

El embrión no implantado y un curioso fallo del Tribunal rosarino de familia

por MARÍA AGUSTINA TOSCANI

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. — II. EL CASO. A. HECHOS. B. ARGUMENTOS. i. Coactores. ii. Clínica. — III. LA SENTENCIA. — IV. CONSIDERACIONES. — V. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

El 11/3/24, el Tribunal Colegiado de Instancia Única Civil de Familia N° 4 de Rosario dictó sentencia en la causa “G., L. R. y M., R., M. s/ venias y dispensas”, haciendo lugar a la petición de la parte actora y autorizando la transferencia, en un tratamiento de reproducción humana asistida, de dos embriones crioconservados, concebidos con material genético propio y de su expareja. Este había manifestado no tener voluntad procreacional actual, pero sí autorizaba a L. a continuar con el tratamiento en el marco de un proyecto monoparental, quedando como “donante anónimo”.

Es un nuevo fallo que aborda, por un lado, la cuestión del estatuto ontológico y jurídico del embrión no implantado y, por otro, el análisis de las normas que regulan las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y la filiación que surge de estas. Lo curioso del caso es que quienes pugnan por la implantación y nacimiento de los embriones niegan que estos tengan personalidad jurídica, mientras que quienes reconocen sus derechos manifiestan que la única solución posible es el cese de la crioconservación. Justamente lo contrario a lo que se observa en la mayoría de la jurisprudencia sobre el tema.

En este comentario analizaremos los fundamentos de las partes y de la sentencia, así como cuestiones jurídicas y bioéticas involucradas en la filiación por TRHA.

II. El caso

a. Hechos

Los coactores L. y M. fueron pareja, y en ese marco acudieron a una clínica especialista en fertilidad. El 21/6/22, firmaron tres documentos (consentimientos informados, en adelante “CI”), a fin de iniciar la TRHA. Pero antes de la transferencia e implantación de los embriones, la pareja se separó. Pese a ello, M. autorizó a L. a continuar el tratamiento con los embriones con material genético de ambos, desligándose de vínculo filiatorio, por carecer de voluntad procreacional. Esta decisión fue informada al sanatorio, que se opuso, porque entendía que era contrario a lo que se había firmado previamente. Por tanto, L. y M. iniciaron una solicitud conjunta para que se

autorice judicialmente la transferencia embrionaria y se inscriba al niño nacido como hijo monoparental de L.

b. Argumentos

i. Coactores

Sostienen que existe un vacío legal e invocan el principio de legalidad (art. 19 CN), así como la regulación de la filiación por TRHA del CCC. Citan también las leyes 26.529 (derechos del paciente), 23.592 (antidiscriminación), y 26.862 (de acceso a la procreación asistida), así como su decreto reglamentario, 956/13.

Argumentan que su voluntad ha cambiado: M. ya no tiene voluntad procreacional (cfr. art. 562 CCC), pero autoriza a L. a continuar la TRHA con los embriones crioconservados, sin que al nacer se establezca vínculo filiatorio con él. Es decir, jurídicamente solo será hijo de L., quedando él como donante. L. entiende y acepta esto.

Con respecto al estatuto jurídico del embrión, mencionan que el art. 19 CCC debe interpretarse según el fallo “Artavia Murillo” de la Corte IDH, al que consideran de aplicación obligatoria, y que entiende “concepción” con “anidación”. Argumentan que, si el sistema normativo permite criopreservar y donar embriones, así como revocar el consentimiento hasta la implantación, estos no pueden ser personas, “de lo contrario, no podría permitirse legalmente ninguna de estas circunstancias”.

ii. Clínica

Sus fundamentos se centran en el derecho a la identidad del niño por nacer. Los embriones han sido concebidos con el material genético de los coactores: su identidad ha quedado determinada por la voluntad procreacional manifestada en los CI de fecha 21/6/22. En esa oportunidad, los coactores firmaron que, en caso de separación, optaban por el cese de la criopreservación, descartando la donación. Por tanto, si bien reconoce que la voluntad procreacional es revocable, la filiación ha quedado determinada con el primer CI (art. 562 CCC), y si se hiciera una donación, no se cumpliría con el anonimato del art. 564 CCC. Pone en duda si realmente podría “donarse” un embrión, por su naturaleza jurídica, o si ese acto sería nulo por su objeto. Manifiesta no querer ser obstruccionista, y encontrarse dispuesta a acatar la resolución judicial, pues su interés es obrar con prudencia y diligencia ante la importancia de los derechos en juego.

III. La sentencia

El fallo, favorable a la actora, se centra en dos argumentos: i. el rechazo a una aplicación lineal y estática de los acuerdos firmados entre los peticionantes y el sanatorio el 21/6/22, y ii. que la tutela del niño por nacer no es pertinente porque se basa en “una persona que a la fecha no fue concebida” (consid. 8), y por ende no puede limitar los derechos de la actora.

Para arribar a esa decisión, el Tribunal cita las normas sobre TRHA, y doctrina y jurisprudencia en la materia. Se detiene especialmente en la ley 26.862, cuyo art. 4 admite los bancos receptores de gametos y embriones, y en su art. 7, que establece que el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación. Señala que el decreto 956/13 y las resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación siguen la misma línea.

Entiende que los CI celebrados son lícitos, pues no transgreden norma alguna. Pero admite que estos limitan a los coactores a dos opciones: o continuar ambos con la TRHA, renovando ambos su voluntad procreacional, o escoger el cese de la crioconservación. Ninguna de estas vías refleja su voluntad actual, pues su situación personal ha cambiado. Se debe, por lo tanto, efectuar un análisis dinámico del CI y revisar lo oportunamente firmado. Cita doctrina autorizada, entendiendo el CI como “un acto unilateral que declara aquiescencia”, en el cual el factor tiempo asume un rol determinante, ya que el consentimiento es siempre dialógico (consid. 6).

Luego pretende “efectuar un análisis e interpretación armónicos de todo nuestro ordenamiento” (consid. 7), ci-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *Matrimonio homosexual y filiación: consecuencias del error español*, por RAMÓN DURÁN RIVACOBIA, ED, 223-679; *Tocante al proyecto de matrimonio y filiación homosexuales, ¿podrían derivarse responsabilidades por daños y perjuicios? Sugerencias de la última doctrina norteamericana al respecto*, por URSULA C. BASSET, ED, 225-754; *El reconocimiento de dos mujeres como madres y el error de aplicar por analogía los principios de la filiación*, por YANINA ANNA, EDFA, 21/-19; *Filiación: La donación anónima de gametos frente al derecho a conocer los orígenes*, por NATALIA E. TORRES SANTOMÉ, EDFA, 32/-14; *¿Voluntad procreacional en la filiación por naturaleza en el proyecto de Código Civil?*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE, ED, 255-968; *Un emplazamiento filiatorio no reclamado, con fundamento en la voluntad procreacional*, por EDUARDO A. SAMBRIZZI, ED, 264-98; *La justicia declara la validez de los “actos extrapatrimoniales” de subrogación de vientres*, por SILVIA MARRAMA, ED, 264-428; *La determinación de la filiación del niño concebido mediante subrogación: una aproximación a partir de dos sentencias de la Corte Superior de Justicia de Perú*, por ANALUCÍA TORRES FLOR, EDFA, 80/-13; *Una propuesta para la filiación y parentesco por adopción plena del niño por nacer. El derecho humano al estado de familia*, por CATALINA ÉLSA ARIAS DE RONCHIETTO y MARÍA MILAGROS BERTI GARCÍA, ED, 278-915; *¿Es constitucionalmente válida la doble filiación? Comentario a la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata recaída en los autos “C., M. F. y otro”*, por DANIELA ZABALETA, ED, 282; *Filiación post mortem: un paneo del estado del arte y la situación en el derecho sucesorio*, por MARÍA ZÚNIGA BASSET, cita digital ED-DCCLXXVII-926; *La doble paternidad en la filiación por naturaleza (Una sentencia que le da la espalda al régimen legal de la filiación)*, por JORGE A. MAZZINGHI, ED, 290-126; *La triple filiación y el abuso de la declaración de inconstitucionalidad por parte del fuero de familia. Una crítica al fallo “L. F. F. c. S.C.O. s/ filiación”*, por JULIÁN IANIV AZAR, ED, 291-110; *Filiación post mortem, un jaque al sistema filial*, por LORENA C. BOLZON, ED, 304. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

tando derechos humanos y constitucionales, como el derecho a la vida privada y familiar, el de fundar una familia, la salud y la integridad física, psíquica y moral de la coactora, destacando que “la autonomía reproductiva adquiere un rol determinante para la resolución de la cuestión en estudio”. Así, el Tribunal entiende que el plexo constitucional citado “brinda un sólido respaldo a la pretensión de L. de convertirse en madre”, y a la de M. de ser tenido por donante. Coincide con la actora en que “Artavia Murillo” no puede ser dejado de lado, y que la ley 26.862 debe ser entendida según esos mismos lineamientos, pues no define el estatuto de los embriones concebidos extracorpóreamente, mas sí admite su “donación”.

IV. Consideraciones

La sentencia presenta serias omisiones y problemas argumentativos. Si bien coincidimos con que debía autorizarse la implantación de los embriones, no compartimos los fundamentos brindados por el Tribunal ni la argumentación realizada por las partes.

a. Negación de la personalidad del embrión: Tanto la actora, que solicita la autorización judicial de la transferencia embrionaria, como el tribunal niegan la personalidad del embrión. Ni siquiera plantean un conflicto de derechos: en su postura no hay más derechos involucrados que los de los peticionantes. Así, se elimina el dilema y el caso se resuelve por la interpretación que el juez hace del CI, la cual debe ser dinámica. La clínica invoca el derecho a la identidad del niño por nacer, pues reconoce que los embriones existen desde su concepción extracorpórea (por la unión de los gametos de los coactores, y de conformidad con el art. 19 CCC y la tradición jurídica nacional⁽¹⁾). Implícitamente, reconoce al embrión el estatus de persona, cuestionando la licitud de su donación. Mas, en un contrasentido motivado por un exceso de ritualismo, entiende que no puede apartarse de la opción hecha oportunamente por la actora: el descarte de embriones en caso de separación de la pareja. ¿Los embriones tienen derecho a la identidad, pero no derecho a la vida? Es curioso que en ningún momento del caso se pone en consideración este derecho. ¿Por qué no invocarlo a favor de la transferencia embrionaria? Constantemente se cita “Artavia Murillo”⁽²⁾ para sostener que el embrión humano concebido no es persona ni sujeto de derechos hasta su implantación en el útero materno. Leemos en el consid. 8: “será el momento de la implantación o transferencia de embriones el que sirva como punto de inflexión a tomar en cuenta para ver producida la concepción en casos como el presente”. Del mismo modo, podríamos argumentar que el momento del nacimiento sirve como punto de inflexión para ver producida la concepción. La anidación es un evento biológico que ocurre como consecuencia de la ontogénesis que es la fecundación o concepción: ese y no otro es el verdadero punto de inflexión, el momento en que aparece lo que antes no existía: un nuevo ser humano. De hecho, que existan embriones fuera del útero materno demuestra la autonomía del embrión con respecto a su madre. El argumento citado es, entonces, relativo, como el que invoca la actora al sostener que los embriones no pueden ser personas, “de lo contrario, no podría permitirse legalmente ninguna de estas circunstancias [donación, criopreservación]”. Históricamente, la ley ha avalado la compraventa de esclavos. ¿Eso implicaba que no eran personas? ¿O eran personas pese a que la ley no reconocía su dignidad? La actora es consciente de la cosificación del embrión, pero no resuelve la cuestión de manera lógica. Lo que queda claro de la lectura del fallo comentado es que “la protección gradual e incremental” del derecho a la vida propuesto por el renombrado fallo de la Corte IDH ha significado que este derecho pierda su peso y su im-

portancia, en los hechos y en la argumentación jurídica, pese a ser un derecho humano fundamental expresamente consagrado⁽³⁾.

b. ¿Interpretación armónica?: el magistrado dice “efectuar un análisis e interpretación armónicos de todo nuestro ordenamiento” para dar acabada respuesta jurisdiccional al caso (consid. 7). Lo cierto es que, al negar que exista persona por nacer involucrada en los hechos, se citan solo las normas favorables a la pretensión de la actora. No hay derechos que “armonizar” en aras al bien común. Para arribar a esa postura, basada en la supuesta obligatoriedad de “Artavia Murillo”, se realiza un uso sesgado de la jurisprudencia de la CSJN. Así, se llega al absurdo de fundamentar con la sentencia “Portal de Belén”⁽⁴⁾ los efectos que se le deben atribuir a los pronunciamientos de la Corte IDH, sin tener en cuenta que en ese mismo fallo nuestra Corte Suprema se pronunció por el pleno derecho a la vida desde la concepción. Asimismo, el tribunal rosarino deja de lado que nada impide aplicar la protección más amplia que da el derecho argentino⁽⁵⁾, de conformidad con el art. 29 Conv. Am., y art. 5 del Pacto de D. Civiles y Políticos. Esto también es doctrina del Máximo Tribunal: “... los tratados internacionales pueden solo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla. Es decir, aquellos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción”⁽⁶⁾. Esto podría implicar un incumplimiento de los estándares de ética judicial en la motivación de la sentencia⁽⁷⁾, como bien ha señalado la doctrina⁽⁸⁾.

c. Sobre la competencia de un tribunal de familia: lo antedicho se vuelve todavía más llamativo si consideramos que hubo un conflicto negativo de competencia resuelto por la Cámara Civil y Comercial, que dispuso la radicación ante el tribunal de familia (consid. 3). ¿Por qué debería resolver el caso un juez de familia, si se trata solo de autorizar una práctica médica, de resolver un desacuerdo con la clínica o de verificar la validez de un CI? Justamente porque hay embriones involucrados, porque se ponen en discusión los vínculos filiatorios, y hay un compromiso internacional de velar siempre por el interés superior del niño (art. 3.1 Conv. D. Niño). Siempre que haya un embrión, implantado o no, o un niño nacido, debería darse traslado al Defensor de Menores (cfr. art. 103 CCC). En el caso esto se omite, y tampoco se nombra abogado o tutor *ad litem*. Aun cuando el niño no haya sido todavía concebido, existe quien debería velar por los intereses de los niños en abstracto: el *Ombudsman* del niño o defensor de niñas, niños y adolescentes, que defiende a la niñez en abstracto⁽⁹⁾. Sin embargo, no suele dársele traslado y la sentencia comentada no es la excepción. Poniendo el foco en la autonomía y en la voluntad procreacional, invierte las bases del Derecho de familia: se pasa de un eje paidocéntrico (centrado en los derechos del niño) a un derecho adultocéntrico⁽¹⁰⁾. No se realiza ninguna consideración respecto de los derechos del o los niños que solo tendrán un vínculo filial, quedando huérfanos de padre (sin progenitor masculino reconocido), y desprovistos de acción para reclamar filiación. ¿Por qué la justicia avala que un varón se desligue de su responsabilidad parental (art. 638 CCC)? ¿Por qué se priva adrede al niño de la relación que pudiera tener con esa persona? ¿No es esta decisión contraria a la “perspectiva de género” que la CSJN busca implementar, en el marco de las leyes 26.845

(3) Art. I, Decl. Am.; art. 3°, Decl. Univ.; art. 4°, Conv. Am.; art. 6° Pacto. Int. D. Civ. y Pol.; art 6°, Conv. D. Niño.

(4) CSJN, Fallos 325:292 (2002).

(5) Recordemos que Argentina, al aprobar la Conv. D. Niño, formuló una declaración unilateral indicando que “se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción” (Art. 2, ley 23.849).

(6) CSJN, “Gottschau, Evelyn Patrizia”, Fallos 329:2986 (2006), consid. 10.

(7) Arts. 17 y 18 y ss., Código Iberoamericano de Ética Judicial (2018), disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/codigo-iberoamericano-etica-judicial.5.pdf> (acceso 15/5/24).

(8) Cfr. Úrsula BASSET, “Filiaciones *post mortem* y el peso de la voluntad en la determinación en un derecho convencionalizado”, TR LA LEY AR/DOC/2526/2023.

(9) Ídem.

(10) Úrsula BASSET, “Filiación: consideraciones generales”, en Jorge N. LAFFERRIÈRE (comp.), “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”, *El Derecho*, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2947> (acceso el 24/10/20), 292.

(1) Cfr. María Agustina TOSCANI GÓMEZ, “La aparición de la filiación mediante procreación asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación: aplicación del método triangular para el análisis bioético”, *Vida y Ética*, 2022, 23 (1). Disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16455>.

(2) Corte IDH, “Artavia Murillo y otros c. Costa Rica”, del 28/11/12. Serie C, 257. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf (disponible el 18/7/19). Sobre el tema, recomendamos: Ligia DE JESÚS y otros, “El caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (fecundación *in vitro*): la redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”, *Prudentia Iuris*, 75 (2013), y Jorge N. LAFFERRIÈRE, “Embriones congelados descartados por una sentencia judicial. ‘Artavia Murillo’ no es un cheque en blanco”, *RDFP* 2019 (agosto), AR/DOC/1867/2019.

y 27.499?⁽¹¹⁾ La Conv. D. del Niño (art. 7) y la Conv. sobre la Eliminación de formas de Discriminación contra la mujer (ambos con jerarquía constitucional) refieren al derecho a la coparentalidad. Sin embargo, sentencias como esta “enlazan a la feminidad con la maternidad, así como a la masculinidad con un periférico rol familiar, traducido, particularmente, en el imperativo de contribuir, mediante material genético propio, a la realización de un proyecto vital completamente externo, ajeno”⁽¹²⁾.

d. La voluntad procreacional: el *core* del fallo es, sin duda, la protección de la autonomía. Las normas invocadas son aquellas que protegen la libre voluntad (procreativa) de L. y la voluntad (no procreacional) de M., de conformidad con el art. 562 CCC. Si bien el art. 558 CCC predica la igualdad de las filiaciones, la voluntad (procreacional o no) en la concepción natural no tiene lugar: la ley obliga a los padres biológicos a reconocer la filiación. La voluntad “no procreacional” del aportante de gametos juega solo para la filiación por TRHA. Esto irrumpe la coherencia ideológica del CCC y la validez ética de todo el sistema. A quien cede sus gametos (habitualmente a cambio de una contraprestación dineraria) se le garantiza el anonimato y el desprendimiento de sus deberes parentales. Mas si naturalmente se produce el embarazo, el vínculo filiatorio es obligatorio y no disponible. ¿Por qué no se podría contractualizar, en su caso, la renuncia a la filiación? No se advierte por qué la voluntad “no procreacional” es en unos casos válida, y materia de un negocio jurídico, y en otros, inválida e irrelevante. En el fondo, la procreación asistida no constituye una fuente distinta a la filiación por naturaleza, “ya que tanto en ese supuesto como en el de una relación sexual natural, es la naturaleza la que actúa para producir la concepción, mediante la fecundación del óvulo por el espermatozoide, a lo que no obsta la intervención de profesionales para producir dicha unión”⁽¹³⁾. Esto es citado en el fallo que comentamos (consid. 8), pero dejado de lado por el magistrado, por medio de otra cita: “La regla de igualdad no es absoluta, ni obliga al legislador a no considerar la diversidad de circunstancias o condiciones que puedan presentarse, siempre que esta distinción de trato responda a una justificación objetiva y razonable”. Lo que el juez no tiene presente es que el legislador ha establecido la igualdad filiatoria en el art. 558, y no corresponde distinguir donde la ley no lo hace. En este sentido, pensamos que el fallo es incompleto. ¿Acaso basta esclarecer cuál es la voluntad actual y comprobar que no esté viciada para hacer lugar? Incorporar la voluntad al derecho filiatorio es un problema y un retroceso a las categorías de hijos.

e. La autonomía no es un derecho: el fallo sostiene que “la autonomía reproductiva adquiere un rol determinante para la resolución de la cuestión en estudio, pues tiene también notorio respaldo supraconstitucional, en concreto la Convención para la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 10, 11 y 16” (consid. 7). Ante todo, aclaramos que en dicho tratado la palabra “autonomía” no aparece ni una sola vez. Si entendemos autonomía como capacidad de darse a sí mismo las normas morales, no habría límite alguno a los desarrollos científicos. Todas las opciones serían aceptables, pues la autonomía no ofrece criterios para valorar estas aplicaciones fuera de sí misma. El deseo o la voluntad no pueden ser fundamento de eticidad. Por el contrario, la libertad es una propiedad de una tendencia (la voluntad). Debe necesariamente tender a algo. Si fuese una indeterminación total del querer sería una tendencia que no tendería a nada, lo cual es absurdo. Por ello, la autonomía no puede ser considerada como un bien humano básico, un bien moral, o un derecho subjetivo: se trata meramente de un supuesto constitutivo de la eticidad. Como sostiene Masini Correas, la moral autónoma torna imposible valorar éticamente las intervenciones y no ofrece criterios para las difíciles situaciones que se presentan en el ámbito de

la Bioética⁽¹⁴⁾. Por lo dicho, descartamos que la autonomía sea un valor involucrado en el caso y un valor humano que deba ser protegido jurídicamente.

f. El embrión no implantado y los problemas de las TRHA: suele decirse que esta cuestión es “harto debatida”, y es verdad que abunda doctrina y jurisprudencia al respecto. Pero no es menos cierto que sigue faltando un análisis profundo, transdisciplinar, y desligado de intereses personales, económicos, y/o biotecnológicos sobre las TRHA. Los profundos cambios que la legislación argentina ha sufrido en la última década, a fin de legitimar adelantos biotecnológicos y de ampliar los derechos de ciertos colectivos sociales, no han sido precedidos por una seria reflexión antropológica y ética. Por eso es necesario que las valoraciones trasciendan el análisis netamente jurídico. Por razones de brevedad, remitimos a nuestro estudio sobre el tema⁽¹⁵⁾. Vale ahora destacar tres puntos:

1. La existencia de la persona humana comienza en la concepción: así lo reconocen la biología, la genética y nuestro ordenamiento jurídico. La unión de un gameto femenino con uno masculino da lugar a un proceso biológico irreversible⁽¹⁶⁾: el comienzo de la vida de un ser humano, con ADN propio, y funciones autónomas y coordinadas. Esto surge del art. 4 Conv. Am., la ley 23.849 que ratificó la Conv. D. Niños, los arts. 19 y 2279 CCC, y las leyes 24.901 y 24.714. De igual modo se ha pronunciado la jurisprudencia de la CSJN (*Fallos* 324:5 y 325:292), de tribunales inferiores⁽¹⁷⁾ y numerosa doctrina⁽¹⁸⁾. Si la existencia de la persona humana comienza con la concepción, al embrión le corresponde el estatus jurídico de persona y, por lo tanto, todo negocio, acto o contrato cuyo objeto fuese la adquisición de un embrión, o su producción, cual contrato de obra, se configuraría un “contrato sobre personas” que quedaría comprendido en la prohibición constitucional del art. 15. El art. 51 CCC refuerza esto al establecer la inviolabilidad de la persona humana. Por ende, pensamos que es acertado sostener la inconstitucionalidad de los arts. 560 y 561 CCC⁽¹⁹⁾, que establecen que el consentimiento “es libremente revocable” mientras no se haya producido la concepción o la implantación del embrión, asemejándolo a una cosa, con cualidad de ser descartable ante un eventual cambio de parecer de la persona adulta. La persona humana nunca puede ser objeto de un derecho subjetivo.

2. No hay un vacío normativo respecto de los embriones crioconservados: si bien no se ha dictado la ley de protección especial al embrión no implantado (art. 9, ley 26.994), ello no implica darle un tratamiento de cosa o distinto al de persona. La misma disposición transitoria señala que “Corresponde al artículo 19 CCC”. No se podría hablar de protección si no se reconociera una dignidad presente en ese embrión humano⁽²⁰⁾. Aun si consideráramos que existe un vacío legal, gracias al dinamismo constitucional-convencional (cfr. arts. 1 y 2 CCC) se pue-

(14) Cfr. Carlos MASSINI CORREAS, “¿Existe un principio ético de autonomía? Consideraciones a partir de la Bioética contemporánea”, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, A Coruña, España, 2004, 503.

(15) TOSCANI, *op. cit.*

(16) Cfr. T. W. SADLER, *Embriología médica*, 7ª ed., Médica Panamericana, Bs. As., 1993; S. F. GILBERT, *Development Biology*, 5ª ed., Sinauer, Sunderland, 1997; y B. M. CARLSON, *Embriología humana y Biología del desarrollo*, 2ª ed., Harcourt, Madrid, 2000.

(17) CNCiv., Sala I, 3/12/99, “Rabinovich, Ricardo s/amparo”, ED 185-142; CNCiv., Sala J, 13/9/11, “P. A. c/ S. A. C.”, LL 2011-E-435; CNCiv., Sala G, 9/4/21, “R. G. A. s/ autorización”, ED-MCCCXXXV-788.

(18) A los fines de este artículo, destacamos: Jorge N. LAFFERRIERE, “El art. 19 del nuevo Código Civil y Comercial y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, RDPF 2014 (noviembre), AR/DOC/3796/2014; Eduardo SAMBRIZZI, “El embrión humano es persona desde la concepción, esté o no crioconservado”, LL 2023-E-72.

(19) Fernando LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Código Civil y Comercial. La regulación de la persona humana. Aspectos generales*. Exposición dictada en la Diplomatura sobre el Nuevo Código Civil y Comercial, Univ. Austral, pto. 2.2. Disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/ccycpersonahumana.pdf> (acceso el 25/10/20). Asimismo, la Comisión 4 de la XXIV Jornada Nacional de Derecho Civil (septiembre, 2013) aprobó por unanimidad: “Debe incorporarse la prohibición legal expresa de los embriones como objeto de los contratos, en tanto repugna los principios que surgen del artículo 15 y concordantes de la Constitución Nacional, que excluye a la persona humana como objeto de un derecho subjetivo”. Disponible en: <http://www.cfn.org.ar/agenda-y-jornadas/jornadas-2013/xxiv-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/> (acceso 27/10/20).

(20) LAFFERRIERE, *El art. 19...*

(11) Cfr. CSJN, Oficina de la Mujer, Talleres. Véase <https://www.csjn.gov.ar/om/talleres> (acceso el 18/5/24).

(12) Carolina GRAFEUILLE, “Cuando el abordaje de la reproducción humana asistida, en clave de autonomía, se impone”, LL AR/DOC/718/2023.

(13) Eduardo SAMBRIZZI, “Ponencia sobre filiación en el Proyecto de reforma de los Códigos Civil y de Comercio”, véase https://ccyn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacion-codigos/ponencias/buenosaires/pdfs/011_Eduardo_Sambrizzi.pdf (acceso 18/5/24).

de brindar una respuesta jurídica, interpretando las normas e integrando lagunas a la luz de la Constitución y los derechos humanos. En este sentido, cobran especial relevancia el art. 6 de la Decl. Univ. de Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional y establece que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, y el principio *pro homine*, que reclama acudir a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos⁽²¹⁾. La actora invoca el art. 19 CN pero lo aplica parcialmente: menciona la última parte y olvida la primera. No se puede relativizar el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido. Pues en casos como el aquí presente están en juego, y muy de manifiesto, derechos de terceros: los derechos del hijo.

3. El problema de los embriones no implantados es consecuencia de las TRHA, pero también lo excede: la procreación artificial introduce dilemas jurídicos (como la afectación del derecho a la identidad y a la verdad biológica de los niños) y bioéticos, como la manipulación embrionaria y la suspensión de su desarrollo vital a través de la criopreservación. Es evidente la inseguridad jurídica que la técnica genera. Y esto no se debe solamente a su mala regulación. Se debe a la disociación de los elementos de la persona y de la procreación que la propia práctica conlleva. Pero también hay intereses comerciales o de investigación biotecnológica en torno a los embriones. Por ello es importante proteger la vida humana desde su concepción: “Bajo el pretexto de permitir la fecundación *in vitro*, en los hechos se pretende dejar al embrión humano desprotegido ante el avance de un poder biotecnológico que quiere convertir la vida humana en pura materia biológica disponible”⁽²²⁾. Ya en 1996 Juan Pablo II dirigió una llamada a la conciencia de los responsables del mundo científico para que se detenga la “producción” de embriones humanos, teniendo en cuenta que no se vislumbra una salida moralmente lícita para el destino humano de los miles y miles de embriones “congelados” que son y siguen siendo titulares de derechos esenciales y a los que hay que tutelar jurídicamente como personas humanas⁽²³⁾.

g. El bien común como fin del Derecho: con respecto a las TRHA hay autores que sostienen que no se puede hacer un juicio moral, ya que “no existe un solo modelo de familia”⁽²⁴⁾ y opinar lo contrario es fruto “del esfuerzo homogeneizador que propician las religiones”⁽²⁵⁾. Mas es absurdo considerar que el Derecho es o debe ser avalador: esa postura, en última instancia, conduce a un Derecho que prescinde de todo criterio de justicia y de bien común⁽²⁶⁾. La Constitución Nacional y los DD. HH. refieren directamente a valores y a bienes jurídicos que deben ser tutelados. El mencionado art. 19 CN expresa que hay un orden y una moral pública. En el CCC, el factor moral está presente en numerosos artículos: abuso del derecho (art. 10), objeto de los actos jurídicos (art. 279), condiciones prohibidas (art. 344), la nulidad absoluta (art. 386), la libertad de contratación (art. 958), el objeto de los contratos (art. 1004), entre otros. La pretensión de un derecho de familia “amoral” equivale a confundir las leyes jurídicas (prescriptivas) con las leyes sociológicas (descriptivas). Implica renunciar a la función propia del Derecho. ¿O acaso todo lo científicamente posible es ética y jurídicamente viable? ¿Cuál sería el límite? Si no hubiera conflictos, nada habría que autorizar judicialmente. La antropología ofrece un criterio de discriminación entre lo que es técnica y científicamente posible y lo que es lícito éticamente. Los valores fundamentales de la persona deben ser protegidos no solo moral, sino también legalmente⁽²⁷⁾. El respeto a la persona es el criterio de la bondad o malicia de toda actividad humana. Y el bien común debe

ser siempre el fin del derecho: este no se identifica con el bien individual ni colectivo, sino con el bien de todos y cada uno de los miembros de la sociedad.

V. Conclusión

Por todo lo expuesto, consideramos que, aun cuando este fallo hace bien en autorizar la transferencia embrionaria, lo hace por las razones equivocadas, pues, en definitiva, no se aparta de la tónica de un Derecho de familia que es complaciente con el deseo del adulto.

El embrión humano, implantado o no, es una persona por nacer, sujeta a responsabilidad parental, que goza de derecho a la vida y, por tanto, de derecho a nacer. Entendemos que en los casos en los que se solicita la transferencia de embriones debe primar el derecho humano a la vida por sobre las regulaciones de la voluntad procreacional⁽²⁸⁾. “Antes que el derecho a la libertad está el derecho a la defensa de la vida; en otras palabras, ante todo la libertad debe hacerse cargo responsablemente de la vida propia y de la ajena”⁽²⁹⁾.

La definición clásica de justicia como “dar a cada uno lo suyo” supone siempre algo anterior a la actividad jurídica. “Lo suyo” no lo constituye la justicia, es algo anterior⁽³⁰⁾. La justicia supone algo previamente dado, que merece ser respetado. Ese “algo” es la dignidad presente en los embriones que la actora solicita transferir, pues repugna al sentido natural de justicia rechazar tal pretensión y negarles la oportunidad de desarrollarse cuando su propia madre es quien pide gestarlos. El derecho a la vida debió ser el argumento por el cual se hacía lugar a la petición de la actora y no la autonomía reproductiva.

Por eso mismo, no estamos de acuerdo con que se haga lugar a la voluntad “no procreacional” de M., y se acepte al varón como mero donante, sin consideración alguna por los derechos de los niños (entre los cuales se encuentran el derecho a la identidad y a la verdad biológica)⁽³¹⁾. El Derecho está llamado a ser brújula, a orientar el camino; no a correr tras los pasos de una sociedad que va en busca de la satisfacción de sus deseos. Obrando de ese modo, el Derecho resigna su función de garante⁽³²⁾. “Ser padre significa responder por el hecho de haber procreado (...) Se trata de un acto de dignidad humana, probablemente el más digno de todos: el de asumir la propia responsabilidad parental y, por ende, la causa de la parentalidad, la procreación. Quien comete un acto de implicancias jurídicas debe asumirse en las consecuencias de ese acto. Quien engendra, debe asumir en toda su dimensión y radicalidad la progenitorialidad”⁽³³⁾. La libertad bien ejercida no se desentiende de las consecuencias de sus actos. Por esa razón, el personalismo propone reemplazar el concepto de autonomía por el de “libertad-responsabilidad”⁽³⁴⁾: en él se engloba el concepto de que la persona es libre, pero es libre para conseguir el bien de sí mismo y el bien de las otras personas, pues el mundo ha sido confiado a la responsabilidad humana. La defensa de la vida es anterior a este principio, pues la vida es condición para el ejercicio del obrar libre.

(28) Cfr. Jorge N. LAFFERRIERE, “La fecundación *post mortem* en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”, LA LEY AR/DOC/1288/2018, y Daniela ZABALETA, “Transferencia de embriones criopreservados luego de la muerte del padre: fallo judicial sobre su cobertura”, *DFyP* 2016 (agosto), 140, AR/DOC/2172/2016.

(29) SGRECCIA, I, 222.

(30) Cfr. Emilio KOMAR, *El Nazismo, una perspectiva transpolítica*, Sabiduría Cristiana, Bs. As., 2005, 57-59.

(31) “No es justo que el Derecho niegue el origen biológico de ese cuerpo. No solo es contrafáctico (es decir, contradictorio con la realidad de ese origen), sino que también es inhumano, desencarnado. Decirle legalmente a un niño que tiene dos progenitores, pero que su cuerpo no tiene explicación biológica alguna, negarle jurídicamente su procedencia física, es una de las amputaciones más drásticas que hace el Derecho en nuestros días a la niñez.” BASSET, “La filiación mediante técnicas de reproducción asistida: lo desencarnado de lo entrañable”, *Escritos Jurídicos The Family Watch*, 7 (2015).

(32) BASSET, “Filiaciones *post mortem*...”

(33) BASSET, “La democratización de la filiación asistida”, LL 2014-F-609.

(34) “La libertad no coincide con la autonomía y la autodeterminación: ser libre no significa ejercitar de modo absoluto el libre arbitrio. Así, el ejercicio absoluto de la libertad coincide con la imposición de la fuerza, que inevitablemente desencadena el conflicto y la violencia. Todo acto de libertad es realizable concretamente sólo en el horizonte de la responsabilidad, entendida como ‘res-pondere’ o responder del propio obrar ante sí y ante los demás.” Laura PALAZZANI, “La fundamentación personalista en bioética”, *Cuadernos de Bioética*, 4-14 (1993), 48-54.

(21) Art. 75, inc. 19, y 22 CN; arts. 26 y 29.b Conv. Am.; art. 2.1, 5.2, 51 Pacto Int. D. Econ. Soc. y Cult.; art. 5.2 Pacto Int. D. Civ. y Pol.

(22) LAFFERRIERE, *El art. 19...*

(23) CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Instrucción *Dignitas personae*, Roma, 2008, 39. Disponible en https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html (acceso 11/2/23).

(24) Tesis emanada de Corte IDH, “Fornerón e hija c. Argentina” (27/4/12). Véase https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf (disponible el 9/1/21).

(25) Cfr. Andrés GIL DOMÍNGUEZ, “Filiación *post mortem* y consentimiento[s]”, RDF 2023-III-35, TR LALEY AR/DOC/879/2023.

(26) Cfr. Elio SGRECCIA, *Manual de Bioética*, BAC, Madrid, 2018, I, 76-77.

(27) Cfr. SGRECCIA, I, 74.

Es imperioso, por tanto, que se amplíe y enriquezca el análisis jurídico sobre las TRHA, superando el mero examen de la cuestión desde el punto de vista de la voluntad procreacional y sus requisitos formales. Debe estudiarse la licitud de la técnica en sí misma, a la luz de la Bioética. Sugerimos que, en orden al bien común, y en el marco del Derecho convencional-constitucional, se introduzcan consideraciones sobre las afecciones al orden público y a los derechos de terceros, que, por ser niños, merecen especial protección por parte del sistema jurídico. Solo así, a largo plazo, se consolidará una auténtica cultura de la vida, respetuosa de la dignidad de todo y cada ser humano, que reclama como irrenunciable a su condición personal ser

recibido como don, también desde la perspectiva de los que son llamados a la vida.

VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - FILIACIÓN - MENORES - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONCEPCIÓN - JURISPRUDENCIA - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - INTERPRETACIÓN DE NORMAS - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - PODER JUDICIAL - JUECES - CONSENTIMIENTO - CONSENTIMIENTO INFORMADO - FECUNDACIÓN - EMBRIÓN

Filiación:

THRA: ley 26.862; objeto; consentimiento; variación de las circunstancias; voluntad desajustada en el tiempo; resguardo; improcedencia; proyecto común de ser progenitores; modificación; proyecto monoparental; consentimiento de la otra parte; procedencia.

Concepción: Implantación del óvulo fecundado: etapa previa; inexistencia de niño por nacer; jurisprudencia de la CIDH; caso “Artavia Murillo”; legislación nacional; interpretación coherente.

Con nota a fallo

- 1 – El objeto de la Ley 26.862 (de orden público) es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, debiendo destacarse en dicha norma las definiciones que constan en el artículo 29, lo que se ve regulado en el artículo 710 (en el marco de la autonomía de la voluntad, cfme. arts. 1 y 2 ley 26.529), sin obviar lo dispuesto en su artículo 4, donde ya se admite la existencia de bancos receptores de gametos y/o embriones. De importancia también es remitir al Decreto reglamentario 956/2013 en donde constan en sus considerandos claras referencias al marco legal que ampara a los destinatarios anunciados, y cuyo art. 2 especifica qué debe entender por técnicas de baja y alta complejidad, mientras que en el art. 7 vuelve sobre los beneficiarios, el consentimiento y el momento hasta que se lo puede revocar. Deben sumarse a las normas precedentes las vinculadas al “Programa Nacional de Reproducción Médicamente Asistida” y de entre varias resoluciones la que lleva el N° 616E/2017.
- 2 – En todos los casos, la sincronía del consentimiento expresa en sí misma una referencia a otro, que encierra una historia dialógica y una proyección dialógica (de relación). Las circunstancias que se consienten en un momento pueden variar diametralmente en el momento de la ejecución del acto y el interés en resguardar una voluntad desajustada en el tiempo respecto de su objeto exige remedios también al derecho de las personas.
- 3 – Si bien el consentimiento es siempre dialógico, ese consentimiento unas veces hace nacer directamente un contrato (como cuando el consentimiento es a una oferta en forma de aceptación, o el consentimiento matrimonial), y otras veces presupone un contrato ulterior respecto del cual el consentimiento previo o la ratificación posterior es condición inescindible, sea de oponibilidad (como en el caso del consentimiento de terceros), sea de ejecución de una práctica (como en el consentimiento médico, o el consentimiento a las TRHA, directamente vinculado a la voluntad procreacional, la que en sí misma debe ser entendida como la intención de crear una vida mediante las posibilidades que ofrecen los progresos científicos y tecnológicos, y asumir, en consecuencia, todos los derechos y deberes inherentes a la responsabilidad parental con relación al hijo nacido).
- 4 – Encorsetar a quienes integraron una pareja –que a la fecha ya no lo son– embarcada en un proyecto común de ser ambos

- progenitores en los términos de los acuerdos signados con la clínica los fuerza a optar entre dos soluciones que no reflejan su voluntad, sino que la contrarían, dado que o bien deben renovar ambos consentimientos donde supieron manifestar su voluntad procreacional en común (cuando uno de ellos no mantiene tal deseo), o, en su caso, proceder al cese de la criopreservación de los embriones conformados con su material genético; visión que no brinda una respuesta adecuada a las partes ni tampoco ampara en debida forma a los intereses y derechos en juego, dado que su voluntad actual es que uno de ellos continúe un proyecto monoparental y que ese ese niño que eventualmente nazca no será hijo de quien prestó autorización a que el otro lo continúe con los embriones criopreservados.
- 5 – El derecho reproductivo comprende derechos humanos reconocidos tanto en leyes nacionales –leyes 25.673, 26.862– como en instrumentos internacionales de derechos humanos, y que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y de disponer de la información y de los medios para ellos y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva; abarcando el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para satisfacer ese derecho.
 - 6 – El art. 19 del CCyC se limita a fijar el comienzo de la vida humana con la concepción; también, el mismo Código incorpora como fuente filiatoria las que resultan del uso de las THRA con el necesario consentimiento previo, libre e informado en el que debe constar la voluntad procreacional del/ los interesados.
 - 7 – La fecundación del óvulo, ocurra dentro o fuera del cuerpo materno, no es concepción. En primer término, porque a la fecha existe jurisprudencia puntual y específica de la CIDH en la materia en la causa “Artavia Murillo” –según la cual solo al cumplirse la implantación se cierra el ciclo que permite afirmar que existe concepción–, la que no puede ser dejada de lado sin una fundada justificación, y, en segundo término, en consonancia con el razonamiento formulado por dicho Tribunal, aparecen la ley 26.862, su decreto reglamentario en general y los arts. 558 y 560 a 564 del CCyC, normas todas que, interpretadas de manera sistémica, permiten arribar a soluciones coherentes.
 - 8 – La postura asumida por la CJSN, con relación a los efectos a atribuir a los pronunciamientos de la Corte Interamericana en aquellas causas en las que el país no hubiera sido parte, no fue adoptada súbitamente, sino que fue precedida por una etapa en la que los veía como guías a observar (vide causas “Ekmekdjian II”, del año 1992; “Girolodi”, del año 1995; “Nardelli”, del año 1996; “Acosta”, del año 1998; “Stancanelli”, del año 2000; “Portal de Belén”, del año 2002; y con algunas peculiaridades “Derecho”, del año 2007). Tras ello pasó a ser “una insoslayable pauta de interpretación” (causas “Hagelin” del año 2003, y “Simón” del año 2005); para de este modo llegar a “Mazzeo”, postura reiterada en “Videla” y “Massera”, del año 2010.
 - 9 – Será el momento de la implantación o transferencia de embriones el que sirva como punto de inflexión a tomar en cuenta para ver producida la concepción en casos donde se acude a las THRA, con lo que en el caso, al ser justamente dicha acción la que a la fecha no se llevó a cabo, no puede la clínica aludir a velar por la defensa o tutela del interés o derecho de un niño por nacer para fundar su negativa a la