ciencia, salta a la vista el atropello a su dignidad y al derecho a la identidad de la persona por nacer, lo artero de la intromisión en indefensión absoluta.

Caso del dador por enfermedad de transmisión hereditaria.

Cuando se invocasen razones médicas como las de evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria y siempre que en ese caso no provoque el descarte otros hijos embriones, podría ser permitido judicialmente. **La vida de un hijo no es lícito que cueste la vida de otros hijos; cada una es fin en sí misma.**

²⁸ SAMBRIZZI, Eduardo A., *La filiación en la procreación asistida*, cit., pp. 209-232; cfr.. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique; *Derecho genético*, Lima, Grijley, 4ª edición, 2001.

Notificación de orfandad o de renuncia, o de abandono tácito al Ministerio de Menores (Curador de Embriones).

Quienes deben responder por el embrión y cederlo en FIDEC no son los dadores de gametos, sino sus progenitores, responsables como tales ante el Centro Médico. De no ser ellos, es obligación del Centro Biomédico y el médico a cargo del paciente, notificar al Curador de Embriones de la orfandad, la renuncia o el abandono del embrión crioconservado, **con responsabilidad solidaria y bajo pena de sanción.**

DILEMA TRASCENDENTE: ¿QUÉ DEBIERA PREVER LA LEY PARA EL CASO EN EL QUE NO SE PRESENTASEN SUFICIENTES ASPIRANTES IDÓNEOS PARA PADRES POR FIDEC?. Advertencia: a la fecha miles de embriones, según se informa públicamente se descartan cuando “caducan”.²⁹

En primer lugar, la FIDEC deberá ser precedida de suficiente difusión social de real conocimiento del hecho consumado arrojado a la humanidad por las técnicas, en los medios de comunicación escrita y oral, a cargo de médicos y de personas capacitadas para ese fin, de modo que los eventuales padres por FIDEC puedan informarse y saber a qué atenerse, en lo posible, frente a tan grave como inédita situación de los embriones crioconservados.

La realización del Censo de Embriones crioconservados, ampliado al ámbito nacional, también dará ocasión a la información y difusión necesarias para la toma de conciencia de las familias. La realización del censo es el mejor 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, FIDEC.

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 Civil³⁰, extendiéndolo a todo nuestro país.³¹

²⁹ BONET, Enrique- PARDO SÁENZ, José M.; *Hay un embrión en mi nevera*, Pamplona, cit; SOMMER, Susana E. *De la cigüeña a la probeta. Los peligros de la aventura científica*, Buenos Aires, Planeta, 1994.

³⁰ 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. 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*, nº 9902, Buenos.Aires, 20-12-99.

³¹ 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 Instituto de referencia. Esta noticia y otros antecedentes ya numerosos en el mundo, permiten aguardar con esperanza fundada que si se implementase la FIDEC, la expectativa de gestaciones saludables no es una audacia más.

SIGUE EN PAGINA 20.....

Luego, evaluando de modo concreto la respuesta e información de los laboratorios biomédicos, reglamentar la nueva forma de filiación para dar una respuesta proporcionada a la dignidad de cada embrión- hijo y paciente- crioconservado.

Prohibición. Deberá ser prohibida expresamente en ley civil y ley penal, reafirmando la aplicación en todas estas cuestiones del artículo 953 del Código Civil, y del artículo 28 de la Constitución Nacional y concordantes, la opción “contractual” de abandonar los hijos embriones “en fresco” o crioconservados “...a disposición del centro médico y/o del/os profesional/es.” .

V. LOS HIJOS EMBRIONES HUMANOS CRIOCONSERVADOS... ALLI ESTÁN.

¿Es justo pretender ignorar su existencia?. ¿Es justo amilanarse ante la complejidad y trascendencia de la cuestión, postergando una respuesta ético-jurídica, médica y bioética?. En relación con los embriones congelados se está arguyendo, cada vez con más insistencia, que como no han sido descongelados tampoco han podido ser transferidos para implantarse. En consecuencia, al no estar implantados no se trata de personas por nacer congeladas sino de “pre-embriones”³². Se sostiene que el embrión surgiría recién a partir de la implantación, o de los 14 días, o de los tres meses o cuando nazca y presente buenas condiciones de salud. Se afirma que en tanto los embriones no estén implantados sólo son material biológico útil para experimentación que posibilitaría remediar graves enfermedades, posibilidad que legitimaría también la producción de “pre-embriones” en los laboratorios para experimentar “en fresco”.

Reiteramos: ¿cabe afirmar de buena fe que la vida del concebido –fecundado *in utero* o *in vitro*- en sus primeras horas de vida, en sus primeros días, es algo distinto de vida humana?. ¿Qué podría ser de no ser vida humana? ¿Podría la vida humana no tener desde su inicio a quien pertenecer, incluso en el caso de los gemelos quienes al definirse serían no uno sino dos individuos humanos? ¿Cómo fundar que recién es así días después, cuando logra anidar, o alrededor de los catorce días cuando surge la cresta neural, siendo todo ello fruto de un proceso coordinado, gradual y continuo?.

Asumiendo la trascendencia y entidad de los cuestionamientos, solicitamos reflexión calificada, destacamos nuevamente que nos encontramos –la humanidad se encuentra- ante el hecho consumado de la existencia de los embriones crioconservados, no lo autorizamos, pero no supimos impedirlo. Ellos allí están, aguardando nuestra defensa conteste con nuestros principios ético-jurídicos y bioéticos de resguardo del derecho a la inviolabilidad de cada vida humana desde la concepción hasta la muerte. Desde ese mismo espíritu para finalizar retomamos la objeción más grave y compleja: la connotación eugenésica del DPI pese a su aplicación circunscripta a la FIDEC, extraordinaria y transitoria, obedeciendo a criterio ético científico objetivo expreso en cada caso, a la que no inspira en absoluto nuestra propuesta de autorización judicial excepcional del DPI para la FIDEC. Se trata de circunstancias excepcionales, de fuerza mayor. El DPI además deberá ser indicado y firmado por un comité integrado por tres médicos y dos bioeticistas, para controlar su aplicación, la transferencia en FIDEC y si ésta no es posible, certificar su muerte identificado por su estado de familia.

³² ARRIBERE, Roberto- COCO, Roberto, *Nacer bien. Consideraciones científicas, éticas y legales del inicio de la vida*, prólogo de Roberto NICHOLSON, Buenos Aires, Fecunditas. Instituto de Medicina Reproductiva, tiempo editorial, 2005. Sosteniendo el concepto del pre-embrión.

Se destaca la exigencia legal y bioética que integra la FIDEC de que el embrión enfermo será dejado morir con autorización judicial, nunca destinado a investigación, ni puesto “a disposición del laboratorio”. Por ello el subtítulo de esta exposición “vivir o morir con estado de familia determinado”.

Tal como lo señala María Luisa Di Pietro, desde su autoridad, las leyes no se han dictado para legitimar las técnicas sino que “...el legislador ha intervenido, por el contrario, para reglamentar una praxis y muy difundida y ejercida sin control...”³³

Desde el Derecho Civil, y en él por todos, Guillermo A. Borda³⁴, 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 contraríe 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*” (artículo 1071, Código Civil).³⁵

Es indudable la necesidad social de que el ejercicio de la biomedicina y de la investigación tecnocientífica estén subordinados igual que todo quehacer humano, en primer término a las normas ético-jurídicas guardianas del bien común de la sociedad, **de la humanidad.**

MUCHAS GRACIAS POR LA ATENCIÓN DE USTEDES.

Dra Catalina Elsa Arias de Ronchietto
 Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
 Facultad de Ciencias de la Salud.
 DICYT. UNIVERSIDAD DE MENDOZA
 PERU 5. MENDOZA. (CP 5500) ARGENTINA

³³ DI PIETRO, María Luisa, “La normativa italiana sobre reproducción médicamente asistida en el contexto europeo”, en *Vida y Ética*, publicación del Instituto de Bioética, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, año 5, n° 2, 2004; MASSINI CORREAS, Carlos I., “De los principios éticos a los bioéticos”, en *Persona y Derecho*, vol. 41, Pamplona, 1999, pp.417-40.

³⁴ 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., *idem* en *Tratado de Derecho Civil*, “Parte General”, 13ª edición actualizada por Guillermo Julio BORDA, Buenos.Aires, La Ley, 2008, p. 243 y ss.

³⁵ 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 *Tratado de Derecho Civil*. “ Parte General” , cit.