



El consentimiento informado como regla general..., Vol. 25, (2014), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO REGLA GENERAL RELATIVA A LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

ELSA MARÍA DEL CARMEN LLORET¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

1. Introducción.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se ha asistido a una reelectura del Derecho Privado a la luz de la Constitución Nacional, es decir, que se ha tenido en consideración el Derecho Privado en ese plan político que la Constitución define y reconoce.

En palabras de Aída Kemelmajer de Carlucci:

¹ Abogada. Graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires UBA. Docente de Derecho Constitucional y Derecho Público Municipal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires e investigadora de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

Esta nueva visión implica que el intérprete, fundamentalmente el juez, comienza a valorar con menor peso el método gramatical, o incluso el histórico para apoyarse en el método sistemático, pero entendiendo que el sistema remonta a la norma fundamental; en este camino ascendente, debe advertir que la Constitución siempre incorpora determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, lleva a que la interpretación y el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico (citada por Plovovich, 2012: 9).

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, debe ser observado en el contexto de una serie de tendencias que están imponiendo la necesidad de revisar y reformular los paradigmas del positivismo legalista heredado del siglo XIX.

La ciencia del derecho privado está en este momento en un proceso de cambios. Intenta mantener los ideales de igualdad, impersonalidad de las normas, coherencia y sistematización (propias de la codificación), pero integrándolos en una comprensión más profunda y real del proceso de creación e interpretación jurídica y una consideración relevante de fines y principios como la dignidad de la persona, la justicia contractual y los valores de solidaridad social que parecen insoslayables para fundamentar y dar legitimidad al sistema.

No puede decirse que se haya cristalizado una nueva metodología de la ciencia del derecho privado que permita anunciar como completamente superada la perspectiva del positivismo legalista, pero está claro que todas las tendencias referidas, y entre ellas la constitucionalización del Derecho privado, están dando las pautas de lo que será esa nueva forma de hacer Derecho en el ámbito de las relaciones entre particulares en el siglo XXI.

Señala Plovovich María Cristina (2012), que:

Las sociedades posmodernas, particularmente complejas y fragmentarias, repletas de paradojas aparentemente insuperables, presentan problemas que merecen respuestas que provengan de reflexiones profundas, ya que no sólo afectan el presente sino que dan el sentido sobre el que se funda el futuro. Estas necesidades se hacen patentes en diversos dominios del plano jurídico, hay temas que se han tornado inciertos (comienzo de la existencia de la persona física, investigaciones genéticas, muerte digna, identidades sexuales diferentes, etc.), que impactan no sólo en los individuos sino en la

familia y la sociedad en su conjunto. Sobre estos aspectos hay concepciones disímiles con argumentos contrapuestos de igual valor y legitimidad, lo cual es positivo ya que en toda sociedad democrática siempre existen múltiples pareceres, pero ello genera problemas tanto en lo legislativo como en lo judicial. Falta un enlace ordenador de la convivencia social (...) (Plovánich, 2012:5).

Creemos de acuerdo a lo expuesto por la autora que el Proyecto de Código Civil y Comercial viene a constituir ese enlace ordenador.

El objeto del presente trabajo, es abordar el consentimiento informado como regla general relativa a la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida en adelante (TRHA), regulada en el Art. 560 del Proyecto de Código Civil y Comercial. Otro elemento que contempla el Proyecto es la voluntad procreacional y es considerada como el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajeno a ellos. De este modo, el dato genético no es el definitivo para la creación de vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante el uso de las técnicas en análisis, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas.

2. De qué hablamos cuando hacemos referencia al Consentimiento Informado.

El origen de la doctrina legal del consentimiento informado, afirma Hooft, Pedro, tiene su origen en la jurisprudencia de los tribunales judiciales norteamericanos. La misma ha adquirido en particular a partir de los años ochenta, una creciente extensión de los sistemas jurídicos occidentales, de la mano de dos fenómenos: el de la democratización de la sociedad y el de la creciente juridización de las relaciones sociales (consiste en la regulación jurídica_ e incluso reducción a formas jurídicas de la totalidad de los fenómenos sociales (Hooft, 1997).

Al relacionar el consentimiento informado con la democratización de la sociedad, admite el autor, “asistimos a una verdadera revolución democrática, de la sociedad que se ha manifestado a través de los derechos de los enfermos como verdaderos derechos humanos. Y es aquí donde el consentimiento informado será la consecuencia obligada como exteriorización de libertades fundamentales del individuo derivadas de su derecho a la dignidad” (Hooft, 1997).

Zamudio, Teodora, entiende que “nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera que sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario” (Zamudio, 2001:1-3).

Luis Blanco, caracteriza al consentimiento informado como:

Un recaudo previo a cualquier tratamiento o intervención biomédica, comprensivo de dos exigencias básicas_ debida información y libre adhesión_ que se desdoblán formando cuatro elementos: revelación (adecuada y veraz) de la información, comprensión de la información, consentimiento voluntario y competencia para consentir, señalando luego que sin interferencia indebida alguna, cabe considerarlo como un acto jurídico efectuado dentro de un marco clínico, y agregando aquí que es dable obtener el consentimiento Informado para fijar pociões terapéuticas (Blanco, 1997: Págs. 87-90).

En resumen, nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, salvo disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones de hacerlo, desde el punto de vista psíquico-físico, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

3. El consentimiento informado. Recepción en el derecho argentino.

La debida protección de la dignidad humana, autodeterminación y preferencias del paciente, así como también de quienes, de tratarse de un paciente incompetente, deban decidir a su respecto, y por supuesto de los médicos, puede lograrse mediante la adecuada instrumentación de un auténtico consentimiento informado.

En nuestro ordenamiento jurídico la Ley 17.132² en su artículo 19 Inc. 3 prevé la obligación del médico “de respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos...”.

² Sancionada el día 24/01/1967, Promulgada el 24/01/1967 y Publicada en el Boletín Oficial 31/01/1967.

También, la doctrina del consentimiento informado adquirió relevancia en leyes especiales, como la de ablación y trasplante de órganos, 24.193 y en la Ley nacional de Lucha contra el SIDA 23978.

La Ley 24.193 modificada por la ley 26066³ en su Art. 13 consagra que : “Los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el artículo 3º deberán informar a los donantes vivos y a los receptores y, en caso de ser estos últimos incapaces, a su representante legal o persona que detente su guarda, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante -según sea el caso-, sus secuelas físicas y psíquicas ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor.

En caso de que los donantes y receptores no se opongan, la información será suministrada también a su grupo familiar en el orden y condiciones previstos por el artículo 21 de la ley 24.193 y modificatoria⁴.

Luego de asegurarse que la información ha sido comprendida por los sujetos destinatarios de la misma, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. Del cumplimiento de este requisito, de la decisión del dador, de la del receptor y de la del representante legal cuando correspondiere, así como de la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, deberá quedar constancia documentada de acuerdo con la normativa a establecerse reglamentariamente.

De ser incapaz el receptor o el dador en el caso de trasplante de médula ósea, la información prevista en este artículo deberá ser dada, además, a su representante legal.

En los supuestos contemplados en el título V el lapso entre la recepción de la información y la operación respectiva no podrá ser inferior a CUARENTA Y OCHO (48) horas.

Tratándose del supuesto contemplado en el artículo 21, respecto de donantes cadavéricos, la información será suministrada a las personas que allí se enumeran, en las formas y condiciones que se describen en el presente artículo, al solo efecto informativo.

La Ley Nacional de SIDA 23978,⁵ en el Art. 4 en el Inc. d) regula la obligación de las autoridades sanitarias de “cumplir con el sistema de información

³ Sancionada el 30 de noviembre de 2005, promulgada por el poder Ejecutivo y publicada en el Boletín Oficial el 22 de diciembre de 2005.

⁴ Sancionada el día 24 de marzo de 1993, promulgada parcialmente el 19 de abril de 1993.

⁵Sancionada el 16/08/1990 de 1990, Promulgada el 04/09/1990.

que se establezca” y en el Inc. f) se obliga al Poder Ejecutivo a arbitrar “medidas necesarias para llevar a conocimiento de la población las características del SIDA, las posibles causas o medios de transmisión y contagio, las medidas aconsejables de prevención y los tratamientos adecuados para su curación, en forma tal que se evite la difusión inescrupulosa de noticias”.

Asimismo, en el Art. 8 consagra que “Los profesionales que detecten el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o posean presunción fundada de que un individuo es portador, deberán informarle sobre el carácter infecto-contagioso del mismo y forma de transmitirlo y su derecho a recibir asistencia adecuada”.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, la Ley que regula las investigaciones en salud, 11044⁶, en el Art 4 establece que las investigaciones practicadas sobre sujetos humanos, deberá responder a una serie de requisitos, entre ellos en el Inc. e) “Obtener mediante instrumento público donde consten los riesgos a correr, el consentimiento de los sujetos de la investigación o de sus respectivos representantes legales, con las excepciones establecidas en la presente ley debidamente acreditadas”.

También, la Ley 11028⁷ de la Provincia de Buenos Aires que regula el funcionamiento de los centros de fecundación humana médicamente asistida otorga relevancia significativa al consentimiento informado en el Art. 5 “Los pacientes que sean asistidos con las prácticas reguladas en la presente ley, deberán prestar conformidad por escrito mediante un formulario pre-impreso donde se le explicará detalladamente el método a emplear y sus consecuencias posibles, conforme lo determine la Reglamentación, debiendo remitirse copia al Registro Provincial”.

El artículo 5 de la ley 26.529⁸ de derecho del paciente, conceptualiza al consentimiento informado como la declaración de voluntad que emite el enfermo o sus representantes aceptando o rechazando un tratamiento, luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) los beneficios esperados del procedimiento;
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

⁶ Sancionada el 06/12/1990; promulgada el 26/12/1990 y publicada en el Boletín Oficial el 13/02/1991

⁷ Sancionada el 15/11/1990; promulgada 12/12/1990; publicada en el Boletín Oficial 25/01/1991.

⁸ Sancionada el 31/10/2009. promulgada de hecho el 19/11/2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20/11/2009.

f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

Con la sanción de la ley 26.742⁹ se ha agregado el inciso g y h¹⁰.

La Ley 26.742 también modifica el Art. 10 de la 26.529 y establece que “*La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica*”.

Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

4. A que nos referimos cuando hablamos de Técnicas de reproducción Humana Asistida (TRHA).

A través de las Técnicas de reproducción humana asistida, en adelante (TRHA) se asiste a un nuevo paradigma sobre la forma de dar vida. La procreación humana asistida, “es la forma de dar vida, mediante la participación en el proceso biológico de la reproducción hecho por mano o arte del hombre”¹¹.

Las técnicas de reproducción humana asistida son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de procreación.

⁹ Sancionada el 9/5/2012, promulgada el 24/5/2012 y publicada en el Boletín Oficial el 24/05/2012

¹⁰ La Ley 26 742 adiciona a la ley 26529 los Inc. g) y h):

g) *el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;*

h) *el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.*

¹¹ Ver en

www.educared.org.ar/tamtam/archivos/2004/08/05/diccionario_de_la_real_academia.

Kemelmajer de Carlucci, Herrera, Lamm, (2011), también han sugerido definir las, en términos amplios, como la obtención de la reproducción de un ser humano mediante la utilización de técnicas médicas biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión y sexual de hombre y mujer.

Iñigo, Levy y Wagmaister, prefieren una definición más general y abarcadora de los distintos métodos, cuando dicen: “*se entiende que la reproducción humana es asistida cuando no es el resultado de la unión intersexual, sino de la aplicación de determinadas técnicas médico científicas que la hacen posible*”. Las autoras prefieren usar “*el término asistida y no artificial, porque no se trata de reemplazar químicamente el material genético, de que los médicos colaboren para lograr la fecundación*” (Iñigo-Levy-Wagmaister, 1994: 551).

La procreación asistida, según Cadoret, es aquella según la cual “*el arte de fabricar un niño ya no se limita al encuentro sexual de un hombre y una mujer. Las nuevas técnicas de reproducción influyen sobre los modos de determinación del parentesco*” (Cadoret, 2009:67).

Sostiene Adriana Krasnow, citando a Florencia Luna, que “*la procreación humana asistida puede ser definida como los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción*” (Krasnow, 2007: 2)

La mayoría de las legislaciones extranjeras no dan una definición sobre las TRHA, algunas establecen principios generales u objetivos. La Ley 14/2006 de España en su Art. 2º no define la TRHA, sino que enumera las técnicas que pueden realizarse. Finalmente expresa, que si de definir se trata, parece más acertado conceptualizar a la reproducción asistida como: “*la obtención de la reproducción de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico-biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre o mujer*”¹².

5. La revocación del consentimiento en las Técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): El Caso Evans del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el fallo de la Cámara Nacional Civil Sala J de setiembre de 2011.

La revocación del consentimiento en las TRHA, constituye un tema espinoso, cuando se produce la ruptura del vínculo de pareja que se ha sometido a TRHA.

Un caso paradigmático lo constituye el caso Evans vs. Reino Unido del tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante (TEDH)¹³.

¹² Ley nº 14 sobre Técnicas de reproducción humana asistida de España del año 2006.

¹³ Sobre este caso puede ver LAMM, Eleonora (2008): “La custodia de embriones en la

El 12 de julio de 2000, la demandante Natalie Evans y su compañero Johnston, iniciaron un tratamiento en una clínica especializada en reproducción médica asistida.

El 10 de octubre de 2000 fueron informados de que las pruebas preliminares habían revelado en la joven graves tumores precancerosos en ambos ovarios y que debía someterse a una ovariectomía bilateral. Sin embargo, como los tumores se desarrollaban lentamente, sería posible obtener algunos óvulos antes de la ablación para su fecundación *in vitro* (FIV), aunque la obtención debía efectuarse cuanto antes. Se les explicó que debían firmar cada uno un formulario para expresar su consentimiento en el tratamiento por FIV y que, conforme a las disposiciones de la Ley de 1990 de fecundación y embriología humanas (la Ley de 1990), cada uno de ellos tendría la posibilidad de retirar su consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no hubiesen sido implantados en el útero de la demandante. Durante la reunión, la Sra. Evans consultó acerca de la posibilidad de congelar sus óvulos no fecundados pero se le respondió que la clínica no practicaba esta técnica, que se caracterizaba por un índice de éxito menos elevado.

En ese momento, Johnston tranquilizó a la demandante diciéndole que no tenía necesidad de prever la congelación de sus óvulos, que quería ser el padre del niño que trajese al mundo. Posteriormente, la pareja dio los consentimientos necesarios firmando los formularios. El 12 de noviembre de 2001 la pareja acudió a la clínica; se obtuvieron y fecundaron once óvulos, de los que se crearon y conservaron seis embriones. El 26 de noviembre la demandante sufrió la ablación de sus dos ovarios, debiendo, como consecuencia, esperar dos años antes de tratar de implantar un embrión en su útero.

En mayo de 2002 finalizó la relación entre la demandante y Johnston, quien notificó a la clínica la separación y pidió la destrucción de los embriones. La clínica informó a la demandante sobre su obligación legal de destruir los embriones, ante la revocación del consentimiento de Johnston. Frente a esta situación, la demandante entabló un procedimiento ante el High Court procurando, entre otras cosas, una prescripción para requerir que Johnston restaurare su consentimiento. Su demanda fue rechazada el 1 de octubre de 2003, por lo que apeló. El 1 de octubre de 2004, el tribunal de apelación mantuvo el juicio del tribunal superior. Agotada la vía interna, la Sra. Evans recurrió ante el TEDH.

Según la recurrente, las sentencias desestimatorias de los tribunales nacionales habían vulnerado el derecho a la vida, al respeto a la vida privada y familiar, y

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A propósito del Caso Evans contra el Reino Unido”, Revista Catalana de Derecho Público, año 2008, n° 36. En <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/custodia-embriones-evans-reino-unido-61478486>.

la prohibición de discriminación, reconocidos en los artículos 2, 8 y 14 del Convenio, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, e incorporado al derecho nacional del Reino Unido a partir de la entrada en vigor de la Human Rights Act. de 1998, en octubre de 2000.

Con respecto a la Violación del Art. 2, Evans sostiene que la Ley Británica de 1990 que permite que cada uno de ellos pueda retirar el consentimiento en cualquier momento mientras los embriones no sean implantados en el útero, viola el derecho a la vida.

El Tribunal entiende que no existe consenso europeo, desde el punto de vista científico y jurídico acerca del inicio de la vida, pues depende del margen de apreciación de cada uno de los Estados. Además considera que la Ley de Británica no reconoce al embrión calidad de sujeto de derecho autónomo, ni le autoriza a prevalecerse del derecho a la vida consagrado en el Art. 2 del convenio. Entendió por lo tanto que no existió violación al derecho a la vida.

Además, la demandante considera que el Anexo III de la ley de 1990 que estipula la posibilidad de retractación de su pareja luego de la fecundación del óvulo; viola el Art. 8 del convenio que consagra el respeto por la vida privada y familiar. El Tribunal rechaza tal pretensión sosteniendo que: El Sr. Johnson, actuó de buena fe al prestar el consentimiento al someterse a la Fertilización asistida y que lo decidió porque creyó en la durabilidad de la relación entre ambos; además sostiene que no existe un criterio unificador entre los Estados acerca de los tratamientos de Fertilización asistida y de la utilización de los embriones, por lo cual deja a los Estados y en especial al Estado del Reino Unido, un amplio margen de discrecionalidad de apreciación; que asimismo el Anexo III de la Ley de 1990, establece la obligación legal a cargo de las clínicas intervinientes de precisar a las personas que se someten a FIV, que cada uno de los donantes de gametos es libre de poner fin a tal tratamiento antes de la implantación de los embriones y para ello deben dejarlo sentado por escrito en un formulario. Los destinatarios de tales prácticas_ en éste caso la Sra. Evans y el Sr. Johnston_ fueron informados de la posibilidad de retractarse hasta antes de la implantación de los embriones en el útero. Por lo tanto considera que el hecho de que el Sr. Johnston se negara a prestar el consentimiento para la implantación no viola el Art. 8 del Convenio.

Y finalmente, la Sra. Evans invoca violación al Art 14 del convenio alegando discriminación injusta; porque sostiene que una mujer que no acude a la FIV es dueña del destino del embrión, sin embargo si se somete a la Fertilización asistida se encuentra con el límite de que el donante de esperma pueda retractar su consentimiento antes de la implantación del embrión, de acuerdo a lo establecido en la Ley de 1990. Es interesante destacar en éste punto cual fue la postura del gobierno del Reino Unido; entendió que la Ley de 1990 no establece ninguna discriminación entre las mujeres que tienen hijos naturalmente y

las que recurren a la fertilización in Vitro, pues la implantación del embrión en éste procedimiento es asimilable a la fecundación del óvulo que se produce en el útero tras la relación sexual.

El TEDH analiza uno a uno el contenido de los artículos invocados y concluye que la posibilidad de revocar el consentimiento prestado inicialmente no los vulnera, por lo que desestima el recurso por cinco votos contra dos.

En Argentina en el caso P. A. c/ S. A. C.¹⁴ del año 2011, los Tribunales adoptaron una posición contraria al adoptado por el TEDH. La Señora A.P. y el Sr. A.C.S. se casaron el 14 de noviembre de 2003. Al transcurrir un largo tiempo sin poder tener hijos, en 2005 la pareja inicia un tratamiento de fertilización asistida en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER) de la Ciudad de Buenos Aires.

La Sra. A.P. se sometió primero a inseminación artificial, sin éxito. El matrimonio comenzó luego un proceso de fertilización in vitro, que implica la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide en laboratorio; en él se obtienen de 15 a 20 embriones, los que son conservados a -196° . Recién en el tercer intento – cuando a la mujer le fueron implantados cuatro embriones – se logró el embarazo. El único hijo de la pareja nació el 17 de agosto de 2006.

Dos meses después el matrimonio se separó, y más tarde inician el trámite de divorcio de común acuerdo. Sin embargo, a los dos años la mujer decidió volver a intentar la maternidad con los cinco embriones que quedaron criopreservados en el IFER, a lo que su ex esposo se negó.

En 2008 la Sra. A. P. promueve una medida cautelar de protección de persona, a tenor del Art. 234 del Código Civil y Comercial Procesal, en beneficio de los cinco embriones crioconservados que se encuentran en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), de los cuales dice ser madre, motivo por el cual invoca el Art. 57 Inc. 1 del Código Civil para ejercer su representación.

Argumenta que es su intención continuar con el proceso procreador iniciado pero su marido, de quien se encuentra separada de hecho se opuso a que se le implantaran los embriones. Dicha decisión impide que el Instituto de Ginecología y Fertilidad proceda al implante por considerar que debe ser consensuado por ambos progenitores.

En Primera instancia el fallo ordena la implantación de los embriones. El Sr. A.C.S. apela la decisión, peticiona la revocación de la sentencia y propone como solución alternativa frente a su oposición al implante, el instituto de la adopción embrionaria. Centra sus críticas en que la sentencia de grado no se ha expedido concreta y claramente acerca de la naturaleza jurídica de los embriones; que no se respetó “su derecho a no ser padre” por lo que existen in-

¹⁴ Cám. Nac. De Apel. En lo Civil, “P. A. c/ S. A. C. s/ medidas precautorias”, en Revista *Microiuris*, MJ-JU-M-68081-AR, 2011.

tereses en pugna y que, por el contrario, se omitió considerar que la actora había dado su consentimiento para la adopción prenatal.

La Sala J de la Cámara Nacional en lo Civil, sostiene: *“De modo que resulta llamativa la tesitura ahora adoptada por el apelante, en la que se pone de manifiesto la contradicción en la que incurre respecto de la que sostuvo al firmar el contrato mencionado. Es que no sólo pretende negar la naturaleza de los embriones sino que reniega de lo expresamente pactado en el punto 7 de la Autorización de Criopreservación en cuanto a que para el supuesto de disolución del vínculo, el consentimiento exigido por el IFER sería tramitado ante autoridad competente. Este es precisamente el trámite del presente. La derivación directa de este principio procesal es la doctrina de los propios actos, que consiste en la práctica, en impedir a un sujeto colocarse en el proceso judicial en contradicción con su conducta anterior jurídicamente relevante (Conf. López Mesa, Marcelo J., “Doctrina de los actos propios en la Jurisprudencia”, pág. 45 y sus cita; Ed. De Palma)”*.

Y continúa la Cámara argumentando que *“Las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, son inadmisibles las pretensiones que ponen al pretensor en contradicción con sus propios comportamientos anteriores, jurídicamente relevantes. Es que, el “thema decidendum”, como se dijo, se circunscribe a autorizar o denegar el implante embrionario. Para una posible adopción prenatal, más allá de las consideraciones precedentes, se debería contar con la conformidad de la madre, cuestión que en virtud de las constancias de autos, no es lo que la actora vino a plantear a la jurisdicción (...)”*

Respecto de la voluntad parental, la Cámara opina que *“es oportuno recordar que el apelante conocía el contrato suscripto y la trascendencia del acto llevado a cabo. También conocía, las posibles consecuencias del mismo: el implante de los embriones o la donación prenatal a terceros, con el consiguiente riesgo de que no hubiese acuerdo entre ambos progenitores sobre el destino de los embriones criopreservados”*.

En cuanto a la paternidad biológica el Tribunal entiende que *“es aceptada desde el momento en que el Sr. A.C.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”*.

Finalmente sostiene, que *“la ausencia de legislación concreta y específica no puede constituir un obstáculo para alcanzar soluciones, las que se encuentran*

consagradas en los principios generales del Derecho, en nuestra Constitución Nacional y en nuestro ordenamiento jurídico positivo”.

La Cámara deja sentado que no es objeto del mismo analizar la naturaleza jurídica de los embriones, aunque más adelante lo hará para fundamentar la existencia de la persona a través del embrión.

Con un análisis profundo de los hechos propios, sostiene el fallo que el padre no puede controvertir el consentimiento que prestó al someterse al tratamiento de FIV conjuntamente con su ex mujer. La paternidad se acepta a partir del momento en que ambas partes se ponen de acuerdo al someterse a las Técnicas de Fertilización con todas las consecuencias que ello implica. A diferencia de lo que ocurre en el fallo Evans, en el caso Argentino las juezas entienden, aplicando el Art. 70 del Código Civil, que los embriones son persona aunque no se encuentren en el seno materno, para ello citan jurisprudencia de la Corte Suprema que reconoce que el comienzo de la vida es a partir de la unión de los gametos masculino y femenino, y por lo tanto merecen la protección de todo ser humano.

Sin embargo en el caso Evans, la propia ley de 1990 en su Anexo III, establecía que el consentimiento podía revocarse hasta antes de la implantación. En nuestro país existe un vacío normológico al respecto, por lo tanto la Cámara sustenta el reconocimiento al derecho a la vida humana a partir de la concepción, según lo establecido en el Código Civil, y los Tratados Internacionales que cuentan con jerarquía constitucional, y el instrumento firmado por las partes al momento de iniciar el tratamiento de FIV. La Cámara además considera que la voluntad procreacional se manifiesta al momento de suministrar el material genético para ser utilizado en el proceso de inseminación.

Este fallo fue objeto de múltiples comentarios, en su mayoría críticos por entenderse que la sentencia omite considerar lo que las partes habían pactado ante el centro médico tratante, y que en las técnicas de fecundación asistida cobra importancia la voluntad procreacional, la que debe existir al momento de iniciarse el tratamiento y perdurar al momento en que deba implantarse el embrión en el seno materno.

6. El consentimiento informado como regla general relativa a la filiación por técnicas de reproducción asistida. Art. 560, 561 y 575 del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial

El Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial regula en su Art. 560 el consentimiento informado en las técnicas de reproducción asistida: “El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se proceda a la uti-

lización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella”.

El Proyecto de Reforma, estipula que la revocación del consentimiento debe producirse antes de la implantación, aunque las opiniones de especialistas en bioética sostienen, que dicha revocación debe producirse antes de la transferencia, pues la implantación es un proceso natural y posterior a la misma.

Tras treinta años de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que abrieron la posibilidad de procreación a parejas con impedimentos para hacerlo de manera natural, a principios de los noventa se amplió la noción de salud reproductiva y la legislación internacional reconoció los derechos reproductivos como derechos humanos fundamentales.

Los derechos reproductivos aseguran la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables para la conformación de una familia y de recurrir a métodos para superar el obstáculo de la infertilidad.

Actualmente, en nuestro país no solamente recurren a métodos a TRHA, las parejas que tienen problemas de infertilidad, sino también los matrimonios celebrados por contrayentes del mismo sexo contemplado en la ley 26.618¹⁵. Tanto el Proyecto de Ley sobre TRHA aprobado en Diputados en junio pasado, como la ley 14.208 de procreación asistida de la provincia de Buenos Aires nada dicen sobre el uso de las TRHA por parte de las parejas del mismo sexo, creemos que sería importante que la legislación las recepte a fin de guardar coherencia con la ley 26618, modificatoria del Código Civil.

La ley 14.208, parte de considerar a la infertilidad como una enfermedad y así lo establece en su Art. 1º: “La presente Ley tiene por objeto el reconocimiento de la infertilidad humana como enfermedad, de acuerdo a los criterios internacionales sustentados por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Asimismo se reconoce la cobertura médico asistencial integral de las prácticas médicas a través de las técnicas de fertilización homóloga reconocidas por dicha Organización, conforme lo normado en la presente y su reglamentación”. Y en el Art. 2 se define a la infertilidad como “la dificultad de una pareja de concebir un niño naturalmente o de llevar un embarazo a término, luego de un año de vida sexual activa”.

¹⁵ Sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio de 2010 y publicada en el Boletín oficial el 22 de julio de 2010.

Según el Art. 19 del Proyecto del Código Civil y Comercial, considera el comienzo de la existencia de la persona a partir de la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella en los casos de técnicas de reproducción asistida, sin perjuicio de lo que la ley especial prevea para la protección del embrión no implantado.

La primera parte del texto guarda relación con lo dispuesto por el Código Civil en sus Artículos 63 y 70. La segunda parte implica una gran novedad ya que determina que en los casos de TRHA, la existencia de las personas comienza con la implantación del embrión en la mujer, ello implica negar al embrión no implantado el carácter de persona, pero esa solución no atribuye al embrión no implantado en la mujer la condición de “mera cosa”, sin protección de ningún tipo, ya que la protección será la que la ley especial establezca.

El Art 19 del proyecto, guarda concordancia con el Art. 558 del mismo cuerpo legal que establece como fuentes de la filiación a la naturaleza, a las técnicas de reproducción humana asistida y a la adopción.

Con relación al tema elegido en el presente trabajo, nos detendremos a analizar el tema de la voluntad procreacional, que también se encuentra regulada en el art. 561, que estipula que: “Voluntad procreacional: Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos”.

Sostienen Zabalza y Schiro, que:

En los supuestos aludidos en materia de procreación asistida heteróloga, desde el origen, la realidad biológica y la voluntad procreacional se hallan disociadas, y el operador del derecho se enfrentará, a definir los criterios para determinar la filiación, lo cual implicará a la postre, la ponderación del derecho a la identidad del nacido respecto de los demás intereses que se encuentran en juego...(...), la identidad no se limita exclusivamente a la verdad biológica, sino que es comprensiva de otros aspectos que integran la persona, por tratarse de un proceso que comienza con la concepción y culmina con la muerte dimensión estática y dinámica (Zabalza y Schiro, 2011).

Señala Krasnow citando a Díaz de Guijarro:

Que distingue tres elementos que se vinculan con el acto procreacional: 1- la voluntad de la unión sexual, entendida como la libertad de mantener relaciones sexuales; 2- la voluntad procreacional, como el deseo e intención de crear una nueva vida; 3- la responsabilidad procreacional que refiere a la responsabilidad directa de los progenitores cuando la unión sexual trae como resultado la procreación. En el ámbito jurídico se proyecta en el instituto de la responsabilidad parental (Krasnow, 2007).

Este concepto ha sido acuñado en diversos fallos de la jurisprudencia, en lo que respecta a nuestro tema hicimos mención al mismo cuando tratamos la postura de la Cámara Nacional Civil, Sala J, respecto a la implantación de embriones criopreservados. Transcribimos a continuación la posición respecto a la voluntad procreacional “*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*” (Cam. Nac. de Apelaciones en P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas Precautorias, 2011)”.

La voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todas las personas que pretendan ser padres o madres a través de las TRHA deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa.

A su vez, el art. 575, consagra que “En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial...”

Los artículos mencionados, introducen varios temas que constituyen una novedad al articulado vigente; la voluntad de los adultos y no la identidad de los niños pasa a ser el eje para determinar la maternidad y la paternidad bajo la forma de un consentimiento informado que debe ser protocolizado frente a escribano, y que puede ser revocable, mientras no se haya producido la concepción de la mujer o la implantación del embrión en ella.

7. Algunas conclusiones finales.

Sostiene el maestro Germán J. Bidart Campos, que:

En una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones per-

sonales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad (Bidart Campos, 1991: 169).

La decisión de someterse a una práctica de reproducción humana asistida, no queda afuera de ese derecho constitucional de autonomía y de respeto por la dignidad de la persona humana.

Creemos que el Legislador en los distintos proyectos de Ley presentados sobre reproducción humana asistida ha contemplado el instituto del consentimiento como garantía del espacio de la libertad del hombre.

La jurisprudencia también, ha aportado fundamentos valiosos respecto al tema que nos convoca y finalmente el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial tiene la misma intención, solo basta hasta el momento la voluntad del legislador de convertirlo en Ley.

Finalmente creemos en las palabras de Augusto Mario Morello y Guillermo Claudio Morello en cuanto sostienen que:

El derecho a la dignidad de la vida debe insertarse en la perspectiva de un nuevo humanismo y sin perjuicio de su consideración desde diversas disciplinas interactuantes, una nueva cultura jurídica y médica suministra adecuaciones y propuestas revestidas del mayor interés, que produce en los operadores de la realidad cambios, demarcaciones y puntos de vista diferentes (Morello, Augusto-Morello, Guillermo, 2002:79).

Tanto el consentimiento informado como las técnicas de reproducción humana asistida, son productos de ésta era histórica y hasta tanto el legislador no nos proporcione una brújula orientadora, son la doctrina, la jurisprudencia y los principios generales del derechos el sostén de cualquier argumento que pretendamos sustentar.

Ni desde el derecho constitucional, ni desde el civil existe una enumeración taxativa de los derechos personalísimos, por lo que entendemos que es la doctrina quien nos orienta y guía, para determinar los valores en juego. Consideramos de vital importancia la regulación de las técnicas de regulación humana asistida y del consentimiento informado, considerado éste como un derecho que protege las manifestaciones físicas de las personas, y que es transversal no

solamente a la THDA, sino también a la integridad física de las personas, a la disposición del propio cuerpo y del cadáver.

Bibliografía:

BIDART CAMPOS, Germán, HERRENDORF, Daniel, (1991): Principios Derechos Humanos y Garantías. Edit. Ediar, Buenos Aires.

BLANCO, Luís, (1997): Muerte Digna: consideraciones bioéticas jurídicas”. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires.

GABARDI María, (2014): Tesina sobre Embriones Humanos: Entre el vacío legal y la desmedida manipulación”.

En http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/410_Gabardi.pdf. Consultado en junio de 2014.

HOOFT; Pedro (1997): La democratización y la juridización de la sociedad: la autonomía de la persona y la doctrina del consentimiento informado”, Revista Bioética y Bioderecho, vol. 2., Rosario

En <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/254/159>. Consultado en junio de 2014.

IÑIGO, Delia, LEVY, Lea y WAGMAISTER, Adriana, (1994): Reproducción humana asistida, en Enciclopedia de Derecho de Familia, Tomo III, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

KEMEIMAJER DE CARLUCCI Aida, HERRERA Marisa, LAMM, Eleonora (2011): “La reproducción mecánicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, en LA LEY del 08/08/2011.

KRASNOW, Adriana (2007): El derecho a la identidad de origen en las técnicas de reproducción humana asistida.

En <http://www.bioetica.org/cuadernos/contenidos/KRASNOW2.HTM>. Consultado en julio de 2014.

MACHADO RODRIGUEZ, Camilo Iván, (2012): La relación médico paciente: de la Verticalidad a la horizontalidad.

En <http://www.eps-salud.com.ar/Pdfs/Medico-Paciente.pdf>. Consultado en agosto de 2012.

MORELLO Augusto Mario, MORELLO, Guillermo, (2002): Los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud, Ed. Platense, La Plata.

PLOVANICH, María Cristina, (2012): Enfoque Constitucional de los Derechos de la Personalidad.

En <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/enfoque-constitucional-de-los-derechos-de-la> . Consultado en Junio de 2012.

LAMM, Eleonora (2008): La custodia de embriones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A propósito del Caso Evans contra el Reino Unido, Revista Catalana de Derecho Público, n° 36. En <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/custodia-embriones-evans-reino-unido-61478486>. Consultado en Agosto de 2012.

ZABALZA, Guillermina; SCHIRO, María Victoria (2011): “Reflexiones sobre el derecho a la identidad en la adopción y en la procreación asistida”, Cartapacio de Derecho, vol. 20.

En

<http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/rt/prinFRIENDLY/1386/1600>. Consultado en septiembre de 2012.

ZAMUDIO, Teodora (2001): Genética en el Proyecto del Código Civil Argentino. En <http://biotech.bioetica.org/docta48.htm>. Consultado en junio de 2014.

Jurisprudencia.

SALA J, CAMARA NACIONAL CIVIL, “P. A. c/ S. A. C. s/ Medidas Precautorias”. En

<http://revista.cpacf.org.ar/Revista003/Jurisprudencia%20Rev%2003/Implante.pdf> Consultado en julio de 2014.

Legislación

Argentina, Ley de ejercicio de la Medicina, odontología y actividades auxiliares, N° 17132 sancionada el día 24/01/1967, promulgada el 24/01/1967 y publicada en el Boletín Oficial 31/01/1967. Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/norma.htm>. Consultado junio de 2012.

Argentina, Ley Nacional de SIDA, N° 23798, sancionada el 16 de agosto de 1990 y Promulgada de Hecho el 14 de setiembre de 1990. Disponible en

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/199/norma.htm>
Consultado en junio de 2012.

Argentina, ley de transplante de órganos y tejidos, N° 24193 Sancionada el día 24 de marzo de 1993, promulgada parcialmente el 19 de abril de 1993.
Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/591/texact.htm>

Buenos Aires, Argentina, Ley sobre investigaciones en salud, N° 11044, sancionada el 06/12/1990; promulgada el 26/12/1990 y publicada en el Boletín Oficial el 13/02/1991.
Disponible
<http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/ccis/files/2012/07/Ley11044.pdf>. Consultado en julio de 2014.

Buenos Aires, Argentina, Ley sobre prácticas de fecundación asistida en seres humanos, N° 11028, sancionada el 15/11/1990; promulgada 12/12/1990; publicada en el Boletín Oficial 25/01/1991. Disponible en [http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/search.php?number=11028&uf=Buenos%20Aires/\(16\)](http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/search.php?number=11028&uf=Buenos%20Aires/(16)) Consultado en julio de 2012.

Argentina, Ley de Derecho del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, N° 26529, sancionada el 31/10/2009, promulgada de hecho el 19/11/2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20/11/2009.
Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>. Consultado julio de 2012.

Argentina, “Ley de Muerte Digna”; N° 26742, Sancionada el 9/5/2012, promulgada el 24/5/2012 y publicada en el Boletín Oficial el 24/05/2012.
Disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>. Consultado julio de 2012.

España, Ley sobre Técnicas de reproducción humana asistida. Número 14, Año 2006. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/27/pdfs/A19947-19956.pdf>. Consultado en julio de 2014.

Buenos Aires, Argentina, Ley de Fertilización Asistida, N° 14208, Sancionada el 2/12/2010, promulgada el 22/12/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 4/1/2011. Disponible: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/1-14208.html>. Consultado en julio de 2012.

Argentina, Ley de matrimonio Civil, N° 26618, Sancionada el 15 de julio de 2010, promulgada el 21 de julio de 2010 y publicada en el Boletín oficial el 22 de julio de 2010.

Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>. Consultado en julio de 2012.

Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial. Disponible <http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>. Consultado en julio de 2014.