

In dubio, contra homine

Silvia MARRAMA¹

Citar: *elDial.com* - DC2791

Fecha de publicación: 30/05/2019

1. Introducción

La interrupción del congelamiento de seis embriones ha sido autorizada por una reciente sentencia judicial que se funda en un proyecto de ley presentado a consideración de la Cámara de Diputados de la Nación 15 días antes de la fecha del fallo. Paradójicamente, se trata de un proyecto que lleva por título “Protección de embriones no implantados”². Esta sentencia, al basar en el referido proyecto de ley la autorización del cese del congelamiento de los embriones, es una muestra más de las incoherencias plasmadas en el texto proyectado, a las que me he referido en una reciente publicación³.

La sentencia bajo análisis incurre en arbitrariedad dado que su defectuosa fundamentación vulnera los principios constitucionales de legalidad y razonabilidad⁴, y sobre todo porque la autorización conferida viola el derecho a la vida de las seis personas por nacer. En efecto, la literatura científica afirma que los embriones descongelados mueren⁵ alrededor de los 5 a 7 días⁶.

Sin embargo, la sentencia se encuentra firme, dado que el Ministerio Público de la Defensa decidió no asumir intervención en las actuaciones -en palmaria declinación de su función principal, establecida en el art. 1 de la Ley N° 27.149, y de las disposiciones de su capítulo VI-, y el Ministerio Público Fiscal -una de cuyas funciones primordiales es el control de legalidad, cfr. art. 120 CN- dictaminó *contra legem* en favor de la autorización de cese del congelamiento.

2. El caso⁷

Una pareja se presenta ante el Juzgado de Familia N° 7 del Departamento Judicial La Plata, a cargo de la jueza Karina Andrea Bigliardi, y solicita autorización judicial para interrumpir la crioconservación de seis embriones. Manifiesta que mediante Técnicas de Reproducción Humana

¹ Filiación institucional: **Silvia Estela Marrama, Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA), CABA, Argentina. marramasilvia@gmail.com.**

La autora es Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Investigadora categorizada conforme “Programa de incentivos a docentes investigadores Dec. 2427/93”. Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA). Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER).

² Proyecto de ley de protección de embriones no implantados. Expediente N° 1541-D-2019. Presentado en fecha: 05/04/2019, disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019>.

³ Cfr. MARRAMA, Silvia. Análisis del Proyecto de “Ley de protección de embriones no implantados”. ED 25/04/2019, N° 14.616. T. 282.

⁴ Cfr. CIANCIARDO, Juan. ROMERO, Maximiliano J.. “Limitaciones a los derechos constitucionales y control de razonabilidad. En AAVV. RIVERA, Julio C. (h); ELIAS, José S.; GROSMAN, Lucas S.; LEGARRE, Santiago (Dir.). Tratado de los derechos constitucionales. (CABA, 2014). Abeledo-Perrot. 1° Edic. Tomo 1.

⁵ El concepto de muerte para el embrión es la pérdida irreversible de la capacidad de funcionamiento armónico y coordinado como unidad. En el embrión precoz, la muerte se pone de manifiesto en la pérdida de la capacidad de continuar el ritmo de división celular y el crecimiento unitario siguiendo la organización estructural correspondiente al tiempo de vida. Cfr. López Moratalla, Natalia, Racionalidad de la investigación con células troncales embrionarias. En “Cuadernos de Bioética”, XVII, 2006/3^a, págs. 327-347. Disponible en aebioetica.org/revistas/2006/17/3/61/327.pdf. Fecha de consulta: 23/05/2019.

⁶ HIGHTON, Federico J.. Embriones Congelados, a Congelar o Descongelados, en <http://www.biotech.bioetica.org/i26.htm>

⁷ Expte N° LP-5642-2019 - “R. G. J. y Otro/A s/ AUTORIZACION JUDICIAL”. JUZGADO DE FAMILIA N° 7 DE LA PLATA (Buenos Aires) – 22/04/2019 (Sentencia firme). Publicado el 20/05/2019 en elDial.com – AAB30E.

Asistida (THRA) “se conformaron nueve embriones los cuales fueron crioconservados en la Clínica Procreate. En el año 2014 la pareja procede a implantarse tres embriones, hecho que produjo el nacimiento de su primer hijo. En el año 2017 nace el segundo hijo de la pareja, sin utilización de técnicas de reproducción humana asistida. Con la existencia de sus dos hijos y sin voluntad de ser de nuevo padres en un futuro, los requirentes solicitan a la Clínica Procreate 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” (cita de las resultas del fallo).

A pedido del juzgado, la clínica informa que registra una relación contractual con los actores mediante un contrato de crioconservación de seis embriones “sobrantes del tratamiento de fertilización efectuado con anterioridad”, y que la pareja “los había conservado desde la primera transferencia efectuada, tanto por si la misma fracasara o para ser utilizados en transferencias posteriores ante la decisión de ampliar la familia”.

Al darse intervención al Ministerio Público de la Defensa -Asesoría de Incapaces-, el organismo decide devolver las actuaciones sin asumir intervención, fundado en “la interpretación sistemática de la normativa vigente, los antecedentes de la Corte IDH y el dictamen de la máxima instancia en el ámbito de intervención las Asesorías de Incapaces”, dado que “la protección de los embriones *in vitro* no quedaría abarcada por los términos de los arts. 103 inc. a) del Código Civil y Comercial y 38 de la Ley 14.442”. Por su parte, el Ministerio Público Fiscal dictamina que corresponde hacer lugar a la autorización solicitada en virtud de que la suspensión de la crioconservación “no importa vulneración alguna en relación al art. 19 del CCCN, ello toda vez que los embriones no se encuentran implantados”. Excede el propósito de estas líneas analizar la actuación y dictámenes de ambos Ministerios en el caso, si bien he anticipado brevemente mi posición al respecto en el acápite inicial de este artículo.

Finalmente la jueza otorga autorización para el cese de la crioconservación de los seis embriones pertenecientes a los actores que se encuentran en custodia de la Clínica Procreate SA., decisión judicial que implica directamente su muerte.

3. Análisis crítico de la fundamentación del caso

La sentencia es, a mi juicio, infundada e incurre en las siguientes causales de arbitrariedad enumeradas por Carrió⁸: exceso hermenéutico, exceso funcional y exceso dogmático. El exceso hermenéutico por subsunción en preceptos no vigentes se configura en el caso porque la sentencia prescinde del derecho vigente aplicable, y actúa derecho no vigente (proyectos de ley). El exceso dogmático se configura porque la sentencia sólo se basa en afirmaciones dogmáticas de la jueza que revelan apoyo en su mera voluntad personal. Explicaré lo afirmado a continuación.

El Capítulo 1 del Título Preliminar del CCyC se refiere a las fuentes del derecho y a su interpretación⁹. El art. 1. Fuentes y aplicación, establece que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. El art. 2. Interpretación, conserva cuatro reglas del Código Civil: a) las palabras de la ley -“la aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción”¹⁰-; b) sus finalidades -lo que Vélez denominaba “el espíritu de la ley”-; c) las normas análogas y d) los principios jurídicos.

⁸ Cfr. CARRIÓ, Genaro. El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. 1ra. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967. Citado por MORELLO, Augusto M. y ROSALES CUELLO, Ramiro. El recurso extraordinario. 2da. ed. reelaborada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot y Librería Editora Platense, 1999, pág. 474 ss. CARRIÓ, Genaro. “Sentencia arbitraria”. Revista Jurídica de Buenos Aires. 1965, I y II, pág. 9 y ss. Citado por VANOSI, Jorge R. Op. cit. Pág. 184.

⁹ Un exhaustivo estudio del Título Preliminar del CCyC puede leerse en: RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. “Derecho”. En RIVERA, Julio César; MEDINA, Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. (CABA, 2015). La Ley. 1º de., 2º reimp. Tomo 1, págs. 56-69.

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., HIGHTON DE NOLASCO, Elena, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Ibidem. Punto III, 4.1. En <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, Fecha de consulta: 10/12/2016.

Las reglas que se incorporan son: e) las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos; f) los valores jurídicos y g) la consideración del ordenamiento de modo coherente.

La sentencia analizada parte de un presupuesto erróneo: afirma la inexistencia de normas positivas vigentes para subsumir el caso.

Una mera referencia a la Ley N° 26.862 –cuyo contenido no analiza- y una interpretación extensiva de un fallo de la Corte Suprema¹¹ –que sólo establece la razonabilidad de un límite al plazo de subsistencia de la obligación de cobertura gratuita de los gastos de crioconservación de embriones “a cargo de los prestadores de servicios de salud”, pero nada afirma respecto de las obligaciones de los padres-, le resultan suficientes a la jueza para afirmar que la referida ley “no da respuesta al interrogante sobre el status jurídico del embrión criocongelado, ni sobre el emplazamiento filial de los hijos e hijas nacidas por la utilización de estas técnicas”.

Partiendo de aquella conclusión errónea, y apartándose de lo dispuesto en el art. 19 CCyC vigente, decide fundar su fallo en dos textos proyectados:

a) el art. 19 proyectado en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, cuyo segundo párrafo proponía que en el caso de técnicas de reproducción humana asistida, la persona comienza su existencia con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado; y

b) el “Proyecto de ley de protección de embriones no implantados”¹².

Analizado el CCyC a la luz de sus antecedentes parlamentarios, resulta evidente que el legislador excluyó de su articulado el segundo párrafo del art. 19. Pese a ello, la jueza, reconociendo la supresión del segundo párrafo por el legislador (“El segundo párrafo proponía que 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. Si bien este segundo párrafo fue suprimido posteriormente...”), lo cita como fundamento de su sentencia, junto con el proyecto de ley N° 1541-D-2019, que no ha tenido a la fecha de la sentencia analizada, debate parlamentario alguno, ni siquiera giro a Comisiones.

La redacción del art. 19 CCyC –texto vigente-, reconoce la personalidad del embrión concebido fuera del vientre materno, y la misma protección jurídica que el concebido dentro del seno materno. El texto vigente, por ende, imposibilita el dictado de una sentencia judicial que autorice el cese de congelamiento de los embriones. El apartamiento del texto vigente del art. 19 CCyC y el recurso al segundo párrafo del texto proyectado, resulta arbitrario y dogmático, fundado sólo en la mera voluntad personal de la jueza. El texto del art. 19 CCyC sancionado se basa en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias y en las conclusiones de las XIX y XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Cabe recordar que la Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹³ había afirmado por unanimidad: “Segundo: En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación”.

Por otra parte, si bien tanto la doctrina¹⁴ como la jurisprudencia¹⁵ recurren a los antecedentes parlamentarios para dilucidar el fin o *ratio*¹⁶ de las normas (cfr. interpretación sistemática, art. 2 del CCyC), resulta arbitraria y producto de la mera voluntad de la jueza la elección del Proyecto de ley

¹¹ CSJN, autos "Y., M. V. Y otro c/ IOSE s/ amparo de salud", 14/08/2018.

¹² Proyecto de ley de protección de embriones no implantados. Expediente N° 1541-D-2019. Presentado en fecha: 05/04/2019, disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019>. Cfr. Marrama, Silvia. Análisis del Proyecto de “Ley de protección de embriones no implantados”. ED 25/04/2019, N° 14.616. T. 282.

¹³ Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, presidida por los Dres. Magdalena Giavarino; Luis Niel Puig y Julio Rivera. 26, 27 y 28 de Septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA).

¹⁴ Cfr. entre otros, TOBIAS, José W.. Autor de las glosas a los arts. 1 a 103. ALTERINI, Jorge H. (Dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Edit. La Ley, 2015, 1° ed.. Vol. 1, p. 13-25.

¹⁵ Desde antaño la CSJN utiliza los antecedentes parlamentarios para fundar sus sentencias (cfr. Fallos 177: 390).

¹⁶ Cfr. RABBI BALDI CABANILLAS, Renato. “Comentario a los arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial”. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo I, arts. 1 a 400. RIVERA, Julio César (Dir.); MEDINA, Graciela (Dir.); ESPER, Mariano (Coord.). Buenos Aires: Edit. La Ley, 2015, 1° Edic., 2° reimp. P. 62.

Nº 1541-D-2019 para fundar la sentencia¹⁷, dado que, además de no haber tenido trámite parlamentario, sus previsiones ya han sido desestimadas por los senadores al analizar el Proyecto de Ley Nº 101/14¹⁸.

Se evidencia en esta defectuosa fundamentación de la sentencia un exceso hermenéutico por actuar derecho no vigente (proyectos legislativos), a la par que se descarta la aplicación de la solución prevista por las normas vigentes. Es asimismo manifiesto el exceso funcional en que incurre la jueza al aplicar un párrafo legal del art. 19 CCyC expresamente excluido por el legislador¹⁹, incurriendo en una violación de la división de poderes.

De la arbitraria hermenéutica realizada, concluye la jueza que “en la actualidad existe una ley nacional que autoriza el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, un Código Civil y Comercial que aborda su utilización, pero existe una ausencia absoluta sobre cómo se debe proceder ante la existencia de embriones criocongelados sobre los cuales los entregadores del material genético no quieran más su implementación”.

Sin embargo, el status jurídico del embrión congelado y el emplazamiento filial de los hijos nacidos por la utilización de las TRHA se encuentran claramente establecidos en el derecho positivo vigente. Asimismo es errónea la afirmación respecto de una “ausencia absoluta” de previsiones normativas sobre los embriones congelados cuyos “entregadores del material genético no quieran más su implementación”.

En efecto, una correcta exégesis de las normas positivas vigentes permite afirmar:

a) en cuanto al status jurídico: la persona comienza su existencia en la concepción²⁰, dentro o fuera del vientre materno, y toda persona cuenta con igual protección y tutela jurídica en virtud del principio constitucional que veda la discriminación arbitraria (cfr. art. 16 CN). Por lo tanto los embriones congelados son personas (cfr. art. 19 CCyC), son niños por nacer²¹. La cláusula

¹⁷ Proyecto de ley de protección de embriones no implantados, disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1541-D-2019>.

¹⁸ El Proyecto Nº 101/14, con media sanción de la Cámara de Diputados, fue girado a las comisiones de Salud y de Legislación General de la Cámara de Senadores, y caducó el 28/02/2017. Un estudio sobre el proyecto puede leerse en Marrama, Silvia, *Violencia biotecnológica: análisis del Proyecto de ley Nº 101/14*, en *El Derecho* 268-890 [2016]

¹⁹ Cfr. CARRIO, Genaro. *Ibidem*. Cit. por MORELLO, Augusto M.; ROSALES CUELLO, Ramiro. *Ibidem*. P. 474 ss.

CARRIO, Genaro. *Ibidem*. Cit. por VANOSSI, Jorge R.. *Ibidem*. P. 184.

²⁰ Cfr. MARRAMA, Silvia. *Fecundación in vitro y derecho*. Editorial Dictum -Colección “Doctrina”-. (Paraná, 2012). ISBN 978-987-26865-2-9. Capítulos III y V.

“La genética en reproducción humana, permite afirmar en la actualidad, que tanto en el proceso de la concepción natural, como mediante la fertilización in vitro, la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana, se inicia con la penetración del ovulo por el espermatozoide (fecundación), y que la célula resultante (cigoto) posee un nuevo código genético, diferente de ambos progenitores, único e irreplicable, creando así una nueva vida humana, que comienza su ciclo vital, dentro o fuera del organismo materno, por lo que se debe promover y respetar sus derechos, considerando la vida del embrión como la del padre y la madre, dado que ya es persona humana desde ese momento y no esperar al momento de su implantación en el útero materno como algunos desean aseverar. En base a estos conocimientos científicos, aportados por la ciencia biológica, el comienzo de la vida ya no es materia opinable”. ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA. Declaración “A propósito del proyecto de fertilización asistida”, disponible en <https://www.acamedbai.org.ar/pdf/declaraciones/Declaraci%C3%B3n%20final%20fertilizaci%C3%B2n.pdf> Fecha de consulta: 01/04/2019.

²¹ El embrión humano es persona desde la concepción, tal como lo establece –en una lectura armónica, cfr. art. 75, inc. 22, CN– la Convención sobre los Derechos del Niño. La ley reglamentaria de la Convención Nº 26.061, ratifica y amplía la salvaguardia integral de la vida inocente. Su art. 2 declara que la Convención sobre Derechos del Niño “es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia (es decir, desde la concepción), en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los 18 años de edad”. Finaliza el art. 2 estableciendo que “Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles”. Esta declaración de “orden público” del derecho a la vida de toda persona desde su concepción impide la pretendida aplicación del art. 19 de la Constitución Nacional como fundamento para la autorización legislativa o judicial de destrucción o descongelamiento intencional de embriones congelados, más allá de que la primera causa de su inaplicabilidad a estos supuestos es la existencia de un “tercero” (la persona por nacer) que se vería ciertamente perjudicado por la utilización de estos procedimientos técnicos. El art. 3º de la ley reglamentaria 26.061 puntualiza que se entiende por interés superior del niño “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”. El primero de esos derechos es el derecho a la vida (cfr. art. 8). Un análisis normativo más exhaustivo respecto del status y derechos humanos del embrión puede leerse en: ARIAS

transitoria segunda del art. 9 Ley N° 26.994 claramente se refiere a “la **protección** del embrión no implantado” (el subrayado me pertenece), que será objeto de una ley especial... que lo **proteja** (la redundancia se justifica en virtud de la presentación del reciente Proyecto de Protección de embriones no implantados, que los desprotege²²). Mal puede concluir el intérprete judicial de las normas vigentes, que se encuentra facultado legalmente a autorizar la muerte de embriones por descongelamiento intencional.

b) respecto del emplazamiento filial de los embriones congelados: son hijos de quienes manifestaron su voluntad procreacional (art. 562 CCyC).

c) cuando los padres -eufemísticamente denominados en la sentencia “los entregadores del material genético”- no pueden (o no quieren, como en este caso) procurarles “los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales”, el Código Civil y Comercial prevé la institución de la adopción (cfr. art. 594)²³.

Sin embargo, dejando de lado las claras reglas de interpretación normativa²⁴, la sentencia bajo análisis funda el status jurídico de los embriones congelados exclusivamente en la sentencia “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que la jueza entiende que es “relevante para Argentina, a pesar de no haber sido el Estado condenado en el caso concreto” (punto “III.- Estatus jurídico del embrión criocongelado”). Abundante doctrina y jurisprudencia nacionales -a las cuales remito al lector por razones de brevedad- se explayan sobre lo establecido en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobre la inexistente obligatoriedad para los jueces argentinos de seguir la doctrina de “Artavia Murillo”²⁵. Por su

DE RONCHIETTO, Catalina E., El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados, en “El Derecho” 182-1645. BARRA, Rodolfo C., Embriones expósitos, en “La Ley” 1996-D-1271, BARRA, Rodolfo C., El estatuto jurídico del embrión humano, en “El Derecho” 184-1455; OLAGUIBE, Luis. Tesis Doctoral: El Estatuto Jurídico del embrión humano a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño. (Santa Fé, 2016). UCSF. OLAGUIBE, Luis. El reconocimiento de los derechos humanos del embrión en la legislación argentina. 28/03/2018. MJ-DOC-12787-AR. MJD12787. SAMBRIZZI, Eduardo A.. La procreación asistida y la manipulación del embrión humano. (Buenos Aires, 2001). Abeledo-Perrot. SAMBRIZZI, Eduardo A.. La filiación en la procreación asistida. (Buenos Aires, 2004). El Derecho. SAMBRIZZI, Eduardo A.. Derecho y Eugenesia. (Buenos Aires, 2004). EDUCA. MARRAMA, Silvia. Fecundación in vitro y derecho. Editorial Dictum -Colección “Doctrina”-. (Paraná, 2012). ISBN 978-987-26865-2-9. Capítulo IV.

²² Cfr. Proyecto de ley de protección de embriones no implantados. Expediente N° 1541-D-2019. Un excelente análisis crítico del proyecto puede leerse en LAFFERRIERE, Jorge N.. Análisis de un proyecto de desprotección de embriones no implantados. ED N° 14.616, 25/04/2019.

²³ Cabe destacar que la doctrina nacional afirma la posibilidad de la adopción de embriones congelados antes de la sanción del CCyC. Cfr. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa. “Filiación por dación del embrión crioconservado”, en Vida y Ética, Buenos Aires, Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, n° 1, año 4, junio 2003. pp.111-122. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa. Trascendente fallo de Cámara Nacional Civil.. Sala I, Censo de ovocitos y embriones crioconservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madres. El Derecho, 188- 993. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa. El derecho frente al congelamiento de óvulos fecundados. Suspensión de la práctica y adopción prenatal para los embriones ya existentes. El Derecho N° 9762, Buenos.Aires, 1999. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa. “Un actual y trascendente supuesto: la curatela especial del concebido crioconservado”, en AAVV. Código Civil Peruano Comentado, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 661-663. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa. “Persona humana, ingeniería genética y procreación artificial”, en AA.VV., “La persona humana”, BORDA, Guillermo A., Director, Buenos Aires, La Ley, 2001. ARIAS de RONCHIETTO, Catalina Elsa. Renuncia parental y filiación del embrión crioconservado. FIDEC. Vivir o morir con estado de familia determinado. Conferencia en XI Jornada de Bioética: Cuestiones Bioéticas en torno a la ley y la vida, 13/06/2009. Comisión de Bioética Padre José Kentenich. Disponible en: http://www.familia.org.ar/media/W1siZiIsImZhbWlsaWEvcG9uZW5jaWFzLzE0Mi9kb2N1bWVudG9zL0pvcml5ZGFfMTFfLV8wNC5wZGYiXV0/Jornada_11_-_04.pdf?sha=b56a3fac3501695d Fecha de consulta: 01/05/2019.

MEDINA, Graciela- GODIO PHILIP, Eduardo, “Adopción prenatal” en AA.VV, La Adopción, tomo II, pp.48-50, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998. LOYARTE, Dolores, “Adopción prenatal” en Jurisprudencia Argentina, Número especial sobre la ley 24.779. (Buenos Aires, 1998).

²⁴ Desde mediados de siglo pasado, se enseña que la interpretación judicial de las normas que hacen los jueces en sus sentencias tiene los siguientes presupuestos: a) todo el derecho está contenido en el texto de la ley, por consiguiente la tarea esencial y única del intérprete es establecer su verdadero sentido y alcance; b) para la interpretación de la ley se toma como base la voluntad del legislador, que se encuentra en las palabras o en el espíritu de la ley; c) para suplir el silencio de la ley se recurre a la ley misma, ya sea en leyes análogas o en los principios generales del derecho. Cfr. SALVAT, Raymundo M.. Tratado de derecho civil argentino. Buenos Aires: Edit. La Ley, 1947. Tomo I p. 145 y ss.

²⁵ Respecto de la pretendida obligatoriedad para el derecho argentino de la doctrina de la CIDH en el caso “Artavia

relevancia, cito la conclusión Tercera de la Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil²⁶, que por unanimidad decretó: “Tercero: La doctrina del fallo “Artavia Murillo” dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es vinculante para nuestro derecho”. Más allá de ello, los hechos y el *thema decidendum* del caso resuelto por la Corte Interamericana difieren de los del caso bajo análisis: el primero versaba sobre el derecho de las personas a formar una familia mediante el acceso a la procreación por TRHA, mientras en este caso, una pareja que ya ha accedido a las THRA y ha formado una familia, solicita autorización judicial para matar por descongelamiento a los embriones “sobrantes”.

La utilización de la sentencia “Artavia Murillo” como única fuente de derecho para fundar el status jurídico de los embriones -en lugar de aplicar las normas vigentes-, evidencia otra arbitrariedad de la sentencia comentada. Cabe recordar que el art. 1 del CCyC, que enumera las fuentes del derecho, en la versión sancionada y vigente, no comprende como fuente expresa del derecho a la jurisprudencia, pese a haber sido prevista en la redacción del artículo elaborada por la Comisión redactora²⁷.

Por otra parte, respecto del emplazamiento filial de los embriones, luego de citar el art. 562 CCyC, la sentencia afirma que “de la interpretación de la normas surge con claridad que la titularidad de los embriones formados a los fines concretar el proyecto de procreación, son de las personas que hayan manifestado su voluntad de procrear a través del otorgamiento del consentimiento informado. De no otorgar la o las personas involucradas ese consentimiento no puede procederse a ningún cambio de su situación, es decir que si los embriones se encuentran criocongelados permanecerán en ese estado hasta que su titular exprese su intencionalidad de modificarlo. En el caso planteado los titulares de los embriones criocongelados expresan que han concretado su voluntad procreacional a través del nacimiento de sus dos hijos, manifestando no querer tener más hijos, así como no querer estar en forma vitalicia ligados a dicha situación; en razón de esta posición es por lo que solicitan la interrupción de la crioconservación” (punto “II.- Voluntad procreacional”).

Cabe aclarar que la interpretación del art. 562 debe realizarse, en primer lugar, a la luz de su misma redacción y de su ubicación metodológica dentro del CCyC. En efecto, el artículo se encuentra ubicado en el Libro Segundo “Relaciones de familia”, Título V “Filiación”, Capítulo 2 “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, art. 562 “Voluntad procreacional”. Por lo tanto, los “entregadores del material genético”, “titulares de los embriones”, son sus padres, ya que la voluntad procreacional se ha legislado como una de las fuentes de filiación y surte iguales efectos que las demás: filiación por adopción plena o por naturaleza (cfr. art. 558 CCyC).

Respecto de la revocación del consentimiento, la interpretación teleológica del art. 561 CCyC (cfr. art. 1 CCyC) impone tener presente que la intención y finalidad del recurso a las TRHA es engendrar un hijo. Por lo tanto, la revocabilidad del consentimiento prestado no se da como en cualquier acto jurídico. Si la revocación supone la interrupción del congelamiento de embriones ya engendrados, se trata de una violación del principio de responsabilidad parental. Y dado que,

Murillo”, cfr. el enjundioso trabajo de Farfán Bertrán, M. Laura. El caso “Artavia Murillo c. Costa Rica” a la luz de la teoría del control de convencionalidad. A propósito del debate sobre la legalización del aborto en la Argentina. Publicado en: SJA 14/11/2018, 47 - JA 2018-IV. Ver asimismo Lafferrière, Jorge Nicolás - Tello Mendoza, Juan Alonso. El diagnóstico genético preimplantatorio: de nuevo sobre los límites de "Artavia Murillo". En Sup. Const- 2014 (noviembre), 71 - LA LEY 2014-F, 404 - AR/DOC/3586/2014. Lafferrière, Jorge Nicolás. Los límites de Artavia Murillo en un interesante fallo en protección del embrión humano. En DJ 05/02/2014, 21 - AR/DOC/4414/2013. Palazzo, Eugenio Luis. La jurisprudencia internacional como fuente del derecho. Reflexiones a partir del caso Artavia Murillo (fecundación in vitro). En DJ 07/08/2013, 5 - AR/DOC/1967/2013. Marrama, Silvia, “Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino”. El Derecho [255] - (27/11/2013, nro 13.372) (Ref. 73118). Marrama, Silvia, Tommasi, María Sol, “Después de “Artavia Murillo””, en El Derecho, [274] - (18/09/2017, nro 14.268).

²⁶ Comisión N° 1 de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, presidida por los Dres. Magdalena Giavarino; Luis Niel Puig y Julio Rivera. 26, 27 y 28 de Septiembre de 2013, Facultad de Derecho (UBA).

²⁷ Cfr. PORRAS, Alfredo Rafael. “La interpretación en el derecho”. DJ 02/11/2016, 12. Cita Online: AR/DOC/1597/2016.

conforme al derecho positivo vigente, la persona humana comienza su existencia en la concepción, el juez puede desatender la revocación ulterior del consentimiento o suplir su falta de renovación “toda vez que se consintió engendrar un hijo, los padres deben asumir las consecuencias”²⁸. Al respecto baste recordar el fallo “P.,A. c/S.,A.C. s/medidas precautorias”²⁹.

Quisiera por último retomar la siguiente afirmación de la sentencia analizada: “existe una ausencia absoluta sobre cómo se debe proceder ante la existencia de embriones criocongelados sobre los cuales los entregadores del material genético no quieran más su implementación”. He intentado demostrar la inexistencia de tal ausencia absoluta de normas vigentes aplicables a los hechos del caso. De todas formas, en caso de que la afirmación resultase correcta, el fallo debería haberse dictado en sentido contrario, debido a la preeminencia del principio “*pro homine*”, basal del derecho de los derechos humanos³⁰, que se enuncia del siguiente modo: “ante la duda, debe considerarse que se está ante un hombre” y, en consecuencia, debe aplicarse la norma más favorable a la persona humana. Es decir que, frente a un pedido de autorización judicial para interrumpir el congelamiento de embriones, y ante la duda que pudiese suscitarse respecto del status ontológico y jurídico de los embriones, el magistrado debe resolver en favor de su respeto y protección, como si fuesen hombres³¹.

4. Conclusión

La caprichosa fundamentación de la sentencia analizada no resiste un control constitucional de legalidad y razonabilidad. Lamentablemente, dicho control no será efectuado por el Poder Judicial, porque la sentencia se encuentra firme. Ello no obsta a que, en el ámbito académico, juristas, profesores e investigadores, se pronuncien al respecto, tal como he intentado hacer en estas líneas, con la esperanza de contribuir de este modo a la común tarea de afianzar la justicia.

²⁸ Cfr. BASSET, Úrsula. Autora de las glosas a los arts. 401 a 723. ALTERINI, Jorge H. (Dir.); Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Edit. La Ley, 2015, 1º ed.. Tomo III, pág. 481-482.

²⁹ CNCiv, Sala J. “P.,A. c/S.,A.C. s/medidas precautorias”, 13/09/2011. La Ley Online, AR/JUR/50081/2011.

³⁰ Bajo el influjo “del principio *pro homine*, que informa todo el derecho de los derechos humanos...las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, in re Portal de Belén Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación – Amparo, 05/03/02, “El Derecho”, 197-13. Fallos: 325:292. Cons. 11 Voto de la mayoría.

³¹ Es pertinente recordar la enseñanza de PINTO al respecto. Si “el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria... esto es, estar siempre a favor del hombre” (PINTO, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (compiladores), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, (Buenos Aires, 1997). Edit. del Puerto. Pág. 163), en consecuencia su aplicación también debe alcanzar a los casos de protección de los embriones que existen extracorpóreamente.