

## Embriones y paternidad forzada. Análisis filosófico de una decisión judicial

Guillermo Lariguet\*

Una reciente decisión judicial autorizó el implante de óvulos congelados en una mujer divorciada. Su ex marido, sin embargo, rechazó esta resolución. En este trabajo intentaré analizar dos cuestiones relacionadas que se desprenden de la decisión judicial. En primer lugar, el problema de la paternidad forzada. Acerca de esto discutiré el rol del consentimiento informado en la justificación de la decisión judicial sobre el implante de los óvulos. En segundo lugar, la cuestión del estatuto del embrión. Con respecto a esto discutiré si es posible asignar personalidad al embrión congelado.

**Palabras clave:** decisión judicial - paternidad forzada - embrión

A recent judicial decision established the implant of frozen ovules in a divorced woman. Her ex-husband, however, refused that resolution. In this paper I attempt to analyze two related questions derived from the judicial decision. First of all, the problem of forced paternity. About this topic, I will discuss the role of informed consent in the justification of the judicial decision related to the implant of ovules. In the second place, the nature of the embryo. With regard to this question I will discuss the possibility of adscription of personality to the frozen embryo.

**Key words:** judicial decision - forced paternity - embryo

### I. Introducción

La filosofía moral reverdece cuando es aplicada a problemas vitales de

la experiencia. En este trabajo analizaré un caso resonante y complejo desde el punto de vista ético y legal. En efecto, una resolución judicial del

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en el área de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador de Conicet, Centro de Investigaciones de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba. [gclariguet@gmail.com](mailto:gclariguet@gmail.com)

13 de septiembre de 2011 de una cámara de apelaciones argentina<sup>1</sup> autorizó a una mujer a implantarse óvulos fertilizados *in vitro* (crioconservados) de su ex pareja. La pareja está separada desde octubre del año 2006 y con actual trámite de divorcio. En ese marco, el hombre se ha negado a aceptar la paternidad que la resolución judicial le impone.

Hace muchos años el filósofo George Henrik von Wright había pronosticado que las cuestiones morales serían cada vez más centrales en nuestras discusiones.<sup>2</sup> Los avances tecnológicos aplicados a la medicina, la biología y la genética de hecho suscitan variados y enormes interrogantes éticos. Varios de estos interrogantes han sido agrupados bajo especialidades como la bioética. En este contexto, el Derecho, en nuestro caso el derecho positivo argentino, se halla rezagado en múltiples cuestiones bioéticas dejando amplios espacios de indeterminación. Probablemente esto explique la necesidad de nueva legislación que contemple este tipo de casos.

En este trabajo deseo concentrarme en la discusión y análisis argumental de la decisión judicial desde el punto de vista de la filosofía moral. El análisis que propondré estará vinculado a la discusión de dos puntos centrales que se desprenden de la misma decisión judicial. El primero, relacionado con el problema de la paternidad forzada; el segundo, con el problema del estatuto del embrión.

Para llevar adelante estos objetivos, presentaré en primer lugar un resumen

de los principales hechos que constituyen el marco del caso. En segundo lugar, expondré sintéticamente los principales argumentos de la cámara. En tercer lugar, me detendré en un análisis de varios de los argumentos sintetizados, vinculando este análisis con los dos objetivos antes mencionados. En la última parte, ofreceré las consideraciones finales.

## II. Los hechos

La decisión judicial que voy a examinar es el fruto de una apelación a una sentencia de primera instancia en la que se daba lugar al pedido de la mujer de implantarse los óvulos sobrantes de un tratamiento de fertilización *in vitro* realizado por la pareja en agosto de 2006.

La explicación de por qué hay óvulos sobrantes obedece a que siempre en los tratamientos de reproducción humana asistida se fertilizan varios óvulos en previsión de que fallen los implantes, lo cual ocurre normalmente. Así es como, según consta en la descripción de los hechos de la decisión judicial, la pareja concurrió al centro médico de fertilización escogido por ambos, donde se les practicó en primer término un tratamiento de inseminación artificial que no dio resultado y luego tres intentos de fecundación *in vitro*. Sólo el tercero de éstos logró su objetivo, ya que de cuatro embriones que le fueron implantados en esa oportunidad uno prosperó y culminó en el nacimiento de su hijo Tomás Christian, el 17 de agosto de

2006. De la narración efectuada en la sentencia surge que fueron fecundados varios óvulos, tres de los cuales no fueron implantados por exceder el número científicamente aconsejable, quedando otros dos embriones del segundo intento, con pocas posibilidades de supervivencia. Esta aclaración es importante porque el ex marido aclara que la razón por la que se crea más de un embrión no es la voluntad de los padres de tener igual cantidad de hijos sino la futura utilización para supuestos en que el implante no resulte favorable para un nacimiento, motivo por el cual se los mantiene criopreservados.

En la sentencia se hace constar que los cinco embriones están criopreservados a una temperatura de alrededor de  $-200^{\circ}\text{C}$  en el IFER, Instituto de Ginecología y Fertilización, que reviste el carácter de guardador de los mismos, con miras a una futura implantación o para su donación prenatal a terceros.

La mujer que solicita el implante argue 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 oposición impide que el Instituto de Ginecología y Fertilidad proceda al implante por considerar que debe ser consensuado por “ambos” progenitores.

Además, la pareja firmó un contrato de consentimiento informado por el cual se comprometieron a determinar la futura disposición de los embriones en forma conjunta y en caso de no desear su transferencia en el propio matrimonio dar instrucciones por escrito

sobre su destino. En la sentencia se refiere que expresamente ambos renunciaron a la alternativa de su destrucción y que en caso de que no diesen las instrucciones conjuntas referidas o dejaran de pagar el costo de almacenamiento, autorizarían a donar dichos embriones a una pareja estéril. Esto es precisamente lo que propone como alternativa al implante el ex marido, lo cual resulta denegado por la cámara. También se determinó en dicha acta de consentimiento que si el matrimonio se disolvía ambos determinarían ante autoridad competente el destino de los embriones.

El ex marido añade que con posterioridad al nacimiento de Tomás ocurrido en agosto de 2006, la pareja tiene dificultades que tornan imposible la convivencia, separándose de hecho en octubre de 2006. Por lo dicho, considera sorpresiva y contraria a las posiciones originarias de las partes que la actora pretenda la implantación de los embriones sin su consentimiento y mediando expresa oposición, lo cual generaría en su persona la paternidad biológica de los hijos por nacer, no teniendo a la fecha voluntad parental.

El apelante 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 en la sentencia de grado no se respetó “su derecho a no ser padre”, por lo que existen intereses en pugna, y que –por el contrario– se omitió considerar que la actora había dado su consentimiento expreso para la adopción prenatal.

No obstante, la parte nodal de la argumentación del ex marido se centra en la carencia de legitimidad del implante debido a su falta de consentimiento. Sin embargo, como veremos enseguida cuando describa los argumentos judiciales, la cámara zigzagueó esta cuestión discutiendo el tema del estatuto del embrión y, a partir de cierta respuesta a esta cuestión, derivó la necesidad del implante. Por esta razón, para fundamentar su derecho, el ex marido añade al tema del consentimiento la afirmación de que corresponde dilucidar dos cuestiones: la del comienzo de la vida y la de la naturaleza jurídica de los embriones, concluyendo al respecto que "... ninguna de las posturas concibe al embrión como persona. En consecuencia, no hay condiciones suficientes que justifiquen la lesión al derecho de libertad de procreación de raigambre constitucional que poseen los padres (art. 17; 17; 19 y preámbulo de la Constitución Nacional Argentina). Prescindir del consentimiento del padre, resulta, por ende, jurídicamente reprochable e inadmisibles".

Con este marco fáctico como base, los argumentos de la cámara apuntaron a legitimar el derecho de la mujer a implantarse los óvulos, en contra de la negativa del ex marido. A continuación ofrezco una reconstrucción de los principales argumentos para esta decisión.

### III. Los argumentos

*i) La opción de la adopción prenatal implica reconocer el carácter de*

*persona humana del embrión.*

*ii) Respecto de la voluntad parental, es oportuno recordar que el apelante conocía el contrato suscripto y la trascendencia del acto llevado a cabo. También conocía las posibles consecuencias del mismo: 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. Así pues, la paternidad biológica es aceptada desde el momento en que el Sr. S. accedió a hacerse el tratamiento de fertilización asistida, conociendo las implicancias y posibles consecuencias asumidas en el contrato de referencia, en el que específicamente se acordó qué procedimiento se debía seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial. La voluntad procreacional explícita queda pues manifiesta en ocasión de suministrar su material genético conociendo que lo hacía con la finalidad específica de que fuera utilizado en el proceso de inseminación.*

*iii) El tema traído a conocimiento de este Tribunal, por su importancia y trascendencia, exige referir que por lo general, los avances científicos y el dinamismo de la tecnología no siempre están acompañados de soluciones legislativas y jurídicas. Es así que en relación a temas como el que nos ocupa existen vacíos legales que no obstante deben resolverse. A pesar de no ser*

*tarea sencilla y de las aristas que la reproducción humana asistida presenta, el derecho no puede ignorar la realidad. Sin embargo, como dijésemos, 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.*

**iv)** *Para la ley civil argentina se es persona desde la concepción. Ello surge del artículo 70 del Código Civil que establece que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”. Por su parte, el art. 63 establece que: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.*

**v)** *Si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX cuando evidentemente era impensada la fecundación in vitro. El texto se corresponde con la realidad imperante al tiempo de la sanción del Código; el desarrollo de las modernas técnicas biomédicas de fecundación ectogénica (in vitro) –desconocidas en aquel entonces– tornan indudable la afirmación de que también el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho. Es que el hecho de que no haya concepción en el*

*seno materno no es óbice para aplicar el art. 70 por analogía en mérito de lo dispuesto por el artículo 16 del mismo cuerpo legal.*

**vi)** *Se impone, una interpretación del elemento gramatical –humanista y finalista– acorde con la evolución de los avances científicos y congruente con el pensamiento del codificador de tutela de la vida humana (arts. 63, 70, 72, 75 Cód. Civil), superadora de una antinomia manifiestamente discriminatoria que diferenciara la situación del concebido según el diverso lugar en que se produce el contacto fertilizante de las células germinales.*

**vii)** *La solución del codificador –inspirada en el Esbozo de Freitas y el Código Civil Prusiano– explica satisfactoriamente la tipificación penal del aborto premeditado (art. 85 Cód. Penal) y la razón del porqué en los países en que existe la pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres encinta hasta después del parto.*

**viii)** *Es dable poner de manifiesto que la doctrina argentina –de manera casi unánime– ha aprobado el pensamiento de Vélez Sarsfield. Sólo cabe citar la excepción de la opinión de Orgaz, para quien el equívoco de la solución del Código consistiría en asimilar “vida humana” con “persona humana”, siendo que mientras la primera comenzaría con la concepción, la segunda requeriría de una vida “individual y autónoma”, que recién se produciría con el nacimiento. La opinión*

*del autor citado puede contestarse con la elemental consideración que el concepto de "persona humana" equivale al de "ser humano", cuyo proceso existencial abierto comienza, no con el nacimiento sino con la concepción, terminando con la muerte.*

**ix)** *Independientemente de ello, es posible considerar, que es persona de existencia visible todo ente que presenta signos característicos de humanidad (art. 51 Cód. Civil), sin distinción de cualidades y accidentes. Ello involucra al concebido in vitro en virtud de su sustantividad humana que la biología le reconoce desde el momento en que se produce la concepción, idéntica a la del concebido en el seno materno. Normas posteriores al Código Civil reafirman esta interpretación de considerar sujeto de derecho al concebido extracorporalmente. La ley 23.264 de filiación y patria potestad, sancionada en el año 1985 cuando en Argentina ya se conocían y practicaban las técnicas de fecundación asistida, ha mantenido el mismo criterio. Así el art. 264 del Código Civil establece que la patria potestad existe desde la concepción, sin requerir que ella suceda o acaezca en el seno materno. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que "El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario". En tal orden*

*de ideas, "la concepción se produce al momento de la fertilización, y desde ese instante hay vida humana, conforme lo determinado por los arts. 63 y 70 del Código Civil y al art. 4 apartado primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".*

#### IV. Análisis de los argumentos

Como prometí en la introducción, en este trabajo estoy interesado en centrarme en la discusión filosófico-moral de dos cuestiones que se encuentran íntimamente interrelacionadas por el razonamiento de los camaristas. Por una parte, la cuestión de hasta qué punto es moralmente aceptable una paternidad forzada.<sup>3</sup> Por la otra, la cuestión del estatuto del embrión. Ambas cuestiones están relacionadas por la misma cámara, que hace depender de la decisión sobre cómo concebir al embrión, la determinación de si corresponde el implante de los óvulos. Tal implante generará deberes no sólo morales sino primordialmente legales de paternidad, los que son rechazados por el ex marido.

Como se ha señalado, la cámara hace depender la autorización del implante de la discusión acerca del estatuto moral del embrión cuando, en rigor, ése no es el punto central de la cuestión, el cual se vincula con la falta de consentimiento del ex marido. Por este motivo, es conveniente que primero veamos el tema de la paternidad.

Un dato relevante en nuestras intuiciones morales está dado por el hecho de que consideramos libres y susceptibles de responsabilización a aquellas decisiones que están bajo control del agente y que han sido fundamentalmente consentidas por éste. En el caso que estoy examinando el problema radica en que precisamente este consentimiento está ausente: no se trata de una paternidad querida sino forzada, en este supuesto, bajo una imposición judicial. La falta de consentimiento queda clara por la exposición de los hechos que efectué oportunamente. Los camaristas, sin embargo, hacen una interpretación dudosa del dato del consentimiento. Consideran que “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” (véase argumento en ii). Empero, de la relación de los hechos surge de manera evidente que la razón por la cual se crea más de un embrión “no es la voluntad de los padres de tener igual cantidad de hijos sino la futura utilización para supuestos en que el implante no resulte favorable para un nacimiento”. Basta una inspección somera de los hechos para advertir que en el contrato firmado por la pareja con motivo del procedimiento de fertilización quedaba expresada la necesidad de consentimiento de “ambos” para cualquier decisión que tuviese que ver con los óvulos crioconservados.

El problema filosófico en este caso es que se verifica un auténtico “con-

flicto de derechos”: el derecho a ser madre y el derecho a no ser padre. Y la pregunta que debemos formularnos es si acaso existe un criterio objetivo para adjudicar peso o importancia a uno de los derechos por sobre el otro.<sup>4</sup>

Supongamos por un momento que ninguno de estos derechos es un “super derecho” o un “derecho absoluto” ya que si ése fuera el caso sería imposible una adjudicación de peso a los derechos mediante algún mecanismo de ponderación o balance. Ambos derechos estarían “a la par” y, en todo caso, el problema radicaría en cómo producir racionalmente un desempate.

Ahora bien, una primera observación que hay que advertir es que el valor de la “libertad reproductiva” no puede jugar sólo para el derecho a ser madre sino que también forma parte del núcleo del derecho a no ser padre, del mismo modo que forma parte del núcleo de un eventual derecho a “no ser madre”. Repárese, por otra parte, en el peculiar contexto en el que pretende ejercitarse el derecho a no ser padre: el de un hombre que se encuentra separado de hecho desde hace cinco años de su mujer y con actual trámite de divorcio. El problema en buena parte radica en que los embriones están conformados por “ambas partes” y en este sentido a ambos le “pertenecen”; no obstante no podemos olvidar el hecho de que para que la decisión sea moralmente vinculante es menester contar con el consentimiento de ambos. El caso es verdaderamente difícil de decidir, tal como atestigua el argumento iii), que plantea la existencia de “vacíos legales” sobre la cuestión, y dada la controversia que existe sobre

nuestros derechos no debería espantarnos la posibilidad de que no hubiese una “única respuesta correcta” desde el punto de vista jurídico. Sin embargo, es necesario distinguir el plano legal que puede resultar indeterminado del plano moral donde podríamos contar con ciertas respuestas para el problema. Desde el punto de vista moral podríamos pensar en que todavía no se ha eliminado la posibilidad de respuestas más razonables que otras. Por ejemplo, la alternativa de donación prenatal a terceros como propone el ex marido, sumado a un implante con un óvulo de la mujer inseminado con semen de un tercero, podría ser una salida por el “mal menor”. Ahora bien, ésta no fue la alternativa escogida por la cámara sino la de autorizar el implante desconociendo el consentimiento del hombre. Buena parte de la argumentación de la cámara está construida de un modo que hace depender del estatuto del embrión la decisión del implante. En mi opinión, esto hace que la argumentación sea endeble por cuanto la premisa de que el embrión es persona –que, como veremos, es cuestionable– no brinda apoyo irrefutable para la conclusión de que debe proceder el implante. A la cadena de inferencia le falta el consentimiento del hombre para que esta conclusión sea fortalecida. Es como si la discusión sobre el estatuto del embrión “zigzagueara” la importante cuestión moral del consentimiento. Con todo, como se hace depender del estatuto del embrión toda la cuestión de la decisión del implante, es momento de ocuparnos de esta cuestión ahora.

En primer lugar, resulta controversial utilizar como terminología la expresión “adopción prenatal”, como ocurre en el argumento i). Para mis propios argumentos prefiero el término “donación prenatal”, en vez de “adopción prenatal”. Con todo, como ha podido apreciarse, para preservar la denominación de los jueces, he mantenido el término “adopción prenatal” a lo largo de la exposición de los hechos del caso y los argumentos judiciales. Sin embargo, se trata de un término problemático y engañoso si conduce a la idea de una “adopción real”. Como ha sostenido Florencia Luna, “con esta denominación los embriones son tratados como huérfanos, analogía que conduce a ciertas paradojas: si les concediéramos a los embriones la condición de personas, el proceso de crioconservación resultaría, por lo menos extraño –¿cómo podríamos congelar personas?–. Es más, la fertilización *in vitro* podría ser vista como una masacre, debido a la pérdida de embriones cuando se los transfiere al útero de la mujer, y la misma práctica de “darlos en adopción” (con la evidente intención de protegerlos) podría implicar su muerte o destrucción por las posibles pérdidas y dificultades en la implantación”.<sup>5</sup> Es decir, bajo el paraguas del término “adopción” prenatal de embriones se pretende provocar la inferencia de que el embrión es persona. Sin embargo, el embrión podría ser considerado una forma de vida primitiva pero con ello todavía no estamos rotulándolo bajo la etiqueta de “persona”.

Las cosas quedan más claras cuando en el argumento iv) se pone sobre la mesa el concepto “legal” de persona, según el cual “se es persona desde la concepción en el seno materno”. El primer problema que desencadena esta definición se vincula con qué cabe entender por “concepción”. La expresión “concepción” ha sido con frecuencia manipulada en los debates bioéticos sobre temas como el aborto explotando al máximo su reconocida ambigüedad.<sup>6</sup> Se trata, en efecto, de una expresión ambigua porque bajo el paraguas del término se han referido cosas tan disímiles como “fecundación”, “implante en el útero” y hasta el mismo “acto sexual” ha sido entendido como un momento de la concepción. Por otra parte, pensar en el “seno materno” como “espacio” de localización del embrión tampoco deja en claro si la referencia apunta al momento de la fecundación o al momento del implante, hechos que ocurren dentro de la mujer. La argumentación se vuelve aun menos cristalina cuando –con apoyo en el art. 16 del Código Civil– se establece una analogía entre las personas concebidas dentro del seno materno y los embriones crioconservados. En síntesis, la ambigüedad de la expresión “concepción”, unida a la controversia acerca del estatuto moral del embrión, determinan que la base de la analogía –presente en el argumento v)– esté apoyada en pies de barro. Buena parte de la debilidad del razonamiento forense se detecta a su vez en la equivalencia entablada entre el sintagma “vida humana” y la expresión “persona”. Mientras lo primero apunta a un dato

de estirpe biológica configurado por datos como la conformación celular o el ADN, la categoría de persona no es biológica o científica sino netamente moral y de rango normativo.<sup>7</sup>

Es por esto que la distinción entre vida humana y persona que efectuaba el jurista citado y criticado por la cámara, Orgaz, es correcta.

Otra analogía dudosa es la que se establece en el argumento vii) entre no implantar un embrión y ya por esto equipararlo con el aborto premeditado<sup>8</sup> o con ejecutar a una mujer encinta. Aquí se urde una fabulosa manipulación de los términos. Ante todo porque la solicitud del ex marido no es que se destruyan los embriones sino que se respeten los términos del convenio en que la mujer aceptó la posibilidad de donación prenatal para los embriones sobrantes. Ahora bien, una posible preocupación en considerar una persona “hecha y derecha” al embrión puede ser la siguiente: pensar que si el embrión no es considerado desde el vamos como “persona” los óvulos congelados pueden ser simplemente “desechados”. Sin embargo, pensar así es caer en un falso dilema. No estamos apasionados por esa alternativa. De hecho, insisto, cuando la pareja en cuestión hizo el trámite para la fertilización asistida firmó un convenio en el cual se explicitaba que los embriones crioconservados sobrantes no serían destruidos y que, en caso de no decidirse de “común acuerdo” el implante, los mismos podrían ser destinados a donación prenatal a terceros (es decir, a parejas infértiles).

El apoyo que brinda la premisa según la cual el embrión congelado ya es una persona para concluir en la moralidad del implante no puede ser inquestionable porque precisamente el estatuto de un embrión es una de las cuestiones éticas respecto de las cuales existe más desacuerdo. Por lo pronto, parece problemático afirmar, como el Dr. Armando Andruet<sup>9</sup>, que “lo que vemos –en el embrión– no es en potencia el hombre, sino que está todo el hombre que ya es”. ¿Desde qué punto de vista plausible podríamos hacer esta equiparación entre un hombre actualizado y algo que todavía no lo es? En este sentido, sólo resabios religiosos, concretamente de la fe católica, permitirían comprender que para la cámara que decidió el caso, el embrión es equivalente a “una persona de existencia visible con todos los rasgos característicos de humanidad” (véase argumento ix). Como ha sostenido el científico experto en medicina reproductiva César Sánchez Sarmiento “científicamente, un embrión es un grupo de células que tiene el potencial de desarrollar una persona, pero que en el momento en que se criopreserva (en nitrógeno líquido a 196°C bajo cero) tiene entre dos y cinco días de desarrollo y es un conjunto de células que forman una pelotita de aproximadamente 100 micras de milímetro (es decir, un milímetro dividido en cien)”<sup>10</sup>. Es difícil entender cómo en una “pelotita de 100 micras de milímetro” se hallan ya todos los signos visibles y característicos de humanidad, como se afirma en el fallo.

Por otra parte, el solo argumento de una conformación celular que posee ADN no puede ser suficiente –como pretenden algunas personas– para predicar personalidad de un ente: se trata de un rasgo genético sobre el cual todavía tenemos que discutir su relevancia moral. Saltar de una propiedad natural –por ejemplo, la pertenencia de una célula a la especie *homo sapiens*– a una propiedad normativa (ser persona como sujeto de derechos) es un salto que implica incurrir en la falacia naturalista. Como se sabe, se comete esta falacia cada vez que inadvertidamente se pretende derivar un “debe”, una norma, de un “es” o una base puramente fáctica. Son necesarios argumentos conceptuales adicionales para discutir el estatuto del embrión congelado. Más promisorio parece aquella concepción que identifica como propiedades normativas relevantes “mínimas” de la personalidad el despliegue de predicados mentales básicos (sentir dolor, frío, hambre, etc.) que sólo podemos atribuir a un ente que tiene un sistema nervioso, algo que no ocurre con el embrión congelado sobre el que discurrió la decisión judicial controvertida.<sup>11</sup>

Considerar, por el contrario, que el embrión crioconservado ya es una persona tendría la consecuencia indeseada de que volvería moralmente irrazonable cualquier investigación terapéutica con embriones destinada a tratar enfermedades como el alzheimer, el parkinson, la diabetes, etc. Es verdad que la investigación con embriones con finalidades terapéuticas, mediante la obtención de células troncales, involucra

la “destrucción” del embrión.<sup>12</sup> Sin embargo, si consideramos que hasta los 14 días estamos más que ante el embrión, ante la presencia de lo que suele denominarse un “preembrión”, al que no podemos adjudicarle personalidad ni siquiera a partir de rasgos mínimos, entonces el problema moral de la manipulación y destrucción desaparece.<sup>13</sup> Por supuesto, se podría replicar a esto que el embrión crioconservado es una persona “potencial”.<sup>14</sup> Sin embargo, como decía Aristóteles, lo que tiene potencia para ser, también la tiene para no ser.<sup>15</sup>

Los que alegan el concepto de persona potencial tienen que admitir que es posible que el embrión nunca llegue a convertirse en persona real (de hecho, de cada 100 óvulos fecundados, 40 se pierden espontáneamente). Nunca pensamos, por otra parte, que las entidades potenciales tengan el mismo valor que las entidades actuales; por ejemplo, no juzgamos igual a un embrión que a un feto de cuatro meses. Es por este motivo que el filósofo mexicano Gustavo Ortiz Millán en su obra *La moralidad del aborto*<sup>16</sup> ha sostenido que, “si en un caso hipotético, tuviéramos que optar por salvar una veintena de probetas con óvulos fertilizados o salvar a un bebé recién nacido, coincidiríamos en que lo correcto es salvar al bebé”. Perder de vista que el desarrollo humano es progresivo y que van emergiendo propiedades de distinta relevancia moral a medida que transcurre el tiempo, es asumir una tesis de la continuidad –desde el embrión hasta el hombre adulto– sobre la

que deben ofrecerse fundamentos filosóficos aceptables. Mientras la argumentación sólo dependa de creencias religiosas de los jueces, como parece ocurrir en este caso, la propuesta de fundamentación filosófica será una tarea pendiente.

## V. Consideraciones finales

En este artículo me he ocupado de un caso problemático para nuestras intuiciones morales. El carácter complejo del caso obedece a la presencia de varios rasgos: a) desacuerdo en nuestras intuiciones y conceptos morales en torno al valor del consentimiento de las partes en pugna y el estatuto del embrión; b) existencia de amplios vacíos legales.

Con relativa independencia de lo legal, en estos casos complejos la filosofía moral puede hacer mucho por esclarecer las principales dimensiones éticas del problema.

Desde este punto de vista, en este trabajo he pretendido mostrar que la decisión judicial no es moralmente legítima pues ha obviado el consentimiento informado de una de las partes. La cámara ha “esquivado” los términos del consentimiento y se ha involucrado con una discusión sobre la personalidad del embrión con argumentos que parecen mostrar fuertes tintes religiosos. Dado que la propia cámara se sumergió en esta discusión, examiné sus argumentos al respecto y sostuve que resulta problemático asignar el estatuto moral de persona a un

embrión congelado. Sin embargo, negar este estatuto moral no significa saltar a la conclusión de que en este caso judicial los embriones quedan por ello a merced de su destrucción. En realidad, he intentado sugerir que en las bases del convenio de consentimiento informado que la pareja había suscripto con anterioridad al pleito estaba en germen otra posibilidad que no implicaba la destrucción de los embriones. Con arreglo a los términos de este convenio, consentido en su momento también por la mujer, he sugerido que la

donación prenatal a terceros podría ser una alternativa razonable. Dado que la pareja se halla separada, como alternativa complementaria la mujer podría haber optado por un implante de óvulos nuevos inseminados por un tercero seleccionado por ella.

En conclusión, he pretendido defender que la decisión judicial no puede ser moralmente legítima sobre la base de una paternidad forzada. Tenemos que apreciar en su justa medida, entonces, el valor del consentimiento para justificar estas decisiones. ■

#### Notas y referencias bibliográficas

<sup>1</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Protección de embriones crioconservados. Ref. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Causa 94282-2008. Autos: P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias. Cuestión: medida cautelar en protección de persona para 5 embriones crioconservados. Fecha 13-SET-2011. Expte. n° 94282/2008 - "P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias" Juzgado Nacional en lo Civil N°92. El fallo está disponible en: <http://mariacristinacortesi.blogspot.com/2011/09/nuevo-fallo-sobre-embriones-congelados.html>

<sup>2</sup> Bulygin E. Entrevista a George Henrik von Wright, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 1992; 12: 389.

<sup>3</sup> Atienza M. Paternidad Forzosa, en M. Atienza *La Guerra de las Falacias*. México DF: Cajija, 2004, 29-30.

<sup>4</sup> Zucca L., Lariguet G., Martínez D. et al. *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

<sup>5</sup> Luna F. Reproducción asistida y contexto local, en F. Luna y A. Salles *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, 295-296.

<sup>6</sup> Faúndez A. y Barzelatto J. *El drama del aborto. En busca de un consenso*. Buenos Aires: Paidós, 2011, 54.

<sup>7</sup> Agazzi E. El estatuto ontológico y ético del embrión humano, en J. González (coord.) *Dilemas de la bioética*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2007, 115.

<sup>8</sup> Por cierto que la cuestión es además flexible a los cambios legislativos que respondan a cierta concepción moral. En Argentina existen diversos proyectos legislativos y discusiones orientadas a despenalizar el aborto para los primeros tres meses de embarazo.

<sup>9</sup> Véase la sección Opinión del periódico *La Voz del Interior* de Córdoba, Argentina, del miércoles 28 de septiembre de 2011. Disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/opinion/necesitamos-saber-que-hacer-con-ellos>

<sup>10</sup> Atienza M. Clonación Terapéutica, en M. Atienza, *Bioética, derecho y argumentación*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2004, 127-128.

<sup>11</sup> Salles A. La clonación y el debate sobre células troncales, en F. Luna y A. Salles *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, 304.

<sup>12</sup> Aun así, algún filósofo podría ser reticente a admitir la distinción entre embriones y preembriones y considerar que los embriones son personas “desde la concepción”. Pero, aun con esta estrategia filosófica, no se lograría prohibir moralmente la investigación terapéutica con embriones. Porque para ello habría que considerar que el deber de respeto del embrión es “absoluto” y derrota cualquier otro factor o consideración moral relevante, lo que no es el caso. El deber de respeto al embrión es un deber *prima facie* que se pondera junto con otras normas y valores en juego, por ejemplo el valor de curar enfermedades serias.

<sup>13</sup> Rivero Weber, P. Una castaña no es un castaño. En torno al estatus ontológico y moral del embrión humano, en *Dilemas de la Bioética*. Juliana González Coordinadora, México, DF, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 147-159. (Rivero 2007: 147-159)

<sup>14</sup> Valdés M. Aborto y personas, en M. Valdés (comp.) *Controversias sobre el aborto*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 2001, 79.

<sup>15</sup> Ortiz Millán G. *La moralidad del aborto*. México DF: Siglo XXI Editores, 2009, 77.