

Título: [Un debate que aún sigue abierto: la naturaleza jurídica del embrión no implantado](#)

Autor: [Vittola, Leonardo R.](#)

Publicado en:

Cita Online: [AP/DOC/415/2017](#)

Sumario: 1. Presentación del caso.- 2. La admisibilidad del amparo.- 3. La cuestión que subyace de fondo: el comienzo de la existencia de la persona humana.- 4. El término "concepción": su interpretación sistémica.- 5. La solución correcta, no la más adecuada.- 6. Palabras finales

[\(*\)](#)

1. Presentación del caso

El pasado 25 de octubre de 2016 la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás [\(1\)](#) ha tenido que enfrentarse con un dilema tan antiguo y tan arduo como es el comienzo de la existencia de la persona humana, temática que tanto debate ha generado a raíz del finalmente sancionado artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN).

El caso se encuadra en un pedido de cobertura de tratamiento ICSI con donación de gametos femeninos —ovodonación con donante exclusiva—, más cobertura íntegra de estudios médicos que al efecto se indiquen, hasta el efectivo embarazo, más cobertura de gastos de crioconservación de embriones.

La demanda fue articulada por M., del P. L. y L., O. Q. contra el IOMA pretendiendo obtener la cobertura de las técnicas mencionadas que le habían sido indicadas ante la imposibilidad de lograr un embarazo. Expresan que desde noviembre de 2014 todos los intentos realizados han dado resultado negativo, circunstancia que sumada a la edad de la Sra. L., 41 años, motivó la recomendación efectuada por el profesional médico que la asiste. Frente al reclamo administrativo presentado ante la obra social, esta guardó silencio, por ello y en el entendimiento que se han visto vulnerados sus derechos inicia el reclamo a través de la vía del amparo, solicitando una medida cautelar orientada a cubrir el tratamiento.

El Juez de primera instancia rechaza la medida cautelar pretendida y da curso a la acción de amparo en los términos de la ley provincial 13.928.

En consecuencia, se presenta la Fiscalía de Estado contestando la demanda y manifestando que el IOMA en ningún momento guardó un silencio injustificado al reclamo administrativo iniciado por la amparista y que, por lo tanto, no dándose el presupuesto necesario para habilitar la acción de amparo, esto es, que se haya agotado la vía administrativa, entiende que deberá rechazarse la acción. A esos efectos, señala que la amparista, por un lado, solicitó la cobertura de procedimientos de fertilización asistida de alta complejidad en Procrearte y que, por otro lado, remitió carta documento intimando al IOMA a dar una pronta resolución en función del trámite iniciado, obteniendo como respuesta que aquél ya había sido autorizado. Sin embargo, agrega que en el marco de un trámite iniciado con posterioridad la amparista solicitó la cobertura del tratamiento de fertilización con técnica de ovodonación, ampliando con ello el pedido de cobertura realizado con anterioridad. Este último trámite se encuentra pendiente de resolución, habiéndose requerido documentación respaldatoria con fecha 13 de noviembre de 2015 y que la misma aún no ha sido cumplimentada por la interesada, a los fines de que el expediente se remita a la Dirección de Auditoría y Fiscalización Médico Ambulatoria para que se expida. En simples palabras, expone que el trámite administrativo de la amparista aún se encuentra pendiente de resolución y, por lo tanto, si bien no ha sido aprobado, tampoco ha sido denegado.

Ante estos hechos, el Juez de primera instancia decide rechazar la acción de amparo, exhortando al IOMA a reunir los elementos requeridos y dictar una pronta resolución, evitando todo proceder burocrático que tornen ilusorios los derechos de los amparistas. Sostuvo que en el particular no se advirtió la existencia de un acto, hecho u omisión que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace el ejercicio de derechos o garantías constitucionales con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

La resolución es apelada por la amparista. Arguye que la omisión del IOMA se configuró ante el silencio guardado a la intimación fehacientemente cursada, mediante carta documento. Que se ve vulnerado su derecho a la salud, específicamente, su derecho a la salud reproductiva y el derecho a la protección integral de la familia, en particular destaca que tiene 42 años de edad lo que acrecienta la existencia del riesgo en iniciar el tratamiento. Expresa, además, que el a quo yerra el camino al sostener que los actores no presentaron en el expediente administrativo la documentación peticionada por el IOMA. Sostiene que se ha presentado toda la documentación necesaria y que cualquier otra que se reclamara tenía un fin netamente dilatorio. Y, finalmente,

viola el principio de congruencia y defensa en juicio y que no se adecua a la normativa vigente relativa al tema en estudio.

Corrido el respectivo traslado de los agravios a la accionada, esta guarda silencio.

Finalmente, la Cámara por unanimidad ha decidido declarar abstracta la cuestión salvo en lo relativo a la crioconservación de embriones. De los argumentos vertidos dimana que en el ámbito de la audiencia informativa convocada por la Alzada el día 26 de septiembre de 2016 la accionada ha proporcionado la autorización necesaria para la cobertura de FIV con ovodonación, por lo que deviene en abstracto resolver tal cuestión. Lo mismo sucede con los estudios de laboratorio pretendidos los que quedan incluidos en la autorización de cobertura brindada con anterioridad. Correspondiendo expedirse únicamente en relación a la crioconservación de embriones que se obtengan y que no resulten implantados. Al respecto, partiendo de la base que el embrión no implantado es persona, el análisis de lo normado por el art. 19 del CCyCN, sumado al cruce con el art. 57 del CCyCN, la magistrada que abre la votación sostiene: "es preocupante que bajo el reclamo del derecho a la vida, de tener un hijo, de formar una familia, otros resulten negados, y es el de la vida misma de los embriones. Quienes acuden a estas técnicas tienen como objetivo lograr el embarazo y el nacimiento vivo de un ser. Los sobrantes embrionarios no son una preocupación, solo su conservación, y a mi modesto entender, por si requieren de otras prácticas en caso de no llegar con embarazo a término y nacimiento vivo, cuando en el mejor de los casos decidiesen optar sumar intentos de otros hijos (...) creo que no queda más que estar por el derecho a la vida (art. 19 CCyCN), primer derecho humano; por lo que propongo se haga lugar a que IOMA costee la crioconservación".

El resto de los magistrados votantes comparten dicha solución, pero en base al silencio guardado por el IOMA ante el traslado de los agravios expresados por la recurrente.

2. La admisibilidad del amparo

El primer análisis que corresponde realizar no es de fondo sino de forma, y tiene que ver con la admisibilidad de la acción de amparo, la que es rechazada en primera instancia por no haberse agotado la vía administrativa.

La ley de amparo 13.928 establece medios destinados a superar la pasividad o mora de la esfera burocrática, apuntadas a obtener pronunciamientos que atiendan las necesidades de los administrados.

En su art. 1° establece: "La presente ley regula la acción de amparo que será admisible en los supuestos y con los alcances del artículo 20 inciso 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires". Y, por su parte, el art. 20 inc. 2° de la CPBA, en su parte pertinente, dispone: "...La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos...".

En el caso objeto de estudio, si bien en primera instancia se ha ponderado que el IOMA se había expedido con anterioridad requiriendo documentación respaldatoria a los fines de resolver el pedido de cobertura de FIV con ovodonación, con posterioridad a ello ha sido fehacientemente intimada mediante carta documento por la amparista en búsqueda de una pronta resolución, entendiendo que ya se encontraban todos los elementos suficientes para que la administración pueda expedirse. El silencio guardado frente a dicha intimación no debió haber sido soslayado por el a quo, sino que debió haber sido analizado minuciosamente en el caso en concreto.

La doctrina tiene dicho que la vía del amparo se aplica a cualquier pedimento formulado en sede administrativa cuya resolución sufra dilación excesiva. El retraso habilita la vía del amparo por mora ante la esfera judicial. No importa la cuestión de fondo, ya que la acción no apunta al cumplimiento de un obrar determinado, sino simplemente a dictar las resoluciones que hagan a la actuación administrativa del caso (2).

Para ser admitido, no existe plazo de caducidad o término para su deducción. Requiere que se encuentre configurado el "estado objetivo de mora".

Este estado objetivo de mora en el caso en estudio encuentra su sustento en la falta de respuesta del IOMA a la urgencia en el tratamiento que ameritaba la particular situación de la amparista. Pues, como bien sostiene en la demanda, el factor tiempo juega un importante papel, acrecentando la existencia de riesgos al momento de iniciar el tratamiento perseguido. Debido a ello, toda dilación burocrática colabora negativamente al fin perseguido, en contra de la concreción de los derechos humanos en juego —en particular, la concreción de la

voluntad procreacional—, configurándose con ello el presupuesto de admisibilidad contemplado por la CPBA en su art. 20 inc. 2°.

Al respecto, Andrés Gil Domínguez señala que la voluntad procreacional es posible que exista como un derecho fundamental implícito que emerge del art. 33 de la Constitución Nacional. Y, como parte del contenido de otros derechos, se proyecta en la libertad e intimidad (art. 19 CN), protección integral de la familia (art. 14 bis CN) y el desarrollo humano vinculado al aprovechamiento del desarrollo científico y tecnológico (art. 75 inc. 19 CN) (3).

El Comité de Derechos Humanos en la Observación General n° 19 sostuvo que "...el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Cuando los Estados Partes adopten políticas de planificación de la familia, estas han de ser compatibles con las disposiciones del Pacto y sobre todo no deben ser ni discriminatorias ni obligatorias. Asimismo, la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares." (4)

Cabe tener en cuenta que el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en el Cairo, sostiene: "Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos 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, el intervalo entre éstos y a disponer de la información de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos" (5). Y, asimismo, "...entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos" (6).

Un año después, en 1995, en la Conferencia de Beijing se aseveraba que "el reconocimiento explícito y la reafirmación del derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad, es básico para la potenciación de su papel" (7).

A nivel Regional, del análisis que ha realizado la Corte IDH en el resonante caso "Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012, se puede inferir que la voluntad procreacional, de papel determinante en las TRHA, integra el derecho a la integridad personal (art. 5.1 CADH), a la libertad personal (art. 7 CADH), a la protección de la honra y la dignidad (art. 11.2 CADH) y a la protección de la familia (art. 17.2 CADH).

Como podemos observar, la dilación burocrática del administrador frente a la decisión de cobertura acrecienta los riesgos de la amparista violentando sus derechos humanos en juego. Es por ello que el a quo, sin adentrarse en el estudio de la cuestión de fondo —la cobertura—, en miras de los derechos humanos involucrados y en el entendimiento de que el factor tiempo resulta trascendental en estos casos, debió arribar a la conclusión que la omisión del IOMA configuró un obrar lesivo del ejercicio de los derechos constitucionales-convencionales del particular. En otras palabras, la vía administrativa había quedado agotada.

3. La cuestión que subyace de fondo: el comienzo de la existencia de la persona humana

Declarada abstracta la cuestión de la cobertura en función del acuerdo logrado en el ámbito de la audiencia celebrada en la Alzada, la cuestión se circunscribe a la cobertura —o no— de la crioconservación de los embriones sobrantes. Lo que abre un debate que aún en doctrina sigue vigente: el comienzo de la existencia de la persona humana.

Hasta la reforma constitucional del año 1994, el derecho a la vida no se encontraba previsto expresamente en nuestra Constitución Nacional, pero se entendía que estaba incluido entre los derechos implícitos que surgen del art. 33. Es a partir de dicha reforma que este derecho es receptado de manera expresa por intermedio de los

instrumentos internacionales de derechos humanos que, en función del actual art. 75 inc. 22°, conforman el llamado "bloque de constitucionalidad", obteniendo jerarquía constitucional.

Entre ellos encontramos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece, "Todo ser humano tiene derecho a la vida..." (art. 1); la Declaración Universal de Derechos Humanos, "Todo individuo tiene derecho a la vida..." (art. 3); la Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..." (art. 4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...", impidiendo además la aplicación de la pena de muerte a las mujeres "en estado de gravidez" (art. 6 incs. 1° y 5°); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que, entre otros actos, incluye la matanza de miembros de un grupo y la adopción de "medidas destinadas a impedir los nacimientos..." (art. 2 incs. a y d). Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño establece, "Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida" (Art. 6), definiendo al niño como todo ser humano menor de dieciocho años de edad (Art. 1). Dicha Convención fue aprobada mediante la Ley N° 23.849, que en el art. 2° dispone "la República Argentina declara que (...) debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad".

El derecho a la vida es inherente a toda persona humana, pero ¿cuándo comienza la existencia de la persona?

En el Código Civil y Comercial de la Nación el artículo 19, modificado con fecha 28 de noviembre de 2013 en la Cámara de Senadores, establece: "Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción." A diferencia de lo propuesto en el Anteproyecto donde se preveía, además, para el caso de técnicas de reproducción humana asistida, que el comienzo de la existencia tiene su inicio con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

El artículo responde a la tradición jurídica argentina. Los fundamentos del Anteproyecto expresaban que "no se varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología".
(8)

Lo cierto es que estamos en presencia de dos fuentes filiales que parten de supuestos fácticos diferentes. Mientras que la filiación por naturaleza exige la preexistencia de una relación sexual entre un hombre y una mujer, en el caso de las TRHA ese presupuesto no es necesario, sólo la intervención médica. Pudiendo separarse la reproducción de la sexualidad, entonces, hablar de comienzo de la existencia de la persona con la concepción —entendida como la unión del óvulo con el espermatozoide— en TRHA no resultaría ser la solución más elocuente, pues en los supuestos de alta complejidad en donde el embrión se forma in vitro, tal acontecimiento sucede por fuera del cuerpo de la persona, con las graves consecuencias jurídicas que ello trae aparejado para todas aquellas personas que acuden al uso de las TRHA con el objeto de poner en marcha el derecho humano a formar una familia, entre otros.

Entonces, si el derecho a la vida comienza a partir de la concepción, el quid de la cuestión estará en la interpretación jurídica y sistémica que se haga acerca de este concepto en consonancia con los avances científicos que imperan en la materia. En la doctrina argentina se han generado arduos debates (9), no obstante, es dable señalar que el art. 19 del CCyCN no restringe, prohíbe o cercena el uso de las TRHA, pese a la exclusión de la segunda parte del artículo 19 que se ha hecho en la Cámara de Senadores, encontrando éstas en la actualidad un contexto normativo más propicio que el viejo Código Civil de Vélez.

4. El término "concepción": su interpretación sistémica

4.1. Código Civil y Comercial de la Nación

El término "concepción" no se encuentra definido de manera expresa en el CCyCN, así como tampoco en el resto de la legislación vigente. Sin embargo, la respuesta a dicha pregunta está dada por la interpretación sistémica de nuestro ordenamiento positivo interno de conformidad con lo normado por los arts. 1 y 2 del CCyCN. A lo que deberá sumarse el análisis de la doctrina emanada del resonado caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica".

Un dato de gran relevancia que aporta el CCyCN para poder definir a la concepción es el que dimana del art. 20, en donde se entiende por época de la concepción al lapso entre el máximo y el mínimo fijado para la duración del embarazo. Es decir, se relaciona a la concepción con la noción de embarazo. Lo que permite suponer que el embrión no implantado no es persona en sentido jurídico, pues sin implantación del embrión no

hay embarazo. Por su parte, el art. 21 sienta como principio que los derechos y obligaciones del concebido o "implantado" quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida.

Como podemos observar, el propio CCyCN relaciona en un pie de igualdad dos momentos diferentes del comienzo de la existencia de la persona humana para dos fuentes filiales diferentes, concepción en el caso de filiación por naturaleza —o en supuestos de TRHA de baja complejidad— e implantación del embrión en el caso de las TRHA de alta complejidad.

Por otro lado, en materia de filiación, el Código define a las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial, diferente a las ya reguladas (filiación biológica y adoptiva). En esta tercera fuente prevalece el elemento volitivo para la determinación del vínculo jurídico, es decir, la voluntad que tienen las personas que recurren a las técnicas con la finalidad de procrear. El artículo 562 del CCyCN define qué se entiende por "voluntad procreacional", la que deberá ser plasmada en el consentimiento previo, libre e informado que presten las personas ante el centro médico (art. 561), debiendo renovarse ese consentimiento ante cada uso de gametos o embriones. Además, se contempla la posibilidad de que el mismo sea revocado mientras no se haya producido la concepción en la persona o "la implantación del embrión" (art. 562).

Estos artículos que no fueron modificados en oportunidad que se recortara del art. 19 el párrafo referido a las TRHA, mantienen estas dos denominaciones para referirse al comienzo de la existencia de la persona, que se da con la concepción o implantación del embrión en el útero de la persona gestante. La posibilidad de revocar el consentimiento informado hasta ese momento, nos habla respecto de la naturaleza jurídica del embrión no implantado, de la inexistencia de personalidad y la imposibilidad de exigir el derecho a la vida y/o un derecho a nacer.

Finalmente, la ley n° 26.994 de aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone en el artículo 9° cláusula Segunda: "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial." (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación). Se establece así, la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado. Esta norma transitoria termina de echar claridad al asunto, pues si el embrión no implantado ha de ser objeto de protección a través de una ley especial y no corresponde que sea protegido por el CCyCN, resulta obvio que el embrión no implantado o in vitro no es considerado persona humana [\(10\)](#).

4.2. Ley 26.862 y su decreto reglamentario n° 956/2013

Por su parte, la ley de acceso integral a las TRHA n° 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión in vitro no es persona humana. Ello puede afirmarse dado que permiten y regulan tres cuestiones centrales: a) la donación de embriones, b) la criopreservación de embriones y c) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona. En este sentido, si se puede donar, criopreservar y revocar el consentimiento hasta antes de transferir los embriones, es evidente que según esta normativa vigente en el ordenamiento jurídico argentino y que no ha sido puesta en crisis por inconstitucional, entiende implícitamente que los embriones in vitro no son persona.

4.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Resulta fundamental para la definición del término "concepción" y abona a esta interpretación sistémica, el caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28 de noviembre de 2012, resuelto por la Corte IDH, reafirmado en la sentencia en el proceso de seguimiento del 26 de febrero de 2016 [\(11\)](#) y en el acuerdo de solución amistosa suscripto entre los demandantes y el Estado de Costa Rica el 4 de agosto de ese mismo año [\(12\)](#), acuerdo que fuera homologado por la Corte IDH en fecha 29/11/2016 [\(13\)](#).

En dicha oportunidad el máximo Tribunal Regional entendió que el término "concepción" es sinónimo de "anidación" o "implantación". Sucede que si dicho embrión no se implanta sus posibilidades de desarrollo son nulas. Consecuentemente, el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de persona al que alude el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En definitiva, la personalidad jurídica comienza con la concepción, que significa implantación, por lo que los embriones in vitro —aquellos que no han sido transferidos— no son persona. [\(14\)](#)

Esta es la postura que sigue la Defensora General de la Nación que sienta un precedente de suma importancia en un debate que aún sigue abierto [\(15\)](#), en el que se solicitó la actuación del Asesor de Menores en los términos del antiguo art. 59 del CC (hoy el actual art. 103 del CCyCN), en representación de los embriones in vitro. Concluyendo que el Defensor de Menores no puede continuar en su intervención.

Del análisis sistémico aquí trazado se desprende claramente que el embrión in vitro no es persona en sentido jurídico. Pese a ello, muchas voces se esgrimen en una posición contraria, quizás marcadas por fuertes valores morales y/o religiosos que tienden a confundir "comienzo de la existencia de la persona" con "comienzo de la vida". Pues como lo sostiene el Comité Nacional de Ética y Tecnología de la República Argentina (CECTE) corresponde hacer tal distinción.

El comienzo de la vida humana es una cuestión de suma complejidad sobre la cual no existe un consenso en ningún campo ni disciplina. Por ello, debemos situar el análisis en el comienzo de la existencia de la persona humana en sentido jurídico. En otras palabras, "la función del CCyCN reside en establecer desde cuándo comienza la persona en el plano jurídico-civil, el régimen de la filiación y las consecuencias o efectos de la personalidad y de los lazos jurídicos creados (derecho sucesorio, derecho de alimentos, etc.). ¿Puede heredar un embrión in vitro? ¿Puede reclamar alimentos?" (16).

4.4. Sorteando obstáculos

En referencia a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, hasta hace poco tiempo la CSJN entendía que la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual importa "una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos" (17).

En base a este criterio, la doctrina de la Corte IDH resulta obligatoria para todos los poderes del Estado argentino, so pena de incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Sin embargo, recientemente a raíz del caso "Fontevicchia y otros c/ República Argentina" (18) resuelto por la Corte IDH, en donde se ordena dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Hector D'Amico así como todas sus consecuencias, el 14 de febrero de 2017 en los autos "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe de sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D'Amico v. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", la CSJN por mayoría consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una "cuarta instancia" revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional. En este sentido, entendió que el texto de la CADH no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1). Y, además, que revocar su propia sentencia firme, en razón de lo ordenado por la Corte IDH, implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

La tesis asumida por la CSJN ha ocasionado mucho revuelo en la doctrina, pues va en detrimento de la doctrina que hasta entonces ha venido sosteniendo, relativa a la obligatoriedad de la doctrina emanada de la Corte IDH en su carácter de máximo organismo encargado de interpretar los alcances de la CADH y la primacía de una mirada constitucional-convencional que abarca, además, a las opiniones de la CIDH (19)

Si bien la Corte IDH no tiene competencia para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, cuestión que excedería su competencia al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquella (20), la obligatoriedad y el cumplimiento de sus sentencias constituye un pilar básico fundamental para alcanzar el respeto por los derechos humanos que emanan de la CADH. De lo contrario, la concreción de los derechos humanos involucrados se tornaría ficticia y el actuar de la Corte IDH superfluo. Por ello y sin perjuicio de todo análisis técnico-formal que pueda merecer la sentencia elaborada por el Máximo Tribunal Regional, el cumplimiento de su sentencia no puede quedar sujeto a elección del Estado involucrado.

Autores como Andrés Gil Domínguez se han manifestado en contra de la sentencia emanada de la máxima instancia federal. Sostuvo que la sentencia "...pulverizó los alcances del control de convencionalidad interno, colocó al Estado argentino en una posición delicada frente al sistema de protección convencional americano de derechos humanos, debilitó la fuerza normativa de los derechos humanos y vació de contenido el núcleo ideológico de la reforma constitucional de 1994". Agregando, además, que la postura asumida "...implica el fin del principio pro homine por cuanto nunca una interpretación proveniente de la convencionalidad va a ser aplicada si colisiona con la Constitución aunque sea más favorable a la persona y al sistema de derechos". (21)

Pese a este obstáculo jurisprudencial, en el tema en estudio, la mirada constitucional-convencional es la que se impone. Y, en lo relativo a la interpretación del término concepción, la doctrina emanada de la Corte IDH resulta obligatoria para el Estado argentino, debiendo entenderse como sinónimo de anidación.

4.5. El nuevo proyecto de ley especial

En consonancia con esta mirada puesta en los derechos humanos, recientemente se ha presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto legislativo que establece la protección jurídica del embrión no implantado, entre otras cuestiones vinculadas con el uso de las TRHA no previstas en la legislación vigente, aunque en total consonancia con sus disposiciones. [\(22\)](#)

Dicho proyecto tiene como base el presentado el 27 de mayo de 2014 bajo el número 4058-D-2014 firmado por los diputados Brawer, Mara; Gagliardi, José; Linares, María Virginia; Scotto, Silvia Carolina; Ferreyra, Araceli; Carrizo, Carla; Gaillard, Ana Carolina; Junio, Juan Carlos; Guccione, José Daniel y Segarra, Adela y Burgos, María Gabriela, con algunas modificaciones de conformidad con el proyecto aprobado en la Cámara de Diputados en fecha 12 de noviembre de 2014 número OD 1003.

En el mismo, se afirma que "El embrión in vitro es objeto de protección según las disposiciones de la presente ley y normas complementarias, de conformidad con el desarrollo de la ciencia. En este sentido, 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" (Art. 12).

A partir de la inclusión de un glosario (art. 14), expresa la posición que adopta en relación a la definición del término "concepción" y en una total congruencia con el análisis sistémico hasta aquí propuesto, establece:

- a) Concepción o anidación: implantación del óvulo fecundado en las paredes del útero.
- b) Embrión: producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario (ocho semanas después de la fecundación).
- c) Fecundación: penetración de un ovocito por un espermatozoide y la combinación de sus materiales genéticos formando un cigoto.
- d) Fecundación in vitro: técnica de reproducción humana médicamente asistida cuya fecundación acontece de manera extracorpórea.

Además, prevé las cuestiones vinculadas a la revocación del consentimiento informado en relación a las técnicas de baja y alta complejidad (art. 29). Establece que los derechos sobre los embriones corresponden a sus titulares (art. 33), previendo además los destinos posibles de los embriones —conforme sean viables, no viables y/o criopreservados— (arts. 34, 35 y 43). Respecto de estos últimos se contempla un plazo máximo de criopreservación de 10 años y la posibilidad de disponer el cese de la misma, al igual que el proyecto que perdió estado parlamentario. Incorpora la posibilidad excepcional de seleccionar embriones histocompatibles (art. 37) y un capítulo específico destinado a la regulación de la investigación con embriones (arts. 63 a 65). También contempla la posibilidad de llevar adelante el DGP, definiendo la finalidad específica con que debe ser autorizado (art. 86), así como la prohibición expresa de que los embriones afectados y los sanos portadores de alguna anomalía sean donados con fines reproductivos (art. 90). Finalmente, en el Título XI de Prohibiciones, infracciones y sanciones está la respuesta a la pregunta de ¿Dónde estaría dada la protección del embrión que el proyecto pretende? El artículo 106 prevé: "Queda expresamente prohibido y es objeto de las sanciones que establece la presente ley:

- a) la selección de sexo de embriones con fines sociales;
- b) la comercialización de embriones;
- c) la creación de embriones únicamente con fines de investigación;
- d) todo tipo de manipulación genética que no tenga fines terapéuticos;
- e) el intercambio genético o la recombinación con otras especies para la obtención de híbridos;
- f) la transferencia de embriones al útero de otra especie y viceversa;
- g) la clonación en seres humanos con fines reproductivos;

h) la creación de quimeras."

En los artículos siguientes se definen cuáles son las infracciones según sean consideradas —muy graves, graves y leves— y las sanciones correspondientes.

Conforme lo establecen los fundamentos, "Con este proyecto de ley se pretende alcanzar una deuda pendiente como lo es contar con una legislación integral y sistémica en un campo tan complejo y de tanta importancia práctica como lo es la reproducción humana asistida. Se trata de un proyecto de ley que permite, amplía, aclara y profundiza el goce de varios derechos humanos, pero previéndose de que ello lo sea de manera responsable, permitiéndose un uso controlado de la medicina para un objetivo loable como lo es la posibilidad de que varios niños puedan nacer gracias al desarrollo de la ciencia; brindándose respuestas claras a materias sensibles que suscitan cuestionamientos éticos, fundado en los avances legislativos que observan una gran cantidad de países que tienen una gran experiencia en la materia".

Como podemos observar, la ley de TRHA proyectada determina en forma clara y contundente que el embrión no implantado es un objeto susceptible de protección, descartando toda noción relativa al comienzo de la existencia de la persona, en total consonancia con la doctrina emanada de la Corte IDH. De modo que, de conformidad a la tesis adoptada, se desprenden una serie de cuestiones relativas a su titularidad, el destino, las infracciones y/o prohibiciones que limitan la disposición, etc.

Esta es la herramienta legislativa que resta para completar un contexto normativo que propicia consolidar el goce de derechos humanos fundamentales y permitirá continuar avanzando en la conquista de un esquema de igualdad real de oportunidades.

5. La solución correcta, no la más adecuada

La solución arribada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás ha sido correcta en cuanto concluye que corresponde hacer lugar al pedido de cobertura de la criopreservación de embriones sobrantes. Sin embargo, los diferentes argumentos que brindan los magistrados votantes no resultan, a mi entender, los más adecuados.

En primer lugar y en función de lo hasta aquí trazado demás está decir que no se comparten los argumentos de la Dra. Valdez, por cuanto considera al embrión in vitro persona humana. Solución que no se ajusta a un análisis constitucional-convencional que debe primar y motivar toda sentencia judicial. Pero tampoco se comparte la solución brindada por los Dres. Cebey y Schreginger quienes brindan la cobertura por cuanto no ha habido una negativa expresa del IOMA en el momento procesal oportuno. Vale recordar que no ha contestado los agravios del recurso articulado por la amparista.

Tal solución reduce la problemática a una mera cuestión formal, cuando en rigor de verdad, en función de los derechos fundamentales que se encuentran involucrados —ya señalados—, excede toda cuestión de forma para situar el análisis en el campo, insisto, constitucional-convencional de derechos humanos. La edad de la amparista ha debido ser un factor fundamental para definir la cuestión, el acrecentamiento de los riesgos en el tratamiento, los beneficios de criopreservar embriones para poder ser utilizados con posterioridad ante un eventual fracaso del tratamiento, o para el resguardo de la posibilidad de volver a ser madre —en respeto de la voluntad procreacional—, etc. Estos son algunos de los argumentos de peso que han debido utilizarse en favor de la criopreservación de los embriones in vitro sobrantes, los que subsisten pese a cualquier cuestión de índole procesal o formal.

Para que se entienda, si en el caso el IOMA se hubiere opuesto oportunamente a la criopreservación de embriones, en base a esta mirada de derechos humanos, en consonancia con los instrumentos internacionales señalados, el camino seguirá apuntando en favor de la criopreservación de embriones in vitro, porque es la solución que mejor satisface los derechos fundamentales en juego.

6. Palabras finales

La naturaleza jurídica del embrión no implantado aún es un debate que se encuentra abierto. El problema radica en centrar la discusión en el comienzo de la existencia de la persona y no en el comienzo de la vida, sobre lo cual no existe consenso en ninguna rama de la ciencia y contrasta duramente con fuertes valores morales y/o religiosos. El camino está en ir deconstruyendo estas viejas doctrinas que se interponen a un análisis que debe ser netamente jurídico, como es el comienzo de la existencia de la persona en sentido jurídico-civil.

Al respecto, Bidart Campos enseña que "procrear o no, usar o no un método artificial y tantas otras cosas similares con relación a la planificación familiar pertenecen a la voluntad personal como parte del derecho a desarrollar el proyecto personal de vida en el que se sitúan las opciones sexuales; por ello, las pautas religiosas o morales —como las propias de la doctrina social de la Iglesia— deben ser garantizadas a quienes las comparten, pero una política general del Estado tiene que tomar en cuenta la variada pluralidad social de ideas, personas y grupos para evitar la imposición unilateral de un determinado sector" (23).

En el mismo sentido, Eleonora Lamm afirma: "vivimos en una sociedad democrática, plural y liberal y formamos parte de un Estado laico. En este contexto, las decisiones legislativas que se adoptan no deben fundarse en concepciones religiosas, ni mucho menos ser consecuencia de concesiones de esta índole". (24)

La solución que mejor se ajusta a una mirada constitucional-convencional apuntada a la valoración de derechos humanos es la que considera que el embrión in vitro no es persona humana, en el entendimiento que concepción es sinónimo de anidación, por lo tanto, y hasta tanto no se produzca la implantación o transferencia en la persona, no es considerado persona humana en sentido jurídico, pues carece de posibilidades de desarrollo. Esta es la solución que mejor satisface la concreción de los derechos humanos involucrados y es la que acertadamente adopta el proyecto de ley especial de TRHA ingresado a la Cámara baja el pasado 1 de marzo de 2017.

(*) Abogado (UNLP). Maestrando en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Auxiliar Docente Adscripto en la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones (UNLP). Ayudante de Segunda en la asignatura Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación UBA CyT "Realidad y Legalidad: instrumentación, articulación e implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Código Civil y Comercial de la Nación", Programación Científica 2016-2019, Directora: Marisa Herrera, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación CONICET "Los derechos personalísimos del niño y del adolescente y en especial sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo", CONICET-2015-2017, Directora: Cecilia Grosman.

(1) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, "L. M. del P. y otro c. Minist. de Salud I.O.M.A. s/ amparo", 25 de octubre de 2016, cita: MJ-JU-M-101894-AR | MJJ101894.

(2) Confr. Rivas Adolfo Armando, El Amparo, ed. La Rocca, 2003, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 679.

(3) Andrés Gil Domínguez, La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico, Ensayos Ediar, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, ps. 30-31.

(4) ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General n° 19 ap. 5.

(5) Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en el Cairo, párrafo 7.3.

(6) Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en el Cairo, párrafo 7.2.

(7) Conferencia Mundial de la Mujer celebrada en Beijing del 4 al 15 de septiembre de 1995, proposición n° 17.

(8) Para ampliar compulsar Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 2014, Santa Fe, ed. RubinzalCulzoni, Tomo II, p. 428 y sstes.

(9) Para ampliar sobre el arduo debate que se ha dado en la doctrina en torno al artículo 19 del Código Civil y Comercial, compulsar entre otras: 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"", AR/DOC/3667/2014, LA LEY 14/10/2014 1 - LA LEY 2014-E, 1372; Villaverde, María Silvia, "La concepción", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (enero), La Ley, 2014, p. 147; Krasnow, Adriana N., "Encuentros y desencuentros entre la ley 26.862 y el proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción. En la búsqueda de una propuesta de interpretación armonizadora", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. 64, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, p. 29; Sabin Paz, Eduardo y Germain, Marianela L., "¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, p. 257; Muñoz, Gerardo Fabián, "Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2014, p. 180; Labombarda, Pablo M., "El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas",

Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 184; Cerrutti, María del Carmen y Plovovich, María Cristina, "Persona humana: Comienzo de la existencia", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 199; Cerutti, María del Carmen y Plovovich de Hermida, María Cristina, "Comienzo de la existencia de la persona", Sup. Act. 27/03/2014, La Ley, p. 1. Lamm Eleonora, "El comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial. Estatus, alcance y protección de embrión in vitro" en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3 Personas humanas, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2016.

(10) Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: "El anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción en seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevén su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia."

(11) CIDH, 26/02/2016, "Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica s/ supervisión de cumplimiento de sentencia", LA LEY 2016-B, 357, con nota de Kemelmajer de Carlucci, Herrera Marisa y Lamm Eleonora (2016), La Corte Interamericana de Derechos Humanos controla, sin concesión alguna, el cumplimiento de sus decisiones, en Revista La Ley, Buenos Aires, cita online: AR/DOC/875/2016 y Gil Domínguez Andrés (2016), El caso "Artavia Murillo II": La Corte Interamericana de Derechos Humanos determina con precisión la fuerza normativa de la convencionalidad aplicada a un caso concreto, cita online: AP/DOC/722/2016.

(12) Disponible en: , compulsado el 3 de abril de 2017.

(13) Disponible en: , compulsado el 3 de abril de 2017.

(14) Confr. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia actualización doctrinal y jurisprudencial, 2016 Santa Fe, ed. RubinzalCulzoni, Tomo V-A, p. 669.

(15) Dictamen del 15-7-2014, en los autos: "G.,Y.S. c/ Osde s/ Prestaciones Médicas (expte. FSM 433812013), inédito.

(16) Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia actualización doctrinal y jurisprudencial, 2016 Santa Fe, ed. RubinzalCulzoni, Tomo V-A, p. 671.

(17) Caso "Mazzeo", fallo: 330:3248, considerando 20.

(18) Puede verse en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_238_esp.pdf, compulsado el 24 de marzo de 2017.

(19) CSJN, 06/08/2013, "Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", SJA 11/09/2013, 27 con nota de Susana Albanese (2013), "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana", en ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/38982/2013. Se ha sostenido que "...las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la CADH, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno, aun cuando sólo las decisiones de la Corte Interamericana son ejecutables en los términos del art. 68 de la CADH".

(20) Confr. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, p. 33.

(21) Gil Domínguez, Andrés (2017), La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de derechos humanos, disponible en , compulsado el 24 de marzo de 2017.

(22) Proyecto de Ley 0091-D-2017 ingresado en la Cámara de Diputados de la Nación el día 1 de marzo de 2017.

(23) Bidart Campos Germán, Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino, T. I-B, Buenos Aires, Ediar, 2001, p. 325.

(24) Lamm Eleonora, El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Aportes

para una regulación propia de un Estado laico, en "Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea". Infojus, 2014, 1° edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.