

**XIV JORNADAS DE  
COMUNICACIONES  
CIENTÍFICAS DE LA  
FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS UNNE**

**Compilación:**  
Alba Esther de Bianchetti

2018  
Corrientes - Argentina

**XIV Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas -UNNE : 2018 Corrientes -Argentina / Estefanía Daniela Acosta ... [et al.] ; compilado por Alba Esther De Bianchetti. - 1a ed. - Corrientes : Moglia Ediciones, 2019.**  
548 p. ; 29 x 21 cm.

ISBN 978-987-619-344-3

1. Análisis Jurídico. I. Acosta, Estefanía Daniela II. De Bianchetti, Alba Esther, comp.  
CDD 340



**ISBN N° 978-987-619-344-3**

Editado por **Moglia Ediciones**

Todos los derechos reservados - Prohibida su reproducción total o parcial, por cualquier método  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en **Moglia S.R.L.**, La Rioja 755

3400 Corrientes, Argentina

**[mogliabros@hotmail.com](mailto:mogliabros@hotmail.com)**

**[www.mogliaediciones.com](http://www.mogliaediciones.com)**

Octubre de 2019

## PROBLEMATICAS DEL CONSENTIMIENTO EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA

Surt, María Susana  
Silvero, Fernández Carlos  
estudiosilvero@yahoo.com.ar

### Resumen

La presente investigación, forma parte del PEI - FD 2017/03 "Los derechos de la persona humana y la familia a partir del Código Civil y Comercial y los Tratados Internacionales" y, tendrá como objeto indagar los efectos del consentimiento en la inseminación artificial, en especial su validez pos mortem.

**Palabras claves:** Inseminación, Consentimiento, Validez.

### Introducción

¿Cuál es el origen la palabra persona?: Podemos responder siguiendo las obras de Hervada<sup>1</sup> podemos decir, que al menos existen tres teorías admitidas como verosímiles para el origen de la palabra persona —a) la de origen etrusco de phersu; b) la del griego prósopon, y c) la romana de personare (coinciden en identificar el significado de la palabra latina “persona” con el de “máscara”, como un elemento con el que el hombre se muestra y se relaciona con los demás). Además evidenció dos líneas semánticas: a) la prevalente por la que el término se refirió al hombre, pero no en tanto criatura natural, sino en tanto su posición exterior o papel social (origen remoto del sentido jurídico de persona); b) aquella por la que “persona” terminó designando a la persona en sí misma, como individuo humano (sentido vulgar del término persona).

Una primera conclusión que podemos extraer desde la perspectiva semántica es que término “persona” alude a la especie humana considerada en sí misma, por lo que se puede colegir que la palabra persona en un sentido ontológico o primario se refiere al ser humano en tanto tal.

Sin embargo, si pasamos al campo metafísico<sup>2</sup>, cuando aludimos al termino persona se suman otros elementos, a saber: la “autoposición”, en la filosofía medieval definía la persona como *naturae rationalis subsistentia*, es decir la independencia de un ser dotado de razón; la “unidad”, en tanto que yo soy uno; soy sólo uno; no puedo ser multiplicado; es la “unicidad”, es decir la autoposición, yo soy éste; soy sólo éste; un ser inimitable; la “conciencia”, la autoposición en la conciencia, en la libertad y en la acción, es decir la conciencia de mí mismo; la “interioridad”, significa que yo, siendo persona, estoy en mí, junto a mí, para mí, y ello de manera exclusiva; sólo cada uno podemos disponer abrirla o no; la “dignidad”, es la faceta inmanente de la persona, situada por encima de las cosas y las acciones biológicas, y; la “espiritualidad”, es decir la interioridad y la dignidad tienen su raíz en el espíritu; permite comprender la elevación de ser despojado de lo terrenal.

Ergo, desde el punto de vista metafísico, la persona es “autoposición consciente” de su interioridad, dignidad y espiritualidad.

Sin embargo como desarrollamos más abajo, ésta visión clásica filosófica, ha sido superada, se han instalado nuevos paradigmas, sobre todo partiendo J. Habermas, uno de los referentes del periodo posmetafísico.

¿Cuándo inicia la personalidad jurídica el embrión?: Necesariamente sobre la temática debemos referirnos a los criterios del CECTE<sup>3</sup>, por que fue uno de los organismos de incidencia en la elaboración de la nueva

<sup>1</sup> Hervada Javier (1993), “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en Escritos de derecho natural, 2 ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 449-469; Cuatro lecciones de derecho natural, Pamplona, Eunsa, 1989, pp. 87-119.

<sup>2</sup> Cardona Carlos (1987) - Metafísica del Bien y del Mal - Ediciones de la Universidad de Navarra nos enseña que Santo Tomás de Aquino refiere al concepto de la persona diciendo que es una modalidad del ser, es decir, de aquella perfección que en su filosofía es la *perfectio omnium perfectionum e l'actualitas omnium actuum*, y justo respecto a esta perfección la persona ocupa el más alto grado: en la persona, el ser encuentra su actualización más plena, más excelente, más completa. Por este motivo, todos aquellos a quienes corresponde el título de persona son entes que gozan de una dignidad infinita, de valor absoluto. El de persona es un concepto análogo: Se predica según un orden de prioridad y posterioridad “*secundum prius et posterius*”; con todo, designa siempre la misma perfección fundamental: el subsistir individual en el orden del espíritu. Como dice Tomás de Aquino, con un lenguaje sobrio y preciso: “*Omne subsistens in natura rationali vel intellectuali est persona*”.

<sup>3</sup> Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología.

legislación civil y comercial argentina. El embrión preimplantado no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en un útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano.

La complejidad del tema se agrava desde el punto de vista de la ciencias jurídicas cuando el dador de aquél ovulo o espermatozoide, fallece antes de la anidación, es decir en la etapa preimplantada. Es por ello que nos preguntamos finalmente ¿cuál es el valor posmortem sobre consentimiento del dador del gameto?

**MATERIALES Y METODO:** Los materiales empleados fueron jurisprudencia internacional y local, más los textos legales; al efecto se efectuara un estudio descriptivo sistemático de las disposiciones referidas a la protección integral de la persona y la familia, para reconocer su funcionamiento; conjuntamente se realizaran estudios comparativos entre las distintas legislaciones y se identificará el impacto del CCyC y los Tratados Internacionales en las instituciones en estudio; posteriormente se utilizaran métodos hipotéticos deductivo y analógico; y para concluir se realizaran entrevistas y consultas a expertos en el tema.

**DISCUSION Y RESULTADOS:** Ergo, desde el punto de vista metafísico, la persona es “autoposesión consciente” de su interioridad, dignidad y espiritualidad. Sin embargo, la visión funcional de la persona, nuestra otro visión de concepto persona, en razón que con el nacimiento de la postmetafísico se rompe con la idea de partir desde adentro del ser. Habermas<sup>4</sup>, refiere que siempre estamos dentro de nuestra lengua y de nuestra forma propia de vivir y, así que no hay manera de entender la naturaleza o la realidad de afuera. La postura postmetafísica no es sólo una postura metodológica, sino una cierta concepción de nuestra situación en el mundo que se basa esencialmente en una lectura de la historia de la filosofía occidental.

Habermas propone un modelo que permite analizar la sociedad como dos formas de racionalidad que están en juego simultáneamente: la racionalidad sustantiva del mundo de la vida y la racionalidad formal del sistema, pero donde el mundo de la vida representa una perspectiva interna como el punto de vista de los sujetos que actúan sobre la sociedad, mientras que el Sistema representa la perspectiva externa, como la estructura sistémica (la racionalidad técnica, burocratizada-weberiana, de las instituciones). Habermas<sup>5</sup> estudia a la sociedad como un conglomerado de sistemas complejos, estructurados, donde el actor desaparece transformado en procesos (sistema-racional-burocrático), y por otro lado, también incluye el análisis sociológico que da primacía al actor, como creador.

En este mismo orden de idea se ubican R. Dworkin<sup>6</sup> y A. Kaufmann<sup>7</sup>, que en la modernidad se vive en una sociedad de riesgo mundial, que ha puesto al ser humano frente a un sin número de cuestiones, que exigen no perder de vista algunos criterios claros de orden antropológico que, a su vez, se constituyan en máximas de verdad “no negociables”, so pena de poner en riesgo la permanencia del hombre sobre la tierra.

Esos criterios deben ser la base del derecho, constituir su razón de ser, y por tanto la necesidad de fundamentar el derecho en la persona, pero respetando la radicalidad de su ser, lo que implica que deba ser concebida metafísicamente. Dicha concepción metafísica, indica lo que es la realidad del “de suyo” humano; realidad que se impone como el límite que no puede ser rebasado por la ciencia, so pena, de poner en riesgo la propia preservación de la especie humana en el mundo.

Concluimos esta primera parte que persona es todo ser humano, y con ello va implícito la dignidad como componente inescindible de él, y por esto lo estatuye en sujeto de derecho, nunca objeto.

Ahora bien, la persona antes de ser tal es necesario la unión de los gametos humanos para formar otra persona, que puede ser por la concepción natural, o mediante la intervención del hombre mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), que intervienen en la creación de ese unión para dar nacimiento al cigoto con posibilidades, de implantado que fuera y desarrollado en útero anidado, de convertirse finalmente en una persona.

Nuestro sistema legal regula un aspecto del TRHA, desde el derecho de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con los derechos a la salud (reconocido por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales de rango constitucional art. 75, inc. 22), a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (de conformidad con la Constitución Nacional y los

<sup>4</sup> Habermas J. (1990) - Pensamiento postmetafísico - Trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, edt. Taurus, pag. 47-

<sup>5</sup> Habermas J. (2002)- El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?- Edt Paidós

<sup>6</sup> Dworkin, Ronald. (1997) Los derechos en serio (Marta Guastavino, traductora). Barcelona: edt Ariel; Dworkin, Ronald. (1988) El imperio de la justicia. Barcelona: edt Gedisa.

<sup>7</sup> Kaufmann, Arthur. (1999) Filosofía del Derecho (Luis Villar Borda, traductor). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

fundamentos y principios del derecho internacional de los derechos humanos). Desde el año 2013 se regula este derecho mediante la Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida, más su respectivo Decreto PEN 956/2013.

En definitiva la finalidad de la Ley es garantizar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida<sup>8</sup>, existiendo un Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida fue creado en el año 2016 a través de la Resolución Ministerial 2190-E/2016, que brinda asesoramiento gratuito.

La información “ambiental” no sólo aporta a la fisiología del desarrollo del feto sino que incluso puede modificar patrones de expresión de los genes de sus células a través de cambios en la estructura de la cromatina, conocidos como cambios epigenéticos<sup>9</sup>. Pero aquí están en juegos sin dudas derechos personalísimos, especialmente referidos a la salud y la disposición del cuerpo humano, afirmamos que la disposición de ellos no es absoluta sino relativa, ya que depende de la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento.

El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades.

El consentimiento TRHA, que debe ser anotado en Registro Civil y Capacidad de la Persona (conf. el artículo 562 *in fine* CCYC) es revocable antes de la implantación o anidación o la concepción de la persona, conforme al art. 561 CCyC.

La problemática jurídica se vuelve aún más compleja cuando el dador fallece antes de la implantación o concepción, y se pretende luego del hecho de jurídico de la muerte del dador la implantación para buscar la concepción o el desarrollo de preembrion.

#### Conclusión:

Nuestro código y al legislación aludida vino a poner fin con criterios tales como aquellos criterios que le otorgaban el estatus de persona al pre embrion no implantado, es de notar que el un fallo expedido por la Sala J de la Cámara Civil el 13 de setiembre de 2011, incluso confirmado en Excma Cámara<sup>10</sup>, sostuvo la irrevocabilidad del consentimiento de una pareja que se había divorciado (el ex marido se opone a la implantación). Para hacer lugar al amparo presentado por la mujer la justicia le dio el estatus de persona por nacer a los embriones y consideró que el hombre aceptó la paternidad biológica desde el momento en que accedió al tratamiento de fertilización asistida, y por tanto era irrevocable. Por lo tanto, aun frente a la revocación expresa de la voluntad procreacional, la justicia le concedió a la mujer el derecho a ser implantada o anidado el cigoto congelado.

A ésta altura nos parece fundamental distinguir la cuestión de la donación de los gametos por un lado y el proceso de la inseminación asistida por el otro. En efecto, el art. 7 de la Ley 26862 y su decreto reglamentario cuando prescriben la necesidad del consentimiento informado lo hacen a los efectos de la inseminación, no de la donación y se refieren específicamente a la persona que reclama la inseminación asistida, no al donante (art. 7 del Decreto N° 956/2013 que establece "El consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. El consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad. Se aplican, en

<sup>8</sup> Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora (2012) - Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida - Revista Derecho Privado, Buenos Aires, Infojus-SAIJ - N° 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032.

<sup>9</sup> Los cambios epigenéticos son pequeñas modificaciones químicas en el propio ADN, o en las proteínas que se asocian a él para formar la cromatina, en la regulación de la expresión de los genes. Estos cambios no alteran la secuencia de ADN subyacente pero pueden controlar que el gen sea encendido o silenciado, es decir que la información de un gen dado pueda o no leerse.

<sup>10</sup> Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala J Fecha: 13 de Septiembre de 2011 Partes: “P., A. C/S., A.C. s/medidas precautorias” Resumen: Debe autorizarse a la actora el implante de los embriones crioconservados guardados en un instituto de fertilización frente a la oposición del demandado, si la pareja firmó un contrato de consentimiento informado para realizar la criopreservación de los embriones y pactaron que en el supuesto de disolución del vínculo matrimonial el consentimiento exigido sería tramitado ante la autoridad competente. Ello por aplicación de la doctrina de los actos propios, por la cual el sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta su ulterior impugnación, toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

lo pertinente, las Leyes N° 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y N° 25326 de Protección de los Datos Personales")

En este sentido, la Ley 26529 otorga primacía a la voluntad del paciente para decidir sobre su cuerpo y su propia vida, en armonía con el art. 19, Constitución Nacional, al establecer que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Además el Código Civil y Comercial, incluye reglas específicas para el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud, y en cuanto al alcance del consentimiento para la disposición de los actos personalísimos establece que no se presume, que es de interpretación restrictiva y revocable (arts. 55, 58 y 59 CCyC).

Como colofón podemos decir que el consentimiento además de ser revocable para el supuesto en el estudio, caduca frente al hecho jurídico de muerte del dador y carece de voluntad válidamente para el supuesto en que la persona dadora esté privado de su razón por ausencia de discernimiento.

### **Bibliografía**

Hervada Javier (1993), "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", en Escritos de derecho natural, 2 ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 449-469; Cuatro lecciones de derecho natural, Pamplona, Eunsa, 1989, pp. 87-119.

Cardona Carlos (1987) - Metafísica del Bien y del Mal - Ediciones de la Universidad de Navarra

Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología.

Habermas J( 1990) - Pensamiento postmetafísico - Trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, edt. Taurus, pag. 47-

Habermas J. (2002)- El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?- Edt Paidós.

Dworkin, Ronald. (1997) Los derechos en serio (Marta Guastavino, traductora). Barcelona: edt Ariel;  
Dworkin, Ronald. (1988) El imperio de la justicia. Barcelona: edt Gedisa.

Kaufmann, Arthur. (1999) Filosofía del Derecho (Luis Villar Borda, traductor). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Herrera, Marisa, Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora (2012) - Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida - Revista Derecho Privado, Buenos Aires, Infojus-SAIJ - N° 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032.

---

**Filiación institucional:** Integrante del PEI - FD 2017/03 "Los derechos de la persona humana y la familia a partir del Código Civil y Comercial y los Tratados Internacionales". Vigente hasta el año 2020.