



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL



Causa: 1-68193-2021 -

"C. M. G. Y OTRO/A S/ AUTORIZACION JUDICIAL"
JUZGADO DE FAMILIA Nº 2 - OLAVARRIA

En la Ciudad de Azul, reunidos en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelaciones Departamental -Sala I- Doctores Yamila Carrasco, Lucrecia Inés Comparato y Esteban Louge Emiliozzi, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**C. M. G. Y OTRO/A S/ AUTORIZACION JUDICIAL** ", (Causa Nº 1-68193-2021), se procede a votar las cuestiones que seguidamente se enunciarán en el orden establecido en el sorteo oportunamente realizado (arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del C.P.C.C.), a saber: **Doctores COMPARATO-LOUGE EMILIOZZI-CARRASCO.-**

Estudiados los autos, el Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

-CUESTIONES-

1ra.- ¿Es justa la sentencia dictada el día 22.10.2021?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

-VOTACION-

A LA PRIMERA CUESTION: la Señora Jueza Doctora **COMPARATO** dijo:

I.a) Se presentan M. G. C. y R. P. C., requiriendo autorización judicial para la destrucción y descarte de los embriones criopreservados que las partes poseen en la clínica de salud reproductiva Procreate de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.- Manifiestan que tienen dos hijas, C. que nació que nació el 17.01.2003 y L. que nació el 20.04.2015.- En relación a L. dicen que ante la imposibilidad de que el embarazo se produjera de forma natural, acudieron a la clínica Procreate a fin de crioconservar sus embriones para su futura transferencia.- Se realizó tratamiento de ovulación por donación y técnica de ICSI.- Así el 21.03.2014 se vitrificaron 6 embriones.- El día 25 de Julio del mismo año se descongelaron 3 embriones y se transfirieron a M. G. 2, naciendo así L.- A la fecha restan crioconservados tres embriones.-

Que durante el año 2019 tramitaron juicio de divorcio vincular y que a la fecha el proyecto de familia no es el mismo lo que resume en una total falta de voluntad procreacional de ambas partes, por ello solicitaron a la clínica el cese de la crioconservación de los embriones, contestando que en virtud de lo estipulado en la ley 26994, esto es la "protección del embrión no implantado" no podía proceder a lo solicitado y que debían recurrir por vía judicial para lograr la correspondiente orden.- Citan doctrina y jurisprudencia y solicitan se haga lugar a su reclamo.-

Que en la audiencia de vista de causa los peticionantes expusieron "...en torno al destino que podrían tener los embriones indicados (donación para tratamiento de fertilización de otras personas, donación para investigación, cesación de su criopreservación y descarte), manifestando M. G. que su intención es que pudieran utilizarse los embriones referidos para investigación con fines científicos, en tanto que R. manifiesta que cree que en realidad todo lo que corresponde investigar sobre el procedimiento ha sido debidamente estudiado, por lo cual cree que lo mejor es optar por hacer cesar la crioconservación, sin perjuicio de que no opondría obstáculos, en caso de que fuera útil, en que se usaran los embriones con fines investigativos..."-.

Oportunamente emite dictamen la Dra. Norma Cristina Bandura, Asesora de Incapaces, destacando en lo que aquí interesa -con cita de destacada doctrina autoral- que "...Tanto de los fundamentos internacionales expuestos como de la interpretación de la ley 26862 (la cual evidencia un vacío legal en el tema de la conservación o no de los embriones crioconservados), resultan concordantes en que el embrión no es persona, pero dicho vacío provoca que deban los jueces valiéndose de las normas de interpretación del derecho resolver la situación planteada. Este Ministerio toma vista de la audiencia celebrada el día 22/03/2021 conforme acta obrante a fs. 7, respecto a lo manifestado por las partes, no tiene objeciones que oponer y devuelve los actuados a sus efectos..."-.

A posteriori se ordena la citación como tercero de intervención necesaria a la Clínica de Salud Reproductiva Procreate, presentación que se hace efectiva en fecha 08/08/2021.- En lo que aquí interesa destacar, expone en cuanto al fondo de la cuestión planteada que "...Atento que el destino de los embriones crioconservados depende de la voluntad en conjunto de la pareja que tiene señorío sobre los mismos, PROCREARTE S.A. quiere dejar aclarado ante VS que no se opone al cese de la crioconservación..." y que "...Coincidimos con los actores en el sentido que los embriones no implantados no son personas, criterio que también hubo de adoptar el máximo Tribunal Americano (CIDH)..." .-

Con fecha 20/09/2021, emite dictamen el Fiscal General Departamental -Dr. Marcelo Sobrino-, en el cual, a través de un extenso desarrollo y con cita de profusa doctrina remarca que los embriones son personas, y que "...siendo que las personas por nacer sobre las que versa la petición, se encuentran en un estado que permite su crioconservación y siendo que el abandono (voluntario o involuntario) por parte de sus potenciales padres resulta un riesgo propio de la actividad que desempeña la empresa, considero adecuado que la misma mantenga la conservación de los mismos a su costo y disponga las medidas pertinentes para que los mismos puedan ser tomados en adopción a otros interesados..." como así

que "...también debe resaltarse el hecho de que al momento de firmar el contrato por los servicios que le brinda la empresa, los ahora actores, refirieron la posibilidad de que las personas por nacer pudieran formar la familia de personas estériles....".-

Concluye propiciando el rechazo de la petición formulada por los actores, el mantenimiento de las personas por nacer en su estado actual, con los costos a cargo de la empresa PROCREARTE S.A. y la promoción de medidas tendientes a lograr la continuidad de sus procesos vitales en el seno de otra familia que elija su adopción.-

Culminados los pasos procesales pertinentes, dicta sentencia el Sr. Juez de la instancia de origen con fecha 22.10.2021, resuelve: " 1ro.) Haciendo lugar a la demanda promovida por M. G. C., D.N.I. nro. 23.391.669 y R. P. C., D.N.I. nro. 20.387.153, autorizando en consecuencia a la Clínica de Salud Procreate S.A. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para hacer cesar la crioconservación de los tres (3) embriones vitrificados con fecha 21 de Marzo de 2014 (arts. 163, 375, 384 y concs. del C.P.C.C.).- 2do.) No existiendo mérito suficiente para considerar la aplicación del criterio objetivo de la derrota, distribúyense las costas de este proceso por su orden (art. 68 y concs. del C.P.C.C.).- 3ro.) Líbrese oficio en los términos de la Ley nro. 22.172 con habilitación de días y horas inhábiles, carácter de urgente y firma digital a Asuntos Jurídicos de la Cámara de Diputados de la Nación, el que se remitirá por correo electrónico... (art. 36 inc. 2 del C.P.C.C.).-

Dicha sentencia es apelada por el Sr. Fiscal General, quien expresa agravios ante ésta Alzada con fecha 30.11.2021, luego emite dictamen la Sra. Asesora de Menores y una vez concluidos los pasos procesales pertinentes se practica el sorteo de ley.- Con fecha 3.05.2022 se suspende el llamado de autos para sentencia, toda vez que ante la sensibilidad de la cuestión a tratar estimamos que resultaría beneficioso para la solución del caso contar con la opinión/dictamen de un comité de bioética (al respecto me referiré más adelante), así es que presentado el

mismo por el Comité de Bioética de la UNMDP (Programa Temático Interdisciplinario en Bioética) corresponde reanudar el plazo para dictar sentencia, de modo tal que se encuentran los autos para resolver.-

II) Tal como surge del acápite anterior el Sr. Juez de la instancia de origen hizo lugar a la autorización solicitada por las partes y ordenó la desvitrificación y descarte de los embriones en ciernes.- En un fundado fallo se refirió esencialmente a la falta de legislación al respecto (tan así que exhorta al Poder Legislativo Nacional dar urgente tratamiento al mandato emergente de la cláusula transitoria segunda incluida en el artículo 9 de la ley 26.994) y entendiendo que el embrión "no es persona" desde el punto de vista de la protección constitucional-convencional concluyó que correspondía hacer lugar a lo peticionado.-

Frente a ello el apelante solicita en primer lugar la nulidad de la sentencia.-

Al respecto, es dable señalar en primer lugar que el art. 253 del C.P.C.C. dispone que "el recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia", plasmando de ese modo el principio que Carnelutti denominara de la "absorción de la invalidación (la nulidad) por la impugnación (la apelación)" (De los Santos, Mabel, "El recurso de nulidad", en la obra colectiva "Recursos ordinarios y extraordinarios", dirigida por Roland Arazi, pág. 231 y ss).

Teniendo en cuenta el régimen legal establecido al efecto en el Código Procesal de la Nación y en aquellos que -como el nuestro- siguen su esquema, puede afirmarse que el recurso ordinario de nulidad constituye una vía impugnativa a través de la cual se pueden invalidar las resoluciones judiciales que no cumplen con los requisitos formales que enuncia la ley (arts. 160 a 163 del CPCCN y del CPCCBA; De los Santos, Mabel, "Op. Cit.", pág. 231; esta Sala, causas nº 38.462 "Beitia..." del 10.07.1997, nº 53.347 "Arla..." del 21.10.2009, nº 56644 "Merlo..." del 14.08.2012, entre otras).

En lo que hace al ámbito de aplicación del instituto en análisis, se ha dicho que "(t)odas las decisiones que pueden ser apeladas pueden ser materia del recurso de nulidad, esto es, las previstas en el art. 242 del Código Procesal, salvo disposición legal en contrario (v. gr., si es declarada improcedente la caducidad de la instancia, en función de lo dispuesto por el art. 317, tratándose de una providencia inapelable, tampoco será susceptible de nulidad), de modo que tanto las sentencias definitivas, como las sentencias interlocutorias y las providencias simples que causan gravamen irreparable, admiten la interposición de este recurso" (Escuti Pizarro, Jorge; comentario al art. 253 del C.P.C.C.N. en la obra colectiva "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los Códigos Provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, t. 4, pág. 911 y doctrina allí citada; De los Santos, Mabel, "Op. Cit", pág. 243; esta Cámara, esta Sala, causas nº 52351 "Curutchet..." del 25.03.2009, nº 56644 "Merlo..." del 14.08.2012, entre otras; esta Cámara, Sala II, causa nº 50547 "Alvarez..." del 27.03.2007, entre otras).

Ahora bien, de la lectura de los agravios, se desprende que el recurrente no basa su planteo de nulidad en la existencia de vicios formales en la sentencia apelada, sino en omisiones in procedendo ocurridas con anterioridad al dictado de dicho decisorio. En consecuencia, no impugna a la resolución en sí misma, sino en la medida en que configura la culminación de un procedimiento defectuoso.-

Veamos, en los agravios menciona que el Sr. Juez no dio traslado a la Empresa Procreate de lo peticionado en la instancia de origen por la Fiscalía esto es que, la empresa mencionada asuma el costo de la crioconservación de los embriones en ciernes.-

Es lo cierto que el Sr. Fiscal General presenta su dictamen con fecha 20.09.2021, allí solicita que se ordene a la Empresa Procreate que conserve los embriones bajo su costo.- Frente a ello el Sr. Juez de la instancia de origen provee: "Olavarría, 6 de Octubre de 2021.- Téngase

presente lo dictaminado por el Dr. Marcelo Alberto Sobrino, Fiscal General, con fecha 20/09/2021, trámite # de orden 37 y hágase saber a las partes y funcionaria intervinientes (arts. 133 y 150 C.P.C.C.) (el destacado me pertenece).- Atento al estado de este proceso, llámense autos para dictar sentencia (arg. art. 482 y conchs. del C.P.C.C.).-“

Tal proveído puso en conocimiento de la empresa en ciernes lo peticionado, sin haberlo cuestionado en su oportunidad el hoy apelante.-

Versando entonces los agravios sobre defectos de procedimiento, ha de señalarse que la vía procesal idónea para incoar su nulidad era la vía incidental (art. 169 y ss del Código Procesal Civil y Comercial), la cual solamente puede ser promovida por la parte afectada y en la misma instancia en que se produjeron las irregularidades alegadas, motivando así el dictado de una resolución por parte del mismo magistrado al que se imputa el defecto u omisión (Maurino, Alberto L., "Nulidades Procesales", citando fallos de tribunales de la Nación, págs. 215/216; Cám. Civ. 2º La Plata, Sala III, causa B-70.364 "Calleja, Luis A. c/ Parodi, Pedro s/ Rendición de cuentas"; conc. Cám. Civ. 1º La Plata, Sala I, "Esterovich Nora c/ Chávez, Julio C. s/ Daños y Perjuicios"; conc. Cám. Civ. 1º Bahía Blanca, Sala II, "Cánepa Néstor c/ Bruna Salvador y otra s/ Cobro Hipotecario", sumarios y fallos disponibles en Juba On line; esta Cámara, esta Sala, causas nº 52.700 "SEDESA...", del 18.02.09, nº 54.220 "Compañía de Préstamos Olavarría...", del 11.02.2010, nº 56644 "Merlo..." del 14.08.2012, entre otras; esta Cámara, Sala II, causas nº 37.517 "Cabrera de Quin...", del 17.04.97, nº 50.723, "Banco Provincia de Buenos Aires...", del 06.03.07., entre otras); lo que no ha ocurrido en el sub-lite.

En consecuencia, y por los fundamentos antes expresados, corresponde desestimar dicho planteo e ingresar sin más en el tratamiento de los restantes puntos que fueran materia de agravio.- Sin perjuicio de lo cual cabe decir que, la tercera citada tuvo oportunidad de referirse a lo

peticionado por el Sr. Fiscal General, guardando silencio, encontrándose debidamente resguardado el debido derecho de defensa en juicio.-

III) Superada dicha cuestión he de referirme a los agravios vertidos respecto de lo decidido en la sentencia de grado.- A fin de no extender el presente voto y tratando de ser fiel a lo allí expresado con fundamentos legales, científicos y filosóficos invito a leer los mismos conforme surge de la presentación de fecha 30.11.2021, la que se encuentra relacionada al presente.-

Es importante destacar que los fundamentos parten de considerar al embrión crioconservado como PERSONA.-

Luego de expresados dichos agravios, tal como antes lo señalé, atento la sensibilidad de la cuestión traída a juzgamiento y los sólidos argumentos del Sr. Juez como así también del apelante estimamos conveniente solicitar dictamen/opinión al comité de ética de la UNMDP conforme sentencia interlocutoria de fecha 3.05.2022.- Del mismo se refirió el apelante impugnándolo, más ello no resulta admisible desde que, tal como se resolvió el día 10-05-2022 no se trata de una prueba pericial, sino solo de una opinión solicitada por el Tribunal, más allá de las consideraciones que sí puede hacer el apelante.-

Sin perjuicio que he de citar en el presente voto distintos pasajes de dicho dictamen, puede accederse al mismo para su completa lectura conforme presentación de fecha 24.05.2022 o desde el siguiente link: <http://docs.scba.gov.ar/documentos?nombre=8cda3845-561f-4342-bdb1-b42d1c484453.augusta&hash=922F270876F4A92F530EF84835226A77>

IV) Vasto es lo que se ha escrito en relación a los embriones crioconservados, centrándose las discusiones en cuanto a: si pueden ser considerados personas o no, si solo son un ser en potencia o un ser digno de ser entre otras interpretaciones o posiciones.-

Es lo cierto que todas las posturas encuentran fundamentos jurídicos, biológicos, filosóficos, algunas con sentido laicistas otras religiosos.-

En lo que aquí interesa dicha definición clara y concreta por parte del legislador despejaría todas las dudas suscitadas al respecto.- Ahora bien, como es sabido y en virtud de las controversias que la cuestión ha suscitado, no se ha logrado plasmar en nuestro régimen legal el estatus jurídico del embrión crioconservado, como así tampoco cómo debe protegerse.-

Como es sabido el art. 19 del Código Civil y Comercial de la Nación eliminó toda mención a los TRHA, limitándose a definir que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción” generándose así discusiones interminables respecto de si la concepción es en el mismo momento de la fertilización (unión del óvulo con el espermatozoide generan luego un embrión) o concepción es a partir de la anidación del embrión en el seno materno.-

No obstante, al sancionar dicho cuerpo normativo, el Poder Legislativo Nacional se impuso la obligación de dictar una norma de “protección del embrión no implantado”, conforme surge de la disposición transitoria segunda del art. 9 de la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial.- Desde ese momento (año 2014) a la fecha se han presentado ante el Congreso de la Nación diferentes proyectos legislativos perdiendo todos estado parlamentario (4058-D-2014, 8147-D-2014, 8210-D-2014, 3639-S-2014, 00007-D-2016, 1320-S-2016, 0091-D-2017 y 1541-D-2019).-

Conforme informes de estudios médicos y psicológicos se ha dicho que no es fácil transitar un TRHA, y el legislador lejos de llevar paz y tranquilidad (siendo su obligación dictar la ley respectiva) hace ese transitar mucho más complejo y difícil con su silencio, llevando a un estado de incertidumbre a quienes por distintas razones, en nuestro caso por la edad avanzada para ser gestante y el fin del proyecto de familia, no desean que

se lleve a cabo la implantación de los embriones formados a partir de sus óvulos y espermatozoides.-

Tal como lo señala Airoidi en su artículo “Embrión no implantado: Debate Jurídico en torno a su naturaleza jurídica” (public. en Erreius. Marzo 2022): “No legislar la cuestión es la forma más clara y notoria de afectar los derechos de todos, máxime teniendo en consideración que quienes acuden a estas técnicas de reproducción humana asistida, si bien tienen como objeto la paternidad o maternidad en términos jurídicos, lo que desean es realizarse como personas, el fin último que debería respetar la normativa que eventualmente regule esta materia es el derecho constitucional ligado íntimamente a la dignidad humana, de ser feliz.”

“Resulta una paradoja o algo inverosímil esta noción del derecho a ser feliz y cómo regular esta materia de forma de no afectar este derecho. El derecho a la búsqueda de la felicidad funciona como un escudo del ser humano frente a las tentativas del Estado de encuadrar su realidad familiar en modelos previamente concebidos por la ley. Es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés.”

Abro un paréntesis y me permito decir que propuse a mis colegas diferir la decisión hasta tanto se dicte la ley en ciernes, en la práctica hubiera sido hacer lugar a la apelación ordenando la continuidad de la crioconservación decidiéndose el futuro de los embriones conforme lo dictaminara la respectiva ley.- Ahora bien, si desde el año 2014 la mencionada ley no se ha dictado, ¿cuantos años más tendrían que esperar M.G.Ch. y R.P.C.?, ¿es justo someter a tanta incertidumbre a quienes ya no desean continuar con el plan familiar?, ¿podría tener tal incertidumbre consecuencias psicológicas en los titulares de los embriones?.- Tales preguntas nos llevaron a considerar pertinente dictar la sentencia conforme seguidamente se desarrolla no sin antes muñirnos de un profuso material a fin de dar una respuesta justa al planteo realizado por M.G. y R.P., claro está en orden a los agravios vertidos en la apelación.-

Asimismo es dable aclarar que aquello que propondré al acuerdo lo será por fundamentos distintos a los expuestos por el Sr. Juez de grado, sin que ello implique restar mérito a dicho decisorio, el cual da cuenta de un profundo abordaje jurídico de la cuestión a resolver.-

Tal como lo hemos señalado en otras causas sobre tal posibilidad, la doctrina y la jurisprudencia tienen dicho que "...el tribunal (en referencia a la Alzada) no está cercado en su razonamiento por la argumentación del recurrente; debe ceñirse a los puntos objetados, oportunamente planteados, pero girando alrededor de ellos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el juez de primer grado" (Azpelicueta, Juan José y Tessone, Alberto "La Alzada. Poderes y Deberes", pág. 189, y jurisprudencia allí citada; esta Cámara, Sala II, causas n° 49.720 y 51.123, "Sabella", del 06.06.06. y 28.06.07., respectivamente; esta Sala, causas n° 53.113, "Marrese", del 05.08.09.; n° 54.756, "Municipalidad de Rauch", del 05.05.11.; n° 56.038, "Mastruarena" del 06.03.12.; n° 56575, "Ebarlin", del 30.08.12.; n° 58316, "Mespolet", del 10.12.13., entre otras). Prosiguen diciendo estos autores que "...no es necesario que coincida el razonamiento de la Alzada con el volcado por la parte en el recurso. Eso sí, se insiste, para no trasponer la valla infranqueable que supone el ejercicio de la congruencia, las nuevas razones que oficiosamente aporte el tribunal no deben desembocar en una transformación o modificación de los elementos de la pretensión u oposición".

En la misma orientación, ha dicho nuestro Superior Tribunal que "El hecho de que la Cámara desestime el recurso interpuesto (o haga lugar al mismo)... utilizando argumentos diversos a los señalados por el juez de primera instancia, no implicó vulneración de la regla estatuida en el art. 272 del Código Procesal Civil y Comercial. En efecto, rechazar la apelación (...) por fundamentos distintos a los tenidos en cuenta por el peticionante (luego apelante) (...) y por el magistrado de origen al resolver dicho escrito, importó por parte de la alzada anticipar la recomposición positiva de la litis, tarea que

debe emprender al tratar los recursos que se someten a su conocimiento. Es decir, que lo que el a quo hizo fue saltar el paso del iudicium rescindens. Si bien es de buena técnica revisar la corrección de lo decidido por el judicante de primera instancia, para recién después fallar positivamente y sin reenvío sobre la procedencia del planteo articulado, lo cierto es que resolver apartándose de tal pauta de estilo no ha importado en este caso vulneración del postulado de congruencia. Como es sabido, tal último principio tiene raigambre constitucional en tanto se encuentra íntimamente vinculado con la garantía de defensa en juicio (doct. arts. 163 inc. 6 y 272, C.P.C.C.; 18, Const. nac.; 8, Conv. Americana de Derechos Humanos). En este orden de ideas, no advierto que, al resolver del modo en que lo hizo, el a quo haya violentado dicha premisa fundamental del proceso. No debe confundirse esta situación con la que se presentaría si el tribunal de alzada revoca lo decidido en la instancia anterior apartándose de los agravios deducidos ante sus estrados, caso en el cual se estaría infringiendo la regla que limita la competencia del sentenciante a los capítulos planteados en el recurso y que hubieran sido llevados oportunamente ante el juez de origen (art. 272, C.P.C.C.). En el sub discussio, la modalidad sentencial del a quo (...) partió de considerar que, más allá de la fundamentación utilizada por el juez de origen y del acierto que pueda tener la crítica del apelante, el embate no podía prosperar toda vez que lo pretendido por el peticionante ante la instancia de origen debía de todos modos ser desestimado.” (C. 88.683, “Monterisi”, del 12.12.2007, primer voto del Dr. Hitters, citado por esta Sala en causas n° 58316, “Mespolet”, del 10.12.13.; n° 58.673, “Eytec S.A.”, del 28.04.14.; n° 59.447, “H.M. Azul S.A.”, del 02.10.14.; n° 65.562, “Galmez”, del 23.06.2020, entre otras).

Sentado lo anterior, he de decir que lo óptimo sería desentrañar qué quiso abarcar el legislador cuando dispuso que debía dictarse una ley de PROTECCION DEL EMBRION CRIOCONSERVADO.- ¿Protegerlo para que no sea descartado?, ¿protegerlo para evitar su manipulación genética?, ¿protegerlo de sus titulares?.-

Juliana Paredes, en su artículo de doctrina titulado “Cuando el silencio grita, TRHA, cese de crioconservación de embriones” (public. MJ-DOC-16405-AR, MJD 16405) con muy acertadas palabras señala: “Se dijo, que preguntarse lo que significa el silencio en un caso determinado no equivale a preguntar qué significa una cosa determinada, sino qué significa el hecho de que alguien, en un momento determinado, no diga nada. Qué quiere decir el no decir nada en ese caso concreto. Pues tan difícil sería codificar a priori un significado del no decir nada en general, como saber qué valor concreto van a adoptar los comodines de una baraja antes de comenzar el juego y haber repartido las cartas (Ramirez, José Luis “El significado del silencio y el silencio del significado”, ponencia leída ante el Seminario de Antropología de la conducta (Cádiz 1989) disponible en: <http://www.ub.edu/geocrit/sv-73.htm>).- La ausencia de regulación sobre embriones no implantados, consecuentes de las técnicas de reproducción humana asistida, juega en esta significación de silencios. En particular a la cuestión relativa al cese de su criopreservación, la invade un no decir nada en general, y decires que rompen ese silencio en casos concretos.”.-

Una posible respuesta a ese silencio quizás podría encontrarse en los proyectos de ley presentados ante el Congreso Nacional.- Así en el último proyecto de ley que fue presentado en la Cámara de Diputados de la Nación (expediente: 1541-D-2019 “Protección de embriones no implantados, régimen” de fecha 4.04.2019), se preveía que los embriones se crioconserven por un plazo máximo de 10 años, dentro del cual los titulares de los embriones podían elegir entre utilizarlos en tratamientos posteriores, donarlos (con fines reproductivos o de investigación) o eliminarlos, asimismo se prohibía la comercialización de embriones, la generación de éstos sin fines reproductivos ni terapéuticos y la extracción y fecundación post mortem, entre otras regulaciones.- Me permito transcribir una parte pertinente del proyecto de ley para ganar mayor claridad (cabe aclarar que cuenta con 40 artículos): *“Ley de protección de embriones no implantados” TITULO I. Disposiciones Generales. Artículo 1º: Objeto. La presente ley tiene por*

objeto regular la protección del embrión no implantado y establecer su régimen jurídico en concordancia y de forma complementaria con lo dispuesto en el Código Civil y Comercial y en la ley 26.862 y normativas complementarias.

Artículo 2°: Glosario. A los efectos de esta ley, por orden alfabético, se entiende por: a) *Blastocisto: embrión de cinco (5) o seis (6) días de desarrollo después de la fecundación, con masa celular interna, capa externa de trofoectodermo y cavidad o blastocelo lleno de líquido.* **b) Concepción o anidación: implantación del óvulo fecundado en las paredes del útero.** *(el destacado me pertenece)* c) *Criopreservación: congelación y almacenamiento de embriones.* d) *Diagnóstico genético preimplantatorio: análisis genético de cuerpos polares, blastómeras o trofoectodermo en ovocitos, cigotos o embriones para la detección de alteraciones específicas, estructurales y/o numéricas (genes o cromosomas).* d) *Donación de embriones: transferencia de embriones resultantes de gametos (ovocitos y/o espermatozoides) de personas distintas a la receptora o su pareja.* e) *Embrión: producto de la división del cigoto hasta el fin del estadio embrionario -ocho (8) semanas después de la fecundación-.* f) *Embrión no viable: aquél que ha detenido su desarrollo o que presenta alteraciones cromosómicas incompatibles con su posterior desarrollo.* g) *Fecundación in vitro: técnica de reproducción humana médicamente asistida cuya fecundación acontece de manera extracorpórea.* h) *Transferencia de embriones: procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Falopio de una persona.* **Artículo 3°: Principios. La presente ley se rige por los siguientes derechos y principios:** a) *Intangibilidad del genoma humano.* b) *Derecho a gozar de los beneficios del progreso científico.* c) *Principio de autonomía.*

d) *Derecho a la privacidad.* e) *Derecho a formar una familia.*

Artículo 4°: Protección. 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. 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. (el destacado me pertenece).

Artículo 5º: *Prohibiciones.* Quedan prohibidas: a) la comercialización de embriones; b) la generación de embriones por el uso de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida con el objetivo deliberado de ser utilizados sin fines reproductivos ni terapéuticos; y c) la extracción y fecundación post mortem de material genético de conformidad con lo previsto en los arts. 55 y 56 del Código Civil y Comercial. Artículo 6º: *Técnicas experimentales.* La aplicación de cualquier técnica experimental debe requerir la correspondiente autorización de la Autoridad de Aplicación, previa presentación de dos (2) informes favorables de organismos públicos especializados que integren el sistema científico nacional y/o el sistema universitario nacional. En estos supuestos, en lo que corresponda, rige lo dispuesto en el artículo 58 del Código Civil y Comercial y normativa complementaria. TÍTULO II. Tipología y destino de los embriones no implantados Artículo 7º: *Titularidad.* La titularidad de los embriones corresponde a quienes han prestado el correspondiente consentimiento informado para su conformación, excepto contrato de donación. Artículo 8º: *Tipología.* Los embriones pueden ser viables o no viables.

Artículo 9º: *Embriones viables. Transferencia.* Los embriones viables pueden ser transferidos o no transferidos al útero de una persona. Los embriones viables no transferidos, o sobrantes, deben ser criopreservados para ser utilizados en transferencias posteriores, excepto que por decisión de sus titulares o por otras razones ello no sea posible. En ese caso, el destino de los embriones criopreservados se rige por lo dispuesto en el artículo siguiente. **Artículo 10º: Destino embriones criopreservados. Los embriones criopreservados pueden tener los siguientes destinos:**

a) ser utilizados por sus titulares para posteriores tratamientos;

b) ser donados con fines reproductivos;

c) ser donados con fines de investigación;

d) cesar su criopreservación.

La utilización de los embriones para cualquiera de los fines citados, requiere el correspondiente consentimiento informado, libre y formal de sus titulares, previo asesoramiento acerca de las consecuencias de cada uno de los destinos posibles. En el caso de un proyecto parental conjunto que compromete embriones sobrantes, los titulares deben estar de acuerdo sobre su destino. En caso de desacuerdo, no es posible la conformación de embriones.

El consentimiento informado sobre cualquiera de los destinos otorgados a los embriones criopreservados puede ser modificado en cualquier momento, si fuera posible.

En caso de modificación del destino de los embriones, esto debe ser acordado por todas las personas titulares de los embriones afectados. En caso de desacuerdo, serán destinados a investigación.

Artículo 11°: Criopreservación de embriones. Plazo. Los embriones viables sobrantes del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, como regla, se criopreservan por un período máximo de diez (10) años.

Este plazo podrá prorrogarse por disposición fundada de la Autoridad de Aplicación.

Artículo 12°: Criopreservación de embriones. Vencimiento del plazo. Silencio. En caso de silencio y vencido el plazo de criopreservación de diez (10) años, el centro de salud debe contactar a las personas titulares. Si ello fuera imposible o persistiera el silencio, los embriones serán donados para la investigación, debiendo el centro de salud notificar a la Autoridad de Aplicación para que proceda según lo que establece la presente ley.

Artículo 13°: Transferencia de embriones. En cada ciclo reproductivo se puede transferir hasta un máximo de un (1) embrión, excepto que según el caso y por razones médicas, el profesional interviniente considere beneficioso transferir dos (2) embriones, o 3 (tres) de manera excepcional.

Artículo 14°: Embriones no viables. Destinos. Los embriones no viables pueden ser utilizados para investigación o cesar su criopreservación....”

Los restantes proyectos de ley antes mencionados en su mayoría preveían también la posibilidad del descarte o cesación de la crioconservación, solo dos proyectos eran altamente restrictivos prohibiendo inclusive la crioconservación de embriones (1326-S-2016 y 0007-D-2016).- Está claro que los proyectos no son uniformes respecto del tema que nos ocupa, sin perjuicio de lo cual la mayoría y especialmente el último presentado receptan la destrucción del embrión.-

¿Qué nos dice la legislación comparada?, estimo que es válido también analizarla ya que el legislador en innumerables ocasiones ha hecho mérito de la misma. En lo que respecta al descarte de los embriones crioconservados, en la obra de Marisa Herrera (directora) “Técnicas de reproducción humana asistida” Ed. Rubinzal Culzoni. Tomo I, se menciona una gran cantidad de países que lo admiten y fijan un plazo menor al del proyecto de ley antes citado, así determinan un plazo de 5 años: Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Hungría, Eslovenia, Túnez, Egipto, India, Singapur, Francia, Corea, Noruega, Suiza, Suecia y Turquía y otra menor cantidad de países lo admiten fijando un plazo de 10 años: Australia, Letonia, Nueva Zelanda, Taiwan, Reino Unido y en Estados Unidos (ob.cit. pág. 280).-

Otras legislaciones no siguen tal criterio.- España que cuenta con una ley de TRHA (ley 14/2006) no prevé el descarte de embriones crioconservados (salvo excepciones muy puntuales, especialmente se requiere que se haya agotado el periodo fértil de la mujer receptora), puede leerse en distintos medios de comunicación que existen en dicho país más

de 60.000 embriones crioconservados abandonados por sus titulares sin que la ley regule su destino, toda vez que si bien pueden ser donados con fines reproductivos o de investigación se necesita la conformidad de los titulares.- Alemania no tiene una legislación que abarque cuestiones de TRHA pero sí una ley de protección de embriones (ley 745/90) que impone penas de prisión y multas en caso de provocarse el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto al de provocar un embarazo, claro está no se admite su destrucción toda vez que solo pueden generarse embriones para su anidación en el útero de la mujer titular.- En Italia (ley 40/2004) tampoco se encuentra admitida la destrucción de embriones, y con una legislación de TRHA muy restringida solo se admite la generación de tres embriones a los fines de ser implantados a la mujer titular de los mismos.- En este último país algunas de las restricciones han ido superándose con la jurisprudencia, más no en lo que respecta al tema que nos ocupa.- Así la Gran Cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos, en un fallo que data del 27 de agosto de 2015 rechazó una demanda contra la prohibición de destinar embriones para que sean destruidos y utilizados en investigación, establecida en la ley italiana de fecundación artificial 40/2004. La sentencia dictada en el expediente «Parrillo vs. Italy» (Application no. 46470/11) consideró, por 16 votos a uno, que no puede considerarse como una violación del derecho a la vida privada y familiar (art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos) el hecho de que Italia prohíba dar los embriones congelados a fines de investigación. Los hechos: La Sra. Parrillo, nacida en 1954, cuestionó ante la Corte Europea que no se le permita dar para investigación 5 embriones que fueron concebidos en 2002 en el marco de una fecundación in vitro realizada en Roma junto con su pareja. En noviembre de 2003 su pareja falleció y la Sra. Parrillo decidió no recibir los embriones y darlos para investigación científica. La ley italiana 40/2004 prohíbe que los embriones obtenidos en el marco de la fecundación in vitro sean destinados a investigación científica. Para la Corte, Italia tiene en esta materia un «amplio margen de apreciación» en razón de las delicadas

cuestiones éticas y morales que plantea el tema. De allí que se sostuvo que no podía considerarse violado el art. 8 de la Convención. Señaló que el margen de apreciación es amplio cuando no existe consenso en Europa y a nivel internacional sobre una cuestión. En el fallo se afirma que Italia, Eslovaquia, Alemania y Austria prohíben que los embriones sean destinados a la investigación. En Andorra, Latvia, Croacia y Malta la ley prohíbe expresamente la investigación sobre células madre embrionarias. Además, 16 países no regulaban el tema (conf. Jorge N. Lafferriere en MJ-MJN-89228-AR, el fallo también se encuentra citado en la Obra de Marisa Herrera T° 1 págs. 298/299, entre tantas otras publicaciones y obras).-

En América Latina: Chile, República Dominicana, Panamá, México no cuentan con leyes de TRHA (ello conforme el relevamiento realizado), en Uruguay rige la Ley N° 19.167 de fecha 29/11/2013 que regula las Técnicas de Reproducción Humana más no prevé el descarte de los embriones crioconservados, habiéndose generado un vacío legal como en Argentina.-

Tal como sucede con los proyectos de ley presentados en el Congreso Nacional, conforme surge de lo expuesto, no podemos decir que la legislación comparada resulte uniforme, más allá que es mayoritaria la que admite la destrucción en aquellos países en los que sí se encuentran legislados los TRHA.-

Ahora bien, la doctrina y jurisprudencia en nuestro país ha buscado la respuesta al vacío legal tratando de desentrañar el estatus jurídico del embrión no implantado.- Precisamente el fallo en crisis trae como fundamento el caso Artavia Murillo e interpreta distintas normas internas para decir que el embrión no es considerado persona y por tanto puede ser ordenada su destrucción, mientras que el Sr. Fiscal apelante trae una postura contraria a tal conclusión también conforme interpretación de la legislación interna.-

A fin de analizar sendas posturas y sin perjuicio de toda la bibliografía consultada, he de seguir el artículo citado de Juliana Paredes y la obra Bioética Derecho Penal de Marco Antonio Terragni (págs.. 237 y sgtes.) en los que se aborda la cuestión en forma sucinta.-

En lo que aquí interesa, partiendo del art. 19 del CCyC que indica que la persona humana comienza su existencia con la concepción, para algunos la concepción corresponde a la fecundación del óvulo con el espermatozoide, sin tener en cuenta el lugar en el que se produzca el hecho (cuerpo gestante o in vitro); y para otros, se alude a la implantación del embrión derivado de TRHA in vitro o extracorpóreo o por el proceso natural.

La autora del artículo que vengo citando dice que la postura de la doctrina tradicional argentina sostiene que la “concepción es fecundación” (la defienden Laferriere, Basset, Azpiri, entre otros), para así decir consideran: “que la redacción de la norma es clara, y el comienzo de la existencia de la persona ocurre con la concepción, en tanto la fórmula utilizada comprende al embrión fecundado dentro o fuera del cuerpo sin distinción el lugar donde suceda. Asientan sus postulados en que el ser humano es persona, el embrión es humano y, por lo tanto, persona. Sostienen que es la única interpretación compatible con los preceptos constitucionales y convencionales, y en particular la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) que extiende su aplicación a todas las personas desde la concepción y hasta los 18 años (art. 2).”

“Sus principales argumentos: Todo ser humano es persona para el derecho. Bajo los parámetros constitucionales, en especial los que derivan del corpus iuris de derechos humanos que integran la Constitución Nacional (CN) (art. 75 inc. 22) no se puede admitir la noción de individuos pertenecientes a la especie humana a quienes no se les reconozca esa calidad, porque implicaría admitir una discriminación injustificable.”

“Las ciencias biomédicas establecieron (en especial a partir del descubrimiento del genoma humano) que la condición genética humana existe a partir de la «singamia», que es el momento en que finaliza el proceso de división celular inmediato a la concepción, y se conforma una nueva célula, con un código genético, propio, distinto y único. Ello permite afirmar que el embrión es sustancialmente humano, más allá del modo y el lugar en que se haya producido la concepción. Consecuentemente, cualquier diferenciación en el trato del embrión, que niega la condición de persona al embrión fecundado fuera del cuerpo constituiría una discriminación prohibida por los Tratados de Derechos Humanos vigentes en el país, y contra el precepto que es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo (conf. Jornadas Nacionales del Derecho Civil 2003. Rosario. La existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana; y Jornadas del 2013 Buenos Aires por mayoría se había dejado establecido la reformulación del art. 19 del Proyecto y aclara que la concepción es fecundación del óvulo, ocurra dentro o fuera del cuerpo materno.).-” Asimismo, dicha postura se apoya en el derecho internacional de Derechos Humanos incorporado a la CN (art. 75 inc. 22), así puede citarse el art. 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts.1, 2 y 3, por los cuales persona es todo ser humano y tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 6, y la Convención sobre los Derechos del Niño, que prevé en su art. 1 que se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años. No hace mención concreta a la persona por nacer, y Argentina al momento de la ratificación hizo una aclaración, en la cual declaró que debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años. Al no referir el lugar donde podría suceder la concepción abarcaba todas las posibilidades. Este punto también

resultaba controvertido. Para algunos, dicha aclaración, tiene tratamiento similar a la reserva (Gelli, Basset) y otros consideran que no (Herrera) con base lo dispuesto por la CSJ en el fallo F.A.L (13/3/2013) de aborto no punible (art. 86 inc. 2 CP) en el cual se había interpretado que los términos de la ratificación de Argentina respecto del art. 1 de la CDN, no constituye una reserva en los términos del art. 2 de la Convención sobre Tratados que imponga una modificación, sino que se trata de una mera declaración interpretativa.

La otra postura señala que: “la concepción es un proceso que culmina con la anidación o implantación del embrión” (la sostienen Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera; Gil Domínguez; Krasnow, entre otros). Se reinterpreta la noción de concepción y se le asigna un sentido de proceso biológico, que termina con la implantación del embrión en el útero de la persona gestante, momento a partir del cual se torna viable la existencia y posterior desarrollo del ser humano. Durante la redacción del Proyecto de 2012, la cuestión fue sometida a consideración del Comité de Ética del Ministerio de Ciencia y Tecnología. En el informe referido al art. 19 concluyó en la redacción propuesta contempla que los embriones no transferidos, resultado de los protocolos de TRHA, no son personas, porque para llegar a serlo deberían completar su desarrollo intrauterinamente. Argumentos con asiento en el Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, ampliamente desarrollado en la sentencia que viene cuestionada y por el Fiscal apelante.-

Con relación al alcance del concepto «concepción» efectuado por la Comisión IDH asumió que existían dos posibles lecturas: la fecundación del óvulo por el espermatozoide y la implantación del óvulo fecundado en el útero. La Corte IDH se inclinó por la segunda, a partir del análisis del alcance de los arts. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), concluyendo que antes de la implantación no

procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La posición que considera que la concepción se da a partir de la implantación, suma como argumento la voluntad procreacional a partir del art. 562 del CCyC, que establece que se exterioriza a través del consentimiento previo, informado y libre, el cual puede ser revocado libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (cfr. 560 y 561 CC y C). La posibilidad de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación demuestra la naturaleza jurídica del embrión.

Quienes se oponen, sostienen que se trata de momentos diversos, que no se puede decir que por el artículo 561 el embrión no sea persona, en tanto sólo señala que es necesario renovar un consentimiento antes de la fecundación (utilización de los gametos). Y que si ese consentimiento se revoca entonces no podrá asignarse una filiación al embrión implantado. Tampoco aclara las consecuencias de la revocación. También fue criticado en cuanto a interpretar las normas de los arts. 560 y 562 y sostener que la titularidad de los embriones formados a los fines de concretar el proyecto de procreación, son de las personas que hayan manifestado su voluntad de procrear a través del otorgamiento del consentimiento informado. En ese sentido esgrimen que la voluntad procreacional, tal como es regulada en el Código Civil y Comercial, no autoriza en ningún momento a tomar decisiones para quitar la vida a los embriones concebidos por una técnica de procreación. El Código regula los aspectos filiatorios. Estamos ante una persona humana, no ante cosas. No existe un derecho a quitar la vida de los embriones ya concebidos. Son personas y gozan del derecho a la vida (Lafferriere, Nicolás. MJ-DOC-15108-AR | MJD15108).-

Resumidos los fundamentos de las distintas posturas relativas al estatus jurídico del embrión, estimo pertinente citar lo dicho en el dictamen

solicitado por ésta Cámara al Programa Temático interdisciplinario en Bioética de la UNMDP: *“toda la legislación referente a este tema ha sido señalada y también se ha mencionado el vacío legal que existe en nuestra legislación (refiriéndose a las posiciones de quienes intervienen en el presente proceso) respecto a los posibles destinos que pueda darse a los embriones crio preservados. Debemos agregar, que parte de este problema se minimiza frente a la decisión tomada por la pareja y manifestada autónomamente. La incertidumbre científica y filosófica que desarrollaremos después, respetando el orden del temario ordenado por la Cámara, en relación al posible destino de los embriones se evidencia en las normativas vigentes y en el vacío legal, referido en todos los documentos de la causa que nos interpela.”*

Manifiestan los firmantes del dictamen que adhieren a la postura expresada por la Dra. Norma Cristina Bandura, Asesora de Incapaces, en sus dictámenes de fecha 12 de abril de 2021 y 31 de enero 2022, y del Dr. Santiago Guillermo Arrondo, Juez de la causa, en su sentencia de fecha 22 de octubre de 2021.- Especialmente coinciden en la necesidad de recurrir al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” del 28/11/2012, cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, (conf. Corte Federal, caso “Mazzeo”, Fallos 330:3248, entre otros).-

Luego continúan diciendo: *“Consideramos que las posiciones en este tema oscilan de un extremo a otro, desde aquellos que consideran que se es persona desde la fecundación del óvulo con “el embrión no puede ser entendido como persona” a los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana: (“la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4 de la Convención”).- Así como también compartimos que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, ni*

incondicional, sino gradual e incrementa, y que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. Por lo demás, una interpretación coherente de todo el ordenamiento jurídico obliga a atender a la vinculación que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) hace entre embarazo y concepción en diversos artículos.-”

“El artículo 19 del CCCN determina que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, el artículo 20 vincula la concepción a la época de duración del embarazo mientras que el artículo 21 reitera el principio, de que todo derecho u obligación del concebido o implantado en la mujer, se condiciona al nacimiento con vida.-” “El CCCN regula los efectos filiatorios de las técnicas de fecundación artificial estableciendo la voluntad procreacional como criterio rector. (Art. 560 CCCN), el art. 562 al hablar de la voluntad procreacional, establece que la misma se exterioriza a través del consentimiento previo, informado y libre, el cual puede ser revocado libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (cfr. 560 y 561 CCCN). Esta posibilidad prevista por el legislador de revocar el consentimiento hasta el momento de la implantación deja a traslucir la naturaleza jurídica del embrión no implantado y la inexistencia de personalidad.- Llamativo resulta además considerar que la protección del embrión no implantado se deba regular en una ley especial, por fuera del cuerpo normativo que tiene como eje central la persona humana.”

“También debemos considerar las regulaciones especiales que abordan la temática. En el caso, la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 permiten tanto la criopreservación de embriones, como la donación de embriones y también la posibilidad de revocar el consentimiento hasta antes de la implantación del embrión en la mujer. Todo ello implica presuponer que el embrión no implantado no es persona; de lo contrario, no podría permitirse legalmente ninguna de estas circunstancias. Para el derecho penal, la tipificación del delito de aborto, exige como presupuesto de

hecho una persona embarazada. Y solo hay embarazo desde el momento en que el embrión fue implantado en el útero de la persona dado que no existe la posibilidad de que un embrión se desarrolle y convierta en ser humano de manera extracorpórea, sino que debe ser implantado en un útero.”....-

“En referencia a los aspectos biológicos tomaremos como referencia conceptos vertidos por Alberto Kornblith, biólogo y Dr. en Química. (Audiencias Senado de la Nación <https://www.youtube.com/watch?v=oc0MtTvLJfc>). La unión de un espermatozoide con el óvulo para formar el cigoto es condición necesaria pero no suficiente para generar un ser humano. La información genética proveniente de los padres no es suficiente y es necesaria otra información provista por la mujer a través de la placenta. El desarrollo del embrión sólo puede completarse dentro del útero. Recientes descubrimientos han demostrado que las células del embrión sufren cambios epigenéticos durante el embarazo que son consecuencia de la íntima relación con la mujer gestante y sin los cuales el desarrollo del embrión no progresaría. Dichos cambios no implican modificación de la información genética contenida en el ADN, sino cambios en la regulación de la expresión de los genes. Cabe destacar que hasta el momento los avances científicos no han logrado crear un mamífero completamente desarrollado fuera del útero. La biología no define vida humana, sino vida. La vida es una forma particular de organización de la materia que cumple con dos condiciones esenciales: reproducción y metabolismo. Podemos decir que el embrión humano es la estructura que se desarrolla a partir del cigoto humano, por divisiones sucesivas, que llegará a diferenciarse en tejidos y órganos. El cigoto humano es la célula fundadora de un organismo, resultado de la fecundación de un gameto femenino, el ovocito, por un gameto masculino, el espermatozoide. (INSTITUTO BORJA DE BIOÈTICA, 2009:3). Es en la implantación cuando podemos decir que se dan las condiciones mínimas indispensables para asegurar la posibilidad de crecimiento y desarrollo del embrión. Antes de la implantación, además, se pueden producir fusiones totales de dos

embriones independientes, o bien divisiones totales de un solo embrión originando dos individuos independientes, lo que dificulta la consideración de individuo bien definido en esta etapa. Podríamos decir que el embrión es un ser humano en potencia que requiere un complejo proceso que ocurre, indefectiblemente, dentro del útero para llegar a ser un ser humano.”

“Tanto de los fundamentos internacionales expuestos como de la interpretación de la ley 26862 y del Código Civil y Comercial de la Nación, que resultan concordantes, podemos concluir en que el embrión no es persona.”

Cómo puede observarse las posiciones encuentran fundamentos válidos en uno y otro sentido.- Del mismo modo la jurisprudencia ha ido oscilando conforme tales posturas al presentarse casos como el de autos, quedando claro que en el marco de la prestación del servicio de justicia los pedidos de autorización de descarte de embriones, merecieron pronunciamiento judicial, ya sea por su admisión, ya sea por su rechazo.- La Cámara Nacional Civil Sala I en los autos “P.A y otro s/ Autorización” (sentencia del 21.10.2021 publicada en: MJ-JU-M-134995-AR| MJJ134995) citó los fallos que fueron relevados más cercanos a su decisión, de allí se desprende que: la autorización ha sido rechazada por el Juzgado de Familia Nº2 de Puerto Madryn 18/11/2020 en “R.,V.E. y R., C.A.s/ autorización judicial” (La Ley Online, TR La Ley Ar/JUR/81901/2020); el Juzgado de Familia Nº1 de Mendoza, el 30 de julio de 2018 en los autos “B. y S. s/ divorcio bilateral” (La Ley Online TR La Ley AR/JUR/55845/2018) -en lo que al caso importa- homologó el convenio celebrado por las partes respecto al descarte de embriones criopreservados en la clínica CECYR; el Juzgado de Familia Nº8 de La Plata, el 30 de septiembre de 2020 en los autos “C.M.L. y otro s/autorización judicial”, expediente Nº50908/2019, autorizó el descarte de embriones; y, a igual conclusión se llegó en esa misma ciudad en un fallo de primera instancia dictado el 22 de abril de 2019 en los autos “R. G.J. y otro/a s/ autorización judicial”, expediente Nº5642/2019. La Sala G de la

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 9 de abril de 2021 en los autos "R. G.A.y otro s/ autorización", expediente N°36148/2020 revocó lo decidido en primera instancia y rechazó el pedido de autorización.

Por su parte la Cámara Nacional Sala I, antes mencionada en los autos citados, concluyó revocando la resolución dictada en la instancia de origen el 14 de julio de 2021 y declaró que “no hallándose controvertido entre las partes la decisión de finalizar el contrato con Procreatea deviene innecesario el pronunciamiento sobre el trámite de autorización judicial aquí incoado y por lo tanto los actores se encuentran habilitados para decidir su destino, sin que la co-contratante pueda oponerse, quedando de esta forma expedita la vía para cumplimentarse con el deseo de los peticionarios en el legítimo y libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.” En las obras y trabajos doctrinarios se hallan citados otros fallos (que reflejan la diversidad de decisiones antes citadas) los que no reproduzco en autos a fin de no alargar el presente voto.-

Finalmente y más allá de todas las posiciones y debates generados, estimo que la cuestión suscitada en autos, esto es la posibilidad de decidir respecto del descarte del embrión crioconservado de alguna manera ha quedado zanjada al sancionarse la ley de aborto no punible.-

Como es sabido el 24 de Enero de 2021 entró en vigencia en todo el territorio nacional la Ley N° 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE), me permito citar dos artículos: Art. 3º- Marco normativo constitucional. Las disposiciones de la presente ley se enmarcan en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, los tratados de derechos humanos ratificados por la República Argentina, en especial la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, en virtud de la protección que otorgan a los derechos sexuales y reproductivos, a la dignidad, a la vida, a la autonomía, a la salud, a la educación, a la integridad, a la diversidad corporal, a la identidad de género, a la diversidad étnico-cultural, a la privacidad, a la libertad de creencias y pensamientos, a la información, a gozar de los beneficios de los avances científicos, a la igualdad real de oportunidades, a la no discriminación y a una vida libre de violencias. Art. 4º- Interrupción voluntaria del embarazo. Las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional...”.-

Es válido decir que en dicha ley no se plasmó la cuestión atinente al estatus jurídico del embrión implantado, ni del feto hasta la semana catorce. Ahora bien, si nuestro Congreso Nacional votó una ley que admite la interrupción del embarazo, sin haber distinguido si se trata de un embarazo natural o por TRHA (claro que este supuesto no sería del todo lógico), que en definitiva se trata de la destrucción de un embrión ya implantado en el seno materno y hasta con catorce semanas de gestación (feto), que entre otros muchísimos fundamentos se dijo que se protegía la autonomía de la voluntad, el plan de parentalidad, la libertad de elegir procrear; entonces cuál sería la diferencia entre respetar la autonomía de la voluntad de quien no quiere ser madre encontrándose embarazada respecto de quien aún el ser potencial no se encuentra implantado en su seno.-

Claro está que en nuestro caso, inclusive los que deciden son dos personas (quien aportó el óvulo que además sería la gestante y quien aportó

el semen), en la ley de IVE solo es necesaria la voluntad de la persona gestante.-

Qué pasaría si se negara la destrucción del embrión y sus titulares no quisieran darlos en adopción, ni que se utilicen para fines científicos (lo cual me parece más cruel aún), se podría presentar el absurdo de que la mujer solicite la implantación del embrión para luego requerir un aborto, es que hasta la semana 14 de gestación tiene tiempo para decidir conforme la ley.-

En el dictamen solicitado por ésta Sala también se señaló la cuestión atinente a la autonomía de la voluntad receptada en la ley que vengo citando, allí los firmantes del dictamen señalaron: *“referido a la falta de voluntad procreacional de los titulares de dichos embriones y de su decisión de proceder a su descarte, creemos que debe ser respetada desde el reconocimiento del principio de autonomía, que les permite reacomodar legítimamente sus intereses, en tanto no colisionan con ninguna otra autonomía personal en contrario, ya que tanto la evidencia científica, las leyes vigentes, como gran parte de las teorías éticas no consideran que los embriones no implantados sean personas. Si la protección se reduce a la defensa de la vida de los embriones, no considerados personas, también se impone priorizar la elección de vida de los titulares que sí lo son.”*

“El deseo de tener un hijo da cuenta de una operatoria psíquica compleja y lleva implícito un vínculo comprometido que habrá de sostenerse de diversas maneras, durante el resto de la vida. El derecho a decidir es fundamental para respetar la dignidad humana. Nadie puede estar obligado a hacer algo que considera dañino para sí mismo y no existe la norma que exija a las personas a sacrificar sus intereses para garantizar una vida que potencialmente podría ser también persona. La tecnología aplicada al campo de medicina y específicamente a la reproducción, ha hecho posible la separación de la sexualidad de la procreación, de tal manera que “La decisión de procrear está ahora conectada directa y exclusivamente a una

razón autónoma que prevé y planea, calcula y programa. La ruptura se encuentra en el hecho de pensar en la paternidad y en la maternidad exclusivamente como un proyecto, como la realización de una voluntad libre, de un mero deseo de genitorialidad, realizable por medio de unos actos técnicos secuenciales, que son ulteriores steps en vistas de la consecución del resultado esperado. Esta es la mentalidad que el mismo deseo de genitorialidad a menudo supone, deseo hoy en día vivido de manera exclusivamente emocional, como miedo de la diferencia por falta –en este caso de un hijo–, como soporte de unas relaciones conyugales siempre más inciertas y precarias, o como voluntad de rebelión frente a unos límites que, impuestos por la naturaleza, vienen pensados como establecidos por la cultura” (Casciano, 2018:51).”

“Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) han provocado así, un cambio fundamental en cuanto a que la filiación ya no dependería de los lazos biológicos sino del “querer”, de la voluntad, del elemento volitivo. Actualmente, la reproducción asistida divide el proceso de procreación en distintas etapas y abre la posibilidad de que la responsabilidad de cada una de ellas se otorgue a diferentes personas y de diferentes maneras. La voluntad de procrear expresada en quienes inician el proceso de procreación asistida y que define la maternidad o paternidad en función de la intención de serlo, conlleva la existencia de procedimientos que no son los “deseados”, como por ejemplo que se generen más embriones que aquellos que puedan implantarse. Esto implica que la voluntad procreacional deba renovarse en cada implantación. Nuestro marco legal sobre procreación asistida se fundamenta en la procreación como un derecho. Este derecho implica que las personas puedan acceder a todos los medios disponibles para poder ser padres/madres, pero nunca puede ser una obligación serlo. La voluntad procreacional implica considerar desde el “querer tener un hijo”, que los vínculos psicológicos, sociales, afectivos, están presentes desde antes de la concepción del niño, y lo definirán como tal.”

Al momento de dictarse la norma transitoria en estudio no se encontraba vigente la ley de IVE, de modo tal que no puedo decir que ésta última refleja la voluntad del legislador en aquel momento.- Más estimo que hoy a la luz de dicha ley y los motivos que llevaron a dictarla, la legislatura ha marcado un camino y que en su caso la protección del embrión crioconservado se referirá a la prohibición de su comercialización, de su manipulación genética, de su utilización con fines eugenésicos, pero estimo que no tendrá argumentos ni fundamentos para negar el descarte en un caso como el presente.- Entiendo que hasta podría resultar discriminatorio que a quien es gestante en forma natural se le conceda la posibilidad de decidir respecto de su planificación familiar y de procreación y a quien necesita de un TRHA se le niegue tal derecho, sólo porque los métodos utilizados por la ciencia médica generan más embriones de los que resultarían de una fecundación natural.-

Así es que, más allá de todas las disquisiciones filosóficas, biológicas, de escala de valores, bioéticas, jurisprudenciales y doctrinarias, en orden a la posición asumida por las partes de autos, siguiendo un principio de razonabilidad, como así también en orden a la doctrina y principios emanados del art. 2 del CCyC y en virtud de aquello que surge de los arts. 3 y 4 de la ley de IVE no habría fundamento para desestimar el descarte de los embriones crioconservados.- Puede que se considere este razonamiento reduccionista o simplista, más estimo que es el que da respuesta al presente caso.-

En orden a todos los fundamentos expuestos y especialmente teniendo en cuenta (reitero) la vigencia en nuestro país de la ley 27.610 de IVE es que estimo corresponde confirmar la sentencia que viene apelada, desestimándose el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal General.- No está demás decir que, frente a eventuales recursos (tal como lo puso de manifiesto el apelante) la presente sentencia no podrá ser

ejecutada, toda vez que en su caso los mismos serán concedidos con efecto suspensivo (art. 243 3° párrafo del CpCC).-

Por último he de decir que, más allá de mi postura respecto de la cuestión en ciernes, es mi deber como Jueza resolver conforme a un criterio de razonabilidad en orden a las leyes vigentes y su interpretación (arts. 1, 2 y 3 del CCyC), dejando de lado mis subjetividades en pos de brindar objetivamente el debido servicio de Justicia.-

V) La presente sentencia y del mismo modo que lo hiciera la instancia de origen se hará saber al Congreso de la Nación con el objeto de exhortar al mismo a que dé debido tratamiento al mandato emergente de la cláusula transitoria segunda incluida en el art. 9 de la ley 26.994. A esos fines, se libraré oficio en los términos de la Ley nro. 22.172 con habilitación de días y horas inhábiles, carácter de urgente y firma digital.-

Así lo voto.-

El Señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** y la Señora Jueza Doctora **CARRASCO**, **adhirieron** al voto precedente por los mismos fundamentos.-

A LA SEGUNDA CUESTION: La Señora Jueza Doctora **COMPARATO** dijo: Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, propongo al acuerdo: 1) Por los fundamentos expuestos se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal General, 2) Sin costas atento no haber mediado oposición en la Alzada (art. 68 cpcc) y sin que corresponda regular honorarios en virtud de lo normado por la Ley de Ministerio Público N° 14.442; 3) Ofíciase a la Comisión legislativa de sendas Cámaras del Congreso Nacional conforme apartado V).-

Así lo voto.-

El Señor Juez Doctor **LOUGE EMILIOZZI** y la Señora Jueza Doctora **CARRASCO**, adhirieron al voto precedente por los mismos fundamentos.-

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente:

- SENTENCIA -

POR LO EXPUESTO, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del CPCC, se **RESUELVE**: 1) Por los fundamentos expuestos se desestima el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Fiscal General, 2) Sin costas atento no haber mediado oposición en la Alzada (art. 68 cpcc) y sin que corresponda regular honorarios en virtud de lo normado por la Ley de Ministerio Público n° 14.442; 3) Ofíciase a la Comisión legislativa de sendas Cámaras del Congreso Nacional conforme apartado V). **Regístrese, notifíquese en forma electrónica** (conf.art.10 del Reglamento para presentaciones y notificaciones electrónicas (SCBA. Ac.4039 del 14/10/2021) y oportunamente **devuélvase** .-

23309913744@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
23309913744@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
MRAMIREZ@MPBA.GOV.AR
NBANDURA@MPBA.GOV.AR
20183617479@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

CONFIRMA

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 13/06/2022 11:19:31 - COMPARATO Lucrecia Ines - JUEZ

Funcionario Firmante: 13/06/2022 11:19:57 - CARRASCO Yamila - JUEZ

Funcionario Firmante: 13/06/2022 11:21:27 - LOUGE EMILIOZZI Esteban - JUEZ

Domicilio Electrónico:

Domicilio Electrónico:

Domicilio Electrónico: 20183617479@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 23309913744@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

Domicilio Electrónico: 23309913744@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR



220800015002750220

CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I - AZUL
NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS