

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 Prec autorias" Juzgado Nacional en lo Civil n° 92

Buenos Aires, Septiembre 13 (trece) de 2011

Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

Las presentes actuaciones vienen a conocimiento de este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto a fs. 392 por el demandado contra la resolución de fs. 381/386 y su aclaratoria de fs. 391, concedido a fs. 400. Presenta memorial a fs. 403/416, contestado a fs. 420/424.

A fs. 431/436 obra el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara y a fs.438/441 el de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara, los que se expiden a favor de la confirmación de la sentencia en crisis.

El decisorio apelado autoriza a la Sra. A. P. a implantarse los embriones crioconservados mediante las técnicas de rigor expuestas por la Academia Nacional de Medicina en el informe de fs. 349.

En la especie, el 29 de octubre de 2008, la actora inicialmente promueve la presente como 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.

Refiere a fs. 7/10 que se sometió con su marido A. C. S. a un tratamiento de fertilización en virtud de que el matrimonio no podía concebir hijos. Así es como, según manifiesta, concurrieron al centro médico mencionado, donde se les practicó en primer término un tratamiento de inseminación artificial que no dio resultado y luego tres intentos de fecundación "in vitro", siendo sólo el tercero de éstos el que 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. Continúa su relato, indicando que como es habitual en la operación efectuada 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.

Sostiene que los cinco embriones están crioconservados, es decir a una temperatura de alrededor de – 200 °C en el IFER, instituto que rev iste el carácter de guardador de los mismos, con miras a una futura implantación o para su donación prenatal a terceros.

Arguye 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.

Adjunta a fs. 1 informe emitido por el IFER que da cuenta de la existencia de tres embriones y carta documento n°7669069 dirigida a su marido par a obtener su conformidad.

Es entonces, en virtud de la negativa del marido, que requiere por vía de medida cautelar, la implantación de los embriones.

Resulta relevante señalar que entre los dichos de la actora, que invoca la existencia de cinco embriones crioconservados y lo informado por el IFER a fs. 1 surge una diferencia de dos embriones. Tal extremo fue zanjado con la constatación efectuada por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces de Primera Instancia, obrante a fs. 21/22 en versión manuscrita y a fs. 23 en acta mecanografiada, junto a las que agrega tres informes de procedimiento de fertilización asistida que lucen a fs. 24; 25 y 26, todos los cuales se encuentran certificados, incorporando a fs. 27, la carta documento remitida al IFER por el Sr. A.C.S. , en la que comunica su "absoluta oposición y disconformidad" en virtud de la carencia de voluntad procreacional para que el "material genético crioconservado " le sea implantado a la Sra. A. P. , la que, tal como refiere el Representante del Ministerio Pupilar, obra en el legajo de la institución.

De modo, que, con la documentación referida, quedó acreditado en autos que los embriones crioconservados son cinco, conforme informes del 26 de septiembre de 2005 (fs. 25) y 19 de noviembre de 2005 (fs. 26), respectivamente.

A fs. 28/29 toma intervención el Defensor de Menores e Incapaces de Primera Instancia y asume la representación de las cinco personas por nacer.

A fs. 30, la Sra. Jueza "a quo" desestima el planteo cautelar incoado y a fin de asegurar que la eventual sentencia que se dicte pueda ser ejecutada, hace saber al IFER que deberá abstenerse de tomar medida alguna que afecte el estado de los embriones objeto de autos, sin autorización del Juzgado, bajo apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia. Asimismo, dispone dar al planteo en cuestión trámite sumarísimo, en los términos del art. 321 inc. 2 del Código Procesal, por entender que es el procedimiento que corresponde para debatir en forma urgente derechos de raigambre constitucional, mandando a la actora adecuar la demanda dentro del quinto día. Sin perjuicio de ello, en uso de las facultades conferidas por el art. 36 del Código Procesal, convoca a las partes a audiencia, a celebrarse el 9 de diciembre de 2008.

A fs. 52/55, la actora adecua su pretensión, en tanto a fs. 32 acompaña carta documento, en la que consta la oposición al implante expresada por el Sr. S.

Por su parte, a fs. 71/84 el demandado, en su contestación dice que contrajo matrimonio con la actora el 14 de noviembre de 2003, en la Ciudad de Tres Arroyos, Pcia de Buenos Aires, donde fijaron la sede del hogar conyugal. Expresa que en el año 2005, luego de infructuosos intentos naturales para tener un hijo, concurre con su esposa al Instituto de Ginecología y Fertilidad – IFER-, en donde luego de estudios y diagnóstico, iniciaron el proceso de fertilización "in vitro" o reproducción asistida. Agrega que el procedimiento consiste básicamente en la fertilización extracorpórea de entre quince o veinte óvulos para su posterior implante en el seno materno. 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 crioconservados.

Detalla a fs. 75 que firmó un contrato de consentimiento informado de la pareja para realizar la crioconservación de embriones, por el cual se comprometieron a determinar la futura disposición de los mismos en forma conjunta y en caso de no desear su transferencia en el propio matrimonio dieran instrucciones por escrito sobre su destino. Refiere que expresamente renunciaron a la alternativa de su destrucción y que en caso de que no diesen las instrucciones conjuntas referidas o dejaran de pagar su costo de almacenamiento, autorizarían a donar dicho embriones a una pareja estéril.

Añade que con posterioridad al nacimiento de Tomás ocurrido en agosto de 2006, la pareja tiene dificultades que tornan moralmente imposible la convivencia, separándose de hecho en octubre de 2006. Dice que ha iniciado el juicio de separación personal y disolución de la sociedad conyugal contra la Sra. A. P. que tramita por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial n° 1 Secretaría n° 2, de Tres Arroyos, por ser ésta la jurisdicción correspondiente al último domicilio conyugal, en la que también se encuentran tramitando los autos caratulados: "P.A. c/ S. A. C. s/alimentos", expte n° 27.350. 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, generando en su persona la paternidad biológica de los hijos por nacer, no teniendo a la fecha

voluntad parental.

Para fundamentar su derecho, arguye que corresponde dilucidar en autos dos cuestiones: la del comienzo de la vida y la de la naturaleza jurídica de los embriones, acerca de las cuales brinda argumentos a fs. 75 vta./82, concluyendo 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). Prescindir del consentimiento del padre, resulta, por ende, jurídicamente reprochable e inadmisibles" (ver fs. 79 párrafo 3ro.)-

Con posterioridad, a fs. 298/299, se adjuntó documentación que acredita la transformación del proceso de separación personal en divorcio por presentación conjunta.

A fs. 308 se convocó a audiencia en los términos del art. 360 del Código Procesal, la que se celebró a fs. 331, ocasión en la que se abrió la causa a prueba, se tuvo presente la prueba documental ofrecida por la actora a fs. 55 y se proveyeron las medidas oportunamente ofrecidas por el demandado.

En el memorial de fs. 403/416 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 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 intereses en pugna y que, por el contrario, se omitió considerar que la actora había dado su consentimiento para la adopción prenatal.

Acercas de la primera de las quejas, es oportuno puntualizar que el objeto del presente proceso no es declarar cuál es la naturaleza jurídica de los embriones crioconservados sino que es determinar si se accede o no a la medida peticionada por la actora y se suple, en su caso, por la vía judicial, la autorización paterna para proceder al implante de los mismos.

Respecto de la línea argumental del apelante, se advierte que debió haber iniciado la acción declarativa pertinente, extremo que no verifica. Por ello, mal puede agravarse en tal sentido, cuándo su queja se centra en una cuestión ajena a los fines de las presentes actuaciones.

No obstante, de la lectura de la sentencia en crisis, surge cuál es el criterio sustentado por la Sra. Jueza "a quo" respecto de la naturaleza jurídica de los embriones, claramente expuesto en la resolución de la excepción de competencia de fs.123/124, que se encuentra firme, postura jurídica que conllevó la solución finalmente adoptada para el conflicto suscitado, ahora en análisis.

Por lo tanto, no es cierto que la "a quo", no se haya expedido al respecto.

De la lectura de autos se advierte que las partes firmaron un "contrato" con el IFER, que implica su consentimiento informado, instrumento que según informa el propio Instituto a fs. 343 no pudo ser adjuntado por haberse extraviado en una mudanza interna de consultorio, razón por la cual agrega a fs. 339/342 un formulario modelo en blanco y la mención del Dr. Edgardo Young expresando que ambos esposos lo firmaron en su presencia.

Pese a la ausencia material del contrato, no existe controversia acerca de los términos y alcances del mismo. En efecto, las partes son contestes en que acordaron, a fs. 341/342 "Programa de Criopreservación de Ovocitos Pronucleados/Embriones Autorización de Congelación", pto 5, que ambos determinarían el futuro para cualquiera de los ovocitos pronucleados/embriones que se encuentran congelados y almacenados salvaguardando siempre la preservación de los mismos. Conviniere en que si el matrimonio se terminara por fallecimiento de ambos cónyuges o ante la imposibilidad física de recibir los ovocitos pronucleados/embriones congelados, los ovocitos pronucleados/embriones congelados fueran destinados a la donación del/de los mismo/s a una pareja infértil la que será determinada por el IFER (pto 6 de fs- 342). Pactaron que en caso de disolución del vínculo matrimonial, se requeriría del consentimiento de ambos cónyuges para tratarlo con autoridad competente, tal como surge del ap. 7 de fs. 442.

De modo que resulta llamativa la tesis 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 pto 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 citas; Ed. De Palma).

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.-

La doctrina de los propios actos importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, por la cual se impide el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probado en las relaciones jurídicas, pues no es posible permitir que se asuman pautas que suscitan expectativas y luego se contradigan al efectuar un reclamo judicial (Conf. esta Sala, in re: "Repetto José M. D. c/Club Náutica Hacoaj", del 30/4/1996, entre otros)

El sometimiento voluntario y sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a 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 (CSJN, Fallos: 290:216; 310: 1623; 311:1695; 317: 524, entre muchos otros), ya que ello vulneraría la teoría de los actos propios.

La jurisprudencia ha señalado que "nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, y toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada" (CS, marzo 17-998; La Ley, 1998-E,425; CS, nov. 25-997, DJ, 1998-2-232; esta Sala, 2000-02-09, La Ley 2000-E, 716; CNCiv. Sala B 1999-09-21, en ED, 185-845; CNCiv. Sala F, Junio 22-1983; La Ley,1983-D,146; CNCiv. Sala E, Junio 6-1980, La Ley, 1983-D,523; CNCiv. Sala A, marzo 8-1983, La Ley, 1983-C; CNCiv. Sala H, 1999-03-08, JA, 2000-I-454; CNCiv. Sala I, agosto 26-997; La Ley, 1998-B-56, sin pretender agotar las citas).

Conforme a lo expresado, el agravio vertido habrá de ser rechazado.

En forma subsidiaria a su oposición al implante, el demandado plantea la adopción prenatal, lo cual constituye una "suerte de reconvención" no permitida en este tipo de proceso que tramita en los términos del art. 321 del Código Procesal. Adviértese que los interesados tuvieron oportunidad de acordar tal posibilidad, ya sea en el momento de la correspondencia vía carta documento acreditada en autos como en la audiencia convocada por la Sra. Jueza de la anterior instancia a los fines del art. 360 del Código Procesal, sin que hubieran llegado a arreglo alguno.

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 la que la actora vino a plantear a la jurisdicción.

La opción de la adopción prenatal, por otra parte, implica reconocer el carácter de persona humana del embrión.-

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.

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.

En este caso el apotegma jurídico, elaborado por Ihering, "el derecho debe seguir a los hechos" cobra plena virtualidad (CSJN, Fallos 172:21 y 241:291, entre otros), y significa aceptar que la vida social es más amplia que el contenido del derecho y que, por lo tanto, éste debe estar atento a los cambios sociales para cumplir con los fines que tiene asignado en toda organización social; de lo contrario sólo será una expresión de deseos o de mandatos que no logra ejercer el control ni la paz social.

En nuestro país no existe a la fecha una legislación específica sobre la fecundación "in vitro" ni sobre el status jurídico del embrión ni sobre el número de embriones a implantar, su conservación o el destino de los mismos.

Sí se encuentra a estudio de la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley que cuenta con un dictamen de mayoría y tres de minoría. Se trata de un proyecto nacido en las comisiones de Acción Social y Salud Pública, de Familia, de Mujer, Niñez y Adolescencia, de Legislación General, y de Presupuesto y Hacienda que acumula varios proyectos iniciados bajo diferentes números de expedientes (Conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Lamm, Eleonora, "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación" ; LA LEY 08/08/2011,1)

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.

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".

Si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX (ley 340 sancionada el 25/ 09/1869; promulgada el 29/09/1869 y publicada: R.N. 1863/69, pág. 513) 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 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. (Conf. Rivera, Julio César, "Instituciones de Derecho Civil. Parte General"; tomo I, cuarta edición actualizada; ed. LexisNexis Abeledo – Perrot; pág. 408)

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 (arg. 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 (Banchio, E. en "Código Civil y leyes complementarias", Dir. A. Bueres, Hammurabi, t. 1; p. 454.)

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 encintas hasta después del parto. (Conf. LLambías, J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, t. 1, p. 225. En la nota al art. 21 del Esbozo afirma Freitas: "Si los que deben nacer no son personas? Porqué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria? Porqué motivo se pena el aborto? Porqué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso que merezca dicha pena sino sesenta días después del parto?". La nota al art. 63 sigue ese desarrollo argumental.)

Es dable poner de manifiesto que la doctrina argentina —de manera casi unánime— ha aprobado el pensamiento de Vélez Sarsfield (LLambías, J., cit, t. 1. p. 225; Spota, A., "Tratado de Derecho Civil", Ed. Depalma, vol. 3.2., p. 48; López Olaciregui, sus adiciones a Salvat, "Tratado de Derecho Civil argentino", Ed. del cincuentenario, Ed. TEA, t. 1, n°386c, p. 382; Busso, E., Código Civil anotado, Ediar, t. 1, p. 459; Rivera, Julio., "Instituciones de Derecho Civil, Parte General", 2ª ed., Abeledo Perrot, t. 1, p. 348 y siguientes.)

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 (Orgaz, A., "Personas individuales", 2ª ed., Ed. Assandri, p. 37 y siguientes.)

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

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.

"Una interpretación humanizante y finalista, acorde con la evolución de los avances científicos de nuestro tiempo, desvanecería cualquier hipótesis de antinomia legal o discriminatoria en torno a la situación jurídica de los concebidos, según fuere el diverso lugar en que acaece el contacto fertilizante de las células germinales" (Conf. Zannoni, E. "Inseminación artificial y fecundación extrauterina", Astrea, Bs. As., pág. 90).

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.

En el Derecho Público Provincial encontramos antecedentes sobre la materia: la Constitución de Córdoba, reformada en 1987, establece en su art 4, bajo el título inviolabilidad de la persona: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables. Su respeto y protección es deber de la comunidad y, en especial, de los poderes públicos".

La ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635) de protección integral de los menores sostiene en el art 1 que es objeto de esta ley la "protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes...para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte", mientras que en el art. 8 que da comienzo al título sobre principios, derechos y garantías establece el derecho a la vida, a su disfrute, protección y obtención de una buena calidad de vida.

En cuanto a la Constitución Nacional el denominado derecho a la vida no estaba expresamente enunciado en la misma ante de la reforma del año 1994 pero sí constituía un derecho no enumerado o implícito comprendido en el art. 33. Al respecto, es dable referir que la vida, "más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia" (Conf. Badeni, Gregorio, "El derecho constitucional a la vida, en la obra: "El derecho a nacer" de Badeni Gregorio y otros, Abeledo-Perrot, 1993, pág. 29.) Por lo tanto "sin el amplio reconocimiento del derecho natural de vivir no existe una Constitución personalista" (Conf. Badeni, Gregorio, ob. cit. pág. 31),

Sin embargo, a partir de la reforma del 94, el derecho a la vida es un derecho explícito. Ello, por la incorporación de los Tratados Internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22, los que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 31) , no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

En tal sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, protege la vida desde la concepción, tal como surge del art. 4 inc. 1, sin distinguir alguno acerca del lugar en que ésta se produzca.

La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, establece en el art. 1 que "el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección legal, tanto antes como después del nacimiento", habiendo nuestro país formulado reserva al ratificar dicho tratado (ley 23.849) señalando que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

Deviene oportuno indicar que el Código Civil Peruano (año 1984), en su art. 1 establece que la vida humana comienza con la concepción, criterio establecido también en el Código Civil de Paraguay (1986) que reconoce capacidad de derecho a las personas físicas desde el momento de su concepción.

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" (Fallos: 325-1-303).

En el ámbito de la Cámara Nacional en lo Civil se ha establecido que "en el ordenamiento legal y constitucional argentino, la existencia de la persona comienza desde el momento de la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones, entre ellos el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica" (CNCiv., Sala I, 1999/12/03; La Ley, 2001-C, 824; J.A., 2000-III-630; ED, 185-412, con nota de Benavente, M. I. El comienzo de la vida. La protección jurisdiccional a la luz del derecho argentino vigente).-

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 art 63 y 70 del Código Civil y al art.

4 apartado primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"(J.Fed.Córdoba n° 3, 1999/08/26; LLC, 2000-263, con nota de Castellanos, S. F.-DJ, 2000-I-526).

Lo expuesto, lleva a coincidir con la solución adoptada por la anterior sentenciante, la que consideramos ajustada a derecho y al rechazo de los agravios expresados.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por los Ministerios Públicos Fiscal y Pupilar, el Tribunal RESUELVE: Confirmar la sentencia de fs. 381/386 y su aclaratoria de fs. 391 en todo cuanto decide y ha sido materia recursiva. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado en virtud de las particularidades de la materia decidida, lo novedoso de la cuestión y de la ausencia de jurisprudencia al respecto. (conf. art. 161 inc. 3 del Código Procesal).-

Regístrese, notifíquese al Sr. Fiscal de Cámara y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de Cámara y devuélvase al Juzgado de trámite, sirviendo la presente de atenta nota de envío. Se deja constancia que la Dra. Zulema Wilde no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).- Fdo: Dra. Marta del Rosario Mattera -- Dra. Beatriz Alicia Verón. Es copia fiel de su original que luce a fs. 442/447.-