

Título: Un fallo que atrasa en el camino jurisprudencial y la imperiosa necesidad de contar con la ley especial de embriones crioconservados

Autor: Imas, Gonzalo E.

Publicado en: SJA 16/06/2021, 16/06/2021, 36 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/1387/2021

Sumario: I. Consideraciones preliminares.— II. Plataforma fáctica y decisión del Tribunal.— III. Intervención de la defensora pública de menores e incapaces.— IV. ¿Es posible aplicar la ley 26.529, modificada a través de la ley 26.742, a los embriones crioconservados?— V. Criopreservación de embriones y el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.— VI. Proyectos de ley especial de protección de embriones.— VII. Antecedentes jurisprudenciales.— VIII. ¿Por qué la inaplicabilidad de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo?— IX. Conclusión.

(*)

I. Consideraciones preliminares

A continuación, comentaré el fallo de la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, dictado con fecha 9 de abril del 2021, que revocó la sentencia de primera instancia, que siguiendo la jurisprudencia que se viene dando en la materia les hacía saber a los peticionarios que no necesitaban autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones originados con técnicas de reproducción asistida.

La sentencia es apelada por la defensora pública de menores y se resuelve rechazar la autorización requerida y disponer que, en primera instancia, se de intervención al Ministerio Público de la Defensa, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere pertinentes a los efectos de la protección de los embriones de que se trata.

En tiempos del Código Civil derogado, el Dr. Bidart Campos en su trabajo: "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico" [\(1\)](#), señalaba la obligada perspectiva constitucional e internacional del derecho, de la cual no podía escapar el derecho de familia. Y en esa consonancia el Dr. Gil Domínguez señala: "La conjugación de los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com. establece que los jueces y juezas deben resolver los casos que lleguen a su conocimiento mediante una decisión razonablemente fundada, la cual es producto de aplicar la fuerza normativa de la Constitución y los tratados de derechos humanos como una regla de reconocimiento plenamente operativa que resignifica y resimboliza de forma permanente los contenidos del derecho de familia. Ese deber de los jueces se concreta mediante el ejercicio sincrónico del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad ante las antinomias y lagunas que aparezcan en los casos que tiene que resolver" [\(2\)](#).

Del fallo en análisis no se observa una interpretación armónica entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que podría acarrear un incumplimiento ante los respectivos organismos internacionales. Por ello, se advierte que se va tornando necesario y urgente el dictado de una ley que regule sobre esta particular situación, como sucede con los casos de gestación por sustitución y filiación post mortem, y determinar el posible destino de los embriones crioconservados del uso de técnicas de reproducción humana asistida.

II. Plataforma fáctica y decisión del Tribunal

Un matrimonio solicita autorización para cesar en la conservación de los embriones que oportunamente habían generado con técnicas de reproducción asistida y que no habían sido implantados; manifestando que actualmente carecen de voluntad de formar una familia, que no desean donar los embriones y que únicamente pretenden interrumpir su crioconservación. Agregaron que su mantenimiento en la empresa con la que contrataron la práctica les traía aparejados costos económicos anuales. Fundan su pretensión en que los embriones no implantados no son personas.

Luego de correr vistas al fiscal y defensora pública de menores, se resuelve hacer saber que no necesitan autorización judicial para disponer el cese de la crioconservación de los embriones que obtuvieron con Técnicas de Reproducción Humana Asistida, debiendo acudir por la vía y forma que corresponda para el cese del contrato celebrado con la clínica.

Dicho pronunciamiento fue apelado por la Sra. defensora pública de menores, al cual hizo lugar la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocando el pronunciamiento y ordenando que los embriones sean conservados.

Los fundamentos brindados por la sala actuante serán analizados a continuación, para una mejor comprensión.

III. Intervención de la defensora pública de menores e incapaces

En primer lugar, debo señalar que se confirió vista en primera instancia a la Sra. defensora pública de

menores e incapaces de manera errónea. Y el porqué de tal afirmación se desprende del dictamen de la defensora general de la Nación en fecha 15 de julio del 2014, en el cual "teniendo en cuenta las conclusiones a las que arriba la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso 'Artavia', con fundamento en 'la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes anteriores en el sistema interamericano, no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión'" (3). Como se verá más adelante, al momento de analizar la jurisprudencia, como diferentes defensorías han declinado su participación en dichos procesos.

Es necesario poner de resalto que las actuaciones de referencia han sido apeladas únicamente por la Sra. defensora pública de menores e incapaces.

IV. ¿Es posible aplicar la ley 26.529, modificada a través de la ley 26.742, a los embriones crioconservados?

De los fundamentos se extrae que el juez de Primera Instancia, para resolver la no autorización judicial para disponer de los embriones crioconservados, equiparaba: "...el caso a la situación de los progenitores que deben decidir si retiran las medidas de soporte vital a que está sometido el hijo para prolongar en el tiempo un estado irreversible" y que "como representantes legales están plenamente facultados para disponer el cese en la crioconservación de los embriones en los que participaron".

De un análisis de la "Ley de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado", esta fija sus límites en los derechos esenciales desprendidos de la relación entre la persona-paciente y la, el o los profesionales de la salud. En este sentido, hay que destacar la referencia exclusiva a la categoría de "paciente", es decir, circunscribiendo la norma a personas que se hallan bajo atención médica y en contextos médico-sanitarios. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Como se analizará posteriormente, dicho magistrado consideró que los embriones crioconservados poseen el estatus jurídico de persona humana de manera errónea, asimilando la petición de cese de crioconservación a la dura decisión que deben tomar las familias cuando una/un hija/o se encuentra en un estado de salud extremo, siendo irrazonable dicho fundamento, y poseyendo nula empatía con las familias que deben acudir a dicha decisión.

V. Criopreservación de embriones y el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación

Antes de analizar los fundamentos, es necesario señalar que uno de los cuestionamientos más importantes que generan las técnicas de alta complejidad (donde la fertilización del óvulo por el espermatozoide tiene lugar extracorpóreamente), tales como la fertilización in vitro o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, se vincula con el destino de los embriones excedentes. En este tipo de prácticas, a los fines de aumentar las probabilidades de embarazo y disminuir los riesgos, se intenta obtener un buen número de embriones. Una vez realizada, existen diversos métodos de congelamiento celular y de esta manera, podrán ser descongelados y utilizados ulteriormente (4).

La ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 admiten la crioconservación de embriones, la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión y la donación de embriones; aunque guardan silencio sobre asuntos trascendentales que se derivan de esta técnica, como es el caso de la determinación de los posibles destinos que se les podría dar en caso de cese. Desprendiéndose que se entiende que no son personas porque a las personas no se las revocan, no se las donan y mucho menos se las criopreservan.

Tanto en la sentencia como en los fundamentos de los Dres. Carlos A. Bellucci y Gastón M. Polo Olivera, han expuesto que "los embriones no implantados cuentan con la protección que se le debe a todo ser humano". Dicha postura es sostenida en base a que el ordenamiento jurídico reconoce que comienza la existencia de la persona humana desde su concepción, conforme surge del art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la ley 23.849 que ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, de los arts. 19 y 2279 del Cód. Civ. y Com. y de las leyes 24.901 de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad y 24.714 de Asignaciones Familiares.

Con relación al art. 19 del Cód. Civ. y Com., el Dr. Bellucci se atiene a la literalidad de su redacción, considerando que invocar el fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es errónea. Conforme se sostuvo en las consideraciones preliminares, los artículos que integran el Código Civil y Comercial de la Nación deben ser leídos e interpretados de manera armónica con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del fallo "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (5) ratifica la postura que venía sosteniendo dicho Tribunal en cuanto insta a los jueces nacionales no solo a formular el mentado control de constitucionalidad, sino que requiere la realización de un control de

convencionalidad, exigiendo que evalúen su conformidad con aquellos parámetros convencionales y jurisprudenciales emanados del sistema regional y receptados en nuestra Constitución. Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varias oportunidades reafirmó la superioridad del bloque constitucional convencional en los fallos "Ekmekdjian c. Sofovich", "Girolodi", "Mazzeo", "Carranza Latrubesse", entre otros.

Sentado ello, el punto de partida indubitable para la determinación del estatus jurídico de los embriones criopreservados se ubica en el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (6), que luego de utilizar diferentes métodos de interpretación (7), y señalar "...que la definición de 'concepción' en la época en que se redactó la Convención Americana no preveía lo que la ciencia luego hizo posible: que la fertilización suceda fuera del cuerpo de la persona. Que, en el marco científico actual, se destacan dos lecturas bien diferentes del término 'concepción': una corriente que entiende por 'concepción' el momento del encuentro o fecundación del óvulo con el espermatozoide y la otra, entiende por 'concepción' el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última..." (8); sosteniendo que el embrión no puede ser entendido como persona a efectos del art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, el término concepción se asimila al de anidación y no a la mera unión entre dos gametos, femenino y masculino en un laboratorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió que el término concepción que se tuvo en miras al momento de la redacción de la Convención Americana se vio modificado frente a la posibilidad científica de que la fertilización se lleve a cabo por fuera del cuerpo de la mujer.

Por ello, desde la obligada mirada constitucional convencional, se infiere que el comienzo de la existencia de la persona humana tendrá lugar con la concepción (equivalente a la implantación). Por eso, no podrá reconocerse tal calidad al embrión in vitro.

Y así se ve reflejado en el Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 20 entiende por concepción el plazo que transcurre entre el mínimo y máximo para el embarazo, presumiendo, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Y el art. 561 previene en su última parte que el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión; por lo que el embrión no implantado no es persona; de lo contrario, el consentimiento no podría ser revocado.

Al momento de la elaboración del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, se proyectó el art. 19 de la siguiente manera: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado".

Al respecto, la Dra. Herrera refiere que "...en el campo de las relaciones de familia el Código Civil y Comercial de la Nación es el resultado de desarrollo y consolidación del derecho constitucional/convencional de familia, es decir, de las grandes tensiones que ha auspiciado la doctrina internacional de los derechos humanos al mostrar que ciertos vacíos legislativos o normativas infra constitucionales rígidas y cerradas eran totalmente incompatibles con principios fundamentales como el de igualdad y no discriminación, libertad y autonomía personal, por citar los principios a los cuales se ha apelado con mayor frecuencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma del derecho de familia" (9).

Luego del largo debate que introdujo la reforma en la Cámara de Senadores ante las presiones ejercidas por ciertos sectores de poder (principalmente por la Iglesia católica) y terminar siendo aprobado por la Cámara de Diputados, quedó redactado de la siguiente manera: "Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción. Disposición transitoria segunda: La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial".

En el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia celebrado en la Provincia de Mendoza, la comisión 2 "Bioética y Familias. TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica y persona." recomienda con relación al art. 19: "Comienzo de la existencia (Art. 19 CCyC): 1. Resulta necesaria la promulgación de una ley especial que establezca la protección jurídica del embrión no implantado. 2. El embrión no implantado no es persona, pero tampoco es una cosa. 3. De la interpretación armónica y sistemática del Código Civil y Comercial de la Nación, la ley 26.682 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y su decreto reglamentario 956/13 y el fallo Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, se afirma que el embrión no implantado no es persona" (10).

Acorde se desprende del art. 19 del Cód. Civ. y Com. y las conclusiones antes arribadas, el embrión no

implantado será objeto de una ley especial, la cual al momento no ha sido sancionada; por lo que se debe aplicar el art. 19 de la Constitución Nacional, donde se establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". Por lo que la petición formulada de cesar en la crioconservación de embriones debía tener favorable acogida, conforme fuera resuelto por el Juzgado de Primera Instancia, sin perjuicio de lo expuesto en el punto IV del presente comentario.

Asimismo, los principios procesales generales del proceso de familia se encuentran establecidos en el art. 706 del Cód. Civ. y Com.; que sin perjuicio de los principios procesales establecidos en los códigos de procedimiento que resulten aplicables; establecen la actuación aplicable a todos los procesos de familia que se establen ante los juzgados del fuero a la hora de abordar y resolver las problemáticas planteadas; conjugándose a su vez con los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com., que desde la necesaria mirada del derecho constitucional y convencional privado, los casos deben ser resueltos sin perder de vista los principios emergentes de la Constitución Nacional, de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y las recomendaciones y sentencias de los organismos internacionales creados por dichos instrumentos [\(11\)](#).

VI. Proyectos de ley especial de protección de embriones

Se han presentado varios proyectos legislativos en el Congreso de la Nación tendientes a la regulación de la protección jurídica del embrión no implantado y la determinación de los posibles destinos de los embriones sobrantes. Únicamente haré mención del proyecto 4058-D-2014 que obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados y perdió estado parlamentario por no haberse tratado en la Cámara de Senadores a fines del año 2016; y el proyecto 1541-D-2019 presentado el 5 de abril del 2019.

El primero de los proyectos establecía: "Destino de los tejidos, gametos y embriones criopreservados. Los tejidos, gametos y embriones criopreservados pueden tener los siguientes destinos: a. ser utilizados por los titulares para posteriores tratamientos; b. ser donados con fines reproductivos; c. ser donados con fines de investigación; d. ser descartados" [\(12\)](#).

El segundo de los proyectos le otorga protección jurídica, conforme se desprende del art. 4º, el cual prevé: "...Se debe procurar limitar el número de ovocitos a fecundar según el caso y de conformidad con las buenas prácticas médicas a fin de disminuir el número de embriones a criopreservar"; y establece en el art. 10 los posibles destinos: "Destino embriones criopreservados. Los embriones criopreservados pueden tener los siguientes destinos: a) ser utilizados por sus titulares para posteriores tratamientos; b) ser donados con fines reproductivos; c) ser donados con fines de investigación; d) cesar su criopreservación". Asimismo, se requiere el correspondiente consentimiento informado, libre y formal de sus titulares; pudiendo ser modificado en cualquier momento; y en caso de desacuerdo, serán destinados a investigación [\(13\)](#).

Es dable observar que no existe diferencia entre uno y otro proyecto en lo que hace al destino de los embriones sobrantes.

VII. Antecedentes jurisprudenciales

En este estado, es necesario detenerse a analizar algunos fallos jurisprudenciales, que, si bien se refieren a plataformas fácticas distintas, también resuelven acerca del destino de los embriones crioconservados.

VII.1. Fallo: "B. y S. s/ divorcio bilateral" de fecha 30/07/2018 [\(14\)](#)

En este caso se homologa un convenio presentado en un juicio de divorcio que incluía el descarte de embriones criopreservados. Si bien la sentencia culmina homologando lo solicitado por las partes acerca del descarte de los embriones criopreservados o material genético de los peticionantes, almacenados en la clínica Cecyr; me interesa poner de resalto las opiniones vertidas por la Dra. Eleonora Lamm, subdirectora de Derechos Humanos de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia debido a la intervención conferida por el Tribunal, la cual expresa: "La intervención de esta subdirección de Derechos Humanos surge de lo dispuesto por el consentimiento informado (CI) firmado por las partes en el que se dispone: 'en caso de divorcio o muerte de uno o ambos miembros de la pareja, será la autoridad competente quien decida el futuro destino de los embriones criopreservados'. Este párrafo motiva el pedido de autorización judicial para efectuar el descarte de embriones, no obstante, debo aclarar que no solo en nuestro marco legal actual no se requiere autorización, como explicaré luego, sino que de ese aparatado no se desprende que la autoridad competente sea la judicial. Sin embargo, atento a que en Mendoza no hay autoridad administrativa abocada que haya dictado normas o resoluciones en este sentido, resulta conveniente la expedición por parte del juez interviniente en el proceso de divorcio para evitar mayores dilaciones. En este marco y con las aclaraciones efectuadas, esta Subdirección entiende que corresponde autorizar lo solicitado, más quisiera manifestar que para el futuro o en futuras

situaciones, este requerimiento de autorización judicial resulta en un dispendio jurisdiccional innecesario atento a que si el descarte de embriones no está expresamente prohibido por la ley entonces el juez no tiene por qué autorizar una práctica que entonces es legalmente posible. Conforme lo establecido por nuestra Constitución Nacional, todo lo que no está prohibido está permitido. En nuestra legislación aún está pendiente regular mediante ley la protección que se le ha de conferir a los embriones in vitro, más de esta laguna legal no se desprende una prohibición, conforme surge del principio de legalidad" (la cursiva me pertenece).

VII.2. Fallo: "R. G. J. y otro/a s/ autorización judicial" de fecha 22/04/2019 [\(15\)](#)

Aquí se presenta una pareja solicitando autorización judicial para interrumpir la crioconservación de embriones. En la presentación inicial manifiestan que, debido al tratamiento de fertilización desarrollado, producto del deseo de ser padres, se conformaron nueve embriones los cuales fueron crioconservados en la Clínica Procreate. Con la existencia de dos hijos y sin voluntad de ser de nuevo padres en un futuro, los requirentes solicitan la suspensión de la crioconservación de los seis embriones restantes, la cual les manifiesta la necesidad de una manda judicial para su cumplimiento en virtud del vacío legal existente en nuestra legislación.

Luego de correr vista a la Asesoría de Menores que devuelve las actuaciones sin asumir intervención; y la Fiscalía que dictamina que la suspensión de la criopreservación no importa vulneración alguna en relación con el art. 19 del Cód. Civ. y Com., ello toda vez que los embriones no se encuentran implantados, por lo que estima que corresponde hacer lugar a la autorización solicitada; y luego de fundamentar su decisión, resuelve otorgar la autorización para cesar la crioconservación de los seis embriones.

VII.3. Fallo: "C. M. L. y otro/a s autorización judicial" de fecha 30/09/2019 [\(16\)](#)

En esta ocasión se presenta una pareja solicitando autorización judicial para interrumpir la criopreservación de embriones, los cuales han sido generados luego de la relación de una técnica de reproducción humana asistida; y luego de fundamentar su decisión, usando como herramienta los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com., del juego armónico de los arts. 19, 20 y 21 del Cód. Civ. y Com., la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 y siguiendo la postura del fallo de la Corte IDH "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" se lugar a la autorización judicial solicitada y, en consecuencia, cesar la criopreservación de los embriones que posee la pareja, procediendo a su descarte.

Lo que merece destacarse es el considerando 2:"Oficiar por Secretaría a la Cámara de Diputados de la Nación y a la Cámara de Senadores de la Nación, a los fines de poner en conocimiento de las mismas acerca de las dificultades —al menos— que están obligados a atravesar los particulares, en situaciones similares, ante la falta de legislación vigente —en cumplimiento con la disposición transitoria contenida en el art. 9° de la ley 26.994—, como así también la labor jurisdiccional atípica frente a la inexistencia de controversia".

VIII. ¿Por qué la inaplicabilidad de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo?

En sus fundamentos, el Dr. Bellucci refiere: "Desde otra arista, y ya que en la respuesta al dictamen de la Sra. Defensora de Menores ante este colegiado se adujo a la novel ley de interrupción voluntaria del embarazo (ley 27.610) caben al menos importantísimas consideraciones que hacen a su inanidad: su evidente inaplicación, ya que no es retroactiva y no puede, en el mejor de los casos, aplicarse a una situación como la presente, generada bastante tiempo antes de su sanción. Tampoco y cabe subrayarlo, porque en la especie se han consumido largamente las 14 semanas a las que dicha normativa refiere como límite para ejercer lisa y llanamente el descarte y muerte del huevo o cigoto ya fecundado. No se me escapa la muy diferente contradicción de derechos, en tal ley y en el caso traído a revisión, ya que en aquella confrontan el 'particular interés' y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría 'egocentrismo'), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata, mientras que en el 'caso', frente a la mera voluntad de los gestantes (mero 'voluntarismo'), se encuentra y se trata nada más y nada menos que de personas humanas (los embriones crioconservados) inaudibles y carentes de toda representación y defensa, cuyo derecho esencial y constitucional del mayor rango a poder vivir siempre ha de prevalecer, porque se trata de la férrea protección y prevalencia de estos últimos por sobre el de quienes los gestaron (arts. 1, 2 y 3 último apartado, y cc. de la ley 26.061; 'interés superior...'). Asimismo, porque una ley como esta no puede ir en contra de regulaciones internacionales del más alto nivel constitucional (remito al plexo jurídico antes descrito que bien da apoyo a la tesis de la Sra. Defensora de Cámara y que también sustenta el egregio dictamen del Sr. Fiscal ante este colegiado)".

El Dr. Polo Olivera fundamenta: "Por último, la ley de interrupción del embarazo invocada por los actores (arg. ley 27.610) plantea una falsa analogía y una equivocada asimilación respecto de los ribetes del asunto en examen. Ello pues los valores jurídicos allí contemplados, y la resolución de la preeminencia de intereses jurídicos en juego consultados en esa normativa, tiene la singular intervención de los derechos fundamentales de

la gestante involucrados en la regulación, además de considerar la situación de embarazo de esa persona (arg. ley 27.610:2), escenario manifiestamente ajeno en la cuestión vinculada a embriones in vitro. Su inaplicabilidad en la especie aparece, pues, manifiesta y por ende exime de mayores consideraciones acá".

El voto del Dr. Bellucci, más allá de que considera que no cabe su aplicación por no ser retroactiva, cuestión que a mi criterio es inexacta y que a continuación explicaré, deja asentada una posición peligrosa en cuanto a que "... que en aquella confrontan el 'particular interés' y o derecho a la integridad corpórea de la embarazada que no lo ha querido ser (casi diría 'egocentrismo'), frente al feto inocente que tampoco pidió ser concebido pero que se lo mata...", adelantando su posición ante un eventual pedido de inconstitucionalidad de la ley 27.610.

Tras una larga lucha por parte del movimiento feminista en el año 2020, se sancionaron dos leyes muy importantes, la ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, centrándose el debate en aborto legal o clandestino, y la ley 27.611 de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia denominada como ley de los "mil días". Como bien señala la Dra. Marisa Herrera: "...Como bien se adelantó, el art. 4.1 de la CADH alude al término 'en general', es decir, que el reconocimiento del derecho a la vida lo es, en general, desde la concepción. Ello es así porque, en general, las mujeres y personas con capacidad de gestar desean, deciden, llevan adelante el proyecto de ser madre/padre y si por condiciones socioeconómicas se ven impedidos de ello, la ley de los 'mil días' regula una gran cantidad de acciones/políticas públicas a los fines de que el Estado acompañe tal objetivo. Como contracara de esto, en los casos de excepción que el propio art. 4.1 permite ya que el reconocimiento es en general y, por lo tanto, no siempre, las mujeres y personas con capacidad de gestar que no desean o deciden no llevar adelante un embarazo, la ley de IVE regula también diferentes y complementarias acciones tendientes a que el Estado también acompañe tal resolución. Como se puede observar y siguiéndose el lema tan conocido dentro del feminismo: 'la maternidad será deseada o no será'; a través de ambas leyes el Estado —principalmente, el sector salud— está presente para respetar estas voluntades en dos sentidos opuestos y complementarios a la vez" (17).

La ley 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, en su art. 4° dispone: "Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce [14], inclusive, del proceso gestacional".

Conforme se desprende de la ley, se hace referencia al proceso gestacional; un embrión que se ha desarrollado hasta la semana 14 dentro de la persona gestante. Un embrión no implantado, toda vez que no está desarrollado, no ha corrido tiempo alguno para computar; por ello, se encuentra, a mi criterio, bien realizada la fundamentación hecha por los actores; toda vez que el embrión crioconservado no es persona.

La Corte Interamericana de Derecho Humanos en el fallo "Artavio Murillo" que se viene analizando, sostiene: "...para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que les confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten".

Por ello, teniendo en cuenta los artículos analizados del Código Civil y Comercial de la Nación y lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al momento de resolver el presente se tendría que haber dejado de lado opiniones personales, y aplicar con toda fuerza de ley los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com., ya que es un imperativo jurídico sobre cómo se debe leer, interpretar y analizar la legislación civil.

IX. Conclusión

El fallo en cuestión deja más dudas que certezas; fue resuelto mediante dogmas, denostando leyes vigentes, como la ley 27.610, y no realizando el control de constitucionalidad y convencionalidad que exige el Código Civil y Comercial de la Nación para el tratamiento de los casos; desconociendo la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien en varias oportunidades reafirmó la superioridad del bloque de constitucionalidad federal.

Conforme se viene analizando, desde el punto de vista biológico, un embrión que no se implantó es un embrión que puede o no acaecer en feto, que necesitará siempre la intervención de terceros para ello.

Asimismo, de manera peligrosa, dejan sentada la posición, para el supuesto de que en el momento de que salga la ley especial que regula el art. 19 del Cód. Civ. y Com. y que prevea descartar los embriones, esta sería inconstitucional, conforme el razonamiento realizado.

En ningún instancia de grado se debería haber conferido vista a la Defensoría Pública de Menores e

Incapaces, toda vez que la Defensoría General de la Nación ya tiene tomada posición al respecto en contra de la intervención del Ministerio Público de la Defensa de tener que intervenir en este tipo de casos en los que no se debaten conflictos que atañen a niños, niñas y adolescentes, o personas con restricción a la capacidad, toda vez que los embriones no son considerados personas de conformidad con la doctrina emanada de la sentencia "Artavia Murillo y otros c. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (18).

Por todo lo expuesto, y existiendo diferentes proyectos presentados en el Congreso de la Nación, se hace indispensable su tratamiento para la correspondiente sanción de ley; para que este tipo de casos no queden supeditados a la libre discrecionalidad de la jueza o juez de turno, debiendo primar por sobre todas las cosas la seguridad jurídica a las personas que se someten a las técnicas de reproducción humana asistida.

(*) Abogado (UBA), especialista en Derecho de Familia, cursando la Carrera de Maestría en Derecho de Familia (UBA), jefe de Despacho (int.) del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 83, ayudante de segunda en la materia Familia y Sucesiones, cátedra Arianna-Herrera, UBA; ayudante en la materia Familia y Sucesiones (Marisa Herrera [titular], Natalia de la Torre y Federico Notrica [adjuntos]), UNDAV.

(1) BIDART CAMPOS, Germán, "La 'ley' no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)", LA LEY, 1997-F, 145.

(2) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; "Control de constitucionalidad, convencionalidad y sentencias expansivas en el derecho de familia", Cita Online: AR/DOC/3156/2018.

(3) Dictamen del 15/07/2014 en los autos "G., Y. O. c. OSDE s/ prestaciones médicas" (expte. FSM 43381203), inédito. Para ampliar, compulsar: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora; HERRERA, Marisa, "Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto. No a la actuación del asesor de menores como 'Defensor de los Embriones'"; en LA LEY, 2014-E, 1372.

(4) Técnicas de reproducción humana asistida; T. I, HERRERA, Marisa; directora, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, 1ª ed., ps. 170 y ss.; HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - FERNÁNDEZ, Silvia; "Derecho filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales"; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; La Ley, 2018, 1ª ed., ps. 425 y ss.

(5) Corte IDH, caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26/09/2006. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Compulsada en fecha: 2/05/2021.

(6) Corte IDH, caso "Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') vs. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28/11/2012. Disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Compulsad. en fecha: 2/05/2021.

(7) Técnicas de reproducción humana asistida, ob. cit., ps. 220 y ss.; HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia - BLADILO, Agustina, "Cubrir y descubrir la lógica de la doctrina jurisprudencial en materia de técnicas de reproducción humana asistida", JA 2013-II del 01/05/2013; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, 7, año V, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, ps. 24 y ss.

(8) Técnicas de reproducción humana asistida, ob. cit., p. 424.

(9) HERRERA, Marisa, "Manual de derecho de las familias", CABA, Abeledo Perrot, 2019, 2ª ed., p. 11.

(10) congresoderechofamiliasmendoza.com/wp-content/uploads/2018/08/CONCLUSIONES-COMISION-2.pdf.

(11) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial", Ediar, Bs. As., 2015, ps. 14 y ss.; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Control de constitucionalidad, convencionalidad y sentencias expansivas en el derecho de familia", Cita Online: AR/DOC/3156/2018; HERRERA, Marisa, "Legislación Civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda", Cita Online: AR/DOC/197/2021.

(12) www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=4058-D-2014.

(13) www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=1541-D-2019; "Ley de protección de embriones no implantados", Filmus, Daniel, 1541-D-2019.

(14) Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, 30/07/2018, "B. y S. s/ divorcio bilateral"; La Ley Online; Cita Online: AR/JUR/55845/2018.

(15) Juzgado de Familia N° 7 La Plata, Buenos Aires, "R. G. J. y otro/a s/ autorización judicial"; Cita

Online: elDial.com - AAB30E

(16) Juzgado de Familia N° 8 La Plata, Buenos Aires, "C. M. L. y otro/a s autorización judicial"; Cita Online: Id SAIJ: FA19010041.

(17) HERRERA, Marisa; "Legislación civil e interrupción voluntaria del embarazo: una relación nada incómoda"; Cita Online: AR/DOC/197/2021.

(18) Dictamen del 15/07/2014 en los autos "G., Y. O. c. OSDE s/ prestaciones médicas" (expte. FSM 43381203), inédito; ob. cit.