

Título: Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica

Autor: Herrera, Marisa

Publicado en: RCCyC 2018 (julio), 13/07/2018, 3

Cita: TR LALEY AR/DOC/1258/2018

Sumario: I. Introducción.— II. Una diferencia previa y necesaria: vida de persona.— III. El embrión in vitro no es persona humana.— IV. Persona concebida o en desarrollo y persona nacida.— V. Brevísimas palabras de cierre.

I. Introducción

La dogmática jurídica no puede aislarse del contexto social, máxime cuando nos referimos a leyes e interpretaciones jurídicas que tienen impacto directo en la vida de las personas. En este contexto, no podemos dejar de señalar que el presente artículo se elabora en pleno debate por la legalización del aborto, con todo lo que ello moviliza y significa. Precisamente, en este marco, se habrían expresado algunas consideraciones erróneas que sólo lograrían enturbiar un estudio profundo sobre el comienzo de la existencia de la persona que regula el art. 19 del Cód. Civ. y Com. (Cód. Civ. y Com.). Es decir, cuál es el momento a partir del cual se puede ser centro de imputación de derechos y obligaciones para la legislación civil. Una primera y rápida lectura conduce, indefectiblemente, a profundizar sobre la noción de "concepción" que recepta el articulado en cuestión, base para analizar la temática objeto del presente trabajo, receptándose el mismo término que adopta la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en el conocido art. 4º.1 referido al derecho a la vida en el que se consigna en la primera parte que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

Precisamente, si se adopta una denominación que está prevista en otra normativa de jerarquía superior, la interpretación que se tiene al respecto en el plano internacional- regional, tiene una incidencia directa en el ámbito nacional. Y esta interacción no sólo se da a raíz de ser su causa fuente sino también, porque tal instrumento normativo de base o que auspició la legislación civil es, a la par, uno de los tratados humanos ratificados por la Argentina y expresamente mencionados en el art. 75, inc. 22 de la CN. Por lo tanto, esa fuente de interpretación es por doble vía: 1) por copiar el término y 2) por la jerarquía constitucional o fuerza jurídica superior y suprema que ostenta esa normativa internacional. Todo esto enmarcado en un contexto normativo constitucional en el que se consigna que tal fuerza normativa superior lo es "en las condiciones de su vigencia", siendo necesario advertir que tal condicionamiento se desagrega en dos vertientes o facetas: 1) condiciones de vigencia estáticas, aquellas que "remiten a la situación existente al momento de la ratificación de los Instrumentos Internacionales en torno a las reservas y declaraciones interpretativas", y 2) condiciones de vigencia dinámicas, las que "se vinculan con la interpretación que realiza cada uno de los órganos de aplicación de los Instrumentos Internacionales en su ámbito específico de competencia (informes particulares y generales, sentencias, opiniones consultivas, observaciones particulares y generales)" (1).

Esta interacción o diálogo constante y sonante entre el derecho nacional y el derecho internacional en particular, el regional, es reafirmado en el resonado caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en "Fontevicchia y otro c. Argentina" en fecha 18/10/2017 (2), en el que se coloca de resalto, entre otros argumentos (3):

- Que "(...) la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida" (párr. 12).

- Que "en lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron" (párr. 14).

- Que "no le corresponde a dicho tribunal interno determinar cuándo una Sentencia de este Tribunal internacional es obligatoria, pues su obligatoriedad surge de la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana" (párr. 23).

- Que "la posición asumida en esta oportunidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de cuestionar la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana bajo determinados supuestos (supra consid. 6º) contrasta ampliamente con su línea jurisprudencial anterior, la cual había sido destacada por este Tribunal como

un ejemplo positivo en cuanto al reconocimiento que han hecho tribunales de la más alta jerarquía de la región sobre el carácter vinculante de las Sentencias de la Corte Interamericana y a la aplicación del control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por esta ..." (párr. 25).

Como último argumento extraterritorial, es dable advertir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en junio del 2018 —o sea, en pleno debate en la Argentina por la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE)— respondió un pedido firmado por varios diputados argentinos en torno a la naturaleza jurídica del embrión. En ese sentido, la respuesta llegó en tiempo y forma advirtiéndose que "no es admisible otorgar la condición de persona al embrión" (4) con todo lo que ello significa, en especial, reafirmando la compatibilidad de todo el ordenamiento internacional- regional con las técnicas de fertilización in vitro que involucra el uso, criopreservación, donación y transferencia de embriones. En esta oportunidad, la Comisión sintetizó el "alcance del derecho a la vida bajo la Convención Americana" recordando y puntualizando a la vez:

- Que "la Corte Interamericana de Derechos humanos ha establecido que no es admisible otorgar la condición de persona al embrión, la protección del derecho a la vida en virtud del art. 4° de la Convención Americana 'no es absoluta, sino es gradual e incremental [...], debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general'".

- Que la Corte "observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida".

Por lo tanto, la Comisión insta al Estado "a tener presentes los estándares interamericanos desarrollados en la sentencia del caso 'Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (Fecundación in Vitro)' donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del art. 4°.1 de la Convención Americana".

En este contexto, imposible profundizar y arribar a una correcta interpretación jurídica en torno a la persona humana si no se lleva adelante una mirada sistémica que comprometa las voces que provienen del derecho internacional/interamericano de los Derechos Humanos. Esta es la brújula que guía, enmarca y sostiene el régimen jurídico de la persona humana en el derecho argentino, columna vertebral del tema y por lo tanto, del presente ensayo.

II. Una diferencia previa y necesaria: vida de persona

Cuando se debatió en el entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y Unificación con el Código Comercial, la redacción sobre el art. 19 fue uno de los temas más candentes; pasándose de una redacción más amplia en la que se pretendía aclarar que la persona humana en los casos de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) comenzaba con la transferencia del embrión en la persona, y se mantenía la postura tradicional centrada en la noción de "concepción" que adopta la mencionada CADH para las situaciones de filiación biológica. Es decir, las situaciones en que la posibilidad de que exista una persona provenga del acto sexual. Ello no fue posible por presiones de la Iglesia Católica y de diferentes grupos de la sociedad civil que aún son reticentes o resistentes a lograr la laicidad legislativa como consecuencia ineludible de una obligada laicidad y neutralidad estatal. Y en este marco, uno de los argumentos que se exponía para mezclar fundamentos jurídicos con argumentos morales y religiosos giraba en torno a la noción de "vida" o más específicamente, "vida humana".

Fue en ese marco, que el Comité Comisión de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CETCE), organismo público dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación integrado por científicos de reconocida trayectoria, se ocupó de manera expresa de diferenciar la noción "vida" —que es de carácter interdisciplinario— de la de "persona" —que es de carácter jurídico— (5).

Al respecto, se ha sostenido que "el concepto de 'vida' puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable. Según la teoría 'instantaneísta', el comienzo de la persona humana coincide con la fecundación debido a que el cigoto contiene la totalidad de la información genética. Sin embargo, este argumento es insuficiente. La información genética no alcanza para constituir un individuo completo. El concepto de información es más amplio e incluye modificaciones sustanciales durante el desarrollo embrionario: a partir de esa única célula se llega a conformar un organismo que al nacer llega a tener más de 1012 células, con un orden asociado a su distribución espacial que no estaba presente en la información

contenida en el óvulo fecundado. El estudio del desarrollo del embrión después de su implantación en el útero revela que se produce información de otro tipo asociada a la estructura espacial y a la interacción entre cada uno de los componentes, que no existía en el óvulo fecundado y se adquiere del ambiente provisto por la madre".

Además, se agrega: "Las células madre embrionarias se utilizan en ensayos de toxicidad de nuevos medicamentos, en investigaciones sobre el desarrollo, preservación, trasplante y sustitución de tejidos, y sobre terapias que podrían contribuir al tratamiento del Parkinson, la diabetes, lesiones de la médula espinal, cardiopatías y ceguera, entre otras. En algunos países, como EE.UU., Francia, Corea del Sur y Reino Unido, se ha comenzado a realizar ensayos clínicos para tratamientos basados en células madre embrionarias".

Esta diferencia es retomada por el mismo organismo en un documento posterior de junio del 2018 titulado "Diálogos entre la ciencia, el derecho y la sociedad: el debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo" (6). En esta oportunidad, se recuerda la idea de que "el concepto de vida puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto". Mientras "el concepto de persona, en cambio, define la entidad a la que la sociedad reconoce derechos y deberes; es decir, la capacidad de ser titular de derechos y deberes. El comienzo de la existencia de la persona humana tiene relación con los principios de equidad, justicia y autonomía, y atañe, entre otros, al derecho de acceso a la salud, a la libertad de elección, a la igualdad, la no discriminación, la identidad, el goce de los beneficios del progreso científico". Agregándose que "el conocimiento científico-descriptivo sobre la biología de la gestación puede brindar evidencia de gran utilidad, pero no determina el punto en el que corresponde aplicar la categoría jurídico-normativa de persona a una entidad viva". Documento en el que se concluye que los debates parlamentarios sobre el tema de la interrupción voluntaria del embarazo: "I. incorporen los aportes del conocimiento científico; II. evalúen la inconveniencia de mantener la penalización; III. se realicen conforme con los principios fundamentales de una sociedad democrática, plural y laica. IV. tengan en consideración que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que corresponde legalizar la práctica para evitar vulneraciones de derechos fundamentales". Precisamente, estos son los mismos lineamientos que se siguen en el presente ensayo para analizar el tema en estudio: la persona humana según la legislación civil constitucionalizada-convencionalizada de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.

En la misma línea que el CETCE pero de un modo más crítico, Rivera López entiende que sería un esfuerzo estéril considerar que "la ciencia nos dice (supongamos) que, en el momento de la fertilización, se produce la singamia, es decir, la conformación de un nuevo genoma perteneciente a nuestra especie. ¿Es esto suficiente para considerar que el individuo resultante (el embrión) es una persona, en el sentido normativo (que es el que nos interesa)? La ciencia nos dice (supongamos) que, en el momento de la implantación, el embrión queda conectado al endometrio. ¿Es esto suficiente para que estemos frente a un individuo con un derecho a la vida? La ciencia nos dice (supongamos) que, antes de la semana 22, el sistema nervioso no está desarrollado como para que podamos hablar de estados mentales (sensaciones o percepciones). ¿Es esto relevante para determinar un antes y un después en términos de otorgar un derecho a la vida?" (7).

Retomando la comparación propuesta por el CETCE de la persona con relación a la vida y su opuesto, la muerte, nos parece interesante recordar la ley 26.742 denominada de "muerte digna" que entre otras cuestiones, modificó el inc. e) del art. 2º de la ley 26.529 de Derechos de los Pacientes disponiendo, referido a la "autonomía de la voluntad", que "el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente". Y en esta misma línea, el Cód. Civ. y Com. en el art. 60 regula las "Directivas médicas anticipadas" determinando que "la persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasías se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento".

Estas normativas son hábiles para demostrar —desde el opuesto a la noción de vida como es la muerte— dos cuestiones básicas. En primer lugar, que el derecho a la vida no es un derecho supremo, superior o el más protegido por el ordenamiento jurídico nacional como internacional, siendo que no se adopta un sistema jerárquico o vertical de derechos humanos en el que a uno se le otorga mayor relevancia que a otros. Todos los derechos humanos tienen la misma jerarquía y según la situación que se trate, se prioriza uno por sobre el otro de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Precisamente, la facultad de poner fin a la vida por propia voluntad en determinadas situaciones extremas es una clara prueba de que el derecho a la vida no es supremo, sino que como sucede en este caso, cede ante el derecho a la dignidad. El segundo, que más allá de la indefinición en torno a desde cuando hay vida, lo cierto es que nadie va a poner en duda que cuando una persona se encuentra en estado terminal o le aqueja una enfermedad grave efectivamente, hay vida; y a pesar de ello, las leyes mencionadas priorizan la decisión de la persona —por su autonomía de la voluntad y libertad— de seguir viviendo en condiciones de vida muy precarias o por el contrario, que no la sigan alimentando y por ende, poner fin a su vida. Por lo tanto, la existencia de vida no es obstáculo para que una ley pueda reconocer, revalorizar o priorizar una decisión autónoma por sobre una "vida". Esta consideración se encuentra presente tanto en el fin de la existencia de la persona, como en su comienzo.

III. El embrión in vitro no es persona humana

III.1. La obligada perspectiva convencional como punto de partida

Ahora sí, aquí nos centramos a desentrañar la cuestión del embrión in vitro, es decir, el aún no implantado y la noción de "concepción" que receta el art. 19 del Cód. Civ. y Com. en un contexto social como el descrito, en el que varios de los expositores provenientes del derecho civil clásico, no constitucionalizado-convencionalizado, defendieron la idea de que la legislación civil vigente impide la legalización del aborto al considerar que el embrión, tanto fuera como dentro del cuerpo de una persona, es persona [\(8\)](#). Ello no es así y en el presente apartado se pretende rematar lo que ya se viene sosteniendo a lo largo del presente ensayo. En otras palabras, se pretende poner en jaque la postura conservadora arraigada en un derecho civil, ya derogado, con una fuerte impronta del derecho canónico.

Veamos, tal como se adelantó, el mencionado art. 19 del Cód. Civ. y Com. define el momento desde el cual se considera que se es persona humana, como centro de imputación de efectos jurídicos (derechos y deberes), en el campo del derecho civil del siguiente modo: "La existencia de la persona humana comienza con la concepción". La diferencia con el texto que se proyectaba en su antecedente directo, el Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial, consistía en que en dicha oportunidad se pretendía aclarar que, en el caso de las TRHA, la existencia de la persona "comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado" [\(9\)](#). A la luz de esta quita, el quid radica en determinar qué se entiende por "concepción". Esto es lo que se pasa a analizar a continuación.

Qué se entiende por concepción, como sinónimo de anidación. Esto es lo que se deriva del bloque de la constitucionalidad federal que más allá de alguna crítica teórica, lo cierto es que esta denominación ha sido muy fructífera para sintetizar un determinado corpus iuris. Como bien lo destaca Kamada: "Crítica Sagüés que la expresión tiene un uso errático y falto de rigor, que expone 'una realidad abigarrada y heteróclita difícilmente reducible a categoría', aunque, por cierto, muy usada y que alguna vez, 'separada de su significado originario, se adaptaba milagrosamente a nuestras necesidades'. Lo relevante del caso estriba en que bajo esta denominación es posible identificar una serie de elementos de relevancia normativa, jurisprudencial y doctrinaria superior, unificada como base de referencia común para la adopción de decisiones estatales que deben observarla de modo obligatorio, so riesgo de incurrir en responsabilidad internacional" [\(10\)](#).

Aclarado ello, vemos que se dice desde el plano internacional regional, además la reciente consideración particular que hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante un pedido de un grupo de diputados argentinos ya explicitado. Sucede, que el instrumento interpretativo más relevante en la región es lo sostenido por la Corte IDH en el resonado caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" del 28/12/2012 [\(11\)](#), reafirmado en el proceso de seguimiento en fecha 26/02/2016 [\(12\)](#). Sentencias que justamente, integran el mencionado "bloque de la constitucionalidad federal", a la par de concretar y actualizar las "condiciones de su vigencia" en torno a la CADH. De este modo, cualquier decisión estatal, entre ellas, la sanción y posterior interpretación de una ley como lo es el Cód. Civ. y Com., no puede perder de vista esta elocuente interpretación que se hace sobre la noción de "concepción" cuando se trata de embriones in vitro, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados [\(13\)](#).

De manera hartamente sintética, cabe recordar la plataforma fáctica-jurídica del caso.

El 03/02/1995 Costa Rica reguló por decreto la técnica de fecundación in vitro o FIV (fecundación de óvulo y espermatozoides por fuera del cuerpo de una persona) y el 15/03/2000 la sala Constitucional decretó su inconstitucionalidad por considerar que tal práctica trae aparejada una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria, siendo ello incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país.

En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de FIV. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia, y el 14/07/2010 presentó el informe 85/10 recomendando al Estado levantar la prohibición. Ante el incumplimiento de dicho país, el 29/07/2011 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

En este marco, la Corte ha tenido que interpretar los arts. 1.2 "persona es todo ser humano", y 4.1. "derecho a la vida" "protegido, en general, a partir del momento de la concepción" de la CADH en los casos de fertilización in vitro y, con ello, el lugar jurídico que se le otorga a los embriones criopreservados. Así, analiza las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general", desde cuatro diferentes tipos de interpretaciones, a saber: 1) el sentido corriente de los términos; 2) sistemática e histórica; 3) evolutiva; y 4) según el objeto y fin del tratado. Concluyendo que la noción de concepción a la que alude el mencionado art. 4º.1 acontece cuando el embrión es implantado en la mujer. En otras palabras, considera que el embrión in vitro no es persona.

Para arribar a dicha conclusión, se expuso entre tantos otros argumentos de peso, que la CADH data de 1969, época en la que no existía la posibilidad de la FIV, debiéndose interpretar el instrumento internacional de manera dinámica. En esta tesis, se destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, por lo cual, sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente, incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

Además, se reconoce el derecho de toda persona a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica y a no ser discriminado por razón socioeconómica (aquellas personas que cuentan con medios materiales para acceder a las TRHA de alta complejidad como la FIV sí lo pueden hacer, en cambio quienes carecen de los medios económicos no) observando así, una mirada positiva de la práctica al entender: "el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del art. 4º.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la 'concepción' en el sentido del art. 4º.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. 4º de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras 'en general' que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general".

Asimismo, se agrega que "a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, estos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. (...) En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental —y no absoluta— de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona" (párr. 256); y de manera más amplia (considerando algunos que se trata de un obiter dictum, es decir, que se expide sobre un tema que no es el que se plantea en el caso), se asevera —siguiéndose el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2— que al adoptarse "un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló: 'La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva 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'" (14).

He aquí una primera conclusión de fuerza convencional: el embrión in vitro no es persona. Y esta aseveración debe ser seguida en el plano nacional so pena de incurrirse en responsabilidad internacional.

III.2. Sistémica y coherencia del propio Cód. Civ. y Com.

El articulado siguiente al 19 define a la concepción como el plazo que transcurre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Esta conceptualización se suele pasar por alto y es central, porque está justamente pegada o a continuación de la disposición referida al comienzo de la existencia de la persona que se centra en la noción de concepción. ¿Acaso puede haber plazo mínimo y máximo de la concepción sin embarazo? Según lo que establece el art. 20 la respuesta negativa se

impone. Por ende, es evidente que la noción de "concepción" que sigue el art. 19 leído desde el articulado siguiente permite concluir que tal término se lo asemeja o es sinónimo a un concepto más contemporáneo como el de anidación, es decir, implantación del embrión en la persona cuando se trata de TRHA.

En otras palabras, y desde el punto de vista práctico, es evidente que, si una pareja tuviere 5 embriones criopreservados y se realiza un test de embarazo, este daría negativo. Ello es así porque aún los embriones no están transferidos y, por ende, nunca puede existir concepción ni embarazo; términos intrínsecamente vinculados de conformidad con lo dispuesto en el art. 20 del Cód. Civ. y Com.

Por lo tanto, si se vincula el término concepción al de embarazo, es claro que por concepción no se entiende la unión entre óvulo y espermatozoide sino, de mínima, cuando tales embriones están transferidos y anidados en una persona [\(15\)](#).

Por otra parte, el art. 21 es también preciso en este sentido, al sentar como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión y hasta el efectivo nacimiento con vida. De este modo, se apela al término concepción cuando se trata de filiación por naturaleza o biológica y a implantación del embrión en la persona como elemento a partir del cual, habría persona en los términos jurídicos cuando se trata de TRHA. O sea, antes de este acontecimiento, para el propio Cód. Civ. y Com., no estaríamos ante una persona sino ante un embrión no implantado.

Esta óptica es enfatizada en las normas relativas a la regulación de la filiación derivada de las TRHA. Ámbito en el cual, prevalece el elemento volitivo a los efectos de la determinación filial, a través de la consagración de la "voluntad procreacional" (plasmada en el consentimiento informado, previo y libre) como causa fuente del vínculo jurídico. En este sentido, el art. 561 del Cód. Civ. y Com. permite que tal consentimiento sea revocado mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión, por lo que es evidente que el Código nuevamente, parte de la idea de que el embrión no implantado o in vitro no es persona pues, si lo fuera, el consentimiento no podría revocarse. La posibilidad de revocar el consentimiento no es un dato menor, da cuenta de la inexistencia de personalidad y la imposibilidad de exigir el derecho a la vida y/o un "derecho a nacer".

Párrafo aparte merece lo resuelto en un interesante precedente que involucra la mencionada revocación del consentimiento informado previsto en el art. 561 del Cód. Civ. y Com. Nos referimos al caso resuelto por la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 01/09/2017 [\(16\)](#) que debió expedirse en el marco de una medida precautoria en el que se pretendía que la justicia autorizara la transferencia de tres [\(17\)](#) embriones criopreservados al útero de la mujer cuyo ex marido se negaba; es decir, no prestaba el correspondiente consentimiento informado de conformidad con lo establecido en el art. 561 del Cód. Civ. y Com. El planteo es rechazado en primera instancia y confirmado por la Alzada. Cuál es la postura defendida por la actora: el supuesto "derecho" de los embriones a ser implantados, fundamentándose para ello en la calidad de persona humana que predica a su respecto; entendiéndose así, que el demandado ya es padre y que la revocación del consentimiento no es viable "debiendo valorarse la mala fe del demandado".

En el fallo se sintetizan las cuestiones más relevantes del consentimiento informado firmado por la pareja "para realizar la criopreservación de embriones". Allí se expresa que "luego de haber sido informados acerca de la congelación y almacenamiento de embriones por el Dr. del centro '...', autorizaron a esta entidad a proceder al congelamiento y criopreservación de los embriones producidos por la pareja en un procedimiento de Reproducción Asistida. Expresaron que el propósito de ese congelamiento y conservación era su futura transferencia uterina". También se agrega el plazo de vigencia del contrato era de 12 meses a partir de la fecha de congelamiento, pudiendo ser renovado de mutuo acuerdo y en particular, que "en caso de no desear la transferencia en nuestra pareja, nosotros (la pareja en forma conjunta) determinaremos la futura disposición de nuestros embriones, procediendo a dar instrucciones por escrito sobre su destino". Asimismo, la pareja autorizó al centro de salud a que sus embriones sean donados a una pareja estéril, en los siguientes casos: "1) fallecimiento de ambos; 2) cuando transcurra el período pactado de 12 meses y no demos instrucciones acerca de su destino; 3) si dejásemos de abonar el costo del almacenamiento por 12 meses". He aquí algo para destacar. Si la pareja en su momento firmó un acuerdo de este tenor era evidente que no consideraba que los embriones fueran persona, de lo contrario, jamás podrían haber arribado a una manifestación bilateral con este tipo de cláusulas en las que, claramente, no se puede derivar el tratamiento de los embriones como persona. ¿Acaso se podría acordar, p. ej., dejar de abonar el costo de almacenamiento de "personas"?

Si bien excede el objetivo del presente ensayo profundizar sobre todos los argumentos esgrimidos por la Alzada, lo cierto es que a los fines de lo que aquí interesa, caben destacar ciertas consideraciones en torno al planteo de inconstitucionalidad del art. 561 del Cód. Civ. y Com. esgrimido por la actora en el recurso de

apelación. Sobre este particular, el Fiscal señaló que se "impide al Tribunal fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, encontrando ello su fundamento, no sólo en el principio de congruencia que rige la materia, sino también en la circunstancia que, de no ser así, a la demanda de nueva propuesta de apelación, le faltaría un primer grado de jurisdicción"; esto último, se vincularía con la garantía de la doble instancia, es decir, "la necesidad que la decisión del juez de primer grado tenga una fiscalización o control de legalidad por parte de un tribunal superior. Bien se ha apuntado que existe el convencimiento íntimo (también de índole sociológica) que el doble contralor implica una doble garantía para el justiciable". Esta observación sería errónea, ya que es sabido y conocido todo el desarrollo que proviene del ámbito nacional como internacional-regional en torno al control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio, y por lo tanto, los jueces están habilitados para proceder a su declaración más allá de que la petición sea o no en tiempo y forma. ¿Cuál habrá sido la razón por la cual la Alzada no quiso decretar la inconstitucionalidad del art. 561 que habilita la revocación del consentimiento a la transferencia de embriones hasta antes de producido tal acontecimiento? Como se puede advertir, la justicia tuvo oportunidad de avanzar al respecto y entender que el embrión al ser persona tiene la obligación de nacer y, por ende, de ser transferido a pesar de cualquier negativa al respecto y sin embargo no lo hizo.

En este orden de ideas, también sería constitucional el art. 7º de la ley 26.862 [\(18\)](#) —normativa que es coherente, incluso antecedente del art. 561 del Cód. Civ. y Com.—, al decir la Alzada que "el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer. Nótese que esta norma se encontraba vigente ya al momento de concretarse el procedimiento, prestándose el consentimiento según las constancias supra referidas", agregándose que "la actora no formuló planteo alguno a su respecto, por lo que se considera aplicable al sub examen. Al parecer, el tribunal se habría encontrado en un conflicto interno al decir "no desconocemos la postura que se expresara en la obra que dirigieran dos vocales de esta sala, al comentarse el art. 561, Cód. Civ. y Com., mas no la compartimos en tanto, según nuestro parecer, la revocación allí prevista no involucra afección a los derechos de los involucrados (...), máxime cuando la ley no hace distinción en este aspecto con la procreación heteróloga". Precisamente, nada tiene que ver si se trata de procreación homóloga o heteróloga, es decir, embriones conformados con material genético proveniente de la propia pareja o de terceros, ya que eso no haría modificar la naturaleza jurídica del embrión. La revocación sí se encuentra íntimamente vinculada a la naturaleza jurídica del embrión, a pesar de que la Alzada no quisiera meterse en un tema que le resultaría incómodo e intente justificar que en el caso no estaba en juego esta cuestión.

En definitiva, precedentes como estos permiten extraer dos conclusiones: 1) la permisión de la revocación del consentimiento o la exigencia de que antes de cada tratamiento se renueve la voluntad procreacional exteriorizada a través del correspondiente consentimiento informado implica, de por sí, partir de la postura que sostiene que el embrión no es persona; y 2) se refirma la constitucionalidad de esta línea legislativa y por lo tanto, de que el embrión in vitro no es persona; lineamientos absolutamente opuestos al asumido en un resonado caso muy similar resuelto por la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en fecha 13/09/2011 [\(19\)](#).

Por último, la disposición transitoria segunda establece 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. Por lógica legislativa, si fuera persona humana debería estar regulado en el Cód. Civ. y Com. y no en una ley especial en la que se va a determinar los términos de su protección. Ocurre que, como se viene explicando, se parte de la base de que no es persona humana y por ello, no está regulado en el Código de fondo. Esta afirmación nos obliga a indagar sobre una preocupación clásica del derecho en torno a la naturaleza jurídica. ¿Acaso importa cuál es la naturaleza jurídica de una institución o figura o, en definitiva, lo que interesa es saber qué tipo de regulación la rige, es decir, qué derechos y deberes genera? Al respecto, es sabido que el campo de la bioética está plagado de figuras, instituciones y elementos que exceden las clasificaciones clásicas de persona o cosa como ser: la sangre, las células madres, los tejidos, el material genético y también los embriones que vendrían a engrosar este listado de naturaleza jurídica "sui generis". En realidad, lo que aquí interesa es la regulación de cada una de ellas, más allá del rótulo o etiqueta que se le pretenda consignar desde una perspectiva clásica, que nada tiene que ver con el dinamismo y la modernidad que involucra el campo de la bioética.

III.3. Sistémica y coherencia del ordenamiento jurídico vigente

Por fuera de la legislación civil pero absolutamente vinculadas a ella, otras normativas permiten arribar a las conclusiones que se vienen esgrimiendo y defendiendo en el presente ensayo.

Veamos, la ley 26.862 sobre acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida; como así también, su decreto reglamentario 956/2013 parten de la idea de que el embrión no es persona. Ello se lo puede vislumbrar fácilmente al receptor permisiones legales centrales o

nodales para el régimen jurídico de las TRHA: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, y 3) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Si las obras sociales y prepagas están obligadas por ley a cubrir diferentes procedimientos de TRHA, entre ellos, la donación y criopreservación de embriones, fácil se concluye que, según esta normativa, el embrión in vitro no es considerado persona.

En definitiva, conforme una interpretación sistémica, entrelazada y coherente del ordenamiento jurídico, esto es, teniendo en cuenta todas y cada una de las fuentes normativas y el orden de prelación entre las mismas: la personalidad jurídica comienza, en los supuestos de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Es decir, antes de este momento, es claro que el embrión no es considerado persona desde el plano civil, por lo tanto, es errada toda interpretación que sostenga que la protección jurídica del embrión como persona ocurre desde la unión entre un óvulo y espermatozoide.

Asimismo, cabe destacar que la dialéctica empleada no es caprichosa. Sucede que el Cód. Civ. y Com. en su mencionado art. 2º, determina que "la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento". Por consiguiente, es el mismo Cód. Civ. y Com. el que prevé tal mecanismo de interpretación contemporánea, dinámica, realista y humanista de las normas que lo componen; mecanismo que cobra aún mayor relevancia en aquellos supuestos como el de análisis donde es necesario dilucidar qué se entiende por concepción.

Por otra parte, es dable destacar que ninguna de las normativas citadas han sido tachadas de inconstitucionalidad, por lo cual gozan de perfecta salud constitucional.

Como cierre —bien elocuente— de este primer apartado, es interesante traer a colación el siguiente caso hipotético ideado por el médico especialista en ginecología y obstetricia chileno y perito en el mencionado caso Artavia Murillo, Zegers Hochschild: "la bióloga jefa de un laboratorio de reproducción asistida llega, un sábado de mañana, a revisar las incubadoras que contienen 20 embriones en desarrollo de 4 y 8 células; dado que no tiene a nadie con quien dejarla, la bióloga lleva a su hija de 2 años y la deja en la sala adjunta mientras va a preparar soluciones para ese día. En ese momento, ocurre un incendio y se requiere actuar rápido; un bombero acude al incendio, entra a la zona del laboratorio y se encuentra frente a la alternativa de salvar a la niña o salvar 20 embriones que están en la incubadora; si los embriones de 8 células tienen el mismo valor que la persona, debiera prevalecer el criterio cuantitativo: salvar 20 es siempre mejor que salvar uno; sin embargo, lo más probable es que el bombero salve a la niña, echando mano a un juicio de valor en que prima la persona actual por sobre los embriones" (20).

IV. Persona concebida o en desarrollo y persona nacida

El Cód. Civ. y Com. sigue la noción de concepción como sinónimo de anidación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4º.1 de la CADH que, como ya se ha expresado, data de 1969, época en la cual, la FIV era más una cuestión de ciencia ficción que de realidad, ya que la primera niña que nace mediante esta técnica lo fue en el año 1978, es decir, casi diez años después (21). A pesar de ello, ya el texto de este importante instrumento regional aludía al término "en general", por lo cual, se acepta desde sus orígenes que la protección del derecho a la vida no es absoluta; a lo cual se le adiciona el carácter de gradual e incremental, tal como lo expone su intérprete, la Corte IDH en el mencionado caso "Artavia Murillo".

En este contexto, a mayor posibilidad de nacer con vida (elemento también central para la legislación civil), mayor es la protección jurídica que debe darse; por el contrario, a menor desarrollo y posibilidad de nacimiento con vida, menor es la protección y a la par, mayor fortaleza —desde la innegable ponderación de derechos— de los derechos de la mujer de quien no se discute que es una persona nacida con plenos derechos. Derechos sobre los que además, recae cierto plus de protección constitucional— convencional por la discriminación sistémica de la cual han sido víctimas por un sistema jurídico eminentemente, patriarcal y machista.

Ya el propio Código Civil originario —y se mantiene en el vigente— recepta el principio de gradualidad al considerar que si una persona no nace con vida se lo considera como "si nunca hubiera existido", de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 del Cód. Civ. y Com. (22). Por lo tanto, la legislación civil —no solo la vigente desde agosto del 2015 sino la de fines del siglo XIX— admite que nacer con vida o sin vida tienen diferentes entidades; valorándose con mayor fuerza —y por ende protección jurídica— el nacimiento con vida. En este contexto, es claro que la persona nacida (la mujer) y su derecho a la vida tiene mayor peso que la de un feto o persona por nacer.

Esta observación jurídica tiene su correlato en el campo del derecho penal al regularse con una escala muy diferente el delito de aborto y el de homicidio. En otros términos, la interrupción voluntaria del embarazo no es

considerada o tipificada como delito de homicidio. Veamos, el Código Penal de 1921 dispone, en el art. 79 destinado a tipificar el homicidio simple, que "se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena". Por el contrario, el art. 85, inc. 2° se refiere al delito de aborto asignándole la siguiente pena: "Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer". En este contexto legislativo, es claro que, si bien para la legislación civil la existencia de la persona comienza con la concepción, el tratamiento jurídico y la correspondiente protección legal no es igual cuando se trata de una persona en desarrollo dentro del cuerpo de alguien que cuando la persona ha nacido, se ha separado de aquélla y tiene su propia entidad e identidad. Esto es así, tanto para la legislación civil como para la normativa penal.

Siguiéndose con la lógica que impera en el Código Penal desde 1921, cabe destacar que esta diferencia entre persona nacida y persona por nacer o feto, también se la advierte al regular los supuestos de "aborto no punible". Sucede que, si el feto fuera persona con la misma entidad e identidad jurídica que las personas nacidas, jamás el art. 86, inc. 2° podría haber previsto causales de despenalización. Si el régimen penal recepta causas de despenalización ello significa que, de base, considera que hay una diferencia entre persona no nacida y persona nacida. Precisamente, este debate fue abordado de manera acabada por la Corte Federal en el resonado caso "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva" de fecha 13/03/2012 [\(23\)](#).

Aquí la máxima instancia judicial federal interpreta los supuestos de aborto no punible que regula el Código Penal en el inc. 2° del art. 86 y en ese marco, tuvo que dedicarle algún espacio a desentrañar otro error jurídico muy común de transferencia directa al campo civil. Nos referimos al art. 2° de la ley 23.849, en cuanto estipula que el art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño "debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción". Al respecto, se afirma que ello "no constituye una reserva que, en los términos del art. 2° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del art. 75, inc. 22, de la CN. Esto porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del art. 21 de la Convención, respecto del art. 1° se limitó a plasmar una declaración interpretativa". ¿Qué diferencia existe entre una reserva o una declaración interpretativa? Son figuras o herramientas legales que persiguen objetivos sumamente diferentes; a grandes rasgos, la primera se caracteriza por la intención de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, mientras que la segunda se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance del instrumento. Por lo tanto, se trata de una declaración interpretativa emanada de una ley esgrimida con anterioridad al fallo "Artavia Murillo", así como a grandes reformas legislativas que han venido posteriormente. ¿Acaso, como ya se ha sostenido, las normas no deben ser interpretada de manera dinámica y teniéndose en cuenta tales avances, a los fines de actualizar las "condiciones de su vigencia"?

Más aún, esta diferencia entre persona no nacida o feto y persona nacida también se lo observa en el Cód. Civ. y Com. al regular los alimentos a favor de la mujer embarazada en el art. 655 en los siguientes términos: "La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada". Como se puede observar, no son alimentos a la persona por nacer sino a la mujer por su especial situación de embarazo. Por lo tanto, la única legitimada activa para solicitarlos es la propia mujer y no lo está ningún asesor o defensor de menores en representación de nadie. O sea, un derecho que está en absoluta consonancia con lo dispuesto en el art. 75, inc. 23 de la CN que focaliza, justamente, en esta especial situación en la cual se encuentran las mujeres cuando transitan un embarazo.

Por último, se suele apelar de manera general a la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes para decir que a este grupo social le cabe un plus de derechos y de protección, por lo cual, entre una colisión de derechos entre los adultos (en este caso las mujeres) y los niños/ niñas, prevalecerían los derechos de estos últimos. Claramente, aquí se incurre en un error porque la ley 26.061 regula los derechos de los niños, niñas y adolescentes ya nacidos, no pudiéndose ampliar todas las consideraciones, principios y reglas que allí se exponen para las personas no nacidas o fetos porque ello sería caer en una falacia ontológica: no advertir una diferencia sustancial, no es lo mismo nacer con vida que sin vida o aún no tener una independencia para ser considerada persona con la protección máxima que le brinda el régimen jurídico cuando se produce el alumbramiento y la correspondiente separación de la mujer e individualidad. ¿Acaso no se incurriría en una falacia de aplicar la misma normativa —ley 26.061— a destinatarios con diferencias ontológicas tan disímiles como lo es un feto y una persona nacida? ¿Cómo debería ser satisfecho el derecho a estar inscripto, el derecho a tener un nombre o el derecho a la preservación de los vínculos familiares que regula la ley especial en materia de infancia y adolescencia cuando se trata de personas no nacidas?

En suma, el art. 19 del Cód. Civ. y Com. que regula el comienzo de la existencia de la persona desde la concepción —analizado, como debe ser, de manera sistémica— no constituye un obstáculo para la legalización

de la interrupción del embarazo a tal punto, que esto es lo que se está debatiendo con una fuerza social inimaginable hasta hace algún tiempo. ¿Acaso la gran implosión legislativa acontecida en los últimos años que ha significado una innegable ampliación de derechos, contexto normativo en el que se genera dicho debate, no habría tenido alguna fuerte incidencia? A lo mejor, aquellas voces autorales resistentes y reactivas a todos avances habrán tomado consciencia de las implicancias del Cód. Civ. y Com. en clave de derechos humanos y por eso, se lo pretenda volver a reformar de conformidad con lo previsto en el dec. 182/2018. Todos estos son interrogantes abiertos, muy necesarios por cierto si se pretende alcanzar debates profundos y transparentes en el derecho civil contemporáneo.

V. Brevísimas palabras de cierre

Como cierre y siempre pregonando una mirada crítica del derecho en sentido amplio, es decir, también de clara interpelación al sistema judicial, nos llama la atención que se haya hecho lugar al pedido de un defensor de menores de nombrar un "tutor" de embriones en un supuesto en el que la ex pareja se niega a que la mujer se los transfiera en un proceso de FIV ante la ruptura de la unión. En el fallo se dispone que "en atención a lo solicitado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces y sin que ello implique adelantar opinión sobre el fondo del asunto y falta de legitimación planteada, analógicamente en los términos del art. 109, inc. a) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, designase como tutor ad litem de los embriones almacenados bajo el nro. al Dr. ... quien previa aceptación del cargo dentro del tercer día de notificado deberá tomar conocimiento de estas actuaciones y llenar su cometido conforme a derecho. Notifíquese. Una vez aceptado el cargo, expídase testimonio del presente y de dicha aceptación para el interesado" (24). Un primer interrogante gira en torno a saber cuál sería la función a desarrollar, la que no podría ser visitarlos debido a que los embriones se criopreservan a menos 196 grados y cualquier acción al respecto podría provocar su incorrecto descongelamiento y consecuente pérdida. Una decisión judicial de este tenor a casi 20 años del famoso fallo de la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 03/12/1999 (25) resulta un deja vu muy preocupante, y a la par, constituye otra muestra más de las resistencias que se vienen colocando de manifiesto a lo largo del presente ensayo; por cierto, cada vez más minoritarias porque hoy el ordenamiento jurídico vigente está edificado sobre otros pilares, otra mirada y otra formación. Tal es así, que la Defensoría General de la Nación tiene postura al respecto, y rechaza la intervención de los asesores de menores en "defensa" de los embriones de conformidad con lo dispuesto en el reiterado fallo "Artavia Murillo" y otros contra Costa Rica de la Corte IDH (26). Como síntesis de este intento que tendría en el régimen jurídico contemporáneo poca entidad, se podría decir que ello sucede cuando la resistencia prima más que la razón y los fundamentos jurídicos.

Es que el derecho civil contemporáneo, o sea, el derecho civil constitucionalizado y convencionalizado, tiene otra lógica y otra dinámica que aún ciertas voces doctrinarias y jurisprudenciales no pueden desentrañar; y ello se lo observa con mayor nitidez o elocuencia al analizar ciertas temáticas sensibles como lo es la noción de persona humana y todo lo que se deriva de ello en un ordenamiento jurídico como el vigente, laico y plural.

Como se ha expresado: "No se trata, solamente, de la adecuación de determinados institutos jurídicos, de solucionar ciertos conflictos planteados en la vigencia de los Códigos Civil y de Comercio o de la adopción de criterios regulatorios. La cuestión va más allá, a mi entender: es el diseño de una arquitectura jurídica moderna, dinámica, actual y con una notable perspectiva de futuro. El Derecho muta, cambia y debe amoldarse a las realidades que debe regular. Y ello es claramente receptado en el Código Civil y Comercial que prontamente regirá en su totalidad" (27).

El debate sobre la legalización del aborto ha vuelto a remover tensiones entre lo viejo y lo nuevo en el campo del derecho civil, y ello es lógico, porque las grandes transformaciones culturales nunca han sido sencillas; y si a ello le sumamos una temática que involucra la libertad, la sexualidad y el poder sobre el cuerpo de las mujeres, ello es doblemente complejo. Así son las verdaderas luchas y no hay que temerles, todo lo contrario, enfrentarlas con la pasión y riqueza que generan.

(1) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Aborto voluntario y Derechos Humanos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 51.

(2) Corte IDH, 18/10/2017, "Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf, compulsado el 11/06/2018.

(3) Para profundizar sobre el debate que ha generado este precedente se recomienda compulsar: DALLA VIA, Alberto R., "Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados", LLOnline: AR/DOC/1174/2017; DONZELLI, Belén E., "A propósito del caso 'Fontevecchia', ¿un mal día para el sistema interamericano de derechos humanos?", LLOnline: AR/DOC/1117/2017; GIALDINO, Rolando E., "¿Un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema? El caso 'Fontevecchia y D'Amico'", LLOnline: AR/DOC/1494/2017; GARAY, Alberto F., "En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio", LLOnline:

AR/DOC/492/2017; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos reafirma su competencia y el alcance del control de convencional externo. El caso 'Fontevicchia'", LL Online: AR/DOC/2978/2017; GULLCO, Hernán V., "Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿Quién debe tener la última palabra?", LLonline: AR/DOC/812/2017; HITTERS, Juan C., "Control de convencionalidad: ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los tribunales superiores de los países?", LLonline: AR/DOC/2033/2017; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", LLonline: AR/DOC/498/2017; PIZZOLO, Calogero, "¿Ser 'intérprete supremo' en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación 'creacionista' de los derechos humanos", LLonline: AR/DOC/501/2017; REY, Sebastián A., "En defensa de la Convención. Una respuesta del derecho internacional a los 'elogios' recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso 'Fontevicchia y D'Amico'", DPyC 2017 (julio) Cita Online: AR/DOC/1538/2017; SAGUÉS, Néstor P., "Un conflicto trascendente: la Corte Interamericana y la Corte Suprema argentina. Entre el día 'logo' y el 'choque de trenes'", LLonline: AR/DOC/3021/2017; SANTIAGO, Alfonso, "¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?", LL Online: AR/DOC/493/2017 y SOLÁ, Juan Vicente - GONZÁLEZ TOCCI, Lorena - CAMINOS, Pedro A., "La Corte Suprema y la Corte Interamericana", LLonline: AR/DOC/504/2017; y ZUPPI, Alberto L. - DELLUTRI, Rodrigo, "Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso 'Fontevicchia y D'Amico c. República Argentina'", LLonline: AR/DOC/505/2017.

(4) IGLESIAS, Mariana, "Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 'el embrión no es persona'", Clarín, 09/06/2018, disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/comision-interamericana-derechos-humanos-embrión-persona_0_BySYeRtlm.html, compulsada el 09/06/2018.

(5) COMISIÓN DE ÉTICA EN LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CETCE), "Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado", Buenos Aires, 2014, ps. 5-6, disponible en: <http://www.mincyt.gov.ar/informes/etica-de-la-investigacion-cientifica-tecnologica-y-derecho-el-comienzo-de-la-persona-y-el-tratamiento-del-embrión-no-implantado>, compulsado el 11/06/2018.

(6) COMISIÓN DE ÉTICA EN LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA (CETCE), "Diálogos entre la ciencia, el derecho y la sociedad: el debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo", Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva, 2018, disponible en: <https://www.docdroid.net/D93LKa2/interrupcion-voluntaria-del-embarazo-revision-05-06.pdf>, compulsado el 11/06/2018.

(7) RIVERA LÓPEZ, Eduardo, "El aborto, la ciencia y el consenso posible", disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2018/03/05/el-aborto-la-ciencia-y-el-consenso-posible/> compulsado el 04/06/2018.

(8) En este sentido, ver: BASSET, Ursula C., "Wrongful life/birth: el problema de decidir qué vidas merecen la pena ser vividas", DFyP Cita Online: AR/DOC/4044/2011; LAFFERRIERE, Jorge N., "El art. 19 del Cód. Civ. y Com. y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado", DFyP 2014 (noviembre), 143; LAFFERRIERE, Jorge N., "Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas", LA LEY 2015-A, 789; FERRER, Francisco A. M., "Personas que pueden suceder al causante", DFyP 2015 (abril), 91; FERRER, Francisco A. M., "Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código", LA LEY 2015-E, 864; QUINTANA, Eduardo M., "Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio", DJ 04/03/2015, 10; QUINTANA, Eduardo M., "La Corte Suprema de Justicia de la Nación deniega una técnica lesiva de la vida e integridad física de los embriones. A propósito de la ley de reproducción humana asistida y su decreto reglamentario", eDial.com DC205D; y SAMBRIZZI, Eduardo, "La protección de la vida de los embriones criopreservados", ED [265], nro. 13851.

(9) Sobre la norma proyectada, en los Fundamentos del Anteproyecto —antecedente directo del hoy Cód. Civ. y Com.— se explicaba: "dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, 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". (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, compulsado el 29/03/2018).

(10) KAMADA, Luis E., "El significado genuino de los pronunciamientos de los organismos regionales en materia de derechos humanos en el orden jurídico interno argentino", LLNOA2018 (junio), 1. Cita Online: AR/DOC/759/2018.

(11) Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/12/2012, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, compulsado el 29/03/2018. Tantísimas han sido las voces a favor de este importante precedente, entre tantos ver: HERRERA, Marisa, "La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas", LA LEY 2013-C, p. 1281; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, "El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH", LA LEY 2013-A, p. 907; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, "Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia", LA LEY 2013-D, p. 1037; SABIN PAZ, Eduardo - 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, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 257; DE LA TORRE, Natalia, "Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, nro. V, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 98; HERRERA, Marisa — DE LA TORRE, Natalia, "Hacia una regulación integral de la reproducción humana asistida desde una perspectiva sociojurídica, bioética y derechos humanos", Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, nro. 60, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 327; MUÑOZ, Gerardo F., "Pasado, presente y futuro del art. 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, 2014-184; CERRUTTI, María del Carmen - PLOVANICH, María Cristina, "Persona humana: Comienzo de la existencia", Revista de Derecho de Familia y de las Personas (mayo), LA LEY, 2014-199; CERUTTI, María del Carmen - PLOVANICH DE HERMIDA, María Cristina, "Comienzo de la existencia de la persona", Sup. Act. 27/03/2014, Ed. La Ley, p. 1; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales", Revista de Derecho de Familia y de las Personas (agosto), LA LEY, 2013-24; LUFT, Marcelo E., "Un novedoso fallo que aplica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la utilización de una técnica de fertilización asistida. ¿Es de aplicación obligatoria para nuestros tribunales cuando la Argentina no ha sido parte en la contienda?", Revista de Derecho de Familia y de las Personas (junio), LA LEY, 2013-231; ARGÑARAZ, Mariángel - MONJO, Sebastián, "La fecundación in vitro a la luz del art. 4º.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos 'Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica'", de 28/11/2012", Revista de Derecho de Familia y de las Personas (marzo), LA LEY, 2013-223.

(12) Corte IDH, 26/02/2016, "Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf, compulsada el 02/04/2018.

(13) Conf. CS, Caso "Gioldi" del 07/07/1995, Fallos 318:514, en especial, consid. 11, y el caso "Mazzeo", Fallos 330:3248.

(14) El destacado nos pertenece.

(15) No se alude al término "mujer" en consonancia con la ley 26.743 de Identidad de Género.

(16) CNCiv., sala K, 01/09/2017, "D. P., R. V. c. F., A. E. s/ medidas precautorias", 46126/2015, inédito.

(17) Corte IDH, 18/10/2017, "Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina", disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf, compulsado el 11/06/2018.

(18) Dispone el art. 7º de la ley 26.862: "Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer".

(19) CNCiv., sala J, 13/09/2011, "P., A. c. S., A. C. s/ medidas precautorias", LLOnline: AR/JUR/50081/2011.

(20) ZEGERS-HOCHSCHILD, Fernando, "Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en latinoamérica", en CASADO, María - LUNA, Florencia (coordinadoras), Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica, Ed. Civitas-Thomson, Madrid, 2012, ps. 184 y ss.

(21) Para profundizar sobre este caso, sus particularidades y avances, recomendamos compulsar HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Técnicas de reproducción humana asistida", AA.VV., Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 295 y ss.

(22) Vale recordar el texto sobre el "Nacimiento con vida": "Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume".

(23) CS, 13/03/2013, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", LLOnline: AP/JUR/55/2012. Este resonado fallo ha comentado en tantísimos trabajos elaborados por la doctrina nacional, como ser: CAVALLO, Mercedes — ROSSI, Felicitas, "El caso 'F. A. L.'. Un avance hacia la legalización del aborto", RDP Cita Online: AP/DOC/2242/2012; GULLCO, Hernán V., "La interpretación armónica del Código Penal en el aborto: el fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso 'F. A. L. s/ medida autosatisfactiva'", RDP Cita Online: AP/DOC/2079/2012; HOPP, Cecilia M., "La sentencia 'F., A. L.' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: una decisión sobre aborto y derechos humanos", RDP Cita Online: AP/DOC/4960/2012; y LAMM Eleonora, "El aborto ante la Corte Suprema: una restricción menos, un paso más", JA, julio 2012, 3.

(24) Juz. Nac. Civ., N° 10, 29/05/2018, "C., A. R. c. E., J. L. s/ medidas precautorias", expte. 57290/2017, inédito.

(25) CNCiv., sala I, 03/12/1999, "Rabinovich, Ricardo D.", ED 185-407, LA LEY, 2001-C, 824 y JA, 2000-III, 630, que confirma con algunas modificaciones lo resuelto en la instancia anterior por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 56 en fecha 28/04/1995.

(26) Para profundizar sobre la postura adoptada por la Defensoría General de la Nación se recomienda compulsar HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Técnicas de reproducción humana asistida" en AA.VV., Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 371-372.

(27) BARBIERI, Pablo C., www.infojus.gov.ar. Id Infojus: DACF150378.