

Sr. Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas
de la Universidad de Morón. Escuela Superior de Leyes.

Dr. Carlos Ernst.

.....

Buenos Aires, 6 de abril del 2021

De mi mayor consideración:

Me dirijo a Vd. en relación a la tesis doctoral de la Doctoranda Romano Paula Fabiana intitulada **"INCERTIDUMBRE JURÍDICA EN TORNO AL ESTATUTO Y DERECHOS DE LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOCONSERVADOS. EFECTOS Y PROPUESTAS EN TÉRMINOS DE DERECHOS HUMANOS"**. El presente trabajo de investigación realiza aportaciones muy significativas en el ámbito científico-jurídico. Destacándose rasgos que la configuran como un trabajo riguroso y sistemático que hace avanzar el conocimiento jurídico sobre el objeto citado:

La doctoranda ha optado por un tema difícil. En apariencia, parece un tema muy tratado, como lo es el del estatuto jurídico del embrión. Lo cierto es que es un tema que el derecho positivo hoy no ha zanjado y conviven techos valorativos y normativos inconsistentes entre sí.

La originalidad despunta en la audaz perspectiva formal adoptada por la tesis: la de la incertidumbre derivada del "status jurídico" como un gravamen en materia de derechos humanos y de familia. Esta perspectiva, no explorada a mi aviso hasta la fecha, hace de la tesis en cuestión un aporte único, de enorme valor, al desenvolvimiento de las ciencias jurídicas.

Por otra parte, se valora la sistematización claridad de la estructura y secuencia con la que se presentan los objetivos, variables e hipótesis., así como su correspondencia nítida con los resultados y la discusión. También es adecuada la compulsión de fuentes para la tarea emprendida.

La metodología es consistente y las técnicas que se utilizan en ambos estudios empíricos son de claridad, habiéndose cuidado tanto el diseño como la aplicación de las mismas. Así mismo debe destacarse la metodología mixta del segundo estudio, en la que combina adecuadamente el componente cuantitativo con el cualitativo.

La tesis que queda a consideración del Consejo lleva un largo período de elaboración y reflexión profundas, sesudas diría, de la doctoranda sobre el derecho del embrión y sus

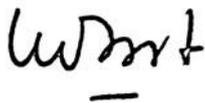
incertidumbres jurídicas. Se trata de un trabajo inteligente, que le requirió una gran dedicación y esfuerzo, y damos testimonio de ello porque hemos acompañado su tenacidad. La investigación es el resumen, una amplia lectura y luego la tesis rezuma el silencio de la reflexión sostenida en la hipótesis.

Formalmente la encuentro bien trabado, hay un razonable tratamiento de fuentes y es honesta en sus referencias en cada caso. La estructura de contenidos permite comprender de un vuelo la línea de su razonamiento.

Para concluir tanto la evaluación interna de la calidad de la tesis como sus indicios externos de productividad permiten concluir que el trabajo doctoral reúne todas las condiciones exigidas a este tipo de resultado académico dirigido al logro del grado de doctor.

Por todo ello se autoriza la presentación de la misma.

Con toda cordialidad, lo saluda.



Ursula C. Basset

Doctora en Ciencias Jurídicas

Profesora Titular de Derecho de Familia y de las Sucesiones

Directora del Centro de Investigaciones en Derecho de Familia

Pontificia Universidad Católica Argentina

Directora de las Carreras de Especialización de Derecho de Familia de la UCALP y la UCASAL

Secretaria General de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas y de la International Society of Family Law



Universidad de Morón.

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES

TESIS DOCTORAL

**"INCERTIDUMBRE JURÍDICA EN TORNO AL ESTATUTO Y DERECHOS DE
LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOCONSERVADOS. EFECTOS Y
PROPUESTAS EN TÉRMINOS DE DERECHOS HUMANOS".**

**Que para acceder al título de Doctor en Ciencias jurídicas presentó la
Doctoranda Paula Fabiana, Romano.**

Directora de tesis: Dra. ÚRSULA CRISTINA, BASSET.

Morón, 6 de abril del 2021



Universidad de Morón

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

TESIS DOCTORAL

**"INCERTIDUMBRE JURÍDICA EN TORNO AL ESTATUTO Y DERECHOS DE
LOS EMBRIONES HUMANOS CRIOCONSERVADOS. EFECTOS Y
PROPUESTAS EN TÉRMINOS DE DERECHOS HUMANOS".**

Que para acceder al título de Doctora en Ciencias Jurídicas,
presentó la Doctoranda Paula Fabiana, Romano.

Coordinador Académico de la carrera: Dr. Justino Mario, Bertotto.

Directora de Tesis: Dra. Úrsula Cristina, Basset.

*"El hombre es la única criatura que se niega a ser quien es" Albert Camus
(1913-1960).*

Por vos SIMONA.

A mí amada familia.

Agradecimientos.

En este trabajo de Tesis acuñado en la Universidad de Morón, es un esfuerzo en el cual, directa o indirectamente, participaron distintas personas. corrigiendo, aconsejando, dando ánimo, acompañando en los momentos de crisis y en los momentos de júbilo. El presente trabajo de investigación me ha permitido aprovechar la competencia y la experiencia de muchas personas que deseo agradecer en este apartado.

En primer lugar, a mi directora de tesis, Dra Úrsula Cristina Basset, mi más amplio agradecimiento por haberme confiado este esfuerzo en persona, por su paciencia ante mi inconsistencia, por su valiosa dirección, para seguir este camino de Tesis y llegar a la conclusión de la misma. Cuya experiencia y educación han sido mi fuente de motivación y de curiosidad durante este tiempo.

A los Profesores de seminario, en especial la Dra Silvana Pezzetta Anderson, quien incondicionalmente me apoyó en el momento más preciso, haciéndome sentir que el camino era el correcto y que mi esfuerzo era valioso, que el final estaba a la vista. Sus opiniones y sugerencias fueron de gran ayuda.

Mi agradecimiento a mis queridos compañeros de cursada, quien me dieron cada uno su personal y valioso soporte. Graciela Besada, Leandro Landó, Juan Coullieri.

A mis colegas, a mis amigos el Dr. Eduardo Clemente García Fabre., quien minuciosamente leyó cada una de las tantas palabras y analizó con la objetividad que le merece, apoyando el valor de la vida como valor supremo.

A mis pequeños grandes hijos: Johanna, Julieta y Laszlo, que este trabajo les brindo para que vean que en la vida todo se puede, con el esfuerzo y la

voluntad, se llega a la meta. El presente, es un punto en el camino, que la vida son propuestas y el tiempo es tirano. Que la edad no es una barrera y la voluntad va por delante. Que de lo que se escoja sea con firmeza. La excelencia va por encima de todo.

Agradezco a mi querido esposo Juan, que después de tanto años sigue acompañándome en mis sueños.

A vos papá, a vos mamá, que entendieron mis ausencias serán siempre los pilares de mi enseñanza, honestidad y firmeza.

A vos Eleonora, mi ángel parlante. Y a todos ustedes que no los nombro pero que están y estarán siempre.

A todos, mi mayor reconocimiento y gratitud.

Paula.

I. Índice.

II. Introducción.

- 2.1. Área de conocimiento.
- 2.2. Tema.
- 2.3. Tema acotado.
- 2.4. Antecedentes del problema
- 2.5. Planteo del problema.
 - 2.5.1. Justificación de la presente investigación.
- 2.6. Objetivo general.
- 2.7. Objetivos específicos.
- 2.8. Hipótesis.
- 2.9. Primeros elementos del Marco Teórico.
 - 2.9.1. Metodología a emplear.
 - 2.9.2. Esquema gráfico metodológico.
 - 2.9.3. Racionalidad y factibilidad de su realización.
 - 2.9.4. Apoyos requeridos.
- 2.10. Plan de actividades y esquema de trabajo.
- 2.11. Bibliografía consultada.

III. Capítulo I. Relevamiento y sistematización de normas y jurisprudencia aplicables a los embriones crio-conservados.

- 3.1. Problemas conceptuales.
- 3.2. Definición de persona humana y su relación con la no humana.
- 3.3. Antecedentes Históricos.
- 3.4. Jurisprudencia aplicable. Fallo de la Corte IDH en el caso de “ARTAVIA MURILLO Y OTROS C/COSTA RICA” el 28/12/2012
- 3.5. Jurisprudencia Nacional. Antecedentes y Normativa.
- 3.6. Jurisprudencia de la Corte Federal.
- 3.7. Protección Constitucional y el derecho a la vida.
- 3.8. Derecho Comparado.
- 3.9. Conclusión.

IV. Capítulo II. Estudio de antecedentes históricos según la crio-conservación del embrión humano. Código derogado y normativa vigente.

- 4.1. Estatuto ético jurídico de la persona humana.
- 4.2. La dignidad humana y persona humana.
- 4.3. Inicios de vida humana.
- 4.4. Comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación.
- 4.5. La concepción., Código Velezano y Código Civil y Comercial de la Nación.
- 4.6. Derecho Argentino. Aplicabilidad del artículo 17 CCyC al embrión in vitro, artículo 57 del CCyC. La prohibición de alteraciones o manipulaciones genéticas.
- 4.7. Conclusión.

V. Capítulo III. Distintas teorías del comienzo de la vida humana y su incidencia en el Código Penal Argentino.

- 5.1. Distintas teorías del comienzo de la vida humana.
 - 5.1.1. Teoría de la fecundación.
 - 5.1.2. Teoría de la formación del Genotipo
 - 5.1.3. Teoría de la implantación en el útero materno.
 - 5.1.4. Teoría de formación de sistema nervioso central.
- 5.2. Incidencia en el Derecho Penal Argentino del embrión extrauterino. Hecho punible y no punible.
- 5.3. Conclusión.

VI. Capítulo IV. Determinación y contextualización disciplinaria del problema analizado.

- 6.1. Crio conservación y congelamientos de personas en nuestro ordenamiento Jurídico.
- 6.2. Postura ética-jurídica y su relación con el derecho.
- 6.3. Adopción de embriones o adopción prenatal.
- 6.4. Crio-preservación de múltiples embriones, y el derecho a elección.
- 6.5. Posturas bioéticas que desechan la personalidad jurídica del embrión crio-preservado.
- 6.6. Técnicas de reproducción humana asistida desde Derechos Humanos como mirada objetiva de análisis.
- 6.7. Introducción: sobre la certidumbre e incertidumbre jurídica: jerarquía de las normas
- 6.8. Conclusión.

VII. Capítulo V. Identificación, contradicciones, inconsistencias y logros normativos respecto del problema analizado.

- 7.1. Estatus Moral del embrión.
- 7.2. Consecuencias en la reducción embrionaria, implicancias y estatus jurídico.
- 7.3. Distintas posturas de los embriones crio-congelados.
- 7.4. Protección del embrión in vitro, su estatus jurídico de persona o cosa.
- 7.5. Logros obtenidos de la conservación de los embriones por tiempo determinado.
- 7.6. Derechos de familia para su constitución, en un marco normativo de derechos contemplados.
- 7.7. Protección constitucional amparados por las Convenciones de Derechos Humanos, Corte Interamericana y Convención Europea. Consideración de derechos y obligaciones del potencial ser por nacer.
- 7.8. Distintas posturas Bioéticas, Bio-científicas y Bio-jurídicas del embrión crio-conservado, embrión in vitro o intrauterina.
- 7.9. Conclusión.

VIII. Funcionalidad y pragmatismo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el siglo XXI.

- 8.1. Los Derechos Humanos y sus implicancias en el sistema Interamericano.
- 8.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el compromiso de su función, en el siglo XXI.
- 8.3. Vinculación de la CIDH en la jurisprudencia y Legislación Nacional.
- 8.4. El Bloque de Constitucionalidad. Los principios y valores.
- 8.5. Los “Principios y Valores” munidos al sistema de fuentes.
- 8.6. Nuevo encuadre sobre la función judicial.
- 8.7. Conclusiones.

IX. Conclusiones finales.

X. Bibliografía Nacional y extranjera.

2. Introducción.

2.1 **Área de Conocimiento:** Derecho Civil, Filosofía del derecho, Bioética.

2.2 **Tema:** La naturaleza jurídica del embrión humano crio-conservado.

2.3 **Tema acotado:** Regulación normativa, posición jurídica y jurisprudencial de la naturaleza jurídica del embrión crio-conservado en la República Argentina.

2.4 **Antecedentes del problema:** Los antecedentes existentes en nuestro país resultan divergentes. La preservación, conservación y disposición del embrión humano, llevan a los legisladores a tomar distintas posturas¹. La preguntas de fondo, 1) el embrión humano es persona potencial y como tal merece igual consideración, respeto de inviolabilidad de su vida como la que se le reconoce a la persona humana en cualquier etapa del ciclo vital, 2) el embrión humano² no es persona potencial sino un grupo celular que aún no está definido como un nuevo individuo, 3) el embrión humano³ antes de su implantación (siete días luego la fecundación) es un organismo en fase inicial de desarrollo, con una naturaleza incompletamente constituida, y por lo tanto no es claro de que ya tenga todos los derechos de una persona humana ya constituida

De estas tres formas de considerar al embrión humano pre-implantacional (uno a siete días post fecundación) se derivan la aceptación o rechazo de la crio-preservación de embriones que por diversas razones no serán transferidos al útero de una mujer, de la destrucción de embriones para obtener células troncales embrionarias para investigación y de la donación o venta de embriones.

En la Argentina y en los demás países latinoamericanos, excepto Costa Rica, no existe legislación sobre manipulación y/o crio-conservación de embriones, límites aplicables a las técnicas de fecundación in vitro y status jurídico de los embriones.

Dentro del marco normativo, se encuentra el destino del embrión⁴

¹ <https://www.lanacion.com.ar/opinion/con-el-impulso-de-la-ciencia-nid1511918>
Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm

² BECA INFANTE. Juan Pablo. Inicio de la vida: Crio-preservación de embriones humanos. Centro de Bioética. Universidad Desarrollo, Chile, 2006. Disponible en: <http://www.bioeticadebat.org/modules/news/article>.

³ STARCK, Christian. El estatuto moral del embrión. Revista Selecciones de Bioética, número 10, 69-77, 2006

⁴ LAMM, Eleonora; "El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, cita Online: AR/DOC/1297

2.5 Planteo del problema.

La deficiente regulación del estatus jurídico de los embriones humanos, genera incertidumbre respecto de las obligaciones y derechos, vinculados a los mismos. Estos problemas generados resultan por considerar la equiparación de los embriones congelados con personas., en consecuencia dar a los embriones congelados el mismo estatus jurídico que el embrión, generaría otros debates en alerta.

Hay inquietudes que resultan de las preguntas:

Proteger a un embrión durante un tiempo ilimitado, ¿Tendríamos que garantizar sus derechos ad- eternum?.

Conservar al embrión congelado durante una cantidad de tiempo límite, ¿Sería dable darlos en adopción plena?.

Arriesgar a la progenitora a llevar un embarazo múltiple, de acuerdo a la cantidad de embriones generados , ¿Serían conducentes para su desarrollo posterior en el útero?.

Todos estos son interrogantes a investigar para considerar el status jurídico del embrión congelado., el mismo, tiene una carga que implica la conservación y mantenimiento en condiciones óptimas para su posterior destino.

2.5.1 Justificación: Considerar el amparo legal de aquellos embriones que son clínicamente conservados es meritorio de un análisis jurídico profundo. El derecho a la vida es un derecho fundamental, inviolable e innato., el mismo trae el nacimiento de derechos y obligaciones. Nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica⁵.

2.6 Objetivo General:

Identificar el conjunto de incertidumbres jurídicas generados por una sub-regulación o regulación deficiente, o reconocimiento de embriones humanos crio-congelados.

2.7 Objetivos Específicos:

- 1- Relevamiento y sistematización de normas y jurisprudencia aplicables a los embriones humanos crio-conservados.
- 2- Estudio de antecedentes históricos según la crio-conservación del embrión humano, código derogado y normativa vigente.

⁵ Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015,

- 3- Determinación y contextualización disciplinaria del problema analizado.
- 4- Identificación y contradicciones, inconsistencias y logros normativos respecto del problema analizado.

2.8 Hipótesis:

La incertidumbre respecto a los derechos y obligaciones relativos a los embriones humanos crio-congelados, desde el punto de partida como sujeto de derecho. Necesitan una resolución del conflicto desde la mirada de los derechos y obligaciones, que contraen los progenitores con los embriones humanos crio-conservados.

2.9 Primeros elementos del Marco teórico:

Desde el punto de vista filosófico, se dijo *“Existe una creciente concienciación de que en una sociedad liberal la gente debería elegir dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizado por elegir alternativas al formato de familia tradicional (heterosexual o monógama), a no ser que esto implique un peligro claro y serio para la sociedad o para el niño recién nacido de tales formas alternativas de procreación (por ejemplo, de relaciones incestuosas). Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla⁶, desde la perspectiva del Derecho”*, este valor paradigmático ha sido citado por la Jurista y filósofa Dra. Eleonora Lamm.”

Atendiendo a la evolución y transformación del hombre como persona humana, en concordancia con las ciencias biológicas, da un abanico de posiciones para la concepción del ser, esto expresado en términos filosóficos, existe una libertad de procreación y elección de la familia que desean conformar. Los métodos empleados y modos de vínculos de pareja no tendrían que ser señalizados ni juzgados por ningún ámbito jurídico., salvo que ello conlleve a un deterioro social y un peligro para el recién nacido por aquellos métodos y alternativas de concepción., salvo que estas manipulaciones produzcan un grave peligro para el niño, la mujer o la sociedad en su conjunto.

Otro Paradigma ha sido defendido en el campo de la bioética y se dijo que: *“La fecundación “in vitro” abre la posibilidad de una concepción fuera del cuerpo de la madre, lo que no significa que el embrión quede sin protección. Por ello, se le debe otorgar idéntico tratamiento al por nacer, cualquiera haya sido la forma en que fue procreado”⁷*

Nuevamente desde el punto normativo la jurista Dra Ursula Basset expresa que” *En ningún siglo, desde que se tiene memoria en el derecho positivo, se permitió a los padres tan amplio margen de disposición sobre los propios hijos como en la actualidad. Es un siglo donde los*

⁶ CHARLESWORTH (1996, p. 78).

⁷ LOYARTE, Dolores y Rotonda, Adriana Esther, *El desafío bioético de la fecundación asistida. Necesidad de protección jurídica del embrión humano*, ED:163, p. 999)

padres disponen de la vida y de la muerte, de la identidad y del lugar a donde van a ser criados, aún si ese lugar fuera inconveniente para los niños”.⁸

Este paradigma expresado por la Dra. Úrsula, Basset, es que en el presente siglo, el abanico de oportunidades que se le brinda a una pareja hétero-homosexual es tan amplia que ello roza al empoderamiento de elección entre la vida y la muerte de sus descendientes, aún así, el lugar donde se desarrollara su centro de vida del recién nacido. Así mismo, este traiga consecuencias peligrosas en un futuro.

2.9.1 Metodología a emplear:

Objetivo 1- Relevamiento y sistematización, análisis - jurisprudencial aplicables a la crio-conservación de embriones humanos, se ha hecho con la metodología descriptiva.

Objetivo 2- Estudio de antecedentes históricos según la crio-conservación del embrión humano, código derogado y normativa vigente, se ha hecho con la metodología descriptiva

Objetivo 3- Determinación y contextualización disciplinaria del problema analizado, se ha hecho con la metodología explorativa.

Objetivo 4- Identificación y contradicciones, inconsistencias y logros normativos respecto del problema analizado., se ha hecho con la metodología explorativa.

2.9.2 Esquema gráfico metodológico:

Capítulo 1: Normativa y jurisprudencia aplicables a la crio-conservación del embrión humano.

Capítulo 2: Antecedentes históricos.

Capítulo 3: Desarrollo de la doctrina contemporánea.

Capítulo 4: Análisis normativo de las contradicciones e inconsistencias del marco regulatorio actual.

2.9.3 Racionalidad y Factibilidad de su realización:

La información se puede coleccionar de bibliotecas físicas y/o virtuales, permitiendo la elaboración de la investigación, análisis y conclusión.

⁸La Hoja On Line fascículo 131 30 de septiembre, jornada de procreación asistida. Diciembre del 2010

REDACCIÓN

MANUSCRITO

CORRECCIONES

PRESENTACION DEFINITIVA

2.11 Bibliografía consultada

III. Capítulo I. Relevamiento y Sistematización de normas y jurisprudencia aplicables a los embriones crio-conservados.

3.1 Problemas conceptuales

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) no se expide respecto al estatus jurídico del embrión no implantado y considera que su protección debe ser objeto de una ley especial. Esta decisión de política legislativa ha sido considerada una renuencia a reconocerle el carácter de persona humana. En efecto, del mismo modo que el CCyC marca la concepción como el comienzo de la existencia de la persona y dispone que el concebido e implantado es titular de derechos y obligaciones que adquiere irrevocablemente si nace con vida, deja fuera de esta regulación al embrión no implantado, que debe recibir una protección diferente en una ley especial. Debate aparte ha generado el alcance de la expresión “concepción” y si esta debe entenderse como sinónimo de fecundación o si exige además la implantación. El CCyC no da una respuesta expresa pero establece pautas para interpretar dicha norma y resolver los casos conforme con los “tratados sobre Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos”. Si bien ningún instrumento internacional hace referencia al embrión ni al comienzo de la personalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vino a traer claridad al respecto en el Caso Artavia Murillo c/ Costa Rica (2012). Tres son las conclusiones a las que arriba este tribunal y que resultan vinculantes para los Estados parte: el embrión congelado no es persona; para que exista concepción es necesaria la implantación en el útero; y la protección del derecho a la vida desde la concepción no es absoluta ni incondicional, sino gradual e incremental y admite excepciones. Por lo demás, una interpretación coherente de todo el ordenamiento jurídico obliga a atender que el CCyC hace una distinción entre embarazo y concepción en diversos artículos y que no presupone la necesidad de implantación; para considerar que la existencia de la persona es a partir de la concepción o fecundación., conduce a la posibilidad prevista por la Ley 26862 de crio-preservar y donar los embriones así como de

revocar el consentimiento a la implantación hasta ese momento. Como queda expresado, el embrión crio-conservado necesita ser amparado por una Ley especial., no obstante es necesaria una norma que proteja a los embriones no implantados. Pero emerge la inquietud de aquellos que desde la Moral y la perspectiva de Dignidad del hombre yacen como elemento esencial. ¿Dónde quedan esos valores que todo ser racional, espiritual y consciente lo diferencia de aquel objeto inerte, vacío sin raciocinio?. Cabe señalar que el embrión no implantado contiene material genético humano de aquellos que han creado con sus gametos un nuevo ser.

¿Es que se necesita de una Ley para que la persona se considere persona?, o no queda claro de que aquel que surge desde el mismo ser produce otro mismo ser con iguales características humanas?.

3.2 Definición de persona humana y su relación con la no humana.

Rationalis naturae individua substantia («substancia individual de naturaleza racional») es la definición clásica de **Boecio**⁹ que se caracteriza por tres notas: la sustancialidad, la individualidad y la racionalidad. ... Por su parte, Kant¹⁰ denomina a la **persona** como aquel ser que es un fin en sí mismo. Abordar la definición de “**SER HUMANO**”¹¹ (al margen de la postura existencialista que niega la esencia universal) pasa por saber cuál es nuestra naturaleza, y ésta según nos ha corroborado la ciencia, es EL GENOMA HUMANO, idéntico en todos nosotros. **LA NATURALEZA HUMANA ES EL GENOMA HUMANO** Otra definición más intuitiva podría ser: “El ser humano es todo aquel individuo nacido de padres humanos” Nos diferencia de otros animales, robots, máquinas inteligentes, criaturas u otros seres con características humanas. El concepto de ser humano así entendido, es un concepto biológico: somos humanos por razón genética. Sin embargo este factor biológico resultará insuficiente para muchos pensadores, que ven el ser humano algo que trasciende a la naturaleza: tiene conciencia de sí mismo, capacidad de pensar y actuar con libertad, sentido del bien y el mal. **TODO ELLO DA LUGAR A LA PERSONA, DISTINTA DEL RESTO DE ANIMALES. SERES HUMANOS Y PERSONAS** El concepto de **PERSONA** es cultural (a diferencia del concepto biológico de ser humano). Se nace humano y se llega a persona. El individuo tendrá que adquirir habilidades y comportamientos propios de la persona: Conciencia de sí mismo, Racionalidad, Sentido del bien y el mal. **PERSONA**: Individuo humano considerado como sujeto autoconsciente, racional y moral. Cada uno de nosotros somos una persona en construcción, ya que la condición de persona no se hereda, sino que se realiza a través de la acción y en contacto con los demás. La persona por tanto, es un producto social, resultado de la vida en común con los otros humanos, de la convivencia y aprendizaje. El sentido filosófico del término persona se lo debemos a Immanuel Kant (S

⁹ Anicio Manlio Torcuato Severino Boecio (en latín, *Anicius Mānkus Torquātus Severinus Bōēthius*), conocido también como San Severino Boecio (Roma, c. 480 – Pavia, 524/525) fue un filósofo y poeta latino romano, actividad que compaginó con su faceta como estadista, traductor de filosofía griega y autor de tratados sobre distintas disciplinas como la música, la aritmética o la astronomía.

¹⁰Immanuel Kant. Es el sujeto de acción moral, que actúa de un modo autónomo y guiado por la razón. El concepto de persona en Kant está ligado al de dignidad y reúne todos los atributos de la ética kantiana.

¹¹ <https://iescantabria.com/wp-content/uploads/2017/06/ETICA>

XVIII) Para él, la persona humana es un agente racional y moral Si Boecio destaca la naturaleza racional e individual de la persona, Kant subraya su capacidad moral, y por tanto, su autonomía. Y esta autonomía es el fundamento de su dignidad (valor que tiene toda persona por el solo hecho de ser persona) La categoría de persona para Kant convierte al ser humano en un fin en sí mismo, es decir, alguien que no puede ser usado como medio para obtener otro fin, y que merece todo respeto y reconocimiento.

“El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina¹², CCyC, aprobado por ley 26.994, sancionada el 1 de octubre del 2014, promulgada el 7 de octubre de 2014 y, según ley 27.077, entrada en vigencia el 1 de agosto de 2015, utiliza la denominación “persona humana” y elimina la definición que contenía el artículo 30 del Código de Vélez (derogado) que hablaba de “persona física”.

El legislador regula diversos aspectos de la persona humana con el fin de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa “personalidad”, tanto en el orden patrimonial como extra-patrimonial.

La característica definitoria de la persona humana en sentido jurídico es, pues, la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta característica constituye a la persona en un sujeto de derecho, independientemente de las características positivas o negativas que cada individuo puede presentar.

Se discute si los animales pueden ser sujeto de derechos pues también ellos son protegidos por el ordenamiento. Para la posición tradicional, la respuesta es negativa. Así, cuando el legislador dicta una norma que prohíbe la caza de determinados animales, para protegerlos contra la eventual crueldad del hombre, no los convierte en personas, ni en sujetos de derecho. Los animales no son sujetos; son objeto de los derechos que titularizan las personas. La categorización de los animales como cosas tiene larga data. Ciertamente, desde los tiempos más remotos, los animales han compartido con el ser humano porciones universo. Las modalidades de las relaciones entre hombres y animales han variado a lo largo de la historia por distintos factores, pero puede afirmarse que, sin el animal, difícilmente el hombre habría podido subsistir”

Para nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, la diferencia entre persona física tomó una connotación más evolucionada, dinámica. El dinamismo propio de la evolución del hombre, coloca al animal no propiamente como sujetos de derecho. Se los considera como objetos de derecho que titularizan las personas. Nuestro ordenamiento sigue discutiendo la postura de que si los animales son sujetos de derecho., la mirada tradicional lo aleja de esa condición, pero lo acerca a una protección por el ordenamiento.

“La protección al ambiente viene produciendo cambios importantes en la materia. Así, por ej., el art. 90 a del código alemán dice: Los animales no son cosas. Están protegidos por leyes especiales. Las disposiciones acerca de las cosas se les aplicarán de forma análoga siempre y cuando no esté establecido de otro modo. En Francia, el art. 8 de la ley del 10/7/1976 precisa que todo animal tiene derecho a una alimentación, a cuidados y a condiciones ambientales adecuadas”.

3.3 Antecedentes Históricos

¹² BORETTO, Mauricio. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Univ. Nac. de Córdoba). Especialista en Sindicatura Concursal (Univ. Nac. de Cuyo). Especialista en Docencia Universitaria (Univ. Nac. de Cuyo). Especialista en Derecho de Daños (Univ. Nac. del Litoral). “XI Premio de Derecho Privado CASTAN TOBEÑAS” (Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, España).

“Vélez Sársfield, en el código civil de 1871, decía que la persona comienza con la concepción **EN EL SENO MATERNO**, con lo que exigía un embarazo. Hoy, 150 años después, Vélez aparece más progresista que muchos de los legisladores que hoy debaten el proyecto de Código Civil y comercial. “Es que se está planteando una fórmula que confiere personalidad jurídica al embrión un vitro, con todas las consecuencias que ello genera. En el código civil derogado el debate en torno a si el embrión in vitro era o no persona pasaba por determinar qué se entendía por la frase: *"concepción en el seno materno"*. Esta terminología utilizada por Vélez Sarsfield que hablaba de concepción, pero al mismo tiempo exigía que fuera *"en el seno materno"* daba lugar a dos grandes posturas.

Una parte de la doctrina nacional sostenía que los arts. 63 y 70 del Código Civil determinaban que la existencia de la persona humana comenzaba con su concepción. La referencia a que la concepción opere "dentro del seno materno" que Vélez Sarsfield hizo, no debía interpretarse literalmente, ya que en la época del codificador no existía otro medio de concepción más que el natural. A lo sumo, se argumentaba que el artículo fue redundante, pero que en la actualidad ninguna duda cabe acerca de la equiparación de cualquier tipo de concepción, uterina o extracorpórea. Como se puede observar, esta tesis identifica la concepción con la fecundación. Por el contrario, la doctrina mayoritaria sostenía que el Código Civil al hablar precisamente de la concepción "en el seno materno", los embriones in vitro, es decir, aquellos que han sido fecundados pero están fuera del seno materno, no serían persona”.

Los conceptos de fecundación y concepción no son diferentes en el nuevo Código Civil de Argentina (Ley Nacional N° 26994). *La jurista Aída Kemelmajer de Carlucci explica así las diferencias en una entrevista de la cual se han extraído los fragmentos siguientes:*

El artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica dice que la vida se protege, en general, a partir de la concepción. Por lo tanto, no hay que tenerle miedo a la palabra "concepción", que, insisto, está en esta Convención, que tiene rango constitucional. La cuestión está en saber qué quiere decir la palabra "concepción".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo c/Costa Rica, señaló con toda claridad tres cosas. Primero, la palabra "concepción" no es sinónimo de fecundación. Un óvulo femenino puede estar fecundado por un gameto masculino, pero la mujer no estar embarazada porque ese óvulo fecundado no ha anidado. Tanto es así que ese óvulo fecundado puede ser despedido por la mujer y ni ella misma darse cuenta; en ese caso, a nadie se le ocurriría decir que esa mujer abortó, o que había ya una persona. Segundo, si la concepción requiere el cuerpo de una persona con órganos femeninos y un óvulo fecundado que haya anidado, está muy claro que un óvulo fecundado in vitro (un embrión in vitro), mientras no sea implantado, no tiene derecho a la vida ni es persona; por eso, un médico que hace reproducción humana asistida puede elegir qué embrión va a implantar, por ser más viable que otro y, con el consentimiento informado de las personas a las que asiste, descartar los que no son viables, o tienen graves fallas genéticas. Tercero, el embrión naturalmente formado a través de una relación sexual, aún anidado, no tiene un derecho absoluto, pues sus derechos también dependen de los de la mujer que lo anida en su cuerpo y de quien él depende.

La Corte Interamericana ha explicado que los derechos de ese feto son mayores mientras más desarrollo adquiere; o sea, mientras más posibilidades tienen de vida independiente; en cambio, en el primer período, mientras está menos desarrollado, mayores son los derechos de la mujer a decidir. *Artículo 68 I. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a*

cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, en cuanto Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su artículo 29 sobresale que existe insoslayable pautas de interpretación al redactarlo como Normas de Interpretación. En la derogada legislación era impensable la alternativa de concepción fuera del útero materno. Por los años en que Vélez Sarsfield confeccionó nuestro Código Civil, no existía otra alternativa que la absolutamente natural.

Era llevar al plano metafórico el origen de una persona que no fuera producido en el seno materno.

La normativa fue evolucionando a los niveles de la actualidad, donde su dinamismo y concreción de hechos van siendo incorporados a la medida de la misma evolución del hombre y sus necesidades.

Como existe en la actualidad las Leyes 26618, de matrimonio igualitario y la Ley 26862 de cobertura de reproducción asistida.

Son puntos impensados e inusitados para nuestro antepasado legislador.

No se puede dar la espalda al avance de la ciencia y a una técnica que en la actualidad utiliza nuestra Nación, que permite nada menos que la concreción de ser padres quienes en un pasado fuera no soñado.

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, máxima instancia jurisprudencial del Pacto San Jose De Costa Rica, que Argentina no solo ratificó sino que le otorgó jerarquía constitucional, ya respondió esto de manera contundente en el caso Artavia Murillo y otros c/Costa Rica. Argentina no ha sido parte. En este caso, la Corte ratificó que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente, ya que prohibirlo viola a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y d) el principio de no discriminación.

*Pero además, esta corte se pronuncia sobre el nudo de la cuestión: si el embrión es o no persona, zanjando la discusión. La Corte afirma que el término “concepción” al que alude la Convención Americana, y que utiliza el proyecto de Código Civil, se refiere al momento en que se produce la implantación. Afirmó de manera contundente que un embrión in vitro, NO es persona y agregó que las tendencias en el derecho internacional y comparado no conducen a considerar que el embrión deba ser tratado de igual manera que una persona nacida, ni que titularice un derecho a la vida”.*¹³

Si bien la Corte Interamericana afirma que el término “concepción” se refiere al momento de la transferencia del embrión para su posterior anidación e implante., afirma de manera contundente su postura cuyo embrión, NO es persona, cabe señalar que ese producto de la unión de los gametos, femeninos y masculinos, contienen un potencial humano inigualable, y que si bien el embrión no es autónomo es el desprendimiento de aquellos sujetos de derecho que lo han conformado a su semejanza.

Más allá, de las posturas de los juristas, y especialistas en bioética, el embrión humano tiene un solo derecho, que es ni más ni menos que a la propia existencia y su consiguiente derecho a la vida.

El embrión, por sí sólo no ha pedido ser creado, es sólo el hombre en plenitud de facultades ha generado a ese ser vivo que está al pendiente del destino para la propia existencia autónoma. Más allá de las calificaciones que los legisladores y juristas quieran propiciar, el

¹³ LAMM, Eleonora. GACETA. Mercantil.com 13 de Noviembre del 2013.

embrión es un ser vivo, generado por aquellos que disponen de su consciencia y que espera su evolución como cualquier otra persona a su tiempo.

Vélez Sarsfield, pronunció claramente en su normativa hoy derogada el artículo 63: consta: Son personas por nacer, las que no habiendo nacido, están concebidas en el seno materno.

Artículo 70 Código Civil de la Nación. Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas., y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Nuestra legislación, haciendo una línea comparativa concepción desde el seno materno, se proyecta desde que los gametos femeninos y masculinos por la mano del hombre quedan unidos científicamente, médicamente, conformando un potencial sujeto al momento de su creación. El Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina¹⁴ obliga a los Estados parte a proteger la dignidad y la identidad de todo ser humano, y garantizar —a toda persona, sin discriminación— el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. El International Committee for Monitoring ART (ICMART), entidad responsable de la colección y difusión de datos de TRA a nivel mundial, publicó el primer glosario de terminología de TRA en 2006¹⁵. Ese glosario en particular fue el resultado de las conversaciones de los participantes en una reunión internacional sobre “*Aspectos Médicos, Éticos y Sociales de la Reproducción Asistida*”, organizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2001. Queda expresamente definido que las Técnicas Humanas de Reproducción asistida su definición implacable según la Organización Mundial de la Salud como: Técnicas de Reproducción Asistida (TRA): todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Con el fin último de que hábitat natural del embrión es sin lugar a duda el seno materno. Para dar una mirada jurisprudencial podemos citar al fallo PORTAL DE BELÉN C/MINISTERIO DE SALUD S/AMPARO., DERECHO A LA VIDA. PÍLDORA CON PRESUNTOS EFECTOS ABORTIVOS 05/05/2002 – Corte Suprema de Justicia de la Nación. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales dispuso: “Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” A partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado el derecho a la vida. Los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1. del Pacto de San José de

¹⁴ CONSEJO DE EUROPA, "CONVENIO SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA". [CONSULTA: 17 DE SEPTIEMBRE, 2016]. DISPONIBLE EN: <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

¹⁵ Zegers-Hochschild F, Nygren KG, Adamson GD, de Mouzon J, Lancaster P, Mansour R, Sullivan E. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies, The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies (ICMART) glossary on ART terminology. *Fertil Steril* 2006;86:16–9. 6. Zegers-Hochschild F, Nygren KG, Adamson GD, de Mouzon J, Lancaster P, Mansour R, Sullivan E. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies. The ICMART glossary on ART terminology. *Hum Reprod* 2006;21:1968–70.

Costa Rica establece: “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”. Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé en su art. 70, en concordancia con el art. 63 que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”. Se es persona a partir de su fecundación.

3.4 Jurisprudencia aplicable. Fallo de la Corte IDH en el case de “ARTAVIA MURILLO Y OTROS C/COSTA RICA” el 28/12/2012

La sugerencia que invoca el fallo Artavia Murillo c/ El Estado de Costa Rica me obliga a hacer referencia al significado esencial de “personas humanas”. De allí parte sus orígenes, la fecundación, la concepción y la naturaleza jurídica del embrión humano. Es meritorio realizar un relevamiento del fallo dictado por la Corte Interamericana, y los alcances que tiene en nuestro Derecho.

Una simple síntesis de los hechos que suscitaron la inminente intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la que surge la decisión, los argumentos tanto en la mayoría como aquel voto disidente, para que posteriormente se haga doctrina., otorga la viva definición para nuestra normativa de la diferencia que existe entre personas humanas o físicas, y el desprendimiento del estatus jurídico del embrión humano.

La consideración que aquel embrión no implantado sea o no merecedora de algún tipo de protección y en su caso, ¿cuál sería su límite?. ¿Cuál es el grado de protección que, desde el punto de vista del concepto de persona, se infiere del fallo “Artavia Murillo”? y ¿cuál es el grado de asimilación de esa resolución que la doctrina luego lo asimila?, y la misma, ¿se plasma en la legislación nacional?.

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA *1. El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana (en adelante “escrito de sometimiento”), de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica (en adelante “el Estado” o “Costa Rica”). La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 19 de enero de 2001 por el señor Gerardo Trejos Salas. El 11 de marzo de 2004 la Comisión Interamericana aprobó el Informe de Admisibilidad No. 25/043 . El 14 de julio de 2010 la Comisión aprobó el Informe de Fondo 85/104 , de conformidad con el artículo 50 de la Convención Americana (en adelante también “el Informe de Fondo” o “el Informe No. 85/10”), en el cual realizó una serie de recomendaciones al Estado. Luego de conceder tres prórrogas al Estado para el cumplimiento de dichas recomendaciones, la Comisión decidió someter el caso a la Corte. La Comisión designó como delegados al Comisionado Rodrigo Escobar Gil y al entonces Secretario Ejecutivo Santiago A. Canton, y designó como asesores legales a las señoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretaria Ejecutiva Adjunta, y Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi y Rosa Celorio. 2. La Comisión indicó que el caso*

se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación in vitro (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (en adelante "Sala Constitucional") de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres. 3. La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

Hechos.

-Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000. - El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo. - Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.

En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. En el artículo 2° se definían las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”. Las normas del Decreto Ejecutivo No. 24029-S que regulaban específicamente la técnica de la FIV cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad, eran las siguientes¹⁶.

Artículo 9.- En casos de fertilización in vitro, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

¹⁶ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 85 y 86)

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Artículo 11.- Quedan absolutamente prohibidas las maniobras de manipulación del código genético del embrión, así como toda forma de experimentación sobre el mismo.

Artículo 12.- Queda absolutamente prohibido comerciar con células germinales – óvulos y espermatozoides – para ser destinados a tratamiento de pacientes en técnicas de reproducción asistida, sean éstas homólogas o heterólogas.

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, debiendo remitirse el asunto en forma inmediata al Ministerio Público y al Colegio Profesional respectivo, para establecer las sanciones correspondientes.

Sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000

De conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma “cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”. Basándose dicha norma, el 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle¹⁷ presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida¹⁸. El solicitante requirió que: “i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declarara inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) “se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelvan a producir”. Entre los argumentos que se alegaron en la acción de constitucionalidad se encuentran los siguientes: i) “el porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural”; ii) “la práctica generalizada [de la FIV] violenta la vida humana [y] por las características privadas y aisladas [...] en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”; iii) “la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense; iv) se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño; v) se arguyó que “el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, ...] no cura [...] una

¹⁷ Hermes Navarro del Valle. Fundó su presentación en lo dispuesto en el artículo 31 del Código Civil de Costa Rica y textos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño y Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos. “No sólo la práctica generalizada de la FIV violenta la vida humana, sino que, por las características privadas y aisladas en que se desarrolla, sería de difícil implementación y control del Estado, que no podría garantizar que se cumpla el procedimiento mencionado [Decreto Ejecutivo 24.029-S].

¹⁸ Acción de inconstitucionalidad presentada el 7 de abril de 1995 (expediente de anexos a la contestación, tomo VII, folios 10455, 10456, 10458, 10464, 10465 y 10466).

enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y vi) “tan violatorio es el eliminar concebidos, o sea niños, tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”

El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia¹⁹, mediante la cual declaró “con lugar la acción y se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”⁸⁴. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución”. Por otra parte, al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló lo siguiente: La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. [...] Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva - primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. [...] Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un óvulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico²⁰. Asimismo, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”²¹. Para su fundamentación, la Sala

¹⁹ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 76 a 96).

²⁰ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88 y 89)

²¹ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 94)

Constitucional indicó que: i) “el ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho a la vida se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”²². Por otra parte, la Sala Constitucional manifestó que “la normativa internacional [...] establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana”²³, para lo cual citó el artículo I° de la Declaración Americana, el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4° de la Convención Americana. Respecto al artículo 4° de la Convención, la Sala consideró que “este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho a la vida a partir del momento de la concepción, además se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos”²⁴. También la Sala hizo referencia al artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Sala concluyó que “las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”²⁵.

La decisión de la Sala fue resistida por un número de personas incluyendo a dos empresas vinculadas a las tecnologías de reproducción humana asistida, ocurriendo todos los integrantes (posibles víctimas) por ante la Comisión Interamericana.

Los actores, alegaron que la sentencia de la Sala se traduciría en la prohibición absoluta de la utilización de la FIV, lo que resultó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a la capacidad de una conformación familiar., concluyendo a una violación al derecho de igualdad de las presuntas víctimas., colocándolos en una situación desventajosa respecto a la posibilidad de tener descendencia biológica. El tratamiento FIV daba el beneficio de superar los escollos que tiene una enfermedad como la esterilidad e infertilidad que impide la normal concepción de un niño.

Al desestimar la legitimación de las instituciones, derecho a la vida privada y familiar a formar una familia²⁶. La Comisión presentó el caso a la CIDH, emitiendo sentencia el 28 de Noviembre del año 2012, declarando al Estado de Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la

²² Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 88, 90).

²³ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 90).

²⁴ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 91).

²⁵ Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folio 92).

²⁶ GARCÍA MELE, Santiago Julián. Concordancias Arts. 1, 2, 18, 19 y 27 CADH; 14 Bis, 20, 75 inc. 19, 22 y 23 CN; 6 DADDH; 16 DUDH; 2 y 10 PIDESC; 16 y 23 PIDCP; 15 y 16 CEDM; Convención de Nueva York de 1962 sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para contraerlo y el Registro de ellos, 3 y 9 CDN.

Fecundación in Vitro y vulnerando los derechos de la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal.

Derechos que fueron vulnerados: Convención Americana sobre los Derechos Humanos Arts. 1 (obligación de respetar los derechos); 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la integridad personal); 7 (Derecho a la libertad personal); 8 (Garantías judiciales); 11 (Protección de la honra y de la dignidad); 24 (Igualdad ante la Ley); 25 (Protección judicial). 27 (Protección a la familia).

El fallo fue conformado por el voto de seis de sus siete miembros, no participo de la deliberación, ni suscribió el *dictum* el vicepresidente Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidad Costarricense, de conformidad a lo prescrito en el artículo 19.1 del Reglamento de la CIDH. Cinco de los votantes integraron la mayoría: un voto fue suscripto por Leonardo A. Franco, Margarete May Macaulay y Alberto Pérez Pérez. Y otro por Diego García – Sayán al que se adhirió Rhadys Abreu Blondet. Hubo el voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi.

Este voto disidente deviene de la postura que la Convención Americana sobre derechos Humanos hace hincapié en el Art 4.1 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**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Inaplicabilidad del artículo 4.1 al presente caso. *“Y lo que señala ahora la Sentencia, resulta funcional a las afirmaciones que hace posteriormente en orden a que: “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 artículo 4 de la Convención”; “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión “el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana”; Como es evidente, el cambio jurisprudencial que significa la Sentencia es muy relevante. Para fundamentarlo, en la Sentencia se recurre a la interpretación de los términos “concepción” y “en general”, por entender que “para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la “concepción” y al “ser humano” y al hacerlo recurre a la interpretación conforme al sentido corriente de los términos, a la interpretación sistémica e histórica y a la interpretación evolutiva, métodos que se encuentran previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena”²⁷.*

Método del sentido corriente de los términos. *Es éste uno de los aspectos en el que el presente voto disiente de la Sentencia, en mérito de que ésta procede sobre la base de que el “alcance” de los términos “concepción” y “ser humano” que utiliza la Convención, “debe valorarse a partir de la literatura científica”²⁸. Y es que la Sentencia no tiene en cuenta que, no habiéndole dado la Convención a cada uno de esos términos “un sentido especial” en que*

²⁷ Artículo 31. REGLA GENERAL DE INTERPRETACIÓN 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Artículo 32. MEDIOS DE INTERPRETACION COMPLEMENTARIOS Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31.

²⁸ Párr. 176 Fallo Artavia Murillo/ El Estado de Costa Rica.

constara “que tal fue la intención de las partes” de la misma²⁹ ni habiendo tampoco hecho remisión, para estos efectos, a la ciencia médica, lo que corresponde es atenerse al “sentido corriente” que se le atribuye a tales términos, que no es otro que el sentido natural y obvio expresado en el faja el diccionario, el que, como ya se indicó, entiende por concepción la unión del óvulo con el espermatozoide. No corresponde, pues, para valorar o entender el sentido y alcance de los referidos términos, recurrir a la ciencia médica, toda vez que no es lo que esta última entienda como “concepción”, sino lo que los Estados Partes de la Convención entendieron por ello y que, se reitera, se expresa en el sentido corriente de esa palabra, expresada en el diccionario, el que, por lo demás y como también ya se indicó, coincide con la postura que, sobre la materia tiene parte muy relevante, quizás la mayoritaria³⁰, de la ciencia médica³¹. Lo que ésta exprese es válida en la medida en que haya sido incorporada en el Derecho o éste se remita o reenvíe a ella, lo que, empero, no acontece en el presente caso. Sobre el particular, es menester adicionalmente llamar la atención acerca de que la Sentencia afirma que “algunas”... “que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena”... “pueden ser asociadas a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones”,.... “concepciones” que “no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten”³². Tal afirmación es correcta. Empero, no se condice con la posición que en definitiva asume la Sentencia en esta materia. Efectivamente, mientras reprocha que la Resolución del Estado que motivó esta causa haya optado “por una de las posturas científicas sobre este tema para definir desde cuando se consideraba que empezaba la vida” y que “... entendiera “que la concepción sería el momento en que se fecunda el ovulo y asumió que a partir de ese momento existía una persona titular del derecho a la vida”³³, ella opta por otra de las posturas, a saber, aquella que diferencia “dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación” y que consecuentemente sostiene que “sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”³⁴. Para sustentar lo anterior, la Sentencia acude a dos razones. Una, de orden científico, esto es, “que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede”³⁵. Y la otra “que, al momento de redactarse el artículo 4° de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación”, por lo que, “al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación”³⁶. En cuanto al primer argumento, es del caso considerar que, existiendo varias posturas científicas tanto en lo atinente a lo relativo al “comienzo de la vida”³⁷ cuanto al concepto de “concepción”, como la misma Sentencia lo reconoce³⁸, se inclina empero, por

²⁹ Art. 31.4 de la Conv. de Viena.

³⁰ Notas 265 a 3284 de la Sentencia

³¹ Párrs. 182 a 184.

³² Párr. 185

³³ Párr. 177

³⁴ Párr. 186

³⁵ Párr.187

³⁶ Párr. 187

³⁷ Párr.177.

³⁸ Párrs. 180 a 185.

una, la de que la concepción se produce al momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer, sin analizar los argumentos de las otras y, particularmente, de aquella que considera que “[l]a vida humana inicia en la fusión espermatozoide-ovulo, un ‘momento de concepción’ observable”³⁹, descartándola sin más. Ahora bien, esa posición de la Sentencia parece no tener correspondencia con lo que ella misma señala, por una parte, en cuanto a que “el primer nacimiento de un bebe producto de la Fecundación in Vitro ocurrió en Inglaterra en 1978” y que “en Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la Fecundación in Vitro y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina”⁴⁰, y por la otra parte, en orden a que “la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”, ya que “antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer”. Efectivamente, de esas afirmaciones se desprende que no era, entonces, posible que en la época en que se suscribió la Convención, es decir, en 1969, se pudiese saber que era posible que “concepción” y “fecundación” eran dos fenómenos distintos, absolutamente diferenciables. Y de allí, por lo tanto, que no es compartible la aseveración de que “la definición de “concepción” que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado”. Puede que lo sea para algunos científicos en medicina, pero la definición de los redactores al respecto sigue manteniéndose en el Derecho aplicable. Y con ello procede abordar la segunda razón invocada en la Sentencia como fundamento de su posición, cual es, el ya en el diccionario de la época, 1969, “diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación.” Ya se ha señalado (infra...) que ello en rigor, no es así. En la edición de 1959 del Diccionario no resulta evidente que los términos “concebir” y “fecundar” fuesen considerados antagónicos, distintos. Pero, además, no hay que olvidar que en la edición de 1970 del Diccionario, esto es, la del año inmediatamente posterior al de la suscripción de la Convención, y hasta la vigente edición del mismo, mientras el término “concebir” es entendido como “quedar preñada la hembra” y el término “preñar” lo es como “empreñar, fecundar o hacer concebir. Finalmente y siempre en el ámbito del empleo por la Sentencia del método del sentido corriente de los términos, ella afirma que “la interpretación literal indica que [la] expresión “en general” se relaciona con la previsión de posibles excepciones a una regla particular”⁴¹, concluyendo que “la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla”⁴². Sin embargo, ya se ha señalado en este escrito (infra...) lo que el Diccionario entiende por “en general”, lo que no dice relación alguna con excepcionalidad o excepciones. Si en la Convención se hubiese querido establecer una excepción, en vez de afirmar “y, en general a partir de la concepción”, se hubiese dispuesto, por ejemplo, “y, excepcionalmente a partir de la concepción”, lo que no se hizo, precisamente para indicar que, en todo caso y en cualquier evento o circunstancia y quizá de una manera un tanto distinta, , la protección que la ley debe dar al derecho de “toda persona ... a que se respete su vida”, se hará a partir de la concepción de esa persona.

- **Regla del sentido especial de los términos.** Desde una perspectiva metodológica, no se puede compartir lo recién indicado, ya que la referencia que formula al artículo 31.4 de la

³⁹ Párr. 182

⁴⁰ Párr.66

⁴¹ Párr.188.

⁴² Párr.189

Convención de Viena es hecha fuera de su propio entorno. Efectivamente, esa norma se inserta, como la final o última, de las normas que conforman lo que se conoce como la regla general de interpretación, constituyendo dentro ésta, la regla del sentido especial de los términos, que es excepción a la del sentido corriente de los mismos. De modo, pues, que no forma parte de las normas que integran los medios complementarios previstos en el artículo siguiente al mencionado, esto es, el 32 de la Convención de Viena.

Regla del contexto y del desarrollo progresivo o evolutivo. *Pues bien, en mérito de que el Estado los ha invocado, la Sentencia alude a la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴³, el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer⁴⁵ y la Convención de los Derechos del Niño⁴⁶ y lo que se dispone en los Sistemas Universal⁴⁷, Europeo⁴⁸ y Africano de Derechos Humanos⁴⁹, así como lo que señala en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁰ y de siete tribunales constitucionales nacionales⁵¹. Y lo hace en el marco de la interpretación sistemática e histórica, aunque respecto de algunos lo debería hacer en el de la regla del contexto, prevista en el artículo 31.2 de la Convención de Viena y, en cuanto a otros, en la regla del desarrollo progresivo del derecho, contemplada en el artículo 31.3 de la misma. Empero, tales acuerdos e instrumentos no revisten las características para ser considerados como instrumentos o acuerdos celebrados con ocasión o en relación con la Convención y, por ende, que puedan ser tenidos en cuenta para la interpretación de ésta. Tampoco hacen, en rigor, referencia a la práctica ulteriormente seguida por los Estados Partes de la Convención en la aplicación de ésta por la cual conste el acuerdo de ellos acerca de su interpretación. Y en lo atinente a las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre los Estados Partes, es evidente que ellas no son “pertinentes” al caso, tal como lo mandata el artículo 31.4 de la Convención de Viena.*

Regla sobre prevalencia de ley especial sobre ley general. *Y es quizá por lo mismo que ninguno de ellos contiene una disposición como el artículo 4.1 de la Convención⁵², el que, por ende, constituye una peculiaridad del sistema interamericano de derechos humanos, circunstancia que, sin embargo, la Sentencia no considera al interpretarlo. Ella, consecuentemente, omite una regla de interpretación del Derecho en general y no solo del Derecho Internacional, incluido el Derecho de los Tratados, a saber, “ley especial prevalece sobre ley general”.*

Incapacidad. *Habida cuenta todo lo afirmado precedentemente, no se comparte la conclusión a la que arriba la Sentencia en lo atinente a la interpretación sistemática de la Convención y de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuando señala que “no es*

⁴³ Párr.224

⁴⁴ Párr.225.

⁴⁵ Párrs.227 y 228.

⁴⁶ Párrs. 229 a 233

⁴⁷ Párr. 226.

⁴⁸ Párr.234.

⁴⁹ Párr.243

⁵⁰ Párrs.236 a 242

⁵¹ Párrs.252, 261 y 262

⁵² 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes

factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno” de los artículos de esos textos, puesto que olvida lo que implican los conceptos de incapacidad absoluta y relativa de las personas que contemplan los distintos ordenamientos jurídicos y que impiden o limitan el goce de sus derechos, sin que por ello dejen de ser personas. Pero, menos se puede coincidir aún con lo expresado en la Sentencia en orden a que “teniendo en cuenta lo ya señalado en el sentido que la concepción solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer (infra...), se puede concluir respecto al artículo 4.1 de la Convención que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la protección del no nacido se realiza fundamentalmente a través de la protección de la mujer...”⁵³ Y no se puede coincidir con lo afirmado en este párrafo ya que, por de pronto, entiende a la concepción como un fenómeno que “solo ocurre dentro del cuerpo de la mujer”, lo que es correcto, pero que, al hacer referencia a otro párrafo, se está sosteniendo ello sobre la base de que “la concepción o gestación es un evento de la mujer, no del embrión”, lo que conduciría a considerarlo que se trata de un asunto que únicamente empecería a la mujer embarazada. No se puede compartir lo sostenido en dicha párrafo dado que, en segundo término, si se hubiese querido señalar que la protección del derecho del no nacido “a que se respete su vida” se realizaría a través de la protección de la mujer embarazada, así expresamente se hubiese dispuesto, lo que no acontece. En tercer lugar, no se coincide con lo afirmado en la Sentencia, ya que el artículo 4.1 de la Convención, tal como está redactado, es suficiente para proteger a la mujer embarazada y, consecuentemente, al no nacido, protección que asimismo se expresa en lo prescrito en el artículo 4.5 de la Convención, atinente a la prohibición de aplicar la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez, en el Protocolo de San Salvador y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, citados aquél y ésta por la propia Sentencia⁵⁴, instrumentos todos de los que se desprende que la mujer embarazada es sujeto de derechos humanos y no objeto o instrumentos de los mismos. En síntesis, se discrepa de lo dicho en el transcrita párrafo pues él conduce a estimar que el concebido o no nacido y no solo el embrión hasta antes de su implantación, no tiene, per se, el derecho “a que se respete su vida”, sino que ello dependería no solo de que se respete ese derecho de la mujer embarazada sino también que ésta quiera respetar el que le correspondería a aquél, eventualidad ésta que se aleja en demasía de la letra y el espíritu del artículo 4.1 de la Convención y que, como es evidente, se relacionan con temas como el del régimen jurídico del aborto.

*- **Interrogantes sin resolver.** La Sentencia expresa que, en atención a que el “derecho absoluto a la vida del embrión” como base para la restricción de (otros) derechos ..., no tiene sustento en la Convención Americana”, “no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos” requeridos para que un derecho pueda ser restringido, vale decir, que las “injerencias no sean abusivas o arbitrarias”, que estén “previstas en ley en sentido formal y material”, que persigan “un fin legítimo” y que cumplan “con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”⁵⁵. Sin embargo, procede, pese a todo, a ese análisis, para “exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión”⁵⁶ y con*

⁵³ Párr.222

⁵⁴ Párr.222.

⁵⁵ Párr.273

⁵⁶ Párr.273.

ello incurre, como se expresó, en una contradicción, habida cuenta que confronta ese sacrificio, no con la aplicación de un derecho, que en este caso y según la Sentencia, se reitera, no se aplica y que, de haberlo sido, implicaría una armonización entre los derechos en juego, sino con la prohibición de emplear la técnica de la Fertilización in Vitro. Obviamente, en tal comparación el resultado no puede ser otro que el que indica la Sentencia⁵⁷ y ello, en mérito de que, se reitera, no confrontan dos derechos sino algunos con una técnica.

Pero, aún en ese caso y respecto a la referida técnica, la Sentencia no puede desprender de los antecedentes sino conclusiones muy parciales. Efectivamente, ya se ha indicado que no es en la mayoría de los Estados Partes de la Convención, sino únicamente en once de los veinticuatro, donde se practica la reproducción asistida, una de cuyas técnicas es la Fertilización in Vitro y que algunos de ellos se prohíben ciertos procedimientos vinculados a aquella. Pues bien, lo que se colige de esos datos, no es “que la Convención permite la práctica de la FIV”⁵⁸, sino que la mayoría de los Estados Partes de aquella no han expresado nada al respecto, probablemente en mérito de que han entendido que tal técnica no ha sido, per se, regulada por el Derecho Internacional y, por lo mismo y dado, además, que la Sentencia desvincula lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención de la situación del embrión, al menos hasta el momento de su implantación en el útero de la mujer, ella formaría parte de su jurisdicción interna, doméstica o exclusiva⁵⁹

CONSIDERACIONES FINALES. *Al dar las razones, como se ha hecho precedentemente, por las que no se comparte la Sentencia, se procura al mismo tiempo poner de relieve la importancia que tiene un asunto como el de autos, en donde está en juego nada menos lo que se entiende por “derecho a la vida” y cuando esta última comienza. En rigor, en ello se ponen en juego no solo concepciones jurídicas, sino también filosóficas, morales, éticas, religiosas, ideológicas, científicas y de otros órdenes, todas las cuales muy legítimamente concurren, en tanto fuentes materiales del Derecho Internacional, a la formación de la correspondiente norma jurídica, la que, empero, luego solo tiene que ser interpretada acorde a las fuentes formales del Derecho Internacional. Y en el ejercicio de esa función interpretativa, indudablemente que la Corte tiene limitaciones. Ya otros tribunales han resaltado la dificultad de la tarea y aún la improcedencia de que tenga que ser un órgano jurisdiccional el que resuelva algo más propio, aunque no exclusivo, de la ciencia médica y respecto del cual, incluso en ese ámbito, aún no se logra un consenso⁶⁰. Ahora bien, pese a esas dificultades y en cumplimiento de su mandato, la Corte ha debido dirimir la controversia planteada. Ello, sin embargo, no exime en lo más absoluto a los Estados de cumplir, su turno, el suyo, cual es, en la especie, ejercer la función normativa que les corresponde en este caso, regulándolo conforme lo consideren. De no hacerlo, se corre el serio riesgo, como en alguna medida acontece en autos, no solo de que la Corte incursione en temas de esta naturaleza, los que, por lo mismo, reclaman un pronunciamiento más político, sino también que se vea obligada a*

⁵⁷ Párrs.277 y ss.

⁵⁸ Párr.256.

⁵⁹ Concepto desarrollado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva sobre los Decretos de Nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos (7 de febrero de 1923), en la que sostuvo que el término de jurisdicción doméstica indicaba las materias que aun y cuando pudiendo tocar muy de cerca intereses de más de un sólo Estado, no eran en principio reglamentadas por el derecho internacional, es decir, las materias en las cuales cada Estado es único soberano de sus decisiones.

⁶⁰ Párr.185 y nota 283.

asumir dicha función normativa, desnaturalizando su función jurisdiccional y afectando así el funcionamiento de todo el sistema interamericano de derechos humanos.

Conclusiones del fallo: Se puede especificar que hay varios puntos de la siguiente sentencia a tener en cuenta y fueron los principales puntos de la controversia.

La protección de la vida con la postura y arreglo del artículo 4° de la Convención Americana, aduciendo que “no es absoluta”, sino que el embrión es gradualmente y va incrementando sus derechos a medida de su evolución y desarrollo.

El embrión no es considerado persona⁶¹.

La necesidad de “un adecuado balance” a partir de la afirmación de los derechos a la vida privada y familiar a la salud sexual y demás que las personas son titulares. Con el acceso al FIV impera la conculcación de todos los derechos en conflicto bajo la mirada de una equidad y adecuado tratamiento.

Evitar un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones, tomando medidas necesaria para su protección.

La Corte sostuvo que el decreto declarado Inconstitucional por la Constitucional, contaba con las medidas de protección para el embrión, pero establecía un número de óvulos que podían ser fecundados. Prohibía desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes.

Las Instituciones deben ser responsables de las técnicas de reproducción asistida. Proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para la potencialidad de ser persona, y que la misma sea expresada al momento de su nacimiento.

Deben regularse todos los aspectos que sean necesarios para la implementación de la FIV, siempre teniendo en cuenta los principios que hayan sido establecidos en la sentencia⁶².

Esta conclusión se baja en todos estos principios a tener en cuenta con referencia al tratamiento de FIV. Siempre que sean considerados las mejores técnicas y tomando las medidas necesarias para que el concluya con el medio más ventajoso tomando los recaudos necesarios para emplear un adecuado balance.

3.5 Jurisprudencia Nacional. Antecedentes y Normativa

De acuerdo con la Convención Americana, se basa sobre el fundamento de que el “significado” de los términos “concepción” y “ser humano” que utiliza la Convención, “debe valorarse a partir de la literatura científica” Es cierto, que de esas afirmaciones se desprende que no era, por aquellos tiempos en la que se suscribió, la Convención, es decir, en 1969, se pudiese saber que era posible la cabida de dos términos como el de la “concepción” y la “fecundación” eran dos instancias distintos, apreciablemente diferenciables. Y de allí, por lo tanto, que no se puede comparar y aseverar que “la definición de “concepción” que tenían los

⁶¹ Párr.264

⁶² Parr. 337

redactores de la Convención Americana ha sido visiblemente cambiada". Puede que dicho término sea para algunos científicos en medicina distintos procesos germinales, pero la definición unilateral de los redactores al respecto sigue manteniéndose en el Derecho aplicable.

En el marco de nuestra normativa, persona humana es desde su fecundación. Si bien las categorías planteadas son: desde la concepción hasta el nacimiento con vida, es considerada una persona por nacer y es un incapaz de ejercicio absoluto., no puede ejercer ningún derecho por sí mismo. Al contrario sensu, tiene capacidad de derecho, pero no, capacidad de ejercicio.

Es sabido que según las distintas posturas del Tribunal, se han basado en los términos de la Convención, cuyo artículo 4.1 responde a todos los interrogantes y controversias. Para la fecha de su elaboración, los avances científicos y de la biomedicina, dan respuesta a otras posibilidades que son demostrables científicamente.

Es vacío que radica desde la fecundación y la concepción, para la convención es un término aunado e inequívoco. Pero científicamente son dos instancias absolutamente incompatibles pues una depende de otra a través de su evolución, produciendo desde el mismo instante de la fecundación, un proyecto de individuo como persona, que tiene y es acreedor de todos sus derechos para la concreción de la vida, con el potencial genético de los que han cedido sus gametos masculinos y femeninos.

Si bien hay un marcado pronunciamiento sobre los embriones crio-conservados y el tratamiento de FIV, por la CIDH, tenemos que admitir que nuestra jurisprudencia Nacional ha dado viso de humanidad para salvaguardar aquel material genético conformado como único potencial ser humano en un fallo puntal referente según : Exp. 45882/93 Juzgado Nacional de Primera-Instancia-en-lo-Civil-Nro.56 RABINOVICH RICARDO DAVID S/MEDIDAS PRECAUTORIAS. Sala I de la Cámara Civil de la Capital Federal fallo del 3/12/99. La Sala Primera de la Cámara Civil de la Capital, consideró como "personas humanas" los embriones congelados y ordenó al gobierno de la Ciudad la realización de un censo, respecto de los no implantados existentes y conservados artificialmente, identificándolos pormenorizadamente.

El tribunal, integrado por Julio Ojea Quintana y Delfina Borda, se pronunció así ante una denuncia efectuada por el doctor Ricardo David Rabinovich, "sin abrir juicio sobre las cuestiones científicas controvertidas", dándole a la cuestión "el tratamiento fijado por la ley procesal para la protección de las personas".

"Ante la controversia planteada, el Tribunal Civil consideró que los embriones son personas humanas, con lo cual optó por extender la protección judicial a los que se hallan congelados", señaló el tribunal en una síntesis de su resolución.

Asimismo, ratificó una resolución judicial por la cual se había dispuesto la realización de un censo, por parte de la Secretaría de Salud del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que permita identificar de manera pormenorizada "los embriones no implantados existentes y conservados artificialmente".

También prohibió "toda acción sobre los embriones, que implique su destrucción o experimentación", ordenando al respecto que "toda disposición de embriones sea realizada con autoridad judicial e intervención del Ministerio Público, con excepción de los implantados en el seno de la madre biológica".

Por último, el tribunal le reclamó al Ministerio de Justicia de la Nación por "la imperiosa necesidad de una legislación que, reconociendo los principios constitucionales y de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos de respeto a la persona desde la concepción, de solución a las diversas situaciones jurídicas vinculadas a las técnicas con que se realiza la fecundación asistida".

En ese sentido, el proyecto de código unificado de la legislación civil y comercial girado por el Presidente Menem al Congreso, propone la reforma tal cual aparece formulada en el fallo.

La opinión de la Dra. Silvia Raffo, señala que: *“El fallo de la Cámara Civil que prohíbe cualquier acción sobre embriones humanos congelados que implique su destrucción y/o experimentación deja en claro dos posturas acerca de cuando comienza la vida humana. La primera que mencionan los magistrados actuantes es aquella que solo admite la existencia del ser humano a partir de los primeros catorce días de la fecundación, “con la implantación estable del denominado pre-embrión en la pared del útero materno convertido así en verdadero embrión”. Hasta entonces- y siempre siguiendo los lineamientos de esta postura- su posible división impediría atribuirle con carácter definitivo, la individualidad propia de la persona, arguyéndose en tal sentido que la comprobada existencia de gemelos mono-cigóticos que comparten un mismo genotipo y cuya separación sucede habitualmente en el momento de la implantación, avala la eventualidad de esa división. Se estaría así ante una formación vital que consiste en un conglomerado de células pero no ante un ser humano, pues al poder devenir en dos o más sujetos, carece de individualidad. Tal postura es sostenida por importantes juristas como Alberto Bueres, Andrés Gil Domínguez y Gloria Hilda Arson de Glimberg. En el ámbito institucional, la teoría se encuentra respaldada por la Sociedad Argentina de Biología”.*

Este fallo puntual cuya data es anterior a la confección del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, manifestaba suficiente muestra que los términos de FECUNDACIÓN-CONCEPCIÓN, son términos unificados para nuestra normativa. El derogado Código Civil Velezano puntualizaba en la norma ARTÍCULO 51. -Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.

Es por ello que los integrantes del Tribunal, ante la disparidad de conceptos se pronuncian a favor de aquellos embriones que se hallasen congelados, tomando una medida de protección.

Sin embargo, el fallo enuncia otra postura, a la que finalmente adhieren los jueces y el Fiscal de Cámara, Carlos R. Sanz, *“que reconoce un ser humano en el embrión no implantado. Al producirse en el ovocito fertilizado la “singamia”, la unión de ambos pro-nucleos con la consiguiente unificación de la información genética, se estaría ante un nuevo ser distinto de sus progenitores. La singularidad de su código genético, fruto de una original combinación de*

los cromosomas maternos y paternos distinto e independiente de los diversos códigos que lo componen. En esa línea se inscriben entre otras, la opinión del renombrado genetista Jerome Lejeune y no menos reconocidos juristas argentinos como Atilio Anibal Alterini⁶³, Alberto Rodríguez Varela⁶⁴ y Jorge Bustamante Alsina. Para fundamentar dicha postura se argumenta que el mismo Código Civil. Respecto de los ovocitos pro-nucleados el mismo pronunciamiento señala: “el ovocito pro-nucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta de los gametos masculino y femenino, que contiene los elementos con los que pocas horas después se formará el embrión. Subsiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal. Y en tales condiciones, a la hora de decidir sobre la suerte del ovocito, la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. ..”

El fallo del Tribunal Civil es contundente en lo que hace a la protección de cualquier indicio de vida humana, por eso ordena se haga un censo tanto de embriones no implantados como de ovocitos pro-nucleados, entre otras medidas a llevar a cabo por los organismos pertinentes. Al mismo tiempo, deja en claro una tarea que deben llevar a cabo los legisladores y es la de regular las situación de esos embriones en relación a la patria potestad, derechos sucesorios y en definitiva todas aquellos derechos que le corresponden⁶⁵.

En virtud de la aplicación del art. 4° del Pacto de San José de Costa Rica, firmado el 22/11/69 la persona humana comienza su existencia desde el momento de la concepción, dentro o fuera del seno materno. Pacto por el cual nuestra normativa adopto como derecho interno bajo la Ley 23.054. Buenos Aires, 1 de Marzo de 1984. Por otra parte la misma solución se desprende de la redacción que dio la ley 23.264 al art. 264 del CC y de la reserva formulada por la República Argentina en la ley 23.849 al aprobar la Convención de Derechos del Niño. (art. 2°). El Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 15° dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción. Aquí se desprende la solución y categorización del estatus jurídico del embrión humano. Contempla lógicamente la situación del embrión crio-conservado con el respeto irrestricto que supone de todos sus derechos personalísimos innatos. El art. 22° CCyC establece que toda persona goza de la aptitud para ser titular de derechos...” La CSJN arribó prolijamente y en forma fundada a la conclusión de que la concepción prevista por la ley como el momento en que se inicia la vida humana se produce con la fecundación, sin que sea necesaria la implantación del óvulo fecundado en el útero materno.- Citaron los Jueces las posturas científicas a las que recurrieron en auxilio en tal

⁶³ **Alterini Atilio** (Buenos Aires, 6 de enero de 1937 - Buenos Aires, 23 de octubre de 2012), fue un abogado argentino. En la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires obtuvo los títulos de *Abogado* (año 1960) y de *Doctor en Derecho y Ciencias Sociales* (año 1969).

⁶⁴ **Alberto Rodríguez Varela** (n. el 4 de agosto de 1936) es un abogado y docente argentino, que ocupó el cargo de Ministro de Justicia durante la dictadura de Jorge Rafael Videla, de quien fue abogado defensor cuando éste fue juzgado por crímenes de lesa humanidad. Fue rector de la Universidad de Buenos Aires y decano de la Facultad de Derecho de aquella universidad.

⁶⁵ **Diario Justicia** @ [DiarioJusticia.com](mailto:DiarioJusticia@DiarioJusticia.com) **06 de diciembre de 1999**

Un fallo de la justicia civil consideró "personas humanas" los embriones congelados y ordenó un censo en la Capital de los no implantados.

sentido, sustentadas por Jean Rostand⁶⁶, Jerome Lejeune⁶⁷, W.J. Larson entre otros.- Las III Jornadas de Derecho de Familia y Sucesiones (Morón, 1993) Comisión N° 3 concluyó: pto. 4: Determinación del comienzo de la existencia de la persona a.1) Existe persona humana desde la fusión nuclear de gametos, tenga ella lugar dentro o fuera del seno materno (por mayoría, 15 votos, 6 abstenciones) Agregado: Sin que quepa distinguir entre los estadios biológicos de pre-embrión, embrión y feto (por mayoría, 14 votos, 7 abstenciones) y referente a la crio-conservación: ...de haber excedente embrionario, podrán ser crio-conservados con el solo objeto de ser implantados en una mujer (por mayoría 7 votos, 11 abstenciones; en contra, 3) . A su vez respecto de la Crio-conservación: a) Debe fecundarse el número mínimo de óvulos necesarios para ser implantados en su totalidad y en una sola oportunidad, a fin de obtener el éxito del tratamiento (por mayoría, 16, 4 abstenciones y en contra 1). a.1) No obstante, de haber excedente embrionario, podrán ser crio-conservados con el solo objeto de ser implantados en una mujer (por mayoría, 7 votos; abstenciones, 11; en contra, 3). Concordantemente en la Comisión n° 1 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario, 2003 se concluyó en que 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. Se requieren respuestas puntuales ante problemas concretos. La recomendación 1100 del Parlamento Europeo del 16 de mayo de 1989: "**La necesidad de proteger la vida humana desde la fecundación**". "**El derecho a la vida y a la integridad física como criterio primario para definir el estatuto jurídico del embrión**". Por ello, para el hipotético caso que fracase el implante inmediato en la titular del material genético resulta aplicable el instituto de la adopción, en aplicación de disposiciones vigentes del derecho argentino, no solamente a los principios generales del derecho. Entendemos que la legislación civil de los países latinoamericanos protege los derechos de la persona por nacer con diferentes fórmulas.

El marco jurídico vigente. El Código Civil y Comercial (CCyC) define, en el artículo 19°, como punto de partida, donde se considera persona humana como objeto mismo de imputación de efectos –derechos y deberes– jurídicos en el ámbito civil : “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. Entendiéndose por *concepción*: Dentro o fuera del seno materno. Cabe señalar que el embrión aún no implantado es considerado persona con todos sus atributos. El mencionado fallo en la Corte IDH señala el caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica” del 28/11/2012, jurisprudencia que no es vinculante para la Argentina, por el hecho de no haber sido Estado Parte., por consiguiente, no incurre en responsabilidad internacional. Se consideró el mencionado fallo que, la noción de concepción que menciona el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos es cuando

⁶⁶ **Jean Edmond Cyrus Rostand** (30 de octubre de 1894 - 4 de septiembre de 1977) fue un escritor, biólogo, filósofo y académico francés nacido en París y muerto en Ville-d'Avray (Hauts-de-Seine), Francia. Miembro de la Academia Francesa en la que ocupó la silla número 8.

⁶⁷ **Jérôme Lejeune** (Montrouge, 1926 - París, 3 de abril de 1994), médico, activista provida, genetista francés. Descubrió, entre otras cosas, que el síndrome de Down se debe a la presencia de un cromosoma de más y describió el síndrome del maullido de gato, delección autosómica terminal del brazo corto del cromosoma 5.

En 1958, a la edad de 32 años, descubre la primera anomalía cromosómica en el hombre: la trisomía 21 o Síndrome de Down. Más tarde, junto a sus colaboradores, descubre el mecanismo de otras patologías cromosómicas, abriendo así la vía a la citogenética y a la genética moderna.

acontece en las TRHA al ser el embrión implantado en la mujer. Para abordar a tal conclusión se expusieron, entre tantos otros argumentos, que la Convención Americana de Derechos Humanos data de 1969, época en la que no existía la posibilidad de la fertilización in vitro (fecundación de óvulo y espermatozoides por fuera del cuerpo de una persona –FIV–) y que dicho instrumento internacional debe ser interpretado de manera dinámica

En el fallo 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 o el diagnóstico genético preimplantatorio –DGP– llegado el caso que pudieren realizar dicho estudio marginando a aquellos que no poseen los medios para abordarlo. Se obtiene una mirada positiva de la FIV, por lo cual se concluye que “el embrión no puede ser entendido como persona” a los efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana.

Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó: “la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión es implantado en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del art. 4° 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 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.

La fuerza del sistema interamericano no se detiene allí. El 26/02/2016, la Corte IDH vuelve a Expedirse, en esta causa, atento el incumplimiento del Estado de Costa Rica de la sentencia que se mencionó anteriormente.

No es un dato menor que haya sido en esta causa, en la que se debate un tema “tan sensible” socialmente, donde la máxima instancia judicial regional se haya preocupado y actuado en pos de la eficacia de su sentencia.

En definitiva, la CIDH atribuye a la sala constitucional de la Corte de Justicia de Costa Rica la responsabilidad de mantener la prohibición de practicar la FIV en Costa Rica, con el impacto que ello genera: “el Estado ha incumplido sus obligaciones internacionales perpetuando una situación de violación a los derechos a la vida privada y familiar que podría generar graves e irreversibles consecuencias en aquellas personas que requieren acceder a esta técnica de reproducción”. La Corte IDH llamó la atención a la máxima instancia judicial de un Estado parte, disponiendo la vigencia inmediata del decreto del Poder Ejecutivo que regulaba la cuestión.

Por otra parte, si bien al artículo 19° del CCyC⁶⁸, para nuestra normativa, fue modificado, suprimiéndose la segunda frase., fórmula acorde a la regulación que se hace de la filiación derivada de las TRHA en el texto reformado, no se puede dejar de advertir que este artículo forma parte de un cuerpo sistematizado de normas, imponiéndose así una revisión intra-sistémica del Código. En efecto: a) el artículo 20° vincula la concepción a la época de duración del embarazo; b) el artículo 21° reitera el principio ya sentado por Vélez Sarsfield, de que todo derecho u obligación del concebido o implantado en la mujer, queda sujeto al nacimiento con vida; c) el artículo 560° establece la necesidad de que el consentimiento sea renovado y así esté actualizado, ante cada procedimiento de TRHA; d) según el artículo 561°, el consentimiento puede revocarse “libremente mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

⁶⁸ HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en Bergel, Salvador Darío (Director), *Bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2015, pág. 327.*

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí, más elocuente aún resulta que la protección del embrión no implantado⁶⁹ deba regularse en una ley especial (conforme la disposición transitoria segunda), es decir por fuera del CCyC. ¿Cómo podría, entonces, regularse por fuera del cuerpo normativo que tiene como eje central la persona humana, a la “persona del embrión”?

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 implantado⁷⁰ no es persona; de lo contrario, no podría permitirse legalmente ninguna de estas circunstancias.

Desde la óptica del derecho penal la regulación acompaña esta postura. Toda vez que, por ejemplo, a los fines de la tipificación del aborto, es necesario que tengamos como presupuesto de hecho una persona embarazada. Y sólo hay embarazo desde el momento de la anidación, es decir desde que el embrión está “alojado” en el útero de la persona dado que –hasta el momento– 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. Las distintas figuras delictivas que protegen el bien jurídico “vida humana”, que van desde el homicidio pasando por el aborto y la ayuda o instigación al suicidio, hasta llegar al homicidio justificado por la legítima defensa han recibido, cada una, una pena de prisión o reclusión totalmente distinta o hasta incluso la exención de la pena.

Seguidamente, la pregunta que se desprende inevitablemente de lo hasta el momento dicho, es entonces: ¿dónde está la protección de la que habla el CCyC?. ¿Esta protección ha sido delegada a la ley especial?. En este marco corresponde mencionar el proyecto de ley especial de regulación integral de las TRHA N°581-4058D-14 (llegó a obtener media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación) que prevé específicamente la protección de los embriones in vitro. En consecuencia, este proyecto prohibió expresamente: la selección de sexo de embriones con fines sociales; la comercialización de embriones; la creación de embriones únicamente con fines de investigación; todo tipo de manipulación genética que no tenga fines terapéuticos; la transferencia de embriones al útero de otra especie y viceversa; la investigación con embriones sin dar cumplimiento a los límites, requisitos y procedimientos de autorización que se establecen especialmente en su texto proyectado.

En definitiva, diferentes fuentes jurídicas pero convergen en la conclusión que la persona humana comienza, con la fecundación sea, dentro o fuera del seno materno., contrariamente lo resuelto en el mencionado fallo de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

A pesar y no obstante el fallo de la Corte IDH, citado anteriormente en el caso Artavia Murillo y otros c/Costa Rica del 28/11/2012, no es vinculante para nuestra normativa Nacional, como postura inminente de ...” La CSJN arribó prolijamente y en forma fundada a la conclusión de que la concepción prevista por la ley como el momento en que se inicia la vida humana se produce con la fecundación, sin que sea necesaria la implantación del óvulo fecundado en el útero materno.- Citaron los Jueces las posturas científicas a las que

⁶⁹ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora; “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LA LEY, 2013-A, 907.

⁷⁰ LAMM, Eleonora; “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”, Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, cita Online: AR/DOC/1297/2015

recurrieron en auxilio en tal sentido, sustentadas por Jean Rostand, Jerome Lejeune, W.J. Larson entre otros, enunciadas precedentemente.

Es de referencia indicar que el Proyecto de Ley propuesto, hubo ciertos cambios en el art. 19° del Código Civil y Comercial de la Nación. Este incluía los Tratamientos de Reproducción Humana asistida entre otras cosas. Pero no obstante nuestro carácter protectorio del embrión considerado como persona desde su concepción ha dado fortaleza a su significado, manifestando como un ser único e irrepetible a cada embrión como potencial humano concebido desde el segundo cero de la fecundación.

Sin más en el Código Civil y Comercial, erradicaron lo dispuesto en el proyecto con referencia a los tratamientos de fertilización medicamente asistida y dejaron el nudo significado, como actualmente está expresado en la norma.

El CCyC define el momento desde el cual se considera que se es persona humana como centro de imputación de efectos —derechos y deberes— jurídicos en el ámbito civil. El CCyC señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. No aclara qué se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida (también conocidas por su sigla: TRHA), pero ello se concluye por interpretación según la línea legislativa que adopta el CCyC y atendiendo a otras legislaciones como la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas MédicoAsistenciales de Reproducción Médicamente Asistida.

Por otra parte, la disposición transitoria segunda del CCyC establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado. Por lo tanto, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado o in vitro, serán materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación de la legislación civil.

El proyecto queda reflejado de la siguiente manera:

PROYECTO DE LEY

Expediente 1541-D-2019

Sumario: PROTECCION DE EMBRIONES NO IMPLANTADOS. REGIMEN.

Fecha: 05/04/2019

El Senado y Cámara de Diputados...

Ley de protección de embriones no implantados

TITULO I. Disposiciones Generales

Artículo 1°: 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 blastocele lleno de líquido.*

b) *Concepción o anidación: implantación del óvulo fecundado en las paredes del útero.*

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 3º: 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 4º: 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 crio preservar.

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. 55º y 56º 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 58º 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 9°: 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 crio preservados 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 crio preservados se rige por lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 10°: Destino embriones crio preservados. Los embriones crio preservados 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 crio preservación.*

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 crio preservados 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°: Crio preservación de embriones. Plazo. Los embriones viables sobrantes del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, como regla, se crio preservan por un período máximo de diez (10) años.

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

Artículo 12°: Crio preservación de embriones. Vencimiento del plazo. Silencio. En caso de silencio y vencido el plazo de crio preservación 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 crio preservación.

TITULO III. Contrato de donación

Artículo 15°: Contrato de donación. La donación de embriones se conviene entre las personas titulares que prestan el correspondiente consentimiento informado para su conformación y el banco o centro de salud, denominado receptor.

Exige forma escrita.

Previo a la firma del contrato, las personas donantes deben ser informadas y asesoradas sobre los aspectos médicos, biológicos, psicológicos, jurídicos y éticos de la donación, y suscribir el formulario de consentimiento informado. Si se considera necesario o es requerido por ellas, se debe posibilitar a las personas donantes acompañamiento psicoterapéutico. Se

aplican, en lo pertinente, la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y la ley de Protección de los Datos Personales.

La Autoridad de Aplicación debe elaborar un modelo de consentimiento informado para la donación y el contrato de donación de embriones a los efectos de su uniformidad.

Artículo 16°: Revocación del contrato de donación. El contrato de donación es revocable a sólo requerimiento de las personas donantes, siempre que los embriones se encuentren disponibles.

Artículo 17°. Rechazo de la donación. El banco o el centro de salud autorizado puede rechazar la donación de embriones por razones fundadas.

Artículo 18°. Remisión de la información. La información médica de las personas donantes y de toda persona que quiera ser pretensa donante que no reúna los requisitos exigidos para ser tales debe remitirse a la Autoridad de Aplicación, a fin de resguardar esta información.

Artículo 19°: Confección de legajo sobre personas donantes. Los bancos y/o establecimientos sanitarios especializados deben recabar y resguardar, de mínima, la siguiente información sobre las personas donantes:

- a) identificación de las personas donantes mediante copia simple del documento de identidad;*
- b) historia clínica de las personas donantes;*
- c) información sobre la composición familiar, en especial, si tiene descendencia y datos al respecto;*
- d) copia del contrato celebrado con el establecimiento especializado;*
- e) copia de los estudios clínicos realizados y toda otra información médica relevante;*
- f) fecha en que se realizó la donación de embriones;*
- g) destino de los embriones, debiendo quedar registrada la/las personas que resulten beneficiarias; en caso de que el procedimiento haya sido exitoso, la anotación del parto, identificando a la o las personas nacidas;*
- h) toda otra información que resulte de utilidad a criterio de las personas profesionales intervinientes, o que sea dispuesta por normas complementarias de la Autoridad de Aplicación.*

Para la confección del legajo de conformidad con las pautas establecidas en este artículo, las personas beneficiarias deben informar al centro de salud interviniente los datos de la persona nacida.

La información prevista en este artículo es confidencial.

Se aplica en lo pertinente lo previsto en los artículos. 563° y 564° del CCYC.

Artículo 20°: Evaluaciones previas. Si las personas donantes han sido evaluadas y aceptadas por otro banco o centro de salud especializado debe informarlo al médico interviniente.

El centro de salud o banco interviniente debe consultar según el proceso que establezca la Autoridad de Aplicación para que se facilite esa información.

El centro de salud o banco interviniente sólo debe actualizar los estudios en lo que corresponda, o realizar los estudios complementarios que falten o se estimen necesarios.

Artículo 21°: Protocolos para las donaciones. La Autoridad de Aplicación debe establecer protocolos para los procedimientos de recolección, tratamiento, donación y posterior transferencia de embriones donados con el objeto de unificar criterios y brindar mayor seguridad.

TÍTULO IV. Destino para Investigación

Artículo 22°: Utilización de embriones con fines de investigación. La investigación con embriones no viables o portadores de anomalías graves en casos de diagnóstico genético pre

implantatorio, sólo se autoriza cuando las personas titulares, previo asesoramiento, donan con fines de investigación o este destino surge de conformidad con el silencio previsto en el art. 12° de la presente Ley. Se encuentra prohibida la utilización de embriones viables para fines de investigación, a excepción de aquellos embriones viables crio preservados sobrantes y solo luego de finalizado el tratamiento con fines reproductivos.

Artículo 23°: Principios. La investigación con embriones es posible si:

- a) la investigación importa un beneficio para el desarrollo científico debido a los beneficios terapéuticos que se pueden derivar para la humanidad;*
- b) no existe una alternativa de eficacia comparable; y*
- c) se desarrolla en el marco de proyectos de investigación relacionados con la aplicación, avance y perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida desarrollados por establecimientos sanitarios especializados autorizados o centros de investigación de reconocida trayectoria, debiéndose describir de manera precisa los objetivos y método a aplicarse en un protocolo de investigación;*

La investigación debe contar con la aprobación de la Autoridad de Aplicación, o de otro organismo público de evaluación de la ética en la investigación de conformidad con lo dispuesto en la reglamentación.

En estos supuestos, en lo que corresponda, rige lo dispuesto en el artículo 58° del Código Civil y Comercial y normativa complementaria.

Artículo 24°: Investigación. Resguardo. Los proyectos de investigación deben resguardar la intimidad de las personas titulares de los embriones que participan en la investigación y la confidencialidad de toda información personal.

TÍTULO V. Embriones histo compatibles

Artículo 25°: Selección. Se encuentra prohibida la selección de embriones histo compatibles, a menos que fuere necesario determinar la compatibilidad para la donación de células de cordón umbilical, de médula ósea o de otros tejidos, exceptuándose órganos.

Solo puede autorizarse entre parientes hasta segundo grado de consanguinidad y cuando no exista disponibilidad de otras fuentes de tejidos de trasplante.

En cada caso, el centro de salud interviniente debe requerir autorización a la Autoridad de Aplicación debiéndose evaluar las características clínicas, terapéuticas, éticas y psicosociales de cada situación particular.

Artículo 26°: Autorización. A los fines de la autorización prevista en el artículo anterior, la Autoridad de Aplicación debe tener en cuenta:

1. la situación de la persona afectada, en especial:

- a) el grado de sufrimiento;*
- b) la rapidez de la degeneración en los trastornos progresivos;*
- c) el alcance de cualquier deterioro intelectual;*
- d) la prognosis en relación a todos los tratamientos disponibles; y*
- f) la disponibilidad de otros tratamientos eficaces.*

2. las posibles consecuencias para la persona que pueda nacer como resultado de esta práctica, en especial:

- a) los riesgos asociados a la biopsia;*
- b) las implicancias emocionales y psicológicas;*
- c) la cirugía intrusiva eventualmente necesaria y su repetición; y*
- d) cualquier complicación o predisposición relacionada con esta práctica.*

3. la situación familiar de las personas que solicitan este tratamiento.

Artículo 27°: Información y asesoramiento. Las personas que solicitan la selección de embriones histo compatibles deben ser asesoradas, como mínimo, de la siguiente información:

- a) las pruebas de tipificación de tejidos que se deban realizar;*
- b) la evidencia más reciente acerca de los posibles riesgos relacionados con el procedimiento a seguirse;*
- c) la probabilidad general de un resultado exitoso para la persona afectada, incluyendo las limitaciones del tratamiento;*
- d) otras opciones de tratamiento, orientación y soporte psicosocial disponible; y*
- e) el impacto psicológico del procedimiento en todas las personas que integran la familia nuclear; para lo cual se debe procurar el correspondiente apoyo psicoterapéutico familiar.*

Artículo 28°: Destino de los embriones. El destino de los embriones histo compatibles sobrantes viables se rige por lo previsto en la presente Ley para los embriones viables.

TITULO VI. Diagnóstico Genético Pre implantatorio

Artículo 29°: Autorización. La Autoridad de Aplicación debe otorgar una autorización especial para que los centros de salud especializados estén habilitados para realizar diagnóstico genético pre implantatorio.

Artículo 30°: Finalidad. Los centros de salud especializados debidamente autorizados, pueden practicar técnicas de diagnóstico genético pre implantatorio para:

- a) la detección de condiciones hereditarias cuando existe un riesgo concreto de que el embrión pueda tener una anomalía genética, cromosómica o mitocondrial, que provoca que una persona con esa patología pueda desarrollar enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales;*
- b) la detección de otras alteraciones como errores cromosómicos que puedan comprometer la viabilidad del embrión para mejorar los resultados reproductivos;*
- c) la selección de sexo del embrión, sólo cuando existe alto riesgo de que el embrión pueda tener una anomalía genética, mitocondrial o cromosómica ligada o restringida al sexo.*

Artículo 31°: Límites. Excepción. Listado. La aplicación de técnicas de diagnóstico genético pre implantatorio para cualquiera otra finalidad no comprendida en el artículo anterior debe ser autorizada por la Autoridad de Aplicación, previo informes favorables de al menos dos (2) organismos públicos especializados. En los mismos términos, la Autoridad de Aplicación deberá elaborar y actualizar periódicamente un listado con las anomalías y condiciones hereditarias comprendidas para la procedencia del diagnóstico genético pre implantatorio.

Artículo 32°: Información. Asesoramiento. La persona con indicación de diagnóstico genético pre implantatorio debe ser informada y asesorada sobre las consecuencias de la condición hereditaria que se procura evitar y sobre los aspectos genéticos, médicos, psicológicos y éticos de esta práctica.

Artículo 33°: Derecho a no obtener información. La persona con indicación de diagnóstico genético pre implantatorio tiene derecho a no conocer los datos relativos a sus propias características genéticas. En este supuesto, en lo posible, y cuando la persona así lo requiera, el centro de salud solo debe informar sobre el resultado del diagnóstico genético pre implantatorio, excluidos los datos relativos a sus propias características genéticas.

Artículo 34°: Destino de los embriones afectados y portadores sanos. Los embriones afectados y los sanos portadores de alguna anomalía tienen el destino que decidan sus

titulares, pudiendo ser donados para investigación o cesar su crío preservación. En ningún caso pueden ser donados a otras parejas con fines reproductivos.

TITULO VII. Disposiciones finales

Artículo 35°: Cobertura. Todos los supuestos regulados en la presente Ley están comprendidos en la cobertura integral regulada en la ley 26.862 y normas complementarias.

Artículo 36°: Responsabilidad civil. Las personas profesionales intervinientes y las personas directivas de los establecimientos sanitarios especializados son responsables civilmente por los perjuicios que causen como consecuencia de la manipulación de embriones o de su uso en el marco de procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida, según las reglas generales previstas en el Código Civil y Comercial.

Artículo 37°: Otras responsabilidades. La responsabilidad prevista en el artículo anterior será aplicada sin perjuicio de la responsabilidad penal o administrativa que pudiere corresponder derivada del incumplimiento de la presente ley por parte de las personas profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales especializados, establecidas en otras leyes nacionales y/o locales que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina.

Artículo 38°: Seguro. Los centros de salud autorizados que procedan a realizar las técnicas y procedimientos que se regulan en la presente Ley, deben disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que establezca la reglamentación.

Artículo 39°: Orden público. Aplicación territorial. Esta ley es de orden público y de aplicación en todo el territorio de la Nación.

Artículo 40°: Autoridad de Aplicación. El Poder Ejecutivo establecerá la Autoridad de Aplicación de la presente ley.

Artículo 41°: Reglamentación. La presente ley deberá ser reglamentada dentro de los noventa (90) días desde su publicación en el Boletín Oficial.

Artículo 42°: Comuníquese al Poder Ejecutivo Nacional.

FUNDAMENTOS

Señor presidente:

El propósito de este proyecto de ley consiste en regular la protección del embrión no implantado, estableciendo su régimen jurídico tal como lo dispone la disposición transitoria segunda del art. 9° de la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial, y de conformidad con lo previsto en el Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, la ley 26.862 y normativas complementarias.

El artículo 19° del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) finalmente sancionado, eliminó toda mención a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), limitándose a definir que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. No obstante, al sancionar el nuevo texto civil y comercial, el Poder Legislativo Nacional se impuso una obligación que hasta el momento no ha cumplido y que este proyecto tiene por fin hacer efectiva: sancionar una ley que tenga por objeto establecer la protección del embrión no implantado de conformidad con lo dispuesto en la mencionada disposición transitoria segunda del art. 9° de la ley 26.994.

En virtud de esta obligación, desde el año 2014 a la fecha se han presentado en el Congreso de la Nación diferentes proyectos legislativos que han perdido estado parlamentario (1320-S-2016; 0007-D-2016; 3639-S-2014; 8210-D-2014; 8147-D-2014 y 4058-D-2014) y que tenían por fin, con diferentes matices, regular la protección jurídica del embrión no implantado y, muy particularmente, determinar cuáles son los posibles destinos de los embriones sobrantes de TRHA; siendo esta una realidad insoslayable. Sucede que a mayor desarrollo y avance de las TRHA, mayor es el caudal de embriones sobrantes que por diferentes motivos, son criados preservados durante varios años sin resolverse sobre su destino con los consecuentes conflictos socio- jurídicos que se deriva de ello. Este vacío legal es problemático no solo, y especialmente respecto de sus titulares, sino también respecto de las clínicas o centros especializados que al carecer de marco, en muchos casos obstaculizan derechos.

El presente proyecto, de manera más acotada o centrándose en la cuestión de los embriones no implantados y sus posibles usos y destinos, sigue los lineamientos de la única iniciativa que a la fecha mantiene estado parlamentario. Nos referimos al proyecto presentado el 1 de marzo de 2017 bajo el número 0091-D-2017, firmado por las/los diputadas/as Rach Quiroga, Analía; Carmona, Guillermo Ramón; Mendoza, Sandra Marcela; Estévez, Gabriela Beatriz; Raverta, María Fernanda; Masin, María Lucila; Basterra, Luis Eugenio; Álvarez Rodríguez, María Cristina; Gaillard, Ana Carolin; Carol, Analuz Ailen; Huss, Juan Manuel; Pedrini, Juan Manuel (Frente Para la Victoria – PJ); Donda Pérez, Victoria Analía (Libres Del Sur); Argumedo, Alcira Susana (Proyecto Sur – UNEN) y Carrizo, Ana Carla (UCR).

Como corresponde a los fines de alcanzar un ordenamiento jurídico integral y coherente, la presente propuesta legislativa está en total consonancia con las normativas nacionales que se vinculan de manera directa con el objeto del presente proyecto, y también la normativa internacional dada la fuerza vinculante y operatividad que se deriva de ella de conformidad con lo previsto en el art. 75° inciso 22 de la Constitución Nacional que le otorga jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos.

Desde el plano normativo nacional, se debe tener en cuenta lo previsto en la mencionada ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 que de manera expresa y clara permiten la donación embriones; decisión legislativa que no ha sido tachada de inconstitucional sino, todo lo contrario, la ley de Acceso Integral a las TRHA -26.862- ha contado con el apoyo casi unánime de ambas cámaras de este Congreso de la Nación. No obstante, este vacío legal imposibilita el pleno goce de los derechos acordados por esta ley de 2013, incluida la loable donación de embriones.

En segundo término y desde el ámbito internacional- interamericano, el presente proyecto está en absoluta consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo y otros c/Costa Rica” en fecha 28/11/2012 y reafirmado en el proceso de seguimiento de sentencia el 26/02/2016, en el que se concluye de manera clara que el embrión in vitro no puede tener la misma protección de una persona humana, es decir, que no le cabe la protección derivada del derecho a la vida prevista en el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por lo tanto, la protección legal debe ser sin equiparar al embrión no implantado con la persona humana porque tal igualación es contraria al plexo normativo internacional y nacional.

En este importante precedente, la Corte Interamericana concluye que “luego de un análisis de las bases científicas disponibles” se concluye que la “concepción en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero”, y por ende, que antes de ese evento o sea, el embrión no implantado, carece de tal equiparación y protección

en el carácter de "persona"; también afirma que las técnicas de fertilización in vitro son válidas al permitir el cumplimiento o protección de varios derechos humanos, como el derecho a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica y a la libertad reproductiva -a procrear-. Principios que este proyecto recepta en su articulado (art. 3).

Precisamente, fundado en la fuerza normativa de este precedente en el ámbito nacional, ya varios tribunales habían modificado su doctrina y comenzaron a hacer lugar a los pedidos de cobertura médica antes de que se sancionara la ley 26.862. Más aún, tanto la propia ley de cobertura como su decreto reglamentario admiten la crío conservación y la donación de embriones respaldándose, justamente, en la doctrina que emerge del caso Artavia Murillo.

Por otra parte, a esta misma conclusión se arriba desde una mirada sistémica, integral y coherente del Código Civil y Comercial. El artículo 20° considera que la "época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo"; es decir, "el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento". Por lo cual la noción de concepción en el CCyC está íntimamente relacionada con el embarazo, es decir, con la implantación del embrión en la persona y no antes. Por otra parte, el artículo 21° se refiere a los derechos y obligaciones "del concebido o implantado en la mujer" y afirma que "quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida". En total consonancia con esta línea interpretativa, el artículo 561 dedicado a regular "Forma y requisitos del consentimiento", dispone en su última parte -al igual que la ley 26.862- que "el consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión". Todo ello en consonancia con la Disposición Transitoria Segunda ya citada.

Precisamente, si la protección del embrión no implantado debe ser objeto de una ley especial y no corresponde su inclusión en el Código Civil y Comercial, es porque no se lo considera persona humana.

Cabe destacar que, en esta línea, la no personalidad jurídica del embrión in vitro es reconocida en numerosos ordenamientos normativos del derecho comparado que resaltan la trascendencia del nacimiento con vida como punto de inflexión del proceso de gestación y lo consideran como el comienzo de la personalidad en sentido jurídico, es decir de la titularidad de derechos y obligaciones, sin perjuicio de que se reconozcan y protejan retroactivamente durante el período de gestación derechos sucesorios, de manutención o vinculados a la salud en los casos que corresponda (ver, entre otros: Código Civil de Brasil. Art. 2° Código Civil de Bolivia. Artículo 1. Código Civil de Chile Art. 74. Código Civil de Colombia. Artículo 90°. Código Civil de Costa Rica Artículo 31°. Código Civil de Cuba: Artículo 24°. Código Civil de Ecuador. Art. 60°. Código Civil de Guatemala Artículo 1°. Código Civil de Honduras: Artículo 51°. Código Civil Federal de México: Artículo 22°. Código Civil de Perú: Artículo 1°. Código Civil de El Salvador: Art. 72°; Código Civil de Venezuela: Artículo 17°. Código Civil de Portugal: Artículo 66 °Código Civil de España: Artículo 29°. Código Civil de Alemania Sección 1°. Código Civil de Suiza Art. 11°. 1°. Art. 31°. Código Civil de Holanda Artículo 1°: Código Civil de Italia 2°. Para un análisis completo del derecho comparado compulsar: de la Torre, Natalia-Herrera, Marisa- Notrica, Federico- Vigo, Fiorella y Vítola, Leonardo, "Naturaleza jurídica del embrión no implantado", en Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Herrera, Marisa (directora), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, Tomo I, págs. 288 y ss.).

La falta de regulación en torno a la protección y destino de los embriones no implantados no es sólo una discusión de interés teórico entre corrientes ideológicas contrapuestas. Por el

contrario, lo que se decida en este punto afecta otros derechos hoy reconocidos: el derecho a la salud, a la integridad, el acceso al avance de los desarrollos científicos y, por supuesto, el derecho a formar una familia.

En este sentido, cabe resaltar que el argumento de la falta de regulación respecto del embrión no implantado está siendo utilizado por las empresas de medicina prepaga y obras sociales como justificativo para negar la cobertura de las TRHA, en especial la crio preservación de embriones, a sus usuarios. A título ilustrativo, el Tribunal en lo Criminal N° 4 de La Plata, en fecha 10/08/2017, tuvo oportunidad de resolver una acción de amparo entablada por una mujer contra la empresa de medicina prepaga con el fin de obtener la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida, incluyendo la crio preservación de embriones. La demandada se negaba a cubrir esta última con el siguiente fundamento: “La existencia de un vacío legal que reclama la protección de los derechos que pudieran asistirle al embrión no implantado; que la crio preservación de embriones resulta en el caso innecesaria toda vez que la amparista podría realizar todos los intentos de fertilización asistida que deseara sin acudir a la crio preservación; y la inexistencia de obligación legal de cobertura del mantenimiento de embriones crio preservados”.

En contraste con este posicionamiento y a los fines de ordenar la cobertura de la crio preservación solicitada, el Tribunal sostuvo: “que el pretendido vacío legal que la demandada ha querido poner de manifiesto de la mano de la falta de regulación sobre la gestión y destino final de los embriones crio conservados, no puede ser válidamente utilizado para frustrar el plan de vida que la accionante se ha trazado y que incluye la perspectiva de una posible maternidad”.

Ahora bien, el vacío legal en torno a la protección del embrión no implantado no solo incide en materia de cobertura de los tratamientos, también repercute en cuestiones propias del derecho de familia tales como los conflictos que se suscitan a raíz de divorcios y separaciones de la pareja en presencia de embriones crio preservados de titularidad de ambos.

En este sentido, cabe traer a colación un precedente reciente, de fecha 30/07/2018, proveniente del Juzgado de Familia N° 1 de la Ciudad de Mendoza, en el que en el marco de la tramitación de un divorcio conjunto se solicitó la homologación de un convenio regulador que incluía expresamente la decisión de los cónyuges de descartar los embriones crio preservados sobrantes.

En este contexto, el juez procedió a homologar el convenio presentado por las partes, destacando en su sentencia los siguientes fundamentos: “Dado que entiendo que los embriones son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida; que antes de la fijación pre-embionaria éste se compone de células no diferenciadas; que esta diferenciación celular sucede después que se ha fijado sobre la pared uterina y con anidación en el mismo; considero que es procedente proceder al cese de su crio conservación, con el consiguiente descarte. Ello, está en coincidencia con que los peticionantes son personas mayores de edad, capaces, en uso de su plena autonomía personal y de decisión, libertad reproductiva, conforme al principio de legalidad (art. 19°, C.N.), compartiendo en un todo el meduloso dictamen de la Subdirectora de Derechos Humanos.”

De manera más reciente, el Juzgado Federal de Córdoba N°. 2 en fecha 23/10/2018, se expidió en una acción contra una prepaga en la que se solicitaba la cobertura médica de un tratamiento de fertilización in vitro con diagnóstico pre implantacional, rechazando dicho procedimiento y ordenándose “Exhortar al Congreso Nacional para que en el próximo

período de sesiones ordinarias del año 2019, debata y resuelva con el dictado de una ley, la naturaleza jurídica del embrión in vitro y el destino final del embrión no implantado, a cuyo fin librese oficio, conforme lo expuesto en los considerandos precedentes a los que me remito por razones de brevedad” (Juzgado Federal Nro. 2, Córdoba, 23/10/2018, “F., L.E. c/ OSDE s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad), Expte. N° 38614/2017, El Dial, 29/10/2018, Citar elDial AAACAB).

Conflictos como los reseñados evidencian la importancia de regular el alcance de la protección del embrión no implantado. Se trata de la necesidad de contar con reglas claras en torno a qué se puede hacer y qué no con los embriones no implantados lo cual coadyuva a su protección, evita la judicialización y otorga seguridad jurídica a todas las personas intervinientes –profesionales de la medicina y pacientes-, sin depender de la suerte del juez sorteado y de los vaivenes de la interpretación jurisprudencial. Máxime, cuando ello es observado por la propia justicia al exhortar al Congreso de la Nación a regular la cuestión del embrión no implantado en su carácter de materia pendiente de legislar.

En este marco, la propuesta legislativa, en primer lugar, procura 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 crio preservar (art. 4°). En segundo lugar, prohíbe la comercialización de embriones (art. 5°), en consonancia con el artículo 17° CCYC. En tercer lugar, prohíbe 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 (art. 5°). En cuarto lugar, el plazo de crio preservación es de 10 años (art. 11°), siendo que una gran cantidad de países lo establecen en la mitad, 5 años.

Como adelantamos, el proyecto también establece de manera precisa cuáles pueden ser los diferentes destinos de los embriones, a saber: a) ser utilizados por sus titulares para posteriores tratamientos; b) ser donados con fines reproductivos; c) ser donados con fines de investigación y d) cesar su crio preservación (art. 10°). Se dedica un título específico, el título III, a reglar todo lo atinente al contrato de donación (arts. 15° a 21°).

Por otra parte, en total consonancia con una real preocupación mundial y local, se procura resolver el destino de los embriones crio preservados en caso de silencio de sus titulares o en supuestos de abandono. En estos casos, a los efectos de brindar una solución equitativa, responsable y provechosa se destina su uso para investigación como régimen legal supletorio, a falta de decisión de las partes, en atención a la importancia del desarrollo de la investigación en este campo.

También se propone incorporar una regulación detallada y precisa respecto de la donación para investigación (arts. 22° a 24°) y se incluye la posibilidad excepcional de seleccionar embriones histo compatibles (arts. 25° a 28°). De esta manera, se abona a la opinión de que la protección de los embriones humanos no tiene porqué ser incompatible con su uso en investigaciones médicas que importen una promesa razonable de tratar o prevenir enfermedades humanas graves.

Al respecto, cabe destacar que en el citado caso "Artavia Murillo", la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó la existencia de un derecho humano a gozar de los beneficios y progreso de la ciencia; en este contexto, es claro que todas las personas que deciden que sus embriones sean utilizados para investigación, en definitiva, realizan un aporte a la satisfacción de este derecho de repercusión o interés social y para el bien común. Incluso, la investigación con embriones permitirá mejorar y perfeccionar la técnica de crio preservación

como la fertilización in vitro, lo cual redundará en mayor protección al embrión no implantado.

Por otra parte, el proyecto también contempla la posibilidad de llevar adelante la técnica del diagnóstico genético pre implantacional (DGP), definiendo la finalidad específica con que debe ser autorizado (art.30°), los límites de su uso (art. 31°), el derecho a no obtener información (art. 33°), así como la prohibición expresa de que los embriones afectados y los sanos portadores de alguna anomalía sean donados con fines reproductivos (art. 34°).

Por último, la presente propuesta normativa incluye un título VIII con disposiciones finales entre las que se destaca la inclusión de la cobertura integral de todos los supuestos regulados, extendiendo el alcance de la ley 26.862 y normas complementarias (art. 35°); la regulación de la responsabilidad civil de los profesionales y las personas directivas de los establecimientos sanitarios especializados por los perjuicios que causen como consecuencia de la manipulación de embriones (art. 36°), así como el carácter de orden público y su aplicación en todo el país (art. 39°).

En definitiva, el presente proyecto de ley viene a dar cumplimiento con una manda legal pendiente como lo es establecer un régimen jurídico claro y preciso, sobre el embrión no implantado en un contexto en el que la reproducción asistida observa un mayor desarrollo, perfeccionamiento y presencia en la realidad social.

Por estas razones solicito a mis pares que acompañen el presente proyecto de Ley.

3.6 Jurisprudencia de la Corte Federal

Antes de profundizar en la jurisprudencia de la Corte Federal, voy a hacer una notable aclaración en cuanto cómo en el Proyecto de Ley se consideraba la persona humana desde sus inicios y el fuerza normativa que éste tenía antes de la entrada en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

Fueron objeto de múltiples debates hasta que finalmente la redacción definitiva del artículo 19° del actual Código Civil y Comercial reza la diferencia de persona humana desde su concepción. Aclara cuando fuese dentro o fuera del seno materno. El embrión humano con su potencial genético su preservación y protección están por encima de cualquier procedimiento científico. Las técnicas de Reproducción Humana Asistida tenían un espacio físico en la normativa proyectada.

Para entender el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, colocó de manifiesto el texto que precedió al finalmente redactado nuestro CCyC .

El Poder Ejecutivo el 8 de junio de 2012, envió al Congreso de la Nación el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación disponiendo el art. 19° que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.

La implantación del embrión humano es así mismo un ser conformado, fecundado y concebido como ser., que tendrá su evolución dentro del espacio natural (útero), para su desarrollo progresivo.

Esta norma establecía una distinción entre embriones concebido en la madre y los embriones no implantados, ya que según el texto unos son personas y otras no lo serían. A partir de aquí sucedió una circunstancia legislativa sobre la que no se ha reparado lo suficiente. Desde tiempo atrás se encontraba en debate parlamentario un proyecto sobre técnicas de reproducción humana asistida, que fué aprobado por el Congreso de la Nación el 5 de junio de 2013 (un año después de la presentación del proyecto de código que aún no había recibido aprobación ni por la Cámara de Senadores ni la de Diputados), transformándose así en la Ley 26.862. Esta ley, si bien no define el inicio de la existencia de la persona humana, sigue el lineamiento discriminatorio entre los embriones, proyectada en un código que aún no tenía vigencia. Lejos de ello, el artículo mencionado sufrió una modificación en el Senado según la cual el art. 19° dispuso que “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”, sin distinguir si la misma se produce dentro o fuera de la madre. Al aprobarse por Diputados el 1° de octubre de 2014 se transformó en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado cuya vigencia comenzó el 1° de agosto de 2015. En consecuencia para el art. 19° del CCyC de la Nación, el embrión humano es persona, sin distinguir si la misma se produce dentro o fuera de la madre.

La cuestión para debatir. *Una pareja promueve acción de amparo contra la Obra Social de Empleados Públicos de la Provincia de Mendoza, ya que requirió la prestación de un procedimiento de fecundación in vitro mediante ICSI (inyección introplasmática de semen) y además del procedimiento del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) (la madre sufría abortos por malformaciones genéticas de los embriones) negándose la demandada a brindar éste último servicio argumentando –entre otras razones– que no se encuentra incluido ni en la Ley 26.862 ni en su decreto reglamentario. Tanto la jueza de primera instancia, como la Cámara Civil de Apelaciones rechazaron el amparo. Similar suerte corrió la pretensión ante la Sala 4 de la Suprema Corte de esa Provincia, (30 de julio de 2014) que rechazó también el recurso extraordinario motivo por el cual la causa llega mediante queja al Tribunal Superior de la Nación que entendió que existía materia federal que autorizaban el análisis de los agravios ya que se trataba de interpretación de normas federales. Por tanto los distintos argumentos de las partes y de los tribunales intervinientes tienen como eje principal el DGP⁷¹. El óvulo fecundado es, pues, un individuo de la especie humana que debe ser tratado como persona, con todo lo que ello significa jurídicamente en cuanto al reconocimiento de derechos que le son inherentes y que derivan del orden natural objetivo.*

El tema es crucial, porque entre esos derechos figura el elemental derecho a vivir, a nacer, a no ser objeto de manipulación, experimentación, congelamiento ni destrucción.

Más por intereses a veces inconfesables que por razones lógicas se ha controvertido la personalidad jurídica que corresponde reconocerle al embrión. Para ello se ha llegado al extremo de sostener diversos enfoques de “personalidad retardada” que tienden a desconocer

⁷¹ Por el Dr. Eduardo Martín Quintana Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas ambas graduaciones en la Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Director del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

la condición humana del embrión. *“Aceptar que después de la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir ya no es una cuestión de gusto o de opinión... No es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental”*⁷².

El matrimonio solicita la cobertura integral de la prestación de fertilización asistida por técnica ICSI con DGP, hasta lograr el embarazo incluyendo medicación y los gastos que dicho tratamiento demande.

La pareja acredita: que desde el año 2009 comenzaron la búsqueda de un embarazo sin resultados positivos. Que en el año 2011 -luego de consultar a especialistas en fertilidad se les diagnostica una infertilidad primaria en función de un factor masculino (astenospermia moderada) y un factor cervical test postcoital negativo. En razón de dicho diagnóstico, la pareja realiza inseminación intrauterina (técnica de baja complejidad) con resultado negativo. El cuarto intento tuvo como consecuencia un ciclo concepcional que terminó en aborto bioquímico.

A raíz de los intentos infructuosos de la técnica de baja complejidad, se les indica la realización de fertilización asistida de alta complejidad (ICSI) en abril del año 2012, resultando test de embarazo con niveles de 6,9 UI/ml, circunstancia por la cual se solicitaron cariotipos, evidenciándose a través de dicho estudio genético cariotipo masculino 46 xy con translocación Robertsoniana entre cromosomas 6-15. Esta situación los llevó a consultar con médico genetista quien sugirió evaluar un tratamiento de alta complejidad y realizar Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP), ya que los estudios realizados indicaban que el Sr. L. tenía un riesgo del 80% de producir espermatozoides con desbalances de los cromosomas involucrados en la translocación y de otros por efecto inter cromosómico, los cuales originarían embriones anormales causantes de infertilidad y/o nacidos con cromosomopatías. En razón de dicha patología, no sería viable lograr un proceso de gestación completo, ya que se producirían abortos espontáneos

El amparo iniciado por los actores contra la Obra Social de Empleados Públicos(OSEP), se dirigía a obtener una orden para la cobertura integral de una fecundación artificial por la técnica ICSI (inyección intracitoplasmática) con DGP.Los accionantes sostuvieron que hasta ese momento no habían podido concebir hijos mediante las técnicas de reproducción humana asistida, por padecer una infertilidad primaria. Esto último originaría embriones anormales y/o nacidos con cromosomopatías. Por tal cuestión, se les indicó acudir al DGP para poder solucionar el problema de infertilidad.

Frente a la confirmación de la instancia de apelación del fallo de primera instancia, los amparistas interponen recurso extraordinario de inconstitucionalidad, el que debe ser dirimido por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza señaló que la cobertura requerida (FIV) con inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) y diagnóstico preimplantatorio

⁷² 8 Cit. por Fernando Monge: op. cit., p. 119

(DGP) no estaba incluida en el Plan Médico Obligatorio al que remite la Ley 26862 y su decreto reglamentario 956/2013.

La argumentación se basa que se advierte del articulado de la Ley 26862 y su decreto reglamentario, no está incluido el diagnóstico genético preimplantacional como prestación integrante de PMO, ni que deba ser cubierto en consecuencia por los efectores del sistema de salud. Una resolución interna de OSEP vigente desde mayo del año 2013 (N° 157/13) expresamente excluye de las prestaciones relativas a la fecundación asistida al DGP en su Anexo I-F.

La particularidad del fallo radica en que la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad que debe llevar a cabo la pareja peticionante, incluye el diagnóstico genético preimplantacional⁷³, lo cual evidencia y potencia argumentos de perfil fundamentalista en relación a la protección (absoluta) del embrión no implantado y en cuanto a la debida ponderación y balance de diferentes derechos en juego.

Paradójicamente, y a pesar de que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos zanja la cuestión referida al estatus jurídico del embrión no implantado, el máximo órgano jurisdiccional provincial no aplica el criterio interpretativo que obedece al sistema de convencionalidad⁷⁴ explicitando en sus fundamentos una lógica de exclusión de la sentencia de la Corte Internacional en atención a que el país objeto de resolución es otro y no Argentina.

Una vez mas son temas que siguen generando reacción por parte de determinados sectores eludiendo así la debida efectivización de los derechos reproductivos en aras a la protección del derecho humano a formar una familia, el derecho a intentar procrear, el derecho a la salud y a beneficiarse de los avances biotecnológicos. Estos derechos sintetizan la posibilidad de concretar proyectos personalísimos los que se traducen en el comienzo de una nueva existencia.

El tribunal supremo de Mendoza, plantea: si es susceptible de la arbitrariedad de la sentencia que deniega la vía del amparo ya que la prestación solicitada es excepcional, de muy alto costo, y no se encuentra cubierta por la obra social⁷⁵. A su vez, manifiesta que la cuestión ventilada involucra aspectos complejos que abarcan discusiones éticas, médicas, jurídicas, filosóficas y científicas, morales y susceptibles de un mayor análisis que no puede darse en una acción de amparo. Además, el tema a resolver involucra el derecho a la vida de los embriones no seleccionados que serán necesariamente descartados en el tratamiento y su destino no se encuentra acreditado con contundente precisión.

⁷³ "El Diagnóstico Genético Preimplantatorio, es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in Vitro, y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer", definición extraída de la propia sentencia del tribunal superior de Mendoza. (3) Caso "Artavia Murillo y otros ("fecundación In Vitro") c. Costa Rica, 28/11/2012.

⁷⁴ Argentina al ser país ratificante de la Convención Americana de Derechos Humanos y al haber aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional no supera el test de convencionalidad al hacer caso omiso a una interpretación de dicho instrumento por parte de la Corte. Esta cuestión fue resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mazzeo".

⁷⁵ El hecho de que la técnica no esté contenida como prestación en la obra social no puede leerse como impedimento para la solicitud del amparo, por el contrario obedece a la naturaleza y a la lógica de ésta vía judicial.

La Sentencia de la Suprema Corte de Mendoza., confirma la decisión inferior, contiene dos votos a favor de la confirmación y un voto en disidencia del Dr. Palermo.

Dr. Jorge H.Nanclares arguyó, que la sentencia recurrida no adolece de arbitrariedad ni ilegalidad manifiesta por lo que corresponde el rechazo del recurso en trato. Se basa en los siguientes argumentos: -En primer lugar refuerza un argumento central de los jueces inferiores: *"el tema del derecho a la protección de la vida del embrión humano que necesariamente debe ser descartado en el procedimiento DGP cuya aplicación se pretende, atento a su finalidad de servir de material sujeto a selección de calidad a los fines de la implantación de aquél más apto a la finalidad perseguida por los progenitores"* ⁷⁶.

-Esgrime también que el DGP no está contemplado en la ley, razón por la cual es válida la negativa de la prestadora de servicios de salud.

-En cuanto a la Ley 26.862 y su decreto reglamentario no incluye el diagnóstico genético preimplantacional como prestación integrante del PMO, razón por la cual no se desprende que deba ser cubierto por los efectores del sistema de salud. Por otra parte, la Resolución interna de OSEP expresamente excluye de las prestaciones relativas a la fecundación asistida al DGP en su Anexo I-F). Vale destacar lo expresado por el tribunal en tanto reza: *"considerar que no es manifiestamente arbitraria ni ilegítima en los términos de nuestra ley de amparo la negativa de Osep a otorgar la cobertura de este procedimiento por ausencia de legislación que contemple expresamente esta práctica como de cobertura obligatoria, tal como lo hizo la Cámara, no parece como irrazonable o absurdo, máxime cuando para decidir así se fundó en la reciente ley que tampoco la prevé; y resulta de las pruebas rendidas que no peligró la vida o integridad física de los Sres. L. o V"*⁷⁷. - Asimismo, el DGP implica cuestiones de evidente complejidad que deben ser previamente resueltas el una ley habiendo agotado un debate que contemple los aspectos éticos, jurídicos, morales, bioéticos, por lo que imposibilita hacer lugar a dicho pedido en tanto depende de una regulación previa que hoy no existe⁷⁸.

Voto ampliatorio Dr. Perez Hualde.

Dr. Alejandro Perez Hualde introduce -reforzando los fundamentos de los jueces a quo- los siguientes aspectos que según textuales expresiones del magistrado *"debe exponer su posición acerca de los graves puntos discutidos, que comprenden aspectos que se relacionan con el comienzo de la vida humana y de su dignidad"*.

- La pretendida técnica del DGP importa indefectiblemente asumir la realización de biopsias sobre los embriones, su selección y descarte de más de doce o trece embriones, al menos, porque son sobrantes, y no establece el destino final con precisión y seguridad científica respecto de ninguno de ellos, sea que resultaren aptos o no. Ello conlleva a la generación y motivación ovular.

⁷⁶ Extracto de la sentencia

⁷⁷ Este razonamiento desnaturaliza el objeto de la litis, ya que los recurrentes no acuden al órgano jurisdiccional por que esté en juego su propia vida, sino en razón de otros derechos contemplados en nuestro sistema constitucional tales como el derecho a formar una familia, el derecho a la salud reproductiva, el derecho a la procreación, a la dignidad, identidad, entre otros.

⁷⁸ Resta señalar que el tribunal también hace mención al proyecto de unificación de código civil y comercial -en su momento con media sanción- y considera que si bien el artículo 57 establece "que están prohibidas las prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia, excepto las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas", lo cierto es que al momento de decidir en estos autos, tales disposiciones no son ley vigente.

- Argumenta que en esta instancia si aclararon los amparistas que los embriones no aptos dejarían espontáneamente de duplicarse en el laboratorio precisamente porque son inviábiles, mientras que los aptos solo ellos serían crioconservados para una posible no segura ulterior utilización por ellos mismos con fines reproductivos.

- Establece que la protección de la vida y su dignidad se impone según nuestro ordenamiento constitucional desde el comienzo de su existencia, más allá de cuando se la considere sujeto de derechos y con posibilidad de defenderlos en juicio por si o a través de terceros⁷⁹.

- Expresa que *"no existe avance científico ni derecho humano, por muy legítimo que fuera, que para su realización implique necesariamente la experimentación sobre seres humanos mediante procedimientos que se hagan cargo de la posibilidad cierta e inevitable de ese uso instrumental y eventualmente de su eliminación por descarte voluntario del investigador."* - Respecto a la legitimidad del derecho invocado por los accionantes, expresa que no duda de su "legitimidad", no obstante *"este legítimo derecho no es absoluto, como no lo es ninguno reconocido por la CN y encuentra su límite en la necesaria protección de la vida humana, y del impedimento coherente de que ella se sometida a experimentaciones y manipulaciones que se hagan cargo de la necesaria supresión de otras vidas humanas no menos dignas de protección y -en cualquier caso- de sacrificio e instrumentación útil en aras de otras vidas o del ejercicio de otros derechos aun cuando éstos fueran los de sus progenitores"*⁸⁰.

En cuanto al reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", aduce el magistrado que si bien dicho precedente aborda de manera precisa el comienzo de la vida humana distinguiendo a los fines de interpretar el término "concepción", dos momentos: fecundación e implantación, concluyendo la Corte *"de que hay 'concepción' recién desde el momento en que ocurre la implantación del embrión en el seno materno y que antes de este momento no es persona y por lo tanto no procede la protección a la vida contemplada en la Convención Americana de Derechos Humanos; los embriones descartados, no seleccionados no merecen la tutela jurídica que los jueces de Costa Rica han realizado"*⁸¹, no ha sido un fallo unánime, y que dos de los votos aclaran que sólo alcanzan a este caso en concreto y que el fallo contradice la reserva ⁸² efectuada por nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Respecto al alcance que tiene la sentencia de la Corte Interamericana surge del voto en cuestión *"coincido con nuestra Corte Suprema en el sentido de que la doctrina de la CIDH es orientadora necesaria en materia específica de los derechos humanos en general y en especial de los contenidos de la Convención y que sólo cabe apartarse en circunstancias extremas. Pero entiendo que la jurisprudencia del Tribunal Internacional no puede ir mas allá que la*

⁷⁹ En este punto es clave el entendimiento que brindo la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto al art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya que zanja la discusión respecto a que debe interpretarse por "concepción" (la Corte prevé que el término concepción alude a anidación), además de que dicha normativa prevé que la protección será "en general" desde la concepción, respetando así el equilibrio de otros derechos en juego que pueden presentarse en tensión.

⁸⁰ El destacado me pertenece. Nuevamente, la cuestión de la ponderación de derechos en tensión, hacer prevalecer el derecho de los embriones no viables frente al cúmulo de derechos de los que son titulares los accionantes. Indudablemente, esta ponderación se presenta -al menos- como paradójica.

⁸¹ Extracto de la sentencia

⁸² En este punto cabe destacar una vieja discusión: en realidad Argentina no realizó una reserva sino una cláusula interpretativa.

Convención misma, que es su base de sustentación, ni de su soporte constitucional que le sirvió de cauce de introducción en nuestro ordenamiento jurídico" ⁸³. En síntesis, razona que en atención a la reserva efectuada en la Convención sobre los Derechos del Niño, el precedente jurisdiccional interamericano no puede aplicarse en el caso Argentino, ya que violaría la propia Constitución Nacional. Así, sostiene "la reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad 'por fuera' del control de constitucionalidad"⁸⁴.

Así mismo, el voto del Dr. Perez Hualde afirma que hacer lugar al recurso y obligar en consecuencia a que la obra social financie "la experimentación y seguro descarte de embriones", sería desconocer su preventiva protección como vida humana.

Al efectuar la tarea de ponderación de intereses y derechos en *juego* "se hace prevalecer un bien especialmente tutelado por todo el sistema jurídico: la vida humana y su dignidad, que se constituyen en limite razonable al derecho de los eventuales progenitores" (art. 28 CN)⁸⁵.

Reza el sentenciante que esta respuesta que adopta el tribunal "no implica una toma de posición contraria al progreso, sino -en el mejor de los casos- favorable a la protección de la vida humana en estado embrionario...".

En resumen; "de permitirse el avance de la pretensión perseguida en autos, habrá afectación severa de la vida humana digna de su preventiva protección, sobre todo frente a experimentos y tratamientos que implican su seguro sometimiento a ensayos experimentales y a su eventual 'descarte'. Está probado que en el embrión hay vida, que es indudablemente humana, que posee su propia identidad de ADN, que -precisamente- por causa de esa individualidad es que se fecundarán no menos de quince óvulos distintos para obtener otros tantos embriones para detectar cuál ofrece mejores condiciones de acuerdo a un criterio médico que es -aun cuando fuera lo mas serio y estudiado- coyuntural y variable, para proceder a la eliminación de los que según ese mismo estudio resulten inaptos o sin un destino seguro y preciso para los aptos cuando fueran más de aquellos que se desea implantar"⁸⁶.

Voto en disidencia Dr. Omar Palermo.

A fin de un exhaustivo análisis del antecedente judicial en cuestión, el voto en disidencia del Dr.Omar Palermo quien sostiene que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad formulado y en consecuencia revocar la sentencia impugnada. De manera minuciosa, el magistrado describe los hechos del caso y luego presenta un acabo detalle definiendo las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

⁸³ Idem.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Idem.

De ese modo estableció que le método ISCI, permitido en el Derecho Argentino, en ciertos casos abarca la elección azarosa de embriones que serán implantados⁸⁷. La utilización del DGP permite también detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación o incluso la cura de enfermedades, a través del detecte de alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación. Entre los principales argumentos, el magistrado afirmó: Que en los procedimientos de ICSI se puede optar por la preparación de los ovocitos que sólo serán implantados, pero también se puede elegir la preparación de más ovocitos de los que vayan a implantarse y optar por la crioconservación, siendo que la Ley 26862 y su decreto reglamentario permiten expresamente la crioconservación de embriones.

Por otra parte el derecho a la salud reproductiva, la vida íntima familiar, a la integridad personal y al goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico, las mismas se encuentran en el reconocimiento en distintas convenciones internacionales sobre los Derechos Humanos., en nuestro país se ven reflejado en el Art. 75° inc. 22 de la Constitución Argentina.

La jurisprudencia de la Corte IDH debe servir como guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció su competencia para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, tal como sostiene la Corte federal en varios precedentes⁸⁸. Por su parte en “Mazzeo” el Alto Tribunal señaló expresamente que *“la inter-pretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)” lo cual importa «una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (Fallos 330:3248)*⁸⁹

La Ley 26862 se adecúa al respecto y aplicación del principio de igualdad y no discriminación, ya que no es la patología o una cuestión de salud la que está presente en toda situación en la cual se apela a las técnicas de reproducción humana asistida, sino también en definitiva, el derecho a formar una familia y el derecho a la vida familia⁹⁰. Desde un punto de vista científico, la selección a la que conduce la aplicación del método DGP no es de ninguna manera experimental sino, por el contrario, tiende a favorecer la implantación de embriones que pueden viabilizar su desarrollo. De esta manera sólo se seleccionan los embriones viables y, por lo tanto, no se implantan aquellos que no prosperarían por su propia naturaleza. Se trata de aquellos embriones que por tener alguna anomalía cromosómica o estructural, nunca prodrán generar un embarazo o el nacimietno de un niño. Otro argumento categórico que realiza el magistrado, se relaciona con la discriminación por cuestiones económicas que sufren las personas o parejas que no pueden pagarlo. En este sentido: *“no puede negarse que en la actualidad la técnica DGP se realiza de manera no clandestina en clínicas privadas por*

⁸⁷ Extracto de la sentencia, voto del Dr. Palermo

⁸⁸ Fallos: 318:514.

⁸⁹ <http://www.sajj.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mazzeo-julio-lilo-otros-rec-casacion-inconstitucionalidad-riveros-fa07000045-2007-07-13/123456789-540-0007-0ots-eupmocsollaf>

⁹⁰ <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28152/norma.htm>

personas que afrontan el costo de la prestación en forma particular. Pues bien, precisamente esta circunstancia es la que quiere evitar la Ley 26.862 mediante el acceso amplio e igualitario a las técnicas de reproducción asistida. Dicho de manera drástica, de no estar protegido por ley la aplicación del método DGP se generaría una inadmisibles desigualdad entre quienes pueden y no pueden pagarlo: los sectores sociales más desprotegidos serían los únicos que deberían sufrir los padecimientos de las graves enfermedades genéticas de sus hijos que el método que aquí se cuestiona podría evitar. Una desigualdad semejante no puede ser tolerada” Por último, haciendo referencia al destino de los embriones *"la necesidad de protección del embrión no implantado ya fue puesta de manifiesto por el proyecto de unificación Código Civil y Comercial de la Nación que tiene media sanción legislativa. En efecto, el proyecto establece como "Disposición transitoria" que "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial"*. Pues bien, para el caso de los embriones que sí son viables y que no se implantarán, está claro que pueden criopreservarse conforme autoriza la propia Ley 26.862, teniendo luego el destino que decidan los beneficiarios del sistema". Vale destacar: *"que los embriones con defectos genéticos no serán viables ya que por su sola estructura cromosómica no podrán prosperar en un proceso de gestación"*.

Sobre este tema específico de la medicina reproductiva contemporánea, cabe la reseña que el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) *"es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro, y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer. Está más difundido, o mejor dicho aplicado, el DGP "extensivo" que realiza la selección de embriones para lograr el nacimiento de un niño que pueda proporcionar una donación de tejido compatible a un hermano vivo que padece de alguna enfermedad grave genética, pero también se aplica a casos de infertilidad para seleccionar el embrión viable"*⁹¹

El derecho a la vida, es el bastión argumentativo en este tipo de problematizaciones se erige desde una perspectiva dogmática y absoluta, sin poder visibilizar otras cuestiones -que integran la nómica de derechos humanos, inalienables e inviolables- y forman parte de la complejidad que impone la realidad actual.

El comienzo de la existencia de la persona humana, el infinitamente debatido artículo 19° del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, el derecho a identidad, entre otros temas que encierran discusiones bioéticas, si bien son complejos deben mirarse desde una perspectiva laica que respete la diversidad de una sociedad democrática.

El 1° de septiembre de 2015 recae el fallo definitivo de la CSJN, rechazando la cobertura. El Tribunal describe las pretensiones de las partes señalando que ha reconocido carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida⁹² y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. Pero muy claramente establece los límites de estos derechos agregando que, si bien son de raigambre constitucional, así como los principios y garantías consagrados en la Carta Magna, no son absolutos sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio en la medida que lo establezca el poder legislativo con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión

⁹¹ Considerando tercero de la primera cuestión del juez preopinante en la sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza.

⁹² Fallos 329:2552:333:690.

que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente., a fin de asegurar el bienestar general.⁹³ Con la única condición de la no alteración de su subsistencia.

Desde esta premisa que delimita los derechos de los actores, hace una recorrida por el articulado de la ley 26.862 que regula la materia, cuya finalidad es garantizar el acceso integral a los procedimientos médico-asistenciales de reproducción humana asistida, alcanzado la obligación a las instituciones que integran el sector público, las obras sociales y las entidades de medicina prepaga, enumerando a continuación las prestaciones obligatorias entre las que no se encuentra el diagnóstico genético preimplantatorio, no se encuentra enumerado por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio., sucediendo otro tanto con el decreto reglamentario 956/2013. La Corte señala que la ley mencionada deja abierta la posibilidad a incorporar nuevos procedimientos y técnicas que obedezcan a avances técnico-científicos, en relación con el concepto de “técnicas de alta complejidad” y que sólo la ley hace mención de:” la fecundación *in vitro*”, “la inyección intracitoplasmática de espermatozoide”, “la criopreservación de ovocitos y embriones”, “la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos”⁹⁴ mas omite toda referencia al “DGP” pero a la vez señala que sólo serán receptados cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación, añadiendo que la misma, conforme al art.3^o⁹⁵, incumbe al Ministerio de Salud de la Nación que es la Autoridad Sanitaria que corresponde. En consecuencia sostiene que es inadmisibles que sea el Poder Judicial el que determine incorporar un nuevo procedimiento médico, ya que “la misión de los jueces es dar pleno efecto a las normas vigentes sin sustituir al legislador ni hacer juzgamientos sobre el mero acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades”.

El propio texto de la ley determina que esa alternativa sólo es viable cuando tales circunstancias sean autorizadas por la Autoridad de Aplicación.

Gonzalez Magaña⁹⁶, considera que la solución finalmete arribada por el máximo tribunal de nuestro país, concuerda con la misión del magistrado, máxime cuando se trata en materia litigiosa donde su componente sensible es la determinación de la existencia de la persona humana y el alcance de la protección legal que debe darse al embrión humano previo a su implantación.

Si bien la CSJN falló en contra a estos cónyuges, que era la única oportunidad de concebir hijos genéticamente, los jueces toman en rigor de la leyes cada caso concreto. Se deberá adecuar la normativa a la Carta Magna y los instrumentos internacionales sobre los Derechos Humanos en consonancia con el Estado constitucional y convencional de Derecho Argentino.⁹⁷ Fué precisamente lo que obvió ver nuestra Corte. *“Dicen sus críticos que aceptar que una constitución pueda sufrir cambios por vía interpretativa, sin ser formalmente enmendada, genera enormes riesgos. La constitución viviente, dicen quienes discrepan,*

⁹³ Artículo 14 y 28 de la Constitución Nacional

⁹⁴ Artículo 2 segundo párrafo

⁹⁵ La Autoridad de Aplicación. Será la Autoridad de Aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación.

⁹⁶ González Magaña, Ignacio. El diagnóstico genético preimplantacional en las técnicas de reproducción humana asistida. Un vacío normativo y un ineludible cuestionamiento: ¿Existe justificación legal para la selección de embriones? En RC D 1159/2015

⁹⁷ <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2015/09/una-herida-mortal-alcodigo-civil.html>

permite que su texto sea manipulable. Además, la adaptación del texto constitucional a la realidad, ¿en manos de quién recae? ¿Estamos seguros de que quienes interpretan la forma en que la carta suprema debe cambiar lo hacen de buena fe o a través de interpretaciones adecuadas, o bien podemos pensar que –por el contrario– lo hacen con base en sus propias ideas y planes políticos?⁹⁸ Las tesis contrarias a la idea de la constitución viviente se agrupan bajo la etiqueta del “originalismo”, que propugna interpretar la Constitución de forma estricta, según sus palabras o según la intención de los redactores⁹⁹. Para los originalistas, no hay dilema alguno que resolver ya que la Constitución –a pesar de haber sido escrita hace más de ciento cincuenta años– sigue ofreciendo respuestas adecuadas a los problemas del presente”¹⁰⁰. “El paradigma garantista se presenta como un modelo de derecho y de Estado de derecho que propone el aseguramiento de los derechos con base en una estructura de los ordenamientos jurídicos que tiene en la cúspide a la Constitución y a los derechos fundamentales; cualquier acto que busque legalidad y legitimidad debe sujetarse a estos presupuestos. También puede entenderse por garantismo una teoría general del derecho con varios niveles delimitados que posibilitan la crítica reflexiva tanto desde las disciplinas positivas del derecho como desde la filosofía del derecho o la sociología jurídica; los tres niveles se encuentran concatenados y son los que ofrecen sentido a la racionalidad jurídica. En el centro de la cual se encuentran los fines del Estado Constitucional, y particularmente los derechos fundamentales”¹⁰¹.

Las Técnicas de Reproducción Humana asistida involucran una serie de avances y estudios científicos que deben considerarse al momento de la aplicación de aquel caso en particular. Los diferentes métodos empleados que hacen uso de la ciencia en beneficio de la persona no deben limitarse a una letra fría y taxativa de la ley.

La “fecundación asistida” se refiere a la asistencia médica en la fecundación natural ha existido desde hace largo tiempo ya sea mediante terapias de diversos tipos como fármacos, intervenciones quirúrgicas o tratamientos psicológicos. ¿Pero en el tema que nos apodera, la operatoria técnica responde a una “asistencia”?

La palabra “asistir”, es el que brinda la asistencia asume un rol extra, “ad extra” al que la recibe o sea que necesariamente se remite, de una relación no sustitutiva de la personalidad misma del enfermo sin perjuicio que a través de una asistencia médica pueda suplirse alguna función vital del organismo, pero es éste el que la incorpora y puede suplir así el déficit precedente., al que no puede hacer uso naturalmente. Por eso respecto a las actuales técnicas la

⁹⁸ Sobre el razonamiento judicial, de entre las muchas obras que se podrían citar, quizá valga la pena revisar el libro de Posner, Richard, *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge, 2008.

⁹⁹ El originalismo tiene entre sus defensores más conocidos al juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Antonin Scalia, de quien puede verse el libro *A matter of interpretation. Federal courts and the law*, Princeton University Press, Princeton, 1997 (en la obra se incluye la crítica que destacados profesores le hacen a Scalia).

¹⁰⁰ CARBONELL, Miguel. Revista FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS. Vol. 42, No. 117 / p. 347-357 Medellín - Colombia. Julio-Diciembre de 2012, ISSN 0120-3886

¹⁰¹ **Jheison Torres Ávila** Jtorresav@una.edu.co Universidad Católica de Colombia, Colombia. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. Revista de Derecho, núm. 47, 2017 Fundación Universidad del Norte. **Recepción:** 05 Febrero 2016 **Aprobación:** 01 Octubre 2016

denominación adecuada es la de fecundación artificial pero como este adjetivo es totalmente al opuesto a natural no es de tan fácil aceptación.,y por tanto ha sido denominada de manera encubierta por la de “asistida”. Por otra parte la cuestión sólo guarda semejanza con las intervenciones médicas que tienen como destinatario al paciente ya que aquí la finalidad converge a un tercero, el hijo, que pasa a ser el destinatario final de la técnica.

En la fecundación artificial la llamada Técnicas de reproducción Humana Asistida, el hijo porvenir es materia de una suerte de contrato entre el o los progenitores, los requirentes y el prestador del servicio el requerido, que por tanto se compromete a realizar un “opus” u obra.

Una suerte de contrato de contratación de obra en el derecho civil. Pues depende el tipo de contratación, nos veríamos obligados a considerar si este es de medios o de resultados. El instituto medico de aplicación quedaría sujeto a todas las responsabilidades propias de su obra, una de ellas no de menor cuantía es la de entregar el producto en buen estado, según la contratación, y también no encontrarse sujeto a las consecuencias de los vicios redhibitorios. Será quizás por eso que no se tiene conocimiento que nazcan niños defectuosos, pudiendo imaginarnos lo que ha sucedido en casos que las anomalías se hayan detectado antes de la finalización del contrato. *“En consecuencia no es despreciable afirmar que el embrión es considerado como un objeto; con toda propiedad se ha hablado de “instrumentación” del embrión por medio de las manipulaciones técnicas que alteran el proceso natural de procreación”*¹⁰².

Desde una perspectiva filosófica, todo ente natural es causado y sabido es la influencia de la causa eficiente, llamada también causa fuente, origen o motora, sobre las restantes y en definitiva sobre el ser causado. Esta causalidad ha sido dividida en principal o agente e instrumental y si bien en la fecundación artificial la causa eficiente principal es la misma que en la natural - los gametos masculino y femenino -, no sucede otro tanto con la causa eficiente instrumental, ya que la unión sexual es reemplazada por la técnica que enmarca y en definitiva es la productora y “causante” de la fecundación

La consecuencia es que el ser causado –en el caso nada menos que una persona humana se encuentra signado por la eficiencia tecnológica que asume de esta manera un rol protagónico, de modo tal que el instrumento técnico “aparece” con igual o mayor envergadura que la causa eficiente principal o engendrante. Una vez que este pensamiento se generaliza, la causa eficiente instrumental tiende a “independizarse” de la principal y aunque no podrá sustituirla al menos produce en ella una metamorfosis en su desarrollo normal. A esta altura cabe interrogarse si la instrumentalidad no ha superado a la principalidad o al menos la ha equiparado. La “principalidad” que ha asumido la instrumentalidad: en definitiva son los terceros (no los padres) quienes pasan a tener el poder de decisión total sobre el resultado de la operación técnica: decidirán cuantos óvulos se fecundan, analizarán la viabilidad de los embriones y con ello cuales y cuantos serán implantados o eventualmente congelados o desechados y en algunas legislaciones se autoriza la investigación o experimentación en caso que también los mismos médicos interesados en la operatoria hayan decidido la “no viabilidad del embrión”.

¹⁰² Eduardo Martín Quintana Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica Argentina SOFISMAS Y EUFEMISMOS SEMANTICOS EN EL AMBITO DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL

No se extraña entonces, que desde la óptica de los manipuladores, se produzca la cosificación del embrión ya que resulta el producto de una instrumentalización técnica. No es un ente que naturalmente accede a la vida sino un ente fabricado con elementos naturales..

Dado lo pautado, la “fecundación asistida” se disfraza una actividad diferente. Es un sofisma lingüístico, pues no se trata de una asistencia sino de una sustitución y su objetivo es la confusión de la opinión pública y de los destinatarios. En muchas ocasiones las técnicas se presentan engañosamente como nuevos recursos de la medicina para curar la infertilidad, lo cual es falso ya que ellas no curan sino que son sólo un artificio supletorio de la relación interpersonal de procreación.

La decisión de la Corte al confirmar la sentencia de la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza., limita los derechos fundamentales, como el derecho a la salud reproductiva, derecho a la conformación de una familia.

Tratándose de embriones humanos, resolver lo contrario hubiera sido avalar el descarte y/o congelamiento cuyo resultado a futuro es similar al descarte o llamado supernumerarios, de gran número de los embriones así “diagnosticados”. Es una cuestión de gran debate, pues aquí lo que se puntualiza es la vida humana., por tanto al tener normativas poco claras o deficientes volvemos a resolver cuestiones de reigambre constitucional, con pautas interpretativas.

Es de interés señalar que la Procuradora General dictaminó en su oportunidad, que correspondía hacer lugar al recurso extraordinario y por tanto resolver que la obra social demandada se encontraba obligada a cubrir la prestación requerida incluyendo el DGP. Además de fundar su opinión en la ley 26.862 y preceptos constitucionales, citó en varias oportunidades de su dictamen en fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Artavia Murillo”. Cabe entender que, si bien resultó suficiente para rechazar el recurso la circunstancia que el diagnóstico genético preimplantarorio no estaba contemplado en la ley 26.862, por otra parte la Corte no atendió a la opinión de la Procuradora ni de los recurrentes de aplicar el fallo de la CIDH ya citado, fue analizado minuciosamente en el voto del Dr. Perez Hualde quien además de criticar la interpretación que equipara concepción con “implante”, sostuvo que no era ese el tema cuestionado por ante la Corte Internacional sino la fecundación in vitro.

Si la ley reconoce un acceso integral de los procedimientos de TRHA conteniendo disposiciones amplias, permisivas e igualitarias, entonces de ser así, deben ponerse en práctica., de lo contrario, no sólo se viola flagrantemente el principio de justicia., sino que además esta postura consigue colocar en un desigual acceso. El DGP es posturalmente necesario para evitar el nacimiento de un niño con enfermedades cromosómicas, en un futuro. Esto se verá reflejado que algunas enfermedades sólo serán de gente de menor recurso que no tienen acceso al costo de estos tratamientos. En similar sentido, en los casos de DGP¹⁰³ extensivo, es decir para curar a un niño ya nacido enfermo mediante la donación de tejidos del niño que nacerá, sólo tendrán esta opción las personas de mayores recursos.

3.7. Protección Constitucional y el derecho a la vida.

¹⁰³ El DGP “extensivo” es una nueva técnica que permite la selección de embriones con el fin de lograr el nacimiento de un niño que puede proporcionar una donación compatible de tejido a un hermano vivo, ya sea éste su único objetivo clínico o en combinación con el diagnóstico genético grave en el niño resultante.

Tenemos una incertidumbre que nos lleva a lo largo de nuestra investigación científica, que a la hora de dirimir y dilucidar las cuestiones que atañen a un embrión humano caemos en un abismo donde no hay piso. La pregunta que un legislador debe realizar a la luz de la ética, la moral incluyendo las ciencias médicas y bioéticas, es comparable a darle una respuesta eficaz a los términos del vocablo que involucra al embrión humano. Tenemos que encontrar una respuesta y consensuarla. Adentrarnos en el debate y discutirlo para poder resolver el dilema que involucran al embrión humano.

Profundizar el estatuto jurídico del embrión humano en nuestra legislación Nacional.

¿A qué le llamamos embrión?, ¿Qué es en definitiva?. ¿ Es una persona, ó una cosa?, si es una cosa., ¿ De quién es la cosa?. A través de estos cuestionamientos vamos a darle un valor determinado, y para ello debemos plantarnos sobre una base firme, contundente e inamovible.

Sostemos la argumentación y defendemos la postura que el embrión humano, no sólo es una persona, sino que tiene un potencial de desarrollo.

Desde esta perspectiva se podrá resolver las incertidumbres jurídicas que se presentan a partir del aborto, reproducción humana asistida, selección, manipulación, comercialización de embriones, alquiler de vientre o subrogación de la maternidad.

Resolviendo estas cuestiones, vamos dando respuestas a las inquietudes que surgen en nuestra legislación y que aún están sin resolver. Como todas las incertidumbres son difíciles de resolver, son contradictorias, complejas. Despejando estos cuestionamientos encontraremos el significado del derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho a conocer los antecedentes, identificatorios del embrión humano, de la integridad física, del derecho a tener una familia, derecho a la salud y el devenir natural de una muerte natural y digna.

Si damos una respuesta ius filosófica, las distintas ciencias nos brindan elementos para poder responder a esta cuestión. Encontramos respuestas en la filosofía desde lo antropológico, biología, medicina, un abanico de diferentes ciencias que nos brindan sus respuestas. Si nos detenemos en una mirada estrictamente jurídica nos encontramos con las teorías funcionalistas, que proponen que las sociedades suponen de mecanismos propios capaces de regular los conflictos y las irregularidades, así como las normas que determinan el código de conducta de los individuos, los cuales variarán en función de los medios existentes y esto es lo que rige el equilibrio social¹⁰⁴. La capacidad de la autoconciencia¹⁰⁵., una condición de persona que se va adquiriendo de manera gradual. Son teorías que hacen hincapié a la persona.

Están las teorías donde se detienen en algún momento el la instancia de anidación del embrión en el seno materno, la aparición del sistema nervioso, la aparición de la línea primitiva. El

¹⁰⁴ **Peter Albert David Singer** (Melbourne, Victoria, Australia, 6 de julio de 1946) es un filósofo utilitarista australiano. Profesor de derecho y más tarde de filosofía en la Universidad de Monash (Melbourne).

¹⁰⁵ **Derek Parfit** (/ˈpɑːrfɪt/; Chengdu, 11 de diciembre de 1942-Oxford, 1 de enero de 2017) · Fue un filósofo británico especializado en problemas de identidad personal, racionalidad, ética, y la relación entre ellos.

enunciado de la comisión del año 1994 en nuestro país., el pre embrión hasta los 14 días, concepto que tuvo su lineamiento deslizándose en la literatura científica pero que significó una valla protectora de muchas intervenciones sobre el embrión., en el desarrollo de la persona en su proceso, hasta su muerte., proceso natural y biológico de todo ser vivo.

Es criterio del legislador es establecer desde qué momento se sostiene el comienzo de la vida de una persona, y eso es algo arbitrario para el derecho natural. Qué más indefensa criatura en la tierra que un embrión. Sin poder hacer uso de lo innato que tiene por derecho que es la vida misma.

La teoría personalista del personalismo ontológico que reconoce la existencia de la persona desde el mismo momento que la fecundación, como un proceso sostenido y permanente, que cuando nos referimos al ser humano nos estamos refiriendo esencialmente de la persona.

Hay teorías jurídicas que sostienen precisamente que el concepto de persona es una creación jurídica., una creación del legislador que no necesariamente puede coincidir con la definición del ser humano, que es en definitiva lo que el legislador afirma que es.

Esto también es una discusión que se da en el terreno de la filosofía del derecho.

Apuntar el fundamento exclusivamente desde una postura jurídica positiva a partir de nuestro plexo normativo constitucional.

Analizar nuestra Carta Magna, texto de la Constitución Nacional y establecer desde allí nuestro ordenamiento jurídico Nacional., cuál sería la identidad y los derechos que se debieran reconocer incluyendo los reconocimientos de los derechos del embrión humano juntamente con el reconocimiento de los derechos de la mujer por la disposición de su cuerpo., del poder del fruto de esa concepción.

Allí abordamos un conflicto de derechos fundamentales , difíciles de resolver desde el conflictivismo será muy difícil encontrar una solución al problema ., desde allí planteamos como alternativa de interposición de los derechos que armoniza de alguna manera por los años 1994 que es el análisis de nuestro ordenamiento jurídico vamos a encontrar que nuestra normativa intraconstitucional nos da los elementos más que suficientes para entender que la persona es desde el momento de la concepción, entendida como fecundación. Lo encontramos en nuestra normativa actual rezada en el art. 19 CCyCN. Está claro que previamente hubo debates al respecto antes de la sanción de nuestro Código actual. Existía una redacción ambigua, dual, en el proyecto del código que nos mencionaba el comienzo de la existencia en el seno materno y por el otro concepto se refería a las Técnicas Humanas de Reproducción Asistida, *“En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”*.

Esto no prosperó, formó una fuerte presión. Aquí se observó esta definición dual., definitivamente quedó conceptualizado el ar. 19 CCyCN.

Si profundizamos este concepto dual, la persona quedaba finalmente establecida su comienzo de la existencia a partir de la implantación con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida., este concepto marcaría una gran diferencia y traería más inconvenientes a la hora de

determinar y resolver otros problemas cuestionables. , los derechos sucesorios, llevado a la praxis ¿ Cómo tendría que implementarse?.

Se han propuesto proyectos de ley presentados por diputados liderado por el Diputado Daniel Filmus, donde se establecía un plazo máximo de 10 años para la crioconservación de los embriones, esto conlleva que la existencia de la persona se vería demorado por aquel plazo máximo, o en su defecto si no prosperaría la implantación , tendrían otro destino menos afortunado como la destrucción en el peor de los casos., la donación, que allí veríamos la confusión de la identidad real de la persona por cuanto a su genética, y la distorsión del parentesco.

Definitivamente rezó el concepto actual puntualizado en el artículo correspondiente de nuestra normativa actual.

La cita de la Ley 26061 y el Código Penal Argentino cumplen una función bien contundente a la hora de cometer ciertos actos ilícitos en la persona del embrión., o del derecho al niño no nacido., si bien el código Penal no define el aborto, este incluye la sanción punitiva en lo que la persona se refiere en cuanto a la vida, bien jurídico protegido, desde el vientre materno.

Nuestro Código Civil y Comercial, deja planteado como una norma transitoria de redacción a futuro de una ley especial que regule y proteja al embrión no implantado.

El proyecto de ley presentado por diputados cuyo título que resulta paradójicamente desde sus comienzos en adelante en todo su desarrollo fue la “*Ley de protección del embrión no implantado*”¹⁰⁶. Resulta algo contradictorio el art. 10°, con respecto al destino de los embriones. El Proyecto de ley se enfocaba al destino de los embriones que no fueren implantados cuyo destino sería para la investigación, para futuros tratamientos o directamente sería interrumpido su crioconservación. Es un proyecto de ley contradictorio ya que en ningún momento la ley menciona al embrión como persona y dejando en un lugar inferior al niño por nacer. Esta norma sigue pendiente por parte de legisladores.

Nuestro CCyCN en su art. 21¹⁰⁷ reza sobre derechos y obligaciones del concebido implantado o no, esto está sujeto al nacimiento con vida que es un texto similar al anterior Código Civil derogado Velezano.

Analizar históricamente el derecho a la vida como ha sido tratado y protegido por nuestro ordenamiento jurídico, todos tratan la sanción de nuestra Constitución Nacional del año 1853/1860., no existía la información, ni la preocupación que existe actualmente sobre el derecho a la vida humana.

Desde la sanción de la Constitución Nacional hasta la reforma del año 1994, el tema se resolvió en base a los Derechos Implícitos contenidos en el art. 33° y el art. 29°, que sostiene y afirma que ningún Poder Público “ *El Congreso al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas*

¹⁰⁶ PROYECTO DE LEY Expediente 1541-D-2019 Sumario: PROTECCION DE EMBRIONES NO IMPLANTADOS. REGIMEN. Fecha: 05/04/2019

¹⁰⁷ 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.

Provinciales a los gobernadores de Provincia facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los Argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetarán a los que la formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria”. Estaba claramente preservado, tutelado el derecho a la vida del niño o del embrión humano.

Analizar lo acontecido, la reforma constitucional del año 1994, la tutela, la protección del derecho a la vida se vió mejorada a partir de los intensos debates que se dieron en aquel momento en que se buscaban implicitar en una cláusula constitucional la protección del derecho a la vida como el derecho humano fundamental. Después de intensos debates para darle un hilo de continuidad en la Asamblea Constituyente del año 1994 las distintas cúpulas de los partidos mayoritarios acordaron que no tenía sustento el contenido de este proyecto nombrándola como una redacción “*vaciada de contenido*” o en su defecto lo que significa lo mismo “*lavada de contenido*”. La consensualización de todos los bloques mayoritarios por entonces finalmente se incorporó en el art. 75° de la Constitución Nacional., Los Tratados de Derechos Humanos y entre los tratados incorporados con jerarquía constitucional estaba la Convención sobre los derechos del Niño, y la Convención sobre los derechos del Hombre.

La Convención de los derechos del Niño lo que nos otorga es una herramienta fundamental, sólida para la protección de la vida del ser humano, cuando se incorporan en el art. 75° inc 22 la Convención sobre derechos del niño se afirma que los tratados se incorporan con jerarquía Constitucional, son complementarios de los Derechos y Garantías de la 1° parte dogmática de la Constitución y se incorporan a las condiciones de su vigencia.

Esto significa que el tratado rige tal como nuestro país se ha comprometido frente a la Comunidad Internacional. Incluye reservas y declaraciones interpretativas, acordaron que la convención sobre los derechos del niño 1989, fue incorporado a año siguiente por la ley 23849 con tres declaraciones, (una reserva y dos declaraciones). Lo importante de esta declaración interpretativa es que afirma que con la relación del art. 1° de la convención sobre los derechos de niño, la República Argentina declara que el mismo debe ser interpretada en el sentido que se entiende por niño “*Todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años*”. En el texto original de la convención sobre los derechos del niño, se refiere a niño todo aquella persona hasta los 18 años dándole un margen superior al dictado de la convención., esto causó un debate que se dió en Naciones Unidas al momento de aprobarse la Convención no se estableció un piso.

La República Argentina conjuntamente otros países estuvieron a favor de la vida, siendo coherentes en el sentido de incorporar la Convención en estos términos. Nuestro país se compromete a respetar la convención entendiendo por niño, “*Todo ser humano entre niño, persona y ser humano (como sinónimos), la existencia comienza desde el momento de la fecundación, doctrinariamente, y hasta los 18 años de edad.*

Aquí se encuentra la definición de lo que nuestro país entiende niño a partir de la ley 23849 que incorpora la convención que después en el año 1994 esa convención adquiere Jerarquía Constitucional, con la salvedad, que surge claramente una interpretación y revisión histórica en lo acontecido en las jornadas del 2 y 3 de agosto del año 1994., con una interpretación sistémica con todo el plexo normativo Constitucional que fundamentalmente fue inspirado en

el principio pro homine , es el principio que favorece y protege la persona desde el momento mismo de la concepción.

Este es el argumento más claro sostener la existencia de la persona, la existencia del niño por nacer a partir del momento de la fecundación. Para sostener una coherencia con nuestro ordenamiento jurídico para darle protección al embrión humano se debiera modificar la ley 23849, incluyendo la modificación del art, 75° inc. 22 de nuestra Carta Magna, para lo cual se requieren de una mayoría especial en el Congreso de la Nación que es las 2/3 partes ya que se esta tratando de un Tratado que forma parte del Bloque Federal.

A este nivel de argumentación nos quedaría otra posibilidad que es reconocer que cuando hablamos de embrión humano estamos frente de la existencia de una persona, un niño por nacer, por lo tanto resulta de aplicación la ley 26061 de protección integral de la niñez y aquí tenemos hogados elementos para avanzar en la protección integral.

Fundamentalmente se observa el art. 3° de la ley de protección del interés superior del niño como invoca en su 1° párrafo , es la máxima satisfacción integral de los derechos del niño por lo tanto se ve una tutela, una protección superior de lo que sería un niño por nacer, en igual sunsu desde la concepción. El art. 8° de la misma ley se encuentra la protección del derecho a la vida., el art. 9° la protección del derecho a la dignidad e integridad personal.

Las condiciones en que son sometidas las personas cuando son crioconservadas. Si aplicamos el art. 9° es contundente la reflexión, si niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y como personas en desarrollo, a no ser sometidos a tratos violentos, discriminatorios, pensar en el embrión, tratos vejatorios, humillantes, intimidatorios, a no ser sometidos a ningún tipo de explotación conómiaca (de allí la comercialización de embriones), torturas, abusos, negligencia, explotación sexual, secuestro, tráfico o cualquier otra acción u omisión que signifique degradante del niño, niña, adolescente o en nuestro caso del embrión humano.

De resultar aplicable la ley 26061 estamos en una contradicción significativa. El análisis del art, 75° inc 22 y del inc. 23, el párrafo 2° ese encuentra un régimen de seguridad especial integral de protección del niño en situación de desampara, desde el embarazo, lo cual está reconocido la existencia del niño desde el vientre materno.

Es materia para los legisladores asignar un régimen de protección y tutela del embrión desde el embarazo. Art. 75° inc. 23¹⁰⁸.

La Convención de los derechos del niño es la que nos da el argumento más sólido de protección del derecho a la vida en tanto sea reconocido, en su carácter de persona, en su

¹⁰⁸ Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

carácter de niño por nacer. Al unificarse los conceptos, muchas de las cuestiones de la praxis estarían resueltas.

La Convención sobre los derechos del niño en el preámbulo sostiene que el niño es desde antes como después del nacimiento. Se cuestiona la validez vinculante del preámbulo ya que este texto fue ardientemente discutido en Naciones Unidas, pero finalmente se arribó a la redacción final. *“El niño merece protección tanto antes como después del nacimiento”*.

Por lo tanto se está reconociendo la existencia desde antes del nacimiento.

Art. 1° de la Convención, comienza con la oración *“El niño es todo ser humano”* Se entiende por ser humano como sinónimo de persona.

Art. 2° de la Convención, se basa en el principio de igualdad, será protegido sin discriminación alguna, sin discriminación de raza, color, sexo, religión, sin discriminación por nacimiento, de la condición del nacido o no nacido.

Art. 3°. De la Convención en todas las medidas siempre es el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, a lo que se refiere la norma, será lo que más convenga al infante, su máxima protección.

Art. 6°. Los Estados Partes reconocen al niño y el derecho intrínseco a la vida o garantizado a la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Claramente se encuentra en la Convención sobre los derechos del niño la respuesta a las preguntas sobre la duda misma del ser, del embrión o niño o adolescente. ¿Qué es el embrión humano y ¿Cuál es el valor que tiene el derecho a la vida?. ¿Qué es la vida, en sí?. Podemos invocar al catedrático de Derecho Natural: Dr Fernando Pérez Bueno¹⁰⁹, *“El derecho a la vida no existe, lo que existe, es la vida”* somos creados y en un momento nos encontramos viviendo”. *“La vida es un don que recibimos, un ser creador, eso lo hace digno y valioso”*

3.8. Derecho Comparado

La postura de la no personalidad jurídica del embrión in vitro también es receptada en el Derecho Comparado.

La sentencia del Supremo Tribunal Federal del Brasil¹¹⁰, la sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda *“Roche v Roche & ors”*¹¹¹, en este caso en particular se basa si la protección

¹⁰⁹ PEREZ BUENO, Fernando. **Datos biográficos**

¹¹⁰ En esta sentencia se sostuvo que la posibilidad de investigar con embriones no significa un menosprecio por el embrión in vitro, sino una disposición firme *“para acortar los caminos que podrían conducir a la superación de la desgracia ajena”*. Esta circunstancia opera en el marco de un orden constitucional que califica la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad *“fraterna”*.

¹¹¹ La Corte Suprema 469/2006, 59/2007 Murray, C.J.; Denham J.; Hardiman J.; Geoghegan, J.; Fennelly, J. entre solicitante/apelante de Mary Roche y Thomas Roche, Anthony Walsh, David Walsh y Sims Clinic LTD.

constitucional otorgada a la vida de los no nacidos según lo dispuesto en el artículo 40.3¹¹² de la Constitución se extiende a tres embriones fertilizados, que han sido congelados y almacenados en una clínica. El Tribunal Constitucional (TC) de España aunque no se ha expedido de manera expresa sobre la naturaleza jurídica del embrión, ha dicho que la vida humana es un proceso que se inicia con la gestación, afirmación que justifica la menor protección de la que son objeto los embriones in vitro¹¹³. Esta menor protección explica que la STC 116/1999 declare constitucional la crioconservación de embriones¹¹⁴, tras afirmar que los “pre-embriónes in vitro no gozan de una protección equiparable a la de los ya transferidos al útero materno”. El Tribunal Constitucional Español considera la implantación un momento de necesaria valoración biológica que justifica la menor protección del embrión in vitro.

Uruguay¹¹⁵ adoptó una solución similar en el fallo del Juzgado Letrado Civil N°3 de Montevideo en los autos “L.F., M. y otros c/A. Española s/Daños y perjuicios.Responsabilidad médica”¹¹⁶. También han descartado la personalidad del embrión. Por un lado, en el caso “Davis c. Davis”¹¹⁷ la Corte Suprema de Tennessee consideró que los embriones no pueden ser considerados personas ante la ley, pero entendió que tampoco deben ser considerados como propiedad o meros objetos. La Corte entendió que constituyen una “categoría intermedia”, regida por normas propias (sui generis).¹¹⁸ El caso Roe contra Wade o Roe vs. Wade es el nombre del caso judicial de 1973, por el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos despenalizó —por fallo dividido de 7 contra 2— el aborto inducido en ese país¹¹⁹. En

¹¹² La Octava Enmienda de la **Constitución de Irlanda** fue una enmienda que durante 35 años (de 1983 a 2018) otorgó derecho a la vida a los nonatos, igualando este al de la madre.

¹¹³ SENTENCIA 53/1985, de 11 de abril (*BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1985*) *ECLI:ES:TC:1985:53*

¹¹⁴ Como segundo motivo de inconstitucionalidad, los recurrentes denuncian la vulneración del art. 15 de la Constitución. Tras una amplia referencia al informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana, así como a la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley que dio origen al texto recurrido, consideran los recurrentes que el texto articulado finalmente aprobado no define con precisión el status jurídico de los embriones, lo que supondría incumplir el deber constitucionalmente impuesto a los poderes públicos, y en particular al legislador, de “establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga la protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales” (STC 53/1985). Al omitir una regulación positiva del estatuto del embrión, y subordinar la vida y el desarrollo del fruto de la concepción a lo decidido por médicos u órganos administrativos -como más adelante anuncian los recurrentes que argumentarán-, la Ley le estaría negando la protección constitucionalmente obligada durante toda la gestación.

¹¹⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.- HERRERA, M. y LAMM, E., “El embrión no implantado - Proyecto de Código unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”, *Revista La Ley*, 10/07/2012, p. 1 y ss., *La Ley* 2012-D, 925.

¹¹⁶ También en Uruguay se adoptó una solución similar en el fallo del Juzgado Letrado Civil N° 3 de Montevideo en los autos “L. F., M. y otros c. A. Española s/ daños y perjuicios. Responsabilidad médica” del 22/02/2012.

¹¹⁷ El caso tiene como base una demanda de divorcio. Junior Levis Davis y Mary Sue Davis habían seguido un procedimiento de fertilización in vitro, creándose 7 embriones, que en el momento del divorcio estaban crioconservados, no habiendo llegado a un acuerdo sobre la “custodia” de esos embriones. Junior Davis se oponía a la implantación de los embriones.

¹¹⁸ “Davis c. Davis”, 842 South Western Reports 588 [1992].

¹¹⁹ En 1970, las abogadas recién graduadas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, Linda Coffee y Sarah Weddington, presentaron una demanda en Texas representando a Norma L. McCorvey («Jane Roe»). McCorvey sostenía que su embarazo había sido producto de una violación. El fiscal de distrito del Condado de Dallas, Texas, Henry Wade, representaba al Estado de Texas, que se oponía al aborto. El Tribunal del Distrito falló a favor de Jane Roe, pero rehusó establecer una restricción en contra de las leyes sobre aborto.

otros casos, se consideró a los embriones como propiedad. Así se resolvió en el caso "Del Zio" del año 1978¹²⁰.

Debemos tener consideración al respecto de la naturaleza jurídica del embrión, a pesar que determinados derechos comparados determinen y adquieran la postura de conceptuarlos, ni cosa ni persona al embrión desde que se produce la fecundación, si este está ligado a una técnica de In Vitro. Para la legislación Italiana, es estimado persona desde el momento de la conjunción de los gametos., puesto que a pesar de haber dado consentimiento informado, previo al tratamiento implantatorio, no es posible el rechazo de su implantación una vez conformado el embrión.

Es puramente acertado, que se tenga en claro resultado anterior a la conformación del huevo o cigoto.

Por ello, Italia seguirá en vigor su prohibición de experimentar sobre los embriones humanos. Lo ha establecido el Tribunal Constitucional con una sentencia en la que rechaza la presunta inconstitucionalidad del artículo 13° de la Ley 40, que impide la *investigación clínica y experimental sobre los embriones humanos*. La misma sentencia niega la posibilidad de cancelar el consentimiento a la procreación asistida después de la fecundación del óvulo. El Tribunal Constitucional ha examinado dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por unos jueces de Florencia. La primera se refería a la prohibición de toda investigación clínica y experimental sobre el embrión que no vaya en beneficio de éste (art. 13° de la Ley 40). La segunda era sobre la prohibición de revocar el consentimiento a la procreación asistida una vez realizada la fecundación del óvulo (art. 6°). “La primera cuestión, ha sido declarada inadmisibile debido al alto grado de discrecionalidad, la complejidad de los perfiles éticos y científicos que la caracterizan, el equilibrio establecido por el legislador entre dignidad del embrión y las exigencias de investigación científica: el equilibrio que, indebidamente, el Tribunal [de Florencia] pidió cambiar al Constitucional, siendo posible una pluralidad de opciones, necesariamente reservadas al legislador. La segunda cuestión fue declarada, por su parte, inadmisibile por falta de relevancia en el procedimiento de prueba, ya que la persona que presentaba recurso, de hecho decidió llevar hasta el final la reproducción asistida”

Pese a que la mayoría de ordenamientos europeos regulan las TRA, ello no reduce la diversidad existente entre los estados miembros por lo que respecta a cuestiones especialmente sensibles, tales como las condiciones de acceso a las TRA; el uso del diagnóstico genético preimplantacional (DGP) para evitar que un hijo sea portador de una determinada enfermedad genética; el recurso a TRA heterólogas o con gametos donados; los efectos que deben otorgarse a los acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero; o el destino de los embriones sobrantes de un ciclo de fecundación "in vitro" (FIV). Las diferentes respuestas a estas cuestiones dan cuenta de la variedad de aproximaciones de los estados a las TRA. Esta diversidad se ha visto fomentada, en el momento actual por el mal llamado "turismo reproductivo"², un fenómeno que se ha visto avalado por el propio TEDH.

¹²⁰ "Del Zio c. Columbia", Presbyterian Hospital, Case N° 71-3588 (SDNY, 1978). El fallo surgió cuando un médico deliberadamente eliminó los embriones in vitro de una pareja. Un jurado de Nueva York resolvió indemnizar a la pareja con USD 50.000 por la imposición intencional de angustia emocional, evitando darle un valor monetario al propio embrión.

Se analizan los nueve casos resueltos por el TEDH entre 2006 y 2015, Destacar la doctrina que puede extraerse de los mismos y que puede orientar en la resolución de futuros casos y en el diseño de políticas en materia de TRA. La discutida cuestión de si existe un derecho fundamental a procrear se deja, conscientemente, sin respuesta, puesto que la presunta vulneración de las decisiones procreativas se vincula a la vulneración de derechos fundamentales tales como el derecho a la intimidad¹²¹. Por ello, se parte del recurso frecuente del TEDH al derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el art. 8º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), para valorar el alcance de presuntas vulneraciones de decisiones procreativas por parte de los estados. Este derecho abarca, un ámbito mucho más amplio que el derecho a la intimidad, puesto que comprende la esfera en que cada uno puede realizar libremente su personalidad, incluido el derecho a desarrollar relaciones con otras personas y con el mundo exterior. Se trata, además, de un derecho negativo que, como tal, impide que terceros (incluidos los estados) interfieran en su ejercicio individual, por lo que no implica, necesariamente, que estos terceros deban facilitar su ejercicio a los individuo¹²². Ahora bien, como algunos de los casos ponen de manifiesto, las razones del rechazo deben ser abiertamente especificadas.

Evans c. Reino Unido: ruptura del proyecto parental y disposición de embriones (asunto 6339/05, Sec. 4ª 7.3.2006, conf. Gran Sala 10.4.2007)¹²³ tiene sus orígenes en un conflicto entre dos ex convivientes, en relación con el destino de varios embriones que fueron creados con gametos de ambos durante su relación de pareja. Dichos embriones tuvieron que ser crioconservados porque durante el proceso de reproducción asistida a la mujer le fueron diagnosticados tumores cancerígenos que determinaron que le fueran extirpados ambos ovarios con carácter urgente. Sin embargo, antes de que los embriones pudieran serle implantados, la relación finalizó. En este momento la mujer solicitó que los embriones creados con sus óvulos le fueran implantados, con el argumento de que constituían su "última oportunidad de tener un hijo genético". El hombre, por su parte, se opuso a la petición de la mujer, con el argumento de que no podía ser forzado a procrear. El TEDH considera que debe garantizarse a los estados un amplio margen de apreciación en esta materia. A pesar de que el TEDH empatiza con la recurrente y entiende, además, que el Parlamento Británico podía haber llegado a un balance distinto, concluye que el legislador no sobrepasó el margen de apreciación garantizado por el art. 8º CEDH. Esta aproximación no ha estado exenta de críticas, dadas sus claras implicaciones en materia de género¹²⁴

¹²¹ ALKORTA IDIAKEZ, I., "Nuevos límites del derecho a procrear", *Derecho Privado y Constitución* 20/2006, pp. 9-61, en pp. 18-20 y mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 45-50.

¹²² CASADEVALL, J., *El Conveni europeu de drets humans, el Tribunal d'Estrasburg i la seva jurisprudència*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 126 y ss.

¹²³ A partir de *Evans* varios autores han destacado las consecuencias especialmente negativas para las mujeres que tienen las normas que permiten a cualquiera de las partes del proyecto parental revocar el consentimiento a la FIV antes de la implantación de los embriones: vid. LIND, C., "Evans v United Kingdom - judgements of Solomon: power, gender and procreation", *Child and Family Law Quarterly* 2006, Vol. 18(4), pp. 576-592; y SHELDON, S., "Evans v Amicus Healthcare; Hadley v Midland Fertility Services - Revealing cracks in the 'twin pillars?'" , *Child and Family Law Quarterly* 2004, Vol. 16(4), pp. 437-452, en pp. 450-452.

¹²⁴ A partir de *Evans* varios autores han destacado las consecuencias especialmente negativas para las mujeres que tienen las normas que permiten a cualquiera de las partes del proyecto parental revocar el consentimiento a la FIV antes de la implantación de los embriones: vid. LIND, C., "Evans v United Kingdom - judgements of Solomon: power, gender and procreation", *Child and Family Law Quarterly* 2006, Vol. 18(4), pp. 576-592; y SHELDON, S., "Evans v Amicus Healthcare; Hadley v Midland Fertility Services - Revealing cracks in the 'twin pillars?'" , *Child and Family Law Quarterly* 2004, Vol. 16(4), pp. 437-452, en pp. 450-452.

Dickson c. Reino Unido: Privación de libertad y acceso a reproducción asistida ¹²⁵ (asunto 44362/04, Sec. 4^a 18.4.2006, rev. Gran Sala 4.12.2007) tiene origen en la solicitud, formulada por una ciudadana británica, de inseminación artificial con esperma de su marido recluso. La pareja había contraído matrimonio en la cárcel en 2001 y, de forma similar a lo que planteaba la Sra. Evans en el caso anterior, la recurrente también consideraba que la técnica solicitada constituía su última oportunidad de tener hijos genéticos, puesto que ya tenía 44 años y su marido todavía debía cumplir condena durante años.

Ante la negativa de las autoridades británicas de acceder a la petición, la esposa recurrió al TEDH, cuya Sec. 4^a. El TEDH consideró la medida justificada en los términos del art. 8.2, para proteger el bienestar del menor que pudiera nacer (p34).

S.H. y otros c. Austria: acceso a reproducción asistida con gametos donados (asunto 57813/00, Sec. 1^a 1.4.2010, rev. Gran Sala 3.11.2011) pone especialmente de manifiesto las consecuencias de las distintas regulaciones de los ordenamientos de los estados miembros en materia de reproducción asistida. En el caso se discutía si la Ley 275/1992, la *Fortpflanzungsmedizingesetz*, que regula las TRA en Austria e impide el acceso a esperma y a óvulos donados para la práctica de FIV, era conforme al Convenio ¹²⁶. Se trataba de las únicas técnicas que permitían a las dos parejas recurrentes tener hijos genéticamente relacionados, por lo que éstas consideraban que la ley nacional vulneraba sus derechos al respeto a la vida privada (art. 8^o CEDH) y a la igualdad (art. 14^o CEDH).

La decisión late una preocupación por los posibles efectos de una sentencia condenatoria, en especial cuando, junto con Austria, otros estados europeos también prohíben el recurso a las TRA con gametos donados, en especial con óvulos (es el caso de Suiza, Noruega y Alemania). En Alemania, donde además se prevé una pena para el facultativo que practique una técnica que implique la donación ovárica, los principales argumentos que se invocan para justificar la prohibición de la donación de óvulos son la fragmentación de la maternidad y las dificultades que plantea para el nacido a la hora de conocer sus orígenes, lo que puede afectar seriamente su desarrollo psicológico ¹²⁷. Sin embargo, esta prohibición se encuentra seriamente cuestionada desde el punto de vista constitucional ¹²⁸. En último término, *S.H. y otros c. Austria* constituye un claro ejemplo de las aproximaciones pragmáticas al "turismo reproductivo", para tolerar así legislaciones nacionales restrictivas ¹²⁹. El TEDH ha dejado claro que los estados no tienen una obligación, bajo el Convenio, de permitir las TRA en general, en esta sentencia se ha visto una vulneración de la prohibición de discriminación (art. 14^o CEDH), en cuanto el Estado Austriaco prohíbe ciertas formas de FIV pero no otras, sin justificar la diferencia de trato ¹³⁰.

¹²⁵ Revocado.

¹²⁶ Ambas prohibiciones se encuentran en las Sec. 3(1) y 3(2) de la citada Ley.

¹²⁷ ROMEO CASABONA, CM, PASLACK, R., SIMON, J.W., "Reproductive Medicine and the Law: Egg Donation in Germany, Spain and other European countries", *Rev Der Gen H38/2013*, pp. 15-42.

¹²⁸ ROMEO CASABONA, PASLACK, SIMON, cit., p. 23.

¹²⁹ Van BEERS, B., "Is Europe 'Giving in to Baby Markets?' Reproductive tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets", *Medical Law Review* Vol. 23(1), 2014, pp. 103-134, en p. 122.

¹³⁰ MURPHY, T., CUINN, G.O., "Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* Vol. 10(4), 2010, pp. 601-638, en pp. 621-622.

Costa y Pavan c. Italia: acceso a Diagnóstico Genético Preimplantacional (asunto 54270/10, Sec. 2ª 28.8.2012) tiene muchos puntos en común con *S.H. y otros c. Austria*, con la diferencia de que en el caso el TEDH sí consideró que la prohibición de la técnica en cuestión excedía del margen de apreciación del estado. El TEDH llegó a esta conclusión tras emplear un argumento que no había utilizado en ninguno de los casos anteriores. El caso afectaba a una pareja heterosexual italiana cuyos dos miembros descubrieron que eran portadores sanos de mucoviscidosis (fibrosis quística) tras el nacimiento de su primer hijo, quien se encontraba afectado por esta enfermedad genética. La única posibilidad de evitar dicha enfermedad a un segundo hijo era recurrir al DGP.

El DGP es una técnica instrumental que permite modificar los caracteres genéticos del embrión que, una vez creado mediante FIV y genéticamente seleccionado, es implantado a la mujer. Esta técnica, que está permitida en algunos estados miembros si se dirige al diagnóstico de enfermedades genéticas, tales como la hemofilia, o para la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del embrión¹³¹, en Italia solo se permite a las parejas que satisfacen los criterios objetivos de acceso a las TRA, es decir, parejas estériles o infértiles (art. 1 y 4.1 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*). La prohibición del DGP en el resto de casos, que son la mayoría, lleva al absurdo de que la única posibilidad real de no tener un hijo afectado por la enfermedad sea practicar un aborto una vez iniciada la concepción de forma natural y diagnosticado, vía examen prenatal, que el feto es portador de la enfermedad.

Dado que el DGP era la única opción que aseguraba a la pareja recurrente tener un hijo libre de la enfermedad, el TEDH considera que el ordenamiento jurídico italiano es incoherente (p57)¹³² y conduce a una interferencia desproporcionada en la vida privada y familiar de los recurrentes (p64)¹³³, puesto que existe un derecho al acceso a las TRA y al DGP "para concebir un hijo que no se encuentre afectado por una enfermedad genética en particular"(p58). A pesar de que el TEDH admite que el DGP plantea cuestiones morales y éticas serias, en este caso excepcional considera que la decisión del Gobierno italiano de prohibirlo en determinadas circunstancias excede del margen de apreciación del estado y, por tanto, no escapa del control del Tribunal (p61).

Knecht c. Rumanía: custodia necesaria de embriones por el estado (asunto 10048/10, Sec. 3ª 2.10.2012) tiene origen en una investigación criminal contra los centros que actuaban sin licencia en aquel país, entre ellos el centro al que acudió la recurrente para someterse a un proceso de fecundación "in vitro" con embriones sobrantes que fueron crioconservados. En el marco de esta investigación las autoridades nacionales decidieron poner los embriones bajo la custodia de una institución estatal mientras el centro depositario no se los entregaba para

¹³¹ Es el caso de España, de acuerdo con el art. 12.1 LTRHA: "Los centros debidamente autorizados podrán practicar técnicas de diagnóstico preimplantacional para: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembriones no afectos para su transferencia; b) La detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión. (...)".

¹³² "El tribunal no puede sino hacer notar que la legislación italiana es incoherente en este área. Por un lado, prohíbe la implantación de embriones que no estén afectados por la enfermedad de que los recurrentes son portadores sanos, mientras que por el otro permite a los recurrentes abortar un feto afectado por esta misma enfermedad": trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

¹³³ "En consideración a la incoherencia en la legislación italiana, descrita *supra*, en relación con el DGP, el tribunal considera que la interferencia con el derecho de los recurrentes a su vida privada y familiar era desproporcionada. En consecuencia, en este caso ha existido una violación del artículo 8 del Convenio": trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

trasladarlos a otro centro. La recurrente alegaba que esta decisión vulneraba su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH).

El caso es el que presenta un interés menor de entre los analizados en este trabajo, puesto que la petición de la recurrente acabó quedando sin objeto, ya que podría seguir haciendo uso de los embriones en el futuro. El TEDH considera que la decisión de las autoridades nacionales se encontraba justificada legalmente y perseguía un fin legítimo como la prevención del crimen, la protección de la salud y la moral y los derechos y libertades de terceros, en un campo tan sensible como el de las TRA(p57) .

Menesson y Labassee c. Francia y Paradiso y Campanelli c. Italia: eficacia de acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero (asuntos 65192/11 y 65941/11, Sec. 5ª 26.6.2014) versan sobre los efectos de los acuerdos de gestación por sustitución celebrados por ciudadanos de estados miembros que prohíben o no reconocen estos acuerdos, en ordenamientos que sí los reconocen legalmente o *de facto*. En ambos se discutía el estatus legal de tres menores gestadas con fines comerciales por una mujer en los Estados Norteamericanos de California y Minnesota, en ambos casos con óvulos donados y esperma del hombre de la pareja comitente. Tras su nacimiento en EE.UU., las niñas viajaron a Francia con sus padres comitentes o de intención, un hombre y una mujer de ciudadanía francesa que habían recurrido a la gestación por sustitución en el extranjero porque la mujer no tenía capacidad para gestar y la gestación por sustitución se encontraba prohibida en Francia. Los órganos administrativos y judiciales franceses impidieron la ejecución de los acuerdos californianos que declaraban padres legales de las niñas a los padres comitentes, apelando al orden público internacional francés y al principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

Sin embargo, el TEDH considera que la negativa del estado francés a reconocer la filiación de los menores a favor de sus padres comitentes es contraria al derecho de los menores al respeto por su vida privada (art. 8 CEDH), que vincula a la identidad. La afectación en la identidad de los menores por parte del estado francés, que se traduce en extremos aparentemente tan remotos como los sucesorios es, según el Tribunal, contraria a su interés superior, al exceder del amplio margen de apreciación de que gozan los estados en materias tan sensibles y faltas de consenso como ésta. Por ello, el Tribunal condena a Francia al pago de 5.000 euros en concepto del daño moral causado a cada una de las menores implicadas (no a sus padres, cuyo derecho a la vida privada y familiar no fue vulnerado), que ya tenían 14 y 13 años cuando se dictó sentencia.

El TEDH se tuvo que pronunciar de nuevo sobre la cuestión pocos meses después en *Paradiso y Campanelli c. Italia* (asunto 25358/12, Sec. 2ª 27.1.2015), un caso más controvertido, acaso más dramático, con unas connotaciones muy especiales que lo alejan de *Menesson y Labasse*. El caso afecta a una pareja casada italiana que, tras someterse sin éxito a varios procedimientos de FIV en su país, celebró un acuerdo comercial de gestación por sustitución con una agencia rusa, para acceder a una gestante a la cual le fueron implantados embriones creados mediante esperma y óvulos donados. Como consecuencia de dicho tratamiento, el 27 de febrero de 2011 nació un niño. Una vez la pareja regresó a Italia con el bebé, acreditada la renuncia de la madre gestante al menor y con el certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, las autoridades italianas se negaron a otorgar

efectos a dicho certificado, al considerar que contravenía la prohibición de acceso a la fecundación heteróloga que contenía entonces la legislación italiana¹³⁴ y la normativa sobre adopción¹³⁵. Aunque las autoridades italianas no iniciaron acciones penales contra la pareja por alteración de la filiación, lo que hubiera comportado la imposibilidad de adoptar o acoger a otro menor en el futuro, en octubre de 2011, casi ocho meses después de su nacimiento, el menor fue puesto bajo la guarda de los servicios sociales italianos y desde ese momento se impidió todo contacto entre éste y la pareja comitente. En enero de 2013, y todavía sin su identidad determinada en Italia, el menor fue acogido por una familia, con el fin de ser adoptado.

El TEDH considera que se ha producido una vulneración en la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), puesto que los recurrentes pasaron con el menor las primeras etapas importantes de su vida y durante este breve período de casi ocho meses actuaron como sus padres (p69). La posición de las autoridades nacionales, que no dudaron en ponerlo bajo la guarda de los servicios sociales enfatizando la ausencia de vínculos genéticos entre éste y los dos miembros de la pareja comitente, se considera desproporcionada. En este punto, considero especialmente relevante, por los efectos que puede tener para otros estados miembros, la afirmación del tribunal según la cual "(...) la referencia al orden público no puede convertirse en una carta blanca que justifique cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al estado *con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo (...)*" (p80)¹³⁶. Este pronunciamiento se traduce en una condena a Italia al pago de 20.000 euros a la pareja comitente por el daño moral causado. El último inciso del fundamento transcrito, resaltado en el texto, tiene un interés especial, puesto que el TEDH parece prescindir de la necesaria conexión genética entre el nacido y alguno de los miembros de la pareja comitente, que el mismo Tribunal sí parecía exigir en los dos casos franceses. Más allá de la reparación pecuniaria ordenada por el TEDH, las consecuencias de *Paradiso y Campanelli c. Italia* son especialmente dramáticas. Así, a la vista de la edad del menor, que tenía casi cuatro años cuando el TEDH se pronunció sobre el caso, la decisión de las autoridades nacionales de ponerlo bajo la guarda de los servicios sociales a pocos meses de su nacimiento deviene irreversible, en especial teniendo en cuenta su situación de acogimiento preadoptivo que concluiría en una adopción. Pese a que tanto en *Menesson* como en *Labassee* y en *Paradiso* la solución alcanzada por el TEDH respecto de unos menores que fueron gestados mediante el recurso a una gestante en el extranjero

¹³⁴ Vid. art. 4.3 de la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*: "È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo". La prohibición fue declarada inconstitucional por la sentencia n° 162 del Tribunal Constitucional italiano, de 9 de abril de 2014, accesible desde la página del TC italiano: <http://www.cortecostituzionale.it/default.do>. Tras la aplicación de los test de proporcionalidad y razonabilidad, el TC italiano concluyó que, a la luz de la finalidad de la citada ley, especificado en su art. 1.1 ("favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o la infertilidad humana"), la prohibición absoluta de acceso a las TRA heterólogas introduce un elemento evidente de irrazonabilidad, puesto que comporta la negativa absoluta del derecho a tener hijos, lo que incide en el derecho a la salud (FJ 13). A favor de la sentencia y de la necesidad de que dé paso a una nueva ley sobre TRA, vid. d'AMICO, cit., pp. 13-35.

¹³⁵ En este punto, la decisión de las autoridades italianas parece reprochar a la pareja recurrente que, pese a haber obtenido la idoneidad para adoptar en 2006, decidiera recurrir a la gestación por sustitución en el extranjero, lo que les llevó a dudar de su capacidad afectiva y educativa

¹³⁶ Fragmento traducido por la autora de la versión en francés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC). Esta afirmación contrasta con la conclusión del voto disidente formulado de forma conjunta por dos de los jueces de la sección, duramente crítica con lo que considera que es una limitación al margen de apreciación de los estados, puesto que entiende que si la mínima existencia de vida familiar con el menor es suficiente para reconocer un vínculo entre éste y la pareja comitente, la libertad de los estados de no reconocer efectos jurídicos a los acuerdos de gestación por sustitución, en la línea iniciada en los casos *Menesson y Labassee*, se reduce a cero (vid. §15 de la opinión disidente).

parece que es la que más protege el interés superior de los menores, las distintas circunstancias de cada caso, que en el caso italiano están muy marcadas por una actuación previa de las autoridades nacionales, explican su distinto final.

Parrillo c. Italia: donación de embriones con fines de investigación

Parrillo c. Italia (asunto 46470/11, Gran Sala 27.8.2015) tiene origen en la solicitud de una ciudadana italiana de donar a la investigación los embriones creados con sus gametos y los de su difunto compañero. La Sra. Parrillo y su pareja habían accedido a la FIV en un centro italiano en 2002, a resultas de lo cual cinco embriones fueron crioconservados. Sin embargo, en noviembre de 2003, antes de que tuviera lugar la transferencia embrionaria, el compañero de la recurrente falleció durante la guerra de Iraq como consecuencia de un bombardeo. Poco tiempo después de estos hechos, ya vigente la *Legge 19 febbraio 2004, n. 40*, la recurrente expresó su voluntad de donar los embriones a la investigación. Se da la circunstancia que esta opción, permitida bajo la legislación anterior, se encuentra prohibida en Italia por el art. 13 de la mencionada ley. Según la recurrente, la denegación de la solicitud por parte de las autoridades italianas vulneraba su derecho a la vida privada (art. 8 CEDH), su derecho al goce pacífico de sus posesiones (art. 1 del Protocolo N° 1 CEDH) y su libertad de expresión (art. 10 CEDH), de la cual la investigación científica constituía, en su opinión, un aspecto fundamental.

El TEDH, por dieciséis votos contra uno, declara que si bien en el caso está en juego el derecho a la vida privada de la recurrente, pues los embriones habían sido creados con sus gametos y formaban parte de su identidad (pp 149, 152, 158 y 159), la falta de consenso europeo sobre una cuestión tan sensible determina que Italia haya actuado dentro de su margen de apreciación (p169). Como en casos anteriores, el TEDH evita pronunciarse sobre la delicada cuestión del inicio de la vida humana¹³⁷ y concluye que la prohibición de la ley italiana es necesaria en una sociedad democrática (p197). Para ello considera relevante que el caso se desmarca de otros resueltos en distinto sentido (en especial *Costa y Pavan c. Italia*), puesto que al no implicar una futura paternidad o maternidad no afecta un aspecto especialmente importante de la existencia e identidad de la recurrente (p174).

Ahora bien, dado que tan importante puede ser para un individuo la decisión de tener hijos o no tenerlos, como la de destinar su material genético a uno u otro fin, el argumento realmente de peso para resolver el caso, sobre el que el TEDH pasa de puntillas, debería haber sido el del posible consentimiento expresado en vida por el difunto. El Tribunal se limita a afirmar que "(...) no hay prueba que certifique que su compañero, que tenía el mismo interés que la recurrente en los embriones en el momento de la fertilización, hubiera tomado la misma decisión (...)" (p196)¹³⁸. Asimismo, a la vista del reciente caso *Costa y Pavan*, que también afectaba a Italia, sorprende, como el voto particular del Juez Sajó se encarga de destacar, que el TEDH no tenga en cuenta las incoherencias internas de la normativa italiana que, de un lado, impide donar los embriones con fines de investigación y, del otro, permite abortar dentro del plazo legal o investigar con células embrionarias importadas del extranjero (p19). Una última incoherencia, no menos importante, que el TEDH pasa por alto pero que el mismo voto

¹³⁷ TEDH solo admite que los embriones no son "posesiones" en el sentido del art. 1 del Protocolo N° 1, por lo que lo considera inaplicable en el caso.

¹³⁸ Trad. de la autora, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

particular denuncia, es que la decisión no tiene en cuenta que cuando la recurrente accedió a las TRA la donación de embriones con fines de investigación estaba permitida en Italia (pp 2, 11 y 12). Sin embargo, quizás lo más preocupante si nos abstraemos del caso concreto es que, en la línea iniciada con *S.H. y otros c. Austria* y seguida en *Menesson y Labassee c. Francia*, el TEDH acaba avalando la opción del "turismo reproductivo". Así, para el TEDH parece tener peso el hecho de que algunos Estados han aprobado legislación que prohíbe expresamente la investigación con células embrionarias, mientras que otros -entre los que se encuentran Eslovaquia, Alemania, Austria e Italia- "permiten este tipo de investigación solo si se somete a condiciones estrictas, que requieren por ejemplo que se proteja la salud del embrión o que la investigación se lleve a cabo con células importadas del extranjero" (§178)³².

Quizás la referencia del TEDH a la falta de prueba sobre la voluntad de la otra parte del proyecto parental y la admisión de que la decisión de la recurrente de donar los embriones a investigación forma parte de su vida privada son los únicos motivos para ser optimista ante un pronunciamiento que considero excesivamente generoso con el margen de apreciación de Italia. En último término, ni constaba la voluntad de la pareja de la recurrente en contra de la donación de los embriones con fines de investigación, ni se pretendía su donación con fines reproductivos, lo que podría afectar el derecho a "no ser padre" que el TEDH reconoció en *Evans*. La decisión de las autoridades italianas conduce al resultado de tener que mantener los embriones crioconservados con carácter indefinido para, finalmente, destruirlos, una solución que no protege ningún interés ni a nivel particular ni general. Con ello, se constata el problema que genera la inexistencia de normas supletorias sobre el destino de los cada vez más embriones sobrantes de procesos de FIV¹³⁹.

De un análisis exhaustivo de los casos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reproducción humana asistida se argumenta en el ámbito de aplicación del art. 8 CEDH ha sido producto de una evolución de un derecho negativo a procrear sin la interferencia de terceros, a un derecho positivo de acceso a las TRA. Fue evolucionando desde las variantes del propio derecho a ser padre genético, que el TEDH derivó del art. 8 CEDH en el caso *Dickson c. Reino Unido*, al dar paso al derecho de respeto de las decisiones de ser y no ser padre en caso mencionado *Evans c. Reino Unido* y, más tarde, en *S.H y otros c. Austria*, al derecho a tener un hijo y a hacer uso de las TRA usando este medio para tal fin. Ultimamente invocando el caso de, *Costa y Pavan c. Italia* el TEDH que entendió que el derecho de unos padres a tener un hijo sano y de utilizar el DGP con este fin también está protegido por el art. 8., no quedando afuera del significado de tener un hijo sin anomalías congénitas.

A pesar de que en estas evoluciones jurisprudenciales se deduce que las políticas restrictivas en materia de TRA son cada vez más incompatibles con el art. 8, la interpretación progresiva del Tribunal conduce a apreciar una vulneración del art. 8 en casos excepcionales. En la mayoría de ocasiones, la afectación del derecho reconocido en el art. 8 se considera "necesaria en una sociedad democrática". En esta aproximación casuística, el TEDH otorga a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para evaluar si existe una necesidad

¹³⁹ Vid. mi monografía *Consentimiento a la reproducción asistida...*, cit., en especial pp. 150 y ss.

democrática. La pluralidad existente entre los distintos ordenamientos europeos en materia de reproducción humana asistida, munida al margen de apreciación permitido por el TEDH, nos coloca, ante un ámbito de contrastada moralidad en que los intereses de armonización no se sitúan bien con los derechos individuales de los Estados a su identidad nacional. El principal riesgo que presenta la tendencia respetuosa de las diferencias existentes entre los Estados miembros es el incremento del "turismo reproductivo" y de los problemas asociados que conllevan al mismo.

Bajo un contexto global y el significado que implica, el "turismo reproductivo" permite evitar las legislaciones restrictivas, es menester reflexionar sobre el papel meramente simbólico que pueden acabar teniendo muchas de las legislaciones nacionales sobre reproducción humana asistida. La tolerancia hacia este fenómeno, de la que la jurisprudencia del TEDH constituye un buen ejemplo, no es una solución aceptable si tenemos en cuenta los riesgos de discriminación elitista, explotación y baja calidad del tratamiento que el "turismo reproductivo" a menudo lleva aparejados, en especial cuando son los ciudadanos de países desarrollados los que acceden al mismo en países menos desarrollados, o del tercer mundo. En último término, las aproximaciones pragmáticas a la cuestión, que optan por mantener las políticas internas restrictivas de las TRA porque el "turismo reproductivo" ya permite acceder a las mismas a nivel externo, están basadas en una neutralidad moral y en una "doble moral" intolerables desde el punto de vista bioético, puesto que presentan efectos colaterales negativos claros, como la mercantilización de un sector que por sus particularidades no puede dejarse al "libre comercio", y evita un debate público que resulta básico en materias que tienen una dimensión política y ética clara¹⁴⁰. Presentar la huida de legislaciones restrictivas como un hecho consumado que es consecuencia inevitable del "turismo reproductivo" es un error irremediable. Esta aproximación pragmática, que el TEDH ha mantenido respecto de casos relacionados con el acceso a las TRA con gametos donados (*S.H. y otros c. Austria*), la gestación por sustitución (*Menesson y Labassee c. Francia*) o la donación de embriones con fines de investigación (*Costa y Pavan c. Italia*) puede, en el futuro, extenderse a otros casos sobre los cuales existe diversidad de aproximaciones, tales como el anonimato del donante de gametos o el carácter gratuito o comercial de la donación. Circunstancias como estas son las que motivan que cada vez más ciudadanos de la Unión viajen a otros países para someterse a las TRA y evadir así las legislaciones restrictivas de sus países de origen¹⁴¹. Frente a la posibilidad de poner límites al "turismo reproductivo" que entren en conflicto con los derechos fundamentales, se impone la necesidad de aprobar directrices generales e instrumentos internacionales que garanticen que el acceso a las TRA tiene lugar en unas condiciones mínimas de salud e igualdad¹⁴². Y ello, a pesar de que la armonización en este ámbito no deje de ser un noble ideal.

3.9 Conclusión

¹⁴⁰ Vid., sobre la cuestión, el excelente trabajo de Van BEERS, cit., pp. 103-134.

¹⁴¹ La ESHRE ve en este fenómeno una nueva modalidad de "desobediencia civil". Según un estudio publicado en 2010 las restricciones legales son las razones más aducidas por los ciudadanos alemanes (80,2%), noruegos (71,6%), italianos (70,6%) y franceses (64,5%): SHENFIELD et al., cit.

¹⁴² Vid. PENASA, S., "Converging by procedures: Assisted reproductive technology regulation within the European Union", *Medical Law International* 12(3-4), 2013, pp. 300-327, en pp. 323 y 325.

El cuerpo de un ser humano, desde los inicios de su existencia, no se puede reducir al conjunto de sus células. El cuerpo embrionario “se desarrolla progresivamente según un “programa” bien definido y con un fin propio, que se manifiesta con el nacimiento de cada niño. “El deber de respetar la vida e integridad del embrión y la necesidad de su tutela jurídica se basan en dos supuestos previos: la total inocencia del embrión y su pertenencia a la categoría de los seres dotados de vida humana personal” el dilema es que, mientras la inocencia del embrión ya es reconocida con unanimidad, hay quienes discuten su subjetividad humana. Existe la opinión que el cigoto humano, obtenido por transferencia nuclear somática (clonación) es un ente biológico distinto al cigoto obtenido por un proceso natural de concepción., al que incluso le dan un nombre propio y diferente, como puede ser nuclévulo o clonote, con un valor inferior al cigoto obtenido por fusión de los gametos humanos, tanto por vía natural como por técnicas de reproducción humana asistida. Aún así, hay quienes lo consideran portador de la dignidad que todo ser humano intrínsecamente posee y consecuentemente merecedor de ser tratado conforme a dicha dignidad. La cruel realidad de quienes no consideran implícito el ser persona sujeto de derechos por el mero hecho de considerarlo ser humano. Para éstos, la dignidad sería dependiente de ciertos factores, como el estado evolutivo o la capacidad de autonomía que el embrión humano, de una sola célula, polarizada y asimétrica, el cigoto, obtenido natural o artificialmente, es un ser vivo de nuestra especie.

Incluso existe aquellos, científicos, juristas incluso investigadores, que circunvalan el problema y que ni afirman ni niegan la identidad humana del embrión, simplemente manifiestan que a ellos solamente les incumbe la vertiente científica, y que el discutir la naturaleza humana de ese ente biológico que utilizan no afecta a su quehacer.

*“Que la concepción se entienda como implantación es un absurdo ontológico, antropológico y biológico, es decir, no tiene sentido. La concepción es lo que es: exactamente la fusión de unos núcleos gaméticos materno y paterno, que dan lugar a un nuevo ser (...)”*¹⁴³ La implantación ocurre después de una serie de etapas iniciales cuando el embrión, que ya ha empezado a dividirse, llega al endometrio, al útero y se implanta. Lo que hay antes y lo que hay después es el mismo ente, no hay uno anterior ni uno posterior. Si esto es así desde el punto de vista biológico, pues lo debe ser también desde el antropológico y desde cualquier otra consideración. La implantación es un elemento más, pero no es el elemento determinante entre lo que debe considerarse persona o no persona”¹⁴⁴. Es fundamental tener presente que, al margen de la forzada interpretación hecha por la Corte Interamericana de derecho Humanos, puede decirse desde una interpretación no solo literal, sino sobre todo finalista y sistemática del ordenamiento jurídico, que el primer apartado del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos es claro y puntual: 1. 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

Más allá del sentido jurídico que se le da al estatus del embrión humano, hay una postura científica bioética, médica, que todo ser comienza con su potencial humano semejante al crador desde el minuto cero de la fecundación.

¹⁴³ Profesor Nicolás Jouve, ex Presidente de la Sociedad Española de Genética

¹⁴⁴ El Comercio, 2013: A26

La postura de la Corte Interamericana, no han tenido como herramientas actuales los diferentes avances científicos, donde la jurisprudencia se nutre en la medida que los progresos médicos vayan dando su fruto.

Las ciencias médicas tienen como objetivo la búsqueda del principio de las cosas. La justicia busca la verdad de las cosas., y la manera que se llega a su fin más justo., aunque ambas ciencias muchas veces no concuerdan con algunos caminos. Desde el momento en que se genera, por la unión del gameto femenino y masculino, en la especie humana, se crea una persona, más exactamente, del punto de vista jurídico, es un embrión, y por tanto debe ser reconocido en el estatuto que corresponde a todos los seres humanos (cada uno y cualquiera), y es merecedor de todos los cuidados, la protección y el respeto de las leyes del Estado, y de todos cuantos tengan que ver con él. Si debiera realizarse alguna manipulación, ella se realizará teniendo presente estas consideraciones, y añadiéndole, que se afrontan también los riesgos criminales en caso de inobservancia de las normas que resguardan la personalidad del hombre, cuyas magnitudes sagradas para los demás hombres, no se miden, ni valoran por los días, años o instantes de vida. Ello, de conformidad con las intergiversables previsiones de los Arts.1°, 6°, y concordantes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y Arts.75°, inc.22, de la C.N.; 63°,70° ,71° ,72° , del C.C.,y Ley 23.849. Art. 1°, y especialmente la Declaración Argentina referida a ese dispositivo de la Convención

El embrión tiene una plena cualificación antropológica y ética, por lo que se deduce que, filosóficamente, tiene desde el principio la dignidad propia de la persona¹⁴⁵, siendo el fundamento antropológico de la dignidad, el que todo ser humano sea tratado como un fin en sí, sin que quepa admitirse que, si bien todos los seres humanos tienen dignidad, unos la tengan más que otros¹⁴⁶.

En el caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, por la que dispuso que el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV en dicho país, declaró que la vida empieza con la anidación¹⁴⁷. Agregó adicionalmente, en su apartado N° 263, que "...la "concepción" en el sentido del artículo 4.1

¹⁴⁵ "La dignidad de la persona es también un valor evidente, pues desde el principio de su vida el ser humano existe como persona", afirma dice Reyes López (2009: 68)

¹⁴⁶ En tal virtud nos parece cuestionable la idea planteada por Atienza (2014: 91), cuando dice que "El embrión (o el pre embrión) humano es un bien que merece protección desde el momento de la fecundación, pero no tiene el mismo valor en las distintas fases de desarrollo, sino que ese valor se va incrementando a medida que se producen ciertos cambios biológicos como la implantación estable en el útero, la aparición de la cresta primitiva, la formación de los órganos...". Se trata de una posición orientada al consenso, mas en temas de esta naturaleza, estimamos que la naturaleza de las cosas no puede definirse buscando una definición que pueda acomodarse a todos, sino que debe sujetarse a criterios objetivos y científicos.

¹⁴⁷ Luego de distinguir el momento de la fecundación y el momento de la implantación, la CIDH expresó que: "El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...)".

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 artículo 4 de la Convención”¹⁴⁸.

La vida del embrión humano es, desde el principio humana, pues su naturaleza no se modifica o perfecciona en razón de su anidación, desarrollo o suficiencia; en consecuencia, merece desde el principio, la protección que ofrecen los derechos humanos (...) Hoy en día los avances científicos en el área de la embriología, nos obligan a plantear y defender los derechos del embrión, colocándose en primer lugar el derecho a la vida dada su condición de vulnerabilidad”¹⁴⁹.

La falta de coalición de los términos dados al embrión y a la persona, ameritan un desarrollo especial amalgamando distintos vocablos, pero son los mismos sujetos de derecho a los que apuntan. La homologación de estos conceptos amenizarán las dudas e incertidumbres que aún las propuestas normativas no están sujetas con una postura clara. La jurisprudencia deja al libre albedrío la naturaleza misma de un ser viviente, donde es necesario una conducta clara en la normativa.

“La persona humana es siempre un sujeto individual, único e irrepitible. Afirmar la dignidad de la vida humana significa reconocer el valor único del hombre en cuanto a su singular y concreta persona viviente”. (Porter et al, 2009: 113).

4. CAPITULO II. ESTUDIO DE ANTECEDENTES HISTÓRICOS SEGÚN LA CRIO-CONSERVACIÓN DEL EMBRIÓN HUMANO, CÓDIGO DEROGADO Y NORMATIVA VIGENTE.

4.1. Estatuto ético jurídico de la persona humana

El estatuto ético jurídico de la persona humana, no sólo contempla el obrar moralmente del individuo, sino que abarca a un sujeto titular de derechos y deberes que son en principios innatos de la persona. De la concepción ontológica debemos distinguir la acepción filosófica de la persona donde distinguimos un individuo de sustancia individual y la acepción moral, donde tenemos dos componentes,(un obrar moral y una jurídica)., de estas dos individualidades especiales y específicas la moralidad y la juridicidad nace la racionalidad y su consabida sociabilidad que constituyen al *suppositum* individual de la persona humana.

Para el positivismo el status de persona es determinado por el ordenamiento jurídico, para Kelsen, en rigor de la verdad la persona es un conjunto de derechos y obligaciones, de responsabilidades, en definitiva es un conjunto de normas.” *Esta libertad*¹⁵⁰ *le está*

¹⁴⁸ 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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

¹⁴⁹ Consecuentemente, considera la referida Declaración que el término “concepción” utilizado por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser entendido de la misma manera en que fue considerado al suscribirla en 1969, es decir, como la unión del óvulo con el espermatozoide

¹⁵⁰ KELSEN, Hans, Teoría pura del derecho, Eudeba, Buenos Aires, 2009,p. 138. *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada S. A., 1946, 305 págs. “Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 55, 1941, págs. 44-70. [“La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, Buenos Aires, *Revista jurídica La Ley*, 1941, N° 24, págs. 197-208; *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Editorial Losada, S.A., 1946, págs. 206-238.

garantizada por el orden jurídico, pues éste no establece solamente el deber de conducirse de una manera determinada (en la medida en que la conducta contraria es la condición de una sanción); también garantiza la libertad de hacer o no hacer aquello a lo cual no se está obligado, puesto que impone a cada sujeto la doble obligación de no impedir al otro hacer lo que no está prohibido y de no constreñirlo a hacer lo que está prohibido. Por consiguiente, el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver cualquier litigio”.

Las normas, hacen que la persona se encuadre dentro de un plano de conductas y convivencias que si bien lo rige un proceder superior, está íntimamente ligado a una actitud moral, social y racional. Esto hace que el deber ser, esté relacionado con la propia moral, dado que el ser humano naturalmente es un individuo moralmente sociable.

A efectos los seres humanos, se encuentran subsumidos en una necesidad de justicia. Aquella justicia se espera ser respetada, erga omnes y nadie quede privada de ella.

Es la persona, titular absoluto de derechos, deberes. El hombre debe libremente adquirir obligaciones, dentro de un marco normativo., Esta postura asegura una mejor convivencia social.

Se sobre entiende que el Derecho es considerado lo justo, lo recto, lo lineal., todo lo contrario sería un derecho debilitado, o imperfecto., este proceder solo se aleja del camino de la rectitud y justicia.

El Iusnaturalismo es reconocido como “status” básico del ser humano, como un fundamento jurídico basado naturalmente. La persona es naturalmente un sujeto de derecho, titular de esos derechos y deberes y poseedor de igualdad básica ante la Ley.

Invoco a Hervada¹⁵¹, Javier, donde se ha eliminado un párrafo esencial, para dar origen a cinco otras reglas hermenéuticas dando reemplazo de “*La ley¹⁵² positiva injusta sólo tiene, jurídicamente, una interpretación: lex iniusta, lex nulla; es la antigua regla romana, a la que hemos acudido varias veces: la ley positiva no puede prevalecer sobre los derechos naturales. La solución ante una ley tal es –lo decimos una vez más– la desobediencia cívica, la resistencia pasiva o activa y, en los casos extremos, la rebelión”*

Básicamente, refleja que toda aquella norma que vaya contra el derecho divino y contra lo natural, no es lo indicado para el hombre. El mismo, al estar socialmente imbuido en una sociedad con otros pares, goza de los mismos derechos y deberes. Si no se respeta esa armonía resulta el propio quebrantamiento del equilibrio. Sin lugar a duda, sería ir contra natura, contra el Ius Naturalismo., contra la igualdad de las personas.

Si seguimos una concepción funcional, esta sufre un cambio radical. Ya no se lo considera al suppositum como ente naturalmente racional, sino como aquel que tiene un funcionamiento racional, vital a la cual se le reconoce su personalidad o personidad.

¹⁵¹ HERVADA XIBERTA, Javier. Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho cit.,p427

¹⁵² HERVADA XIBERTA. Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, 1ª y 10ª edición, EUNSA, Pamplona, 1981 y 2001.

Se distingue, como ser humano y persona humana, donde se le da la característica de especie humana y en status de un sujeto, por el cual en segundo término se caracteriza por sentidos sensoriales con funciones vitales aplicado en la racionalidad en el acto, su dimensión relacional, distintas percepciones de placer- dolor, con reconocimiento público., estos sentidos le dan una funcionalidad operativa. Afirma la calidad de persona, es simplemente, una evolución progresiva transformando su funcionalidad vital, evolucionando hacia una personalidad.

Estas características, son consagradas por algunos doctrinarios dentro del campo de la bioética, nombrando a: Engelhardt¹⁵³, Singer¹⁵⁴ y Harris. Filósofos políticos como Rawls o filósofos del Derecho como Kelsen, Dworkin o Kauffmann, que " *Los embriones humanos, los fetos, los enfermos sin conciencia no son personas, incluso los animales superiores no racionales* "

Aquello que puede distinguirse de un ser humano con una persona: " *Es la capacidad de tener conciencia en sí misma son entes racionales de procurarse de ser alabadas y censuradas* ".

Encontramos que en ocasiones nos estamos el componente moral, dado que objetivamente consideramos a todo aquel ente que no tenga conciencia o aquellos componentes racionales, los consideran solamente humanos, aquellos que pertenecen a una especie humana, y no persona, pues no reúnen el elemento racional con distinción del discernimiento y sentidos funcionales.

Es eso que distintos doctrinarios y filósofos, emprenden una nueva postura de aquello que falta en todo elemento de componentes con personalidad, es el sentido "Moral" que tiene que estar incorporado en la persona humana.

Engelhardt¹⁵⁵, distingue diversos sentidos del término persona: En un sentido estricto y otro sentido social.

Persona en sentido estricto es aquel agente moral, " *El sujeto racional consciente, autónomo y autorreflexivo* ".

Persona en sentido social: 1 " *Los seres humanos que todavía no son personas en sentido estricto, pero van a serlo.* 2" *Los seres humanos que una vez fueron personas, pero ya no lo son, aunque todavía son capaces de interactuar mínimamente.* 3" *Aquellos seres humanos que nunca serán, ni han sido en sentido estricto*", 4" *A ciertos seres humanos que sufren graves lesiones y que no son capaces ni siquiera de actuar en relaciones sociales* ".

Son conceptos que involucran una diferencia para encontrar ciertas respuestas y determinar con un nombre determinado la diferencia entre humano, ser humano y persona.

¹⁵³ ENGELHARDT, Hugo Tristram. *Los fundamentos de la Bioética*, Paidós, Barcelona, 1995

¹⁵⁴ SINGER, Peter. *Ética Práctica*, Barcelona, 1984. *Repensar la vida y la muerte*:

¹⁵⁵ ENGELHARDT, Hugo Tristram. *Los fundamentos de la Bioética*, ps.170-174

La ética y la moral, son componentes imprescindibles que todo ser humano, persona, debe tener como elemento primordial que ayudado con el raciocinio hacen en sentido estricto a una persona en su totalidad.

4.2 La dignidad humana y persona humana

La dignidad es aquello con consistencia excelente, naturalmente perfecto, que merece todo respeto. Es por ello, que al mencionar la excelencia es en todos los términos la excelencia y el respeto del hombre por el hombre.

De allí que anteriormente mencioné que la persona humana es un conjunto de componentes éticos, morales y racionales. Estos elementos sumados, hacen que lo llamemos dignidad humana, y lo relacionamos íntimamente con la persona humana y la dignidad humana.

Santo Tomas de Aquino¹⁵⁶, en la Suma Teológica “ *..la dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia*”.

En una perspectiva religiosa y filosófica, la dignidad humana ha tenido una trayectoria histórica que fue concientizada jurídicamente con reconocimiento en el año 1945 con la Carta de las Naciones Unidas y en 1948 con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, reconociendo este principio como fundamental de los Derechos Humanos.

La Declaración de 1948 establece, en su Preámbulo, que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”

Consideramos que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre. El advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.

Consideramos, el hombre, es un sujeto racional nacido con derechos y capaz de contraer deberes y obligaciones, un sujeto superior por excelencia con el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional. Por eso en “... en el reino de los fines todo tiene precio o dignidad”¹⁵⁷

El respeto del hombre por el hombre se ve plasmado en Normas Nacionales e Internacionales con reconocimiento constitucional con principios fundamentales.

La Constitución Alemana otorga a la dignidad humana un lugar prioritario. En su artículo 1.1 Sostiene que “*la dignidad del hombre*” es inviolable. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado.

¹⁵⁶ SANTO TOMAS DE AQUINO. Suma Teológica, 1,q.42,a.4,ad.2

¹⁵⁷ KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica y de las costumbres.cit.,p201

La Constitución Portuguesa, Italiana, Griega, Húngara, Rusa, este último texto establece, en su artículo 21.1, que “*la dignidad de la persona* es protegida por el Estado. Nada puede servir de fundamento para su menoscabo”. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, titula su Capítulo I “Dignidad”. El artículo 1 de dicho texto, bajo el rótulo de “Dignidad humana”, sostiene: “*La dignidad humana* es inviolable. Será respetada y protegida”

La dignidad, marca una diferencia contundente. Es el elemento fundamental para marcar una equidad entre los hombres y en los hombres.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, afirma en su Preámbulo: “Reconociendo que estos derechos se desprenden de la *dignidad inherente de la persona humana...*”. En iguales términos se expresa el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al afirmar que “estos derechos se derivan de la *dignidad inherente a la persona humana*”

Normativa vigente artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional afianza la condición del hombre, su dignidad y sus derechos frente a distintos movimientos arbitrarios estatales, protegiendo al sujeto desde su concepción hasta su muerte natural.

La dignidad de la persona humana es la raíz o fundamento de los derechos, deberes y libertades. El principio de autonomía contempla este colectivo de fundamentos que son el punto de partida para el goce primario de la vida. Ella es el sustrato de otros derechos que son imperiosamente necesarios que subsistan para gozar de otros derechos.

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, titula su Capítulo I “Dignidad”. El artículo 1 de dicho texto, bajo el rótulo de “Dignidad humana”, sostiene: “*La dignidad humana* es inviolable. Será respetada y protegida”.

Este es un reconocimiento que por parte del Derecho y del Bio-derecho, dan una connotación de gran magnitud a la dignidad humana y los derechos del hombre en su esencia. Todas las normativas, Nacionales e Internacionales ponen en un plano superior la integridad del hombre subsumido en principios, normas, derechos y deberes.

Tanto el Derecho como la Bioética están pronunciados en sus Declaraciones aprobados por la UNESCO. Así, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la XXIX Conferencia de la Unesco, el 11 de noviembre de 1997 y ratificada por la Asamblea General de Naciones Unidas, corresponde con un capítulo titulado “La dignidad humana y el genoma humano”. Por ello, para D’Agostino¹⁵⁸, “... parece lícito elevar la *dignidad humana* “al papel de único, posible y auténtico fundamento de una bioética europea”

¹⁵⁸ D'AGOSTINO, Francesco (Roma, 9 de febrero 1946) es un jurista italiano especialista en filosofía del Derecho y bioética.

La Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, también de la UNESCO, se refiere a la dignidad en su Preámbulo. Este principio fundamental donde la dignidad cumple un sentido preponderante se ve plasmado en sus artículos 1 y 2:

“Artículo 1

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su *dignidad intrínseca* y su diversidad.

Artículo 2

(a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su *dignidad* y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

(b) Esta *dignidad* impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”.

Por último, podemos mencionar también la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de la UNESCO. Este texto, en su artículo 1, sostiene:

Artículo 1:

a) Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la *dignidad humana* y la protección de los derechos humanos.”

La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, la Declaración Universal sobre Genoma Humano y Derechos Humanos, también de la UNESCO, se refiere a la dignidad en su Preámbulo. Además, apela a este principio en sus artículos 1 y 2:

Artículo 1

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su *dignidad intrínseca* y su diversidad.

Artículo 2

(a) Cada individuo tiene derecho al respeto de su *dignidad* y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

(b) Esta *dignidad* impone que no se reduzca a los individuos a sus características genéticas y que se respete el carácter único de cada uno y su diversidad”.

Por último, podemos mencionar también la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, de la UNESCO. Este texto, en su artículo 1, sostiene:

“Artículo 1:

a) Los objetivos de la presente Declaración son: velar por el respeto de la *dignidad humana* y la protección de los derechos humanos.”

Declaración Universal de los Derechos del hombre, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Se sostiene que la dignidad humana es un punto de partida y un parámetro donde debe constar en cualquier normativa jurídica, pero en la práctica suelen haber ciertas divergencias y en algunos casos diametralmente opuestas en las posiciones. Esto referido a la legitimidad del uso de embriones humanos para la investigación, la legalización del suicidio asistido, el aborto, la fecundación *in vitro* y lo que esta técnica puede conllevar a reducción embrionaria, crio-conservación de embriones sobrantes, diagnósticos pre-implantatorios y prenatales.

Esto conlleva a la inviabilidad, o rechazo del mismo principio de dignidad.

Hay autores que hacen referencia a estas posturas Norbert Hoerster¹⁵⁹: *“Cuan vacía es necesariamente la fórmula del principio de dignidad humana: no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la auto-determinación individual”*.

Como hallamos posturas divergentes entre los distintos filósofos y dogmáticos podemos hallar la postura de Gustav Radbruch¹⁶⁰.

La filosofía del derecho de Norbert Hoerster está comprometida con el positivismo legal de H. LA Harts and Analytical Philosophy . En los países de habla alemana, actualmente es el partidario más destacado de la tesis de neutralidad positivista, según la cual el concepto de ley debe definirse de tal manera que permanezca neutral respecto de los postulados morales. Para la llamada fórmula de Radbruch , según la cual las leyes extremadamente injustas Hoerster, la tesis de neutralidad se deriva del mandamiento de la claridad conceptual, que se encuentra en el centro de la filosofía analítica. De acuerdo con la tesis de neutralidad, rechaza ya no pueden describirse como ley.

La vedette destacada en este principio fundamental, es la dignidad, ella se encuentra enaltecida como comienzo de todo inicio de la humanidad. En definitiva, la Corte Interamericana decidió incluir al daño de proyecto de vida dentro de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados”. Todo ser humano, individuo libre, vive proyectándose metas, caminos, fines, acerca de los cuales, en menor o mayor medida intentará alcanzar o cumplir. La Convención Americana sobre los Derechos humanos expone: *Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*. Precisamente ese vínculo conceptual entre los derechos humanos y la dignidad que se señala, permite afirmar que ésta constituye la fuente moral de todos los derechos y no una mera fórmula vacía o sin contenido a la que se recurre solamente desde el plano teórico.

“Nos encontramos ante una situación intelectual profundamente deteriorada por un enconado y profundo positivismo, sobre todo en el mundo jurídico, que se encuentra afortunadamente en retirada, producto de un radical proceso de positivación general del conocimiento que provoca, en primer lugar, un abandono y descrédito de la filosofía, en segundo lugar, una confusión y desorientación de la misma ciencia que no encuentra su posición o lugar en el conjunto del saber. En tercer lugar, un pérdida del sentido total del mundo, con una fuerte ausencia de vida intelectual y de reducción simplista del saber jurídico a mera técnica instrumental. El paradigma iuspositivista ha tratado de ofrecernos una visión del Derecho

¹⁵⁹Hoerster, Nobert. Norbert Hoerster (nacido el 15 de marzo de 1937 en Lingen) es un abogado y filósofo alemán , que se ocupa en particular de cuestiones de filosofía jurídica , ética y filosofía religiosa . Enseñó de 1974 a 1998 filosofía jurídica y social en la Universidad de Maguncia .

¹⁶⁰ La fórmula Radbruch es una aseveración hecha por Gustav Radbruch en 1946, y se puede resumir en: *“ Se puede negar la validez de las leyes tremendamente injustas.”*

demasiado sesgada, limitada y parcial, concibiendo el Derecho como mera ingeniería social con su pretendida neutralidad axiológica en los campos ético, ideológicos y políticos”¹⁶¹.

Cabe destacar, que el positivismo es la vedette de las ciencias jurídicas, la filosofía y el iusnaturalismo que debe ser lo esencial de la norma, quedan relegadas en un plano inferior.

La norma en sí, debe perseguir una solución concreta para los fines claros y precisos. Traspasar los límites para construir un nervio principal, que despeje las dudas e inquietudes, que meritan un cuestionamiento y modificación de las conductas. La reflexión filosófica sobre el derecho ha sido, durante todos siglos, una especulación en torno al Derecho natural, entendido este como un “Derecho justo”, de modo que hasta comienzos del siglo XIX, la Filosofía Jurídica o Teoría del Derecho sostuvo la concepción según la cual el derecho estaba constituido por el **derecho natural y derecho positivo**. En aquella época, se entendía por derecho natural, sobre todo, aquel derecho proporcionado por la razón filosófica triunfante en la Ilustración y, por ello, fue llamado derecho racional.

4.3 Inicios de la vida humana.

Desde los anales de la historia, el comienzo de la vida humana, se ha dado con el nacimiento del ser humano. Sus cualidades o propiedades que definen a una persona no son inherentes, se relacionan con propósitos humanos y sociales,

Hay variadas posturas en cuanto a este comienzo de la vida. Las ciencias médicas y el derecho que son dinámicos. Su evolución se va dando a medida que el tiempo transcurre.

Tanto la medicina, como el Derecho, van conformando ciertas posturas, que como son cambiantes y varían a lo largo de tiempo., encontramos varias acepciones al referirnos el comienzo de la vida humana.

Desde la iglesia católica que afirmaba que existía vida en el vientre, cuando se sentían los movimientos del feto dentro del seno materno. Los conceptos fueron evolucionando de acuerdo a cada etapa de los estudios médicos y científicos, denominando el concepto de concepción, cuando la vida comienza en el seno materno.

Se entiende la concepción en el seno materno la anidación del embrión arraigadas en las paredes del útero¹⁶², según Rae.

No obstante Basset,¹⁶³ Úrsula agrega que *“los que quieren hacer de esta fórmula más conservadora, podrían llamar al embrión persona, a pesar de sostener este concepto, jurídicamente no lo es”*.

¹⁶¹ Rafael Enrique Aguilera Portales

¹⁶² RAE. “Formar [un hijo] en el útero”, quedar embarazada.

El comienzo de la vida y de la existencia de la persona, son conceptos variados sustancialmente. Sobre aquellos interrogantes, donde la cuestión es sobre el inicio de la vida humana, aun no existe consenso en ningún campo y disciplina., pero a pesar de ello para nuestra legislación la fecundación es el inicio de la vida humana.

Podemos decir que desde la concepción, fecundación, desde el nacimientos desde que el embrión se encuentra in vitro, desde su implantación y profundizando aún más en conceptos hay hasta quien llama un pre-embrión.

De allí, vamos tomando posiciones que son radicalmente distintas en cada uno de los aspectos de la ciencia dentro de cual perspectivas vayamos a dar enfoque.

Desde un punto científico, podríamos dar punto de inicio puede variar en función si su criterio delimitador se fundamenta básicamente en la fecundación, en la implantación del embrión en el útero, aquello que en la ciencia médica, le llaman “nidación”, en la aparición de las funciones cerebrales, en la identificación sexual del feto.

Tanto el comienzo de la vida biológicamente dan por hecho desde a fecundación o en estadíos posteriores, de allí mismo surge el debate ideológico contrapuesto de distintas versiones del embrión.

Pero al llamar embrión o pre-embrión, donde la diferencia radica en si se ha implantado o permanece in vitro, requiere y es merecedor de un mínimo grado de protección y respeto.

No nos olvidemos que anteriormente mencionamos la dignidad humana y la del hombre como grado ultra superior por excelencia.

Hay un consenso derivado de la protección del embrión in vitro, la misma hallaron alineación de posiciones.¹⁶⁴

El pre-embrión es humano desde un punto de vista de la genética pero alcanzaría esta individualidad para darle atribuciones igualitarias de derechos que le son asignados a las personas, esta concesión es no sería una incoherencia manifiesta, lo hemos señalado anteriormente, que las atribuciones personales e individuales de las personas son aquellas donde el ser humano tiene raciocinio, en este caso el pre embrión no goza de raciocinio pero es considerado una potencial persona que aún estaría en desarrollo, sin olvidarnos del componente moral y la dignidad del ser.

Podemos visualizar que si damos una diferenciación entre el espermatozoides, el óvulo fertilizado o pre-cigoto por un lado y del embrión, el feto y el nacido por el otro, los puntos de vista pueden variar.

Si debiera ser el estatuto moral del embrión similar al de una persona adulta y si debemos considerar al embrión un ser humano desde la fecundación, desde el estadio de una célula, son cuestiones a la que no sólo se ven enfrentados a resolver bioeticistas, sino también médicos,

¹⁶³ BASSET, Ursula, C. Consideraciones generales del proyecto unificador, ponencia presentada en el ámbito del Seminario Permanente de Investigaciones sobre la Persona, la Familia y el Derecho Sucesorio, Ambrosio Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹⁶⁴ El Convenio de Oviedo: protección de los derechos humanos en el ámbito biomédico.

científicos y juristas, organismos gubernamentales y no gubernamentales y, en consecuencia, los miembros de distintos Comités¹⁶⁵.

Desde un punto médico es dable distinguir los conceptos de fertilización y concepción., pues la fertilización es el paso previo a la concepción, esto se da con la unión de los gametos masculinos y femeninos que llevados a los procesos naturales el esperma se introduce en el óvulo, generando allí lo que se denomina el cigoto. Es la puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana donde contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno.

En la normativa vigente indica que persona es, a partir la de concepción. Es una formulación que varió en distintas etapas y hasta llegar al Código Civil y Comercial de la Nación. El embrión in vitro cabe encuadrarlo dentro de una conformación de persona con potencial genético¹⁶⁶.

El acto de concebir es considerado el logro de la culminación de un embarazo. La reproducción natural es cuando la prueba de embarazo da positivo., esto ocurre después de catorce o quince días después de la concepción.

“El ser humano empieza a ser un ser humano a partir del momento en que el espermatozoide del hombre fecunda el óvulo de la mujer.” Prof. Dr. E. Blechschmidt¹⁶⁷ con Doctorado Superior en Medicina, director del Instituto de Anatomía de la Universidad en Göttingen, Alemania *“No cabe la menor duda de que el óvulo desde el momento de la fecundación, llamado embrión, es un individuo.”* Prof. Dr. B. Chazan¹⁶⁸ con Doctorado Superior en Medicina, especialista nacional en la rama de obstetricia y ginecología, Varsovia. *“El respeto por la nueva vida desde el momento de la concepción y el reconocimiento del niño como participante en el diálogo es muy importante. Este diálogo se inicia a partir del momento de la concepción.”* Prof. Dr. P. G. Fedor-Freybergh¹⁶⁹ con Doctorado Superior en Medicina,

¹⁶⁵ ARNOLD, Norbert, Doctor en Ciencias Naturales. Asistente de la Universidad de Zurich. Director del área Política Social, Fundación Konrad Adenauer. Libro *Diálogo Político. Aborto y eutanasia*. Publicación de la Konrad-Adenauer-Stiftung A. C. Año XXII- N° 2- Junio, 2005.

¹⁶⁶ *Med Law Rev.* 2012 Winter; 20(1):90-107. doi: 10.1093/medlaw/fwr047. No small matter for some: practitioners' views on the moral status and treatment of human embryos.

¹⁶⁷ Prof. Dr. E. Blechschmidt Blechschmidt contradice el principio biogenético formulado por Ernst Haeckel, según el cual el desarrollo del embrión humano en su fase temprana se remonta al desarrollo filogenético (Haeckel: *Ontogenesis recapitula la filogenia*). En contraste, el embrión humano es característicamente humano desde la concepción en adelante y lleva la individualidad posterior en sí misma. Por lo tanto, Blechschmidt ha abogado por una prohibición total de los abortos, a excepción de la indicación médica en el sentido más estricto.

¹⁶⁸ Prof. Dr. B. Chazan. El caso se centra en el profesor Bogdan Chazan, uno de los mejores médicos de Polonia y director del Hospital de la Sagrada Familia en Varsovia (Szpital im Świętej Rodziny). Chazan estuvo en tela de juicio el mes pasado cuando se negó a realizar un aborto en un bebé deformado que había sido concebido in vitro en una clínica de fertilidad. En lugar de un aborto, Chazan ofreció consejo médico a la madre, cuidado hospitalario antes, durante y después del embarazo, y cuidado hospitalario perinatal para el niño. Aunque la ley polaca permite el aborto de los bebés enfermos hasta la viabilidad, no crea el derecho a un aborto. Simplemente descriminaliza el aborto para el médico y la madre. Este embarazo en particular no representaba un peligro para la salud de la mujer. Además, de acuerdo con la ley polaca, cualquier médico puede invocar la cláusula de conciencia del país, lo que garantiza que ningún médico o profesional médico será obligado jamás a practicar o participar en un aborto.

¹⁶⁹ Prof. Dr. FEDOR-FREYBERGH, P.G. Comenzó su carrera científica en Eslovaquia y más tarde recibió importantes premios en Alemania, Italia, Austria y especialmente en Suecia, donde se estableció durante mucho tiempo después de la emigración a principios de los años setenta. Por ejemplo, más de 20 menciones

psicólogo, Estocolmo. *“Desde el momento de la concepción existe un ser vivo. El niño por nacer es una persona.”* Prof. Dr. Med. A. Ingelman-Sunberg¹⁷⁰, director de la Clínica de Ginecología y Obstetricia en Estocolmo. *“La vida del individuo empieza en el momento de la concepción, es decir la fecundación, y finaliza con la muerte.”* Prof. Dr. R. Klimek¹⁷¹ con doctorado superior en medicina, miembro del Colegio Real de Médicos de Londres. Gracias a los extraordinarios avances tecnológicos nos hemos introducido en la vida privada del embrión. El hecho de que después de la fecundación se inicia una nueva vida humana, no es una cuestión de gusto u opinión. La naturaleza humana de este ser desde el momento de su concepción hasta su vejez no es una afirmación metafísica, con la que se puede disputar, pero sí un hecho experimental común.” Prof. Dr. Med. J. Lejeune¹⁷², director de la Cátedra de Genética en la Universidad que lleva el nombre de R. Descartes en París. *“La unión del óvulo con el espermatozoide, es decir, los gametos de la madre y del padre dan paso a una vida separada. Como resultado de la fecundación surge un nuevo ser formado por completo genéticamente, cuyo desarrollo tiene lugar a lo largo de la vida humana. Así pues el embrión, el feto, el recién nacido, el bebé, el niño, el adulto, el anciano definen las respectivas etapas biológicas de desarrollo de ese mismo ser humano.”* Dr. N. Med. A. Marcinek¹⁷³, director del Hospital de Obstetricia y Ginecología que lleva el nombre de R. Czerwiakowski en Cracovia. *“Desde el punto de vista de la ciencia es correcto constatar que la vida humana por separado se inicia en el momento de la concepción.”* Prof. M. Matthews-Roth¹⁷⁴, Universidad de Harvard, USA. *“La vida humana no empieza en el momento del nacimiento, pero sí en el*

honoríficas y varios doctorados honorarios que se le otorgaron en las universidades europeas más importantes son una prueba de su mérito científico y popular. Recibió cinco títulos de profesor en varios campos médicos, incluyendo psiquiatría infantil, ginecología, etc.

¹⁷⁰ Prof. Dr. Med. SUNBERG, A. Ingelman- Posición reciente. Profesor de toxicología molecular desde 1996 y líder del grupo de investigación en farmacogenética en el Departamento de Fisiología y Farmacología desde 2006. Vicepresidente y jefe de sección.

¹⁷¹ Prof. Dr. KLIMEK, R. Hijo de Sylwester y Józefa Klimków. Después de graduarse de la escuela secundaria, estudió medicina en la Universidad Jagellónica, luego se convirtió en asistente del profesor Bolesław Skarżyński. Bajo su supervisión, obtuvo una tesis doctoral en septiembre de 1955 (Ph.D.). En abril de 1960 se especializó como obstetra y ginecólogo. En junio de 1964 se convirtió en aspirante. Obtuvo la especialización de un endocrinólogo en 1965.

¹⁷² Prof. Dr. Med. LEJEUNE, J. Tras concluir sus estudios de medicina, en 1952 comenzó a trabajar como investigador del CNRS, del que llegó a ser director diez años más tarde. Se convierte en experto internacional de Francia sobre radiaciones atómicas.

¹⁷³ ” Dr. N. Med. MARCINEK. La unión del óvulo con el espermatozoide, es decir, los gametos de la madre y del padre dan paso a una vida separada. Como resultado de la fecundación surge un nuevo ser formado por completo genéticamente, cuyo desarrollo tiene lugar a lo largo de la vida humana. Así pues el embrión, el feto, el recién nacido, el bebé, el niño, el adulto, el anciano definen las respectivas etapas biológicas de desarrollo de ese mismo ser humano.” Dr. N. Med. A. Marcinek, director del Hospital de Obstetricia y Ginecología que lleva el nombre de R. Czerwiakowski en Cracovia.

¹⁷⁴ Prof. M. Matthews-Roth. Testimony of Dr. Micheline Mathews-Roth March 19, 2003. Un hecho importante de la embriología que es crucial, es que cada miembro de la especie humana comienza su existencia como una célula, el cigoto: y este hecho se aplica si el cigoto se formó por la unión de óvulos y espermatozoides en el cuerpo de la madre o in vitro para el proceso de la FIV, o por los procesos de clonación reproductiva o terapéutica. "Información sobre desarrollo humano" del folleto para las referencias científicas por este hecho. Entonces, es científicamente incorrecto decir que una vida humana comienza en el vientre de la madre.

momento de la concepción.” Prof. Dr. J. ROSZKOWSKI “¹⁷⁵ con doctorado superior en medicina, miembro cofundador del Colegio Internacional de Ginecólogos, miembro del Consejo Científico del Instituto de la Madre y el Niño. “En los conocimientos actuales no cabe la menor duda de que la vida del ser humano se inicia a consecuencia de dos células sexuales – gameto femenino y masculino – que dan paso a la célula cigoto, en ese preciso instante empieza a vivir con ritmo propio.” Prof. Dr. M. Rybakowa con doctorado superior en medicina, Comité del Desarrollo del Ser Humano Departamento de Enseñanza Médica PAN Varsovia – Cracovia. “Tras la fecundación, es decir la unión del núcleo del óvulo con el núcleo del espermatozoide (lo que sucede en el oviducto, cerca de la salida del lado del ovario) nace una nueva vida que tendrá los genotipos de los padres, con calidad genética separada – de una nueva persona. El conjunto de sus genes en las células somáticas no experimentarán ningún cambio más hasta el final de su vida.” Prof. Dr. B. Suszka¹⁷⁶ con doctorado superior, biólogo, trabajador científico PAN, Poznań. “El desarrollo de un ser humano empieza en el momento de la fusión de dos células – el gameto femenino, es decir el óvulo (ovocito), y el gameto masculino – espermatozoide, en el acto de fecundación.” Prof. Dr. M. Troszyński con doctorado superior en medicina, ginecología -obstetricia, Varsovia. El inicio de la vida humana, comienza cuando el espermatozoide fecunda el óvulo de la mujer.

4.4 Comienzo de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El comienzo de la existencia de la persona humana, es el tema más álgido que generó la nueva normativa.

El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado bajo la ley 26994 tuvo su vigor a partir del 1 de agosto del año 2015.

El artículo 19 atravesó diversas etapas del definitivo proyecto de ley. Su redacción fue creada por los Dres. Lorenzetti, Ricardo¹⁷⁷, Highton de Nolasco, Elena¹⁷⁸ y Kemelmajer de Calucci,¹⁷⁹ Aida. Concluyo con la redacción “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En caso de técnicas de reproducción humana asistida,*

¹⁷⁵Prof. Dr. J. Roszkowski “*La vida humana no empieza en el momento del nacimiento, pero sí en el momento de la concepción*” con doctorado superior en medicina, miembro cofundador del Colegio Internacional de Ginecólogos, miembro del Consejo Científico del Instituto de la Madre y el Niño.

¹⁷⁶ Prof. Dr. SUSZKA, B. Con doctorado superior, biólogo, trabajador científico PAN, Poznań ” *Tras la fecundación, es decir la unión del núcleo-del-óvulo-con-el-núcleo-del-espermatozoide (lo que sucede en el oviducto, cerca de la salida del lado del ovario) nace una nueva vida que tendrá los genotipos de los padres, con calidad genética separada – de una nueva persona. El conjunto de sus genes en las células somáticas no experimentarán ningún cambio más hasta el final de su vida.”*

¹⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis (Rafaela, provincia de Santa Fe, 19 de septiembre de 1955) es un juez argentino egresado de la Universidad Nacional del Litoral.

¹⁷⁸ HIGHTON DE NOLASCO, Elena Inés (Lomas de Zamora, 7 de diciembre de 1942)¹ es una jueza argentina. Actualmente es vicepresidenta de la Corte Suprema de la Nación Argentina.²

¹⁷⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, (n. San Martín, Mendoza, 4 de noviembre de 1945), es una jurista argentina, oriunda de la Provincia de Mendoza, donde fue miembro de la Corte Suprema de Justicia de esa Provincia. Es Doctora en Derecho de la Universidad de Mendoza, miembro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencia de Buenos Aires y Córdoba, la Academia Argentina de Ética en Medicina y la Asociación Argentina de Derecho Comparado. “*La Aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes*”

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”.

La primera etapa de su redacción, responde a la historia Argentina, donde su status jurídico se refería a la persona desde su concepción en el seno materno. Se han conservado ciertas terminologías, pero deja para sus leyes especiales lo referente a lo que excede de la postura consabida del seno materno. Deja para las leyes especiales todo aquello que encierre diversas técnicas de concepción. La segunda fase del artículo, se refiere a las Técnicas de reproducción Humana asistida. La reforma responde la necesidad del resguardo.

Finalmente queda conformado el artículo 19° consta que : “ La existencia de la persona humana comienza con la concepción. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida comienza indefectiblemente con la implantación del embrión en el cuerpo de la mujer.

Queda que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.

“La naturaleza o status que se le otorga al embrión in vitro tiene consecuencias inmediatas en lo que respecta a las técnicas de reproducción humana asistida, que ofrece o puede ofrecer cada sociedad y el alcance de la investigación. Ante la falta de acuerdo científico y ontológico, el análisis debe centrarse en el derecho positivo¹⁸⁰”. La evidencia del embrión que sin ser implantado, su posibilidad de progreso es nulo., postura que es evidente a los ojos médico clínico, no obstante en el artículo 19° de nuestra CCyCN establecía estas dos posturas ., tanto la fecundación in vitro y posterior implantación en el cuerpo de la mujer, o la concepción por vía natural desde el inicio en el seno materno.

Los estudiosos del derecho, concuerdan que una ley especial velaría por el embrión aún no implantado, otorgando normas constitucionales para su protección integral.

Ya que desde un principio es un potencial ser con todos los elementos de un ser humano en potencia.

Es mérito del hombre por el hombre la preservación de esos seres con el derecho innato de la propia existencia a partir de su fecundación. Dada esta postura, finalmente quedó redactado e presente artículo dándole carácter de individuo al ser que se gestó a partir de la fecundación del los gametos masculino y femenino.

4.5 La concepción. Código Civil y Código Civil y Comercial de La Nación Argentina.

Las ciencias jurídicas y Médicas, en esta ocasión, han puesto su hermandad para consensuar el término persona y a partir de cuándo la misma toma valor jurídico en un campo tan simple pero no menos complejo., del surgimiento de la vida. La fecundación acto seguido da origen a la concepción. Un nuevo sujeto comienza su creación., con todas las características humanas y el comienzo de una vida que es aceptada jurídicamente.

¹⁸⁰El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial . LAMNN. Eleonora. El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial, en Libro Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, (Marisa Herrera y Marisa Graham, coords.) 1° edición, pp. 413 y ss., y “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos.” En La Ley, suplemento especial sobre el nuevo Código Civil y Comercial.

Para entender en el ámbito médico y desembocar en el viejo código civil derogado, tome ciertos conceptos para el su desarrollo. ¿Qué es la concepción? Y ¿Cuál es el concepto de fecundación?

En biología, se trata de la fusión de dos células sexuales para dar lugar a la célula cigoto primera unidad de vida conjunta, donde se encuentra la unión de los cromosomas o gametos masculinos y femeninos. En este sentido, la idea de **concepción** es sinónimo de **fecundación**. En el instante mismo de su fusión.

El código de Vélez no dudaba de los términos y cómo surge un ser, llamado ente con todos los signos de humanidad. *quotiens de commodis eius agitur.etc etc, se oponen a esto y a otros textos del Digesto. Savigny, los explica perfectamente, demostrando que no hay contradicción entre ellos (t2,p11)''*.

Queda claro que para algunas normativas el ser que está dentro de seno materno, es un potencial ser humano, y aunque no esté dentro del mismo. El genotipo define las características de la persona, no dejando ello al libre albedrío de las normativas.

Lo que señala la medicina, que el sujeto, persona potencial humano que tanto dentro como fuera del seno materno, tiene características propias de una persona, , lo único que no tiene la conciencia de su subsistencia, pero si su instinto de preservación.

Si en las normativa de países como Chile, consideran que a la mujer embarazada, no se le puede aplicar pena alguna, es digno del legislador que aunque no explye la condición de persona, porque aún no ha nacido, tiene la consciencia que es un ser vivo, que ligado dentro del seno materno un sujeto, su congénere. Necesita de la protección de aquellos que gozan consciencia.

CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN ARGENTINA, normativa derogada a partir del 31 de julio del 2015.

Para el desarrollo del artículo 70 del código civil. Nuevamente como se expresó con anterioridad., Vélez, le daba sentido a esta normativa, sin lugar a otras posturas. El mismo, recitaba: “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”.

Invocamos que algunos Derechos quedan sellados en el mismo momento que comienza la vida dentro del seno materno. Quedó claro para aquella época que no existía otromedio alguno de concebir.

ARTICULO 51. -Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.

Nuevamente, nuestro Legislador, plasmó en nuestro código civil, hoy derogado, el indeclinable concepto de humano.

CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA.

Normativa vigente a partir del 1 de agosto del 2015. A diferencia del antiguo Código civil, este contiene normas y procedimientos. Código Unificado.

Distintos artículos claramente dejan visualizar explícitamente lo que es en un sentido esencial. Los artículos 63° y 70° del Código Civil de la Nación manifiestan sin lugar a duda el comienzo de la vida humana.

Art. 63°CC Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

“Las personas por nacer, no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar.

El Art. 22° del Código de Austria, dice Los hijos que aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero”. Lo mismo que el Código de Luisiana art. 29°. Y el de Prusia 1° parte título art. 10°. Pero el Código de Chile, art. 74 dice. ”la existencia legal de la persona, principia al nacer”. Pero si los que aún no han nacido nos son personas. ¿Por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado? ¿ Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?.

En el Derecho Romano había acciones sobre este punto. Nasciturus pro iam nato habetur¹⁸¹; “El primer cambio es de orden terminológico. Lo que el artículo 51° del código derogado, denominan “persona de existencia visible”, pasa a llamarse en el nuevo Código “persona humana”, descartando otras terminologías posibles tales como la de “personas individuales” que acuñara Orgaz¹⁸², “personas naturales” del Código español, y “personas físicas” del código italiano. A diferencia del art. 51° C. Civil, el nuevo código no contiene una definición, pero de su sola designación como “humana”, entendemos que se llega al mismo concepto, pues será tal todo ser humano, es decir toda aquella persona que presente “signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes”¹⁸³.

Según el art. 19° del nuevo Código “La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. El texto sigue la tradición jurídica¹⁸⁴ que encarnara el art. 70° del C. Civil, aunque suprimiendo la alusión al “seno materno”, como ámbito donde acontece la concepción, único que podía contemplar el texto de Vélez en el momento histórico de su sanción.

Nuestros legisladores, han suprimido en el seno materno, ya que la evolución de la ciencia ha logrado distintas formas y métodos de concepción. Por otra parte, la disposición transitoria segunda del CCyC establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado.

¹⁸¹ Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur es una máxima latina utilizada en el ámbito jurídico que hace referencia a una ley que garantiza o protege los derechos de un feto para heredar propiedades o bienes. La máxima se traduce como "El no nacido aún es considerado como nacido en cuanto se trate del aumento en su propio beneficio".

"Nasciturus" literalmente se traduce como "aquel que nacerá", y se refiere a un feto concebido, que aún no ha nacido. De acuerdo a este principio jurídico, el feto se presume nacido al propósito de herencia. El principio fue concretado en el Derecho romano y continúa siendo utilizado en la época actual en la mayor parte de los países europeos, Latinoamericanos, Filipinas y Guinea Ecuatorial.

¹⁸² Alfredo Orgaz (Córdoba, 6 de noviembre de 1900 - Córdoba, 11 de agosto de 1984) fue un jurista destacado en Derecho Civil, docente y ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Actividad profesional y docente

¹⁸³ LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando José. 1 Exposición dictada en el marco de la Diplomatura sobre el Nuevo Código Civil y Comercial. Universidad Austral. * Abogado y Procurador (UNT). Especialización en Derecho Societario (UNT). DEA Universidad Complutense de Madrid. Doctorando (Universidad Nacional de Córdoba.) Profesor Titular de Derecho Civil II (UNSTA – Tucumán). Ex Profesor Titular de Derecho Privado I, y Derecho Privado III (USPT – Tucumán). Ex Profesor adjunto de Derecho Civil III (UNSTA – Tucumán)

¹⁸⁴ El art. 70, inspirado en el Esbozo de FREITAS, sigue la tradición romanista. En ese sentido, se ha dicho que «La jurisprudencia clásica fiel a su estilo no elabora al respecto una “teoría general de la persona” sino que mediante la solución de casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene su inicio en la concepción y no en el nacimiento. Este último de ser con vida, en definitiva, no es otra cosa que la ratificación de la personalidad de quien la ha iniciado en el vientre materno. Lo expuesto me ha permitido considerar que la jurisprudencia romana conoció ambas posturas, nacimiento y concepción, hasta que la más justa, esta última, desplaza a la primera.

Allí mismo, los legisladores no han descartado aquel ser que conserva razgos de humanidad ni registros de un ADN de persona. Es allí, donde debemos conformar una protección a aquel ser vivo que de una u otra manera se conserva intacto por algún tiempo estimado sin la posibilidad de hacer prevalecer sus derechos de existencia.

Algunas bibliografías han considerado humano y con derecho a protección a los gametos tantos femeninos como masculinos. Esto, es también vida y es comparable con otros seres unicelulares. Pero al haber una conformación de células, y todas ellas homologadas, unidas con un fin común de surgimientos de otro ser., es allí donde ese espacio vital merece también atención.

En su *Liber de persona et duabus naturis* (Cap. III) Boecio proporcionó la definición de *persona* que fue tomada como base por casi todos los pensadores medievales: *Persona est naturae rationalis individua substantia* — "la persona es una substancia individual de naturaleza racional".

Las normas están para su cumplimiento y orden en la sociedad. El primer efecto general de las **normas** es imponer a sus destinatarios el deber de ajustar a ellas su comportamiento.

4.6 Derecho Argentino. Aplicabilidad del artículo 17° CCyC al embrión in vitro, artículo 57° del CCyC. La prohibición de alteraciones o manipulaciones genéticas.

En el artículo 19° de nuestra normativa Nacional, considera que es persona desde la concepción. Deja para una ley especial todo aquello que se refiera a otras metodologías alternativas de Técnicas de Reproducción Humana asistida., involucra a los embriones crio-conservados.

No se deja al libre albedrío la regulación del artículo 561° del CCyCN que sostiene: "*Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción*".

Esto deja claro una expresa manifestación que el consentimiento es libremente revocado, mientras no se haya expedido la concepción de la persona¹⁸⁵, o la implantación del embrión., por lo tanto pone en un plano que el embrión, no es persona. La revocación del consentimiento indudablemente se permitiría hasta la fecundación y no hasta el implante.¹⁸⁶., conceptos llevados adelante por la mencionada jurista.

Hay varios paradigmas y contradicciones en la normativa. La Ley 24946 en su art. 54°¹⁸⁷, otorga el estatus de persona al embrión por contener potenciales condiciones genéticas en razón de su indudabilidad.

¹⁸⁵KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida, HERRERA, Marisa y LAMN, Eleonora, El embrión no implantado, El Proyecto de Código y su total consonancia con a CIDH, en L.L del 28-12-2012, ps. 1 y ss., y en L.L.2013-A-907

¹⁸⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.: HERRERA, Marisa y LAMM Eleonora, La obligación de ser padre impuesta por un tribunal, en L.L dl 28-9-2011,ps.3 y ss. Comentario del fall de la CNCiv., sala J, 13-9-2011, "P., A. c/S., A.C. s/ Medidas precautorias"

¹⁸⁷ARTICULO 54°. — Los Defensores Públicos de Menores e Incapaces en las instancias y fueros que actúen, tendrán los siguientes deberes y atribuciones: a) Intervenir, en los términos del artículo 59° del Código Civil en todo asunto judicial o extrajudicial que afecte la persona o bienes de los menores o incapaces, y

Esto es claramente una condición que si el embrión no fuese considerado persona, no tendría motivo alguno en que el Ministerio Público interviniera.

Las distintas Declaraciones y Convenciones¹⁸⁸ que la Argentina suscribió, pone como Derecho interno en nuestro Bloque Federal art. 75° inc. 22 como normativa interna. La violación de cualquiera de sus modalidades crea un perjuicio a nivel internacional.

Aplicabilidad del artículo 17° CCyC al embrión in vitro.

El embrión, no es una cosa ni es un bien. Son gametos femeninos y masculinos que ensamblados generan un sujeto. Este sujeto contiene genes, órganos genotipo, fenotipo etc, que indudablemente se encuentran fuera del comercio.

En conjunto o en parte indivisa, merece un trato preferencial., prevalece al principio de no comerciabilidad. Por orden moral y digno, la persona humana es un ente completo de derechos y deberes tanto desde su comienzo hasta su inexistencia.¹⁸⁹

Por transición el embrión está fuera de todo comercio. Bergel¹⁹⁰ sostiene: “*Si el criterio es el mercado, pilares como igualdad y dignidad quedan desvirtuadas, pierden peso y con ellas se*

entablar en defensa de éstos las acciones y recursos pertinentes, ya sea en forma autónoma o junto con sus representantes necesarios. b) Asegurar la necesaria intervención del Ministerio Público de la Defensa de los Menores e Incapaces, en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en toda oportunidad en que se encuentre comprometido el interés de la persona o los bienes de los menores o incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen. c) Promover o intervenir en cualquier causa o asunto y requerir todas las medidas conducentes a la protección de la persona y bienes de los menores, incapaces e inhabilitados, de conformidad con las leyes respectivas cuando carecieran de asistencia o representación legal; fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes o representantes legales, parientes o personas que los tuviesen a su cargo; o hubiere que controlar la gestión de estos últimos. d) Asesorar a menores e incapaces, inhabilitados y penados bajo el régimen del artículo 12° del Código Penal, así como también a sus representantes necesarios, sus parientes y otras personas que puedan resultar responsables por los actos de los incapaces, para la adopción de todas aquellas medidas vinculadas a la protección de éstos. e) Requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a mejorar la situación de los menores, incapaces e inhabilitados, así como de los penados que se encuentren bajo la curatela del artículo 12° del Código Penal, cuando tomen conocimiento de malos tratos, deficiencias u omisiones en la atención que deben dispensarles sus padres, tutores o curadores o las personas o instituciones a cuyo cuidado se encuentren. En su caso, podrán por sí solos tomar medidas urgentes propias de la representación promiscua que ejercen. f) Peticionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para la protección integral de los menores e incapaces expuestos por cualquier causa a riesgos inminentes y graves para su salud física o moral, con independencia de su situación familiar o personal g) Concurrir con la autoridad judicial en el ejercicio del patronato del Estado Nacional, con el alcance que establece la ley respectiva, y desempeñar las funciones y cumplir los deberes que les incumben de acuerdo con la ley 22.914, sobre internación y externación de personas, y controlar que se efectúen al Registro de Incapaces, las comunicaciones pertinentes. h) Emitir dictámenes en los asuntos en que sean consultados por los tutores o curadores públicos. i) Citar y hacer comparecer a personas a su despacho, cuando a su juicio fuera necesario para pedir explicaciones o contestar cargos que se formulen, cuando se encuentre afectado el interés de menores e incapaces. j) Inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y reeducación de menores o incapaces, sean públicos o privados, debiendo mantener informados a la autoridad judicial y, por la vía jerárquica correspondiente, al Defensor General de la Nación, sobre el desarrollo de las tareas educativas y de tratamiento social y médico propuestas para cada internado, así como el cuidado y atención que se les otorgue k) Poner en conocimiento de la autoridad judicial competente las acciones y omisiones de los jueces, funcionarios o empleados de los tribunales de justicia que consideren susceptibles de sanción disciplinaria y requerir su aplicación. l) Responder los pedidos de informes del Defensor General. ll) Imponer sanciones disciplinarias a los magistrados, funcionarios y empleados que de ellos dependan, en los casos y formas establecidos en esta ley y su reglamentación

¹⁸⁸ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

¹⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo., Presentación del código Civil y Comercial de la Nación, en L.L. del 6-10-2014, p. 1; AR/DOC/3561/2014

¹⁹⁰ Ver BERGEL, Salvado Darío. La patentabilidad de genes humanos. Criterio de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en L.L. del 13-8-2013, ps 1 y ss., y en L.L., 2013-D-1188, y del mismo autor, De embriones , patentes y dignidad humana, en Revista de derecho de Familia y de las Personas, abril de 2012, La

disuelve la autonomía de la persona falsamente confiada en la libertad de entrada o salida del mercado”¹⁹¹.

El derecho a tener una familia está ligado con la protección jurídica de las relaciones humanas, afectivas y económico-patrimoniales que surjan. El derecho a la igualdad tiene que ver con la no discriminación del embrión. Es la consagración de la igualdad entre el nacido por técnicas de reproducción humana asistida y el nacido concebido por vía natural en el seno materno. Lo buscado es que no se haga distinción alguna entre ellos, que estén equiparados jurídicamente. Si la persona humana es persona desde su concepción, mas allá de cómo fueron las técnicas para llegar a su objetivo, necesita tener por consabido el derecho a existir y de permanecer.

El Tribunal de justicia de la Unión Europea en el caso “Oliver Brustle vs. Greenpeace e.V.”¹⁹². El Tribunal plantea la protección jurídica de la invenciones biotecnológicas, “*no tenía por objeto regula la utilización de embriones humanos en el marco de investigación científica, y que su objeto se circunscribe a la patentabilidad de las invenciones biotecnológicas*” Puntualizó que: “*aunque la finalidad de la investigación científica debía distinguirse de los fines industriales o comerciales*”.

Este Tribunal se pronunció en la exclusión de patentabilidad de embriones humanos entendidos en su más amplio sentido¹⁹³.

Artículo 57° del CCyC. La prohibición de alteraciones o manipulaciones genéticas.

Según lo promovido por Bergel, Salvador D. Todo lo que sea manipulación es contrario al orden natural del genoma que desde el principio debe quedar inmutable, cualquiera sea la finalidad que se busque.

Es de interés público establecer los límites en referencia al embrión in vitro. Se deben tomar responsabilidades en la manipulación.¹⁹⁴

La ciencia evoluciona indefectiblemente, es benigna en su evolución. Es el hombre que debe tomar la medida justa para su uso en beneficio propio y no en detrimento y su autodestrucción.

La genética es el estudio del principio de las cosas. Esta palabra en su etimología procede del latín moderno «geneticus» relativo al origen, formado del latín «genēsis» que quiere decir

Ley, Buenos Aires, ps. 227 y ss. Abogado egresado de la Universidad Nacional del Litoral (1954).

¹⁹¹ Ver <http://www.catedradederechoygenomahumano.es/images/revista/35doctrina2.pdf>

¹⁹² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, sent. Del 18-10-2011, Asunto C-34/10, “Oliver Brustle vs. Greenpeace e.V”

¹⁹³ Cfr. Tribunal de justicia de la Unión Europea, Gran Sala, sent. Del 18-10-2011, Asunto C-34/10, “Oliver Brustle vs. Greenpeace e.V”, párr.38: “Constituye un embrión humano en el sentido del artículo 6, apartado 2, letra c, de la Directiva todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación, todo óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura y todo óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”.

¹⁹⁴ TUÑÓN, Dolores; BOADA, Montse y VEIGA, Anna, Análisis genético de los embriones antes de su implantación en el útero: aspectos éticos y legales, en Revista e Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2014, N° 63, ps 101-125

génesis con el sufijo «ico» que indica cualidad o relativo de., por ende el origen del hombre y su comienzo desde su concepción, su principio innato en cada ser es su genética, patrón primario en su conformación.

Para ello, se refiere Anderson¹⁹⁵, William French, expone que existen potenciales niveles de manipulación genética al ser humano. 1) Terapia génica de células somáticas. , de allí que se realiza la corrección de algún defecto genético en la célula somática o corporal de un paciente. 2) Terapia génica en línea germinal, éste corrige anomalía en su descendencia insertando un gen en las células reproductivas. 3) Manipulación genética de mejora o perfectiva. Esto es la inserción de un gen, no para curar una enfermedad sino que mejora un determinado carácter. Ejemplo Síndrome de Turner. 4) Manipulación genética eugénica. Esta alteración se da para alterar o mejorar rasgos humanos complejos (carácter, inteligencia, formación de órganos del cuerpo).

El art. 17° del CCyC. Prohíbe toda práctica o manipulación que tenga por fin la alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.

Es cierto que el avance científico hace algo obsoleto a la normativa. Esta prohibición radica fundamentalmente a realizar manipulaciones que alteren al cigoto obteniendo resultados inciertos que aún la medicina no ha logrado descifrar. Los resultados obtenidos podrían llegar a ser los no esperados. Resulta de realizar modificaciones sobre el patrón celular y se ha contemplado al derecho de los descendientes a conservar su genoma no manipulado para generaciones futuras. Derecho a un patrón genético genuino, sin ningún tipo de manipulación.¹⁹⁶

Conclusión.

El hombre como creación superior en el Universo conocido, es un ente racional y consciente de sus propios actos. La diferencia con la persona no humana, es su raciocinio, su habla, conciencia, su ética y su moral.

Somos capaces de construir, generar y de destruir o modificar a beneficio o detrimento de otro ser.

La construcción de una sociedad es la unión de personas con características propias, únicas desde el comienzo de su existencia e irrepetibles. Desde su inicio hasta su extinción, nunca dejan de ser exclusivos.

La exclusividad es una característica propia del hombre y esa característica se transmite a otro ser que deviene de sí mismo.

¹⁹⁵ FRENCH ANDERSON, William., cit. En GAFO, G Problemas éticos de la manipulación genética, Paulinas, Madrid, 1992,p.207, citado por BERGEL, Manipulación genética e intervenciones de mejora, cit.ps 103-124 William French Anderson (nacido el 31 de diciembre de 1936) es un médico , genetista y biólogo molecular estadounidense . Se le conoce como el padre de la terapia génica .

¹⁹⁶ CECTE, Ética dela investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embripon no implantado cit.

Esa creación, no es más ni menos que otro ser a semejanza de uno.

Es por ello que desde que la naturaleza hace su propio trabajo, la unión de células masculinas y femeninas, empieza el camino de la creación. El comienzo de la especie y de la exclusividad.

Es aquello que debemos cuidar y preservar, con la inteligencia del hombre., resguardar la vida desde su inicio. Utilizar la ciencia como auxiliar de la naturaleza construyendo y protegiendo la misma especie.

El embrión es el fruto de la especie humana y no humana. Es aquello primario que debemos resguardar. Tiene potenciales genéticos con derechos y deberes que son plasmados al instante mismo de su creación y concretados al nacimiento. Su existencia es el deber moral y ético que el hombre debe proteger.

Su existencia es la continuación del sujeto persona en la sociedad. El embrión es una persona: se definió al embrión como persona conforme lo normado por el artículo 51 del Código Civil. Esto en tanto que el signo característico de humanidad es el genoma humano que el embrión ya posee, haya sido gestado dentro o fuera del útero.

Asimismo, y conforme una interpretación histórica del art. 63, estando el embrión concebido, y siendo éste el hecho biológico otorgante de la calidad de persona a un ente, también se puede concluir que se está en presencia de una persona.

Sujeto de derecho: consecuencia de 1. Es que el embrión es sujeto de derecho y, por lo tanto, susceptible de adquirirlos - cf.art. 31 CC -.

Titular de los derechos a la vida, no discriminación y autonomía de la voluntad: siendo estos derechos de carácter personalísimos y consecuentemente innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, inherentes y absolutos de todas las personas. Conforme se desprende de 2. El embrión es titular del derecho a su vida, no discriminación y autonomía de la voluntad.

5. CAPITULO III. DISTINTAS TEORIAS DEL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA Y SU INCIDENCIA EN EL CODIGO PENAL ARGENTINO.

5.1 Distintas teorías del comienzo de la vida humana

“...Desacralizada la existencia y aplastados los grandes principios éticos y religiosos de todos los tiempos, la ciencia pretende convertir los laboratorios en vientres artificiales...¿Podemos seguir día a día cumpliendo con tareas de tiempo de paz, cuando a nuestras espaldas se está fabricando vida artificialmente? Nada queda por ser respetado¹⁹⁷...” . *“la ciencia tiene mil rostros, desde el más seductor hasta el más aterrador”¹⁹⁸.*

¹⁹⁷ SABATO, Ernesto. (Rojas, 24 de junio de 1911-Santos Lugares, 30 de abril de 2011) fue un escritor, ensayista, físico y pintor argentino. Su obra narrativa consiste en tres novelas: *El túnel*, *Sobre héroes y tumbas* (considerada una de las mejores novelas argentinas del siglo XX) y *Abaddón el exterminador*. También se destacó como ensayista, autor de libros como *Uno y el Universo*, *Hombres y engranajes*, *El escritor y sus fantasmas* *Apologías y rechazos*, en los que reflexiona

Comencé, con este párrafo de Sábato, gran escritor Argentino., pues ni más ni menos la tecnología ha llevado hasta los más remotos, inusitados e impensables sistemas de reproducción humana. La mente de un hombre sensato ha superado los límites de la imaginación llevando a la metáfora una realidad elocuente y sobre todo posible.

La tecnología y las ciencias médicas pusieron en manos del hombre la virtud de la procreación por otras vías más allá de las naturales.

En la actualidad se plantea una nueva problemática jurídica a resolver que es determinar cuándo es el comienzo de la vida humana (según CCyCN Art19°). Su importancia radica en que de ello dependerá a partir de cuándo comenzará la tutela jurídica y por ende qué conductas serán jurídicamente tolerables y cuáles reprochables¹⁹⁹

La respuesta jurídica a tal cuestionamiento solo podrá basarse en la información de la ciencia biológica y médica.

Se encuentran actualmente diversas teorías reproductivas.

5.1.1 Teoría de la fecundación

La teoría de la fecundación sostiene que desde el momento en que el espermatozoide ingresa al óvulo femenino ya existe un nuevo ser humano, con todos los atributos y características humanoides de la persona, resultando indiferente que el mismo se encuentre en el seno de una mujer o en una cuba de laboratorio. Los que sostienen esta teoría²⁰⁰ pueden afirmar que desde el mismo instante de la fecundación cuando las dos células femeninas y masculinas llamadas gametos se unen, a partir de ese instante se encuentra reunida toda la información potencialmente genética necesaria para expresar todas las cualidades innatas del individuo. La diferencia que en el seno materno la concepción se da cuando un espermatozoide consigue introducirse en un óvulo u ovocito atravesando su membrana.

Los espermatozoides, atraídos por las sustancias que emite el ovocito, atraviesan el cuello del útero, la cavidad uterina y se encuentran con el óvulo en una de las trompas de Falopio, cuyas vellosidades son las encargadas de transportar al óvulo hacia la cavidad uterina. La velocidad con la que el ovocito se mueve a través de la trompa es de 1,22 mm por minuto. Los espermatozoides, por su parte, se desplazan a 2-3 mm por minuto. El tiempo que tarda un espermatozoide en llegar hasta el ovocito es de unos 50 minutos. El primer paso, la fecundación del óvulo por un espermatozoide, ha tenido éxito. A partir de ahí, la información

sobre la condición humana, la vocación de la escritura o los problemas culturales del siglo XX. Fue el segundo argentino galardonado con el Premio Miguel de Cervantes (1984), luego de Jorge Luis Borges (1979).

¹⁹⁸ ZANIER, Justo. Director del Instituto de Genética Humana en Mar del Plata. Disertación en el Instituto de Filosofía del Derecho, Colegio de Abogados de Mar del Plata. Publicado en Quórum. Oct. 1986 sobre el tema "Genética Humana: aspectos éticos y legales

¹⁹⁹ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, ob. cit. pág. 23

²⁰⁰ MOSSO, Enrique: "problemas éticos de la procreación artificial", Revista Fundación Facultad de Medicina, vol. 5, n° 19, 1996; citado en MASSAGLIA DE BACIGALUPO, ob. cit. pág. 24

genética del óvulo y el espermatozoide se van a reorganizar uniéndose y formando un nuevo núcleo celular compuesto por 46 cromosomas. Es el **comienzo de una vida nueva y única, cuyo patrimonio genético proviene de la unión del padre y la madre**. Se ha creado el embrión, al cual en este estado de desarrollo se le denomina Zigoto y mide unos 0,15 milímetros.

La diferencia radica que la concepción in vitro²⁰¹ este proceso dura entre diez y veinticinco horas²⁰². Los antecedentes jurisprudenciales existentes en la Argentina adoptan esta teoría como el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil “R., R.D. S/ medidas precautorias” del 3 de diciembre de 1999²⁰³ en donde se sostuvo que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, carácter que, no sólo se atribuye a la persona nacida, sino también a la persona por nacer desde el momento de la concepción, siendo irrelevante que esta última se

²⁰¹ Lafferriere, J. N. El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado. DFyP Nov.2014, 143. BIOETICA.

²⁰² MARTINEZ, Stella Maris en “Observaciones sobre el comienzo de la vida humana” en “Tratado de los Delitos Tomo I” de BUJAN, Javier y DE LANGHE, Marcela, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 373 Buenos Aires – Argentina, 2004

²⁰³ Sin embargo, los antecedentes jurisprudenciales existentes en la Argentina adoptan esta teoría como el fallo de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil “R., R.D. S/ medidas precautorias” del 3 de diciembre de 1999²⁰³ en donde se sostuvo que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, carácter que, no sólo se atribuye a la persona nacida, sino también a la persona por nacer desde el momento de la concepción, siendo irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno. En este sentido La Corte Suprema de Justicia de la Nación también adhirió a esta teoría por voto mayoritario en el precedente “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”²⁰³ en el cual sostuvo que “...ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo. Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros) Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2° de la ley 23.054), dispuso: “Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145).

produzca dentro o fuera del seno materno. En este sentido La Corte Suprema de Justicia de la Nación no adhirió a esta teoría por voto mayoritario en el precedente “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”²⁰⁴ en el cual sostuvo que “...ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. **En efecto, todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo.** Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros) Que esta solución condice con el principio pro homine que informa todo el derecho de los derechos humanos. En tal sentido cabe recordar que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano. Sobre el particular la Corte Interamericana, cuya jurisprudencia debe seguir como guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales siempre que los Estados sean parte del mismo. En el sentido que (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2º de la ley 23.054), dispuso: “Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, párrafo 29, Fallos: 320:2145).

5.1.2 Teoría de la formación del Genotipo

“Para esta teoría una vez concluida la fusión entre los pronúcleos de los gametos – proceso que tiene lugar alrededor de veinticuatro horas de haber sido penetrado el óvulo por el espermatozoide – surge una nueva vida. Para quienes sostienen esta postura, el embrión de más de veinticuatro horas es una persona en potencia y tal potencialidad deriva su inviolabilidad, aunque para otros es persona en el acto que durante su desarrollo completa su potencialidad”.

“Se ha dicho al respecto que el cigoto es material celular humano vivo, merece reconocimiento y protección jurídica por lo que es y por lo que está destinado a ser, pero ese reconocimiento en modo alguno exige que se le otorgue la misma consideración bioética y jurídica que a un hombre”²⁰⁵.

“También se ha criticado a esta teoría al confundir unidad genética (presente desde el instante de la fecundación) con unidad de desarrollo (recién es constatable al aparecer el surco neural), por cuanto el óvulo fertilizado puede derivar en formaciones patológicas que

²⁰⁴ CSJN, 05/03/2002, Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, LL 2002-B-520

²⁰⁵ MARTINEZ, Stella Maris ob. cit. pág. 384. Antecedentes Curriculares I) DATOS PERSONALES: DNI: 6.409.589 Lugar y Fecha de Nacimiento: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1º de febrero de 1951. Nacionalidad: argentina Domicilio laboral: Avenida Callao 970, 6º Piso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Teléfonos: 4814-8417/18 II)

*son material celular humano y portadoras de un código genético único pero no logran desarrollo alguno”.*²⁰⁶

De acuerdo a las teorías del comienzo de la vida humana y su relación con el genotipo., concordamos que al inicio de la existencia de la persona, contiene caudal informativo potencial de un ser humano a semejanza del hombre en la tierra por sobre todo de sus progenitores.

Cuando los gametos femeninos y masculinos del instante mismo de la unión, cargan un potencial genético único.

La diferencia consiste en dividir el instante de la fecundación, aquello cuyo contenido es una unidad genética, y la unidad de desarrollo madurativo del embrión. Un óvulo fecundado puede surgir desarrollo patológico., así mismo, no deja de ser un ser humano en potencia con un código genético único.

5.1.3 Teoría de la implantación en el útero materno

“Para esta teoría el comienzo de la vida humana se origina con la implantación en el útero del óvulo fecundado que se produce recién a los 14 días de aquel acto. El fundamento de esta teoría radica en la posibilidad de que un grupo de células se escinda y continúe un desarrollo independiente dando lugar a un nuevo embrión (gemelos monocigóticos) que transcurrido el lapso de 14 días ya no existe dicha posibilidad afirmando a partir de éste momento la individualidad (sin individualización no hay personalización). Los seguidores de esta teoría utilizan el término “pre embrión” refiriéndose al huevo-cigoto en sus primeros 14 días de vida antes de su implantación en el útero”.

La teoría de implantación en el útero materno, confirma la postura que la unión de los gametos femeninos y masculinos en su posterior desarrollo originan escisión de las células creando lo que se llama un pre-embrión.

Para algunos estudiosos-investigadores del derecho, no están de acuerdo en el concepto de conceptuar a un pre-embrión. Para Farnós Amorós, Esther., considera desde el inicio de escisión de las células, a un embrión en potencia.

Este al insertarlo en el seno materno se arraiga en el útero para nutrirse y desarrollar su crecimiento. Sin esa anidación, el embrión no puede desarrollar su propia existencia.

*“También apoya esta teoría el hecho que recién se confirma el embarazo de una mujer a partir de la implantación en el útero. En los casos de la utilización de técnicas de fecundación asistida, la anidación determinada el límite entre la obra del hombre y la obra de la naturaleza ya que una vez implantado el embrión éste queda librado a su suerte natural”*²⁰⁷.

Las críticas a esta teoría, refieren que antes de la segmentación el ser viviente es único y es uno solo, simplemente tiene la característica de poder dividirse hasta determinado estadio de su evolución. En caso de que esa división excepcional se produzca, estaremos frente a dos o tres individuos cada uno de los cuáles será único. A ello hay que agregar que conforme los parámetros habituales utilizados en el derecho penal, si se considera que un bien jurídico

²⁰⁶ Dr. ALVAREZ Javier Teodoro. COMIENZO Y FIN DE LA VIDA HUMANA: LA MODERNA DISCUSIÓN ACERCA DE LOS EMBRIONES EXTRAUTERINOS Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL” *

²⁰⁷ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, ob. cit. pág. 26 y 27

*determinado merece protección, ante la duda sobre la existencia de una o varias entidades a proteger, lo lógico sería mantener o incrementar esa protección, no eliminarla”.*²⁰⁸

El término pre-embrión, designa el óvulo fertilizado aún no implantado al útero. En esta fase aún no ha aparecido la línea primitiva o sistema nervioso central, que garantiza la individualidad biológica y surge alrededor del día catorce después de la fecundación.

Una de las críticas más frecuentes al concepto objeta que la concepción progresiva del ser humano en que se basa es un criterio utilitarista y no neutro, sin base científica y, por tanto, dirigido únicamente a legitimar ciertas intervenciones sobre el embrión en una fase determinada de su desarrollo²⁰⁹. En la mayoría, parten de la tesis personalista según las cuales el ser humano se inicia en el momento de la fecundación del óvulo con los gametos masculinos.²¹⁰

El pre-embrión es humano desde el punto de vista genético, pero aún no ha alcanzado la individualidad, atribuirle los mismos derechos que se les asignan a las personas es incoherente con la realidad biológica. El embrión no es un mero objeto pero éste aún no tiene el estatus de persona humana. Se plantean las cuestiones para realizar una diferenciación en términos de óvulos, el esperma y el óvulo fertilizado o pre-cigoto, por un lado., y el embrión, el feto y el nacido por el otro. Ese último con todos los derechos y deberes sin ningún tipo de cuestionamiento. Desde el instante mismo de su nacimiento, con vida aunque sea por un instante.

Las etapas de gestación y desarrollo de los seres humanos presentan radical importancia para los ordenamientos jurídicos pues marcan el momento a partir del cual, estos deben tutelar y proteger a las personas humanas.

“Es menester considerar si el pre-embrión podría o no conceptuarse como persona humana, subsanándose así la siguiente problemática: ¿a partir de qué momento puede entenderse que existe una persona? Lo cual alude a la protección jurídica de la misma.

*Esto implica que es menester traer a colación **el derecho de vivir**²¹¹el cual pertenece a ese reducto de derechos personalísimos, existenciales, fundamentales y esenciales, pues el bien protegido es ni más ni menos que la vida misma, del cual se desprenden los demás derechos subjetivos de las personas²¹²El mencionado derecho ha sido declarado en numerosos fallos judiciales²¹³por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina como un derecho natural de la persona humana, garantizado por la propia Carta Fundamental. Consecuentemente, si el ser humano tiene derecho de vivir, garantizado por el plexo*

²⁰⁸ MARTINEZ, Stella Maris, ob. cit. pág. 389

²⁰⁹El informe del CAHBI (comité <ad hoc> de expertos en el progreso de las ciencias biomédicas) sobre Procreación Humana Artificial(1989) rechazó el uso del término, sí aceptó una menor protección del embrión humano hasta el día catorce después de la fecundación: vid. Vega/Vega/Martínez, cit., pp.106-107,109 y 209-210.

²¹⁰ ANDORNO, Roberto. La distinction juridique entre les personnes et les choses. Al'épreuve des procréations artificielles, París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A.,1996,pp.128-131,137

²¹¹Más que hablar de derecho a la vida, adopto la línea exployada por el Maestro Cifuentes en su obra “*Derechos Personalísimos*”: Derecho de Vivir.

²¹² CIFUENTES, S., *Derechos... ob. Cit.*, p. 232

²¹³ CSJN, Jorge Ricardo Romero y Otro v. Villber S. A. C. I., 03/09/1981, Buenos Aires, Tomo 302, p. 1284; CSJN, María del Carmen Bariclla de Cisilottov v. Nación Argentina, Ministerio de Salud y Acción Social s/ Amparo, 27/01/1987, Buenos Aires, Tomo 310, p. 112; CSJN, Asociación Benghalensis y Otros v. Ministerio de Salud y Acción Social, Estado Nacional s/ Amparo, 01/06/2000, Buenos Aires, Tomo 323, p. 1339.

*Constitucional Argentino*²¹⁴, este le debe ser respetado desde el momento en que se entiende que hay vida humana, ergo desde la concepción – singamia – y a partir de ese momento debe ser protegida y amparada. “Desde la concepción hay vida humana: personal, antológicamente autónoma, irrepitable, sujeto [...] de derechos, [...] el hombre, todo entero, ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero, con todas sus potencialidades.”²¹⁵ Pero, precisamente a partir de la fecundación sólo se puede hablar de potencialidad de ser humano, la cual se concreta con la singamia, luego de la cual es cuestión de tiempo para que se alcance el desarrollo adulto.

Consecuentemente, la propia Convención sobre los Derechos del Niño²¹⁶ estatuye que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción – fusión de los pronúcleos femenino y masculino – hasta los dieciocho años de edad. Ergo, no es necesario acudir a otra normativa pues, ya está establecido con rango de jerarquía constitucional, complementaria de la parte dogmática de la Constitución Argentina, que se es niño a partir de la concepción hasta los dieciocho años de edad, en consecuencia se es persona a partir de dicho instante, con todas las prerrogativas e implicancias que ello acarrea para el ordenamiento jurídico vigente”.

Consideramos fervientemente que el derecho a la existencia, es uno de los derechos implícitos que tiene todo ser humano desde el mismo momento de su concepción hasta los fines de su persistencia en la tierra.

Si bien no es comparable el derecho que tiene un pre-embrión, con un embrión o un feto o una persona (esta última con todos los derechos civiles existenciales) de aquel que transcurre en la sociedad, es deber de los legisladores darle protección adecuada.

Más allá de la consideración biológica y ética, para la protección de aquel ser que comienza el tránsito de la maduración, le cabe un comportamiento moral de sus pares., los hombres.

5.1.4 Teoría de formación de sistema nervioso central

Se conoce como la teoría de la aparición de la línea primitiva o surco neural, es decir que “recién al decimoquinto día de la evolución embrionaria aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral, por lo que recién comienza la vida con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural; recién entonces – según lo que establece esta teoría – estaríamos frente a un ser viviente, que tiene una pauta selectiva específicamente humana.”²¹⁷

Esta corriente afirma, “el comienzo de la vida humana entre el decimoquinto y el cuadragésimo día posterior a la concepción en que se inicia la formación del sistema nervioso

²¹⁴ CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículos 33 y 75 inciso 22 – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo I; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6; Convención Americana de Derechos Humanos artículo 4.1; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1 juntamente con la reserva hecha por la República Argentina al ratificar dicho Tratado.

²¹⁵ RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, *Vicisitudes del Derecho a Nacer*, en “La Ley” 1990, Tomo B, p. 779-780: “La vida fue amparada desde la concepción de ordenamientos fundamentales como el Código de Hammurabi, en la legislación de los asirios y babilónicos.”

²¹⁶ Aprobada por la ley 23.849, publicada en el Boletín Oficial el 22/10/1990, en cuyo artículo 2º la República Argentina formula una reserva con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²¹⁷ SOTO LAMADRID, M., *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho*, Buenos Aires, ASTREA, 1990, 950-508-315-7, p. 545

central lo que, [...], constituye la verdadera instancia diferenciadora. [...] el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo – muerte cerebral – se puede afirmar que no se puede reconocer la calidad de persona a una entidad que no posee ni los rudimentos cerebrales y de la cual es imposible afirmar con certeza que los poseerá.”²¹⁸ El Dr. Meter Singer arguye que “de la misma manera que consideramos la muerte cerebral como el fin de la vida humana, deberíamos también considerar el nacimiento del cerebro como el principio de la vida humana.”²¹⁹

Esto contradice totalmente lo dispuesto por la normativa civil Argentina, pues la nota al artículo 70° del Código Civil Argentino expresa que “para tener la capacidad de derecho el hijo debe presentar los signos característicos de humanidad, exteriormente apreciables; [...] una simple desviación de las formas normales de la humanidad, por ejemplo, un miembro de más o un miembro de menos, no obsta a la capacidad de derecho.”²²⁰ No atender esto, implicaría que los disminuidos mentalmente, por ejemplo, no deberían ser considerados seres humanos, y por ende personas o sujetos de derecho, cuando en realidad ellos son tenidos como personas de existencia física con incapacidad de hecho absoluta²²¹; de la misma manera, podría considerarse que, de acuerdo con esta teoría, un pre-embrión que aún no haya iniciado el desarrollo de los rudimentos de la corteza cerebral, no pertenecería a la especie humana²²² aún, lo cual, esto no corresponde.

Desde el punto de vista jurídico esta teoría luce particularmente atrayente por cuanto numerosas legislaciones establecieron que el fin de la vida humana está dado por la falta de actividad eléctrica del encéfalo momento a partir del cual el hombre deja de ser tal para comenzar a ser un cadáver.²²³ Así el concepto de muerte cerebral sirve para avalar esta teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central ya que si aceptamos que un ser humano dotado de una estructural corporal en la plenitud de su desarrollo – pero poseedor de un cerebro que no revela la existencia de impulsos eléctricos- es un cadáver, cuyos órganos pueden ser extraídos e implantados en otro sujeto, no podemos simultáneamente proclamar la calidad de persona de una criatura viviente que aún no posee – y a cuyo respecto es imposible predicar a ciencia cierta que alguna vez vaya a poseer- ni tan siquiera los rudimentos del órgano susceptibles de emitir tales impulsos.²²⁴

²¹⁸ GORINI, Jorge L., ob. Cit., p. 4.

²¹⁹ IDEM.

²²⁰ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *nota al artículo 70*, Buenos Aires, Zavalía, 2003, 950-572-604-X, p. 33.

²²¹ CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *artículo 54 inciso 3°* ob. Cit., pp. 28/9: “Tienen incapacidad absoluta: 3. Los dementes.”

²²² CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA, *artículo 51* ob. Cit., p. 28: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible.”

²²³ Como la ley argentina 24.193 (modificada por la ley 26.066) de trasplante de órganos y tejidos siendo que el artículo 23 refiere que El fallecimiento de una persona se considerará tal cuando se verifiquen de modo acumulativo los siguientes signos, que deberán persistir ininterrumpidamente seis (6) horas después de su constatación conjunta: a) Ausencia irreversible de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia; b) Ausencia de respiración espontánea; c) Ausencia de reflejos cefálicos y constatación de pupilas fijas no reactivas; d) Inactividad encefálica corroborada por medios técnicos y/o instrumentales adecuados a las diversas situaciones clínicas, cuya nómina será periódicamente actualizada por el Ministerio de Salud y Ambiente con el asesoramiento del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI). La verificación de los signos referidos en el inciso d) no será necesaria en caso de paro cardio-respiratorio total e irreversible.

²²⁴ MARTINEZ, Stella Maris, ob. cit. pág. 394

5.2 Incidencia en el Derecho Penal Argentino del embrión extrauterino

Es de relevancia conceptualizar la llamada entidad humana en desarrollo según las distintas etapas del proceso de gestación a efectos de establecer la protección jurídico-penal adecuada a cada una de procesos madurativos²²⁵.

Nuestro Código Penal (el 30 de septiembre de 1921. Fue promulgado como Ley 11.179 el 29 de octubre del mismo año y entró a regir a partir del 30 de abril del 1922) estructura los delitos contra la vida bajo dos formas principales: **el homicidio y el aborto**, cuya frontera viene dada por el nacimiento de la persona²²⁶ a partir de la cual se tornan aplicables las mayores penalidades previstas por el art. 79° y siguientes del Código Penal. Así, de la manera en que el legislador argentino reguló los comportamientos incriminados y de acuerdo a la graduación de las sanciones previstas para cada uno de los casos, se puede considerar que el presupuesto en consideración es, en primer lugar, la protección del bien jurídico vida humana desde su etapa embrionaria.²²⁷

Planteado ello, la deliberación se centra en relación a los embriones extrauterinos y el status jurídico de los mismos a fin de poder determinar su utilización y prácticas frente a la fecundación in vitro y la crio-conservación derivada de ella que permiten la disponibilidad de embriones extrauterinos crio-preservados no sólo para técnicas de reproducción asistidas sino para manipulación de carácter diagnóstico, terapéutico o farmacéutico de investigación o experimentación²²⁸. En este sentido, es necesario referir que, por ejemplo, la investigación o experimentación con células madres implica la destrucción del embrión humano extrauterino que le sirve de fuente lo que implicaría la creación de un embrión humano para fines distintos a su propio beneficio, en concreto, para utilizarlo al servicio de terceras personas²²⁹.

Asimismo, y con el solo propósito ejemplificativo de prácticas realizadas sobre embriones humanos extrauterinos, podemos citar una práctica corriente, llamada P.G.D. o Diagnóstico Genético Pre-implantatorio que permite análisis genéticos del embrión extrauterino o pre-implantado a los fines de diagnosticar anomalías cromosómicas pudiendo elegir implantar en el útero solamente aquellos embriones sanos. De esta forma, esta técnica permite la elección de embriones según características genéticas de acuerdo al deseo de la pareja según el sexo y características físicas que pueda desarrollar los embriones elegidos desechando aquellos que no coincidan con dicho deseo²³⁰.

También podemos citar las prácticas de la clonación de embriones o la selección de embriones con fines terapéuticos que permite el nacimiento de niños genéticamente seleccionados para curar a familiares²³¹

²²⁵ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria, ob. cit. pág. 30

²²⁶ Se reconocen diversas teorías a los fines de determinar el momento del nacimiento y la distinción entre feto y persona, como el comienzo del proceso del parto, la separación total del claustro materno y la respiración pulmonar autónoma.

²²⁷ Del dictamen de la Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris MARTINEZ en el fallo “F., A.L. S/ medida auto-satisfactoria”, punto V.1. párr. 6 y 7 (www.cpacf.org.ar/jurisylegis/novedadesjuris/FALaborto.doc)

²²⁸ MASSAGLIA DE BACIGALUPO, María Valeria ob. cit. pág. 36

²²⁹ LAURENZO COPELLO, Patricia “Clonación no reproductiva y protección jurídica del embrión: la situación en el derecho penal español” en Revista de Derecho Penal “Delitos contra las personas. Doctrina y actualidades españolas”, Número extraordinario pág. 46 Ed. Rubinzal – Culzoni, 1° edición Santa Fé – Argentina 2003

²³⁰ En este sentido, ver LACADENA, Juan Ramón “Selección de embriones con fines terapéuticos: una reflexión bioética” publicado en J.A. 2009-IV pág. 1023 a 1029

²³¹ LACADENA, Juan Ramón, ob. cit.

Otro cuestiones de índole problemática que nos enfrentamos es el límite de la crio-conservación de embriones extrauterinos. Vale decir, si debe existir algún límite máximo de crio-conservación siendo que si consideramos la existencia de la vida humana desde la fecundación ésta- por definición- no puede ser infinita y debe reconocérsele un fin a la misma.

Más allá de los cuestionamientos éticos referidos a las prácticas descriptas, que corresponderá a la disciplina de la bioética, lo cierto es que frente a esta situación se han formulado diversas cuestiones, como por ejemplo, la aparición de un nuevo sujeto de derecho que requiera la creación de nuevos tipos penales para protegerlos.

En este sentido, se ha sostenido que es posible proteger jurídicamente a los embriones extrauterinos sin reconocerlos como persona afirmando que esos embriones son bienes jurídicos valiosos de alto significado no sólo para los aportantes de los gametos sino para la comunidad toda, en tanto están directamente ligados a la perpetuación de la especie humana, lo que les otorga un valor simbólico esencial, disponiendo que la protección debe estar destinada a preservar la vitalidad y la inalterabilidad de su patrimonio genético.²³²

Stella Maris Martínez, aun adhiriendo a una tesis que postula una intervención penal mínima, entiende que en el estado actual de nuestra cultura y ante la falta de sistemas alternativos eficaces, la jerarquía real y simbólica de los bienes en juego demandan la actuación de la última ratio, del derecho penal²³³.

Así propone la creación de tipos penales sin necesidad de declaraciones dogmáticas sobre el comienzo de la vida humana, tipificando conductas tales como²³⁴:

-Experimentar con pre embriones o generarlos en laboratorios con un fin que no sea lograr su desarrollo en el útero. En este sentido, entiende que debe operar una causa de justificación específica según la cual queden exentos de responsabilidad criminal quienes realicen tales actividades con autorización del organismo de control en el marco de una investigación directamente ligada a la supervivencia de la humanidad o una mejora sustancial de la calidad de vida.

En relación a ello, entendemos respecto a la causa de justificación específica que la referida autora propone crear para permitir la experimentación con embriones. Nuestro Código Penal Argentino esboza: Art. 85: *“El que causare un aborto será reprimido:*

1.- Con reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince (15) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer; 2.- Con reclusión o prisión de uno (1) a cuatro (4) años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis (6) años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.” **Su Origen y evolución de la figura.** Por lo general, el aborto no fue castigado en los pueblos antiguos. En la Roma pagana de los primeros siglos y hasta bien entrada la República, predominó el principio estoico *partus antequam edatur mulleris parts est vel viscerum* (el fruto de la concepción es parte de la entrañas de la madre).

La represión recién aparece con el cristianismo, tanto que, en tiempos de Adriano, Constantino y Teodosio, el aborto fue asimilado al homicidio. *“Durante el período de la Carolina se distinguió la muerte del feto animado del inanimado, reservándose para el primer caso la pena de muerte para el autor. En España, la antigua legislación siguió la tradición romanista-germánica, aunque en muchos casos se castigó con pena de muerte el aborto y con sanciones distintas el suministro de sustancias abortivas. Por mucho tiempo se siguió la tesis*

²³² MARTINEZ, Stella Maris ob. cit. pág. 396

²³³ MARTINEZ, Stella Maris ob. cit. pág. 397

²³⁴ MARTINEZ, Stella Maris, ob. cit. pág. 398 y 999

de la animación fetal como sistema regulador de la penalidad, produciéndose el abandono de este sistema recién con la sanción del código penal de 1822, en el que aparecen descriptas las figuras de aborto con consentimiento y sin consentimiento. La codificación posterior, aunque con diversos matices, siguió los mismos lineamientos, hasta la sanción del código penal de 1944, el cual prohibió no solamente todo tipo de práctica abortiva sino también el suministro de métodos tendientes a evitar el embarazo. En 1985, mediante la Ley Orgánica No. 9, se estableció el sistema de prohibición relativa del aborto, estableciéndose su castigo como principio general con ciertas y determinadas excepciones. Esta ley introdujo el art. 417 bis del anterior código penal, mediante el cual se declaró la impunidad del aborto cuando hubiere grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo fuere el producto de una violación o cuando exista presunción de que el feto nacerá con graves taras físicas o mentales. Vale decir que, mediante la señalada ley de 1985, el legislador español se decantó por un sistema de indicaciones de punición excepcional. En la actualidad, la reciente Ley Orgánica 2/2010, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (BO: 4/3/10), estableció el “sistema del plazo”, por medio del cual se permite el aborto dentro de un período determinado de la gestación (primeras 14 semanas). La nueva regulación prevé dos hipótesis de abortos no punibles: el aborto libre a petición y el aborto por causas médicas como medida excepcional”²³⁵.

Entre nosotros, aunque con distintas variantes, el aborto estuvo castigado en todos los precedentes legislativos. Durante el proceso codificador, las formas de impunidad fueron introducidas por la Comisión del Senado, siguiendo los lineamientos del Anteproyecto Suizo de 1916. Actualmente, el código penal prevé distintos tipos de aborto doloso; en el art. 85°, inciso primero, se ocupa del aborto sin consentimiento de la mujer (forma más grave), mientras que en el inciso segundo se castiga con menor penalidad el aborto realizado con el consentimiento de la mujer. En ambos supuestos y con distinta penalidad, el hecho se agrava si se produce la muerte de la mujer. En el art. 86°, primer párrafo, se castiga el aborto profesional, mientras que en el segundo párrafo se encuentran previstos los abortos impunes: el llamado aborto terapéutico y el aborto eugenésico. El art. 87° contempla el denominado aborto preterintencional y el art. 88°, finalmente, prevé pena de prisión para el autoaborto o la prestación del consentimiento para que otro se lo causare. El último párrafo del mismo precepto, declara la impunidad de la tentativa de aborto de la propia mujer. El bien jurídico protegido por las distintas figuras de aborto es la vida del feto. En este Título carece de relevancia la protección que se pueda dispensar a otros intereses distintos de la propia vida del nasciturus, como ser la salud de la madre, el interés demográfico de la comunidad, que podrían encontrar efectiva protección en otros lugares del ordenamiento punitivo; lo que importa preservar es la vida intrauterina, cuya tutela no sólo surge desde el propio código penal sino que la vida humana tiene reconocimiento expreso en la misma Constitución Nacional, la cual, a partir de la reforma de 1994, que introdujo los Tratados sobre Derechos Humanos, ha establecido que la protección de la vida debe hacerse, por lo general, a partir de la concepción (art. 75° inc. 22).

El problema que se presenta consiste en determinar a partir de cuándo estamos en presencia de

²³⁵Para mayores detalles sobre esta legislación, véase BUOMPADRE Jorge Eduardo, De la despenalización al aborto libre. La ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en España, Revista de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE, N° 7, Número Extraordinario, Editorial Dunker, Bs. As., 2010; disponible también en Revista La Ley Penal y Procesal penal, Suplemento Extraordinario (75 Aniversario), pags.283 y sig., sept./2010,

vida humana que merezca protección penal²³⁶.

Aquí estamos frente a la última ratio que es el Derecho Penal que protege el bien jurídico, VIDA. Hay grandes contradicciones entre las distintas normativas tanto Nacionales como Internacionales., ya que en este ámbito del derecho protege a la vida desde el momento de la concepción, pero por su contraparte consiente el hecho de coartar la vida del ser desde el mismo instante de su existencia, si surgen determinadas circunstancias que lo avalen como hecho no punible como reza en sus excepciones.

Nuestro Bloque Federal en su art. 75 inc 22, inc 23 coloca a las distintas Convenciones y declaraciones de Derechos Humanos reciben Corte Constitucional.

Pero surge la diyuntiva que se debieran modificar ciertos valores unificando conceptos Nacionales, Corte Interamericana, para darle un valor único en el sentido de persona como condición única, inalienable e inconfundible.

Nuestra normativa dentro de la Convención de los Derechos del niño en su Ley 23849 con relación al art. 1° de la Convención de los derechos del niño, la Republica Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño, *“Todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”*. Esto queda claramente especificado que niño es todo ser concebido desde el mismo instante que los gametos masculinos y femeninos se unieron para dar paso a una nueva creación de hombre a su semejanza.

5.3 Conclusión.

Tantas teorías hay en existencia como bibliografía al alcance de todos. Estas posturas y avances tecnológicos crean una nueva mirada para conceptuar a un potencial ser, sea pre-embrión, embrión y sus alternativas de concepción.

La biología ha superado de manera inusitada la postura jurídica en todos los aspectos., la misma no alcanza a consensuar entre lo que se puede y lo que se debe. , queda en manos de cada hombre llevar su pensamiento a una rectitud moral para el desarrollo de sus objetivos.

Cada individuo tiene su propia moral y su ética, aunque encuadrada en la legalidad puede no ser justa.

El ser es un ser con alma, vida y espíritu. Es creado con la fuerza de la naturaleza y eso es inevitable. El hombre como especie es instituido con el sentido de desarrollo de consciencia y sentido de dignidad. Es fruto mismo de su propio ser.

Tanto las distintas posturas médicas como la bioética, el sujeto comienza su existencia desde el instante cero de su creación. El desarrollo científico establece nuevas concepciones y nuevas alternativas de vida. Es de suma importancia so pesar la postura de aquel individuo que es potencial y genéticamente producto de otro ser con iguales características de humanidad.

Las normas son creadas para que la sociedad tenga un sentido de derecho y que tanto aquel que no se encuentre en posición igualitaria de defensa, tenga una herramienta para subsanar.

²³⁶ Doctor en Derecho, por la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) Doctor en Derecho penal y procesal penal por la Universidad de Sevilla (España) Profesor titular por concurso de Derecho Penal, parte especial, Facultad de Derecho, UNNE. Vicedecano de la misma Facultad (2006/2018). Miembro Titular del Jurado de Enjuiciamiento para Magistrados y Funcionarios de la provincia de Corrientes (2012/2018). Presidente de la comisión para la reforma del Código Procesal Penal para la provincia de Corrientes (2013)

La ciencia demuestra las bondades de la tesis de la personalidad jurídica del embrión., el mismo garantiza, facilita y permite el goce de derechos humanos.

6. CAPÍTULO IV. DETERMINACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN DISCIPLINARIA DEL PROBLEMA ANALIZADO.

6.1 Crio-conservación y congelamientos de personas en nuestro ordenamiento Jurídico

Al sumergirse en el laberinto de las técnicas de la reproducción humana artificial, se introduce con ello a una amplia gama de complicaciones, con inevitable carga de índole moral. Cada persona humana, en su irrepetible originalidad y singularidad, con todo su potencial, no sólo está constituida por su espíritu, sino también por el cuerpo. Es más, es a través del cuerpo cómo se alcanza a la persona misma en su realidad concreta. Cuando hablamos entonces de respetar la dignidad de la persona, hablamos por tanto, en su esencia, respetar la identidad de ese hombre en su incuestionable unidad única conformada conjuntamente en cuerpo y alma.

En primer término hay que decir que la posibilidad de congelar embriones humanos nace de la realidad de las técnicas de fertilización artificial. Actualmente a más de tres décadas de su comienzo, no quedan exentas de graves riesgos, dada la posibilidad real de malformaciones en el recién concebido. La crioconservación ha entrado en la praxis de la fecundación artificial a partir de 1983, cuando A. Trounson y L. Mohr²³⁷ hicieron saber del primer embarazo obtenido con un embrión previamente congelado. Ello consiste en la suspensión del desarrollo embrionario mediante el enfriamiento total en nitrógeno líquido. Las temperaturas son muy bajas, del orden de los -196 grados, llevando así al embrión vivo a una casi total inmovilidad biológica. Su normal proceso ha sido explícitamente interrumpido. Las fases del procedimiento son: 1) Exposición preliminar al crioprotector, a los fines de reducir los daños de cristalización de las células. 2) Reducción progresiva de la temperatura hasta los - 196°. 3) Almacenamiento de los embriones recientemente congelados. 4) Descongelamiento de los mismos. 5) Diluir y lavar el crioprotector a los fines de restituir las microcondiciones fisiológicas adecuadas y permitir así el desarrollo del embrión. Las fases más críticas son el congelamiento y el sucesivo descongelamiento de los embriones. El hecho de congelar y descongelar puede producir daños irreversibles en los embriones humanos y les pueden causar la muerte. De hecho, las tasas de mortalidad se sitúan en una gran proporción de su totalidad en mortalidad de los embriones congelados. *“Frente a una técnica común, se han evidenciado algunas diferencias en terminos de tiempo, eficacia y valoración de los*

²³⁷ *Naturaleza*. 1983 20-26 de octubre; 305 (5936): 707-9. Embarazo humano después de la criopreservación, descongelación y transferencia de un embrión de ocho células. Trounson A, Mohr L. El uso generalizado de citrato de clomifeno y gonadotropinas exógenas para la fertilización in vitro (FIV) en humanos con frecuencia resulta en la producción de embriones múltiples. El reemplazo de más de dos embriones aumenta la tasa de embarazo, pero puede provocar embarazos múltiples con un aumento de la anomalía prenatal y posnatal. La preservación de los embriones por un tiempo limitado permite reemplazar menos embriones en varias ocasiones diferentes y, por lo tanto, se pueden minimizar los problemas del embarazo múltiple, aumentar la efectividad de un solo procedimiento de FIV y evitar el reemplazo de embriones en condiciones maternas adversas. Los embriones previos a la implantación se han criopreservado con éxito en muchas especies animales. La sensibilidad de los embriones al enfriamiento y la congelación varía según la especie y las etapas de desarrollo del embrión. Presentamos aquí los procedimientos de crioconservación que permiten una alta tasa de supervivencia de embriones humanos de cuatro y ocho células y el establecimiento de un embarazo después de la congelación y el almacenamiento de un embrión de ocho células durante 4 meses en nitrógeno líquido. El embarazo terminó a las 24 semanas de gestación debido al desarrollo de una amnionitis coriónica por *Streptomyces agalactiae* séptica después de la ruptura prematura de la membrana.

resultados de la crioconservación en base a la fase de desarrollo del embrión: embriones con dos pronucleos (2PN); embriones en fase de división; en fase de blastocisto”. “La crioconservación es incompatible con el respeto debido a los embriones humanos: presupone la producción de los mismos in vitro; los expone a graves riesgos de muerte o de daño en cuanto a su integridad física, pues un alto porcentaje no sobrevive al procedimiento de congelamiento y de descongelamiento; los priva al menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna; los pone en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones²³⁸”.

Desde el punto de la bioética se explica, que el tema tiene su explicación en la posesión o no, del carácter personal de todo individuo biológicamente humano.

La crío preservación de embriones atenta contra la dignidad del ser humano, pues se condena a los embriones a permanecer en un entorno hostil (un contenedor de nitrógeno líquido) con sus constantes vitales suspendidas por tiempo indefinido.

Ante esta realidad en la que se encuentran miles de embriones, caben alternativas:

- a) Dejarlos congelados por tiempo indefinido hasta que mueran de «muerte natural», o que alguna legislación encuentre mejor futuro.
- b) Descongelarlos y dejarlos morir, sin considerarlos como personas, sino objetos conformados por la ciencia médica.
- c) Descongelarlos y permitir el desarrollo embrionario transfiriéndolos al útero de una mujer: adopción prenatal.
- d) Descongelarlos y emplearlos para investigar con sus células troncales embrionarias.

Una alternativa que supondría un mal menor en las técnicas de fecundación in vitro sería aquella en la que se prohibiera generar más embriones de los que se transfieren por ciclo a una mujer, evitándose con ello el congelar embriones sobrantes (alternativa que ha adoptado Alemania e Italia)²³⁹.

Crioconservación de Embriones en algunos proyectos nacionales y en comparación con el derecho extranjero., se menciona los proyectos de ley de los ex Senadores Ricardo Laferriere y Conrado Storani, autorizaba la crioconservación en el art. 7º: "*Los óvulos fecundados que no hubieran sido implantados deberán congelarse por el plazo de tres años y sólo a solicitud de los mencionados en el artículo 3º (mayores de edad o menores emancipados que hubieran prestado su consentimiento para someterse a las técnicas) podrán ser conservados un año mas....*"²⁴⁰.

²³⁸ Donum Vitae I, 6 congregación de la doctrina de la Fe. Instruccipon DONUM VITAE sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.

²³⁹ En Alemania, la ley así llamada "Gesetz zum Schutz von Embryonen", expresa en un momento de su texto: "Das deutsche Embryonenschutzgesetz sieht vor, dass eine Eizelle nur mit dem Ziel befruchtet werden darf, dass es zu einer Schwangerschaft kommt. ...". Todos los óvulos fecundados por cada vez han de ser todos transferidos a la madre genética a fin de evitar embriones sobrantes. No se contempla la congelación de los mismos. En Italia, la ley n 40 del 19 de febrero de 2004 en su art. 14º dice que "È vietata la crioconservazione (azoto liquido a 196º sottozero) e la sopprezione di embrioni. Le tecniche di produzione di embrioni non devono creare un numero di embrioni superiore a quello necessario ad un unico e contemporaneo impianto, che non deve essere comunque superiore a tre. Qualora il trasferimento in utero degli embrioni non fosse possibile per grave e documentata causa di forza maggiore, non prevedibile al momento della fecondazione, è consentita la crioconservazione degli embrioni fino alla data del trasferimento in utero da realizzarsi non appena possibile".

²⁴⁰ Publicado en Revista de Derecho de Familia, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, N° 6, p. 59.

También la permitía el art. 11° del Proyecto de ley de la Diputada López Miranda: "*Los preembriones sobrantes de una fecundación in vitro con transferencia de embriones (F.I.V.) se crioconservarán en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años.*"²⁴¹.

Coincidentemente el Código de la Salud Pública Francés dispone en el segundo párrafo del art. L 152° - 3: "*Conforme el estado de las técnicas médicas, los dos miembros de la pareja pueden decidir por escrito que será intentada la fecundación de un número de ovocitos que pueda tornar necesaria la conservación de embriones, con la intención de realizar su demanda de paternidad en un plazo de cinco años....*"²⁴².

La ley Española N° 35° de 1988, asimismo, permite el congelamiento de embriones.

Acertadamente el Proyecto con media sanción del Senado de la Nación - 2 de julio de 1997, en el art. 17°, segunda oración expresamente dice: "*Queda prohibida la conservación de óvulos fecundados por un tiempo superior al que requiera su inmediata transferencia al seno materno*" y en el art. 18° ordena la adopción de embriones ante la muerte de su madre.

Así, la dignidad de la persona humana, esta definida por su esencia. La promoción de la dignidad juega un papel importante en la defensa de los Derechos Humanos, que no son derechos otorgados sino reconocidos. Es decir, que nadie nos los tiene que dar, sino que los poseemos por el hecho de haber nacido. Pero llevan asociados una responsabilidad, unos deberes, tiene su carácter personal de toda persona humana. Resultan ser, pilares supremos, que debieran funcionar como límites ante la experimentación, investigación, manipulación y preservación de la persona desde sus inicios en su desarrollo biológico. Cada persona es un ser único e irrepetible que debe ser respetado en su singularidad.

Hacer ciencia con calidad, jamás podrían justificar los procedimientos que vulneren o dañen la dignidad humana reflejada en la latente vida de un embrión humano²⁴³. Todo converge de la reflexión y la conciente crítica al silencio normativo, preferido por el Estado Argentino. A la ausencia de determinadas normativas, queda a la sana crítica y al libre albedrío de la jurisprudencia, determinar y resolver los problemas que se suscitan de la mejor forma para cada caso en particular.

En deducción, para analizar las implicancias jurídicas y ante la inexistencia de un ordenamiento positivo específico en la materia, ahondamos en críticas y construcciones dogmáticas de doctrinarios para dilucidar ciertas cuestiones.

El vacío normativo, sin embargo, permite analizar los principios y conceptos básicos en materia de tutela del nasciturus, comienzo de la existencia de la personalidad, reconocimiento de derechos.

Así, se advierte que, la consciencia extrema por la protección desde el comienzo de formación de un nuevo individuo humano, no es imposible de lograr.

²⁴¹ Publicado en Revista de Derecho de Familia, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1991, N° 6, p. 64.

²⁴² Aunque el C. Penal de Francia en el art. 511 - 17 dispone: "El hecho de proceder a la concepción in vitro de embriones humanos con fines industriales o comerciales, es penado con siete años de prisión y setecientos mil francos de multa. Es sancionado con las mismas penas el hecho de utilizar embriones humanos con fines industriales o comerciales" y el 511 - 18 lo hace con idéntica pena cuando lo sea con fines de investigación o de experimentación".

²⁴³ Parra Tapia, Ivonne, Consideraciones biojuridicas sobre la vida en el embrión humano. Revista de filosofía practica N 16. Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela. 2006

Nuestro codificador, conciente y respetuoso del comienzo de desarrollo de la persona, con claridad supo reflejar, la debida protección que se debe al individuo; entendiendo que ese proceso iniciaba con la fecundación en el seno de una mujer., puesto que en el proyecto de ley estaban contemplados otras maneras de concepción. Quedó articulado en su artículo 19° del Código Civil y Comercial de la Nación la postura definitiva de la que se considera como el inicio de un nuevo ser humano.

Varios años han transcurrido, muchos son los cambios que se han suscitado e innumerables posturas desde el viejo Código Civil Argentino

El resultado de los descubrimientos científicos conformará una necesidad de un cambio normativo, legal, jurisprudencial y dogmático.

Quizá, para la fecundación y concepción natural en el seno materno, continúe siendo sustento, la normativa, (en cuanto a la persona por nacer; persona concebida bajo condición suspensiva; ó bajo condición resolutive; plazos máximos y mínimos y presunciones). Pero, en el particular el caso de la fecundación extracorporea, la normativa de nuestro Código Civil derogado no permitía siquiera en las mentes más futuristas la comparación, hubiese sido impensado para Vélez Sarsfield pensar en una inseminación artificial o una ovo donación o cualquier otra técnica reproductiva, o para fijar el comienzo de su personalidad, como su formación y sus vicisitudes; como para analizar y adoptar una clara postura respecto a la crío conservación.

Así, las disposiciones del Art. 63° y 70° del derogado ordenamiento civil, resultan de imposible aplicación para tutelar el amparo de los embriones y/o ovocitos pronucleados, en tanto aluden al preciso momento de concepción en el seno materno. Estos dos artículos no tienen cabida en la normativa positiva vigente en la República Argentina.

Si se toma como sustento, la disposición del Art 51^{o244} del Código Civil Velezano no resultaría forzado sostener que, la presencia del código genético en el embrión, alude a esas características de humanidad, a las que se hace referencia. El texto, sentencia asimismo, que respecto de las características de humanidad para atribuir la condición de persona, no puede ni debe responder a distinciones de accidentes o cualidades.

En lo que respecta a los ovocitos pronucleados. Si se entiende que no resultan ser otra cosa que un organismo que en potencia es una persona con todo su potencial genético incorporado, la prudencia indicaría que se le debe brindar el mismo trato y consideración que a la persona por nacer²⁴⁵. En la causa "...y otra c/ IOMA y otra s/ amparo", la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (2008), sostuvo el voto de la mayoría que:

(...) La protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano. Sin ninguna duda, y ante todo lo expuesto, los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza, deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas, por consistir en vida humana en gestación independientemente de que se encuentren fuera del útero materno."(...) Permitir el "descarte" de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos, y su "utilización en el campo experimental" conlleva un atropello contra la dignidad de la persona humana. (...) Necesariamente debe existir un "derecho del embrión" incluso aún cuando no tenga un soporte

²⁴⁴ Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible

²⁴⁵ Medina, Graciela, Jurisprudencia anotada PERSONAS FÍSICAS: Fecundación asistida - Protección de embriones y ovocitos pronucleados - Legitimación activa - Derecho a la vida y a la integridad.

normativo expreso en nuestro país que lo contemple, y que dentro de esta gama de prerrogativas exista un derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas, a no ser objeto de experimentaciones científicas de ninguna índole, y fundamentalmente el derecho a la no eliminación o destrucción. (...) ²⁴⁶.

Resaltar el **Derecho del embrión** al que hacen referencia en la sentencia.

Reconocer un derecho especial que tiene como titular al embrión humano, implicaría reconocer un derecho “nuevo”, “moderno”, con el objetivo de que en él se encuentre el amparo, innegable, al desarrollo biológico.

Resultaría ser, una arista más, de los ponderados derechos a la vida, de la supervivencia, desarrollo del niño; al respeto por este valor supremo de dignidad. Asimismo, permitiría sentenciar, que se ha logrado un avance loable, no ya de la ciencia, sino del Derecho como protector de los derechos, valores y principios esenciales.

En evidencia se encuentra, el hecho de que los logros de la biogenética humana tienen una trascendencia indudable sobre las definiciones y regulaciones jurídicas, dejando a la vista un peligroso vacío insuperable que no llenan los viejos moldes conceptuales.

La opinión del Dr. Cifuentes ²⁴⁷, sostiene que lo que se debiera hacer es redefinir qué se entiende por “concebido” y por “concepción”.

Un comienzo tentativo, sería proponer que el término concebido haga alusión al óvulo penetrado por el espermatozoide, y en consecuencia, que el término concepción no haga alusión sino al momento en que se produce la mera unión de los dos gametos masculino y femenino (inicio indiscutible de desarrollo de un nuevo ser humano).

En consecuencia, redefinir los términos “concepcion” y “concebido” en este sentido, permitirían que resulte aplicable -en esta búsqueda por la protección incuestionable de los embriones- el Pacto de San José de Costa Rica, en donde se protege la vida desde la concepción, sin hacer más distinción.

El concepto de la Dra. Zamudio en cuanto al estatus jurídico de los embriones y de los gametos ha tenido definiciones de todos los cortes y matices, sin embargo, nuestra sociedad no ha encontrado en ninguna de ellas una con la que se identifique; la «democracia no ha encontrado las mayorías», las instituciones no se ha pronunciado por ninguna de las posiciones enunciadas y se ha preferido el silencio legislativo ²⁴⁸.

6.2 Postura ética-jurídica y su relación con el derecho

En el pensamiento clásico griego, se encuentra la prevalencia del concepto Phycis (naturaleza) basado en el comportamiento de esta. Todo lo que fuera seguir el patrón natural es moralmente correcto y lo que se aparte del modelo de comportamiento de la natura será moralmente incorrecto. Se trata de una ética heterónoma, ya que nos viene impuesta desde fuera. Cuando hablamos de bios, vida humana, estamos hablando de un referente biológico. Lo hacemos, por lo tanto, desde la perspectiva metodológica de la biología de un ser humano, caracterizado por 23 pares de cromosomas. Sin embargo, cuando hablamos de individuo humano, nos referimos a una singularidad independiente de otra, es decir, que forma una unidad aparte, indivisible. Es importante separar el término “individuo humano” del de “vida humana”. Contravenir las

²⁴⁶ Comienzo de la vida humana. Tutela de embriones y destino de embriones sobrantes. Causa “...y otra c/ IOMA y otra s/ amparo. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. 29.12.2008.

²⁴⁷ Cifuentes, Santos, El embrión humano. Principio de existencia de la persona. Artículo publicado por Editorial Astrea. 2002.

²⁴⁸ Zamudio, Teodora, Frente a los avances en la reproducción asistida de seres humanos se propone la adecuación y aplicación de la Ley de Adopción a gametos y embriones humanos. Ensayo publicado en Equipo de docencia e investigación UBA-Derecho. Regulación jurídica de las biotecnologías. 2007

potencias de la naturaleza y sobre todo si se apartan de su telos (aquello en virtud de lo cual se hace algo). Es actuar inmoralmente, contra natura: una acción solo se puede considerar buena si concuerdan con el fin de la naturaleza. En conclusión el hombre no puede interrumpir el telos del embrión si no quiere actuar inmoralmente. La inmoralidad de la acción vendría indicada por la finalidad como constituyente de su propio ser. Pero para ello habría que probar en ese embrión concreto la finalidad de llegar a ser. El embrión sería merecedor del respeto de una persona porque según su naturaleza su fin es llegar a ser. El EMBRIÓN HUMANO es potencia de una persona e impedir que se realice el acto persona es contravenir el orden. Aparte de que haya que poner en duda la validez del concepto de ley natural como normativa de acción moral, hoy podemos decir que no es tan claro que el telos del EMBRION HUMANO temprano sea llegar a ser un individuo. Los criterios más comunes que se han barajado para determinar el estatuto ético del embrión se pueden reducir a: 1) el valor de la vida humana, 2) la pertenencia a la especie humana, 3) el carácter de potencialidad (de ser humano) del embrión, 4) el valor simbólico de la vida humana embrionaria 5) los sentimientos morales hacia el embrión y 6) los intereses de la vida humana embrionaria.

El estatuto ético-jurídico de la persona humana contempla tanto al sujeto del obrar moral, como al sujeto jurídico titular de derecho y deberes. Así para la concepción ontológica tenemos que distinguir la acepción filosófica de personas como una sustancia individual de naturaleza racional, de su acepción moral como sujeto del obrar moral y jurídica como sujeto mismo de derecho. Es un status básico común que es la condición humana misma y que la misma es coincidente con la concepción ontológica de la persona.

Por ser la misma más amplia y genérica, incluye a la moral y a la jurídica como más especiales y específicas, puesto que la moralidad y la juridicidad surgen de la racionalidad y su consecuente sociabilidad que constituyen al *suppositum* individual de la persona humana.

El deber ser²⁴⁹, se mezclan dos elementos, “*la ética y el derecho*”. Hay un deber ser moral, que se plasma en que el hombre debe vivir según su condición de persona, y existe un deber jurídico de los demás respecto de éste.

Indudablemente para el positivismo el *status de persona* es determinado por el ordenamiento jurídico positivo.

Hans Kelsen, quien considera que la noción de sujeto de derecho o de persona es una construcción artificial que consagra la norma jurídica positiva. En rigor de la verdad, la persona sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos, un conjunto de normas²⁵⁰. Así, distingue igualmente Rawls posteriormente entre hombre y persona: “*la persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho, es una noción jurídica(..) estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes : el concepto*

²⁴⁹ Hervada, lecciones propedéuticas de Filosofía del derecho cit., p.46

²⁵⁰ Kelsen, Hans, teoría pura del Derecho, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p.125.

*jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pruralidad de deberes, de responsabilidades de derechos subjetivos”*²⁵¹

Somos, según la tradición de la filosofía moral hispana, seres constitutivamente morales²⁵², lo que significa, para decirlos en términos coloquiales españoles, que “no nos queda de otra”. Podemos comportarnos de forma moralmente correcta en relación con determinadas concepciones del bien moral, es decir, en relación con determinadas normas y códigos morales para nosotros valiosos con respecto a ellos, pero estructuralmente hablando, no existe ninguna persona que se encuentre situada “más allá del bien y del mal”. Esto significa que ante el hecho moral, por más que queramos, no podemos ser diferentes: somos seres morales tanto porque nos apegamos a cierta moral como porque nos apartamos a ella. Desde los orígenes mismos de la humanidad, la conducta humana se enfrenta a la doble posibilidad de ser, precisamente “buena” o “mala” digna o indigna del hombre. La historia ofrece el testimonio de la presencia de los valores del hombre humanizado, aunque sobre todo lo ofrece de su ausencia y su indudable rareza; estas son consecuencia de dos signos irreductibles de la libertad: la decisión y el esfuerzo. Lo que explica la Ética es pues, que el hombre es un ser constitutivamente moral. Bueno o malo, no puede no ser moral, ya que, la moralidad forma parte de la estructura de la subjetividad humana, para bien o para mal.

La Justificaciónes una estructura interna del acto humano., dado que por su naturaleza es apelando a una expresión de José Ortega y Gasset²⁵³ “a la fuerza libre”, es decir, no puede dejar de conducir su vida, por consiguiente la conclusión nos lleva a decir que no hay hombres intrínsecamente a-morales

La naturaleza humana como constitutivamente moral, es cuando el hombre se introduce en la vida social, y al mismo tiempo en jurídica, dado que esas relaciones con el otro conllevan naturalmene deudas y derechos.

Hay características esenciales que cada uno de los seres humanos posee como innatas, y consiguientemente, esto importa para los otros, el mismo deber de justicia de respetarlas y no privarlos de ellas. Esto convierte a cada uno en titular de derechos como un sujeto de derechos, y si alguien pretendiese negarle o vulnerarle por medio de normas u otras decisiones autoritativas, la teoría se encarga denegarle el carácter de derecho a ese intento. Podríamos referenciar a lo que implica las diferentes libertades, autonomías, tanto positivas como negativas para desempeñar nuestra voluntad. La capacidad absoluta de desplegar nuestras sensaciones volitivas sin ningún tipo de restricción., a diferencia de las libertades negativas,

²⁵¹ Kelsen, Teoría pura del Derecho cit., ps.125/126

²⁵² **José Luis López-Aranguren Jiménez**, que firmaba sus obras como **José Luis L. Aranguren** (Ávila, 9 de junio de 1909-Madrid, 17 de abril de 1996), fue uno de los filósofos y ensayistas españoles más influyentes del siglo XX. En su trabajo filosófico, como escritor y profesor de ética en la Universidad Complutense de Madrid enfatizó la importancia de los intelectuales en una sociedad cada vez más mecanizada, injusta y deshumanizada. Su obra es una reflexión ética, política y religiosa, que se esfuerza por recordarnos los peligros, de una sociedad meramente tecno-científica y cibernética ante la escasez de solidaridad y humanismo.

²⁵³ **José Ortega y Gasset** (Madrid, 9 de mayo de 1883-íd., 18 de octubre de 1955) fue un filósofo y ensayista español, exponente principal de la teoría del perspectivismo y de la razón vital —raciovitalismo— e histórica, situado en el movimiento del novecentismo. Nació en una familia madrileña acomodada, perteneciente al círculo de la alta burguesía de la capital.

que se ven coartadas por agentes exógenos que privan nuestra voluntad. “*Ser libre para algo*”. Es el deseo del individuo de ser su propio dueño, y de realizarse plenamente. Querer que su vida y decisiones dependan de sí mismo y no de fuerzas exteriores. Dirigirse a sí mismo, y no ser movido por otra cosa que o grado de madurez, y de conocimiento de uno mismo. Presupone así mismo la existencia de una facultad autónoma de la voluntad del individuo. Algunos pensadores escépticos acerca de la posibilidad de libertad positiva, como el mismo Isaiah Berlin²⁵⁴, han cuestionado la existencia de tal facultad, o la posibilidad de un grado tan elevado de conocimiento de uno mismo. Otros pensadores liberales, incluidos algunos discípulos de Berlín, como John N. Gray, han defendido la compatibilidad de libertades positivas y negativas.

Para el iusnaturalismo clásico, caído el antiguo régimen , se reconoce al “status” básico común del ser humano como fundamento jurídico natural de su ser persona, en tanto sujeto de derecho, titular de derechos y deberes y de su “isonomía”(igualdad básica ante la ley), más allá de las desigualdades posteriores propias a su condición o ubicación dentro del orden social. “Todo sistema jurídico positivo se basa, al menos en la “juridicidad natural” de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente. La condición de “sujeto de derecho” como la condición de sujeto de la comunicación oral no es cultural sino natural. Y adviértase que no se trata simplemente de que todo hombre puede ser, si se quiere, capaz de derechos. La “juridicidad natural”, significa que por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza, son sujetos de derecho(...)la “condición ontológica de personas” incluye la subjetividad jurídica de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano”.²⁵⁵ Las consecuencias que se siguen de esta perspectiva son: por un lado, que la vida tiene un valor superior a cualquier otro, y por otro lado, que todos los seres vivos son iguales, en términos morales, siendo imposible establecer distinción alguna entre ellos, por tanto las responsabilidades y deberes hacia ellos son los mismos²⁵⁶.

6.3 Adopción de embriones o adopción prenatal

La donación de los preembriones con fines reproductivos es la opción que aceptan incluso los sectores más críticos con las Técnicas de Reproducción Asistida.

²⁵⁴ BERLIN, Isaiah. OM (6 de junio de 1909-5 de noviembre de 1997), fue un politólogo e historiador de las ideas británico de origen judío; está considerado como uno de los principales pensadores liberales del siglo XX. A pesar de escribir solo escasamente obras que fueron publicadas, sus charlas y coloquios fueron alguna vez grabados y transcritos, y muchas de sus palabras convertidas en ensayos y libros publicados. Entre sus principales contribuciones al terreno de la filosofía y la teoría política destacan la distinción de libertad positiva y libertad negativa, el término Contralustración o el llamado pluralismo de valores

²⁵⁵ Hervada, Javier, Introducción crítica al derecho natural, Emsa, Pamplona ps. 119 y 122.

²⁵⁶ Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, Estados Unidos, 11 de diciembre de 1931 - Londres, Inglaterra, Reino Unido, 14 de febrero de 2013) fue un filósofo del derecho y catedrático de derecho constitucional. Su teoría del derecho es una de las contemporáneas más influyentes respecto de la naturaleza del derecho. Según *The Journal of Legal Studies*, fue el segundo autor estadounidense del siglo XX más citado en el campo del Derecho.

De seleccionar esta opción, en los términos del art. 5° LTRHA²⁵⁷, los donantes y el centro deberán firmar un contrato gratuito, formal, y por norma general, confidencial²⁵⁸. Hace tres décadas que se congelan embriones en Argentina. Se estima que hay una cifra considerable de al menos 5 dígitos de embriones humanos criopreservados., suma que período a período va elevando la cifra, en los distintos centros de fertilización asistida del país. Un embrión no es equiparable en sus derechos como una persona física, sino que éste va in crescendo sus derechos de manera proporcional a su evolución. Sin embargo para nuestro Código Civil y Comercial de la Nación evitó demás conceptos y sólo recalcó en su art. 19° que es persona humana desde la concepción. Sin dejar otro espacio para cualquier otra definición.

Si bien existe una ley de cobertura de Tratamientos de Reproducción Humana Asistida (Ley 26.862 de 2013) hay un vacío legal con respecto a qué se debe hacer con los embriones no implantados²⁵⁹. El proyecto plantea que con un marco jurídico se protege a los embriones, se evita que se judicialicen situaciones y le da seguridad jurídica a los médicos y pacientes. El proyecto también procura limitar el número de ovocitos a fecundar para disminuir el número de embriones a criopreservar, prohíbe la comercialización de embriones y la generación de embriones para ser usados sin fines reproductivos ni terapéuticos. Y en este sentido, establece los destinos posibles de los embriones: ser usados por sus titulares para posteriores tratamientos, ser donados con fines reproductivos, ser donados con fines de investigación y cesar su criopreservación. En caso de silencio por parte de sus titulares o de abandono, los embriones puedan ser usados para investigación. Por último, el proyecto permite el diagnóstico genético preimplantatorio, que sirve para evitar continuar con enfermedades transmisibles entre familias. En la práctica judicial, una cantidad cada vez mayor de fallos señala “*que es el Poder Legislativo el encargado de resolver la cuestión de los embriones no implantados cuando hay algún conflicto derivado de las técnica de reproducción asistida*”²⁶⁰

²⁵⁷ Ley 26862 Reproducción medicamente asistida, acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción medicamente asistida. Sancionada el 5 de junio del 2013. Promulgada de hecho:25 de junio del 2013

²⁵⁸ Para una crítica a la referencia de la ley al “contrato” de donación de gametos o preembriones, vid.Pantaleón, quien considera que no pueden ser objeto de contrato en los términos del artículo 234 código civil y comercial e la Nación Argentina. - Bienes fuera del comercio. Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida: a) por la ley; b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones., las cosas como los gametos o preembriones, están fuera del comercio delos hombrecit., en VV.AA., Homenaje al Profesor Roca Juan, y cit., en VV.AA La filiación a finales del siglo XX.... Cit., p.370., en el mismo sentido,Vid.Gomez-Ferrer Sapiña, cit., en Gimeno(coord.),cit., pp.330-331.

²⁵⁹PROYECTO DE LEY *El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, sancionan con fuerza de Ley. Ley de protección de embriones no Implantado.*

²⁶⁰ HERRERA, Marisa Antecedentes académicos y profesionalesMarisa Herrera es Doctora en Derecho, Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Independiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Especialista en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. Investigadora Adscripta del Instituto de Investigaciones Dr. Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho, UBA.

“Una ley de protección de los embriones no implantados es necesaria porque hay un vacío legal que genera inseguridad jurídica”²⁶¹.

Si bien al no tener una normativa que contemple los casos de adopción prenatal, queda facultad de los jurisperitos dirimir los casos en particular. Para nuestra jurisprudencia Nacional, un caso reciente de adopción prenatal sucedido en Paso de los Libres, Provincia de Corrientes, la jueza Marta Rut Legarreta, a cargo del Juzgado de Familia de Paso de los Libres en la Provincia mencionada, otorgó la adopción de un feto a un matrimonio inscripto en el Registro Único de Aspirantes de la provincia. El fallo genera preocupación ya que podría sentar jurisprudencia en la adopción prenatal, inédita en nuestro país. Corrientes es un **«territorio Pro-vida»** por decreto, eso significa que la vida del ser humano desde sus inicios está por sobre todo. Se establece como «política de Estado la defensa de la vida». Asimismo, Corrientes se considera una de las provincias con mayor tasa de embarazo adolescente: cada día nacen diez bebés cuyas madres tienen entre 15 y 19 años.

Bajo este contexto la jueza Marta Rut Legarreta²⁶², a cargo del Juzgado de Familia de Paso de los Libres, emitió un fallo por el cual habilitó la adopción de un feto (significado éste, dado que si se produjera el alumbramiento, sería una persona física, según nuestro Código Civil y Comercial), que aún no había nacido. Palabras claves para determinar sentencia fueron *“no quiero tener de nuevo otro bebe a la fuerza, producto de una violación”*. Significado que fue contundente para el ejercicio de sus funciones, dando veredicto y sentando precedente para este caso en particular. Palabras concretas según la postura establecida por este fallo particularmente son las citadas por la Dra Aida Kemelmajer de Carlucci *“tampoco es siempre así, de este modo, una madre puede estar decidida a dar a su hijo en adopción, por ejemplo, ante una violación y no será necesario trabajar con la madre para que el niño permanezca con ella y tampoco para que haya referentes afectivos que puedan hacerse cargo del cuidado del niño, por lo tanto, no sería necesario dejar transcurrir 180 días como lo establece el mismo artículo en el inciso c...”²⁶³*

“Deben profundizarse las intervenciones mediante diagnóstico y seguimiento de la mujer en conflicto con su maternidad, centrado en la manifestación de voluntad libre, seria, esclarecida, tratando de ahondar en sus motivaciones sin una postura condenatoria, disminuyendo las posibilidades de una desvinculación biológica innecesaria. Respetando el derecho de la madre a decidir, siempre que su decisión implique considerar a su hijo sujeto con derechos, no objeto de propiedad”²⁶⁴

²⁶¹ Daniel Fernando Filmus (nacido en Buenos Aires el 3 de junio de 1955) es un sociólogo, educador y político argentino. Fue Ministro de Educación, Ciencia y Tecnología de Argentina durante la presidencia de Néstor Kirchner. Se desempeñó también como Senador Nacional por la Ciudad de Buenos Aires durante el período 2007-2013. Fue Diputado Nacional por la Ciudad de Buenos Aires (2017-2019). Actualmente es Secretario de Malvinas, Antártida y Atlántico Sur de la Nación Argentina.

²⁶²N° 448 Paso de los Libres, 12 de Julio de 2019.- Y VISTOS: Estos autos caratulados LXP 19676/19. "NMR S/ SITUACION DE N.N.A";

²⁶³ Kemelmajer de Carlucci. “Tratado de Derecho de Familia”, Tomo III, Pág. 249 y ss.-

²⁶⁴ FONTEMACHI, María A., La práctica en adopción, aspectos interdisciplinarios, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2000, pág. 33/34, con prólogo de Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI.-

Según nuestra normativa se considera que un niño está en condiciones de adoptabilidad, cuando después de haber nacido, permanece 45 días junto a su madre. La ley presume que el arrepentimiento se podría dar en ese lapsus de tiempo. Si aún así al tener al recién nacido en los regazos, posibilitar la construcción de lazos afectivos y la insistencia dentro del plazo para consideraciones, no obstante, permanece el deseo de dar al niño en adopción, el juez declarará su estado de adoptabilidad.²⁶⁵ Es la condición válida o legalmente por el desprendimiento del niño a través del instituto de la adopción reglamentado en el Código Civil y Comercial de la Nación. La obligación de los Jueces y demás funcionarios judiciales es intervenir en la protección de la vida de los embriones criocongelados, para asegurar su derecho a crecer y a nacer que surge de distintas normas del ordenamiento jurídico de jerarquía constitucional art. 75° inc 22 Carta Magna, y otras de carácter procesal. La adopción de embriones supernumerarios crioconservados es una alternativa jurídicamente viable para superar la situación de riesgo y abandono que padecen.

La adopción de embriones podría definirse como un procedimiento mediante el cual un embrión, es el fruto de células femeninas y masculinas, se transfiere al útero de otra mujer para ser gestado por ella y su cónyuge (si corresponde). La pareja que adoptó los embriones no se sirvió de un útero de una tercera mujer para su gestación, de esta manera estaríamos refiriéndonos de una "*maternidad subrogada*". Como en una adopción tradicional, la pareja que adopta al niño no tiene una conexión genética. La diferencia radica que este tipo de adopción, la pareja no tiene que transitar por el difícil proceso legal para ser declarados padres legales del niño. En este caso, la pareja adoptaría "biológicamente" al bebé durante la etapa temprana del embrión y no cuando ya ha nacido. La adopción de embriones puede ser una opción para aquellas parejas que, son infértiles, desean pasar por la experiencia de lo que significa transitar un embarazo. Ello también es una opción para aquellas parejas en los que uno de ellos es infértil, pero quieren tener una relación genética igualitaria con el bebé. Por lo tanto, existe la posibilidad de adoptar embriones humanos como forma o posibilidad de evitar su destrucción, en los siguientes casos: 1. cuando los padres biológicos ya no quieren otro hijo; 2. cuando estos embriones son "huérfanos", es decir, que sus padres habían muerto. Por lo tanto, la adopción puede resolver principalmente dos problemas: 1. la infertilidad de algunas parejas (desde un punto de vista médico); 2. La destrucción de embriones indefensos. Lo que se analiza aquí es una solución digna para evitar la destrucción de miles de embriones que ya están crioconservados. Sin embargo, el remedio más efectivo sería una norma que impida la fertilización de un número indiscriminado de óvulos. Por lo tanto, sólo los cigotos que vayan a ser transferidos deben ser fertilizados. Con esto, la ética de las técnicas de reproducción humana asistida no está justificada, pero se propone una posible forma de remediar un mal que ya está hecho, basado en el problema moral del "mal menor". En algunas

²⁶⁵ ARTICULO 607.- Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; b) **los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;** c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

circunstancias puede ser moralmente legal permitir daños (en el caso de la fertilización in vitro) en atención a un bien superior (la vida de los embriones) o para evitar daños más grande (muerte del embrión) ²⁶⁶. Tomás de Aquino estableció que pertenecía al sabio legislador permitir transgresiones menores para evitar males mayores. En consecuencia si estos embriones no pueden transferirse a la madre biológica, se propone la posibilidad de transferirlos a otra mujer que va a albergar a ese nuevo ser. Algunos llaman a la adopción prenatal a aquella que no habrá daños, a la unidad, ni un desequilibrio de las relaciones de parentesco, ya que el embrión estaría, desde un punto de vista genético, en la misma relación con ambos padres adoptivos²⁶⁷ (la misma situación que una adopción tradicional). Además, los lazos que se establecen entre quién es adoptado como embrión y los adoptantes podrían aliviar algunos problemas psicológicos que se observan en algunas adopciones tradicionales. Desde un punto de vista técnico-médico, puede haber dos formas de llevar a cabo el proceso de adopción de embriones. Una sería recibir embriones. "Criopreservados" preexistentes donados por sus padres biológicos, y el otro sería crear embriones para ser adoptados más tarde. Aunque ambos métodos dan como resultado un ser humano que no está genéticamente conectado con sus padres adoptivos, desde un punto de vista ético y emocional, estos dos caminos para la adopción de embriones son completamente diferentes²⁶⁸. La adopción de embriones fruto de técnicas de fecundación in vitro en este caso, los embriones excedentes resultantes de un FIV, cuyos padres genéticos ya no los quieren, se les da en adopción a parejas infértiles para implantarlos en el útero de la mujer y se crían como sus hijos propios. La pareja adopta uno o más embriones excedentes que seguramente están "criopreservados". Debido a la existencia del problema de los embriones congelados, el poder de darlos en adopción es una solución que evita que sean destruidos o sujetos a investigación, de allí la frase de Sto Tomás de Aquino, que se realiza "un mal menor para no causar males mayores" todo converge a un mismo fin. La adopción les da la oportunidad de crecer en un útero materno y que tienen una familia en la que se desarrollan como seres humanos. La posibilidad de vivir, que es lo más importante, independientemente de si alcanzan un plazo o no. La idea de dar estos embriones a otras parejas infértiles para su adopción, se acerca mucho a la adopción tradicional; A los embriones excedentes se les ofrece un destino legítimo y altruista para lograr el desarrollo y creación dentro de una familia estable y, además, ofrecer a estas parejas la oportunidad de experimentar embarazo. Cabe la otra variante de producir embriones para ser adoptados. Los mismos se fertilizan con espermatozoides y óvulos de donantes seleccionados. Esta selección puede hacerse en base a los criterios de los padres adoptivos. Esta opción se desvía de la idea original que implica una adopción. En una adopción tradicional nunca estará involucrada con la intención de concebir un niño que será adoptado pronto. En este sentido, la opción propuesta aquí, es que la adopción de embriones preexistentes garantiza a los padres adoptivos que estos fueron concebidos por una pareja que deseaban profundamente la paternidad y que luchaban por lograr ese sueño. Aquí radica el contraste de que una pareja unió sus células con el fin de complacer a otra y no por voluntad propia de ser padres. La opción de producir embriones para ser adoptados se asemeja a las prácticas eugenésicas en las que los padres adoptivos conciben una especie de niño en un dibujo: eligiendo características de un fototipo especial o con ciertas inclinaciones o aptitudes

²⁶⁶Cfr. AGUILÓ PASTRANA, Alfonso. "El problema del mal menor. Tolerancia (18) El problema del mal menor". Dirección Internet: . Fecha de consulta: 27 de enero de 2006.

²⁶⁷ Cfr. FAGGIONI, Maurizio. La cuestión de los embriones congelados. Disponible en: . Acceso en: 23 de enero de 2009.

²⁶⁸ Cfr. LEWIS COOPER, Susan; SARAHSOON GLAZER, Ellen. Choosing Embryo Adoption. Dirección en: . Fecha de consulta: 26 de enero de 2009

e inclinación para ciertas cosas. Solo deberían ver las características de los donantes y, en función de ellas, elegir gametos para crear un niño ideal. Aquí, podríamos llamar que surgen niños de primera clase, que son aquellos seleccionados cuidadosamente con características especiales, y niños de segunda, son aquellos cuyos padres los tuvieron por naturaleza propia y acto volitivo, la fortuna de una concepción sin intervención de terceras personas ni ciencias. Además, hay miles de embriones "criopreservados" y no es éticamente correcto fertilizar a otros para este propósito. Las razones para elegir adoptar embriones es que muchas personas que están tanto fuera como dentro del campo de la infertilidad se preguntan por qué una pareja debería elegir adoptar un embrión o en lugar de adoptar un niño ya nacido. Hay algunas razones que pueden ser dirimidas sobre esto, basados en un programa de adopción de embriones que ya fue realizado en los Estados Unidos²⁶⁹.

1. Dar sus embriones para adopción permite a los padres genéticos participar en la selección de los padres adoptivos y en la vida del niño o los niños nacidos de ese proceso.
2. Para aquellas parejas que han experimentado infertilidad durante mucho tiempo, la adopción de embriones ofrece la oportunidad de experimentar un embarazo, dar a luz y, además, disfrutar de la paternidad.
3. Durante el embarazo, la adopción de embriones proporciona a las parejas un vínculo emocional con el niño antes del nacimiento.
4. Además, las mujeres tienen control sobre el medio ambiente y sus alrededores cuidado prenatal, eliminando así problemas potenciales causados por condiciones insalubres durante el embarazo.

5. La adopción de embriones también permite que la pareja adoptiva tenga garantía de conocer el origen del niño, información médica²⁷⁰ desarrollo social y psicológico de sus padres genéticos (algo que no sucede en una adopción tradicional).

6. La adopción de embriones ofrece privacidad a la pareja.

Por otro lado, la adopción de embriones abarca los siguientes beneficios:

Evita las molestias inherentes a la estimulación ovárica²⁷¹, disminuye el costo económico de la técnica, ya que uno no tiene que pasar por todo el proceso de fertilización in vitro, y también disminuye las parejas en la lista de espera para su adopción convencional, cuya causa de infertilidad no está asociada con ninguna patología uterina²⁷².

Aun así, la adopción de embriones no debe seleccionar el género del niño cuando adopta²⁷³, como en la mayoría de los casos de adopción ni pueden cambiar de opinión y rechazar al niño si el nacido tiene alguna enfermedad o defecto físico. Sin embargo, la adopción de embriones puede presentar dificultades emocionales, ya que no hay garantía de que sea posible tener un

²⁶⁹ Cfr. NIGHTLIGHT Christian Adoption Programs. Snowflakes embryo adoptions. Dirección en Internet: . Fecha de consulta: 30 de octubre de 2008.

²⁷⁰ Incluso se puede conocer su RH+-

²⁷¹ Deben preparar a la mujer para que su útero pueda recibir los embriones.

²⁷² Las anomalías uterinas son responsables de la infertilidad en el 2% de los casos. aproximadamente Ejemplos de anomalías uterinas asociadas con infertilidad son las deformidades congénitas del útero, "leiomiomas y escarificaciones o adherencias intrauterino" (síndrome de Asherman). De todos ellos, los "leiomiomas" son los más frecuente En algunos casos, los "fibromas submucosos" pueden interferir con implantación y / o desarrollo embrionario y causa abortos. Fibromas Grandes "intramuros" pueden distorsionar la cavidad uterina y afectar la implantación. El Los "subserosos" rara vez afectan la infertilidad, a menos que compriman las trompas de Falopio "Falopio", bloqueando el acceso de los espermatozoides al óvulo. Síndrome de Asherman puede estar asociado con hipomenorrea o amenorrea, generalmente secundaria a legrado agresivo después del aborto, infección intrauterina, miomectomía, metroplastia o placenta retenido. Esta situación crea un entorno muy desfavorable para la implementación. Ver GONZÁLEZ, Alejandro. Unidad de Reproducción Asistida, Policlínica San Mauricio, Jerez de la Frontera Cádiz, "Técnicas básicas de diagnóstico en el estudio de esterilidad conyugal ". Dirección en: <<http://www.sefertilidad.com>>. Página web de la Sociedad Española de Fertilidad SEF. Consulta de clausura: 27 de enero de 2007

²⁷³ En este tema de no elección del sexo, el art. 14 del Acuerdo sobre Derechos humanos y biomedicina adoptada en Oviedo, el 4 de abril de 1997, que establece: "No se permitirá el uso de técnicas de reproducción médica asistida con el propósito elegir el sexo de la persona que va a nacer, excepto en los casos en que sea necesario evitar una enfermedad hereditaria grave relacionada con el sexo".

hijo., debido a la baja tasa de éxito de la técnica utilizada. Pero, aun así, es importante tratar de dar la posibilidad de vivir a estos miles de seres humanos que ya están congelados y que de otra manera dar forma a tu destino sería la muerte con la destrucción o dejar cesante la criopreservación. Con un solo embrión que puede nacer, valió la pena intentarlo, ya que la vida humana no tiene precio²⁷⁴. Se refiere en estos casos, dado que la transferencia embrionaria por salud de la gestante se realizan una transferencia de un embrión, eventualmente dos o excepcionalmente tres. Será facultad del médico tratante evaluar las condiciones clínicas de la mujer que vaya a llevar a cabo la gestación.

Para evaluar el derecho comparado, analizamos la legislación española. España, con la Ley N° 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, y con la Ley N° 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y uso de embriones humanos y fetos o sus células, se convirtió en uno de los países pioneros, junto con Noruega y Suecia, en regular por completo las nuevas técnicas de reproducción humana. En ese momento, había aproximadamente 700,000 parejas infértiles, de las cuales El 40% podría haberse beneficiado de FIV y el 20% de la inseminación artificial. En ese momento, ya había 13 bancos de gametos y 14 centros en los que se realizaba dicha técnica²⁷⁵. Posteriormente, con la Ley N° 45/2003, se modificó la Ley N° 35/1988 para responder a nuevos problemas, como el destino de los embriones excedentes. Finalmente, con la Ley N° 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción humana asistida, hubieron novedades que podrían resolverse de la siguiente manera²⁷⁶: 1. El concepto de "preembrión" 1; es aquel que está constituido in VITRO como un grupo de células resultante de la división progresiva del "ovocito" desde su fertilización hasta 14 días después.²⁷⁷

2. La clonación en humanos con fines reproductivos esta prohibida.

3. La posibilidad de realizar investigaciones con embriones excedentes y las disposiciones de la Ley 45/2003, que limitó la investigación de embriones congelados antes de la entrada en vigor de la ley.

4. Los límites establecidos por la Ley N° 45/2003²⁷⁸ para el generación de "ovocitos" en cada ciclo reproductivo, límites que deberían derivarse exclusivamente de las indicaciones clínicas de cada caso, pero solo continúa autorizando la transferencia de un máximo de tres embriones en una mujer en cada ciclo reproductivo.

5. El diagnóstico genético previo a la implantación está autorizado para la medición de enfermedades hereditarias graves y no es susceptible al tratamiento terapéutico curativo posnatal, para la realización de otros cambios que pueden comprometer la viabilidad del embrión.

²⁷⁴ En los Estados Unidos, 134 niños nacieron como resultado del programa Snowflakes Adopciones de embriones. Datos obtenidos en: <<http://www.nightlight.org/snowflakeadoption.htm>>. Acceso en: 30 fuera. 2008

²⁷⁵ Preámbulo de la Ley N° 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción. Asistido Disponible en: <<http://www.noticias.juridicas.com/lec/Admin/135-1988.html>>. Consultado el 19 de mayo de 2003.

²⁷⁶ Ley N° 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 126, de 27 de mayo de 2006.

²⁷⁷ Esta legislación aún acepta el término preembrionario y no justifica el término como lo hizo en el Preámbulo de la Ley N° 35/1988, en el que se argumentó que esta expresión también adoptado por los Consejos Europeos de Investigación Médica de nueve naciones (Dinamarca, Finlandia, República Federal de Alemania, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica). En lugar de un preembrión, debería llamarse embrión en un preembrión. -implantadora, porque estamos ante un ser humano único e irrepetible en su primera etapa de existencia

²⁷⁸ Esta ley limitaba a tres el número de huevos que podrían ser fertilizados y transferidos a Una mujer en cada ciclo. Por lo tanto, estaba destinado a resolver el grave problema de la acumulación de embriones congelados y embarazos múltiples (embargos múltiples)

6. Además del registro de donantes de gametos y preembriones con el propósito de reproducción humana ya existente. Centros de actividades de reproducción asistida. En el primero, registre los hijos nacidos de cada donante, la identidad de las parejas o mujeres receptoras. En el segundo, el datos sobre la tipología de técnicas y procedimientos, tasas de éxito y otras cuestiones para proporcionar a los ciudadanos información suficiente sobre la calidad de los centros que practican estas técnicas. El número de embriones que se mantienen congelados en cada centro también se registrará y la obligación establecida por el Ley previa para enviarlos al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa. 7. En relación con la previsión del esposo, la afiliación solo se reconocerá cuando su material reproductivo esté en el útero de la madre. Sin embargo, el esposo puede dar su consentimiento para que su material de reproducción pueda ser usado para fertilizar a su esposa en los 12 meses siguientes después de su muerte. 8. El contrato por el cual el embarazo se reemplaza por sustitución (maternidad subrogada) se considera nulo y sin efecto. 9. Exceso de embriones de FIV que no se transfieren al las mujeres en un ciclo reproductivo pueden ser criopreservadas en bancos autorizados Esta conservación tendrá lugar hasta el momento que médicos de entidades oficiales con la participación de especialistas fuera del centro, certifique que el destinatario no cumple con los requisitos apropiados para practicar la reproducción asistida. El posibles destinos que pueden tener los embriones criopreservados son: a) su uso en la mujer misma o su cónyuge; b) donación para fines reproductivos (adopción); c) donación para fines de investigación; d) el fin de su conservación (destrucción). Esta última opción solo será aplicable cuando el tiempo máximo de conservación establecido por ley sin haber optado por por ninguna de las otras tres opciones. En el caso de embriones criopreservados en exceso, la mujer o la pareja de padres debe renovar el consentimiento informado previamente firmado cada dos años para que sus embriones tengan el destino que han elegido. Si, durante dos renovaciones consecutivas, no existe la firma del consentimiento correspondiente, el centro en el que están criopreservados los embriones podrán disponer de ellos para cualquiera de los fines antes mencionados, manteniendo los requisitos de confidencialidad, anonimato²⁷⁹. Así es como la legislación española abre la posibilidad a las parejas, que, después de someterse a ciclos de fertilización in vitro, no desea tener más niños y todavía tienen embriones congelados, "donan" o ceden en adopción La adopción de embriones no requiere procedimientos oficiales . Los donantes firman un consentimiento, renunciando a cualquier acción para demuestre su paternidad y acepte el carácter sin fines de lucro de su actuar. Los embriones que se transfieren provienen de parejas que viven en otras comunidades autónomas o países, para evitar la coincidencia de hermanos. Asimismo, se recomienda que la mujer receptora sea menor de 35 años. (aunque hay donaciones para mujeres mayores) y el hombre no mayor de 50 años. Se transfieren de dos a tres embriones, y la donación es anónima. En cuanto al tema, hay proyectos como el iniciado por el Instituto. Marqués de Barcelona, en colaboración con el Centro Médico Internacional Advanced (Cima), que en 2005 lanzó un programa de adopción de embriones quien pretendía utilizar embriones excedentes, provenientes de pacientes ya había satisfecho su deseo reproductivo, con el coraje de ofrecerles embriones la posibilidad de vivir, ayudándoles a encontrar padres²⁸⁰. Aunque la donación de embriones es gratuita, el procedimiento cuesta aproximadamente 2.250 euros y, según el Centro, la probabilidad de éxito en el embarazo es aproximadamente del 32%. El

²⁷⁹ De acuerdo con la Ley N° 14/2006, mencionada anteriormente.

²⁸⁰ "Programa de adopción de embriones". Disponible en: <http://www.institutomarques.com/programa_adopcion_embriones.html>. Acceso en: 21 ene. 2009

procedimiento consiste en preparar el útero de la mujer usando algunos parches que se aplican sobre la piel y las pastillas vaginales para recibir embriones. Después de unos días, los embriones se descongelan, luego de selección para su transferencia. El examen de embarazo se realiza en 14 días. Y, si su resultado es positivo, el tratamiento continúa por otros dos meses. Posteriormente, la mujer embarazada es vista por su ginecólogo habitual²⁸¹. Aunque este programa habla de "adopción de embriones", en realidad hay equivalente al concepto de "donación de embriones" mencionado en la ley. España es uno de los primeros países en incluir expresamente en su legislación, la posibilidad de llevar a cabo la adopción de embriones. Con su legislación, evita la brecha legal en otros países, como el México. Sin embargo, hay países en los que la adopción de embriones también es permitido, como es el caso en Inglaterra y los Estados Unidos, y en otros, como Alemania, esta posibilidad no existe, ya que la ley solo permite fertilización de los óvulos que se implantarán de manera efectiva y que no se producirán embriones en exceso o supernumerarios. Como consecuencia de este hecho, más de uno un tercio de las adopciones que tienen lugar en España involucran parejas extranjeras, principalmente de Francia, Portugal e Italia²⁸². Es la ciencia que nos ha dado la oportunidad de servirnos de sus avances. La adopción de embriones es una gran elección. Da para aquellas parejas infértiles que no pueden llevar a cabo sus deseos el paso a gestar en el vientre un embarazo. Sentir todas las sensaciones que eso produce psíquicamente a una mujer con todos los anhelos y esperanzas que ella pone de su ser.

Hay miles de embriones excedentes que están a la espera del derecho a la vida. Es una forma, la adopción, de marcarles un destino distinto a la destrucción.

Son personas latentes con todo un potencial genético humano que esperan por tiempo en un estado inanimado el momento de formar parte de algo, ese algo que nos pertenece a todos y es LA VIDA.

Si la vida humana es un valor inconmensurable, entonces se debe hacer todo lo posible para salvar la vida de una persona. Por lo tanto, la adopción se presenta como una solución legal al problema de los embriones congelados, dar la dignidad de la persona y como derecho propio la posibilidad de un desarrollo a la luz de todos.

6.4 Crio-preservación de múltiples embriones, y el derecho a elección *"La vida humana en cuanto bien jurídico constitucionalmente protegido, debe preservarse contra todo lo que impida o interrumpa su desarrollo evolutivo. En correspondencia con ese bien, hay una obligación constitucional de respeto y tutela"*²⁸³. En este paso sucesivo de ideas, se ha indagado a célebres científicos genetistas.²⁸⁴El deber imperioso de llevar o intentar llevar a término a un embrión humano a su nacimiento. *"Los embriones han sido congelados con este*

²⁸¹ Cfr. Idem.

²⁸² Ver VEGA M. et al. "Regulación de la reproducción asistida en el contexto europeo. Derecho comparado". Disponible en: <<http://www.bioeticaweb.com/content/view/full/275/765/lang,es/>>. Acceso en: 12 ene. 2009

²⁸³ Germán Bidart Campos, "Manual de la Constitución Reformada, (Buenos Aires: Ediar, 1998), pág. 106. Original no consultado citado por: Graciela N. Gonen Machello, op. Cit.

²⁸⁴ Jérôme Lejeune (Montrouge, 1926 - París, 3 de abril de 1994), médico, activista provida, genetista francés. Descubrió, entre otras cosas, que el síndrome de Down se debe a la presencia de un cromosoma de más y describió el síndrome del maullido de gato, delección autosómica terminal del brazo corto del cromosoma.

propósito. (...) Si ha sido producido, lo ha sido con el propósito de poder ser implantado. Diría que el deber es el de no matar, y este deber es universal". Los científicos ponen en manos de la persona humana la ciencia, a su disposición y abordaje. La ciencia médica está con el propósito de construir el bien en su conjunto. El pensamiento de creación y no destrucción hacen que las cosas lleguen a tener su prosperidad y desarrollo normal, como la evolución misma de la vida. El nacer, crecer, reproducirse y morir son los pasos de cualquier evolución celular., manifiesto como evolución celular, al devenir mismo de los modos naturales, bilógicos de cualquier ser vivo. El derecho a la no discriminación, es un punto que lo encontramos en nuestra Carta Magna²⁸⁵., en los artículos del Bloque federal²⁸⁶. Este derecho se vulnera especialmente, cuando se selecciona los embriones que serán transferidos y cuáles no. La manipulación sobre embriones humanos, es un medio de selección embrionaria con determinados fines consiste en producir varios embriones en el laboratorio, esperar a que logren el desarrollo de tres días y mediante una biopsia, extraer una de sus 8 células, para luego apreciar, si tienen o no alteraciones de un gen que pueda aumentar el riesgo de una enfermedad.

De superar la esterilidad mediante las técnicas de reproducción humana asistida, se pasó a seleccionar los embriones más aptos para el éxito de la fecundación o los más convenientes para diferentes fines, como elegir las características de los futuros hijos. Las prácticas eugenésicas no están permitidas bajo ningún concepto, pero debemos afrontar, que al hacer una selección de los mismos estamos llevando esta técnica al borde de los fines para lo que hemos construido desde un comienzo, que es la creación de un ser para sobrellevar la infertilidad, y no so destrucción. Caemos en una maniobra de selección que no fue el principio por el cual se creó.

Algunos de los argumentos utilizados para ello, es que un alto porcentaje de los embriones son incompatibles, por ser anormales²⁸⁷. Otro es que con la fecundación no se forma inmediatamente un individuo, sino que puede potencialmente evolucionar en un individuo, pero hay muchas cosas entre medio que deben darse para que eso suceda.

El llamado diagnóstico genético preimplantatorio (D.G.P), asegura que sólo sean gestados los embriones que no presentaran fallas o enfermedades heredables. Por lo que con ésta selección, el anhelo de un hijo se convirtió en el requerimiento de un hijo sano. Erigiéndose así, a cuál de los hijos se les va a "conceder" la oportunidad de vivir y a cuál no. El embrión humano, sea uno conformado en laboratorios bajo las condiciones de In Vitro o sean muchos de ellos originados con los mismos materiales genéticos, es el mismo individuo humano el que existe en la vida embrionaria, en la juventud o en la ancianidad. El cuerpo cambia continuamente desde el inicio a la muerte, pero mantiene su siempre identidad corporal. En todas las etapas del proceso biológico se entrelazan un único sujeto *"Aparecen esos casos (...) de parejas de sordomudos o enanos que reclaman elegir por tal método a un hijo que también lo sea; o padres con un hijo enfermo, que reclaman que les seleccionen un hijo compatible*

²⁸⁵ Artículo 16 de la Constitución Nacional: Todos sus habitantes son iguales ante la ley

²⁸⁶ Una profunda interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional por el artículo 75 inciso 22, nos dejar ver que todo ser humano es persona, debido a que la personalidad jurídica, es intrínseca a la vida humana.

²⁸⁷ DR. ALBERTO TERSOGLIO Médico, Facultad de Ciencias Médicas – Universidad Nacional De Cuyo Especialista en Obstetricia y Ginecología. Especialidad en Ecografía Tocoginecológicas y Ecografía General Especialista en Esterilidad e Infertilidad. Postgrado De Especialista en Endocrinología Ginecológica – Fundación René Favalaro

inmunológicamente con el hermano, a fin de que cuando nazca sea donante de sangre o de los tuétanos de sus huesos". Es frecuente que la selección embrionaria se realice por razones terapéuticas: se descartan aquellos que sean portadores de alguna enfermedad genética. También se realiza por el beneficio terapéutico de un tercero. *Un ejemplo de este último, es el caso Nash en el 2000*²⁸⁸: la familia se sometió al D.G.P para que con el cordón umbilical del nuevo hijo, se obtuvieran las células que se trasplantaron a su hermana Molly, afectada de anemia de Falconi., enfermedad que la confinaba a su deceso impostergable.

Además existe la selección embrionaria para determinar el sexo, que en general está reprobado. La Sociedad Americana de Medicina Reproductiva al respecto (ASRM)²⁸⁹ en 1999, decía que el Diagnóstico genético preimplantatorio no debía ser fomentado. Aunque lamentablemente, en el 2001, cambió su criterio y se mostró partidaria, siempre que se cumplieran determinadas condiciones.

"El inicio de una fecundación in vitro acompañada de un DGP con la única finalidad de la selección del sexo comporta importantes riesgos de favorecer prejuicios de género, daños sociales y la desviación de recursos médicos de las necesidades genuinamente médicas" La existencia en el historial familiar de personas con alteraciones genéticas es un motivo de preocupación respecto a la posibilidad de transmitir los genes responsables de tales patologías a los descendientes. Por ello, las personas en cuyas familias hay constancia de parientes próximos (abuelos, padres, tíos, hermanos, primos) con enfermedades genéticas, y aquellas que sin conocimiento de dichos casos han tenido un hijo con alguna patología de carácter genético, tienen ante sí el compromiso de informarse sobre las causas a las que se debe la enfermedad y conocer la posibilidad de recurrencia en futuros hijos que pudieran igualmente verse afectados²⁹⁰.

El ser humano es un fin en sí mismo, y que todos los individuos tienen derecho al respeto de su dignidad, cualquiera sean sus características genéticas; por lo que no podemos tolerar la selección arbitraria y discriminatoria de embriones.

La reducción embrional, es una intervención para reducir el número de embriones o fetos, existentes en el seno materno, a través de su supresión quirúrgica directa. La mirada rotectora para evitar estas reducciones, es unanormativa que despeje ciertas incertidumbres., vale decir que regulen aquel material genético que se fuera a utilizar. Esto evitaría sustancialmente lo que se llama embriones supernumerarios o reducción embrionaria.

Para evitar los embarazos múltiples, generados por la transferencia de varios embriones en las T.R.A. se utiliza la reducción embrionaria. Las parejas que recurren a técnicas de fertilización o de procreación humana asistida, con la finalidad de superar inconvenientes orgánicos como

²⁸⁸ Médicos, científicos y expertos en bioética discrepaban ayer sobre el caso de Adam Nash, el pequeño norteamericano que fue seleccionado, como embrión, para ser un donante óptimo de las células que pudieran salvar a su hermana Molly, condenada a muerte por la anemia de Fanconi. Además de estar libre de la enfermedad y de ser compatible histológicamente con Molly, Adam tiene el tipo de médula ósea óptimo para trasplantar a su hermana en caso de que la transferencia de células de su cordón umbilical no prospere. "El campo minado del aborto es lo que tiene paralizados a los legisladores hasta el extremo de dejarles mudos ante avances de las técnicas reproductivas", dice Arthur Caplan, director del Centro de Bioética de la Universidad de Pensilvania.

²⁸⁹ El Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Biomedicina (1997) proclamó en su artículo 12, dedicado a las pruebas genéticas predictivas: "Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad, o detectar una predisposición o una susceptibilidad genética a una enfermedad, con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado"

²⁹⁰ Vicente Bellver Capella, op. Cit.

la imposibilidad de procrear por medios naturales la concepción ²⁹¹que les impiden ser padres biológicos. Uno de tales procedimientos posibilita la extracción de óvulos de la mujer, los que son fecundados "in vitro" con espermatozoide del hombre, y congelados. A éste procedimiento se denomina crioconservación. Los embriones son utilizados en posteriores etapas del tratamiento. Ocurre que en no pocas ocasiones se efectúa el implante de uno o varios en el vientre de la madre (solamente hasta tres embriones son permitidos en la implantación, salvo análisis médico previo, donde no haya peligro para la gestante), selección mediante, quedando los demás indefinidamente congelados en el laboratorio, a la espera del resultado del embarazo. Si éste llega a feliz término, como es esperable, el futuro se torna realmente incierto para ellos. A estos embriones "sobrantes" se los denomina "supernumerarios" o excedentes.

"Desde el punto de vista ético, (...) se trata, de hecho, de una eliminación deliberada y directa de uno o más seres humanos inocentes en la fase inicial de su existencia, y como tal constituye siempre un desorden moral grave". Con sano criterio, en el 2004 la ley italiana n°40: prohíbe cualquier forma de reducción embrionaria²⁹². En que:

"Este tipo de mentalidad reduccionista y destructiva del otro, tiende a sistematizarse y se traduce en una sociedad altamente discriminatoria. "Urge pues, el compromiso en defender la vida, en tiempos en que está siendo vulnerada bajo apariencia de legalidad. Compromiso que tiene que ser serio, con competencia profesional y científica, con espíritu de diálogo, con vocación de comunión"²⁹³.

La ciencia ha posibilitado un nivel tal, de manipulación de la vida naciente, que permite tratarla como un producto de la biotecnología. Se ha olvidado que el estatus del embrión en el útero, es el mismo del que se fecunda en los laboratorios. Y que el hecho, que no se lo destine a su implantación en el seno materno, sólo significa que sus padres no quieren o pueden, permitir que se anide.

El consentimiento de los progenitores solamente puede ser dado, cuando no pone en riesgo la integridad, ni la vida del embrión; pues nadie puede disponer de la vida o salud de una, persona. Las parejas estériles que recurren a una técnica de reproducción asistida como la FIV o la donación de óvulos, generan habitualmente varios embriones en el laboratorio, donde se catalogan, transfiriéndose los de mejor calidad.

Donde la legislación lo permite, los embriones supernumerarios tienen la opción de su crío-preservación, con el fin de disponer de un segundo intento si el primero no finaliza en un embarazo a término. En el derecho comparado. En Alemania por imperio de la ley 13/12/90 de tutela del embrión se castiga en el punto 5 del artículo 1°, con reclusión de hasta tres años y multa a "quien efectúa la fecundación de un número superior de ovocitos de cuantos entienden transferir en el curso de un mismo ciclo"; la misma pena sufre quien "cede o bien vende,

²⁹¹ Por Fecundación in vitro (FIV) se entiende la fecundación, en condiciones de laboratorio, de un óvulo, previamente extraído quirúrgicamente de la mujer, por un espermatozoide. Los óvulos se obtienen por laparoscopia, que es el procedimiento instrumental que permite visualizar el interior de la cavidad del abdomen; se realiza a través de una pequeña apertura en la pared abdominal anterior y utilizando un artefacto luminoso

²⁹² Revista de Bioética y Derecho *versión On-line* ISSN 1886-5887 Rev. Bioética y Derecho no.35 Barcelona 2015

<http://dx.doi.org/10.1344/rbd2015.35.14278> La reproducción humana asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de fecundación heteróloga *The Medical-Assisted Reproduction in Italy. Present and future after the annulment of heterologous fertilization*

²⁹³ Elena Passo, op. Cit.

adquiere o usa para fines diversos de aquellos de la supervivencia, un embrión humano creado fuera del cuerpo de la mujer o extrae antes que se ha concluido su anidamiento "(art. 2, punto 1.). La ley Española N° 35 de 1988, asimismo, permite el congelamiento de embriones.

*"La visión de que la fuerza del estatus de una entidad depende del fin por el que se produce, o en qué espacio se le coloque, (...) carece de justificación biológica y ontológica; son situaciones creadas por la manipulación artificial del proceso de transmisión de la vida"*²⁹⁴. Recientemente, surgió una técnica novedosa, que podría eliminar enfermedades genéticas, combinando el ADN de tres personas: un varón y dos mujeres.

*"Es decir, para crear un bebé sano se trasplantarían mitocondrias sanas de una mujer donante en óvulos no fecundados de una futura madre que podría tener predisposición genética a sufrir ciertas enfermedades, según indica The Washington Post. (...) Este avance de la ciencia ha sido muy criticado podría abrir la puerta a los bebés de 'diseño'"*²⁹⁵. Es una cuestión delicada por sus implicancias éticas. Gran Bretaña. *"Los críticos consideran la técnica como violatoria de la ética médica y dijeron que las mujeres en riesgo de transmitir enfermedades mitocondriales tienen otro método seguro para tener hijos, como el uso de óvulos donados"*²⁹⁶. *"En 1998, hemos de recordar, se destruyeron en Inglaterra más de 5000 embriones congelados"*. En el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Medicina (1997), Oviedo²⁹⁷ asevera: *"Cuando la experimentación con embriones in vitro esté permitida por la ley, esta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación (art 18)"*²⁹⁸. También se utilizan los embriones, para obtener las células madre embrionarias, que podrían reemplazar células dañadas por diversas enfermedades. Esta práctica requiere la destrucción de los embriones.

La ciencia es un bien social que está destinado a servir al hombre, pero no de cualquier forma, sino en función del desarrollo integral y digno de la persona. *"La investigación médica debe renunciar a intervenir sobre embriones vivos, a no ser que exista la certeza moral de que no causará daño alguno a su vida o a su integridad ni a la de su madre. (...) La desvalorización de la vida naciente en sus diferentes manifestaciones es una amenaza concreta a la humanidad"*²⁹⁹. Desde el primer día el embrión se ubicará en el lugar donde fije la cabeza, los pies, el dorso y el vientre, y esta organización de acuerdo a los ejes corporales va a definir

²⁹⁴MORATALLA LOPEZ, Natalia (Granada, 3 de febrero de 1946) es una catedrática universitaria e investigadora española en las áreas de Bioquímica y Biología molecular. Obtuvo la licenciatura en Ciencias Químicas por la Universidad de Granada en 1968 y el doctorado en Ciencias, sección Biología, por la Universidad de Navarra en 1972. Ha sido profesora adjunta de Química Fisiológica en la Universidad Complutense (1975); profesora agregada de Bioquímica y Biología molecular en la Universidad de Barcelona desde 1977. y catedrática de Bioquímica y Biología Molecular en la Universidad de Valencia desde 1981. Desde 1981 fue profesora ordinaria de Bioquímica y Biología Molecular y catedrática de Bioquímica en la Universidad de Navarra, donde ha desempeñado diversos los cargos de directora de estudios, vicedecana, y vicerrectora. En 2013 pasó a ser catedrática emérita.

²⁹⁵ UNO, "Bebés a la medida: científicos combinan el ADN para crear niños sanos", (Mendoza: Diario UNO, 27 de febrero de 2014), disponible en: <http://www.diariouno.com.ar/afondo/Bebes-a-la-medida-cientificos-combinan-el-ADN-para-crear-nios-sanos--20140227-0126.html> (consultado el 27 de febrero de 2013).

²⁹⁶ UNO, "¿Embriones con el ADN de 3 personas?", (Mendoza: Diario UNO, 27 de febrero de 2014), disponible en: <http://www.diariouno.com.ar/mundo/Embriones-con-el-ADN-de-3-personas-20140227-0071.html> (consultado el 27 de febrero de 2013).

²⁹⁷ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. Director del departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Montevideo, Uruguay

²⁹⁸ Artículo 18 del CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD DEL SER HUMANO CONRESPECTO A LAS APICACIONES DE LA BIOLOGÍA Y LA MEDICINA. DEL 4 DE ABRIL DE 1997.: Experimentación con embriones in vitro.1- Cuando la experimentación con embriones In Vitro esté admitida, por la Ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión.2- Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.

²⁹⁹ Elena Passo, op. Cit.

para toda la vida donde las horas vayan a transcurrir desde la unión del esperma y el óvulo, hasta que acaba la fecundación. El primer día de vida el embrión sintetiza las proteínas de la membrana específicas de esta etapa vital con el material aportado por la madre. En el segundo día el embrión empieza a usar sus propios genes para ello. Con todos estos conceptos y certezas que la medicina aporta a las ciencias jurídicas, es inevitable subestimar la dignidad y el estatus jurídico del embrión. La suerte de los embriones excedentes, están a la espera de un futuro que es incierto. Esto se equipara con el abandono de persona, tipificado en nuestro Código Penal Argentino³⁰⁰. La criopreservación atropella el derecho a la vida puesto que los embriones así conservados, soportan una parálisis en los procesos vitales y en dicha técnica pueden perder la vida. Además atenta contra la integridad, puesto que se destinan a ella los embriones menos viables, discriminándolos. Así mismo, la posibilidad de reactivar la vida pasa a ser un derecho condicional, que depende de la voluntad de otras personas: los progenitores, los adoptantes, la clínica. No hay seguridad en esta situación de congelación, en lo referido a la cantidad de tiempo en que se conserva la vida.

“La Constitución Argentina protege el derecho a la vida, aunque incluido entre los derechos implícitos o no enumerados del artículo 33”³⁰¹, como lo afirmó el constitucionalista Germán Bidart Campos³⁰². Es decir, que la vida de todos los argentinos, incluidos los niños por nacer,

³⁰⁰ Abandono de Personas y Omisión de Auxilio

Art.106:“El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonado a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años. La pena será de reclusión o prisión de tres (3) a diez (10) años, si a consecuencia del abandono resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de cinco (5) a quince (15) años de reclusión o prisión.” Art. 107: El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito fuera cometido por los padres contra los hijos y por estos contra aquellos, o por el cónyuge. Art. 108 Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta (\$750.-) a pesos doce mil quinientos (\$12.500.-), el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez (10) años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera, omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad

Abandono de Personas

La acción típica no consiste en abandonar (verbo que significa desentenderse, dejar de lado un objeto, un interés o una obligación, desamparar o resignar) como parece indicarlo el título, pues lo esencial es poner en peligro la vida o la salud de otro. El colocar en situación de desamparo o abandonar a su suerte son las formas tipificadas de crear riesgo para esos bienes. De manera que el delito se comete tanto haciendo nacer la amenaza por desamparo, como abandonando a su suerte a la víctima. En el primer supuesto el agente la pone en situación de carecer de los cuidados necesarios como para que no corran peligro su vida o su salud. En el segundo se desentiende de resguardarla.

Desde la mira de la clasificación de los tipos por la forma de la acción, ambas son formas comisivas pues violan normas prohibitivas: no desamparar, no abandonar. Enfocando el análisis a la conducta puramente material, en el primer caso hay un actuar positivo: colocar en situación de desamparo; en el segundo un no hacer: abandonar a su suerte a la víctima.

La acción típica se agota con la creación de la situación de peligro producto del desamparo o el abandono, pero para que aquella se produzca el riesgo debe ser efectivo. Por lo que el simple hecho de apartarse del sujeto pasivo no constituye delito, si existen terceros que asumen el cuidado, haciendo así que la vida o la salud no hayan estado comprometidas.

El abandono a su suerte implica que solamente el azar de circunstancias propicias podrían hacer que, por sí misma, la víctima hubiese superado la exposición en que se la ha colocado o a la que ha sido abandonada

³⁰¹ República Argentina, Constitución de la Nación argentina, disponible en: <http://www.infojus.gov.ar/legislacion/constitucion-nacional-1853.htm?jsessionid=nrxwvxyb312uf8ni458n9s1470> (consultado el 21 de abril de 2014).

³⁰² "ART. 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Además la Constitución nacional, protege a los

está manifiestamente protegida por este precepto constitucional. Reafirmando nuevamente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su articulado N°19°. El mismo, no distingue si el ser humano está dentro o fuera del seno materno, sintéticamente le adjudica el concepto, desde su concepción.

6.5 Posturas bioéticas que desechan la personalidad jurídica del embrión criopreservado

La manipulación genética atenta contra el individuo. El ser humano desde su comienzo va evolucionando progresivamente con todas sus cargas genéticas propias de su especie. La manipulación es una violación al Ser.

No obstante, la realidad apunta que la biomedicina, arguye que sus prácticas con embriones, hacen a la investigación para concluir al más excelente fin que señala la ciencia. Más allá de las divergentes opiniones de proteccionistas, la biomedicina se nutre con manipulaciones tanto genéticas como técnicas, para concluir con los resultados esperados. Cae que la relación jurídica con la ciencia médica, en muchas ocasiones no conlleva a un consenso. A una unificación de conceptos y maniobras para concretar un un sólo resultado final.

La primera de las intervenciones sobre el embrión humano, es la relación que existe entre la producción de éstos en la FIV y su posterior destrucción. Es decir, la utilización de un número elevado de embriones para la consecución de un embarazo. Pero las cosas no acaban aquí, pues aceptado que los embriones humanos pueden ser un medio para alcanzar un fin «terapéutico», el mismo impulso biotecnológico requiere necesariamente como en cualquier otra área de la biomedicina una investigación para ir perfeccionando dicha técnica o crear variantes mucho más eficaces. Este hecho fue propuesto desde el principio de la FIV. Se ha mantenido, por muchos que ligado a estas técnicas era conducente la producción de embriones humanos para uso de la investigación y experimentación. Es una «exigencia científica», no sólo para maximizar los resultados de la FIV sino para alcanzar un conocimiento mejor del desarrollo embrionario, investigar enfermedades, etc.

«En algunos laboratorios son recogidos ovocitos pre-ovulatorios de mujeres no estériles que consienten en ello». Estos ovocitos son fecundados «in vitro» sin intención alguna de transferir esos embriones al útero; son usados exclusivamente con fines de investigación, para estudios de observación y experimentación. Estos no son embriones de reserva como los que se obtienen en las clínicas para el tratamiento de infertilidad mediante la FIV sino que son utilizados de una manera semejante a los embriones utilizados para investigación». Esta afirmación, es hoy un hecho en progresión. Muchos de los datos que conocemos sobre la biología del desarrollo se están obteniendo en investigaciones sobre embriones humanos que no tienen nada que envidiar desde el punto de vista metodológico y práctico a las que se hacen con embriones no humanos. Sólo quedan fuera aquellas prácticas que conllevan partición o combinación de embriones o alteraciones de su patrimonio genético, por los efectos

embriones, por el argumento de que ninguna ley los excluye expresamente y el argumento "in dubio pro vida", ya que, ante la duda, siempre se debe tutelar los derechos subjetivos.

desconocidos que pudieran derivarse. Es cierto que muchas legislaciones sobre todo Europeas impiden la conformación directa de embriones para uso directo de investigación como material biológico, pero no es menos cierto que en las clínicas de FIV, y departamentos adscritos a ellas, se realizan con embriones viables o no viables y sobrantes (huérfanos), numerosas investigaciones que tienen el mismo rigor metodológico e igual trato de que si se trataran embriones de ratón o cerdo., es un claro concepto, que para estos laboratorios , el embrión humano es considerado al mismo valor que cualquier embrión no humano, a nivel de cosa para la investigación. “Se arguía que la investigación con embriones humanos era una fase crítica para el desarrollo de terapias para la infertilidad, contracepción u oncología”. Se afianzaba que los utilizados “eran las sobras de la FIV y que su baja calidad no era suficiente para hacer rigurosos estudios”.

Fruto de esta presión en 1990 en Gran Bretaña la «Human Fertilization and Embryology Authority» ha aprobado el poder crear embriones para ser usados en áreas específicas de investigación : a) promover avances en el tratamiento de la infertilidad, b) aumentar el conocimiento sobre las causas de enfermedades congénitas, c) conocer las causas de los abortos espontáneos, d) desarrollar técnicas más efectivas para la contracepción, e) desarrollar métodos para detectar la presencia de un gen o anomalía cromosómica en embriones antes de su implantación. Finalizaba con una afirmación que describe a las claras el objetivo de estos investigadores: sin investigación la proporción de éxitos de la FIV estará estancada en el nivel actual y el conocimiento básico de las fases tempranas del desarrollo humano se atrofiaría. Además, no todas las aplicaciones tecnológicas alcanzarán su perfeccionamiento y realización. El espiral tecnológico tiene sus derechos, y no puede consentir que en el proceso surjan seres defectuosos. La FIV tiene que tener un grado de eficacia tal que no permite la presencia del anormal. Ni el científico lo quiere, porque no sería un éxito de su hacer tecnológico, ni los padres lo desean, porque ya que quieren un hijo a la carta, no se puede aceptar lo que venga. Allí estamos invocando las maniobras eugenésicas, para la concreción de un individuo, perfecto, exactamente de laboratorio. La exigencia eugenésica pasa a primer plano. No sólo quiero un hijo, sino además sin defecto o de un determinado sexo y características de fototipo especial. Los que no cumplen los requisitos son eliminados. En síntesis podemos concluir que la manipulación y destrucción de embriones humanos se esta produciendo hoy en día en tres grandes campos. A) La FIV en si misma. B) La investigación alrededor de la FIV. Y C) el diagnóstico preimplantatorio, con un marcado carácter eugenésico. Junto a éstos existen determinadas prácticas como la reducción embrionaria en embarazos múltiples, la eliminación directa de embriones en embarazo ectópicos o el uso de anticonceptivos con efectos antianidatorios que también suponen un atentado a la integridad y vida de los embriones. En síntesis podemos concluir que la manipulación y destrucción de embriones humanos se esta produciendo hoy en día en tres grandes campos. A) La FIV en si misma. B) La investigación alrededor de la FIV. Y C) el diagnóstico preimplantatorio, con un marcado carácter eugenésico. Junto a éstos existen determinadas prácticas como la reducción embrionaria en embarazos múltiples, la eliminación directa de embriones en embarazos ectópicos o el uso de anticonceptivos con efectos antianidatorios que también suponen un atentado a la integridad y vida de los embriones. Los que sostienen esta teoría consideran que el embrión humano in vitro no es persona y, por ello, tampoco es titular de derechos fundamentales, en concreto, del derecho a nacer. Esta conclusión, a su vez, se funda en los siguientes argumentos relacionados con los principios generales de la bioética.

“No es persona porque no tiene posibilidad de desarrollo. La vida humana es un continuo biológico en constante evolución y desarrollo, más el derecho debe operar seccionando la realidad para así poder captarla mejor y poder proceder a continuación a sus propias valoraciones. De este modo, se introducen en el escenario jurídico dos clases de principios de aproximación a la vida prenatal: el gradualista, conforme al cual se valora la vida prenatal en atención a diversos momentos característicos de su desarrollo³⁰³, y el de la potencialidad como complemento del anterior, que permite distinguir en la vida humana las posibilidades de diversa intensidad de llegar a nacer por las que puede atravesar el concebido. Este factor es decisivo para la valoración jurídica del embrión in vitro, en tanto no ha sido transferido a una persona³⁰⁴.

Las distintas denominaciones del nasciturus obedecían a cambios cualitativos y cuantitativos pero no entitativos, de la misma manera que se designa al ser humano nacido como bebé o infante, niño, adolescente, joven, viejo o anciano, sin que nadie dude que la persona ahora añosa es la misma que fue bebe décadas atrás. También biológicamente se comprueba que la persona por nacer es el mismo cigoto, embrión y feto en sus diferentes estadios de desarro.

³⁰³ La posición gradualista se basa en la atención al proceso gradual de la gestación en orden a determinar la progresiva implicación de la protección jurídica del "nasciturus". Esto significa que se considera que el embrión humano debe gozar indudablemente de protección, en cuanto que es una forma de vida humana, pero no de forma absoluta, sino gradual. Conforme esta posición, en nuestro derecho hay vida desde la concepción, pero del derecho fundamental a la vida se deduce una distinta valoración para la vida humana en formación y la vida de la persona; la vida en formación está protegida y su tutela comienza con la gestación, un proceso en cuyo devenir, la vida embriológica o fetal presenta diferencias cuantitativas en la valoración y protección jurídicas: "vale más cuanto más se aproxima al momento del nacimiento". VIVES ANTÓN, Tomás. S. Comentarios al Código Penal de 1995, vol. I, 2 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 768 y 769.

³⁰⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María. "El estatuto jurídico del embrión humano". Monografías Humanitas. Disponible en: <http://www.fundacionmhm.org/pdf/mono4/Articulos/articulo8.pdf>.

Sucedee que en el caso de los embriones in vitro si bien desde el momento de la fecundación existe un genoma único que proviene de la unión de las dos gametas, la información genética del cigoto resultante no alcanza para constituir un individuo. Es la unidad persona-embrión la que posibilita el desarrollo³⁰⁵. El embrión fertilizado in vitro necesita ser implantado en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño. Esto implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión no implantado y el implantado en el útero. Mientras el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el segundo puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano. De esta manera, el embrión in vitro carece de la potencialidad³⁰⁶ de la que si goza el embrión ya implantado.

³⁰⁵ Véase Comité Nacional de Ética en la Ciencia y la Tecnología. Comentarios sobre tres proyectos que intentan regular los usos de las técnicas de reproducción asistida. 21 de abril de 2003 y Segundo informe y recomendación sobre clonación humana. 2 de agosto de 2004.

³⁰⁶ El Comité Consultatif National d'Ethique de Francia, en su Opinión n° 08 relativa a "recherches et utilisation des embryons humains in vitro à des fins médicales et scientifiques" del 15 de diciembre de 1986 dice: "El embrión humano desde la fecundación pertenece al orden del ser y no del tener, de la persona y no de la cosa o del animal. Debería ser considerado éticamente como un sujeto en potencia, como una alteridad de la que no se puede disponer sin límites y cuya dignidad señala los límites al poder o dominio por parte de otros". Disponible en: <http://www.ccne-ethique.fr/docs/fr/avis008.pdf>.

No obstante, sea embrión implantado o este no se haya culminado la etapa de implantación, mi mirada como investigadora científica, es puramente humana, observo que a los fines de la comprensión científica médica, y biológica, es contundente que el embrión a pesar de tener un potencial genético y este sea producto de material humano, no tendría posibilidades de existencia fuera de útero materno. Pero bien, el mismo es constituido con material genético humano., humano, de los progenitores que tienen un proyecto de parentalidad conformado, sea este heteróloga u homóloga., por ello lo que están conformando es un ser de características humanas. La reducción embrionaria, como expresé en el apartado anterior, debería estar regulada de manera eficiente. Para no cometer errores de selección, ni manipulación ni menos de descarte.

*"un cambio esencial es el que implica el paso del estado preimplantatorio del embrión a su implantación en el seno materno. Antes de ese momento el embrión está ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al otro que es el útero materno; allí desplegará su constitutiva condición de ser-en relación, rasgo humanizante de la vida"*³⁰⁷.

Entonces, mientras el embrión no implantado no puede desarrollarse por sí mismo, el segundo puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano.

No es persona, aunque sea persona con todo su potencial., postura que dentro de mi mirada, no comparto, por las razones que he argüido anteriormente. Se podría plantear que tanto los embriones implantados como los in vitro son personas en potencia; potencialidad que por cierto se presenta más evidente en el embrión ya implantado. El embrión humano no es una persona, entonces tampoco es una persona posible o potencial, debido a su potencialidad. Para la bioética, tendría que preguntarse si aunque ese ser tenga todo la carga genética de un individuo único e irrepetible., se sostiene que ¿tiene el derecho a desarrollar ese potencial?, ¿tendría el derecho a una subsistencia?.

*Hay un número enorme de "potenciales personas", pensemos en todos los embriones crioconservados existentes y la cantidad de embriones que se seguirán creando como consecuencia de las TRHA³⁰⁸. Ninguna de esas "potenciales personas" tiene derecho a llegar a existir como persona; de hecho, desde que las "potenciales personas" no son entidades en absoluto, no está claro cómo podrían ser titulares de derechos. Entonces, si los embriones in vitro ya existentes no pueden tener interés en convertirse en una persona porque no tienen ningún interés en absoluto, entonces no pueden tener derecho a convertirse en una persona y realizar su potencial"*³⁰⁹. Posturas que preceden da juristas donde a mi criterio, se inclinan por la parte científica-médica, que por la moral y la ética., planteada desde el comienzo de esta investigación científica.

³⁰⁷ GONZÁLEZ VALENZUELA, J., Genoma humano y dignidad humana, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 153.

³⁰⁸ La Sociedad sobre Tecnología Reproductiva (SART)-RAND recopiló datos de 430 clínicas de TRA que tenían embriones crioconservados en los Estados Unidos y reveló que casi el 4% de los 400.000 embriones estaban crioconservados por razones que incluyen: pérdida de contacto con el paciente; abandono, muertes de pacientes, espera del plazo de 7 años para descartar, falta de decisión sobre la transferencia a otro Estado, a la espera de una decisión sobre la disposición o la donación a la investigación o a otro pareja, en espera de la decisión final en caso de divorcio. HOFFMAN, D. I.; ZELLMAN, G. L.; FAIR, C. C.; MAYER, J. F.; ZEITZ, J. G.; GIBBONS, W. E. et al., "Cryopreserved embryos in the United States and their availability for research", en Fertil Steril 2003, 79, pp. 1063/1069.

³⁰⁹ Lamm, Eleonora

Es entendible que el embrión no puede desarrollarse en el ambiente natural para su posterior desarrollo. Se necesitan nutrientes y demás elementos químicos y hormonales (gonadotropina coriónica)³¹⁰ que el género humano necesita para desarrollarse y así su anidación y subsecuente progreso natural de la especie. El proceso desde la fecundación hasta la finalización de la implantación se incluye las siguientes etapas:

Etapas 1 - Día 1 - Fecundación y formación del cigoto (una célula)

Etapas 2 - Días 2 y 3 - Segmentación de 2 a 32 células (mórula)

Etapas 3 - Días 4 y 5 - Blastocisto libre (formación de una cavidad en la mórula)

Etapas 4 - Días 5 y 6 - Blastocisto unido a la pared posterior del útero

Etapas 5 - Días 7 y 8 - Blastocisto implantado superficialmente en el endometrio

Etapas 6 - Días 9 al 13 - Cambios morfológicos en el blastocisto.

Etapas 7 - Día 14 - Finalización de la implantación - invasión del endometrio por el blastocisto.

³¹⁰ La gonadotropina coriónica humana, gonadotropina coriónica humana o hCG (del inglés: *human chorionic gonadotropin*) es una hormona glicoproteica producida durante el embarazo por el embrión en desarrollo después de la fecundación y posteriormente por el sincitiotrofoblasto (parte de la placenta). La hCG también es producida en la hipófisis de los hombres y mujeres de todas las edades.

Sin estos delicados procesos naturales, la existencia de un ser serían inviables. Entendemos que la “Hominización”, es la finalización del proceso de desarrollo por el cual el embrión es ya un ser humano acabado y completo. Los defensores de la vida humana y especialmente de la indefensión del embrión concuerdan que el mismo su hominización es finalizada a los 14 días de la fecundación, ocurrida con la anidación total del blastocisto. Esto ocurre cuando: Todas las células de la masa embrionaria que provienen de las primeras divisiones del cigoto son “independientes, autónomas” no diferenciadas, totipotenciales³¹¹. , por lo que su trayectoria de desarrollo, es todavía inestable, abierta, incierta, y por lo tanto indeterminada. Además que todas las células de la masa embrionaria, amén de ser totipotenciales, son genéticamente idénticas, al poseer el mismo DNA, por lo que son indiscernibles e indistinguibles unas de otras. La masa embrionaria en desarrollo es únicamente un agregado homogéneo de células autónomas que no pueden ser consideradas una entidad sistematizada, significa, una unidad. De allí que antes de los 15 días tenemos un pre-embrión que aún no es un individuo humano en el acto, y cada célula de este compuesto es un individuo humano en potencia³¹². Este individuo humano será determinado en acto únicamente hacia el quinceavo día de la fertilización, fecha en la que se vuelve visible la línea primitiva o (cresta neutral)³¹³. Antes de este estadio no tendría significado hablar de la presencia de un verdadero ser humano en sentido ontológico³¹⁴. La pregunta relevante para evaluar el impacto que tiene la potencialidad sobre el estatus moral de un embrión es cómo el hecho de que un embrión que tiene potencial para desarrollarse en persona humana, a pesar de que al mismo tiempo es un embrión que no es una persona humana, es suficiente para conferir al embrión el estatus moral que tendrá más tarde al convertirse en persona humana.

Los derechos tienen ese carácter: se basan en las propiedades presentes, y no solo potenciales; son derechos, si han superado la etapa de la mera potencialidad. De modo que la potencialidad del embrión para convertirse en una persona es relevante para el estatus moral que tendrá si se convierte en una persona, pero cuando todavía es un embrión no tiene el estatus moral que tendrá más tarde cuando se haya convertido en una persona.

6.6 Técnicas de reproducción humana asistida desde Derechos Humanos como mirada objetiva de análisis.

“La existencia de la persona humana comienza con la concepción- (“fecundación”, para nuestra doctrina)., en el seno materno”. Esto no es novedoso. Coincide con lo que Vélez estableció como una forma progresista de ver el inicio de la persona en el código de 1869. Por supuesto, en ese momento no teníamos los avances científicos, no existía esta interpretación del genoma humano, ni mucho menos el ADN, lo que hoy se denomina la genética. Desde Aristóteles³¹⁵ a la fecha se discutía sobre el cuerpo, sobre el bíos, sobre el ethos, sobre la ética,

³¹¹ Que existe la posibilidad de un nuevo ser, dando así el origen de gemelos monocigóticos.

³¹² Significa que es algo tan característico del ser humano como su individualidad, el ser Él, y no otro. No estaría perfectamente determinado hasta aproximadamente dos semanas después de la fecundación. GAFO, Javier. 10 palabras claves en bioética. Op. cit., p 54

³¹³ Primer esbozo del sistema nervioso.

³¹⁴ FORD, N.M. When did I begin...p. 168, apud. SGRECCIA, Elio, Manual de Bioética. Op. Cit., 344

³¹⁵ Aristóteles es depositario del ideal contemplativo de su maestro pero hizo de la cuestión de las formas de vida y de la *eudaimonía* el centro mismo de su política y de su ética-El final de la *EN* es probablemente uno de los textos más célebres del corpus, pues allí identifica a la actividad contemplativa (*theoretiké*) con la felicidad perfecta (*he teleía eudaimonía*, *EN*1177a17-18), que, a su vez, es el fin último del hombre. Platón, Aristóteles y los discípulos de ambos remitieron el origen de la vida contemplativa a sus antepasados presocráticos remontándolos incluso a los matemáticos egipcios (Arist., *Metafísica* 981b23-25) y a los astrónomos caldeos

en esta perfecta unión que debe existir. En esto se aparta de la convencionalidad, de la constitucionalidad, de esta etapa de constitucionalismo. El artículo 70° del Código Civil Velezano dice exactamente lo mismo que dice la primera parte del artículo 19° del actual Código Civil y Comercial de la Nación. En la segunda parte establece que en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, 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 implantado., corriente que se ha suprimido en su articulado. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. Entendiéndose como concepción como sinónimo de fecundación. Es muy clara la redacción. **La existencia de la persona, comienza con la concepción en el seno materno.** Hasta ahí, se mantiene lo expresado por el artículo 70° del Código Civil de Velez Sarfield.

En el caso de técnicas de reproducción humana asistida., será tratada como una ley especial.

Acá la comisión redactora se aparta y establece un doble sistema. En la primera parte, indudablemente establece el comienzo de la existencia de la persona humana en el seno materno. En la segunda parte, a través de la obtención de seres humanos con métodos extracorpóreos, la pauta de inicio de la personalidad es la fecundación del embrión bioconservado. La implantación otorga la posibilidad del desarrollo potencial latente, otorga protección y en realidad concede dignidad, que a partir de este momento va a ser protegida.

Esto es lo que esta doctrina establece, en contrario de la doctrina del personalismo, que es una doctrina evolucionista. Se es persona o no se es persona. El estudio de la Bioética pone ciertos conceptos a la luz para redefinir ciertas posturas. “*Estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales*”³¹⁶. Ayuda a centrar el objeto de la bioética. Su ámbito resulta ser con claridad aquel en que se mueven las ciencias biológicas y médicas, o ciencias biomédicas. El crecimiento de estas se pone de manifiesto en el aumento de las posibilidades de intervención del hombre sobre la vida, especialmente en el momento en que surge y en su tramo final. Sin embargo, el conocimiento de esas ciencias interesa, fundamentalmente, cuando son analizadas a la luz de los principios y valores morales, es decir, cuando sus implicaciones afectan a la conducta humana, cuando, por ejemplo, nos preguntamos si todo lo que se puede hacer se debe hacer.

Aquí nos referimos infinitamente al peligro de la intervención del hombre para con sus congéneres, la posibilidad de manipular un individuo amparado en nombre las ciencias médicas para reformar a libre albedrío, construyendo o destruyendo según vayan dándose los

(Filipo de Opunte, *Epínomis* 986e). En las obras de ambos abundan los relatos biográficos en los que se muestra la inutilidad de la sabiduría de los primeros pensadores en los asuntos prácticos, lo cual es paradigmáticamente representado por el episodio de Tales cayendo en un pozo (Pl., *Teeteto* 174a). Sin embargo, no hay uniformidad en estos relatos, pues en ocasiones sirven para ilustrar una perspectiva contraria, como es el caso de *Pol.* 1259a6, en donde Aristóteles destaca que la sabiduría de Tales le permitió predecir una cosecha de olivas. Las grandes y aparentemente irreconciliables antítesis en la concepción de los primeros pensadores son —como señala Jaeger (2011: 472)— consecuencia forzosa de las oscilaciones a las que estuvo sometida la idea de la 'vida mejor' en ese período. Aunque no hay acuerdo en la literatura especializada actual sobre la génesis y el significado de estas anécdotas, su importancia reside en que revelan que para el siglo IV antes de la era común la discusión sobre la vida mejor se constituyó en tema central de la reflexión filosófica. Si bien estos pueden ser considerados los precursores del ideal contemplativo, Platón fue quien definió, por primera vez, la filosofía como forma de vida (Hadot 1995: 59-62), codificó los tres *bíoi* e hizo del *bíos theoretikós* el ideal más elevado ligándolo a la felicidad.

³¹⁶ Warren Thomas Reich, coordinador de la Enciclopedia de Bioética elaborada por el Kennedy Institute, de la Georgetown University

intereses. Sean propios o privados, públicos o nacionales, técnicos o científicos, humanos sensibles o humanos insensibles. Es responder si la Bioética responde a la cuestión sobre si todo lo que puede hacerse debe hacerse, pero no responde a la totalidad de dicha cuestión. Es más, hoy ya no se habla de bioética sino de bioéticas, dado el pluralismo social, filosófico, cultural,... en el que vivimos. Ahora bien, ese pluralismo también llega al Derecho, donde tampoco existe hoy un consenso unánime sobre qué sea lo justo.

“La ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico-positivas, de lege ferenda y de lege data, para lograr y verificar su adecuación a los principios y valores de la Ética en relación con la vida humana, que es tanto como decir, su adecuación a los valores de la Bioética”³¹⁷. María Dolore Vila-Coro expresa sobre el derecho a la vida como: “Al proclamar sujeto de derecho a la especie humana, cuya existencia es cierta y actual, se deben enumerar y reconocer todos los derechos que le competen como especie. Por una parte a su identidad, la identidad se refiere al ser, es decir, a la permanencia en su ser específico que implica la integridad de su genoma, que sus genes no sean manipulados; también implica que el genoma se exprese en el hábitat humano que le es propio. Por otra parte supone el derecho a mantenerse en la existencia, a la conservación de la vida de sus individuos con las connotaciones que le son propias; la vida se refiere al existir, a permanecer en la existencia.”

Es propio de la persona humana, cuyas características le son innatas. Con una carga genética que es absoluta desde el comienzo, cuyos derechos le son propios como especie., su identidad le corresponde desde su genoma, unidad básica y primera ., da inicio a la vida que significa la permanencia y existencia en el tiempo. Otro concepto de la vida prenatal: *“Hay ciertas manipulaciones genéticas que afectan a la integridad del genoma humano, pero su protección sólo se puede llevar a cabo desde el derecho a la inviolabilidad genética de la especie humana: es el caso de la clonación a partir de células, no de embriones; y la hibridación o unión de gametos humanos y de otra especie animal. Hay una forma de clonación, que es la división en una o más porciones del óvulo ya fecundado, del embrión humano. En este caso se conculca el derecho a la vida prenatal en sus primeras fases evolutivas, porque el ser humano existe ya. Su defensa afecta a la protección de los derechos del individuo.”*

Gran Bretaña aprobó en el año 2001 la ley sobre la clonación denominada “terapéutica” modificando así el “Acta de Fertilización Humana y Embriología”³¹⁸ de 1990 que ya permitía (al igual que Dinamarca) la experimentación con embriones, actitud seguida por varios países europeos. En septiembre del 2000 el Parlamento Europeo había solicitado al Gobierno Británico que revisase su posición, pedido que no obtuvo acogida. La ley británica limita el

³¹⁷ María Dolores Vila-Coro dedicó su tiempo y su trabajo a la defensa de la vida. Licenciada en Filosofía, y doctora en Derecho, era vocal del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa y presidía el Comité de Ética. Dirigía la Cátedra y del Doctorado de Bioética y Biojurídica de la UNESCO. Fue asimismo miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, presidió la Sociedad Española de Biojurídica y Bioética.

³¹⁸ Quintana Eduardo Martín La clonación terapéutica en Gran Bretaña: otra variante de la legalización de la fecundación artificial El Derecho, n°10.202, 26 de febrero de 2001

procedimiento a embriones de hasta catorce días de vida y por tanto se encuentra prohibida la clonación denominada “reproductiva” o sea destinada al implante y gestación. Los fundamentos de la trascendental medida radican en el aprovechamiento de las células originarias (células “madre”) del embrión para su aplicación a tratamientos curativos, obviamente de otros seres humanos. En el lenguaje periodístico, la producción de embriones permitiría obtener de ellos “células de repuesto” que serían utilizadas como una especie de “repositorio” interminable de los tejidos dañados del paciente-beneficiario. Los planes de los científicos incluyen la posibilidad de hacer crecer neuronas para reemplazar las células nerviosas de un cerebro atacado por la enfermedad de Parkinson o células pancreáticas para producir insulina en los diabéticos y se proyecta en el futuro la posibilidad de crear órganos completos de reemplazo, lo que eliminaría al mismo tiempo la crónica escasez de donantes y los problemas de rechazo³¹⁹. El procedimiento consiste en reemplazar el núcleo de un ovulo por el núcleo de una célula adulta de la persona requiriente de las futuras células de “reposito”. Con mayor rigor científico cabe hablar de células estaminales que por otra parte pueden ser también adultas y por lo tanto no sólo embrionarias. No hace falta ser demasiado avisado para advertir que la expresión “clonación terapéutica” es eufemística y que esconde un sofisma, pues la técnica requiere la destrucción del embrión o sea de un ser humano, para beneficio de la persona productora del clon. Desde esta perspectiva, la clonación no tiene por finalidad –como algunos sostenían hasta no hace mucho- hacer realidad el deseo de perpetuarse en otro “yo” que viviera luego de la propia.

Como punto de partida, se afirma el desarrollo que ha tenido la temática desde la perspectiva de derechos humanos en un doble sentido: 1) la ampliación del derecho a la salud, no centrada en la noción de infertilidad médica, sino en la violación del derecho a la salud en su faz psíquica, y 2) la visibilidad de los derechos humanos comprometidos en las TRHA: el derecho a la reproducción, a la libertad y a la autonomía personal, el principio de igualdad y no discriminación y el derecho a gozar de los beneficios y avances de la ciencia. muerte, sino de la producción y muerte de “otro” para que el “yo” siga viviendo³²⁰.

Como punto final al punto cabe advertir que el supuesto beneficio que se obtendría de células embrionarias se encuentra en vía de experimentación e investigación y por otro lado que han tenido éxito investigaciones desarrolladas con células “adultas” (del propio paciente) o sea no embrionarias; el último de estos antecedentes sucedió en Japón este año, como fruto de las investigaciones del científico Shinya Yamanaka³²¹.

³¹⁹ “Anuncio en Gran Bretaña: se utilizarían células embrionarias con fines terapéuticos. Aprobarían la clonación de embriones”. “La Nación” 17/8/00. “Clonarán en Inglaterra embriones humanos”. “La Nación” 23/1/01. La información agrega la unanimidad de los diversos credos en oponerse al proyecto de ley: el jefe de la Iglesia Anglicana Arzobispo de Canterbury, el Arzobispo Católico en Inglaterra y Gales, y los líderes de la fe musulmana, judía, sikh y hasta el Dalai Lama encabezaron la campaña destinada a bloquear la medida.

³²⁰ La clonación “terapéutica” ahora en marcha, supera en mucho el horror mencionado por Elio Sgreca (“Manual de Bioética”, pág.439, Editorial Diana, México, 1996) ante la posible fisión general efectuada artificialmente por la cual de los dos embriones obtenidos por clonación artificial, uno podría ser congelado para ser utilizado posteriormente como reserva de tejidos y de organos en caso de necesidad del otro. Ya no se trata idílicamente de preservar por un medio reprobable la salud de la humanidad futura, sino llanamente de producir seres humanos destinados a la muerte para la supervivencia de los actualmente vivos.

³²¹ “Como y por que me he convertido en padre de las células madres éticas” (Entrevista al científico Shinya Yamanaka, inventor del procedimiento plenamente ético) L’Osservatore Romano, 29 de agosto de 2008,

a Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos³²², celebrada el 19 de octubre de 2005, contempla las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos. Toma en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales. En su artículo segundo, establece como uno de sus objetivos “Promover el respeto de la dignidad humana y proteger los derechos humanos, velando por el respeto de la vida de los seres humanos y las libertades fundamentales, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos”. Con una línea similar en el ámbito europeo, el Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina³²³ obliga a los Estados parte a proteger la dignidad y la identidad de todo ser humano, y garantizar —a toda persona, sin discriminación— el respeto de su integridad y demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina. La doctrina de los derechos reproductivos fue elaborada por la jurisprudencia estadounidense en los años 70. La reproducción humana es regulada teniendo en cuenta, no las necesidades e intereses básicos de la persona humana sino el interés (contingente y variable) del Estado en la salud pública, bienestar y moralidad, contrapesado con el derecho de los individuos de estar libres de cualquier pesada interferencia del Estado en la regulación de su propia fertilidad. En las Conferencias Internacionales sobre Población de El Cairo (1994) y sobre la Mujer (Beijing, 1995), algunas organizaciones no gubernamentales, particularmente las feministas, trataron de reemplazar las condición sexuada de los seres humanos por la de género y de establecer el derecho a la salud reproductiva, del que derivan otros derechos complementarios³²⁴.

El derecho a la reproducción ha sido considerado como una expresión de autonomía procreativa, comprendiendo la facultad de poder reproducirse mediante los genes a los que se tenga legítimo acceso en la reproducción asistida. Más restringidamente, se ha configurado como una libertad procreativa, de tener niños o de evitar tenerlos, frente a la interferencia del estado. Se trata sin embargo de una libertad primaria por su carácter central para la identidad, la dignidad personal y el sentido de la propia vida³²⁵.

En los países desarrollados, particularmente allí donde imperan las reglas del mercado en la reproducción asistida, el derecho a la reproducción tiende a considerarse como una especie de derecho al hijo, por cuanto se ha modificado la concepción de infertilidad por la posibilidad de aplicar técnicas cada vez más avanzadas

En relación con la salud sexual y reproductiva, ya en el año 1994, la Conferencia Internacional para la Población y el Desarrollo de la ONU³²⁶ señalaba que ésta: entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir

³²² UNESCO, “Declaración universal de bioética y derechos humanos”, 2005. [consulta: 17 de septiembre, 2016]. DISPONIBLE EN: http://portal.unesco.org/es/ev.phpurl_id=31058&url_do=do_topic&url_section=201.html

³²³ Consejo de Europa, “convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina”. [consulta: 17 de septiembre, 2016]. Disponible en: <http://www.colmed2.org.ar/images/code04.pdf>

³²⁴ Acerca de esta temática A. M. Vega Gutiérrez, “Los ‘Derechos Reproductivos’ en la sociedad postmoderna: ¿Una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?”, en *Derechos reproductivos y Técnicas de Reproducción Asistida*, pág 1-52 (citado nota 1). Véase particularmente pág. 11 y siguientes y nota 32.

³²⁵ Robert G.Lee y Derek Morgan. *Ibid.* Pág. 31

³²⁶ Naciones Unidas, “Informe de la conferencia internacional para la población y el desarrollo”, Egipto, 1994. [consulta: 17 de septiembre, 2016]. Disponible en: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia³²⁷. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. Tanto en esta Conferencia, como años después en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se colocó el foco en que la salud sexual y reproductiva se encuentra fuera del alcance de una gran cantidad de personas de todo el mundo a causa, principalmente, de prácticas sociales discriminatorias³²⁸. La convención de Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre del año 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre **Derechos humanos, expuso en su artículo 17° La Protección a la Familia.**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

En fecha más reciente, el 2 de mayo de 2016, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha emitido la Observación General 22 dedicada al “Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

³²⁷ El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 inciso e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

³²⁸ La CIDH considera que la prohibición de la fecundación in vitro puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad CIDH, “Artavia Murrillo y otros c. Costa Rica”, [Consulta: 17 de septiembre, 2016]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Culturales”³²⁹. En esta oportunidad, el Comité advierte que, debido a las numerosas barreras legales, de procedimiento, prácticas y sociales, el acceso pleno al derecho a la salud sexual y reproductiva, tales como instalaciones, servicios, bienes e información es seriamente restringido. Añadiendo que el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo. Destaca, asimismo, que hay individuos y grupos de la población que experimentan múltiples formas de discriminación que exacerban la exclusión en la legislación y en la práctica (lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales y personas con discapacidad). Estas personas tienen mayormente restringido el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva. En este contexto, el Comité subraya que la atención integral de la salud sexual y reproductiva contiene cuatro elementos esenciales interrelacionados: **disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad**. Por lo que aquí interesa, enfatizamos que “La omisión o negativa para incorporar los avances tecnológicos e innovaciones en la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, tales como medicamentos para el aborto, tecnologías y avances en el tratamiento del VIH y de reproducción asistida, pone en peligro la calidad de cuidado”. En materia de TRHA, desentrañar, al menos a grandes rasgos, los derechos humanos que se ven comprometidos, resulta un hito fundamental para la construcción de los derechos y principios mínimos sobre los cuales edificar un régimen jurídico institucional acorde con el desarrollo y consolidación de los derechos humanos como perspectiva obligada. Para ello, el punto de partida son los diferentes instrumentos internacionales como regionales de derechos humanos sin perder de vista las voces autorizadas que provienen de la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos: la CIDH. Con el transcurso del tiempo, y más prolíficamente en los dos últimas décadas, el TEDH ha tenido que resolver muchos conflictos relacionados específicamente con las nuevas biotecnologías. En particular, en materia de técnicas de reproducción humana asistida³³⁰ ha tenido que evaluar distintas normativas estatales a la luz de los artículos 8° y 14° del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Resulta conveniente recordar el texto de ambos artículos: Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Art. 14: Prohibición de discriminación. El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. En este marco genérico, conviene detenernos, brevemente, en tres sentencias que, si bien no refieren a la temática que nos ocupa en esta oportunidad, resultan relevantes porque dejan en

³²⁹ Comité De Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “the right to sexual and reproductive health (article 12 of the international covenant on economic, social and cultural rights)”, colectivo derecho de familia. [consulta: 16 de septiembre, 2016]. disponible en http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/observaci%3f%b3n-n-22- desc_derechos-sexuales-y-reproductivos-02-05-2016.pdf

³³⁰ En esta oportunidad, dado que tenemos como objetivo la construcción de un diálogo o análisis en espejo entre las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de TRHA, no analizaremos las sentencias del TEDH relativas a los casos de gestación por sustitución.

claro que en materia relaciones paterno-materno filiales —sean producto del uso de las TRHA, o por filiación biológica o adoptiva— los Estados no deben introducir en sus regulaciones distinciones basadas en la orientación sexual de los progenitores o pretensos progenitores. Las TRHA fueron, originariamente, la respuesta frente a un problema médico: la infertilidad. Sin embargo, en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio para que miles de personas y parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio. En este contexto, las parejas del mismo sexo apelan a estas técnicas para alcanzar la maternidad o paternidad, al igual que las mujeres que desean ser madres sin tener pareja alguna. Como se puede observar, desde la perspectiva obligada de los derechos humanos, la reproducción asistida implica revisar la noción tradicional de familia en singular, la cual es interpelada por la necesidad de referirse a ellas en plural. Esto constituye una deconstrucción profunda en torno a la protección de la familia a la cual se refiere el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)³³¹.

Las técnicas de reproducción humana asistida han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) como fuente de filiación, con fundamento en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado. Nos hallamos frente a derechos de carácter personalísimo, que son condición natural del ser humano por ser tal, sin tener en cuenta sus características o condiciones. Los derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son esenciales, innatos, inalienables, imprescriptibles y de contenido extra-patrimonial, es decir, su órbita se ubica fuera del comercio. Son derechos de objeto interior, es decir, sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente³³². Los denominados derechos de la personalidad o personalísimos han sido consagrados y fundamentados a través de normas de carácter internacional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (1969), que posteriormente se tradujeron en tratados, pactos y convenciones que redondean un verdadero derecho internacional tuitivo de los derechos de la personalidad que obligando a los adherentes a adecuar sus legislaciones locales a él. La regulación integral y sistemática en dicha materia ha sido finalmente incorporada al CCCN, generando un gran acierto, ya que esta incorporación ha sido reclamada por la doctrina argentina y fundamentada con sólidos antecedentes en el derecho comparado³³³. El cambio y la evolución de la sociedad nos demuestran constantemente que muchas veces la situación fáctica y real, especialmente en cuanto al derecho de familia se refiere, supera el ámbito de la regulación legal. Frente a esto, sumado a los avances tecnológicos y médicos, que en la última década han tomado un ritmo galopante, nos encontramos actualmente inmersos en una dimensión impensada décadas atrás. Dentro de ella, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin tener ningún

³³¹ Agustina Bladilo 1 Natalia de la Torre 2 Marisa Herrera 1 Abogada (UBA), Argentina. agustinabladilo90@gmail.com 2 Profesora de Filosofía (UBA), Argentina. delatorre.natalia@gmail.com 3 Profesora de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA, Argentina. marisaherrera12@gmail.com

³³² Saltzer, Anderson, “Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica – Ministerio de Justicia de la Nación], N° 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177.

³³³ Rivera, Julio C., “Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista Pensar Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, año 1, N° 0, p. 145.

acercamiento de tipo sexual³³⁴. Impensado para otrora tiempo de la legislación derogada. Los avances dinámicos de la ciencia llevan de la mano a los legisladores que deben a la hora de legislar evaluar los pro y contras de estos avances sociales que en alguna medida fueron impensados para un futuro.

El futuro es hoy y cobra su carrera en espacio y tiempo para los cambios en la sociedad, culturales, médicos y sociales. Nadie y ninguno de los más audaces científicos han sabido a la hora de la verdad, el final de los caminos.

6.6 Sobre la certidumbre e incertidumbre jurídica: jerarquía de las normas.

Desde la antigüedad se ha entendido que la seguridad es uno de los fines sine qua non del derecho. Esencialmente denota saber a qué atenerse en las relaciones sociales signadas con implicancias jurídicas. Muy cercana a esta definición significa también la certeza y estabilidad que deben tener tanto las normas como el mismo orden jurídico para cumplir su misión. La palabra certidumbre o certeza proviene del latín certitudo o sea certeza, que a su vez significa el conocimiento seguro, propio y claro de algo. *“Ha sido un lugar común entre los autores pertenecientes a épocas muy distantes entre sí, como Aristóteles, Tomás de Aquino, Kelsen o Betham que las normas jurídicas deben asumir algunas condiciones básicas. Lo primero que sean claras, esto es que ofrezca al entendimiento una idea que refleje su contenido y finalidad y segundo que sean concisas. Por tanto la claridad y brevedad son dos cualidades esenciales.”*³³⁵

Pero además de las normas, la certidumbre del derecho apunta a un objeto más amplio pues se requiere certeza respecto a la jerarquía que deben gozar las normas entre sí y que es un constitutivo esencial del orden jurídico, pues va de suyo que este universo se encuentra poblado por una multitud de mandatos obligatorios que gozan de muy diversa fuerza y peso específico. Por ello el orden jerárquico reviste una importancia mucho mayor que cada norma en particular, pues la falta de esa condición lo torna en su contrario o sea en caótico. La incertidumbre que se ha generado en las entrañas del orden jurídico al no distinguirse con claridad o confundirse la escala jerárquica de las normas. Al fin propuesto se menciona que los grandes sistemas jurídicos occidentales se dividen entre aquellos, como el nuestro, en que la máxima jerarquía normativa proviene de legislaturas y por tanto se denominan leyes, llamado “continental”³³⁶, por originarse históricamente en Francia y otras naciones europeas, y otros, designado “common law”³³⁷. Cuyo origen es el Reino Unido y luego sus colonias, ahora naciones independientes como Estados Unidos, en que las normas son precedentes judiciales que gozan de obligatoriedad mientras no sean modificados por fallos posteriores conforme a procedimientos específicos. Lo dicho no significa que en el primero no existan sentencias o

³³⁴ Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida [online], Buenos Aires, [s. e.].

³³⁵ Perez Nuño Antonio Enrique, La seguridad jurídica, Ariel Derecho, Barcelona, 1994, pág.33-34. Además las leyes deben ser de índole general, estables, públicas o sea cognoscibles por todos, y por ello semánticamente entendibles, evitándose la vaguedad y la textura abierta y deben aplicarse por organismos independientes a quienes las han dictado

³³⁶ El sistema de derecho continental se basa sobre todo, en la normativa emanada por los poderes legislativo y ejecutivo. La norma jurídica, que es genérica, surge de la ley y es aplicada caso por caso en particular por los tribunales

³³⁷ Es denominado al Derecho común o Derecho consuetudinario vigente en la mayoría de los países de tradición anglosajona. En sentido estricto podemos decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066)

que en el segundo leyes. La distinción está dada por su jerarquía jurídica y política. Se menciona esta diferenciación sistémica pues la desaparición de sus límites conlleva perplejidad y confusión, lo que sucede cuando a veces se otorga primacía a una norma o sentencia y otras sucede lo contrario sobre el mismo tema controvertido. El problema es mayor cuando la duda tiene por causa la confusión respecto a la superioridad entre una corte de justicia nacional y otra internacional o un tratado de esta naturaleza y un precepto constitucional.

En la medida que esta diferencia no se acorte, la inseguridad jurídica estará rozando todas las normativas y medidas de cada Nación en particular. Esta brecha no tendría sentido si se coalicionarían las normativas propias de cada Estado. El objetivo de las leyes es para que la sociedad en su conjunto funcione a derecho y esas normas son creadas para el fiel cumplimiento de la sociedad hecha por el hombre. El ser humano es un individuo que merita y necesita de un orden primario para estar contenido y seguro dentro de un marco jurídico, que le dará seguridad y confiabilidad en sus actuaciones dentro de esos límites impuestos.

Entre las causas que originan la situación actual de incertidumbre se puede mencionar 1) la metamorfosis funcional de la Corte Interamericana de Derechos humanos a partir de la primera década del siglo veintiuno, caracterizada por la expansión de su jurisdicción traspasando lo determinado por la Convención Americana de D.H., tanto en lo que se refiere a sus fallos como también con relación al valor que pretorianamente confiere a sus opiniones consultivas y otras resoluciones; 2) la incidencia de ese tribunal internacional en los fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional desde ese momento y hasta hace muy poco, como en las instancias inferiores del Poder Judicial, influenciando también a la legislación nacional; 3) en la misma dirección cabe mencionar al denominado “bloque de constitucionalidad”, que lo es también de “convencionalidad”, viabilizado por Código Civil y Comercial Unificado, vigente desde 2015 como también la inclusión de principios y valores como parámetros de interpretación; 4) extensión de la función judicial o rol protagónico de los jueces.

A la luz de la evidencia, se puede mencionar que la jurisprudencia tiene un papel protagónico en el marco normativo. La falta de coalición y normas contundentes dejan al libre albedrío las resoluciones que la magistratura debe asumir, según la sana crítica y la coherencia de cada magistrado con pensamientos morales y éticos, que a la hora de la resolución de un conflicto se ve constreñido a dar el veredicto justo, que se acerque con la mayor equidad y justicia de cada caso en particular.

6.7 Conclusion

En este sentido, si bien las TRHA han sido originalmente desarrolladas como respuesta o alternativa médica frente a la infertilidad de parejas heterosexuales que no podían acceder a la maternidad/paternidad por las vías "naturales" o "tradicionales", este uso primigenio se ha visto ampliamente desbordado. Esto se debe no sólo a los avances científicos-tecnológicos, sino también a los cambios sociales y culturales en torno a los modos de entender y configurar familias y proyectos parentales. Tanto los organismos internacionales con sus observaciones, como los tribunales regionales de Derechos Humanos con sus sentencias, evidencian y acompañan este viraje a la hora de interpretar el alcance de las TRHA. La relación entre la validez de las normas ante la Constitución y la efectividad de esta y de las normas que la

desarrollan se encuentra en la génesis del paradigma garantista. En el Estado Constitucional esa divergencia suele expresarse en la distancia entre las normas constitucionales y la realidad, entre la validez y universalidad de los derechos fundamentales y su escasa aplicación u observancia por parte del Estado y los particulares. La preocupación central es la necesidad de asegurar los derechos frente al poder, limitar el poder y encauzarlo para que realice materialmente los derechos. De este modo, se pasa de un paradigma exclusivamente médico o de salud en sentido restringido que entendía el acceso a las TRHA únicamente como un paliativo ante la infertilidad en parejas heterosexuales, evolucionando hacia una idea más amplia.

La adopción prenatal, hace una salida digna para aquel ser humano con diagnóstico de futuro incierto. Están a la espera de una suerte mejor que aquella que en un estado de congelamiento se tiene. Los programas de “adopción” deben llevar a cabo prácticas tales como estudios de los hogares receptores, evaluaciones psicopatológicas de los padres biológicos que renuncian al hijo, asesoramiento psicosocial para las parejas adoptantes. La aplicación de la nueva tecnología reproductiva en los centros médicos de reproducción introduce nuevas cuestiones éticas. Si existen tantos embriones criopreservados en todo el mundo y no se donan, no se debe a problemas técnicos sino fundamentalmente a problemas éticos. Así, existen múltiples justificaciones técnicas de la criopreservación de los embriones supernumerarios: evitar el riesgo a que se someten las pacientes con la hiperestimulación ovárica controlada, el incremento en las tasas de embarazo por ciclo de estimulación (al criopreservar y posteriormente solo descongelar y transferir los embriones). *Lo natural es lo dado* y no lo meramente adquirido por medio de actos libres y voluntarios, vale decir, es esencia específica y principio de operación. Esencia, porque cada persona tiene individualizada la naturaleza humana, la cual es radicalmente suya. Por ser *natural* está ordenado a alcanzar los fines de la persona humana. Por ser *derecho* está ordenado a la justicia. Para decirlo en forma más precisa: dar a cada uno lo Suyo, en cuanto es un acto virtuoso, contribuye a hacer más buena a la persona que realiza la acción justa.

Las pruebas genéticas deben llevarse a cabo con criterios de pertinencia, calidad, equidad y accesibilidad., acorde a una normativa clara y protectoria.

Ante la posibilidad de transmisión de una alteración genética a los hijos se recomienda a los padres que accedan a un asesoramiento capaz de facilitarles información sobre las consecuencias de aquella, así como sobre las posibles acciones de asistencia médica y social. Nos cabe la pregunta rigurosa como persona racional con ética y moral., cuestionarnos: ¿podremos soñar con la técnica y la ciencia al servicio de la dignidad personal? Sí, podemos, sacando a la tecnociencia de su presunta neutralidad y poniéndola al servicio del hombre, en especial del pobre e indefenso, del débil y del enfermo. Se solicita la atención de los científicos en orden a la salud y al bien íntegro de todos.

Amén de la postura que el hombre debe tener a la hora de discernir lo justo y lo natural que es el embrión humano como sujeto de derecho y no como cosa., que tiene el derecho a gozar del privilegio que es común a todo ser vivo., cabe la pregunta puntual cuya respuesta sería respondida con la simpleza de un orden jurídico equitativo, unificado en todos los órdenes Nacionales e Internacionales. La inseguridad o la incerteza ocasionan un resultado negativo. Este resultado se vería beneficiado con una legislación acorde a unificación de criterios.

VII Capítulo V. Identificación, contradicciones, inconsistencias y logros normativos respecto del problema analizado.

7.1. Estatus Moral del embrión

“El hombre engendra seres iguales a sí mismo, específicamente, no numéricamente. Por tanto, lo que le pertenece a un individuo en cuanto a lo singular, como los actos personales y las cosas que le son propias, no se transmiten de padres a hijos. No hay gramático que engendre hijos conocedores de la gramática que Él aprendió. En cambio, los elementos que pertenecen a la naturaleza, pasan de los padres a los hijos, a no ser que la naturaleza esté defectuosa. Por ejemplo, el hombre de buena vista no engendra hijos ciegos, si no es por defecto especial de la naturaleza. Y si la naturaleza es fuerte, incluso se comunican a los hijos algunos accidentes individuales que pertenecen a la disposición de la naturaleza, como son la velocidad de cuerpo, agudeza de ingenio y otros semejantes. Pero no las cosas puramente personales”³³⁸

La persona posee un estatuto logico-gramatical único. No sólo porque hay que situarlo entre el nombre común y el nombre propio, sino porque, significa directamente el ser personal natural de cada uno. El término persona, como embrión, su significado no tienen el alcance como otras palabras y conceptos. No sólo por el modo que se predicán, sino también por su referenda objetiva. Los nombres se refieren siempre a características esenciales, generales o individuales. Por tal motivo deriva que de un embrión resulta una persona y es en ese mismo instante de transición que según lo dicho por Sir Bertrand Russell³³⁹ : «*En un instante de tiempo, no existe nada*». Se refiere que, todo es producto de la interacción de los átomos y las moléculas, de manera que, por definición, todo es un proceso dinámico. De ahí se deriva el argumento de la potencialidad, la idea de que, dado que un embrión o feto *podría* convertirse en adulto, es necesario concederle siempre un estatus moral equivalente al de un ser humano postnatal. La adquisición de la dignidad humana no viene dada como consecuencia de una actividad determinada, sino por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. Por tal motivo, es que quienes entienden que tanto la persona nacida –titular de derechos y obligaciones reconocidas y protegidas por el Estado de Derecho-, como la persona en vía de

³³⁸ SANTO TOMAS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 81, a. 2, in c.

³³⁹ Russel Bertrand Arthur William (Trellech, Monmouthshire, 18 de mayo de 1872-Penrhyndeudraeth, Gwynedd, 2 de febrero de 1970) fue un filósofo, matemático, lógico y escritor británico ganador en 1950 del Premio Nobel de Literatura.

Es conocido por su influencia en la filosofía analítica junto con Gottlob Frege, su compañero G. E. Moore y su alumno Ludwig Wittgenstein y A. N. Whitehead, coautor de su obra *Principia Mathematica*. Su trabajo ha tenido una influencia considerable en las matemáticas, lógica, teoría de conjuntos, filosofía del lenguaje, epistemología, metafísica, ética y política. Russell fue un destacado activista social pacifista contra la guerra.

Tercer conde de Russell, era hijo del vizconde de Amberle, John Russell, y ahijado del filósofo utilitarista John Stuart Mill, cuyos escritos tuvieron una gran influencia en su vida. Contrajo matrimonio cuatro veces y tuvo tres hijos.

desarrollo implantada en el útero de una mujer, como los embriones, ovocitos pronucleados merecen la misma consideración³⁴⁰.

El embrión es un sistema combinado, nuevo, irreductible, único. Producto de los dos subsistemas que lo han generado (el óvulo y el espermatozoide), in situ está inscrito genéticamente el proyecto, que permite el desarrollo programado del cigoto hasta su completa formación final a través de un proceso continuo, coordinado y gradual³⁴¹. Si la vida humana es un proceso, el principio de la vida será el inicio de ese proceso. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. Al embrión se lo suele reconocer como una entidad con un reconocimiento moral progresivo fundamentalmente por su incapacidad de subsistir solo, de requerir el seno materno, y porque no tiene las funciones de un adulto como es la conciencia para pensar y razonar. El embrión es en potencia un ser individual.

Hay que decir que el óvulo y el espermatozoide están unidos para la conformación de un cigoto, un embrión, pero cuando el óvulo es fecundado tenemos un nuevo ser en acto. Es un nuevo ser con posibilidades ineludibles. Su gradual crecimiento o desarrollo lo conforman en un feto, un bebé, un niño, un joven, un adulto. Un bebé no tiene las capacidades de raciocinio de un adulto -pero si la posibilidad de adquirirlas- y por esto no le negamos su condición de humano, es uno con potencia de llegar a ser un adulto, pero continúa siéndolo, y un adulto mayor con demencia senil es uno que perdió la potencialidad de razonar, pero sigue siendo humano. El acto nos dice lo que somos, en este caso seres de la especie humana y la potencia nos da las diferentes facultades que pueden estar o no estar, que pueden crecer o disminuir.

Existe una creencia que afirma que no se es persona por no poseer inteligencia; sabemos que las personas en estado de coma o que están dormidas no dejan de ser personas por este hecho. En la Instrucción *Donum vitae*³⁴² (1987) surgen preguntas del tipo: “¿Cómo no van a ser humanas las células que dan origen a un ser humano?” “¿Cómo un individuo humano podría no ser persona humana?³⁴³”. ¿Cómo no van a ser humanos los embriones de los que se obtienen células que se usan para curar seres humanos? A su vez la Instrucción *Dignitas personae* (2008) afirma que: “A cada ser humano, desde la concepción hasta la muerte natural, se le debe reconocer la dignidad de persona”. Por esta razón la carga de la prueba recae sobre quien pretende sustraer a un ser de nuestra especie de la condición de persona. Si alguien dudara de la naturaleza del embrión, habría que darle al embrión el beneficio de la duda, es decir, está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano. El portador de anomalías congénitas no pierde por esta razón las prerrogativas propias de un ser humano, al cual debe ser tributado el respeto al que tiene derecho todo ser humano. Un ser humano grande o pequeño, sano o enfermo, nunca puede ser lesionado ni usado como cosa aunque sea en beneficio de otro.

Hay muchos aspectos que distinguen al ser humano del resto de seres de la naturaleza. El hombre es capaz de crear símbolos y lenguajes para comunicarse, es capaz de distinguir lo que esta bien y lo que no lo esta, de discernir entre lo bueno y lo malo., dentro de ello considerar lo ético y moral.

³⁴⁰ Zurriarán, German, La dignidad del embrión humano congelado. Revista Médica de la Universidad de Navarra, España. Vol 51, 2007

³⁴¹ Palazzani, L. “Por un ‘estatuto jurídico’ del embrión humano”. Cuadernos de Bioética. 1 (1995): 23-29.

³⁴² Instrucción *Dignitas personae*, 8.IX.2008, n. 5.

³⁴³ Instrucción *Donum vitae*, 22.II.1987, n. 12-13

Si somos producto de la naturaleza y como excelencia, el animal racional, rey absoluto de la naturaleza conocida, debemos actuar como tal. Somos conscientes que de nosotros mismos depende nuestra propia existencia. Ninguna de cualquier otra especie destruiría su propia creación. ¿O es que por el mero desconocimiento de uno de los pecados capitales, nos dejamos llevar por la ira de lo impensado y creamos nuestra propia destrucción?

7.2. Consecuencias en la reducción embrionaria, implicancias y estatus jurídico del embrión. Normativa Nacional y derecho comparado.

La reducción de embriones o fetos en el embarazo múltiple consiste en una intervención ginecológica que se realiza a mujeres embarazadas de más de un feto. Su objetivo es disminuir los riesgos y complicaciones de un embarazo múltiple con la perspectiva de llegar a término el tiempo gestacional sin dificultad. Concretar un embarazo seguro sin riesgos para el feto y para la gestante.

Los tratamientos de **reproducción humana asistida** y las elevadas tasas de embarazo múltiple logradas, han provocado el aumento del número de embrioreducciones, lo llamado como supernumerarios, así como también el desarrollo de esta técnica producto del avance de las ciencias médicas. Ello consiste en la interrupción del desarrollo de uno o más fetos durante el transcurso de una gestación múltiple. Generalmente, la reducción embrionaria se hace cuando la mujer queda embarazada de trillizos, cuatrillizos o incluso más embriones. No obstante, se considera que se trata de un embarazo de riesgo, también puede ser recomendable hacerla en un embarazo gemelar. Los riesgos causados por un embarazo múltiple implican la necesidad de hacer una reducción embrionaria. Se lleva a cabo el procedimiento por consecuencias y riesgos que corre la gestante. Estos son debido al producto de un retraso en el crecimiento uterino. Muerte fetal intrauterina. Parto prematuro, con el riesgo que todos los gestados perezcan por ser atemporal su nacimiento. Complicaciones cardiovasculares graves. Finalmente ruptura uterina y hemorragias que llevarían a la madre a su deceso.

Se torna complicado a la hora de decidir. Cuáles son los embriones que llegarían a término gestacional. No es viable el nacimiento de multiples bebés por el peligro que esto produce en la salud de la madre, el riesgo de malformaciones y complicaciones en los órganos vitales de los fetos., por otro lado, la imposición de un nacimiento multitudinario. Esto trae implicancias económicas pues no todas las familias poseen la capacidad para la manutención de todos los bebés nacidos.

“La embrioreducción es una intervención que puede hacerse por vía vaginal o abdominal, aunque ésta última es la más frecuente.

*El ginecólogo introduce una aguja a través del abdomen de la mujer hasta llegar al cuerpo del feto que quiere eliminar guiado por ecografía. A continuación, se inyecta una **solución de cloruro potásico** directamente en el tórax del feto, lo que provoca la detención de su actividad cardíaca inmediatamente.*

Esta intervención es muy similar a la amniocentesis³⁴⁴ y suele realizarse con anestesia local³⁴⁵. “La reducción de embriones suele hacerse entre las semanas 10 y 13 de embarazo, después de la primera ecografía, debido a los siguientes motivos:

³⁴⁴ Una prueba de amniocentesis es un procedimiento mediante el cual un médico toma una pequeña muestra de líquido amniótico del útero. Con esta prueba, se detectan algunas anomalías congénitas.

³⁴⁵ *Dra. Paloma de la Fuente Vaquero (ginecóloga) y Zaira Salvador (embrióloga)*

- Existe la posibilidad de que los embriones se **autorreduzcan** de forma natural durante el primer trimestre de embarazo.
- En la ecografía de las 12 semanas es posible medir ciertas características fetales, como el pliegue nucal, la frecuencia cardíaca o la medida cráneo-caudal que puedan indicar signos de sufrimiento fetal. También es posible detectar malformaciones fetales.
- En este tiempo, existe la posibilidad de hacer un **test prenatal no invasivo** que aporte más información sobre los fetos.
- Es necesario determinar si se trata de un **embarazo monocigótico o bicigótico** y, a su vez, saber si los fetos comparten o no placenta.

Gracias a la evaluación de todos estos factores, el ginecólogo puede tomar la mejor decisión sobre qué feto o fetos deben eliminarse para no comprometer la viabilidad del resto”³⁴⁶.

Existen dos tipos de reducción embrionaria: **Reducción selectiva**: Cuando existen evidencias que uno de los fetos está menos desarrollado o presenta defectos o malformaciones congénitos. Efectivamente será aquel feto elegido para la suspensión de su desarrollo.

Reducción no selectiva: Se procederá cuando no existe ninguno de las consecuencias clínicas mencionadas. Sólo se tomará a aquel que se encuentre en mejor posición para la introducción de la aguja.

La probabilidad de supervivencia del resto de fetos, se ve aumentada a raíz de la reducción embrionaria. Permite desarrollarse mejor y poder llegar a término sin problemas para el resto de los embriones. Si bien la técnica de reducción no queda exenta de posibles riesgos., como el aborto espontáneo (6-7%). Parto a término en un 75% de las veces. Infección ovular o intra-amniótica. Hemorragias post quirúrgicas y sin descartar consecuencias psicológicas.

Al implementarse la Técnica Humana de Reproducción Asistida, queda reducida la cantidad de embriones a transferir. Concordemos que solamente se transfieren hasta tres embriones crioconservados por término empleado. Esto hace una gran disminución de otras consecuencias negativas., tanto físicas como psicológicas. La reducción embrionaria va a depender del número de embriones viables en el embarazo, así como del estado de salud de la gestante o los antecedentes personales de la misma.

Cuando interviene el Derecho como elemento fundamental en la vida del hombre, puntualizamos que toda persona tiene derecho a la vida y a sus consecuencias. Las ciencias médicas toman una postura médica científica donde el Derecho forma parte colateral con respecto a la Salud. Si bien la reducción embrionaria es necesaria para a salud de la gestante esto hace evitar complicaciones en el feto o embrión, cuya vida late en el seno materno., la medicina no considera el derecho a la vida de todos los embriones colocados intrauterinamente, según las posturas filosóficas y del Derecho en sí., todo individuo tiene derecho a la vida.

“Derecho a la vida, derecho fundamental” se pretende mostrar a la luz de los importantes aportes que entrega las ciencias biológicas que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación. Esta nueva realidad en virtud de su condición de ser humano tiene el derecho a que se le respete su vida y ninguna consideración de orden utilitarista o social puede justificar su eliminación. La razón de este respeto hunde sus raíces en que no hay bien superior que la vida, fundamento de todos los demás derechos y en que nadie puede atribuirse el derecho para determinar qué vida merece ser vivida o su valor. Dado que el desarrollo de un ser humano es un proceso continuo y gradual, la dimensión cuantitativa del ser ha de estar

³⁴⁶ Idem.

subordinada a la dimensión cualitativa u óptica que lleva grabada en virtud de su condición”³⁴⁷. Cuando nos referimos a la cuestión del derecho a la vida, nos referimos a la vida de un ser de la especie humana.

STATUS JURIDICO DEL "NASCITURUS" La vida humana, posee variedad de elementos jurídicos que lo auto-protegen. Lo abarcaba el viejo Código Civil de Vélez Sarsfield, como el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. –

Como en el derecho comparado se determina: Naturaleza jurídica de los «efectos favorables» para el nasciturus.- La Doctrina científica está dividida en cuanto a la naturaleza de esos «efectos favorables» del «nasciturus», cuya protección genérica, el cual somete la protección de los derechos del nasciturus a una doble «conditio iuris»: que nazca con figura humana y viva instantes después de su nacimiento, luego de haber sido enteramente desprendido del seno materno. Un sector doctrinal sostiene la teoría de la ficción, según la cual la personalidad comienza con el nacimiento, pero se reconoce al concebido una ficción de derechos, atribuyéndole una especial consideración de persona jurídica³⁴⁸. Para otros estos «efectos favorables» son expectativas de derecho o derechos sin sujeto definitivo; o bien son derechos en formación, como los consideraba Ferrara, quien habla de un estado evolutivo del derecho, en el que entre la existencia del mismo y su falta absoluta hay un estado de formación, que genera una expectativa sobre la futura existencia del mismo; por ello hay tres grados en la formación del derecho: las esperanzas genéricas de adquisición, sin trascendencia jurídica; las expectativas de derecho, que son un derecho realizado en parte, pero con una incertidumbre acerca de su existencia misma o de su pertenencia, situación de pendencia de la que deriva un efecto jurídico: la protección de esa expectativa; la última de esas fases sería el estado inmediato anterior al derecho perfecto, que es el derecho a término, el cual ya es cierto, pero aún no es exigible³⁴⁹. De Castro habla de situaciones jurídicas interinas, que son aquellas que nacen bajo el signo de la limitación con una finalidad transitoria de mantener cierto «status» hasta que se produzca la situación jurídica definitiva. Dentro de ellas distingue tres modalidades: titularidades temporales limitadas (derechos sucesivos aplazados); situaciones jurídicas de pendencia, que lleva consigo una protección jurídica interina en favor del sujeto transitoriamente indeterminado de un derecho subjetivo; y las situaciones débiles, situaciones jurídicas viciadas, por carecer de algún requisito legal, y las situaciones jurídicas en litigio³⁵⁰.

La calificación jurídica de los derechos del «nasciturus» exige una huida de la regulación jurídico-civil, para intentar penetrar en la naturaleza de esos derechos y en la trascendencia personal y social de los mismos, partiendo siempre de la consideración de persona del «nasciturus». Así hay que distinguir entre unos u otros derechos.

³⁴⁷ Teología y vida

versión impresa ISSN 0049-3449 Teol. vida v.48 n.4 Santiago 2007

<http://dx.doi.org/10.4067/S0049-34492007000300005> Teología y Vida, Vol. XLVIII (2007), 413 – 423. ESTUDIOS. Derecho a la vida, derecho fundamental. Fernando Chomali. Profesor de la Facultad de Teología Pontificia Universidad Católica de Chile

³⁴⁸ En tal sentido se pronuncia Puig Brutau. Fundamentos de Derecho Civil I, 39.

³⁴⁹ Ferrara. Trattato di Diritto Civile I Trattato di Diritto Civile I, 433

- 434.

³⁵⁰ F. De Castro y Bravo. Derecho Civil de España. 2ª ed., 606 ss.

Los derechos humanos son predicables de los «nascituri» como sujeto titular actual de los mismos con plenitud de efectos desde el momento de la concepción, sin condición de tipo alguno, pues son derechos que surgen de la propia naturaleza humana (de ahí su denominación «derechos humanos», universalmente reconocida). Si se reconoce que los «nascituri» son seres humanos y por tanto personas se le han de reconocer y tutelar los derechos que al ser humano intrínsecamente le corresponden.

Más complejo es el reconocimiento de los derechos subjetivo-positivos de carácter político o civil; hay derechos que no son predicables del «nasciturus» como no son predicables de otras personas, por no reunir los requisitos que el ordenamiento jurídico exige para su titularidad o para su ejercicio. Otros derechos de índole civil sí son predicables del «nasciturus» como titular de los mismos, como lo pueden ser la donación o la herencia, aunque su ejercicio deba ser efectuado por otras personas, sus representantes legales. Estos derechos pertenecen al «nasciturus» como sujeto actual, pero sometidos a la doble condición suspensiva de los artículos 29 y 30 C.c.,Español, la cual supone que el derecho existe en acto desde que jurídicamente surge, pero su eficacia queda en suspenso hasta que la condición se cumpla, cumplida la cual aquél produce todos sus efectos con la retroacción de los mismos al momento de nacimiento del derecho. La justificación, en estos casos, de la exigencia del cumplimiento de la doble «conditio iuris» sería la protección del tráfico jurídico.

El «nasciturus como sujeto titular actual de los derechos humanos.- Después de todo lo manifestado, se debe afirmar que el «nasciturus», en cuanto persona, es sujeto de los derechos subjetivos derivados del Derecho Natural: los derechos humanos. Éstos se pueden definir como las prerrogativas naturales del hombre, entendidas como facultad de hacer legítimamente lo que conduce a la realización de los fines de su vida y de hacer y exigir todo lo que el Derecho Natural establece en su favor, lo que hace surgir unas relaciones interpersonales y le permite imponer a los demás, un comportamiento concreto para su respeto, protección y tutela. Estos derechos humanos, enraizados en el Derecho Natural (del que constituyen su núcleo), tienen su origen en la propia naturaleza del hombre, en cuanto que su dignidad los impone, y le pertenecen ontológica e intrínsecamente por el mero hecho de serlo, sin distinción de las etapas o fases de su desarrollo. Son características de estos derechos humanos las siguientes: 1º.- Son innatos y connaturales al hombre, pues tienen su origen y causa en su propia naturaleza. 2º.- Son inviolables, por lo que no pueden ser quebrantados ni infringidos por ninguna persona; todos, incluido el Estado, tienen el deber jurídico y moral de respetar estos derechos y hacerlos respetar. 3º.- Son irrenunciables, por cuanto son connaturales al hombre. 4º.- Son inalienables, es decir, están fuera del tráfico jurídico, pues su enajenación sería la negación de la propia naturaleza humana. 5º.- Son imprescriptibles, esto es, no se extinguen por el mero hecho de que su titular no haga actos concretos de ejercicio de los mismos durante un periodo de tiempo; al ser innatos nacen con el hombre y se extinguen con él, no tienen otra causa de extinción. 6º.- Son derechos absolutos que se imponen «erga omnes», a todos imponen el deber de su respeto. Los derechos humanos han tenido su acogida en nuestra Constitución, que los incorpora al Ordenamiento Jurídico como derechos directamente exigibles (cf. arts. 9.2; 17.4; 18.1 y 4; 20.3; 27 CE).

Por disposición del legislador constituyente quedan instituidos como principios básicos del conjunto del orden jurídico objetivo; han de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son el «fundamento del orden jurídico y de la paz social» (art. 10 C.E.). La positivación (acogida por el Derecho Positivo) de los derechos humanos fundamentales abre para todos, sin que haya norma alguna que excluya al nasciturus, el reconocimiento y tutela de los mismos, tutela que ha de ser asumida por el Estado, pues son una realidad anterior al Derecho Positivo. Por tanto, los derechos humanos tienen al hombre como sujeto activo y a los restantes hombres, a la sociedad y al Estado como sujetos pasivos, en cuanto deben respetarlos y procurar y facilitar su ejercicio y tutela³⁵¹.

La dignidad del hombre y sus derechos humanos son la base no sólo de nuestro Ordenamiento Jurídico Español, sino que también han sido acogidos por normas internacionales (Declaraciones de Derechos humanos) y por los Ordenamientos Jurídicos de muchos países, especialmente del área occidental²⁷. Sin embargo, en muchos de esos ordenamientos, incluido el español, se incurre en una contradicción. La admisión legal del aborto, la posibilidad real de investigación con embriones y su consideración de material genético, son realidades que niegan la dignidad del ser humano y el derecho a la vida, la igualdad del nasciturus con otros seres humanos, su derecho a la integridad física y a la salud. Así, mientras se califica a los derechos fundamentales como principios generales con una eficacia jurídica directa y exigible, se le niegan al ser humano en los primeros momentos de su vida. Tal incongruencia parte de la negación al «nasciturus» de la condición de persona.

Similarmente en el Código Civil Argentino reconocía al nasciturus, el status jurídico de persona desde el momento de la concepción en el seno materno,. Así en el Libro Primero: "De las Personas", Sección primera "De las personas en general", Título II: "De las personas de existencia visible". El art. 63° Cód.Civil., disponía que: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno". El art.70° del mismo cuerpo legal reafirma la postura al establecer: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido". El art.76° del Cód.Civil. rogaba: "La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y mínimo de la duración del embarazo". También en el libro IV: "De los derechos reales y personales", Sección primera: "De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían" el art. 3290° rogaba: "que el concebido es capaz de suceder..." La mayoría de la doctrina nacional, entiende que a pesar de la literalidad de las normas mencionadas en el acápite anterior, son suficientes para abarcar al embrión generado por la reproducción asistida, ya sea recurriendo a la interpretación de las normas a través del método teleológico, histórico o extensivo; o proponiendo como solución la analogía; otros juristas, en cambio, proponían la reforma del Código Civil.

En el actual Código Civil y Comercial de la Nación está explícito en su libro I Parte General. Título I Persona Humana. Capítulo I comienzo de la Existencia en su art. 19°. Art. 20°. Duración del embarazo. Art. 21° Nacimiento con vida. Donde los derechos y obligaciones del

³⁵¹ 26 Sts. T.C. 11 de abril de 1985 n°. 1985/53; 11 de abril de 1986. St. T.S. de 12 y 30 de abril de 1988.

concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. En el Libro V Transmisión de los Derechos por Causa de Muerte Título I Sucesiones. Capítulo I Art. 2279° CCyC inc b. Las concebidas en ese momento que nazcan con vida., inc.c Las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561° CCyC.

La Constitución de la Provincia de Córdoba en sus arts. 4° y 19° inc.1° al igual que la Constitución Nacional después de la reforma, en su art.75° inc.22 -a través de los tratados internacionales-, y el art. 264° de la ley 23.264 (ley de patria potestad y filiación) han traído un cambio normativo en este sentido, protegiendo la vida desde la concepción, sin referirla al seno materno, pues reparó en el embrión extrauterino³⁵². El art.4° inc.1° del Pacto de San José de Costa Rica establece: " *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*"; en igual sentido y con la misma jerarquía constitucional lo regulan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art.6° inc.1°; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art.1°; La Declaración Universal de Derechos Humanos en el art.3 y la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en el Preámbulo y en el art.6, y más concretamente con la reserva que prescribe el art.2°, párr.3° de la ley n° 23.849 (que aprueba la convención) estipulando que por niño debe interpretarse todo ser humano desde la concepción.

Jurisprudencialmente, el Máximo Tribunal de Justicia de la Provincia de Córdoba, en la causa "Vázquez Rogelio Adrián p.s.a. de homicidio culposo -Recurso de Casación-" en sentencia n°113 del 25 de noviembre de 2003³⁵³, al tratar detalladamente el status jurídico de la persona por nacer, llega a la conclusión, inspirado en semejantes principios jurídicos, de que a partir de la concepción hay un niño.

*"De conformidad con los principios proclamados, en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Los niños aún no nacidos desde el comienzo de su existencia, desde su concepción intra o extra corpórea son miembros de la familia humana"*³⁵⁴.

La CSJN, como intérprete último de la ley, en los autos "Portal de Belén -Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social"³⁵⁵, ya mencionado con anterioridad., ha reafirmado, que el derecho a la vida desde la fecundación, es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva.

³⁵² CARRERA, Daniel P., EL "OTRO" DEL HOMICIDIO , en Pensamiento penal y criminológico Revista de derecho penal integrado año II-n°3-2001, editorial Mediterránea, p.28.

³⁵³ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba " Vazquez, Rogelio Adrián p.s.a. Homicidio culposo- Recurso de Casación"., Fallo N°113 del 25 de Noviembre del 2003.

³⁵⁴ BARROCO MARMOL, Ruy. Protección de la vida e igualdad prenatal del hombre en la República Argentina.

³⁵⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación,LL,2002-B,520.

Sostiene que el comienzo de la vida humana "...tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en este momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana afirma que tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo en potencia...Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación".

La concepción- fecundación, constituyen el punto de arranque de la protección del ordenamiento jurídico.

Esta posición, sin distinguir el lugar de concreción de tal fenómeno, por entender que es una connotación accidental con relación a la esencia del ser ya generado³⁵⁶, concluye bajo tal prisma, que el status jurídico del embrión humano producto de la fecundación ectogenética o extracorpórea, es idéntico al embrión que surge de la reproducción natural, porque ya estamos, en presencia de un nuevo ser humano único e irrepetible (unicidad), ser uno solo, plenamente identificable (unidad) y su persona es inviolable, cualquiera sea la forma.

El Código Penal Argentino en su Libro Segundo: "De los delitos", Título 1°, comienza con la regulación de los "Delitos contra las personas". En su Capítulo 1 contempla a los "Delitos contra la vida", protegiéndola desde su comienzo, esto es desde la gestación hasta su muerte.

El bien jurídico protegido, bajo este título es la vida y la integridad humana, distinguiéndose entre la vida humana de las personas por nacer (feto, embrión), y de las que han comenzado a nacer (la persona que ha nacido es considerada por el derecho como persona de existencia visible o ideal).

Para el Derecho Penal el primer momento de protección de la vida humana, -con igual amplitud que los distintos mecanismos de tutela mencionados - es desde la concepción.

Aquí es importante destacar que para aquellos que se enrolen en la postura que fija el comienzo de la protección penal en la fecundación, la utilización de mecanismos preventivos como medio de control de la natalidad, que impida la fecundación no será delictiva³⁵⁷. En cambio otros autores³⁵⁸ sostienen, si lo que impide el método es la anidación del óvulo fecundado en el útero materno, como sería la utilización de dispositivos intrauterinos ³⁵⁹ (DIU) quedará comprendido dentro de las conductas prohibidas por ser abortivas.

³⁵⁶ Lledo Yagüe, Francisco, "Fecundación artificial y derecho", p.82, citado por BANCHIO, Enrique, Status jurídico del "nasciturus" en la procreación asistida, L. 1991-B, p.826.

³⁵⁷ NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal, Lerner Editora Córdoba, 2° ed., 1965, t III, vol. I, p.163.

³⁵⁸ DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, p.69.

³⁵⁹ Aquí cabría la aclaración de que el DIU impide el embarazo porque reduce principalmente la capacidad que tienen los espermatozoides de fecundar al óvulo es decir que interfiere en primer lugar en la capacidad de fecundación y por ende no sería abortiva (el resaltado me pertenece). El sistema inmunológico identifica al

La protección penal del nasciturus -a diferencia del resto del ordenamiento jurídico- es solamente en el seno materno (cualquiera sea el medio que se haya utilizado para lograr la concepción natural o artificial); ya que la destrucción de esta vida está tipificada con el delito de aborto, conforme lo tipificado en el Código Penal³⁶⁰, que si bien no da una definición legal, requiere como presupuesto indispensable desde el miraje jurídico: del embarazo, la vida del feto y su muerte a raíz de los medios abortivos utilizados, de modo que no se protege al embrión fecundado in vitro, -catalogado biológicamente como vida humana- ya que no está en el útero de la madre. Como se advierte sujeto pasivo de este delito sólo puede ser el feto que se encuentra en el claustro materno³⁶¹. Cabe señalar el avance científico va un paso hacia adelante que la normativa y el derecho positivo, es este último atraído por los avances de la sociedad fue impulsado a constituir normas que se acomoden a la vida actual con respecto de otras leyes que fueron producto de grandes debates en el Congreso Nacional. Impulsando medidas que en la actualidad han dejado de ser tipificadas para comportarse como derecho a quien está engendrando disponer de su cuerpo de una manera libre. Pero las normas aún con estas nuevas reglamentaciones, siguen desde un período protegiendo al nasciturus con limitaciones a libremente disponer de su existencia. Ley vigente: Estatus legal. Ley No. 27.610³⁶² del 30 de diciembre de 2020 establece que el aborto inducido es legal y gratuito, en los casos ya habilitados desde 1921 (aborto terapéutico y en caso de violación), o en todos los demás casos cuando la gestación no supere la semana catorce, incluida.

Así mismo en el sentido lógico y racional, la reducción de embriones se encontraría dentro de parámetros de lo abortivo, puesto que al realizar una selección por diversos motivos, ya sea por fundamentos en la salud o la practicidad económica estaríamos realizando un aborto selectivo. Si bien no está tipificado en nuestro código Penal Argentino, la selección de embriones crioconservados para la concreción de una gestación sin riesgos y un nacimiento con éxito., la jurisprudencia, las normas no mencionan esta postura. ¿Cómo podríamos darle una postura jurídica al hipotético caso del desliz, imprudencia o negligencia de un laboratorio, si descuidadamente se derrumbara una estantería o se incendiara el claustro donde yacen los embriones crioconservados?. ¿Se estaría en presencia de un genocidio? .

Nuevamente la mirada científica de la propinante, las personas tienen derecho a una vida sana de elección y de disposición libre en sus derechos fundamentales., medidas que en vano

DIU como un cuerpo extraño y produce un gran número de leucocitos, unas células inmunitarias que lo atacan y que de este modo destruyen los óvulos y espermatozoides presentes en el útero. También se ve afectado el revestimiento uterino, impidiendo la implantación del óvulo fecundado (Enciclopedia Microsoft Encarta 2000).

³⁶⁰ ARTICULO 85 del Código Penal. El que causare un aborto será reprimido: 1º Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

³⁶¹ PABLO BIANCHI 2005 www.sajj.jus.gov.ar Id SALJ: DAOC050050 El embrión humano fecundado en forma extracorpórea y su protección por el Derecho Penal y el Derecho Civil.

³⁶² El aborto en Argentina se refiere a la historia y al estado actual del aborto voluntario. Argentina estableció la despenalización del aborto terapéutico y por causa de violación desde 1921, y estableció el derecho al aborto gratuito y asistido médicamente, por Ley 27.610 del 30 de diciembre de 2020, en los casos ya habilitados desde 1921, o en todos los demás casos cuando la gestación no supere la semana catorce, incluida. La ley entró en vigencia en todo el territorio nacional el 24 de enero de 2021 tras la promulgación del presidente de la Nación, Alberto Fernández.

coartar ni mucho menos limitar., pero si nuestros legisladores aplicasen medidas protectorias cuyo fin es preveer y evitar, nada de esto estaría sucediendo³⁶³.

Si bien el tema abordado es algo álgido para la cuestión de la personalidad del nasciturus con respecto a los planteamientos de la personalidad jurídica., y de la protección que se debe dar al mismo desde la fecundación., es en concreto que este ser, se encuentra en su primera etapa de vida. La reducción embrionaria pareciera que barremos con los conceptos prefijados. Pues, no., a lo que se debe tener cuenta es que en la praxis, todo esto se materializa, dado que si bien la mirada que se aborda en todo este trabajo de investigación científica, es darle la relevancia que se merece a ese ser conformado en primera instancia. Existen progenitores que deben tomar la decisión en forma conjunta con el asesoramiento de los laboratorios, y el sector de medicina., de los peligros que existen dar existencia a los llamados embriones supernumerarios, o aquellos implantados todos en el seno materno. Es por ello que la relevancia de legislar a la hora de proceder desde el minuto cero en toda esta perspectiva abordada con antelación, para evitar eliminar o destruir vidas que son , simplemente únicas en el universo.

7.3. Distintas posturas de los embriones crio-congelados

“Embrión”, son variadas la definiciones y conceptos que se le asignan. Subordinarse al grado de dignidad y respeto que se le reconozca. Acatar la aceptación del término es brindarle una determinada acepción. De allí deriva de la aceptación o rechazo de la crioconservación del embrión humano. Converge al destino de aquellos que por diversas razones no serán transferidos al útero femenino, de la destrucción de embriones para la obtención de células troncales embrionarias, para su investigación, donación, la ilicitud de la venta de los mismos o incluso la fusión de un embrión humano con otra especie animal, para proyectos experimentales.

Para los defensores de los derechos humanos y el derecho del propio embrión en si mismo, adoptan una postura indeclinable al considerarlo dentro de la especie humana y como humano reúne las condiciones de persona digna de protección. Es conceptuado un sujeto de derecho. Su hábitat natural de desarrollo es indiscutiblemente el útero de la mujer. *“Tenemos, pues, un estatuto biológico, científico, filosófico, jurídico, ontológico, teleológico y hasta para algunos teológico. Pero el punto de partida es biológico, el cual debe ser aceptado por todos, pues es lo que se considera una verdad científica empíricamente demostrada. El embrión es la etapa inicial de la vida de un individuo de la especie humana ,incluso la artificialidad de su producción no altera el estatuto a que tiene derecho.Sería de esperar, por tanto, que se le apliquen las mismas regulaciones que controlan los tratamientos, las intervenciones diagnósticas e investigaciones biomédicas, en las personas nacidas ”*³⁶⁴.

³⁶³ Romano Paula Fabiana: Doctoranda, aspirante de grado de Dra en ciencias jurídicas. Escribana pública.

³⁶⁴ Penchaszadeh, V Ética de las investigaciones biomédicas en un mundo globalizado, en: Acosta J., ed. Bioética para la sustentabilidad. Acuario, La Habana, 2002

“Las biotecnologías presentan un nuevo y poderoso desafío al Derecho: No sólo la de garantizar el respeto de la vida humana embrionaria, sino también el de asegurar la integridad e identidad de las generaciones futuras”³⁶⁵.

Se considera que al partir de la biología, el embrión es un ejemplar potencial y viviente que pertenece a una especie determinada. No puede ser dividido sin ser previamente destruido y se aún así se dividiese resultarían seres de la misma especie, madre de quien se originó. Establece que según la biología, el embrión es un ejemplar viviente que pertenece a una especie dada; un ser organizado que vive una existencia propia y que no puede ser dividido sin ser destruido y si es capaz de dividirse, resultan varios individuos de la misma especie. Todas las teorías convergen a un fenómeno explicando la postura de algunos autores que sostienen que si el embrión se puede dividir, estaríamos en un conjunto de células de alguna especie y por tanto no se lo consideraría persona. Claramente la definición y el concepto menudo en el mismo término “Embrión” será un fenómeno totalmente distinto. Todo va a depender el reconocimiento que cada uno le propicie. De allí toman la conclusión que al no ser un individuo consecuentemente no es persona., al no tener en su constitución rasgos humanos o la conformación del sistema nervioso central. En estas circunstancias no es merecedora de la consideración de una persona plenamente desarrollada.

El estatuto moral del embrión es una cuestión difícil de resolver de manera determinante³⁶⁶.

Tal y como lo anticipamos, el embrión puede ser entendido como un mero conjunto de células; puede ser considerado por otro lado, como una persona potencial, un organismo multicelular con la aptitud de desarrollarse biológicamente; como, también, puede ser considerado de manera diferente, según se encuentre implantado en el útero de una mujer o no.

Existen divergencias de doctrinas y posturas respecto a la personalidad del embrión., posturas que a pesar de los argumentos, la ausencia de moral y ética son visiblemente negados.

Posturas respecto a la crío conservación embrionaria.

Existen diferentes posiciones existentes actualmente, todas vinculadas con la crío-conservación de embriones. Analizamos cada una de las posturas a fin de conocer el debate que se viene que se da en la sociedad sobre estos temas.

Clásica, Ético - Moral.

La postura clásica, moral – ética, sostiene que el punto neurálgico del cual se debe partir al momento de regular la problemática es el respeto por la dignidad del embrión humano.

La dignidad radica en la individualidad original y única. El concepto de “dignidad humana” ha ido evolucionando en la historia de la cultura occidental hasta verla como algo intrínseco a la persona humana y no vinculado a una o más de las cualidades del ser humano con más o menos gradación; *“todas las cosas tienen precio; pero el hombre tiene dignidad”*. Más bien, es propio cuando el hombre pierde sus cualidades físicas, intelectuales, morales que resplandece más su pura dignidad. Por tanto, si el embrión es un ser humano (porque ha empezado un

³⁶⁵ ANDORNO, Roberto. Profesor de Derecho Civil Universidad Austral. Revista Chilena de derecho, Vol 21 N°2, pp321-328(1994)

³⁶⁶ BECA INFANTE, JUAN PABLO .FUNDADOR Y DOCENTE Médico Cirujano U. de Chile Especialista en Pediatría, Neonatología, U. de Chile Profesor Titular U. del Desarrollo Fundador y Docente del Centro de Bioética Miembro de la Academia Chilena de Medicina Director Centro Colaborador OPS/OMS jpbeca@udd.cl

desarrollo específicamente humano) se le debe el mismo respeto que a un adulto. Negarle este respeto, como ocurre con frecuencia, significa haber elegido una ética racionalista, utilitarista, de búsqueda de consensos sociales, una ética que ha reducido el ser humano a objeto. Sólo una concepción del ser humano como ser abierto al Absoluto, un “yo inhabitado por Dios”³⁶⁷ tendrá la garantía de ser respetado en su dignidad, siempre y por todos³⁶⁸. Los fervientes defensores de la dignidad del hombre, entienden que se debe reconocer, respetar y proteger la dignidad del embrión; puesto que, si no se tiene una clara concepción de defensa y respeto por la corporalidad humana desde sus primeros estadios de desarrollo, no puede por tanto reconocerse la existencia de la dignidad humana como premisa³⁶⁹. Analizando la técnica de la crío preservación no resulta ser una método que respete la dignidad del embrión humano, al someterlo, no solo a bajas temperaturas bajo cero, si no la detención de sus funciones biológicas; impidiendo, en consecuencia, la acogida del vientre materno. La denominada criconservación o criopreservación de embriones, procedimiento que no sólo implica demorar arbitrariamente la gestación del embrión y someterlo al alea de una decisión posterior sobre su implante librándola a la voluntad o destino de los padres (estos pueden morir o divorciarse, como tantas veces ha sucedido) sino que significa la muerte de la inmensa mayoría de ellos.

El procedimiento significa el congelamiento en nitrógeno líquido a una temperatura mayor a los 190° bajo cero y su finalidad es impedir su desarrollo. Como explican los expertos en el tema, lo que sucede al bajar la temperatura es parar no totalmente pero si fuertemente los movimiento de los átomos y las moléculas, con lo cual prácticamente se logra detener el tiempo ya que este es el flujo de la agitación de las moléculas³⁷⁰. También los términos “conservación” y “preservación”, cuando se refieren al congelamiento de humanos son usados eufemísticamente, lo que se demuestra mediante los porcentajes de sobrevivencia de la aventura térmica a que son sometidos los embriones. Un estudio realizado en Bélgica arribó al siguiente resultado: sobre 2200 embriones congelados sólo sobrevivieron al proceso de descongelación 725 y éstos una vez implantados culminaron su desarrollo naciendo vivos 52. O sea que al descongelarlos se perdieron el 68% de los embriones, sobreviviendo a la técnica sólo el 32%. La tasa de los nacidos vivos corresponde al 7% de los embriones descongelados y al 2,36% de la población inicial, es decir que se perdieron prácticamente el 98% de los sometidos a esta técnica³⁷¹. En una entrevista periodística un especialista argentino rechazaba el método del congelamiento sosteniendo que “con embriones frescos fertilizados in vitro las chances de embarazo son del 15% al 25% y con los congelados del 7%. Además sólo puede recuperarse el 50% de los embriones congelados”³⁷². Si tenemos en cuenta que la referencia es

³⁶⁷ Fernando Rielo Pardal (Madrid, 28 de agosto de 1923 – Nueva York, 6 de diciembre de 2004), es fundador de los *Misioneros y Misioneras Identes* (Instituto de *Nuevas Formas* de Vida Consagrada de la Iglesia católica). También fue pensador, filósofo, metafísico, escritor y poeta. Promovió la ciencia, el humanismo y la mística.

³⁶⁸ Zurriarán, German, La dignidad del embrión humano congelado. Revista Medica de la Universidad de Navarra, España. Vol 51, 2007

³⁶⁹ Parra Tapia, Ivonne, Consideraciones biojuridicas sobre la vida en el embrión humano. Revista de filosofia practica N 16. Universidad de Los Andes, Merida, Venezuela. 2006

³⁷⁰ Lejeune Jerome, op. cit. pág.41

³⁷¹ Van del Elst J. Centro de Medicina Reproductiva, Escuela de Medicina y Hospital Universitario, Bélgica, “Fertil.-Steril.” 1995 Jan.

³⁷² La Nación, Buenos Aires, 15 de junio de 1993

al embarazo y que el porcentaje de nacimientos es menor del 50% de los embarazos logrados por las técnicas, arribamos a porcentajes similares a los del estudio mencionado³⁷³.

*“El respeto por la dignidad del embrión radica en su pertenencia desde el inicio de su vida a la especie humana. Por ello, el respeto por la dignidad del embrión humano no depende de operación alguna, sino, de manera exclusiva, de la eminencia de su ser. La congelación no sólo es un hábitat no acorde con la dignidad del viviente individual humano, sino expresión de una voluntad que determina y decide la vida humana de los débiles, y por la que la dignidad del embrión se reduce al valor de uso con fecha de caducidad”*³⁷⁴.

*“La persona humana se convierte en el punto focal en el cual confluyen y del cual derivan las consideraciones que se suscitan en el ámbito de la reflexión bioética, al pretender y exigirse la protección de su dignidad como esencia de su naturaleza y como el elemento de inestimable valor que el hombre adquiere desde antes de su nacimiento y que conserva hasta su muerte”*³⁷⁵.

La adquisición de la dignidad humana no viene dada como consecuencia de una actividad determinada, sino por el innato hecho de pertenecer a la especie humana. Por tal motivo, es que quienes defienden esta postura, entienden que tanto la persona nacida –titular de derechos y obligaciones reconocidas y protegidas por el Estado de Derecho-, como la persona en vía de desarrollo implantada en el útero de una mujer, como los embriones, ovocitos pronucleados merecen la misma consideración. No hay distingo en las etapas de desarrollo ya que la dignidad es el único valor que no varía según el desarrollo biológico o el lugar donde se encuentre. Es el resultado de ser un “Valor” inherente al ser humano. El hombre es hombre desde sus comienzos y esta afirmación es taxativa.

La postura clásica, ético – moral entiende a los embriones congelados como seres humanos, titular de su vida biológica y del tiempo de su existencia, sin expectativas de desarrollo vital y a los que injustamente se les ha interrumpido su normal curso de desarrollo.

La crio preservación de embriones no tiene ningún beneficio propio para aquel se que se encuentra a bajas temperaturas y se lo priva de la acogida materna., es sólo un beneficio a terceros que se nutren de las técnicas de reproducción humana asistida a los fines de satisfacción propia. No miden consecuencias en razón de congeamiento y descongelamiento y la pérdida inminente de gran cantidad de embriones que no tienen la fortuna de subsistir.

Es que, si se parte de este valor inherente a la persona humana, crío-preservación de este material genético, como técnica que logra suspender las funciones biológicas, puede ser *“una forma de violencia, una forma de injusticia, que no es obligado prolongar”*³⁷⁶.

Como una lógica consecuencia, al ser una materia que no solo interviene en el campo de la Salud Reproductiva, el Derecho se encuentra en una encrucijada en donde, sus principios

³⁷³ Quintana Eduardo Martín, Crioconservación y adopción de embriones, EDLA 4 de octubre de 1996

³⁷⁴ Roberto Germán Zurriarán. *Los embriones humanos congelados. Un desafío para la bioética*. Ediciones Internacionales Universitarias. Colección: Tribuna Siglo XXI ISBN: 978-84-8469-201-0

³⁷⁵ Parra Tapia, Ivonne, << Consideraciones biojuridicas sobre la vida en el embrión humano >>. Revista de filosofia practica N. Universidad de Los Andes, Merida, Venezuela. 2006.

³⁷⁶ Zurriarán, German << La dignidad del embrión humano congelado>>. Revista Medica de la Universidad de Navarra, España. Vol 51, 2007.

básicos, aceptados y proclamados desde antaño, resultan cuestionados por lo que se denomina *Revolución Biotecnológica*.

“Aquellos cuyo goce les es reconocido a las personas en cuanto sujetos protagónicos y responsables de la evolución biológica natural de la especie humana y su medio ambiente”, entre los cuales se encuentran el derecho a la integralidad, el derecho a conocer su propio origen biológico, a la existencia, a la intimidad genética, derecho a saber, a no saber, a la individualidad biológica, derecho a ser fecundado y gestado de manera natural, a la investigación de la paternidad, derechos reproductivos, derecho a sobrevivir y el derecho a la identidad indiscutible³⁷⁷.

Bioética

Se ubica en una línea de pensamiento similar a la postura clásica, desde la bioética se explica, que el tema encuentra explicación en la posesión o no, del carácter personal de todo individuo biológicamente humano.

La crío preservación de embriones atenta contra la dignidad del ser humano, pues se condena a los embriones a permanecer en un entorno hostil (un contenedor de nitrógeno líquido) con sus constantes vitales suspendidas por tiempo indefinido.

La prohibición de generar más embriones que los que serán transferidos en el útero materno, es una postura más benigna, ya que se evitaría el congelamiento y con ello, la sobre producción innecesaria. Evitándose el congelamiento de embriones sobrantes.

Alemania ha adoptado esta alternativa.

*“Se sostiene que esta limitación al número de óvulos, no sólo evitaría la crío preservación de los que resultaren excedentes; sino que constituye una clara y respetuosa política de reconocimiento de la dignidad de los embriones y/o ovocitos”*³⁷⁸.

Evitar, los vulgarmente denominados, embriones supernumerarios es una necesidad incuestionable, que no tolera mayor dilatación.

Así, la dignidad del ser humano, el carácter personal de todo individuo biológicamente humano, resultan ser, pilares supremos, que debieran funcionar como límites ante la experimentación, investigación, manipulación y preservación de la persona en sus inicios de desarrollo biológico.

*Reflexión que también es explicada, sosteniendo que el deseo de hacer ciencia con calidad jamás podrá justificar los procedimientos que vulneren o dañen la dignidad humana reflejada en la latente vida de un embrión humano*³⁷⁹.

Jurídica

La reflexión y la conciente crítica al silencio normativo, resulta ser la preferencia por el Estado Argentino. En el plano jurídico, precisar el comienzo de la vida de una persona de existencia visible no es una cuestión insignificante, durante toda su vida.³⁸⁰ Naturalmente, el bien que se busca proteger es, ni más ni menos, la vida misma. El derecho de vivir pertenece a

³⁷⁷ Parra Tapia, Ivonne, << Consideraciones biojurídicas sobre la vida en el embrión humano >>.

³⁷⁸ LÓPEZ BARAHONA, Mónica es una bioquímica española, especializada en Biología molecular, investigadora en el campo de la Oncología molecular. Tras licenciarse en Ciencias Químicas (especialidad de Bioquímica y Biología molecular) en la Universidad Complutense de Madrid (1983-1988), concluyó su tesis doctoral en el MD Anderson Cancer Center de Houston, doctorarse en Ciencias Químicas, en la especialidad de Bioquímica y Biología Molecular,¹ en la misma universidad madrileña (1988-1991). Posteriormente realizó un Máster en Filosofía.

³⁷⁹ Parra Tapia, Ivonne, Consideraciones biojurídicas sobre la vida en el embrión humano. Revista de filosofía practica N 16. Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela. 2006

³⁸⁰ La persona de existencia visible no es un ser humano, sino “la expresión unitaria personificada por las normas que regulan el comportamiento de un hombre.” KELSEN, H., Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino, 1952, p. 64.

ese reducto de derechos existenciales, del cual se desprenden los demás derechos subjetivos de la persona humana, o sea que es presupuesto y condición de posibilidad de cualquier otro derecho pues trae aparejado la protección jurídica que la acompañará³⁸¹

En consecuencia, para analizar las implicancias jurídicas y ante la inexistencia de un ordenamiento positivo específico en la materia, acudimos a opiniones de destacados doctrinarios. El vacío normativo, sin embargo, permite analizar los principios y conceptos básicos en materia de tutela del nasciturus, comienzo de la existencia de la personalidad, reconocimiento de derechos. El art.1° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y el art. 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la Ley 23.313) —ambos declaran que “*todo ser humano tiene derecho a la vida*”—; y [en] el art. 1°, párr. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (allí se reconoce que “*persona es todo ser humano*”). Por ende, si persona se es desde la concepción, y persona es todo ser humano, y el ser humano tiene derecho a la vida, toda persona tiene derecho a la vida³⁸².

Así, se advierte que, la conciencia extrema por la protección desde el comienzo de formación de un nuevo individuo humano, no es imposible de lograr.

Nuestro codificador, consciente y respetuoso del comienzo de desarrollo de la persona, con claridad supo reflejar, la debida protección que se debe al individuo; entendiendo que ese proceso iniciaba con la concepción o fecundación en el seno materno.

El articulado, data del sigloXIX. Varios son los años que han transcurrido y por demás los cambios que se han suscitado e innumerables, resultan los descubrimientos científicos tanto en la medicina, la bioética de implicancia esencial.

Sin embargo, pareciera que lo que pudo lograrse en el 1800, no puede lograrse, doscientos años después. Son muchos los cambios y evoluciones que ha sufrido la sociedad y por defecto el derecho, se ve atropellado por las costumbres y el avance de la ciencia, sin lograr objetivamente de manera racional determinar finalmente los puntos a definir.

Quizá, para la fecundación y concepción natural en el seno materno, continúe siendo sustento, la normativa de nuestro Código, (en cuanto a la persona al nacer; persona concebida bajo condición suspensiva; o bajo condición resolutive; plazos máximos y mínimos y presunciones). Pero, en el particular caso de la fecundación extracorporal, la normativa de nuestra anterior norma ,no permitía siquiera la comparación, tanto para fijar el comienzo de su personalidad, como su formación y sus vicisitudes; como para analizar y adoptar una clara

³⁸¹ Sobre Derechos Existenciales ver RABINOVICH-BERKMAN, R. D., ob. Cit., cap. V. Más que hablar de derecho a la vida, debe hablarse de derecho de vivir, ello implica que todo ser humano tiene derecho a que se le respete y garantice su derecho de vivir, que para el caso del nasciturus es un derecho de nacer. Ver CIFUENTES, S., *Derechos Personalísimos*, Buenos Aires, ASTREA, 1995, p. 232. Este derecho fluye: implícitamente del art. 33 de la constitución federal argentina; y, explícitamente de aquellos tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 de la constitución federal argentina – entre ellos, encontramos: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [art. II]; Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 3]; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 6]; Convención Americana sobre Derechos Humanos [art. 4.1]. En definitiva, este derecho se encuentra reconocido y garantizado por el plexo constitucional argentino, verbigracia CONSTITUCIÓN NACIONAL, artículos 33 y 75 incisos 22 – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo I; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6; Convención Americana de Derechos Humanos artículo 4.1; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1 juntamente con la reserva hecha por la República Argentina al ratificar dicho Tratado – y 23. Ver BIDART CAMPOS, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Reforma Constitucional de 1994*, Tomo III, Buenos Aires, EDIAR, 2002, p. 419 y ss.; BIDART CAMPOS, G., *El aborto y el derecho a la vida*, en ‘El Derecho’, 1973, Tomo 113, p. 482

³⁸² BADALASSI, Elías N., *Reflexiones respecto del aborto*, Publicado en: DFyP 2018 (julio), 11/07/2018, 90, Cita Online: AR/DOC/1241/2018, Thomson Reuters – LA LEY, julio 2018

postura respecto a la crío conservación. Muchos casos queda al libre albedrío de la jurisprudencia tomar posturas al respecto.

Así, las disposiciones del Art. 63° y 70° del ordenamiento civil, resultan de imposible aplicación para tutelar el amparo de los embriones y/o ovocitos pronucleados, en tanto aluden al preciso momento de concepción en el seno materno.

Si se toma como sustento, la disposición del Art 51° del nuestro Código Civil, no resultaría forzado sostener que, la presencia del código genético en el embrión, alude a esas características de humanidad, a las que se hace referencia. El texto, sentencia asimismo, que respecto de las características de humanidad para atribuir la condición de persona, no puede ni debe responder a distinciones de accidentes o cualidades. Claramente expresa: signos característicos de humanidad.

Los ovocitos pronucleados se entiende que no resultan ser otra cosa que un organismo que en potencia es una persona. La prudencia indicaría que se le debe brindar el mismo trato y consideración que a la persona por nacer³⁸³.

En la causa “...y otra c/ IOMA y otra s/ amparo”, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (2008), sostuvo el voto de la mayoría que: (...) *La protección legal y constitucional del ordenamiento jurídico argentino debe alcanzar incluso al momento en el cual comienza el proceso de la generación con el ovocito pronucleado, puesto que con la integración en el óvulo de la carga genética del espermatozoide se inicia el proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano. Sin ninguna duda, y ante todo lo expuesto, los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que por este medio se autoriza, deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas, por consistir en vida humana en gestación independientemente de que se encuentren fuera del útero materno.* (...) Permitir el “**descarte**” de embriones vulnera el derecho a la vida de los mismos, y su “**utilización en el campo experimental**” conlleva un atropello contra la dignidad de la persona humana. (...) Necesariamente debe existir un “**derecho del embrión**” incluso aún cuando no tenga un soporte normativo expreso en nuestro país que lo contemple, y que dentro de esta gama de prerrogativas exista un derecho a no ser objeto de manipulaciones genéticas, a no ser objeto de experimentaciones científicas de ninguna índole, y fundamentalmente el derecho a la no eliminación o destrucción. (...)”³⁸⁴

Resulta obligado, resaltar el “Derecho del embrión” habrá que reconocerle sus «**derechos humanos**», en primer lugar su **derecho** a vivir, pero también -entre otros- a la dignidad y a la integridad personal, física y psíquica, a la identidad y a tener una familia al que hacen referencia en la sentencia. Reconocer un derecho especial que tiene como titular al embrión humano, implicaría reconocer un derecho “nuevo”, “moderno”, con el objetivo de que en él se encuentre el amparo, innegable, al desarrollo biológico.

Resultaría ser, una arista más, de los ponderados derechos a la vida, de la supervivencia, desarrollo del niño; al respeto por este valor supremo de dignidad. Asimismo, permitiría sentenciar, que se ha logrado un avance loable, no ya de la ciencia, sino del Derecho como protector de los derechos, valores y principios esenciales.

³⁸³ MEDINA,, Graciela, Jurisprudencia anotada PERSONAS FÍSICAS: Fecundación asistida - Protección de embriones y ovocitos pronucleados - Legitimación activa - Derecho a la vida y a la integridad.

³⁸⁴ Comienzo de la vida humana. Tutela de embriones y destino de embriones sobrantes. Causa “...y otra c/ IOMA y otra s/ amparo. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. 29.12.2008.

En evidencia se encuentra, el hecho de que los logros de la biogenética humana tienen una trascendencia indudable sobre las definiciones y regulaciones jurídicas, dejando a la vista un peligroso vacío insuperable que no llenan los viejos moldes conceptuales.

Lo que se debiera hacer es redefinir lo ya mencionado la terminología “concebido” y por “concepción”³⁸⁵. De lo expresado se deduce la trascendencia de la determinación del comienzo de la vida, pues éste habrá de ser el punto de partida de la consideración de que resulta merecedora la vida humana por su inherente personalidad y, consiguientemente, de la operatividad del derecho a la vida.

Un comienzo tentativo, sería proponer que el término concebido haga alusión al óvulo penetrado por el espermatozoide, y en consecuencia, que el término concepción no haga alusión sino al momento en que se produce la mera unión de los dos gametos masculino y femenino (inicio indiscutible de desarrollo de un nuevo ser humano en potencia).

En consecuencia, redefinir los términos “concepcion” y “concebido” en este sentido, permitirían que resulte aplicable -en esta búsqueda por la protección incuestionable de los embriones- el Pacto de San José de Costa Rica, en donde se protege la vida desde la concepción, sin hacer más distinción. El estatus jurídico de los embriones y de los gametos ha tenido definiciones de todos los cortes y matices, sin embargo, nuestra sociedad no ha encontrado en ninguna de ellas una con la que se identifique; la «democracia no ha encontrado las mayorías», las instituciones no se ha pronunciado por ninguna de las posiciones enunciadas y se ha preferido el silencio legislativo³⁸⁶.

Religiosa. Cristiana.

Desde la religión cristiana, se cuestiona y condena agudamente a las modernas técnicas de fecundación artificial.

Partiendo de la premisa de que, se encuentre en estado de desarrollo embrionario, sea un óvulo fecundado o simplemente se trate de células sexuales (gametos femeninos o masculinos), todos ellos resultan ser el “*fruto de la generación humana desde el primer momento de su existencia*”; se les reconoce el valor de la dignidad, en consecuencia.

Sobre esta base, las TRA implican en la actualidad un notable riesgo para la integridad y la supervivencia de los embriones, ya que la mayoría de ellos muere o sufre daños irreparables, desenlaces todos, a los que se rehúsan.

En el particular caso de aquellas legislaciones que no prevén un límite legal para la generación de óvulos por intervención, como así también en aquellos países que no cuentan con un marco regulatorio mínimo, la situación es peor; puesto que lo más común, es que se logre obtener un exceso de embriones, cuya crío conservación además de resultar necesaria para su conservación; también resulta ser consentida por quienes se sometieron a la TRA en la búsqueda de mayor tiempo para decidir qué hacer con ellos.

Para evitar los intrincados problemas jurídicos que podrían surgir en torno a los llamados “*hijos congelados*” y, frente a la duda acerca de los efectos de la congelación, generalmente indican como duración máxima de la crío conservación —que varía según el país— de uno a cinco años o quince como Japón.

Es de notar que -lejos de tutelar un amparo mínimo-, la adopción de un número determinado de años, en los cuales pueden mantenerse en estado de criopreservación, se esconde la

³⁸⁵ Cifuentes, Santos, El embrión humano. Principio de existencia de la persona. Artículo publicado por Editorial Astrea. 2002.

³⁸⁶ Zamudio, Teodora, Frente a los avances en la reproducción asistida de seres humanos se propone la adecuación y aplicación de la Ley de Adopción a gametos y embriones humanos. Ensayo publicado en Equipo de docencia e investigación UBA-Derecho. Regulación jurídica de las biotecnologías. 2007

obligada destrucción que año tras año tendrá lugar, con motivo del cumplimiento de este plazo legal.

Esta consecuencia, es criticada con firmeza por la religión cristiana, puesto que, no se estaría haciendo otra cosa más que diferir el momento del descarte, a menos que “por cuestiones de suerte” que son los menos frecuentes., sean utilizados para implantación en el útero de una mujer. La congelación bloquea el devenir de esta existencia y podría ser justificada -entramos en el campo de lo futurible- solamente si fuera el único medio para tutelar la subsistencia de una vida naciente que se encontrara accidentalmente en peligro, pero no ciertamente si es puesta directamente en peligro por nuestras insensatas manipulaciones. La destrucción de criaturas inocentes, inherente a ciertos procedimientos (fecundación extra-córporea y congelación, en particular), no puede ser el precio a pagar para hacer nacer otros, si no es en una óptica teleológico-utilitarista que privilegia sobre todo la obtención de un resultado; y que no atribuye al embrión precoz ningún valor, o un valor inferior al de un feto llegado a término, según la inaceptable idea de una gradualidad en el valor de las vidas humanas. A la luz de estas reflexiones permanece dramática y actual la condena que la instrucción Donum vitae hizo de la congelación de embriones porque “aunque se haga para garantizar una conservación del embrión vivo -crio-conservación- constituye una ofensa al respeto que se debe a los seres humanos, en cuanto los expone a graves riesgos de muerte o de daño para su integridad física, los priva por lo menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y los pone en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones”.

En el mismo sentido, se podría mencionar: de una catástrofe pre-natal, un homicidio no simplemente tolerado, sino programado y ordenado por el legislador civil, transformado en instrumento de una perversa lógica de violencia y de muerte.

Desde la religión cristiana, se reclama el reconocimiento y respeto del ser humano desde su fecundación.

Desde ese mismo momento, entienden que debe ser reconocida su tutela por –entre otros- el derecho inviolable a la vida, a la auténtica humanidad del embrión – aunque todavía no se vea plenamente desarrollada su personalidad-, se debe respetar y proteger el desarrollo de su teleología inminente.

La crío conservación, es entendida en consecuencia, como una técnica que lesiona la dignidad de la criatura humana y el derecho de proceder con autonomía hacia su propio fin. Impide el devenir de la existencia.

La situación moral y religiosa ha llegado a tal punto, que el propio Papa Juan Pablo II se ha expedido sobre el particular en la instrucción Donum vitae³⁸⁷ donde señaló que “aunque se haga para garantizar una conservación del embrión vivo –crío conservación– constituye una ofensa al respeto que se debe a los seres humanos, en cuanto los expone a graves riesgos de muerte o de daño para su integridad física, los priva por lo menos temporalmente de la acogida y de la gestación materna y los pone en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulación”³⁸⁸

El Padre Santo, no sólo dirigió estas palabras a los científicos, sino también a los juristas y a los gobernantes: “*Mi voz se dirige también a todos los juristas para que se ocupen a fin de que los Estados y las instituciones internacionales reconozcan jurídicamente los derechos naturales del mismo surgir de la vida humana y además se hagan tutores de los derechos*

³⁸⁷ Donum Vitae es la "Instrucción sobre el respeto a la vida humana en su origen y sobre la dignidad de la procreación", que fue emitida el 22 de febrero de 1987 por la Congregación para la Doctrina de la Fe. Aborda cuestiones biomédicas desde la perspectiva de la Iglesia Católica Romana.

³⁸⁸ Fundamentos del proyecto de resolución 3821-D-02, de autoría del legislador Miguel Saredi.

inalienables que los millares de embriones congelados han adquirido, intrínsecamente, desde el momento de la fecundación.”³⁸⁹ El Papa Wojtyla basa su petición en el hecho de que "no se percibe una vía de salida moralmente lícita para el destino humano de miles de embriones congelados, que son y permanecen para siempre titulares de derechos esenciales, y por lo tanto a tutelar jurídicamente como personas humanas³⁹⁰. El congelamiento de embriones para CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE INSTRUCCIÓN DIGNITAS PERSONÆ SOBRE ALGUNAS CUESTIONES DE BIOÉTICA³⁹¹ Uno de los métodos utilizados para mejorar el grado de éxito de las técnicas de procreación in vitro es el aumento de los tratamientos sucesivos. Para no repetir la extracción de óvulos de la mujer, se procede a una única extracción múltiple, seguida por la crioconservación de una parte importante de los embriones producidos in vitro³⁹². Esto se hace previendo la posibilidad de un segundo ciclo de tratamiento, en el caso de que fracase el primero, o bien porque los padres podrían querer otro embarazo. En ocasiones se procede además al congelamiento de los embriones destinados a la primera transferencia, porque la estimulación hormonal del ciclo femenino produce efectos que aconsejan esperar la normalización de las condiciones fisiológicas, antes de proceder al traslado de los embriones al seno materno.

La crioconservación es incompatible con el respeto debido a los embriones humanos: presupone su producción in vitro; los expone a graves riesgos de muerte o de daño a su integridad física, en cuanto un alto porcentaje no sobrevive al procedimiento de congelación y descongelación; los priva al menos temporalmente de la acogida y gestación materna; los pone en una situación susceptible de ulteriores ofensas y manipulaciones³⁹³.

La mayor parte de los embriones no utilizados quedan “huérfanos”. Sus padres no los solicitan, y a veces se pierden sus huellas. Eso explica la existencia de depósitos de millares de embriones congelados en casi todos los países donde se practica la fecundación in vitro.

En relación al gran número de embriones congelados ya existentes, se plantea la siguiente pregunta: ¿qué hacer con ellos? Algunos se interrogan al respecto ignorando el carácter ético de la cuestión, movidos únicamente por la necesidad de observar el precepto legal de vaciar cada cierto tiempo los depósitos de los centros de crioconservación, que después se volverán a llenar. Otros, en cambio, son conscientes de que se ha cometido una grave injusticia, y se interrogan sobre el modo de cumplir el deber de repararla.

Son claramente inaceptables las propuestas de utilizar tales embriones para la investigación o para usos terapéuticos, porque implica tratarlos como simple “material biológico” y comportan su destrucción. Tampoco es admisible la propuesta de descongelar estos embriones y, sin reactivarlos, utilizarlos para la investigación como si fueran simples cadáveres³⁹⁴.

³⁸⁹ Fundamentos del proyecto de resolución 3821-D-02, de autoría del legislador Miguel Saredi.

³⁹⁰ Este artículo apareció en la edición impresa del viernes, 24 de mayo de 1996.

³⁹¹ https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html

³⁹² Con relación a los embriones, la crioconservación es un procedimiento de enfriamiento a bajísimas temperaturas para permitir una larga conservación.

³⁹³ Cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum vitæ*, I, 6: AAS 80 (1988), 84-85.

³⁹⁴ Cf. n. 34-35 de esta Instrucción.

También la propuesta de ponerlos a disposición de esposos estériles como “terapia” de infertilidad, no es éticamente aceptable por las mismas razones que hacen ilícita tanto la procreación artificial heteróloga como toda forma de maternidad subrogada³⁹⁵ ; esta práctica implicaría además otros problemas de tipo médico, psicológico y jurídico.

Para dar la oportunidad de nacer a tantos seres humanos condenados a la destrucción, se ha planteado la idea de una “adopción prenatal”. Se trata de una propuesta basada en la loable intención de respetar y defender la vida humana que, sin embargo, presenta problemas éticos no diferentes de los ya mencionados.

En definitiva, es necesario constatar que los millares de embriones que se encuentran en estado de abandono determinan una situación de injusticia que es de hecho irreparable. Por ello Juan Pablo II dirigió «una llamada a la conciencia de los responsables del mundo científico, y de modo particular a los médicos para que se detenga la producción de embriones humanos, teniendo en cuenta que no se vislumbra una salida moralmente lícita para el destino humano de los miles y miles de embriones “congelados”, que son y siguen siendo siempre titulares de los derechos esenciales y que, por tanto, hay que tutelar jurídicamente como personas humanas»³⁹⁶.

Otra

Hay quienes sostienen objetivamente, que desde la concepción hasta la implantación o anidación definitiva del cigoto en el útero no existe ni ser humano, ni siquiera vida humana. Hasta el día 14 el embrión humano debe ser considerado simplemente como “Vida”.

Sólo a partir de esa fecha, en que se completa la anidación, se podrá empezar a hablar de vida humana pero, hasta su nacimiento, no podrá considerarse como ser humano y, por lo tanto sujetos de derechos³⁹⁷.

Toda postura con respecto al embrión humano y su estado de crioconservación llegan al mismo puerto. La dignidad del hombre por el hombre y sus facultades inalienables munidos de los derechos propios de la propia existencia.

El Derecho a la vida y elección de una persona por el futuro de otra indefensa son contraposiciones en materia de la conservación del ser humano.

Moral-ético Jurídico y religioso concuerdan en un sólo lineamiento., el derecho a la vida y a su propia existencia.

7.4 Protección del embrión in vitro, su estatus jurídico de persona o cosa.

La ciencia se basa en hechos, por lo cual, el conocimiento de un hecho, será válido cuando éste sea registro directo de la realidad. Desde la ciencia hoy conocemos con mucha precisión qué es un embrión humano en estado unicelular y cómo acontece tras la fecundación el desarrollo embrionario. En tal sentido, el lenguaje de la ciencia es concluyente y no cuestiona que el cigoto o embrión unicelular es la única célula con unidad de vida (totipotente). Vida que además es humana por poseer una secuencia genómica que es específicamente humana. Significa por tanto, que el cigoto es un ser vivo humano viviente en estado unicelular, cosiguientemente es la única celular que en sí misma y en cada una de sus estructuras forma

³⁹⁵ Cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, Instrucción *Donum vitae*, II, A, 1-3: AAS 80 (1988), 87-89.

³⁹⁶ Juan Pablo II, Discurso a los participantes en el Simposio sobre “*Evangelium vitae* y Derecho” y en el XI Coloquio internacional de Derecho Canónico (24 de mayo de 1996), n. 6: AAS 88 (1996), 943-944.

³⁹⁷ Canales, Patricia, *El estatuto jurídico del embrión en los convenios internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia*. Santiago de Chile. 2004.

un ser de su especie. Resulta particularmente extraño preguntarse si ¿Son los embriones fecundados y aquellos no implantados, una extensión de los progenitores ?. O desde el minuto cero ¿Gozan de una autonomía inicial identificable donde es meritoria de una protección jurídica primaria? ¿Son los embriones una posesión de los progenitores?. Todas estas preguntas y cuestionamientos se expusieron en el máximo organismo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El caso Parrillo vs. Italia, el 27 de agosto del año 2015, a raíz de lo expuesto por la Sra. Adelina Parrillo quien había solicitado donar los cinco embriones generados por ella y su esposo fallecido para investigación científica. Ante la negativa del Hospital Europeo de Roma de liberar los embriones criopreservados -decisión basada en la Ley italiana 40/2004-, Parrillo concurre al Tribunal basándose en el derecho al respeto a la vida privada y familiar³⁹⁸. y de propiedad³⁹⁹.

Parrillo y su pareja recurrieron en el 2002 al procedimiento de fertilización *in vitro* (IVF) en el Centro para Medicina Reproductiva del Hospital Europeo en Roma. Los cinco embriones obtenidos por IVF fueron colocados en criopreservación. Antes de que los embriones pudieran ser implantados, el 12 de noviembre de 2003, Stefano Rolla -director de cine y compañero de Parrillo- murió en Irak como consecuencia de una bomba mientras reportaba sobre la guerra. Entonces, Parrillo decidió no implantarse los embriones y, en cambio, donarlos para investigación científica que contribuyera al tratamiento de enfermedades complejas. Entre la generación de embriones y esta decisión, el Parlamento italiano dictó la Ley 40/2004⁴⁰⁰ prohibiendo la criopreservación o destrucción de embriones y limita su creación a los estrictamente necesarios para una implantación simple y simultánea (en ningún caso, más de 3 embriones). Antes de esta ley, no había normativa alguna que rigiera la actividad de las clínicas de fertilidad. La ley fue muy discutida, lo sigue siendo aún y lleva consigo a la carga de algunas sentencias del Tribunal Constitucional en su contra. Hoy, el número de embriones a crear está limitado a tres. De este rápido *excursus* respecto de la jurisprudencia italiana sobre la Ley 40, podemos desprender que el Poder judicial italiano ha ocupado el principio de la razonabilidad científica como un martillo para dismantelar, fallo

³⁹⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³⁹⁹ Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Artículo 1. Protección de la propiedad. Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

⁴⁰⁰ La Ley italiana 40/2004 considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad.

tras fallo, las opciones legislativas que políticamente eran más oscurantistas y que jurídicamente se configuraban como liberales. Así, en este ámbito, Italia se acerca a Europa.

A pesar de este importante avance, no son pocas las prohibiciones aún vigentes en Italia. Se comprenderá, en consecuencia, que no todas pueden cuestionarse mediante el mismo argumento jurídico.

Entre éstas, la más relevante, por el número de personas involucradas, es la gestación por sustitución, que, en virtud del avance científico de nuestras sociedades, ya no es un problema técnico, sino "simplemente" ético. La solución vigente en España (art. 10 de la Ley 14/2006) no es atractiva para el legislador italiano. Sólo un convenio internacional podría permitir un verdadero control de la gestación por sustitución, impidiendo las formas más brutales de comercialización de la vida humana. Evitando el turismo reproductivo. Sin embargo, a pesar de la importancia de la cuestión, la ausencia de cualquier referencia al tema en la reciente reforma del Registro Civil en España da cuenta de cómo el tema no está en las agendas de las fuerzas políticas. La situación en Italia no es distinta. Con todo, en cuestiones de bioética, España, gracias a la reciente jurisprudencia de sus tribunales superiores, ciertamente se encuentra unos pasos adelante respecto de Italia. Se trata de una solución equilibrada, aunque paralelamente frágil y criticable, ya que, en temas éticos, el progreso de un Estado laico y liberal consiste en ofrecer a los ciudadanos una posición clara y practicable.

Bajo una legislación europea muy variada, el caso de Parrillo llega al pleno del Tribunal Europeo con una pregunta que hace al punto de partida de la caracterización de los embriones y su naturaleza jurídica. ¿Son cosas? ¿Son personas? ¿Es su manejo parte de la vida privada? A estas preguntas se va a abocar la Corte, porque la cuestión del derecho a la vida –art. 2 de la Convención Europea⁴⁰¹– no fue planteada en la causa. La autonomía personal -o derecho a la vida privada, en el lenguaje de la convención-. Parrillo sostiene, en primer lugar, que el concepto de “vida privada” es amplio en la jurisprudencia de la Corte. Que, en su caso, todo le sucedió muy rápido y entre que murió su compañero y que tuvo que decidir que hacer -por la entrada en vigencia de la ley-, pasaron poco más de 4 meses. Además, agrega, la nueva ley prohibía la implantación de embriones *post mortem* y por eso, sostiene que el Gobierno la

⁴⁰¹TÍTULO I.- Derechos y libertades Artículo 2. *Derecho a la vida.*

El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.

La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente.
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

pone entre la espada y la pared: destruirlos o darlos para investigación. Esta última acción, según ella, constituiría una noble causa y se transformaría en fuente de consuelo para ella, luego de todo lo que pasó. Esa decisión, ese mini-plan de vida, sería el protegido⁴⁰² del artículo 8° del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El Gobierno dice que ello no puede ser considerado así, ya que la Ley tiene en cuenta el objetivo, legítimo, de proteger el potencial de vida de los embriones. Se considera persona desde el momento de su concepción., por ende los embriones deben ser implantados en su totalidad si ellos fueron conformados con la previa autrozación. Habría otra autonomía en juego. El Tribunal, entonces, se enfrenta con dos preguntas hiladas: a) ¿está en juego el derecho a la vida privada?, y b) si lo está, ¿es legítima la interferencia estatal a ese derecho? . Aunque no concierne el derecho a la vida familiar, que es el que había tratado en casos anteriores respecto de los métodos de reproducción asistida, dice el Tribunal que la decisión

“... debe tener en cuenta el vínculo existente entre la persona que se ha sometido a la fertilización in vitro y los embriones así concebidos, y que se debe al hecho de que los embriones contienen material genético de la persona en cuestión y, concordantemente, representan una parte constitutiva del material genético y de la identidad biológica de esa persona”

Sin especificar más que esto ni ahondar en la naturaleza de los embriones, ese vínculo genético-identitario hace que la cuestión entre en la esfera de privacidad de Parrillo (la sentencia también considera que, al momento de hacer el tratamiento, la limitación respecto de la cesión de los embriones para investigación no existía, no estaba regulada. O sea, sería una limitación sobreviniente -cf. par. 161). Ahora bien, queda la segunda cuestión, acerca de las limitaciones de esa esfera. El art. 8° de la Convención Europea establece que la injerencia estatal debe estar prevista por la ley y constituir *“una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*. La Corte razona a partir de algunos datos preliminares: a) para la legislación italiana, el embrión es considerado un sujeto de derecho; b) no hay consenso entre los países firmantes del Convenio respecto del tratamiento legislativo acerca de los embriones; y c) la cuestión a decidir toca cuestiones éticas y morales sensibles. En ese marco, el Tribunal da su primera y esencial definición: el caso no trata de la futura paternidad de Parrillo y, por esa razón, *“no involucra un aspecto particularmente importante de la existencia e identidad del aplicante”* (par. 174). Ello hace que

⁴⁰² Artículo 8. *Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

el margen de apreciación nacional otorgado a Italia crezca y la mirada del Tribunal se haga deferente. Constata así el delicado equilibrio interno que la ley 40/2004 ha supuesto, en su redacción, en los referendos a los que fue sometida y en las sentencias del Tribunal Constitucional. Hay un procedimiento democrático desenvolviéndose y a esa dinámica parece referir la sentencia y considerar que las razones de protección del embrión son suficientemente legítimas a la mirada del art. 8 de la Convención.

No afirma que el embrión sea un sujeto jurídico ni que sea necesaria su protección debido a su potencial para la vida. Sencillamente, sostiene que esas razones del gobierno de Italia son suficientes en un entorno en el que los países van elucubrando, deliberativamente, soluciones de diverso tenor. Sin embargo hay un punto en el que sus definiciones son más tajantes. ¿Tiene Parrillo un derecho de propiedad sobre los embriones? “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes” dice el art. 1º del Protocolo Adicional al Convenio Europeo. Italia dice que no se puede considerar que los embriones sean cosas, y por ello, no pueden considerarse bienes. Parrillo dice que no pueden tratarse como individuos y, por lo tanto, no queda otra que considerarlos como bienes protegidos por el derecho de propiedad. El Tribunal comienza diciendo que, como en nuestro derecho a partir de Bourdieu, Pedro Emilio⁴⁰³ c/Municipalidad de la Capital Federal CSJN, 1925, que los bienes protegidos por la cláusula van más allá de los materiales. A pesar de esta extensión y dejando de modo expreso fuera la definición sobre la relación entre embriones y vida humana, sostiene que “dado el alcance económico y pecuniario de la cláusula, los embriones humanos no pueden ser reducidos a “bienes” según el significado de la cláusula examinada” (par. 215).

Las indefiniciones abundan en el caso, como es propio de una decisión alcanzada con un consenso tan laborioso como meritorio (de los 17 jueces, 16 votaron por esta solución). Una necesaria línea media, con los extremos que se muestran en las opiniones concurrentes⁴⁰⁴ o en la disidencia del húngaro Sajó. El razonamiento jurídico parece haber dejado lugar a la razón política y ello hace que las soluciones no estén perfectamente delineadas. Porque... si los embriones no son cosas, entonces ¿que son? Por otra parte, ¿cómo se puede definir el vínculo que se da entre algo que se declara dentro de la esfera de privacidad de una persona pero que al mismo tiempo es un objeto externo a los causantes? ¿Es el embrión una entidad autónoma o es un desprendimiento genético de los que lo produjeron? Esta y otras preguntas generan terreno para el debate y la elaboración posterior. En el medio de una argumentación cuyo resultado es, simplemente, declarar la compatibilidad de la ley italiana con la Convención Europea, los jueces dejan apuntada la posibilidad de una tercera vía a la encerrona en la que se declara Parrillo. Dice así que si no puede donar los embriones para la investigación científica, al menos los puede dar en adopción para que otra mujer o pareja los implante y nazcan. Esa es la conclusión que saca, en el párrafo 157, de la reciente decisión del Tribunal Constitucional italiano del año 2014 declarando la inconstitucionalidad de la fertilización heteróloga. Las

⁴⁰³ BOURDIEU, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la capital SENTENCIA 16 de Diciembre de 1925 Nro. Interno: T145 P307 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Magistrados: BERMEJO FIGUEROA ALCORTA MENDEZ LAURENCENA Id SALJ: FA2500001

⁴⁰⁴ Paulo Pinto de Albuquerque (nacido el 5 de octubre de 1966) es un portugués juez nacido en Beira, Mozambique y actualmente el juez de la Corte Europea de Derechos Humanos en relación con Portugal.

puertas no se han cerrado para Parrillo: siempre hay una nueva oportunidad, aunque quizás una distinta de la inicialmente prevista.

Labrousse Riou, señala que *“el embrión humano es na nueva realidad par la ley que debe juzgarla, no por lo que representa ontológicamente, sino porlo que es lícito o ilícito hacer con esta realidad. A ese fin, hay que reresentar la realidad, concebida, darle una forma jurídica, preguntándose qué sentido tiene y qué consecuencias concretas están unidas a esa representación”*⁴⁰⁵.

Para empezar a vislumbrar qué es lícito o ilícito hacer con esta realidad, se debería comenzar a restringir su uso para fines humanos importantes. Este respeto especial justifica la existencia de normas que limiten el uso de destrucción de embriones en investigaciones que importen una promesa razonable de curar, aliviar una grave enfermedad o el sufrimiento humano, así como los procedimientos para asegurar que se respeten estos lineamientos. Por lo tanto, se tomó en el ar. 19° del anteproyecto⁴⁰⁶, la decisión política que importa reconocer que los embriones humanos tienen un estatus moral intermedio y, que por ende, exigen un respeto especial, se debe aprobar una regulación apropiada.

En esta regulación, esta protección debería concretarse, entre otras cosas, no sólo en la prohibición de crear embriones humanos gaméticos⁴⁰⁷ con otro fin que no sea el de la reproducción humana o el de investigación, o la prohibición de crear embriones somáticos con fines reproductivos (distinto es el caso de los embriones somáticos creados por transferencia nuclear mediante clonación terapéutica)⁴⁰⁸.

En la actualidad, los embriones humanos sobrantes solamente podrán ser utilizados por los titulares, para la donación con fines reproductivos⁴⁰⁹, la donación con fines de investigación, o el cese de su conservación, sin otra utilización más que las ya mencionadas.

“hoy sabemos que el cigoto y el embrión se desarrollan no sólo en dirección del individuo humano, sino que se desarrollan desde su inicio como individuo humano”. Es todo proceso en desarrollo y evolución del embrión. No sólo como un puro proceso biológico, sino como un proceso biológico-humano. Desde la concepción, la existencia humana es un proceso continuo que se subdivide en varias fases que forma una única y misma persona, idéntica a sí misma”.

⁴⁰⁵ LABROUSSE RIOU, C., *Écrits de bioéthique*, PUF, Paris, 2007, p.161.

⁴⁰⁶ “La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” Y en la disposición transitoria segunda se establece que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación)

⁴⁰⁷ Para la distinción entre embriones gaméticos y somáticos, Véase CASADO, M., En torno a células madre, preembriones y pseudo-embryones: el Impacto normativo de los Documentos del Observatorio de Bioética y Derecho de la UB, en *Revista de Bioética y Derecho*, N°19, mayo del 2010.

⁴⁰⁸ En España, la Ley 14/2007, del 3 de julio, de Investigación Biomédica en el punto primero de su art. 33 prohíbe “constituir preembriones o embriones para la ivesticiación”, no obstante, en el segundo punto de ese mismo artículo, abre la posibilidad de “activación de ovocitos mediante transferencia nuclear”, para referirse a o que se designa como embriones somáticos.

⁴⁰⁹ ANDERSON, MICHELLE L. Are you my mommy? A call for regulation of embryo donation, en *35 Capital University Law Review*, 589, 2006, ps 607 y ss. MERCER, B S., Embryo adoption: Where are the Laws? En *26, Journal of juvenile Law* 73, 2006, ps 82-83 Propician la adopción de embriones. Esta posición deriva, obviamente de considerar al embrión persona.

En efecto, la pertenencia de un ser vivo a una especie dada está determinada por la información genética que encierran las células. El conjunto de esta información queda fijada al momento de la fecundación y está contenida en lo que se denomina «genoma». Dado que el embrión contiene un genoma humano, análogo al de un niño o de un adulto, él es un ser vivo perteneciente tanto como el adulto a la especie humana. Desde Aristóteles, la naturaleza es sinónimo de «principio de operaciones» y este principio está presente en el embrión desde el comienzo. Y Él está en acto, no solamente en potencia., de la misma manera que un recién nacido ya es un “*ser parlante*” (un ser dotado de un “lenguaje oral” desde el comienzo, a pesar de que no tenga aún la capacidad para expresarse a través de las palabras, el embrión humano ya es un ser racional, aunque no tenga la capacidad para formular razonamientos. La razón o la autoconciencia in actu, es, en sentido filosófico, un accidente. Lo que interesa es que la naturaleza a la que pertenece el individuo sea una naturaleza racional. Es por ésto que calificar al embrión de “persona” no constituye un abuso de lenguaje. El embrión humano tampoco es una cosa, dado que ni por su naturaleza ni por sus propiedades, es evidente que no se trata de una cosa. Es decir, el embrión no es objeto de derechos.

Así pues, queda fuera de toda duda que el embrión humano es persona. Y, si lo es, hay que pensar que tiene derechos.

Sin embargo, el hombre es un ser naturalmente biológico. Su componenete corporal nos muestra la existencia de una “persona” En efecto, si no fuera por intermedio de su cuerpo, ¿cómo reconoceríamos la presencia de una “persona”? Asi mismo ésto es válido no sólo para el embrión, sino también para el niño, el adulto, o el anciano, todos diferentes estadios de la vida del ser humano. Proteger al hombre exige previamente reconocer su presencia. La particularidad del embrión hay que recurrir a la biología. Pero no se trata más que de una cuestión de instrumentos. Lo esencial permanece intacto. Su vida merece todo nuestro respeto, ya que Él es cada uno de nosotros.

7.5 Logros obtenidos de la conservación de los embriones por tiempo determinado.

El Proyecto de Declaración Universal para la protección del Genoma Humano redactado por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO en sus versiones, de Septiembre 1994, Marzo 1995 y Octubre 1996, afirma que el genoma humano es un componente fundamental del patrimonio común de la Humanidad, que necesita ser protegido para salvaguardar la integridad de la especie humana como un valor en sí mismo, y la dignidad y derechos de cada uno de sus miembros. “*El patrimonio común de la Humanidad y el Genoma Humano*» afirma que «*la aplicación del principio del patrimonio común de la Humanidad a ciertos espacios y bienes tiene como consecuencia el establecer una relación jurídica entre un sujeto de derecho, la Humanidad, y dichos espacios o bienes*”⁴¹⁰; la relación jurídica se establece entre un sujeto de derecho que es la Humanidad y los espacios o bienes. El resultado es vincular la

⁴¹⁰ GROSS ESPIELL, Héctor. (Montevideo, 17 de setiembre de 1926-lb., 30 de noviembre de 2009) fue un diplomático, penalista internacional político uruguayo

Fue doctor en Derecho, profesor de Derecho Constitucional y profesor emérito de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Fue distinguido por la Universidad Nacional Autónoma de México, recibió el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Concepción de Chile y en dos ocasiones de la Academia de Derecho Internacional de la Haya. Miembro distinguido de la Academia Mexicana de Derecho Internacional.

Fue director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en Costa Rica, juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y miembro en representación del Uruguay de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la entonces Subcomisión de Protección de Minorías y Prevención de Discriminaciones. Fue asimismo subsecretario general de las Naciones Unidas y representante especial del secretario general para el Asunto del Sahara Occidental.

conservación del genoma humano con el patrimonio común de la Humanidad, a las generaciones presentes. Consecuentemente es asociar el concepto de genoma humano al de patrimonio.

Vale la introducción para hacer hincapié que la especie humana y consecuentemente el genoma humano, embrión humano tienen derechos que son emanaciones de su propia esencia y existencia porque tiene dignidad, entendida ésta como la excelstitud o índole «sui generis» que la sitúa en un plano superior a lo puramente orgánico. Es de notar que si el hombre tiene dignidad es por ser hombre, y es hombre por pertenecer a la especie, de la que participa porque ha sido generado por dos miembros de la especie humana. Si los derechos son inherentes a la dignidad del hombre también la especie tiene derechos inherentes a su dignidad como especie. De allí, que es necesario aclarar los tiempos límites que son viables para la conservación del embrión y su posterior utilización sin consecuencias negativas. Los métodos de congelamiento y posterior descongelamiento hacen que gran porcentaje sufran consecuencias nefastas, no siendo viables para la concreción de la técnica humana de reproducción asistida.

Varios proyectos han surgido a partir de poner un fin a la existencia de ese material biológico que por distintas causas sus titulares deciden no hacer uso de los mismos y quedan a la espera de una solución, que es incierta.

El proyecto planteado establece la prohibición de generar embriones sin el objetivo de ser utilizados con fines reproductivos o terapéuticos. En el Congreso Nacional se debatiría la “Presentación del proyecto de ley de regulación de los embriones no implantados”⁴¹¹.

Esta presentación tiene la temática pendiente desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación desde 2014, cuando el Poder Legislativo se comprometió a sancionar una ley que tenga por objeto establecer la protección del embrión no implantado., como norma del derecho positivo., puesto que por jurisprudencia, se determinó que la existencia de la persona comienza con la fecundación, en el ya consabido fallo de corte del Portal de Belén c/Ministerio de Salud s/Amparo⁴¹².

“Este proyecto tiene por fin saldar esa deuda y terminar con un silencio legislativo que genera prácticas contradictorias”. Una ley de protección de los embriones no implantados es necesaria para evitar un vacío legal y diferentes posturas a la hora de decidir., al no contar con una norma transparente, la disyuntiva en cuestión cae en la llamada inseguridad jurídica. Desde todo punto de vista trae consecuencias en los diferentes ámbitos y centros especializados porque existe una ausencia jurídica que genera incertidumbre. Este vacío legal es problemático

⁴¹¹ La iniciativa presentada por Filmus cuenta con el acompañamiento de Brenda Austin (UCR), Carla Carrizo (Evolución Radical), Daniel Lipovetzky (PRO), Araceli Ferreyra y Lucila De Ponti (Movimiento Evita), Cecilia Moreau (Unidos por una Nueva Argentina, UNA), Victoria Donda (Somos), Mónica Macha, Laura Alonso, Fernanda Raverta, Analía Rach Quiroga, Mayra Mendoza y Roberto Salvarerra (FPV-PJ). Y su presentación tendrá lugar a partir de las 16 en la Sala 3 del Edificio Anexo de la Cámara de Diputados.

Habrà una mesa de debate con la presencia de Stella Lancuba, doctora en Medicina, especialista en Medicina Reproductiva y presidenta de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMER); Hernán Dopazo, doctor en Ciencias Biológicas, investigador independiente (CONICET) y profesor asociado (EGE, FCEN, UBA); Marisa Herrera, doctora en Derecho, especialista en Derecho de Familia e investigadora (CONICET), y Teresa Bravo, vicepresidenta de Sumate a dar vida (asociación civil de pacientes con dificultades para concebir).

⁴¹² <https://defensoria.org.ar/normativas-cdh/portal-de-belen-c-ministerio-de-salud-s-amparo/>

no sólo para sus titulares, sino también respecto de las clínicas o centros especializados que, al carecer de un marco normativo, en muchos casos obstaculizan los derechos de los pacientes o usuarios”.

El fallo *Artavia Murillo c/ Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice que no es persona el embrión no implantado, pero la legislación local concluyó finalmente en su redacción actual.

Hoy existe “este vacío legal que necesita urgente una ley que regule el tema ya que “hoy no hay un control efectivo del Estado respecto de qué ocurre con los embriones que no son implantados”.

Es llamado un “proyecto plural” dado que se encuentran en un marco de igualdad los distintos sujetos de derecho. El proyecto de ley deberá incluir la suerte de aquellos embriones que se encuentran congelados desde más de una década quedando como la autoridad de aplicación la que tendrá que reglamentarlo. El proyecto incluye precisiones muy claras de qué hacer en cada una de las situaciones en que los embriones no vayan a ser usados, ya sea por muerte de sus titulares, diferencias de opinión en cuanto a qué uso darle, o bien porque se alcanzó el tiempo límite de diez años, en cuyo caso se destinarán a investigación”.

“El Código Civil y Comercial actual establece que la persona humana comienza desde la concepción”, como sinónimo de fecundación.

Carlos Massolo⁴¹³ consideró sobre el status de los embriones que “*por imprecisiones de la ley argentina, se puede interpretar que un embrión no implantado es persona*” colocando al embrión criocongelado en una situación de inestabilidad en torno a las parejas que deciden poner fin a la crioconservación.

El crecimiento diario de niños que nacen de técnicas de reproducción humana asistida es exponencial en el mundo actual., a ello sumado los distintos procedimientos con el agravante de embriones criopreservados que no se implantan por diferentes razones es considerable en el marco de la ciencia y preocupante a la hora de discernir su futuro, para la jurisprudencia.

Es aquí donde cobra relevancia el interrogante sobre ¿qué ocurre con esos embriones que están guardados pero cuyos dadores concluyeron su proyecto reproductivo?. ¿Qué se hace con esos embriones? ¿A dónde van?. En ese sentido “*la ley actual no fija claramente los límites en cuanto al cese de la crioconservación*”.

“Nuestra legislación avanzó hacia el criterio de que los hijos son de aquellas personas que han querido tenerlos., los que tienen vocación procreacional y han dado el consentimiento informado. La voluntad procreacional por escrito es la que define la paternidad más allá de quién haya aportado los gametos”. “El cese de la crioconservación sólo podrá tener lugar mediante una autorización judicial que clarifique el alcance de estos embriones no requeridos para un proyecto familiar”.

En definitiva el proyecto establece la prohibición de generar embriones sin el objetivo de ser utilizados con fines reproductivos o terapéuticos. También impide su comercialización, procura limitar el número de ovocitos a fecundar y establece en **diez años** el plazo de criopreservación.

⁴¹³ MASSOLO, Carlos César. Abogado Procreate Red de Medicina Reproductiva y Molecular

La voluntad procreacional por escrito es la que define la paternidad más allá de quién haya aportado los gametos

¿Y qué es lo que ocurre en la práctica”. Se expresó que “todos los embriones que se generan son para tratamientos de fertilización asistida, no para otro tipo de uso que no sean los reproductivos”⁴¹⁴. Y tras reconocer que “quedan más de los que se transfieren y se congelan” consideró que “es necesaria una ley que diga qué hacer con estos embriones que no tienen un destino definido”.

Otros centros especializados en medicina reproductiva, mantienen los embriones congelados hasta tanto exista un marco regulatorio, entendiendo que las decisiones sobre embriones criopreservados corresponden a los criterios autónomos de las personas”⁴¹⁵.

“En los datos que aportan existe la figura del abandono embrionario. Los centros entienden que esta decisión excede sus competencias, situación que perpetúa el abandono y requiere una solución social y legislativa”.

En el Derecho Comparado: Japón deriva los embriones a investigación si luego de tres años de congelamiento los padres prospectivos no renuevan su mantenimiento o la paciente supera la edad reproductiva. Estados Unidos y Brasil cuentan con reglamentaciones similares, por lo que se propone analizar la posibilidad de derivar los embriones abandonados en Argentina al sistema científico nacional para investigación en células madre, bajo el marco legal que corresponda.

Con la implementación en concreto de la Ley estarán beneficiadas todas las personas involucradas en los procedimientos de técnicas de reproducción humana asistida, pacientes como profesionales de la salud; y de manera indirecta, toda la población.

El argumento de la falta de regulación respecto del embrión no implantado está siendo utilizado por distintas empresas de medicina prepaga y obras sociales como justificativo para negar la cobertura de las técnicas de reproducción asistida, en especial la criopreservación de embriones, a sus usuarios. La falta de regulación, trae aparejado distintos inconvenientes a la hora de tomar decisiones. Repercute en cuestiones como los conflictos que se suscitan a raíz

⁴¹⁴Sergio Pasqualini (MN 39914) Director Científico Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires. Director científico de Halitus Instituto Médico Residencia en Ginecología y Obstetricia, I Cátedra de Ginecología a cargo del profesor Dr. Leoncio Arrighi del Hospital de Clínicas «José de San Martín» Hijo del Dr. Rodolfo Q. Pasqualini, reconocido especialista en endocrinología, y de la Dra. Christian Dosne de Pasqualini, eminente investigadora en leucemia experimental de reconocimiento internacional y la primera mujer en ser incorporada como miembro de la Academia Nacional de Medicina.

⁴¹⁵ *La Dra. Stella Lancuba es Directora médica de CIMER, Centro de investigaciones en medicina reproductiva; y Presidente SAMER, Soc. Arg. de medicina reproductiva. Recibida en la UBA con diploma de Honor Doctora en Medicina, completo su tesis doctoral en Tocoginecología, especializándose en Medicina Reproductiva. Su formación en la especialidad de medicina reproductiva tuvo lugar en la Universidad de Palermo- Italia y en USA Methodist Hospital – Texas. Su residencia entre 1982y 1986 tuvo lugar en el Hospital Italiano de Buenos Aires pasando de ser residente, jefe de residentes a medica del servicio de Ginecología. Entre 1991 y 1997 ejerció la Dirección del servicio de fertilización in vitro y ginecología del Hospital Italiano. Miembro fundador y Titular del comité de ética del Hospital Italiano.*

de divorcios y separaciones de la pareja en presencia de embriones criopreservados de titularidad de ambos. En el tema sucesorio, ¿ hasta dónde se desplaza la vocación hereditaria?., sin contar las múltiples preguntas y demás cuestionamientos jurídicos que esta medida debe abarcar para las múltiples circunstancias expuestas.

Una vez finalizado el tratamiento con fines reproductivos suelen quedar embriones criopreservados en los centros de salud. Durante un tiempo la persona o pareja titular de esos embriones se ocupa y encarga de abonar la criopreservación. No obstante, después de cinco años de criopreservación se eleva a 30% la tasa de abandono de esos embriones.

El proyecto procura limitar el número de ovocitos a fecundar con el fin de disminuir el número de embriones a criopreservar.

Implica un costo para el paciente/usuario la mantención de la crioconservación del embrión en buen estado de preservación y ótimo estado al momento de su utilización. Esto consta de una erogación de dinero extra que en varias circunstancias dejan de ser sostenidas por los progenitores por variadas decisiones propias.

Se deja en claro que el proyecto establece la prohibición de comercialización de embriones y de generación de embriones con el objetivo deliberado de ser utilizados sin fines reproductivos ni terapéuticos.

Procura limitar el número de ovocitos a fecundar con el fin de disminuir el número de embriones a criopreservar.

Establece el plazo de criopreservación en 10 años.

Define de manera precisa cuáles pueden ser los diferentes destinos de los embriones: ser utilizados por sus titulares para posteriores tratamientos, ser donados con fines reproductivos, ser donados con fines de investigación, cesar su criopreservación.

La primera cuestión que se plantea en relación con estos embriones es la de la legitimidad de su crioconservación, y si ésta debe o no autorizarse. La respuesta depende mucho del estatuto que se considere oportuno otorgar al embrión humano. Como se sabe, respecto a esto hay en la actualidad básicamente tres posturas.

Para una parte de la doctrina el embrión es, desde su primer momento, una persona, un sujeto moral, al que, en tanto que tal, se le debe respeto. Tal posición es la que defendió la Iglesia católica en la *Instrucción Donum Vitae* de la Congregación para la doctrina de la fe, firmada por Joseph Ratzinger y Alberto Bovone en 1987. Este influyente documento, en nombre del respeto a los seres humanos, rechazó la congelación de embriones y recomendó, por lo tanto, que la legislación prohibiera los bancos de embriones. Generar la cantidad de embriones solamente las que serían utilizadas para la implantación. Cercana a esta posición está la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán, la sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica 2000-2306, así como numerosas legislaciones nacionales. Diferente a ésta es la postura de quienes defienden que los embriones han de ser considerados como una cosa, un mero tejido humano, una parte separada del cuerpo que no tiene una significación mayor que la sangre ni ningún derecho a un estatus especial que no derive de su vinculación concreta con un proyecto parental. No se ve entonces ningún problema para su crioconservación. Otra parte de la doctrina, que ha resultado muy influyente en algunas legislaciones, defiende la necesidad de tener en cuenta las diferencias entre las diversas etapas del desarrollo embrionario y la conveniencia de establecer grados diferentes y acordes de protección. Sostienen sus partidarios que, en el caso del embrión de hasta catorce días, donde queda desarrollado su tronco neural, no cabe hablar ni de persona ni de vida humana individual, y que, si bien su potencialidad y sus características específicas le hacen acreedor de

un estatus especial, éste no crea ningún obstáculo para su congelación. Esta última posición, heredada de concepciones legales tradicionales que han mantenido la separación entre el estatus del concebido y el del nacido, fue la sostenida por el Informe Warnock en 1984. En España inspiró el uso del término preembrión⁴¹⁶ en la ley de 1988, así como la regulación de los bancos de embriones. Sin perjuicio del continuo avance de la ciencias empírica sobre la materia que nos ocupa, desde hace decenios se conoce con precisión las etapas iniciales de la generación humana. Hasta hace poco más de dos décadas había unanimidad en las denominaciones: producida la fecundación la primera célula se denomina cigoto y cuando este se dividía en dos células se forma el embrión designándose con distintos nombres los sucesivos estadios de esta única y misma entidad: blastodermo, blastocisto, etc. y luego feto. Las distintas denominaciones del nasciturus obedecían a cambios cualitativos y cuantitativos pero no entitativos, de la misma manera que se designa al ser humano nacido como bebé o infante, niño, adolescente, joven, viejo o anciano, sin que nadie dude que la persona ahora añosa es la misma que fue bebe décadas atrás. También biológicamente se comprueba que la persona por nacer es el mismo cigoto, embrión y feto en sus diferentes estadios de desarrollo. La fecundación artificial abrió la posibilidad de manipular con distintas finalidades al embrión, entre ellas congelarlo, seleccionarlo y usarlo como objeto de experimentación e investigación.

En junio de 1984 el Reino Unido a los efectos de dictar una legislación sobre el tema, había convocado una comisión llamada Warnock que elaboró un informe elevado a Su Majestad Real, conocido por ese nombre en el que se arribaban a las mismas conclusiones. Sin embargo todavía se continuaba utilizando la palabra “embrión” corriente hasta entonces. “Ningún embrión humano derivado de la FIV (congelado o no) puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación, si no es trasladado al cuerpo de una mujer; tampoco se lo puede utilizar como objeto de investigación más allá de los catorce días a partir de la fecundación. Este período de catorce días no incluye el tiempo durante el cual el embrión esté congelado. La ley británica de fertilización humana y embriología asumió en líneas generales las conclusiones del informe Warnok y se refiere siempre al embrión. Posiblemente para paliar las críticas de los procedimientos artificiales, la ideología científicista inventó un nuevo término que ficticiamente y arbitrariamente por vía semántica implicó la división entitativa del embrión: se decidió que los estadios del desarrollo embrionario posterior al cigoto se denominaran “preembrión” y que tanto éste como el cigoto no respondían al concepto de ser humano, sino de un conjunto de células no diferenciadas que sólo implican “potencialmente” y no actualmente la vida humana. Según esta opinión recién entre el día décimo y catorceavo,

⁴¹⁶ La distinción entre “embrión” y “preembrión” fue una respuesta a las recomendaciones de los comités nacionales de ética y a las expresiones políticas que surgieron después de que el “informe Warnock” recomendara un límite máximo de catorce días para investigar con embriones. La Voluntary Licensing Authority (VLA), establecida en 1985 por el British Medical Research Council (MRC), y el Royal College of Obstetricians and Gynaecologists (RCOG) empezaron a utilizar el término para hacer frente a las presiones de los grupos antiaborto británicos: Shevory, cit., en Bequaert (ED), cit., pp.236-237. Para el estudio de la evolución del debate parlamentario y de las implicaciones asociadas al término en la sociedad británica, Vid. Michael Mulkay, “The Triumph of the Pre-Embryo: Interpretations of the Human Embryo in Parliamentary Debate over Embryo Research, *Social Studies of Science*, Vol.24, N°4 (Nov.1994), pp. 611-639. En EEUU, el término fue introducido formalmente en 1986 por la AFS, actual ASRM, a través de su Comité Ético Ethics Committee, American Fertility Society, “Ethical Consideration of the New Reproductive Technologies”, 46 F&S 1986, pp.1-93. Desde entonces se mantiene: Ethics Committee, American Fertility Society, “The Biological Characteristics of Preembryo” 62 F&S 1994, 29 S.

cuando el llamado “preembrión” se fija por sí mismo a la pared uterina y desarrolla su línea primigenia del sistema nervioso comienza a existir un nuevo ser humano.

Una de las primeras entidades que mundialmente difundieron esta concepción fue la Asociación Americana para la Fecundación mediante su comité de Ética cuyas directivas fueron publicadas en septiembre de 1986. Posteriormente la ley española de 1988 asumirá la terminología que comentamos y se referirá así al preembrión. Cabe acotar que numerosos proyectos legislativos de nuestro país han seguido los lineamientos de la ley española incluyendo la denominación de “preembrión”. No es el lugar aquí de exponer extensamente los argumentos biológicos demostrativos de la falacia que esconde la palabra preembrión, pero citando a científicos podemos decir que la fecundación del óvulo por el espermatozoide da lugar a la célula más especializada que pueda existir, en el sentido que ninguna otra célula poseerá jamás las mismas instrucciones a lo largo de la vida del individuo. La molécula del ADN descubierta por Watson y Kirk hace más de cincuenta años, en la cual se encuentra el código genético, contiene instrucciones que se comunicarán a las células cuando éstas se dividan en tres todas las informaciones necesarias para la formación del individuo único⁴¹⁷. Pero aún antes de la división celular, cuando el ovocito se activa mediante la fecundación por el espermatozoide señala el comienzo de todo el proceso de desarrollo del nuevo individuo y por ende de la vida humana. En ese momento el espermatozoide está unido indefectiblemente al ovocito y en el proceso de englobamiento del ADN seleccionado (del espermatozoide que finalmente fecundó) ya está asociado a la gameto femenina. El ADN del hijo ya se está organizando para la primera división y se encuentra dentro de una estructura capaz de hacerlo duplicar y luego expresar⁴¹⁸.

Por tanto la denominación “preembrión” al que no se le atribuye calidad de vida humana pues esta comenzaría recién en el momento del implante y de la aparición de la vena primigenia, es uno más de los tantos sofismas que se han utilizado para difundir la fecundación artificial.

En 1999, el Tribunal Constitucional español (STC 116/1999) consideró que la crioconservación de los embriones sobrantes “no sólo no resulta atentatoria contra la dignidad humana”, sino que, por el contrario, constituía “el único remedio para mejor utilizar los preembriones ya existentes y evitar así fecundaciones innecesarias”. Una vez admitida legalmente la crioconservación de embriones –siempre en la fase anterior al día catorce— las características de éstos, cuya potencialidad genera una especie de periodo de intemporalidad en la génesis de la vida humana y cuyo estatus especial obliga a determinadas cautelas, hacen preciso tomar una serie de decisiones. Tales decisiones versan en torno al poder de disposición sobre el embrión congelado por parte de aquellos de quienes provenga, a la necesidad de fijar o no un plazo máximo para su conservación, así como sobre el destino que debe dársele pasado ese plazo.

También pueden referirse a los requisitos que deben hacerse cumplir legalmente a los centros, a la preparación que cabe exigir a su personal, a la imposición de garantías que eviten las oscilaciones térmicas, o bien a la obligatoriedad de hacerles tomar un seguro a fin de afrontar los posibles daños al embrión. Respecto al poder de disposición sobre el embrión, ya el Informe Warnock desaconsejó la posibilidad de considerar a la pareja de la que proviene como la propietaria del mismo.

⁴¹⁷ Lejeune Jerome, “Que es el embrión humano”, pág.197/98, Rialp, Madrid, 1993

⁴¹⁸ Bosch Margarita, “Problemática de la procreación. Reflexiones sobre el inicio de la vida” y bibliografía allí citada en “Jornada por la vida” autores varios, EDUCA, Buenos Aires, 1999

Razones de peso hacen que el embrión congelado no deba ser considerado una cosa, y que se busque por ello evitar toda posible mercantilización. Esto no obsta para que se conceda a los progenitores algunos poderes de disposición sobre él, por ejemplo el de la decisión de implantarlo o no, o el de donarlo o no para la reproducción o la investigación. Tal poder de disposición puede no durar todo el periodo de su conservación.

La ley Española de 1988 estableció por ejemplo que, pasados dos años de crioconservación, los embriones quedaran a disposición de los bancos. Los poderes de disposición sobre el embrión se ejercen, por regla general, de mutuo acuerdo entre los progenitores, y pueden pasar al cónyuge superviviente. Si hay desacuerdo, debe decidir la autoridad. En EE.UU. el caso Davis puso en escena en la última década del siglo pasado una discusión sobre la conveniencia de la implantación de un embrión en una mujer divorciada cuyo ex-marido se negaba a la misma. El juez decidió rechazarla, al considerar que la mujer tenía otras alternativas reproductivas. En general, la legislación tiende de manera creciente a responsabilizar a los progenitores del destino de los embriones congelados, buscando que decidan sobre los sobrantes de su proceso de reproducción. La Ley Española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, por ejemplo, impuso a los centros la obligación de requerir el consentimiento informado de los progenitores acerca del posible destino que quisieran dar a los embriones sobrantes, el cual debía irse renovando cada dos años. Lo común, sin embargo, es que se produzca el desinterés por la suerte de éstos una vez desvinculados de un proyecto reproductivo concreto. Son frecuentes por eso los problemas para localizar a los progenitores y renovar su consentimiento. En previsión de ello, esa misma ley estableció que, pasadas dos ocasiones sin que haya podido obtenerse la renovación, los embriones quedasen a disposición de los centros. Otro problema se relaciona con el plazo de conservación. ¿Hasta cuándo deben conservarse congelados los embriones? Las primeras legislaciones europeas en la materia, y puesto que entonces se desconocían los efectos a la larga de esta crioconservación, decidieron fijar un plazo máximo. La Ley Española de Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 puso éste en cinco años. La ley Británica lo estableció en diez en 1990. Otros países fijaron plazos más cortos: Noruega impuso el de tres años, por ejemplo, y Austria o Dinamarca establecieron sólo uno. La mayoría de los países europeos que aceptaron la crioconservación de embriones no pusieron, sin embargo, plazo alguno. Tampoco EE.UU. lo estableció. En ausencia de legislación específica, son los propios bancos de embriones y los acuerdos entre las partes los que establecen los límites temporales. La conservación indefinida suele verse, no obstante, como problemática. En 2006 la legislación española derogó el plazo de cinco años hasta entonces existente y estableció que los embriones pudieran conservarse hasta que se considerase que la receptora no reunía los requisitos clínicos para la práctica de una reproducción-asistida.

Durante todo o una parte del plazo de su conservación, los embriones quedan a disposición de los progenitores, los cuales pueden bien proceder a su implantación o bien donarlos a terceros con fines reproductivos. Esta última posibilidad, que da lugar a la llamada por adopción prenatal, ha sido vista por muchos como la solución más acorde con la dignidad de los embriones. Está contemplada en la legislación española, pero no está permitida en muchos países. Tal es el caso de Austria, Dinamarca o Alemania. La demanda por parte de los adoptantes, en cualquier caso, no ha sido nunca muy alta. La condición de excedente de los procesos de reproducción asistida que tienen los embriones congelados provoca un continuo incremento de su número. Eso lleva a que la implantación no pueda proporcionarles a todos un destino. Por eso se abren otras dos posibilidades, las cuales

también han sido contempladas por las legislaciones: su utilización para la investigación, lo que conduce a un mejor conocimiento del embrión y permite aprovechar sus células madre, o bien su destrucción sin otra utilización. La primera posibilidad ha ido resultando cada vez más interesante en cuanto avanzaba la investigación en Medicina regenerativa y sus posibles aplicaciones terapéuticas con células madre. La aparición de los llamados embriones somáticos, o pseudoembriones, los cuales no son resultado de la fecundación de un óvulo sino de la clonación terapéutica, y que también pueden almacenarse congelados, plantea incluso el problema de si debe serles aplicado el mismo régimen legal, complicando de esta forma toda la cuestión. Los riesgos de la cosificación y la mercantilización aparecen aquí claros para muchos. Por eso en numerosos países, en Francia y Alemania, por ejemplo, se prohibió tempranamente la investigación con embriones. España, por el contrario, ha ido ampliando esa posibilidad. Lo hizo tanto en 2003, cuando permitió dedicar a la investigación los embriones congelados con anterioridad a esa fecha, como en 2006, cuando suprimió esa limitación temporal. La destrucción sin otra utilización resulta problemática para gran parte de la doctrina. Se presenta no obstante como una alternativa a la congelación indefinida que es defendida desde numerosas posiciones. Aunque presenta graves inconvenientes para los partidarios de la condición de persona del embrión, no han faltado voces entre éstos que defienden que, proporcionando un trato respetuoso a los restos, puede ser la opción menos mala. Fue de hecho la que se impuso en el Reino Unido cuando se cumplió el plazo propuesto por la ley de 1990. Ello levantó grandes protestas. Mucho más confusa ha sido la actuación de la autoridad española en la materia, que fue posponiendo su decisión. A fin de evitar los problemas que generan los embriones congelados, muchos proponen limitar legalmente el número de ovocitos que se fecundan en cada ciclo reproductivo. Tal opción, que baja la eficacia de las técnicas pero también reduce drásticamente el número de embriones sobrantes, fue la que tomó, por ejemplo, la ley alemana en 1990, y en ello la siguieron numerosos países. Contra el derroche de embriones se manifestó, por ejemplo, el Parlamento Europeo en 1989. En esa dirección, la ley española impuso en 2003 un límite máximo de tres a la fecundación de ovocitos en cada ciclo reproductivo. Ese límite fue suprimido en 2006. La crioconservación es una técnica que se ha mostrado eficaz en múltiples campos. Sobre todo a aquellas parejas infértiles, darles laposibilidad de concebir un hijo propio. Desde las esperanzas bastante lejanas de la Criónica a los problemas ciertos que genera su empleo como técnica auxiliar de la reproducción humana asistida, ha suscitado debates y posturas variadas. También, y en particular en lo que se refiere a la congelación de gametos y embriones humanos, ha dado lugar a una legislación que debe atender a la ruptura temporal en la génesis de la vida deteniendo el tiempo a voluntad del hombre. Se cae al riesgo de cosificación y mercantilización que tal práctica, inevitablemente, supone.

La crioconservación de embriones tiene beneficios claros para la gestante., en cuanto a los riesgos y sus costos, pero las tasas de recién nacidos, no son en definitiva tan diferentes entre los centros a los cuales se recurre o los que no se recurren para la crioconservación. No obstante, hay diferencias importantes en el riesgo de concepción multigestacional y los mismos riesgos maternos que se corren al repetir ciclos de estimulación ovárica. Por cuanto, la crioconservación de embriones humanos es actualmente una técnica generalizada. La práctica de las técnicas de reproducción humana asistida trae como consecuencia un alto número de embriones que se desechan o que se mantienen congelados de manera indefinida. Pocos

centros han comunicado el número de embriones desechados o congelados y las regulaciones más recientes, reconociendo este problema, buscan reducir su número. Así mismo, los reparos éticos subsisten porque, si verdaderamente se pretende cumplir con el deber moral de respeto y protección al embrión humano, no basta con reducir el número de embriones sobrantes., sino creando una normativa que proteja desde antes de generarlos.

Son posturas distintas entre: la mujer o pareja que busca tratamiento, por causas de imposibilidad de gestar por vía natural, las normas de cada institución con reglamento a una norma y la legislación de las distintas naciones. En cada uno de estos niveles de decisión se asume necesariamente, aunque sea de manera implícita, una posición sobre el estatuto moral y ético, sobre el respeto debido al embrión pre-implantacional. Que si bien el embrión son un conjunto de células embrionarias que han conformado a un ser por nacer a imagen y semejanza de quien donó los gametos, el mismo conserva un ADN de persona. Si se elude esta definición previa de quienes deciden, el fundamento de la decisión será siempre débil y a la larga confuso., si no se complementa con un marco normativo bien definido.

La opinión médica y de centros especializados en concordancia en postura mayoritaria, a la luz de los resultados internacionales de eficiencia de los ciclos de FIV/ICSI, consideran necesario evitar la multigestación, por consiguiente se acepta como válida la criopreservación, tendiendo últimamente a la reducción en el número de embriones. Este criterio ha demostrado una reducción sustancial del embarazo múltiple y una reducción de costos que permite aumentar el acceso a estos tratamientos

Las normas institucionales han de ser claras y conocidas por los usuarios tanto en sus aspectos formales como en sus fundamentos. Para establecerlas se requieren criterios éticos y morales alcanzados mediante procesos deliberativos entre los especialistas, los cuerpos directivos de cada establecimiento y los comités de ética institucionales, y la normativa clara deben considerar, junto a la eficiencia de las técnicas, el total de responsabilidades en juego. Nada menos que vidas humanas por nacer.

En el ámbito legislativo, se debe asumir la imperiosa necesidad de legislar con sólidos fundamentos científicos, éticos, morales y jurídicos., y no sólo en base a argumentos de utilidad y eficiencia o mercantilización. La norma debe asumir la posición ante conflictos de forma, valorando por sobre todo el deber de protección del embrión preimplantacional y el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer o pareja, que sufren algún tipo de patología reproductiva.

La necesidad de analizar y reflexionar con la máxima profundidad los aspectos clínicos, éticos, morales y jurídicos antes de tomar decisiones personales, institucionales o legales para criopreservar embriones humanos, habida consideración de su naturaleza o estatuto moral y del hecho que la destrucción o la criopreservación indefinida son destinos que deben ser por sobre todas las cosas, evitados.

7.6 Derechos de familia para su constitución, en un marco normativo de derechos contemplados.

“La protección internacional de la familia se enmarca dentro de la protección internacional de los Derechos Humanos. Al referenciar “Derechos Humanos”, se afirma la existencia de derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia

*naturaleza y dignidad., derechos que le son inherentes e innatos y que lejos de nacer de una concesión de sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados.*⁴¹⁹

*Sería coartar el sentido que tienen los Derechos Fundamentales de la persona humana el limitarlos a la persona en su calidad de individuo sin considerar como de igual relevancia sus derechos apreciados en su aspecto social. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la célula fundamental del hombre., así ha sido reiteradamente estimada en gran número de declaraciones, Convenciones y resoluciones internacionales, y así se apela a nuestra sana razón. Sigue siendo una preocupación constante de la comunidad internacional el que la familia reciba protección integral y asistencias necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.*⁴²⁰

En la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo quedó claramente expuesta la preocupación de la comunidad internacional en su totalidad el punto clave de la familia. Estimándolo absolutamente necesario para cada Nación.

*“La comunidad internacional reconoce que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad. La familia es el reflejo más completos de los puntos fuertes y débiles del bienestar social y de desarrollo y, como tal, ofrece un enfoque sesiblemente comprensivo para las cuestiones sociales”*⁴²¹. La familia como unidad básica social, es el principal agente del desarrollo sostenible en todos los niveles de la sociedad y aporta una contribución decisiva para el éxito de ese proceso.⁴²²

La declaración Universal de derechos Humanos⁴²³, juntamente con los Pactos Internacionales de derechos Humanos, son considerados la “Carta Magna” en materia de derechos fundamentales de la persona humana. En su conjunto proporcionan un listado de derechos fundamentales pertenecientes no sólo al individuo sino también a la familia, su sólo texto sirve para redactar un discurso sobre la protección que tiene derecho a recibir la familia en el ámbito internacional. Los derechos enumerados son inherentes a la familia en cuanto tal, son referentes a su dignidad intrínseca, sin su protección la familia sufre el peligro de ser destruida.

La familia es la base fundamental de la sociedad. En ella se depositan los principales principios innatos de la humanidad. De ella parten las diferentes miradas del hombre por el hombre dándoles los valores dignos de cada acción.

Sin una protección integral amplia, la familia se vería en el camino de destrucción sin retorno.,y con ello corre riesgo el futuro de los demás principios fundamentales.

Los Pactos son verdaderas Convenciones abiertas a la adhesión y ratificación de los Estados. Ellos afirmativamente crean verdaderas obligaciones jurídicas para las Naciones que lo han

⁴¹⁹ Cuadragésima cuarta sesión de Asamblea General de las Naciones Unidas,AC/7977(1 de Septiembre-29 de Diciembre.1989). Aprobado sin votación el 8 de Diciembre de 1989, reunión N° 78, report:A/44/757.

⁴²⁰ Cfr: TRUYOL Y CERRA, Antonio. Los Derechos Humanos, Tecnos, 1984,p.11

⁴²¹ ERRÁZURIZ T, Cristina. Revista Chilena de Derecho, vol. 21N°2.pp. 365-370(1994).

⁴²² Informe del Secretario General sobre los avances de preparación del año Internacional de la Familia Cuadragésimo octavo período de sesiones, 110 del programa de provisional. Asamblea general A/48/293, 19n de agosto del 1993.

⁴²³ Resolución 217(III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de Diciembre del año 1948.

firmado y ratificado. Estos documentos crean fuente de costumbre internacional, por lo menos de costumbre en formación, comotal su obligatoriedad jurídica se extiende a estados que no son partes de estos instrumentos.

En el preámbulo de estos documentos queda de inmediato patente la importancia fundamental de la familia humana. La primera frase del Preámbulo de Declaración Universal de derechos Humanos expresa: “... () *la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”. Los Preámbulos de los Pactos comienzan todos de manera similar, demostrando así que el objeto primordial, claro y preciso de protección de estos instrumentos es justamente la persona humana, pero no sólo individualmente, sino que dentro de un contexto de una la familia.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia⁴²⁴ es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

La claridad de la norma su punto de intersección, es la familia donde las herramientas brindadas quedan a disposición para lograr una protección adecuada de sus miembros, lo que se logra interpretando en sentido amplio la palabra familia.

La familia en sentido amplio queda definida por lo existencia de relaciones jurídicas familiares que hallan su origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco. Independientemente de la existencia de matrimonio entre padres, tal como se desprende del inc 5°. De lo expuesto no brinda obstáculo alguno para incluir por vía interpretativa dentro de su marco protectorio una estructura familiar más amplia. Tal como se denominan familias ensambladas o reconstituida, que se reconoce vínculos procedentes de otras uniones conyugales. La familia ensamblada es aquella estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa⁴²⁵.

⁴²⁴ Arts. 1,2,18,19 y 27 de CADH, 14 bis,20,75 inc 19,22 y 23 CN;6 DADDH; 16 DUDH; 2 y 10 PIDESC; 16 y23 PIDCP; 15 y 16 CEDM; Convención de Nueva York de 1962 sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el Registro de ellos; 3 y 9 CDN.

⁴²⁵ Conf. GROSMAN, Cecilia P y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. Familias ensambladas, Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales, Buenos Aires, Universidad 2000.p35

La protección de esta nueva estructura familiar estaría implícitamente comprendida dentro del marco de la norma en exámen como consecuencia lógica de la aceptación de la posibilidad de disolver el matrimonio que hace referencia el inc 4°. Es importante remarcar que de la norma no surge la existencia de un único modelo de familia, contemplando la protección de ella en sus diversas manifestaciones. Si bien el artículo reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio, no especifica que necesariamente deba ser entre sí. Se refuerza esta postura en los incisos 3° y 4° ya que los mismos no aparecen consideraciones de género debido a a utilización de la palabra “contrayentes” y “conyuges”. La argumentación que al proclamar al igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges, lo hace refiriéndose sólo a las discriminaciones habituales en las que incurren las legislaciones internas entre el hombre y la mujer. Estuvieron contemplados determinadas imposibilidades para contraer matrimonio. Fue tanto el el viejo Código Civil Velezano donde se expresaba en su artículo N° 166° Son impedimentos para contraer el matrimonio: 1ro. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación; 2do. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos; 3ro. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1ro., 2do. y 4to.. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo del adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada; 4to. La afinidad en línea recta en todos los grados; 5to. Tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho años; 6to. El matrimonio anterior, mientras subsista; 7mo. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; 8vo. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere; 9no. La sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera. En nuestro actual Código civil y Comercial de la Nación, en su art. 403 reza: Impedimentos Matrimoniales: Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; f) tener menos de dieciocho años; g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial. Si bien son normas contempladas para la contracción matrimonial estas hacen a la obligatoriedad para la concepción familiar. Promueven a la salud de la familia. Los impedimentos dirimentes, su violación van contra el orden público.

La familia es una institución natural antes que el estado mismo., es núcleo central de la sociedad civil, comunidad natural de vida, que debe ser respetada y protegida por el Estado.⁴²⁶

La promoción integral de la familia desde las políticas públicas es el único modo de garantizar el desarrollo socio económico sustentable de la Nación.

La política familiar se define como un conjunto de medidas públicas destinadas a aportar recursos a las personas con responsabilidades familiares para que puedan desempeñar en las

⁴²⁶ Declaración del Congreso Internacional por la vida y la familia reunidos en Buenos Aires del 17 al 19 de Junio del 2005, El Derecho, Tomo 215, p;1115.

mejores condiciones posibles las tareas y actividades derivadas de ellas, en especial las de atención a sus hijos menores dependientes. En este sentido, los instrumentos concretos de la política familiar dependen de la naturaleza y del carácter de los recursos aportados a las familias desde el exterior, ya sea desde las mismas instancias públicas o por otros agentes bajo la previsión, el control y la responsabilidad de la Administración Pública.

En Europa, la creación en 1989 del Observatorio Europeo de las Políticas Familiares Nacionales, dependiente de la Comisión Europea, y la celebración en 1994 del Año Internacional de la Familia bajo los auspicios de Naciones Unidas han acompañado una toma de conciencia cada vez mayor de la contribución de las familias al bienestar social. Hoy existe la Confederación de Organizaciones Familiares de la Comunidad Europea (COFACE) que reúne grupos organizados de los países miembros, que representan diversos intereses que giran en torno a la familia y ayudan al diseño de herramientas en pro de éstas.

De acuerdo a la Convención, el deber de protección que pesa sobre la sociedad y el Estado incluye a las uniones entre personas del mismo sexo.⁴²⁷

La Constitución Nacional tanto en su texto originario como en el resultante de sus reformas de los años 1860, 1866 y de 1898, nada hacía referencia sobre la familia. Atravesando los tiempos la ley fue cambiando de matices, convirtiéndola la misma en dinámica según las modificaciones en usos y costumbres humanas, amoldándose a los tiempos. Por los años 1957 en cumplimiento a lo dispuesto por el decreto 3838 La Convención Nacional Constituyente sancionó la incorporación de la Constitución Nacional del artículo 14bis, elevándose así los derechos sociales y económicos a rango constitucional.

El Artículo 14 bis estipula en lo que a familia se refiere... () *la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna*. La manera en que nuestra Carta Magna contempla la protección de la familia no tiene los ahínco que esta merita, teniendo en cuenta el grado de importancia y trascendente que tiene su rol en la sociedad. Dicha norma funciona como piso mínimo no puede ser desconocido por el orden infraconstitucional. “*Protección integral de la familia*” es de gran amplitud y permite que la norma brinde un amparo extenso, elevando a la familia a la jerarquía de sociedad primaria y núcleo fundamental.

El concepto constitucional de familia no puede ser interpretado de manera restrictiva y supone la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto y genera un ámbito de protección y promoción por parte del Estado. Los lazos afectivos y los proyectos de vida no responden a un solo modelo sino por el contrario responden a la tolerancia y pluralismo⁴²⁸, lo que permite afirmar el principio democrático que exige el respeto por las diferencias⁴²⁹.

Se le debe asegurar a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable de los cuidados y de la educación de los hijos

⁴²⁷ Ley 26618 En julio del año 2010, Argentina se convirtió en el primer país de Latinoamérica en reconocer el derecho a matrimonio entre personas del mismo sexo a nivel nacional. El Artículo 2 de la Ley 26628 de Matrimonio Civil (2010) conocida como Ley de Matrimonio Igualitario establece que : el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

⁴²⁸ GIL DOMINGUEZ, Andrés. “El concepto Constitucional de familia”, Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Vol.15, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp.31-43.

⁴²⁹ GROSMAN Y MARTÍNEZ ALCORTA, op.cit., p.32.

a su cargo. Debe además asegurarse una protección especial y necesaria para los niños en todo momento, como así también a la mujer durante todo el período de la maternidad. Estas disposiciones son claras, no dan opción para una interpretación distinta. Proteger el matrimonio que es el acto jurídico que marca el momento en que se constituye la familia, significa asegurar que el matrimonio gozará de la más amplia protección en la Ley y no que ella encuentre la forma de destruirlo.

Proteger la maternidad y la infancia significa asegurar el derecho del niño que está en el vientre materno a desarrollarse y crecer hasta poder valerse de sí mismo. Significa también defender la función procreadora del matrimonio, asegurando que éste este abierto a la vida. Las leyes que estén en discordancia con estos derechos son leyes atentatorias contra la familia misma., contra los derechos fundamentales del hombre, contra el orden social, incluyendo el internacional. Esta protección está expresamente asegurada en estos instrumentos, de esta manera se asegura que nadie sea objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en su familia. Es deber de la Ley que otorgue esta protección.

En el derecho comparado encontramos que distintos Estados como España cuenta con una Secretaría de Estado (Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y discapacidad) que pareciera incluir a las familias pero el verdadero organismo encargado exclusivamente de la familia es una “Subdirección General de Familias”. No hay Secretaría de Estado de Políticas Familiares ni una Ley de Familia. Sin embargo, en otros países de Europa la situación es algo diferente: existe un Ministerio de Familia, Ancianidad, Mujer y Juventud en Alemania; un Ministerio Della Politica per la Famiglia en Italia; un Ministerio de Asuntos Sociales y de Familia en Irlanda; un Ministerio de la Familia y Asuntos Consumidores en Dinamarca; un Ministerio de Trabajo, Solidaridad social y Familia en Rumania; un Ministerio de Sanidad, Familia y Juventud en Austria; un Ministerio de Trabajo, Asuntos Sociales y Familia, Eslovaquia; un Ministerio de Trabajo, Familia y Asuntos Sociales en Eslovenia; y, un Ministerio de la Familia e integración en Luxemburgo, por citar algunos ejemplos. Es decir, en general, en estos países se le dá, por lo menos nominalmente, un rango ministerial al tratamiento de las políticas dirigidas a la familia⁴³⁰. En América Latina las instituciones sociales encargadas de diseñar y ejecutar las políticas referidas a las familias son variadas: desde ministerios de la familia, pasando por secretarías, subsecretarías y consejos adscritos a diversas instancias, hasta la ausencia de una institución responsable⁴³¹. La heterogeneidad de las situaciones nacionales obedece al hecho de que los países se encuentran en distintas etapas de la transición demográfica.

En la mayoría de los países de la región, más que políticas explícitas hacia las familias, existen intervenciones dispersas y no coordinadas mediante programas y proyectos en materia de salud, educación, lucha contra la pobreza y prevención y erradicación de la violencia, entre muchos otros objetivos⁴³². Pese a esta diversidad, hay consenso entre los encargados del tema respecto a los principales problemas que ésta enfrenta: la violencia intrafamiliar; el desempleo, que se asocia también a la pobreza, la crisis económica, y el deterioro de las condiciones materiales de vida de las familias; y finalmente, lo que se denomina desintegración familia.

En primer lugar, la realidad demográfica de la nación, demanda una política demográfica de promoción de la natalidad como parte de una política de familia. Se trata de la procreación de

⁴³⁰ www.ipef.org, Informe, pág. 41

⁴³¹ Arriagada, Irma, ut supra citada, pág. 31

⁴³² Arriagada, Irma, ut supra citada, pág. 39

las próximas generaciones del país. La principal riqueza de un país es su población, sus recursos humanos.

La segunda función estratégica de la familia es la crianza, educación o personalización ética y la socialización de las próximas generaciones de argentinos. La crianza es el proceso de alimentación, higiene y cuidado de la salud de un ser humano infante o adolescente. La educación es el proceso de transmisión de valores humanos para que la salud mental, el desarrollo y la maduración de un infante, adolescente o joven de manera óptima. La socialización es el trabajo de inserción de las nuevas generaciones en la sociedad de la que son parte de una manera adecuada a su bien personal y al conjunto de la sociedad toda.

La tercera función estratégica de la familia es la de ser un ámbito personal ecológico, para la vida humana. Ése ámbito es la familia, donde la persona humana es valorada incondicionalmente.

La cuarta función social estratégica de la familia es la de ser contención en una primera instancia de las generaciones más necesitadas: la primera (infancia) y la tercera (ancianidad).

El derecho no prescinde sino más bien acoge este dato que le viene dado por la realidad: los hombres no viven solos sino en familias. Esta preexistencia del orden natural, así como su virtualidad, han sido reconocidas en diversas oportunidades por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴³³.

Finalmente podemos invocar: El artículo 75° inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; y la Convención sobre los Derechos del Niño tienen jerarquía constitucional y no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Estos Tratados con rango constitucional protegen especialmente a la familia en el derecho argentino, a saber:

a) Declaración Universal de Derechos Humanos⁴³⁴

Preámbulo: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”

Artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia...”

⁴³³ Corte Suprema de la Nación. Caso “Saguir y Dib”, Fallos 302:1284.

⁴³⁴ Resolución 217 (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.

Artículo 16: “1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tiene derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia;... 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

Artículo 23: “... 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana...”.

Artículo 25: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴³⁵: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” (Art. 23)

c) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴³⁶: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella (Art. VI).

d) Convención de los Derechos del Niño⁴³⁷: Preámbulo: “La familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

e) Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³⁸.

La planificación familiar es un derecho humano es el deber de los Estados de garantizar acceso a servicios e información sobre anticoncepción. El derecho a planificar la familia se encuentra reconocido explícitamente en el derecho internacional. Además, se sustenta en las garantías internacionales a la vida, a la salud, a la intimidad y a la no discriminación. Este derecho faculta a mujeres y hombres a acceder a toda la gama de métodos anticonceptivos, así como a información sobre salud sexual y reproductiva. Las obligaciones de los Estados en este ámbito incluyen asegurar el acceso a la anticoncepción, protegiendo el derecho a tomar decisiones informadas al igual que la confidencialidad para los y las adolescentes que buscan estos servicios. Un factor fundamental en el desarrollo del reconocimiento de estas obligaciones ha sido la labor de seis órganos de Naciones Unidas (ONU) encargados de interpretar los tratados de derechos humanos. DISPOSICIONES RELEVANTES DE LA CEDAW El Artículo 10 exige que los Estados Parte adopten todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de la educación, y proporcionarle acceso igualitario a materiales educativos y consejería en planificación familiar. El Artículo 12 protege el derecho de las mujeres a la salud y exige que los Estados Parte eliminen la discriminación contra la mujer en las áreas de atención de salud, incluida

⁴³⁵ Nueva York, Estados Unidos de América, 19 de diciembre de 1966, aprobado por la República Argentina según Ley 23.313.

⁴³⁶ IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

⁴³⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 20 de noviembre de 1989, aprobada por la República Argentina según Ley 23.849.

⁴³⁸ Pacto de San José de Costa Rica, San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, aprobado por la República Argentina según Ley 23.054.

la atención de salud reproductiva, y los servicios de planificación familiar. El Artículo 14 protege el derecho a la salud de las mujeres de zonas rurales y exige que los Estados Parte adopten las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra las mujeres de zonas rurales en relación al acceso a atención de salud, incluida la información, la consejería y los servicios de planificación familiar. El Artículo 16 protege el derecho de las mujeres a decidir el número y el intervalo entre los nacimientos de sus hijos y a tener acceso a la información y a los medios para ejercer este derecho.

Es otro derecho fundamental, que la mujer tiene a su vez, de decidir y planificar su vida familiar en cuanto a la cantidad y modos de concepción, haciendo uso de ese derecho y de las herramientas anticonceptivas para llevar a cabo su objetivo.

Hace a una buena salud familiar y a efectivizar más esos lazos afectivos con los integrantes de su grupo familiar. Su salud reproductiva, la protección integral de la familiar hacen a la salud física y mental de la persona humana.

La utilización de la ciencia a favor del hombre hace en cierto punto a un Derecho a planificar una familia, con cantidad de integrantes y espacios entre una concepción y otra.

Si bien son dos técnicas que apunta nuestro legislador que es concepción por naturaleza y por técnicas de Reproducción humana asistida, son maneras de concretar la planificación familiar responsable y sustentable. Sostener el derecho a la planificación familiar lleva al punto de intersección a la cantidad de embriones que se podrían llegar a criopreservar, con la finalidad de darle su espacio y derecho a un futuro cierto de vida autónoma y desarrollo.

Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares⁴³⁹. En la Recomendación General No. 21, el Comité de la CEDAW reconoce la existencia de prácticas forzadas contra la mujer en el tema de la planificación familiar, como el embarazo forzado, el aborto y la esterilización sin consentimiento. El Comité destaca la importancia del acceso a información en anticoncepción y planificación familiar, al sostener que “a fin de tomar una decisión informada en lo que respecta a medidas anticonceptivas seguras y confiables, las mujeres deben tener información sobre los métodos anticonceptivos y su uso, y acceso garantizado a educación sexual y a servicios de planificación familiar (. . .)”⁴⁴⁰ En la Recomendación General No. 24, el Comité de la CEDAW refuerza las obligaciones de los Estados Parte en lo que respecta a proteger los derechos de las mujeres relacionados con la salud y la obligación de abstenerse a “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud”. El Comité recomienda que los Estados emprendan acciones para abordar todos los aspectos de la atención en salud para mujeres y niñas, incluido el acceso a anticoncepción, recursos de planificación familiar y tratamiento contra el VIH/SIDA⁴⁴¹.

“[...] en materia familiar el ordenamiento jurídico debe renunciar e imponer un modelo de familia o de comportamiento familiar y limitarse a dar cobertura a las opciones que puede

⁴³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 21: Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 13ª Sesión de 1992, Doc. de la ONU A/49/38 (1994), reimpresa en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), p. 250.

⁴⁴⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 21: Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, 13ª Sesión de 1992, ¶ 22, Doc. de la ONU A/49/38 (1994), reimpresa en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Doc. de la ONU HRI/GEN/1/Rev.6 (2003), p. 250.

⁴⁴¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General 24: La mujer y la salud, 20ª Sesión de 1999, ¶ 14, Doc. de la ONU A/54/38/Rev.1 (1999), reimpresa en Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Doc. de la ONU HRI/ GEN/1/Rev.6, p. 271(2003).

*tomar toda persona en uso de su autonomía moral. Esto incluye el respeto a la forma en que conciben a la familia las distintas culturas, sin restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias*⁴⁴².

Así como cambia la vida, también la familia dinámicamente va haciendo evoluciones continuas, por lo que no es posible que nuestro derecho y nuestras normas constitucionales no puedan dejar de aceptar que existen nuevas formas de convivencia familiar. Estas nuevas prácticas de cambios de sexualidad, de uniones de personas del mismo sexo, de unión de familias disgregadas para ser ensambladas; y de toda la variedad que se nos va presentando en nuestra vida habitual y no se puede ignorar. A partir de ello llevar al texto constitucional o de la ley suprema de cada país, las bases fundamentales de la organización de la familia no en forma dispersa, asistemática, desordenada, sino en un capítulo especial en que se cuide la sistematización, el orden, la evolución, el respeto, la idiosincrasia, porque la familia debe estar en la Carta Magna, en la ley fundamental de cada país, en la norma internacional, porque si todo ser humano es esencialmente un ser social único, y por tanto un ser familiar único, porque la familia es la base de la sociedad misma., célula vital y ésta es la base del Estado moderno, la Constitución, la madre de normas, debe proteger a la familia porque ella es para siempre con todos sus matices, con todos sus cambios, con todas sus evoluciones y sus involuciones., la célula inicial de la sociedad.

7.7 Protección constitucional amparados por las Convenciones de Derechos Humanos, Corte Interamericana y Convención Europea. Consideración de derechos y obligaciones del potencial ser por nacer.

La reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en Argentina. El “achataamiento” del triángulo superior de la pirámide kelseniana, de modo que la figura resultante parece más un trapecio: “En la cúspide de todo el ordenamiento, el reinado de la Constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a tratados internacionales [de derechos humanos] que pasaban a tener su misma jerarquía”⁴⁴³. Por lo incoado en la norma ,no significó de ningún modo sacrificar la noción de ‘supremacía constitucional’, pues, dichos tratados alcanzaron aquella jerarquía por una habilitación directa de la misma Constitución (...) La Constitución continúa siendo entonces la norma ‘fundante’ y ‘fundamental’ de todo el sistema, en esta particularidad radica hoy su carácter absoluto y exclusivo. Pero en cuanto al ‘parámetro’ que deben seguir las normas ‘infraconstitucionales’ para ser admitidas como válidas jurídicamente dentro del sistema, la Constitución dejó de ser el único referente”. De lo que se deduce que en caso de que una norma interna contradiga un tratado internacional de derechos humanos, tal norma es inconstitucional, carece de validez jurídica y por ello es inaplicable. Las leyes, las políticas, los procedimientos y

⁴⁴² CARBONELL, Miguel. en su artículo "Familia, Constitución y derechos fundamentales,

⁴⁴³ Calogero Pizzolo. Es doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Es docente de posgrado y doctorado, y profesor titular regular de Derecho de la Integración, profesor adjunto regular de Elementos de Derecho Constitucional y de Elementos de Derechos Humanos y Garantías, asignaturas pertenecientes a la carrera de Abogacía de la Universidad de Buenos Aires (UBA). También ha sido profesor e investigador visitante de universidades latinoamericanas y europeas, entre otras: la Universidad de Wrocław (Polonia), la Universidad Pompeu Fabra (España), la Pontificia Universidad Católica de Perú (Perú), la Universidad Externado (Colombia), la Universidad de Zaragoza (España), la Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas (México); la Universidad Complutense de Madrid (España), la Universidad de Alcalá (España) y la Universidad de Bolonia (Italia). Su última obra sobre la materia es Derecho e Integración Regional, Buenos Aires, EDIAR, 2010.

mecanismos en el plano nacional son fundamentales para el disfrute de los mismos en cada país. Por lo tanto, es esencial que los derechos humanos sean parte de los sistemas constitucionales y legales nacionales, que los profesionales de la justicia estén capacitados acerca de cómo aplicar sus normas (control de Convencionalidad y control de Constitucionalidad) y que las violaciones que se hagan sobre ellos sean condenadas y sancionadas. Las normas nacionales tienen un impacto más directo y los procedimientos nacionales son más accesibles que los que se encuentran en los niveles regionales e internacionales. *“El deber del Estado de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos primarios es primordial y por tanto los tribunales filiales regionales o internacionales entran en juego cuando el Estado viola continuamente o deliberadamente esos derechos. Todos conocemos ejemplos de cómo recurrir a los mecanismos regionales e internacionales se ha convertido en necesario para el reconocimiento de las violaciones que se producen a nivel nacional. La preocupación regional e internacional o la asistencia puede ser el desencadenante para garantizar los derechos a nivel nacional, pero sólo se lleva a cabo cuando las vías internas se han utilizado y agotado. Por esta razón queremos dedicar el resto de esta sección exactamente a este escenario”*⁴⁴⁴. Los Estados se comprometen a cumplir estas normas a través de la ratificación o la adhesión (simplemente firman el documento no vinculante, a pesar de que representa la disposición de facilitar su cumplimiento). Pueden formular reservas o declaraciones de conformidad con la Convención de Viena de 1979 sobre el Derecho de los Tratados, lo que les exime de ciertas disposiciones en el documento, con la idea de conseguir que el mayor número posible de ellos firme. Después de todo es mejor tener un estado prometiendo cumplir con algunas disposiciones relativas a los derechos humanos que con ninguna.

De este mecanismo, sin embargo, a veces se puede abusar y utilizarse como un pretexto para negar derechos humanos básicos, que permiten a un Estado “escapar” en determinadas **áreas-del-escrutinio-internacional**.

Los derechos humanos, sin embargo, han impregnado la legislación vinculante a nivel Nacional. Las normas internacionales han inspirado a los Estados a consagrarlas en las Constituciones Nacionales y en otras leyes. Estos también pueden proporcionar vías de reparación a las violaciones que sufren los Derechos Humanos a nivel Nacional. Por el contrario, un instrumento no vinculante es básicamente una declaración o un acuerdo político por parte de los Estados en el sentido de que todos van a tratar de cumplir con una serie de derechos, pero sin ninguna obligación legal de hacerlo, lo cual quiere decir, en la práctica, que no hay ningún mecanismo oficial (o legal) de aplicación aunque puede haber fuertes compromisos políticos para que los haya. El instrumento mundial más importante de los derechos humanos es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea General de la ONU. Está tan ampliamente aceptada que se ha alterado su inicial carácter no vinculante, y ahora se suele hacer referencia a gran parte de ella como

⁴⁴⁴ ROOSEVELT, Anne Eleanor. Nueva York, 11 de octubre de 1884-ib., 7 de noviembre de 1962) fue una escritora, activista y política estadounidense. Fue primera dama de los Estados Unidos desde el 4 de marzo de 1933 hasta el 12 de abril de 1945, durante los cuatro periodos presidenciales de su esposo Franklin D. Roosevelt. Se desempeñó como delegada de los Estados Unidos en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1945 a 1952. Harry S. Truman posteriormente la llamó la «Primera Dama del Mundo» por sus avances en materia de derechos humanos.

jurídicamente vinculante sobre la base del derecho internacional ordinario. Es la piedra angular de decenas de otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, y ha inspirado cientos de constituciones nacionales y otras legislaciones. La declaración consta de un preámbulo y de 30 artículos que establecen los Derechos Humanos y las libertades fundamentales a los que todos los hombres y mujeres del mundo tienen derecho, sin discriminación alguna. Abarca los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

- Derecho a la igualdad
- Protección contra la discriminación
- La no discriminación
- Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad personal
- Protección contra la esclavitud
- Protección contra la tortura y los tratos degradantes
- Derecho al reconocimiento como persona ante la ley
- Derecho a la igualdad ante la ley
- Derecho a recurso ante un tribunal competente
- Protección contra la detención arbitraria y el exilio
- Derecho a audiencia pública
- Derecho a ser considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario
- **Protección contra la interferencia en la vida privada, familiar, del hogar y en la correspondencia**
- Derecho a la libre circulación dentro y fuera del país
- Derecho de asilo en otros países en caso de persecución
- Derecho a la nacionalidad y a la libertad de cambiarla
- **Derecho al matrimonio y la familia**
- Derecho a la propiedad
- Libertad de creencia y de religión
- Libertad de opinión y de información
- Derecho de reunión y de asociación pacífica
- Derecho a participar en el gobierno y en elecciones libres
- Derecho a la seguridad social
- Derecho a un trabajo deseable y la posibilidad de afiliarse a sindicatos
- Derecho al descanso y al ocio
- Derecho a un nivel de vida adecuado
- Derecho a la educación
- Derecho a participar en la vida cultural de la comunidad
- Derecho al orden social que articula la DUDH

La Declaración también contiene una fuerte referencia a la comunidad y a la ciudadanía como derechos esenciales para el libre y pleno desarrollo y el respeto de los derechos y libertades de los demás. Del mismo modo, los derechos de la declaración no pueden ser invocados por las personas o los Estados en la violación de los Derechos Humanos.

En el año 2018 sobre la República de Kirguistán , el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer concluyó que el Gobierno no había protegido a las mujeres y a las niñas del matrimonio forzado y el secuestro y la violencia sexual relacionadas con éste,

violando así su derecho a contraer matrimonio únicamente con plena libertad y consentimiento. El Comité también determinó que la República de Kirguistán, aun conociendo la situación, falló en la toma de medidas efectivas tanto para abordar los estereotipos y las normas discriminatorias que legitiman el secuestro de las novias, como para hacer cumplir las leyes vigentes que penalizan prácticas como el matrimonio infantil.

Asegurarse de que las mujeres tienen plena autonomía sobre sus cuerpos es el primer paso crucial para lograr la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres.

El art. 16 sobre el “derecho a fundar una familia” refleja la moralidad imperante en una época en que se asociaba familias con matrimonio. Desde entonces, se ha argumentado que el derecho a “fundar” una familia implica una decisión consciente, por lo que debería extenderse a los derechos a planificar nacimientos y a controlar la reproducción, e incluso a un “derecho” a la fertilización in vitro, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo dispuso en el caso 2012 de *Artavia Murillo contra Costa Rica*. Más recientemente, los derechos establecidos por el mismo artículo, también han sido reinterpretados para tratar de garantizar la igualdad y la no discriminación para todas las personas que desean casarse y formar familias.

En la República Argentina y cada Estado en particular define el orden de prelación de las normas, significa qué norma prevalece en caso de conflicto. En relación con el derecho internacional, el debate mundial acerca de la posición que debe reconocerse a los Tratados Internacionales en el derecho interno se vio reflejado en Argentina en la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁴⁴⁵. El inciso 22 del artículo 75⁴⁴⁶ (anterior artículo 67°, inciso 19) establece de manera tajante: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, ratificando de esta forma la postura defendida desde 1992 por la Corte Suprema. El artículo 31 debía entonces interpretarse no como ordenador jerárquico entre tratados y leyes sino como regulador de la supremacía del derecho nacional sobre el derecho provincial en el ámbito interno. A continuación, el inciso 22 reconoce rango constitucional a Tratados internacionales sobre derechos humanos en los siguientes términos: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas

⁴⁴⁵ En el caso argentino, un modelo alternativo de apertura constitucional al derecho penal internacional ha sido defendido con base en el artículo 118 de la Constitución (Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución), que incorpora el derecho de gentes en materia penal al derecho interno de manera directa (sin necesidad de ratificación de los tratados internacionales correspondientes). Sobre los alcances de esta remisión general al derecho de gentes, cfr. Malarino, Ezequiel. *Persecución penal de crímenes internacionales: Informes Nacionales – Argentina*. En: Ambos, Kai; Malarino, Ezequiel (ed.). *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p. 43 y ss. Si se adoptase esta interpretación de la Constitución, habría que concluir que desde el siglo XIX –y sin que nadie lo notase previamente– el derecho penal internacional gozaba de jerarquía constitucional en Argentina (lo cual situaría a esta Constitución entre las más visionarias y progresistas de la historia mundial) y por lo tanto, la reforma de 1994 sobre la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales “agregó poco en lo que respecta a la incorporación de normas penales de derecho internacional”, como sostiene Malarino, cfr. *ibid.*, p. 50. En este trabajo se demuestra que el “descubrimiento” del artículo 118 y la jurisprudencia revisionista sobre el valor normativo del derecho de gentes ha sido más bien el resultado de un largo y difícil proceso político y jurídico que tuvo como punto de partida la elevación a la jerarquía constitucional de ciertos tratados internacionales de derechos humanos.

⁴⁴⁶ El artículo 75 regula las competencias del Congreso. Esta curiosa ubicación de la reforma al orden de prelación normativo en Argentina obedece a que la ley 24.309 convocatoria de la Convención Nacional Constituyente prohibía expresamente introducir modificaciones a los primeros 35 artículos de la Constitución, de modo que el artículo 31 ya discutido debía mantenerse intacto

las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. Lo que significa que la Constitución, a partir de la Reforma de 1994, no sólo reconoce la superioridad jerárquica de los Tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos Tratados Internacionales de Derechos Humanos con la Constitución, conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia ⁴⁴⁷ se ha denominado un “Bloque de Constitucionalidad”. La jerarquía normativa en Argentina queda como sigue:

1. Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos con rango constitucional (artículo 75°, inciso 22, párrafos 2 y 3 de la Constitución)
2. Otros Tratados Internacionales ratificados por Argentina, v. gr. Concordatos, Tratados de Integración, etc. (artículo 75°, inciso 22, párrafo 1 de la Constitución)
3. Leyes Nacionales del Congreso (artículo 28 de la Constitución), reglamentos del Poder Ejecutivo (artículo 76° y artículo 99°, inciso 3, párrafos 2, 3 y 4 de la Constitución)
4. Decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo (artículo 99, inciso 2 de la Constitución)
5. Derecho Local (artículos 5, 31, 123 y 129 de la Constitución).

Europa tiene un sistema bien establecido en el seno del **Consejo de Europa** para la protección de los derechos humanos, del que la piedra angular es la Convención Europea de los derechos humanos con el Tribunal Europeo de derechos humanos, con sede en Estrasburgo. El Consejo de Europa, con sus 47 Estados miembros, ha desempeñado un papel clave en la promoción de los Derechos humanos en Europa. Su principal instrumento, es la Convención Europea sobre la Protección de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales (también conocido como la Convención Europea de Derechos Humanos, CEDH). Esto ha sido aceptado por todos los Estados miembros en el Consejo de Europa, ya que es un requisito para ser parte. Fue adoptada en 1950 y entró en vigor tres años después. Abarca los derechos civiles y políticos y su principal fortaleza es su mecanismo de aplicación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Tribunal de Justicia, y su jurisprudencia son admirados en todo el mundo y a menudo las Naciones Unidas y los tribunales constitucionales de numerosos países y otros sistemas regionales se refieren a él. Al igual que en el ámbito de las Naciones Unidas, los

⁴⁴⁷ Cfr. v. gr., Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus, 03.05.05; Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-, 17.05.05; Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía -causa N° 120/02-, 08.08.06. En estos fallos se utiliza frecuentemente la acepción “Bloque de Constitucionalidad” para establecer la competencia de la Corte Suprema en un asunto concreto. Por ejemplo, en el fallo Verbitsky la Corte afirma que “existe cuestión federal suficiente [si] se cuestiona la inteligencia y el alcance otorgado al art. 43 de la Constitución Nacional, como así también la violación al art. 18 in fine del mismo cuerpo, y a diversas normas contenidas en los tratados, convenciones y documentos internacionales que forman parte del bloque constitucional”. Cabe destacar que a pesar de que la reforma constitucional se remonta a 1994, sólo a partir de 2000 se comienza a usar jurisprudencialmente la acepción “Bloque de Constitucionalidad” para referirse al fenómeno bajo estudio.

Derechos Sociales y Económicos en Europa están previstos en un documento separado. La Carta Social Europea es un documento vinculante que abarca derechos para proteger el nivel de vida de los ciudadanos en Europa. La carta ha sido firmada por 45 Estados miembros y, en 2010, había sido ratificada por 30 de ellos. Además de estos dos instrumentos principales, el Consejo de Europa en el ámbito de los Derechos Humanos tiene otros instrumentos específicos y convenciones que complementan las garantías y disposiciones de la CEDH para atender a situaciones específicas o a grupos vulnerables. Los sistemas de control convencionales son complementados por otros organismos independientes, como la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, y el Comisionado para los derechos humanos. En conjunto, la labor del Consejo de Europa a favor de los derechos humanos toma en cuenta el desarrollo social, científico y tecnológico, y los posibles problemas que se presentan para ellos.

Los instrumentos de Derechos Humanos son un registro de las últimas interpretaciones de lo que la dignidad humana requiere. Estos instrumentos puede que estén siempre un paso por detrás, en el sentido de que se están enfrentando a retos que ya han sido reconocidos en lugar de quedarse en aquellos tan institucionalizados y arraigados en nuestras sociedades que todavía no son reconocidos como derechos y como violaciones de derechos. En el Consejo de Europa, la labor normativa de la organización tiene por objeto proponer nuevas normas jurídicas al Comité de Ministros para responder a las medidas sociales que abordan los problemas que surjan en los Estados miembros en lo que respecta a las cuestiones de su competencia. Estas medidas pueden incluir nuevas normas legales o adaptar las existentes. Es así como los procedimientos de la Corte Europea de Derechos Humanos están evolucionando para que siga siendo eficaz, cómo se han adoptado disposiciones para la abolición de la pena de muerte, y cómo los nuevos instrumentos basados en convenciones, como la Convención sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, adoptada en 2005, han salido-a-la-luz.

Los instrumentos de derechos humanos seguirán siempre siendo revisados. El entendimiento de la jurisprudencia y, sobre todo, los esfuerzos de promoción continuarán permanentemente empujando y estirando los derechos humanos. El hecho de que las disposiciones de las convenciones y tratados de derechos humanos estén a veces por debajo de lo que a veces se espera no debe ser motivo para cuestionar que suponen una esperanza para la humanidad. La legislación de derechos humanos, a menudo permanece detrás de lo que los defensores de los derechos humanos esperan, pero sigue siendo su apoyo más fiable. Los Estados tienen que cumplir con la sentencia definitiva. Su cumplimiento es supervisado por el Comité de Ministros-del-Consejo-de-Europa.

En todos los casos ante el Tribunal Europeo, el procedimiento también incluye la posibilidad de tener una solución amistosa basada en la mediación entre las partes. La Corte ha sido capaz de desarrollarse con el tiempo. Cuando en un primer momento se creó en 1959, la corte sólo era una parte del trabajo de la Comisión Europea de Derechos Humanos.

La primacía de la persona es un tema central de la civilización, en medicina, esta persona centrada está enriquecida en el principio de autonomía, por lo cual entendemos que cada persona es libre para tomar decisiones basadas sobre los valores a los cuales El o Ella tengan y en el nivel social esta primacía es tomada en el reconocimiento de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos constituyen la piedra angular de una sociedad madura y democrática, mientras estos derechos sólo están en el sentido de la sociedad, la protección de esos mismos derechos está típicamente provista al nivel de la persona como individuo, porque la mayoría de los derechos son recuperados en su mayoría de los individuos o de pequeños grupos y su reconocimiento en la mayoría de los miembros vulnerables de una sociedad particular es una medida del grado al cual la sociedad está involucrada. El valor sobre la vida de cada persona tiene implicaciones para nuestra actitud acerca de nuestra llegada al mundo y nuestra salida de él. Cuando llega a nosotros, la discusión es dominado por el debate del aborto: la autonomía de la madre contra el beneficio del feto como un comienzo independiente (del derecho a la vida). En este debate, la ausencia de un componente que dirige los intereses de la sociedad puede ser explicada por el hecho de que hasta el nacimiento, el feto no es considerado una persona autónoma y no puede beneficiarse de los Derechos Humanos; en contraste, una persona muerta, es considerada todavía una persona que puede beneficiarse de sus derechos.⁴⁴⁸

Es de considerar que si bien un feto no tiene la oportunidad de decisión., es una persona en evolución desde el momento de su concepción, y como tal está impregnado en el derecho a la vida, más allá de las situaciones que lo empañen. Potencial individuo con características antropomorfas. Humanidad y personalidad desde la génesis del organismo humano, la cual puede ser denotada en la concepción o individualidad irreversible.

Algún derecho humano puede partir de una ley moral natural y que el número incrementado de problemas morales con el cual la medicina moderna está involucrada puede ser solvente por la aplicación de principios morales para estos casos. La negligencia puede causar daño corporal en el feto y esto hace que se le considere como persona. El principio de autonomía y respeto para las personas, el principio de beneficencia y el principio de igualdad y justicia deben ser aplicados a todos los fetos y embriones humanos. • Un feto, un embrión humano crioconservado lleva en sí mismo a una persona en cuanto el criterio para la cubierta de un ser humano que puede ser conveniente para otro ser humano. • El principio de respeto para la vida humana es de fundamental importancia en la práctica médica; sin embargo, si alguna acción involucra a un feto o embrión humano puede ser siempre evaluada en la luz de este principio y si sale de este, puede siempre justificarse en términos de los principios de la ética médica. • A menos que no haya indicaciones claras al contrario, un profesional de la salud debe siempre actuar sobre asumir que el feto es semejante a ser una persona al igual que el embrión que es un estadio anterior en un sentido ético del término. • Cuando médicamente se comprueba que el feto no podrá llegar a sobrevivir, los profesionales están obligados a dar la atención paliativa que merece el feto, de acuerdo con los progenitores, tratando de disminuir la carga de dolor y sufrimiento para los mismos. • Cuando el profesional se muestra con selección entre la vida de la mujer embarazada y la vida del feto y no hay un camino determinante a las palabras suaves de la madre, entonces el profesional debe intentar salvar a ambos. • Si la moralidad privada del profesional de la salud lo lleva a ser diferente de los valores generalmente aceptados en la sociedad, o si la moralidad privada del profesional de la salud es semejante a aquéllos en el conflicto con el valor directivo competente e informado de la mujer embarazada, entonces es responsabilidad del profesional de la salud informar a la mujer con oportunidad apropiada temprana y consultar en otro centro. • Cuando el embrión evoluciona a feto y este ha llegado a persona, o cuando hay la intención o expectación razonable de que el

⁴⁴⁸Flegel K. Society's interest in protection for the fetus. CMAJ 1998; 158: 895-6.

feto llegará a término gestacional, el profesional de salud tiene la obligación a llevar al feto hasta el nacimiento⁴⁴⁹.

La Bioética se define como la disciplina científica-filosófica, cuyo objetivo es estudiar los principios éticos de la actividad médica, en respuesta a los avances técnicos y científicos que abren nuevas perspectivas dentro de la medicina. La concepción de persona que Boecio tenía era el de una “sustancia individual de naturaleza racional” y, por otro lado, Santo Tomás dice: “*el hombre es persona por su cuerpo y su alma a la vez, la persona es lo más perfecto que hay en la naturaleza, misma que conlleva a una gran dignidad*”. Esta dignidad es ontológica, es un valor absoluto, propio del hombre como persona, no proviene de fuera, sino de sí mismo. Ese cúmulo de conocimientos está en la filosofía, en su esencia reflexiva y en la profundización de su eterno preguntar y tomando todos los justificantes: “*la Bioética no es sino un campo particular de la reflexión ética general*”, una nueva ética especial y de esto se deriva que su tarea no es la de determinar y elaborar nuevos principios éticos generales, sino la de aplicar los principios generales a los nuevos problemas que se ofrecen a la consideración de la acción humana en el reino de la vida. Su nacimiento ha hecho emerger dos grandes exigencias: la primera de ellas es la necesidad de distinguir entre el conocimiento y el dominio de la ciencia; es decir, el mundo de los hechos científicos de los “valores” y la segunda es la de tender puentes de comprensión entre el mundo de los hechos y el mundo de los “valores”. Esto reafirma el carácter multidisciplinario de la Bioética y establece firmemente la necesidad de que los médicos y los profesionales de la salud aprendan y sean entrenados en filosofía moral, del mismo modo que los filósofos y teólogos deberían formular sus discursos para ser entendidos por los profesionales de la medicina y de la ciencia⁴⁵⁰. Los fetos, en su mayoría sanos y otros enfermos, los embriones humanos criopreservados, tienen derecho a algo más que la vida, tienen el derecho a una vida plena, con calidad, con salud, con el deseo de que puedan desarrollarse en un ambiente uterino lo más adecuado posible, con la esperanza de poder desarrollar todo su potencial al nacer y para ello es fundamental que en general, todos los miembros que conformamos esta sociedad podamos entender que necesitan y merecen de toda nuestra consideración y protección al brindarles el estatus de ser humano desde la etapa fetal, con todos los derechos inherentes a su condición. Tienen el derecho también a ser cuidados, respetados, amados e inclusive a ser nombrados de acuerdo a su género desde antes de nacer⁴⁵¹.

Por último nuestro Código Civil y Comercial de la Nación Argentina expresa: “*ARTÍCULO 21.- 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*”. De manera expresa, se considera que **el nacimiento con vida se presume**. Por lo tanto, la carga de la prueba recae en quien sostenga lo contrario, que la persona no nació con vida, de conformidad con el respeto a la persona humana o a favor de su existencia. *En este punto se*

⁴⁴⁹ Sullivan P. CMA's discussion paper on fetal rights spark debate. Can Med Assoc J 1990: 143; 404-5.

⁴⁵⁰ . Báez R. Aspectos Bioéticos del Diagnóstico Prenatal. Rev Sanid Mil Mex 2008: 62(1); 42-9.

⁴⁵¹ 62/o. Aniversario de la Revista de Sanidad Militar .El feto y los derechos humanos Dra. Ma. del Rocío Báez-Reyes

sigue textualmente al proyecto de 1998⁴⁵². Lamentamos que se haya mantenido la expresión de que si no nace con vida⁴⁵³ “se considera que la persona nunca existió”. El Código actual utiliza la expresión “como si no hubiese existido” (art. 74 CC). Estas disposiciones no deben entenderse como negatorias de la personalidad del concebido. Por otra parte, existe acuerdo en determinar que se trata de una disposición que se vincula con los derechos patrimoniales. En este sentido, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión nro. 1 que consideró el tema del comienzo de la existencia de la persona, aprobó una ponencia que sostuvo: “la condición resolutoria legal consagrada por el artículo 74 del Código Civil para el caso de nacimiento sin vida de la persona natural debe interpretarse limitada solo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extrapatrimoniales”⁴⁵⁴. En el ordenamiento jurídico argentino, a los niños por nacer, les ha reconocido su condición de personas, portadoras de dignidad humana y de los derechos que le son inherentes⁴⁵⁵.

Nuestro Derecho Constitucional ampara cada uno de los derechos inherentes de la persona humana, ellos están contemplados en el art, 75 inc 22 de nuestra Carta Magna. La reforma Constitucional del año 1994 lo expresa en su Bloque Federal. La persona humana tiene derechos y obligaciones propios como el derecho a una vida digna. Todos puntos resaltantes en los Tratados, declaraciones y convenciones de Derechos Humanos. El embrión humano como el feto o el niño si bien son estadios distintos de la evolución humana, cada una de ellas involucra y es poseedor de un Derecho que es innato. En principio: el derecho a la vida, elemento fundamental y primordial de todos los órdenes. Inalienable e inviolable propio de cada ser.

7.8. Distintas posturas Bioéticas, Bio-científicas y Bio-jurídicas del embrión crio-conservado, embrión in vitro o intrauterina.

Una ciencia de la supervivencia debe ser más que una sola ciencia. Por lo tanto el término bioética, me atrevo a resaltar, los dos componentes más notable para la consecución de una nuevo saber de la cual hay una necesidad imperiosa del “*Conocimiento biológico y los valores humanos*”, donde Bio representa el conocimiento biológico, por lo tanto la ciencia de los sistemas vivientes y *Ética para la representación de los sistemas de valores humanos*”.⁴⁵⁶

⁴⁵² Arias de Ronchietto, C. E., Lafferrère, J. N. (2012). La persona por nacer [en línea]. En Análisis del proyecto del nuevo Código Civil y Comercial 2012. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/persona-por-nacer-ronchietto-lafferrere.pdf> [Fecha de consulta:.....]

⁴⁵³ Arias de Ronchietto, Catalina E. ; Lafferrère, Jorge Nicolás. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina,

⁴⁵⁴ . Adhirieron a esta conclusión: Peyrano, Barbieri, Herrera, Arias de Ronchietto, González del Cerro, Sambrizzi, Vives, Rodil, Méndez Sierra, Cossari, Lafferrère, Cartaso, Leal, Cobas, San Martín, Azvalinsky, Medina, Peyrano, Fernández de Vigay, Arribere, Molina Quiroga, González, C.

⁴⁵⁵ BADALASSI, Elías N.MJ-DOC-13730-AR.

⁴⁵⁶ Van Rensselaer Potter Bioquímico “Humility and Responsibility. A Bioethics for oncologist: presidential address”: En *Cancer Research*, 35, 1975, pp2297-2306:2299 . Fue un bioquímico estadounidense, profesor de oncología en el Laboratorio McArdle de Investigaciones sobre Cáncer de la Universidad de Wisconsin-Madison por más de 50 años. Nació el 27 de agosto de 1911, Dakota del Sur, Estados Unidos. Falleció el 6 de septiembre de 2001, Madison, Wisconsin, Estados Unidos . Educación.Universidad de Wisconsin-Madison (1935–1938), Universidad Estatal de Dakota del Sur (1928–1933). Premios: Pfizer Award in Enzyme Chemistry

La creación de un puente entre las ciencias y las humanidades con el fin de construir un futuro con mejor y mayor calidad de vida, dado que los avances de las ciencias biológicas y biotecnológicas exentas de actitud ética, podían provocar la degradación de la vida, es decir, del hombre y su entorno, cuya supervivencia estaba en juego. Han surgido varios conceptos y definiciones acerca de la bioética., todas centradas a la ética aplicada a la medicina.

Otra definición acabada surge del Coordinador de la Enciclopedia de Bioética elaborada por el Kennedy Institute, de la Georgetown University:

*“Estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y de la salud, examinada a la luz de los valores y principios morales”*⁴⁵⁷.

La función de la bioética es la de investigar y reflexionar sobre el desarrollo tecnológico para analizar sus efectos sobre el hombre, sobre las cuestiones decisivas de la vida humana, sobre las relaciones sociales, sobre los problemas de la justicia. Lo que la esencia de la bioética se refiere es ajustar no sólo a los éxitos médicos sino alcanzar la supremacía de la justicia en lo justo, donde haya equidad de responsabilidades. El propósito general de la Bioética es *“lograr la adecuada “composición” entre esas dos realidades de la vida y de la ética; una composición que no sea meramente yuxtaposición sino auténtica interacción”*⁴⁵⁸.

Dos posturas notorias que debe cuestionarse a la hora de mencionar la bioética es: ¿“De cuál hombre se ocupa la bioética”? y ¿“cuál ética para la bioética”? . Con estos interrogantes surge una cuestión puntual si la nueva “ciencia” ¿es capaz de ponerse al servicio del hombre real y no sólo se circunscribe al hombre “reducido” por las pretensiones de la biología?. Otro planteamiento resulta si es que la nueva ciencia ¿Está en grado de desarrollar una reflexión ética capaz de orientar el uso de las nuevas tecnologías médicas para un mejor respeto de la vida humana? O si la nueva ciencia ¿ es un conjunto de argumentaciones de varios géneros que tienen en común solo el campo de la vida humana, y quedan estructuralmente no aptas para reglamentar éticamente el uso de las biotecnologías?. Gran parte del pensamiento de distintos autores convergen en la teoría que tiene como punto de referencia la vida de tipo biológico, solo útil para identificar el campo objeto de estudio, sin referirse a una noción de valor. Esta conformación resulta de la preponderancia de la cultura liberal de la ciencia naciente., la bioética.

Una reflexión ética capaz de orientar la tecnociencia es necesario volver a encontrar la acepción moral de la categoría vida. *“La bioética para ser seria, debe hacerse preguntas duras, incluso inconvenientes”*⁴⁵⁹. Aquellas preguntas inconvenientes son las relativas a la bondad moral de las decisiones bioéticas y al vínculo entre la vida humana, concepto de persona y concepto de dignidad de la persona humana. En muchos aspectos la bioética se le ha

⁴⁵⁷ WARREN, Thomas Reich. Nos dice, en primer lugar, que la Bioética estudia las dimensiones morales de las ciencias de la vida y la salud Aunque es verdad que una ciencia empírica como la biología describe datos, y eso parece que no tiene que ver con la ética, también es verdad que existe una “ética de investigación

⁴⁵⁸ VIDAL GARCÍA, Marciano, (14 de junio de, 1937) es un español teólogo y presbítero Nacido en San Pedro de Trones, un pequeño pueblo de la provincia de León, Vidal García ingresó al noviciado de la Congregación del Santísimo Redentor en 1955 y al año siguiente hizo su profesión de fe. Estudió filosofía y teología en el seminario de Sant’Alfonso en la Laguna de Duero y en 1962 fue ordenado sacerdote. Más tarde estudió en la Universidad Pontificia de Salamanca, donde en 1964 obtuvo su licenciatura en teología. Luego profundizó sus estudios en Roma en la Academia Alfonsiana y en 1967 obtuvo su doctorado en teología con especialización en moral. De 1968 a 1970 estudió psicología en la Universidad Complutense de Madrid. De 1971 a 2005 fue profesor titular en la Universidad Pontificia de Comillas y también enseñó en el Instituto Superior de Ciencias Morales, del cual fue director de 1973 a 1978 y de 1993 a 1999. La actividad de investigación de Vidal García se refería a la renovación de la teología moral católica después del Vaticano II. El teólogo español ha sido autor o coautor de numerosos libros, muchos de los cuales han sido traducidos a varios idiomas

⁴⁵⁹ CALLAHN, D. “Why America accepted bioethics”. En Hastings Center Report. 23, 6. 1993, Special Supplement.

reprochado desde muchos ángulos su carácter ontológico de no tener un principio unificador capaz de afrontar coherentemente los dilemas éticos.

Una ética de la vida que no incluya la dimensión moral de la categoría de vida humana, está totalmente desprovista de sentido. Un correcto enfoque ético para la bioética exige que sea conocido el concepto de persona humana y su correlativo concepto de dignidad de la persona humana. Para poner fin a estas ambigüedades la nueva ciencia le urge disociar entre persona y ser humano., ya que el aumentado poder sobre la vida ha impulsado a científicos, juristas y políticos a una reflexión más estrecha sobre los límites sociales y jurídicos del uso de las biotecnologías sobre las responsabilidades propias de cada autor. En 1979, los bioeticistas Tom Beauchamp⁴⁶⁰ y James Franklin Childress⁴⁶¹, definieron los cuatro principios de la bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia. En un primer momento definieron que estos principios son *prima facie*, esto es, que son vinculantes siempre y cuando no colisionen entre ellos, en cuyo caso habrá que dar prioridad a uno u otro, dependiendo del caso. Sin embargo, en 2003 Beauchamp considera que los principios deben ser especificados para aplicarlos a los análisis de los casos concretos, o sea, deben ser discutidos y determinados por el caso concreto a nivel casuístico.

⁴⁶⁰ Tom L. Beauchamp (n. Austin, 1939) es un filósofo estadounidense especializado en la filosofía moral, la bioética y la ética animal. Es profesor de Filosofía en la Universidad de Georgetown, y es el Investigador Principal en el Instituto de Ética de la Universidad Kennedy.

Beauchamp es el autor o coautor de varios libros sobre la ética y la filosofía de David Hume, incluyendo *Hume y el problema de la causalidad* (1981, con Alexander Rosenberg), *Principios de la ética biomédica* (1985, con James F. Childress), y *El uso humano de los animales* (1998, con Barbara F. Orlans et al). Es coeditor con R.G. Frey, de *El Manual de Oxford de Ética Animal* (2011). También el coeditor de las obras completas de Hume, *La edición crítica de las obras de David Hume* (1999), publicado por Oxford University Press.

⁴⁶¹ James Franklin Childress, también conocido como J. F. Childress, (n. 4 de octubre de 1940), que se ha ocupado principalmente de la ética, en especial de la bioética médica. Es profesor de ética en la cátedra John Allen Hollingsworth del Departamento de Estudios Religiosos en la Universidad de Virginia. Además, es profesor de Educación Médica en dicha universidad, donde también dirige el Instituto de Ética Práctica. Ha obtenido un B.A. del *Guilford College*, un título de Grado de la *Yale Divinity School*, una maestría y un doctorado de la Universidad de Yale.

En mención a sus principios se apunta a: Principio de autonomía donde se expresa la capacidad para darse normas o reglas a uno mismo sin influencia de presiones. *El principio de autonomía es de carácter imperativo y debe respetarse como norma, excepto cuando se dan situaciones en que las personas puedan no ser autónomas o presenten una autonomía disminuida (personas en estado vegetativo o con daño cerebral, entre otros.), en cuyo caso será necesario justificar por qué no existe autonomía o por qué esta se encuentra disminuida. En el ámbito médico, el consentimiento informado es la máxima expresión de este principio de autonomía, constituyendo un derecho del paciente y un deber del médico, pues las preferencias y los valores del enfermo son primordiales desde el punto de vista ético y suponen que el objetivo del médico es respetar esta autonomía porque se trata de la salud del paciente.* Principio de beneficencia:” *Donde la obligación de actuar en beneficio de otros, promoviendo sus legítimos intereses y suprimiendo prejuicios. En medicina, promueve el mejor interés del paciente pero sin tener en cuenta la opinión de este. Supone que el médico posee una formación y conocimientos de los que el paciente carece, por lo que aquel sabe (y por tanto, toma decisiones) lo más conveniente para éste. Es decir "todo para el paciente pero sin contar con él".*

Un primer obstáculo al analizar este principio es que “*desestima la opinión del paciente, primer involucrado y afectado por la situación, prescindiendo de su opinión debido a su falta de conocimientos médicos. Sin embargo, las preferencias individuales de médicos y de pacientes pueden discrepar respecto a qué es perjuicio y qué es beneficio. Por ello, es difícil defender la primacía de este principio, pues si se toman decisiones médicas desde este, se dejan de lado otros principios válidos como la autonomía o la justicia*” Principio de no maleficencia: Este principio en particular es *la abstención intencionadamente de realizar actos que puedan causar daño o perjudicar a otros. Es un imperativo ético válido para todos, no sólo en el ámbito biomédico sino en todos los sectores de la vida humana.* En medicina, sin embargo, este principio debe encontrar una interpretación adecuada pues a veces las actuaciones médicas dañan para obtener un bien. Entonces, de lo que se trata es de no perjudicar innecesariamente a otros. El análisis de este principio va de la mano con el de beneficencia, para que prevalezca el beneficio sobre el perjuicio. Principio de justicia es *tratar a cada uno como corresponda, con la finalidad de disminuir las situaciones de desigualdad (ideológica, social, cultural, económica, entre otros.).* En nuestra sociedad, aunque en el ámbito sanitario la igualdad entre todos los hombres es sólo una aspiración, se pretende que todos sean menos desiguales, por lo que se impone la obligación de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales para disminuir las situaciones de desigualdad.

El principio de justicia puede desdoblarse en dos: *un principio formal (tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y un principio material (determinar las características relevantes para la distribución de los recursos sanitarios: necesidades personales, mérito, capacidad económica, esfuerzo personal, etc.).*

Las políticas públicas se diseñan de acuerdo con ciertos principios materiales de justicia. En el Derecho Comparado: España, la asistencia sanitaria es teóricamente universal y gratuita y está, por tanto, basada en el principio de la necesidad. Por lo contrario, Estados Unidos, la mayor parte de la asistencia sanitaria de la población está basada en los seguros individuales contratados con compañías privadas de asistencia médica.

Para excluir cualquier tipo de arbitrariedad, es necesario determinar qué igualdades o desigualdades se van a tener en cuenta para determinar el tratamiento que se va a dar a cada

uno. El enfermo espera que el médico haga todo lo posible en beneficio de su salud. Pero también debe saber que las actuaciones médicas están limitadas por una situación impuesta al médico, como intereses legítimos de terceros. Es importante destacar que el juramento Hipocrático se basa en “No llevar otro propósito que el bien y la salud de los enfermos”, fue la base del juramento que Hipócrates les hizo hacer a sus discípulos, que llevarían a lo largo del mundo la medicina. A más de dos milenios, la concepción del griego continúa siendo la base de la ética médica a nivel global”⁴⁶².

La relación médico-paciente se basa fundamentalmente en los principios de beneficencia y de autonomía, pero cuando estos principios entran en conflicto, a menudo por la escasez de recursos, es el principio de justicia el que entra en juego para mediar entre ellos. En cambio, la política sanitaria se basa en el principio de justicia, y será tanto más justa en cuanto que consiga una mayor igualdad de oportunidades para compensar las desigualdades.

Las implicaciones médicas del principio de no maleficencia son varias: tener una formación teórica y práctica rigurosa y actualizada permanentemente para dedicarse al ejercicio profesional, investigar sobre tratamientos, procedimientos o terapias nuevas, para mejorar los ya existentes con objeto de que sean menos dolorosos y lesivos para los pacientes; avanzar en el tratamiento del dolor; evitar la medicina defensiva y, con ello, la multiplicación de procedimientos y/o tratamientos innecesarios.

Las bases de la Bioética deben marcar cada uno de estos principios., el derecho queda subsumido como osamento primordial de la estructura de la biomedicina , donde la intervención del derecho crea un paradigma formando el condimento que marca como liniamiento de conceptos y equilibra responsabilidades creando igualdades por la que no se debe olvidar. Los problemas bioéticos, a pesar de estar ubicados en en el ámbito más íntimo de la persona humana, tienen aspectos muy importantes a nivel social: la tutela de la vida humana, el valor de la familia y de la genitalidad, la condición de debilidad de algunos sujetos., como nuestro tema central, el embrión humano. Las nuevas técnicas médicas se califican sea por la profundidad de la intervención sobre la vida sea por la fuerza de esta intervención. Más allá del interés diagnóstico y terapéutico, el progreso biomédico implica también importantes intereses económicos, por su naturaleza más fuertes que el estrictamente médicos y tendientes a condicionar el empleo según la lógica del mercado. Hay ciertos cuestionamientos que son necesarios formular para tener una noción del alcance de esta nueva ciencia: “¿ Es lícito fabricar embiones humanos para la investigación, sin reconstruir una humanidad dual, hecha de sujetos y de no- sujetos de derecho?, ¿ Es lícito suprimir fetos del sexo no deseado o afectado por defectos tratables, sin reconstruir un poder paternal o social más fuerte de cuanto haya sido, sobre los seres humanos?”, “¿ Es lícito conducir experimentos sobre los discapacitados sin reconstruir formas modernas de sacrificio humano?, “¿Es lícito utilizar con fines industriales o terapéuticos, sin el consentimiento de las personas, el material biológico extraído de sus cuerpos?”, “¿Es lícito dejar que la

⁴⁶² Hipócrates de Cos —en griego: Ἱπποκράτης— (Cos, c. 460 a. C.-Tesalia c. 370 a. C.) fue un médico de la Antigua Grecia que ejerció durante el llamado siglo de Pericles. Está clasificado como una de las figuras más destacadas de la historia de la medicina, y muchos autores se refieren a él como el «padre de la medicina», en reconocimiento a sus importantes y duraderas contribuciones a esta ciencia como fundador de la escuela que lleva su nombre. Esta escuela intelectual revolucionó la medicina de su época, estableciéndola como una disciplina separada de otros campos con los cuales se la había asociado tradicionalmente (principalmente la teúrgia y la filosofía) y convirtiendo el ejercicio de la misma en una auténtica profesión.

economía del mercado gobierne la producción y el intercambio de esa materia prima que son los cuerpos humanos?”, “¿ *Es lícito producir niños de identidad genealógica confusa?*”⁴⁶³. No hay duda que el derecho debe cumplir una función esencial de limitar el poder de las nuevas tecnologías, con el fin de salvar el concepto de persona humana como fin en sí misma., desempeñar la función de protección.

La existencia de otros principios que son inalterables como: 1-“Principio de indivisibilidad del cuerpo y del espíritu”., esta indivisibilidad constituye la persona humana y jurídica (en los términos de la Declaración de los Derechos del Hombre, de 1979)⁴⁶⁴: “ Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en el Derecho”. 2-“Principio de inviolabilidad del cuerpo (con su corolario: el único modo de intervenir sobre el cuerpo del otro es obteniendo previamente su consentimiento).3- “Principio de la indisponibilidad del cuerpo (que permite únicamente la donación de partes del cuerpo con fines humanitarios, se prohíbe su venta). Sin embargo, el conocimiento de esas ciencias munido de estos principios fundamentales nos interesa, puntualmente, cuando son analizadas a la luz de los principios y valores morales, es decir, cuando sus implicaciones afectan a la conducta humana, en el momento preciso que , nos cuestionamos si “*todo lo que se puede hacer se debe hacer*”. Por tal resultado se converge que la Bioética es multidisciplinar e interdisciplinar.

La Bioética responde a la cuestión sobre si todo lo que puede hacerse debe hacerse., se llega a esta reflexión porque la diversidad de ciencias que están involucradas a “la bioética” dejaron de ser individualistas para convertirse en una “multiplicidad de ciencias bioéticas”. Llegar a un consenso requiere de partir de una expresión mínima donde aparece el Derecho en connivencia con la bioética. La dota de una seguridad jurídica y protección de derechos cuyo contenido Ético le da la pauta para la reflexión.

*“la ciencia que tiene por objeto la fundamentación y pertinencia de las normas jurídico-positivas, de lege ferenda y de lege data, para lograr y verificar su adecuación a los principios y valores de la Ética en relación con la vida humana, que es tanto como decir, su adecuación a los valores de la Bioética.”*⁴⁶⁵ Existen distintas posturas doctrinales en torno a Teorías que defienden la personalidad jurídica del concebido antes de su nacimiento. Estas teorías concuerdan en considerar que el Derecho debe Atribuirseles el rango de persona al concebido antes de que se produzca su alumbramiento, en consecuencia , éste tiene personalidad jurídica antes del nacimiento o alumbramiento en su defecto. Otra de las Teorías que defienden la personalidad incompleta del embrión humano. Los autores que concuerdan en darle una postura doctrinal de personalidad incompleta estiman que si bien es exagerado

⁴⁶³ LABROUSSE-RIOU,C: L´enjeu de qualifications: La survie de la personne. Art. Cit.,p.21

⁴⁶⁴ La aplicación de los derechos humanos a la que se encuentran obligadas todas las autoridades se rige por los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El principio de la universalidad. Todas las personas son titulares de todos los derechos humanos.

⁴⁶⁵ María Dolores Vila-Coro Licenciada en Filosofía, y Licenciada y Doctora en Derecho (con Premio extraordinario de Doctorado). Académica Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Vocal del Comité Director de Bioética del Consejo de Europa. Vocal de la Comisión Española de la UNESCO y Presidenta de su Comité de Ética. Ex vocal de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y del Comité de Ensayos Clínicos de la Comunidad de Madrid. Fundadora y Presidenta de la Asociación de Juristas ATRIA y de la Sociedad Española de Biojurídica y Bioética. Miembro del Consejo Asesor de varias Universidades nacionales e internacionales y de las principales revistas de Bioética. Ha sido Profesora de las Universidades Complutense, Francisco de Vitoria, Rey Juan Carlos y San Pablo CEU. Está en posesión de la Cruz de San Raimundo de Peñafort.

considerar al embrión como *un ser dotado de personalidad jurídica completa*, valdría decir que sería equivalente a la del ser humano ya nacido, no es, por el contrario, sino cuestión de justicia atribuirle una cierta personalidad que, a pesar de todo, se define por ser *incompleta, anticipada y condicionada*.

Incompleta se la denomina así ya que no puede considerarse como un equivalente al ser humano adulto, por lo que sería una clara desproporcionalidad dotarle de la misma condición jurídica que la que se ofrece a la persona ya conformada. Esto sería lógico ya que las capacidades de una persona nacida son arbitrariamente distintas a la persona por nacer. *Anticipada* indica que el embrión como, antecesor inmediato del ser personal, dispone de una dignidad que es necesario proteger aun antes de que llegue a constituirse como persona. Condición resulta que la personalidad del embrión se encuentra limitada por la amenaza de dos factores muy importantes: la posibilidad de que se produzca una interrupción del embarazo antes del alumbramiento o que, una vez resuelto éste, se demuestre que el feto no es viable, puesto que no será capaz de vivir por sí mismo autónomamente. De todas estas teorías resulta finalmente que merece un respeto a su dignidad y un cierto grado de personalidad, no equiparable a la del ser humano ya nacido. Por último las teorías que niegan al embrión cualquier tipo de personalidad jurídica. Estableciendo que el embrión no es persona humana, no es sujeto de derechos, sería vácua la resultante de señalar su personalidad o de su capacidad jurídica.

Lo cualifican de esperanza de persona, expectativa de persona o persona *in itinere*, por lo que su protección radica en lo que llegaría a ser, no en lo que es en ese estadio. No dotar al nasciturus de capacidad o personalidad jurídica, ni atribuirle mayores facultades en ese momento sería su consecuencia.

La transferencia embrionaria (TE) es la introducción de los embriones en el útero materno. Justo antes de la Transferencia Embrionaria se colocan los embriones seleccionados en medio de cultivo específico. Los embriones se cargan en el extremo del catéter de transferencia y se depositan suavemente dentro de la cavidad uterina.

La transferencia embrionaria puede realizarse bajo guía ecográfica para visualizar el endometrio y depositar los embriones a 1 cm del fondo uterino. Se realiza, generalmente, en el quinto día, cuando el embrión alcanza el estadio de blastocito. En algunos casos se hace tres días después de la punción ovárica. Se transfiere el embrión de mejor calidad y, en casos excepcionales, se pueden transferir hasta tres. Los embriones no transferidos al útero, siempre que presenten buen aspecto morfológico, se congelan para posteriores ciclos. Si presentan mala morfología, se mantienen en cultivo secuencial y si llegan a desarrollarse hasta blastocisto, pueden ser entonces criocongelados. Diferentes doctrinas involucran las diferentes posturas sobre la calificación que se le otorga al embrión crioconservado.

La descripción del panorama doctrinal acredita la falta de coincidencia en la opinión sobre posesión de personalidad jurídica del embrión.

La biología evidencia cada vez más que el embrión no es un simple conglomerado de células⁴⁶⁶, es un ser vivo, que tiene una unidad intrínseca en que las partes están en

⁴⁶⁶ Aznar y Pastor (2014:4), “la capacidad de interacción muestra un todo orgánico que posee una unidad y responde al ambiente desde él mismo, cuando un conglomerado solo mostraría respuestas independientes y sin orden entre sí”. En el mismo sentido, sostiene Fernández Sessarego (2007: 5), “el concebido constituye vida humana genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide”. Así pues, dice García (García Caveró, 2013), “si vamos con la ciencia por delante, tendríamos que partir de la base de que desde el momento de la concepción estamos frente a un ser humano”.

función del todo en orden a vivir y con la posibilidad de transmitir vida. Su heterogeneidad hace del embrión, desde su inicio es un pequeño organismo con la cualidad de moverse por sí mismo, con un desarrollo que es un fenómeno continuo, y gozando de una capacidad de autorregular su desarrollo en una dirección determinada por él mismo, en el que no se agrega nada nuevo una vez formado el cigoto. “*Los avances de la Genética y de la Biología Celular, permiten hoy afirmar que el cigoto es una realidad claramente distintiva y que posee la esencia del nuevo ser. Por lo tanto, el embrión desde una célula, es sustantivamente el nuevo ser y ha de ser considerada como una realidad dotada de suficiencia constitucional*”.⁴⁶⁷

7.9 Conclusión

El paradigma de la investigación médica con seres humanos que utiliza la denominada *Ley Reguladora de Investigación Biomédica* está basado aún en los estudios del médico francés Claude Bernard, quien escribió *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* (1865). Sin embargo, el nuevo paradigma de la medicina basada en la genética, está ubicada en la puerta del proyecto de ley.

La ley debería contemplar qué hacer y cómo custodiar los datos resultantes de la investigación genética. El derecho a la vida de los que se conservan criocongelados perdure por algún tiempo a la espera de aquella persona con capacidad y estatus jurídico que es, quien decide el futuro de los que están a la espera de ser elegidos para su desarrollo y evolución.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre especifica puntualmente que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. ... Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. A este rezo debemos considerar al embrión crioconservado que es un ser potencial, que conserva todos los genomas de la identidad humana dignas de protección. La biogenética como la bioética declaradas las nuevas ciencias están a disposición del hombre y responden por los principios fundamentales y las plegarias de contemplar al derecho como uno de los pilares de la equidad e igualdad de responsabilidades dentro del marco que los encierra. El Comité Internacional de Bioética de la UNESCO en sus versiones, de Septiembre 1994, Marzo 1995 y Octubre 1996, afirma que el genoma humano es un componente fundamental del Patrimonio común de la Humanidad. Al ser contemplado con la precisión expuesta llegamos a la convicción que salvaguardar la especie humana, es darle un valor en sí mismo y otorgarle la dignidad y derechos que cada uno de los humanos es merecedor.

Por otro lado la postura de la reducción embrionaria a mi criterio, es un método positivo de elección, pues teniendo en cuenta que la crioconservación de embriones surge para la posterior implantación en el útero materno, no dejan de ser personas con dignidad y necesidad de protección. Al conservarse por tiempo determinado hacen que los mismos sean conservados en un método de conservación criogénica y con la reducción de cantidad de embriones a

⁴⁶⁷JOUVE DE LA BARREDA, Nicolás. Es Doctor en Ciencias Biológicas por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Genética desde 1977, actualmente en la Universidad de Alcalá (Madrid). ... Además ha enseñado genética, biología molecular y biotecnología en Chile (1996), Nicaragua (1998) y Argentina (2001)

congelar, evitaríamos la generación de seres , personas por nacer, a la espera de un futuro incierto, preservando así, su derecho a la vida de cada uno que se conformaran ad hoc.

De por sí, el derecho como ciencia protectora debe dar pasos por delante de la vida del hombre o adaptarse con soltura a las necesidades coherentes del hombre. Proteger al hombre y a las generaciones futuras es el primordial punto.

La Moral y Ética son condimentos fundamentales. Cada disciplina en el ámbito de la medicina o las ciencias jurídicas están al servicio del hombre y para el hombre y con su correlato aquellos seres que son el resultado del hombre y que fueron generados para integrar la humanidad.

VIII. Funcionalidad y pragmatismo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el siglo XXI.

8.1 Los Derechos Humanos y sus implicancias en el sistema Interamericano.

El denominado S.I.D.H. tiene su origen en la Organización de Estados Americanos que fue creada en la novena Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá en 1948 que en marzo de ese año se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes Humanos⁴⁶⁸, a la que hace referencia la Carta de la Organización Este documento no tiene órganos jurisdiccionales respecto a los Estados parte. Más de veinte años después, en 1969, en Costa Rica los Estados de la O.E.A. por intermedio de Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos elaboran la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que entró en vigor en 1978. A diferencia del anterior, es un tratado que legisla además de los derechos humanos, sobre los “*Medios de protección*” de los presuntos damnificados documento que se integra con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art.34 y siguientes) y la CIDH. La Comisión tiene por funciones principales formular recomendaciones, solicitar informes a los Estados Miembros, atender consultas y presentar un informe anual a la Asamblea General de la OEA, y fundamentalmente recibir las denuncias o quejas por violación de la normativa de la Convención por un Estado. La “Comisión” tiene un papel relevante ya que sólo ella y los Estados pueden someter un caso a la decisión de la Corte (art. 61) y es la encargada de recibir las denuncias de los particulares, las que si son consideradas pertinentes y las partes no se avienen a una solución, remite el caso a la decisión de la Corte⁴⁶⁹. A ciencia cierta, la Comisión es la puerta de entrada a la Corte o sea un filtro que a veces no es una tarea fácil de superar. Resulta clave para entender el sistema lo establecido por el inc. 1º art. 68 de la Convención: “Los Estado Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”⁴⁷⁰, expresamente se hace hincapié en los artículos precedentes de la Convención Americana de los Derechos Humanos donde el art. 67º., y los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte (art. 68 inc. 1) en todo caso en que sean parte., dando lugar al subsiguiente art. 68. Inc 2 de la msma convención donde reza que: La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. El fallo de la

⁴⁶⁸ Anticipándose así a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de diciembre de ese año.

⁴⁶⁹ La CSJN pasó de una posición de rechazo de las recomendaciones de la Comisión a una actitud intermedia (Midon pag.187

⁴⁷⁰ QUINTANA, Eduardo Martín, Control Judicial en la fecundación asistida

Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. disposición que ha originado diversas controversias. Por su parte, Corte Interamericana de Derechos Humanos (art.52 y siguientes) que además de receptor consultas de los Estados, es el Tribunal encargado de garantizar a los lesionados el goce de sus derechos y de ser procedente, ordenar la adecuación de la normativa interna a lo dispuesto por la Convención y a la reparación de las todas consecuencias lesivas sufridas por el perjudicado. La República Argentina ratificó la Convención mediante la ley 23.054⁴⁷¹ el 1° de marzo de 1984. Particularidades del sistema: 1) positivización de los Derechos Humanos, lo cual implica una nota significativa cuyo resultado es la inserción en el orden jurídico vigente de los derechos naturales sostenidos en Occidente desde la edad clásica; 2) los particulares son considerados sujetos de Derecho Internacional pues antes sólo revestían este carácter los Estados; 3) sobre el tema de los D.H se ha creado un derecho “especial” que hoy en día comprende no sólo el texto de la Convención sino también la interpretación de la CIDH a lo que cabe agregar las recomendaciones y respuestas de la Comisión Interamericana, sin perjuicio del denominado *soft law*⁴⁷² integrado por dictámenes de comités y otros organismos internacionales, que aunque su existencia y/o normativas no hayan sido ratificados por los Estados partes, son citados frecuentemente por el Tribunal, sin distinguir las más de las veces su envergadura jurídica. El concepto de “*soft law*” tiende a ser definido como un conjunto de mecanismos, tales como declaraciones, resoluciones y programas de acción, que demuestran conformidad ante las normas establecidas por el Derecho Internacional pero no son vinculantes ante la ley. A pesar de que su uso y puesta en vigor resulta ser de índole persuasiva, el “*soft law*” anticipa efectos legales, entendiéndose que la adopción de tales mecanismos constituye el primer punto para que se conviertan en “*hard law*”⁴⁷³.

8.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el compromiso de su función, en el siglo XXI.

Desde que se activó su funcionamiento en 1987, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumplió la función establecida por la Convención respecto al alcance de sus decisiones por los Estados, pues al respecto rige el art. 68° inc.1° de la misma establece: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso que sean partes” y por ende estaba claro que sus decisiones no gozan de efectos erga omnes respecto a los otros Estados. Sin embargo, desde hace más de una década (2006) la CIDH a través de diversos fallos construyó jurisprudencialmente una doctrina denominada “control de convencionalidad” al que se le asignó un rol no previsto por la Convención sosteniendo que sus fallos debían ser cumplidos por todos los Estados aunque no fueran parte

⁴⁷¹ PACTO SAN JOSE DE COSTA RICA. SU APROBACION. Fecha de sanción 01-03-1984. Publicada en el Boletín Nacional del 27-Mar-1984. Resumen: APRUEBASE EL PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA, FIRMADO EL 22/11/69 EN COSTA RICA SOBRE CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

⁴⁷² Así, la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica.

⁴⁷³ www.pangeaurpr.org (entrada 26/3/2018 el *soft-law* y el *hard-law*)

en la controversia⁴⁷⁴. En una primera aproximación se lo puede definir guardando analogía con el llamado “*Control de Constitucionalidad*” que tienen a su cargo los organismos jurisdiccionales Nacionales, consistente en el cuidado de la primacía de la Constitución respecto a las leyes subordinadas. El “*Control de Convencionalidad*” implica que los organismos internacionales deben comparar e inspeccionar si los Estados partes han violado o no la Convención a cuyo cumplimiento se obligaron. Hasta aquí la doctrina no presenta objeciones. Según la CIDH el ejercicio de este control fue presentando facetas más complejas y extensas. Hasta el año 2003 no había mayores controversias respecto a que la obligación del cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana se limitaba al “Estado Parte” y por ende no gozaban de efectos erga omnes respecto a los otros Estados. Pero a partir de ese año el Juez Sergio García Ramírez⁴⁷⁵ en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, (25/11/03) integrando la decisión mayoritaria empleó el concepto “*Control de Convencionalidad*” para referirse a la competencia a cargo de dicho tribunal que en el caso determinó que cualquier organismo del Estado que violara un derecho protegido por la Convención lo responsabilizaba en su conjunto. Hasta aquí la frase hubiera pasado desapercibida pero poco después el mismo juez lo reiteró en el caso “Tibi vs. Ecuador” (7/9/2004) expresando: “si los Tribunales Constitucionales controlan la Constitucionalidad, el Tribunal Internacional resuelve acerca de la Convencionalidad de estos”, lo cual al emplear el plural “los Tribunales Constitucionales” tácitamente podía colegirse que aunque un Estado no sea parte, la Corte Interamericana podía ejercer dicho control a los efectos que el derecho interno se adecue a la Convención Americana. Por tanto según esta hermenéutica el núcleo de los fallos de dicha Corte debería ser cumplidos por otros Estados. Pero las dudas se disiparon y la doctrina adquirió “carta de ciudadanía” al ser reafirmada y aclarada posteriormente por la Corte (el 26 de septiembre de 2006) en el caso “Almonacid Arellano contra Estado de Chile”, sosteniendo que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”. Entre otros fallos a tener en cuenta cabe mencionar Gelman c/Uruguay (2010). En 1986 el Poder Legislativo sancionó una ley de amnistía por los delitos cometidos fuerzas armadas hasta el 1/3/1985 que fue declarada constitucional por la Corte Suprema. La ley fue convalidada por un referéndum en 1989 y un plebiscito en 2009. La CIDH sostuvo que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. Indicó además que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los Derechos Humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la

⁴⁷⁴ Antes de arribar a esta conclusión no debe pasarse por alto que en la opinión consultiva 16/99 (México) afirmó que “El Corpus iuris del Derecho Internacional de los D.H. está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.

⁴⁷⁵Sergio García Ramírez (Guadalajara, Jalisco; el 1 de febrero de 1938) es un político y abogado mexicano que se desempeñó como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, presidente de la misma en el periodo comprendido de 2004 a 2007 y desde el 15 de diciembre de 2011 al 8 de febrero de 2013 consejero del Instituto Federal

protección de los Derechos Humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “**susceptible de ser decidido**” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “*Control de convencionalidad*”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. Barrios Altos vs. Perú (14/3/2001). (Leyes de amnistía y convención). La CIDH sentenció que “son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos “. Artavia Murillo contra Costa Rica (28/11/2012), sobre fecundación artificial. El argumento principal de la sentencia de la Corte Interamericana reside en que no identifica “concepción” con “fecundación” sino con “implantación”, expresando que, “la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Entre muchas observaciones que pueden formularse a este fallo, resalto que la Corte no ignoraba los fundamentos biológicos y genéticos que afirman concluyentemente que “*la palabra concepción es un término médico científico y que ha sido interpretado en el sentido que se produce con la fusión entre óvulo y espermatozoide*” y que “*la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, un momento de concepción observable*” (cons.182). Luego menciona las posiciones que niegan lo anterior, difiriendo el comienzo de la personalidad a momentos posteriores (cons.183 a 186) y es en este último considerando donde se decide según “prueba científica”, identificar la “**concepción**” con el “**implante**”. Sin embargo no se añaden argumentos que clarifiquen la racionalidad de tal aserto, que refleja la postura de un solo perito contra la opinión de otros, pues también conforme a lo mencionado precedentemente, en la causa se han aportado diversos argumentos de prueba a favor de la concepción como inicio de la vida humana. Como reflexiones sobre este punto considero que la Corte Interamericana, ha asumido una orientación que no se compadece con lo establecido en la misma Convención en varios aspectos: el primero en la pretensión de extender la obligatoriedad de sus fallos más allá del Estado parte a los restantes Estados que ratificaron el Tratado, pretensión que ignora lo establecido por el art. 68 inc. 1º de la Convención (“Los Estado Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”); segundo el uso de una interpretación del texto convencional que en muchas oportunidades se encuentra en desacuerdo con los parámetros internacionales que rigen la materia, invocando teorías extrañas a la expresión constituyente de la Convención bajo la denominación de “**evolutivas**” o “**progresivas**” que obedecen a ideologías extrañas a la idiosincrasia de los Estados que ratificaron la competencia de la CIDH. A ello se añade el “soft law al cual la CIDH se considera en total libertad para buscar la disposición que más le acomode y sin que al menos se conozca alguna reglamentación formal que oriente y torne obligatorio su modo de proceder”⁴⁷⁶ ; tercero, excede su competencia sostener que sus interpretaciones se encuentran en un nivel superior a los textos constitucionales ; cuarto, transforma a los jueces nacionales en “convencionales”, con el deber de aplicar la normativa de la corte, función que conforme a alguna de sus sentencias deben asumir todos los estamentos jurídicos de las administraciones Nacionales; quinto no respetar el espacio de

⁴⁷⁶ Silva Abbott Max, *Una visión crítica del sistema Interamericano de los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 2016 (inédito).

reserva soberana de los Estados, delimitada por los principios de derecho público como tampoco las circunstancias atinentes al denominado margen de apreciación nacional.

8.3 Vinculación de la CIDH en la jurisprudencia y Legislación Nacional.

La “Reforma Constitucional” de 1994 marcó un hito de trascendencia respecto a la integración del derecho interno con el internacional especialmente el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos, pues el art.75° inc. 22 establece que los tratados allí mencionados “**tienen jerarquía superior a las leyes**”, además “en las condiciones de su vigencia, tienen *“Jerarquía Constitucional”*, *“es la particular relación de supra – subordinación en que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico determinado”*⁴⁷⁷. Sin perjuicio de ello no derogan artículos de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ellos reconocidos”.

La reforma introducida vino a completar los peldaños, estableciendo con respecto a los Tratados Internacionales, dos tipos de gradación: los del artículo 75 inciso 22, que los ubica dentro del Bloque de Constitucionalidad junto con nuestra Constitución; y los del artículo 75 inciso 24, que se encuentran por debajo de la C.N., pero con jerarquía superior a las leyes. *“El derecho existe bajo la condición de que sus prescripciones se impongan, de forma tal que si existe violación de la Supremacía Constitucional, esta solo será resguardada si esta previsto algún mecanismo o sistema de reparación en manos de alguno o algunos órganos independientes de aquellos que crearon las normas o actos infraconstitucionales, quienes deberán dejar de lado la violación y asegurar la efectiva vigencia de la norma suprema. Esto es lo que en derecho constitucional se denomina sistema de control de constitucionalidad stricto sensu”*. Si bien antes y después de 1994 se dictaron diversos fallos relevantes⁴⁷⁸, puede decirse que la orientación asumida por la CIDH a partir de 2003 incidió significativamente en la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la primera década de este siglo, pues en sus votos mayoritarios tuvo en cuenta el derrotero del Tribunal Internacional. Estos temas tuvieron un relevante contenido político y expansión mediática tales como la prescripción, la irretroactividad de la ley, la cosa juzgada y las facultades constitucionales de indultar y amnistiar. La misión primera de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está en llevar a cabo una inspección de convencionalidad 'comparando' la norma del derecho

⁴⁷⁷ Dr. Quiroga Lavié –Benedetti – Cenicacelaya, Derecho Constitucional Argentino, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, Tomo I, página 523.

⁴⁷⁸ El primer momento de estas relaciones entre la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la legislación nacional, puede ubicarse en el leading case "S.A. Martín & Cía. Ltda. c/Administración Gral. De Puertos s/repeticón de pago", sentenciado en el año 1963 (Fallos: 257:99), en el que se debatía la preeminencia de un decreto de 1958 y el Tratado de Comercio y Navegación celebrado con Brasil en el año 1940. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que ni el art. 31 ni el 100 atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se aplicaba el principio que “las leyes posteriores derogan a las anteriores”. Por tanto para la Corte aplicó el decreto-ley 6575/58, ya que era posterior y modificatorio del tratado celebrado con anterioridad con Brasil. Posteriormente en el año 1992, la Corte Suprema modificó lo anterior en la causa Ekmekdjian/Sofovich" (Fallos: 315: 1492), fundándose, entre otros argumentos, en el art.27 de la Convención de Viena que prevee que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, que pasaban a tener superioridad sobre las leyes. Como ajustadamente apunta Truco que “a los dos años de dicha sentencia, la C.S. parece haber querido dejar a salvo la primacía del orden constitucional sobre los tratados internacionales ratificados por la Argentina, al indicar en los casos Fibracca” (7/7/1993) y “Café La Virginia” (13/10/1994) que los tratados gozaban de jerarquía superior a las leyes una vez resguardados los principios de derecho público establecidos por la Constitución Nacional. Luego en el caso “Giroldi s/recurso de casación” (1995) la Corte sostuvo que “La aludida jurisprudencia (de la CIDH) debe servir como guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la C.I.D.H. para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la convención Americana (conf. art.75 C.N., 62 y 64 de la Convención y art. 2° ley 23.054)”

interno en relación a la convención y desentrañar si aquella violenta a ésta. De allí que la Corte regional no se ocupa —por principio— de la legislación doméstica, sólo indaga si la misma transgrede la Convención Americana sobre Derechos Humanos (y otros tratados), y si advierte esa falencia, así se lo hace saber al país infractor para que modifique los actos ejecutados por cualquiera de sus tres poderes. Ello a fin de evitar que el mismo incurra en responsabilidad estatal. Esa doctrina que 'indirectamente' tolera la fiscalización de la actividad jurisdiccional doméstica ha sido recibida por la Corte Suprema de la Nación Argentina con cierta cautela y con algunas idas y vueltas, aunque en los últimos tiempos fue acatada in totum, con algunas disidencias ⁴⁷⁹- En este sentido, respecto a la prescripción entre otros varios fallos, cabe mencionar el caso “*Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado*” (24 de agosto de 2004)⁴⁸⁰, en el se decidió que la acción penal no se había extinguida, pues las normas de la prescripción del ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el Derecho Internacional Consuetudinario y por la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra.⁴⁸¹ Poco después (10/5/2005) paradójicamente, la CSJN rechazó el pedido de extradición del etarra Jesús Lariz Iriondo alegando que las acciones de terrorismo que se le imputaban no constituían crímenes de “*Lesía Humanidad*” pese a que estaba probado que integraba la organización denominada ETA. Respecto a la irretroactividad de la ley en la causa “*Simón Julio*” (14/6/2005) la CSJN manifestó que “la sujeción del Estado Argentino a la Jurisdicción Interamericana impide que el principio de “**irretroactividad**” de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los Derechos Humanos. Asimismo en el caso “*Mazzeo Julio Lilio*” ⁴⁸² referido a la constitucionalidad del indulto y la cosa juzgada (13 de julio de 2007), la mayoría del Tribunal asumió la doctrina de la CIDH del Control de Convencionalidad señalando que debía tomarse en cuenta no sólo el Tratado sino la interpretación de dicha Corte. Por tanto resolvió que la cosa juzgada no era operativa en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad y rechazó el planteo de la defensa. De acuerdo a lo expuesto, se han violado todos los criterios fundamentales del orden jurídico vigentes desde tiempo inmemorial, como el principio de legalidad, de defensa en juicio, la prescripción de la acción penal y la irretroactividad de las leyes que han causado un daño difícilmente reparable, no sólo por violar los derechos de los imputados sino por el resquebrajamiento de aquellos principios que parecen olvidados por algunos integrantes de las actuales generaciones de jueces. Pero también la CIDH ha incidido fuertemente en otros ámbitos distintos al penal, por ejemplo el ya citado fallo “*Artavia Murillo*” (fecundación artificial), es un antecedente asumido en el Código Civil y Comercial Unificado, en la ley 26.832 sobre TRHA, como también en las delicadas materias sobre el inicio de la existencia de la persona y filiación, al sostener el principio del implante, tanto en jurisprudencia como en doctrina. No obstante el resultado de los fallos mencionados, varios jueces votaron en disidencia, en el primero de esos fallos, Dr. Carlos Fayt, se remite al art. 27°

⁴⁷⁹ Recientemente uno de los Ministros del más Alto Tribunal Nacional Argentino ha expresado que: “La salvaguarda de los derechos y libertades del menor y la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la ley 26.061 (Adla, LXV-E, 4635), requiere que los tribunales atiendan al interés superior de aquél, llevando a cabo una supervisión adecuada, lo cual comprende el ejercicio del control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, siendo función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra el menor, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio” (CNS. García Méndez, Emilio y Musa, María Laura s/causa N° 7537. Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

⁴⁸⁰ CSJN, Fallos 327:3312

⁴⁸¹ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (26/11/1968) aprobada por ley 24584 (29/11/1995). Le otorga jerarquía constitucional por ley 25.778 (20/8/2003).

⁴⁸² CSJN. Fallos 330:32480

de la Constitución Nacional ⁴⁸³, según el cual los Tratados Internacionales deben estar en conformidad con los principios de Derecho Público establecidos en la Constitución y por tanto *"es insanablemente nula, toda cláusula o pacto que atente contra la integridad, moral, política y soberana de la Nación ya que el Congreso no tiene facultad para dictarla, porque sería necesario convocar a una convención constituyente para reformar la Constitución y aprobar un pacto de esta naturaleza"*. Agrega *"es indudable que sobre la base del art. 27°, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio "Margen Nacional de Apreciación" delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional.*⁴⁸⁴ En consecuencia el voto sostuvo la vigencia de la prescripción de la acción aún en delitos denominados de **"Les a Humanidad"**, contrariamente a lo sostenido por la CIDH y la mayoría del tribunal local. También la Dra. Carmen Argibay⁴⁸⁵ fundó su disidencia en preceptos Constitucionales que garantizan la eficacia de la cosa juzgada sin que las decisiones internacionales puedan hacer mella sobre esta instituto: *"Es que ni esta Corte, ni ningún otro Tribunal, puede eludir los efectos de una decisión judicial firme sin negarse a sí mismo, es decir, sin poner las condiciones para que nuestro propio fallo sea también revocado en el futuro con argumentos contrarios, esto es, alegando su error, injusticia, entre otros."* Distinta fue la situación planteada en el fallo *"Fontevicchia y D'Amico c/Republica Argentina"* del 14 de febrero de 2017, ya que se encuadraba en el art. 68° inc. 1° de la Convención. Pese a ello, en su nueva composición el Tribunal hizo caso omiso parcialmente de la sentencia de la CIDH del 29 de noviembre de 2011 en cuanto dispuso dejar sin efecto la sentencia de la CSJN dictada en el año 2001 sosteniendo que no se encuentra en el marco de atribuciones de aquella Corte ni puede ser cumplida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a la luz del ordenamiento Constitucional Nacional. Fundamentó su decisión sosteniendo que el sistema interamericano se define como subsidiario y la CIDH no es un Tribunal de apelación ni de cuarta instancia. Siguiendo la orientación de las disidencias antes mencionadas sostuvo que el constituyente ha consagrado en el art.27° una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de Derecho Público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los Tratados Internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad... entre dichos principios incommovibles se encuentra el carácter de esta corte como órgano supremo...art. 108° de la Constitución Nacional y reafirmó *"la plena vigencia de los principios de derecho Público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los Tratados Internacionales."* Sin perjuicio del rechazo a *"dejar sin efecto la Sentencia Nacional"*, dio por cumplidas otras dos disposiciones de la CIDH

8.4 El Bloque de Constitucionalidad. Los Principios y Valores. Para entender la nueva perspectiva del Código Civil y Comercial Unificado es conveniente recurrir a la lectura de los *"Fundamentos"* que acompañaron a la presentación del proyecto ante el Congreso, equivalente a la exposición de motivos con que los legisladores avalan los suyos, o sea el *"ideario"* del que sería luego el código unificado. Allí se expresa *"que tomamos muy en cuenta*

⁴⁸³ Constitución Nacional. Art.27 El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.

⁴⁸⁴ La cursiva no se encuentra en el original.

⁴⁸⁵ **Carmen María Argibay** (Buenos Aires, 15 de junio de 1939 - ibid. 10 de mayo de 2014) fue una ministra de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. Se definía como atea militante, entendiéndose que el término "militante" hacía referencia a la honestidad a sus creencias, no por imposición de estas. Feminista y defensora de los derechos de las mujeres, con relación al tema del aborto, mantuvo una posición tomada en favor de su despenalización. Debido a estas posturas, fue objeto de crítica por ciertos sectores de la sociedad. En el año 2008 recibió el Premio Konex (diploma al mérito) como uno de los cinco jueces más destacados de la década en la Argentina.

los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el Bloque de Constitucionalidad.” Aquí se devela la importancia de las “**Fuentes Internacionales**” pues en realidad lo que interesó sobremanera a la comisión redactora ha sido la relevancia puesto en esos tribunales (en realidad la CIDH) y en las interpretaciones de sus jueces, que por lo que se ha explicado, han incursionado en derechos protegidos por el Orden Público Nacional. El impacto consiste en que de ésta manera las decisiones de dichos tribunales pasan a ser la cúspide de la pirámide jurídica que ahora se denomina “Bloque de Constitucionalidad”. Los fundamentos también expresan que “puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el Derecho Privado”, a lo que se puede agregar, que dicho sistema incluye a las interpretaciones de la CIDH.

Los órganos de control, (generalmente órganos judiciales ordinarios), cuando declaran la inconstitucionalidad de la norma o acto, lo hacen con efectos inter partes, es decir, los dejan sin efecto sólo para el caso en concreto, pero no los derogan (estos conservan su validez hacia el futuro). Este control nace con la interpretación de la Constitución de los EE. UU. que hizo la Corte Suprema de ese país en 1803, en el caso “*Marbury vs. Madison*”⁴⁸⁶. Según los órganos que ejercen este control, el mismo puede ser: a) Concentrado: cuando le corresponde a un solo órgano judicial especial resolver acerca de la inconstitucionalidad de la norma impugnada o b) Difuso: cuando el control lo puede efectuar cualquier órgano judicial del Estado, sin perjuicio de llegar con la apelación hasta el Tribunal Supremo. Según la vía utilizada, éste puede ser: a) Por vía Directa: a través de una acción cuya única finalidad es cuestionar la constitucionalidad de una norma (la acción puede ser promovida por la parte interesada aunque no lo afecte) o b) Por vía Indirecta: a través de excepciones opuestas en el trámite de un proceso (que no tenga por objeto principal resolver la cuestión de inconstitucionalidad), que pueden ser promovidas por la parte interesada o de oficio (por los propios jueces que tramitan el proceso).

8.5 Los “Principios y Valores” integrados al sistema de fuentes.

Tiene también relevancia la modificación del sistema de fuentes. Al respecto parece oportuno recurrir a la “Presentación” del Dr. Ricardo Lorenzetti (miembro de la comisión redactora y a la vez Presidente de la Corte Suprema de Justicia Nacional), que precedió al texto del Código en algunas ediciones, como de la editorial La Ley: “En las sociedades del siglo XXI todo cambia a ritmo acelerado y la diversidad prolífera. Por esa razón, debe pensarse en grandes lineamientos, en principios y valores que orienten y permitan su adaptación”.... **“Un Código del siglo XXI se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes.”**⁴⁸⁷ En otra de sus

⁴⁸⁶ “*Marbury vs. Madison*”, EE. UU., 1803: Hechos: el presidente Adams se apresuró a cubrir 42 vacantes de nuevos jueces pues su partido (el Federalista) había perdido las elecciones presidenciales ganadas por el candidato demócrata Jefferson, lo que también motivó la designación del hasta entonces secretario de estado, John Marshall, como Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Dada la premura del procedimiento, Adams no alcanzó a comunicar todas las designaciones antes de que asumiera Jefferson y éste, luego de asumir, le ordenó al nuevo secretario de estado, Madison, no efectuar las comunicaciones pendientes. En tal situación, cuatro de los afectados, encabezados por Marbury, solicitaron a la Corte Suprema que librara un mandamiento a Madison para que este comunicara los nombramientos; se apoyaron en la Judiciary Act de 1789 (de organización de la justicia federal, fuente de nuestra Ley 48 de 1863) que, según ellos, le otorgaba a la Corte la facultad de emitir dicho mandamiento. Sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU.: desestimó la pretensión de Marbury, pues sostuvo que la Judiciary Act era inconstitucional dado que ampliaba la competencia originaria de la Corte a un caso no previsto en la Constitución, que es donde está fijada esa competencia. Por ello, estando en conflicto una ley ordinaria con la Constitución, es función de los jueces decidir cuál de las dos debe ser aplicada, debiendo optar por la Constitución y dejar de lado la ley, pues la Constitución es la ley suprema de la Nación y las leyes sólo son válidas si son dictadas en su consecuencia

⁴⁸⁷ Presentación Lorenzetti Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación. Legislación complementaria. Segunda edición actualizada, Thomson Reuters La Ley, 2015, Buenos Aires

obras afirmó que “El lenguaje jurídico se ha contaminado de genética, economía, moral, tecnología y computación y es poco lo que exporta al resto de la sociedad. ¿Asistimos a la era de la descodificación?”⁴⁸⁸ Como aporte marginal no deja de ser paradójico que el codificador asuma su función en la “era de la descodificación”, de lo que se deduce que nos encontramos ante un código descodificado o al menos desvalorizado frente a cualquier fuente del derecho que quiera competirle el liderazgo, que al parecer ya no existe. Va de suyo que el interprete a que se hace referencia es el juez que en definitiva deba elegir la normas adecuadas, que ahora ofrecen un amplio panorama que no se limita a la legislación. El recurso a los “*principios y valores*”, según los codificadores, tiene por motivo la inmovilidad de la legislación, ya que los nuevos cuestionamientos socioculturales requieren respuestas que demoran en llegar por esa vía. Pero cabe advertir que uno de los pilares de esta concepción es la del multiculturalismo que plantea varios desafíos difíciles de superar. En efecto, si bien la coexistencia de los valores dispares es presentada como un ideario superlativo, simultáneamente se advierte la dificultad natural de compaginar conductas fuertemente contradictorias que alegan sus propios derechos. Por lo tanto las doctrinas principistas pueden ser objeto de las siguientes observaciones: en primer término, no se menciona su fundamento, sin perjuicio que se los remite a la moral, la justicia, los valores, etc. ante lo cual cabe formularse la pregunta ¿en que se sustenta esa moral, justicia y valores? ¿Acaso en las opciones multiculturales o los vaivenes sociológicos?, ¿Existe alguna ontología que sirva de sustrato y una concepción antropológica que los presida? En esta dirección se advierte la agudeza de Zagrebelsky⁴⁸⁹ al expresar que “la palabra más aproximada para indicar el carácter del derecho en la actualidad es la de “*ductilidad*”. La coexistencia de valores y principios, de una Constitución “exige que cada uno de tales valores o principios se asuman con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimiento).⁴⁹⁰ En otras palabras, el fundamento normativo descansa en el relativismo al que concomitantemente se le otorga valor absoluto, lo cual no deja de resultar paradójico. Considero que en la medida que los principios no tengan un anclaje en una ontología realista y una gnosceología objetiva, no son sino recursos para evadir cualquier tipo de normatividad ya sea iusnaturalista o positivista que limite la subjetividad de procedimientos constructivistas. Bien sostiene Prieto Sanchis⁴⁹¹ que “definicionalmente los principios no garantizan la conexión del derecho con la

⁴⁸⁸ Lorenzetti Ricardo, Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni, 2006, segunda reimpresión 2014, Buenos Aires.

⁴⁸⁹ **Gustavo Zagrebelsky** (San Germano Chisone, 1 de junio de 1943) es un jurista italiano, juez constitucional de 1995 a 2004, Presidente de la Corte Constitucional en 2004. De origen ruso,¹ es el hermano menor del magistrado Vladimiro Zagrebelsky.² Es socio de la Asociación de Constitucionalistas,³ quien fuera profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Turín y la Universidad de Sassari, fue nombrado miembro del Tribunal Constitucional por el Presidente de la República Oscar Luigi Scalfaro el 9 de septiembre de 1995, prestando juramento el 13 de septiembre de 1995. El 28 de enero de 2004 fue elegido Presidente de la Corte constitucional, una posición que mantuvo hasta el final de su mandato el 13 de septiembre de 2004.

⁴⁹⁰ Zagrebelsky Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.pág. 14 Editorial Trotta S.A., 1995, Madrid

⁴⁹¹ Catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha, ha sido Decano de sus Facultades de Derecho (Albacete) y de Ciencias Jurídicas y Sociales (Toledo), así como Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público.

Su trabajo de investigación, centrado principalmente en el ámbito de la teoría del Derecho y de los derechos fundamentales, se ha extendido asimismo a cuestiones de Derecho Constitucional, Penal y Eclesiástico del Estado.

Entre sus publicaciones cabe destacar: Ideología e interpretación jurídica (1987), reeditada parcialmente como Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho (2005), Estudios sobre derechos fundamentales (1990), Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico (1992), Constitucionalismo y

moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico” y agrega: “*Tal vez, los principios sean uno de los últimos juguetes fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos,(de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas*”).⁴⁹²

8.6 Nuevo encuadre sobre la función judicial.

Con anterioridad a la presentación del proyecto el Dr. Lorenzetti expresó: “*El sistema actual abre un amplio campo para el interprete que debe “reconstruir” el derecho del caso mediante un proceso de selección de leyes, costumbres, ordenanzas, normas constitucionales, principios, valores....*” La tarea del intérprete se ha vuelto decisiva, prueba de ello es el rol protagónico que se le reconoce al juez, así como la labor creativa de la jurisprudencia y la doctrina ⁴⁹³ A tenor de todo lo expuesto a lo largo de estas líneas, considero que el denominado “*rol protagónico de los jueces*”, no descansa simplemente en que se ha optado por el sistema del precedente judicial en vez de mantener la rigidez de la legislación, ya que la motivación más profunda de las innovaciones radica en consideraciones filosóficas y sociológicas, según las cuales los cambios anteceden al derecho pero a la vez se considera que ha desaparecido una única concepción de la vida para transformarse en una sociedad compuesta de miríadas de vivencias que tienen como fuente a cada individuo singular cuyas apetencias mudan con tanta rapidez que la generalidad de la ley siempre llega tarde. De asumirse estas doctrinas, los jueces serán los operadores del derecho antes que por los legisladores, pluralismo bien reflejado por Zygmund Bauman⁴⁹⁴ bajo la denominación de “*sociedad líquida*”.⁴⁹⁵ El sistema del precedente implica un complejo andamiaje que no parece haber sido tenido en cuenta hasta ahora por los partidarios de estas mutaciones, ya que se ha producido una atomización de las decisiones judiciales en la que cada juez adopta una fuente según la conveniencia del caso a resolver, licuándose de esta manera la unidad del orden jurídico y la jerarquía normativa. En efecto, como explica Antonin Scalia⁴⁹⁶, “la regla del

positivismo (1997), Ley, principios, derechos (1998), Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial (2002), La filosofía penal de la Ilustración (2003), Justicia constitucional y derechos fundamentales (2ª, 2009), Apuntes de teoría del Derecho (6ª, 2011), Garantismo y Derecho penal (2011) y El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica (2013).

⁴⁹² Prieto Sanchís Luis, Diez argumentos a propósito de los principios. Jueces para la Democracia, n°26, 1996, pág.43, citado por Florencia Ratti Mendaña, Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la perspectiva neoconstitucionalista, El Derecho, diario de Doctrina y Jurisprudencia, 1º de julio de 2016, n° 13.988, Buenos Aires.

⁴⁹³ Lorenzetti Ricardo, Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni, 2006, segunda reimpresión 2014, Buenos Aires.

⁴⁹⁴ Zygmunt Bauman (Poznan, 19 de noviembre de 1925 – Leeds, 9 de enero de 2017) fue un sociólogo, filósofo y ensayista polaco-británico de origen judío. Su obra, que comenzó en la década de 1950, se ocupa, entre otras cosas, de cuestiones como las clases sociales, el socialismo, el Holocausto, la hermenéutica, la modernidad y la posmodernidad, el consumismo, la globalización y la nueva pobreza. Desarrolló el concepto de la «modernidad líquida», y acuñó el término correspondiente. Junto con el también sociólogo Alain Touraine, Bauman recibió el Premio Príncipe de Asturias de Comunicación y Humanidades 2010.

⁴⁹⁵ Zygmund Bauman, La cultura en el mundo de la modernidad líquida, Fondo de Cultura Económica, 2013, Buenos Aires.

⁴⁹⁶ Antonin Gregory Scalia (Trenton, 11 de marzo de 1936 - Marfa, 13 de febrero de 2016) fue un jurista estadounidense y Juez Asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, propuesto en el cargo por el presidente republicano Ronald W. Reagan.

precedente propia del common law requiere una ajustada técnica para discernir en cada caso entre el razonamiento principal y definitorio de un caso (holding o ratio decidendi) y los diversos dictados o razonamientos laterales y como principio, no resulta aplicable al derecho legislado, o sea a sistemas fundados en la norma positiva, en tanto su aplicación a ultranza importaría socar la base democrática de aquella, expresión de la voluntad general, confiriendo al juez el poder de “hacer la ley” y no sólo aplicarla. La regla del precedente no constituye un principio de seguimiento absoluto. De allí el desarrollo de las técnicas de “distinción” (distinguishing) que permite a otros tribunales inaplicar el precedente mediante la búsqueda de diferencias (muchas veces sutiles) entre el caso que motivara el precedente y el que se está llamado a juzgar y del overruling por la cual el mismo tribunal que sentó el precedente deja éste de lado por no considerarlo ya más como la doctrina “correcta”.⁴⁹⁷

La Corte Interamericana, con los distintos tratados y Convenciones deberían formar una coalición unificando conceptos. Se disiparían las incertidumbres. Guardar amparo al niño desde su nacimiento hasta la edad de 18 años, no menciona desde la concepción misma., como un sujeto de derechos merecedor de una protección especial. De no existir una homologación de conceptos, estaríamos sumergidos en la misma incertidumbre jurídica. El embrión se lo trata como cosa, digna de una protección a medida que este evoluciona gradualmente después de su implantación en el seno materno., por tal motivo la calificación práctica es de algún tipo y valor., puesto que no está del todo considerado un ser vivo con potencial genético a semejanza de su creador y resguardo del bien jurídico protegido, la vida. Daño Moral es causado con este tipo de inquietudes. Fallos de la Corte Interamericana que fueron base de jurisprudencia y sometidos a su vinculación de los Estados Partes, fueron mencionados precedentemente.

8.7 Conclusiones

Luego de todo lo expresado respecto a la CIDH, y las “Reformas Constitucionales” y el actual Código Civil y Comercial Unificado habidas en nuestro ordenamiento, queda planteada la duda respecto a la jerarquía normativa del sistema no teórica sino en la praxis, ¿legislación o precedentes judiciales, o ambos la vez? Resulta difícil una respuesta pues parecería que nos hallamos ante un híbrido que deberá ser encauzado con el tiempo. Por ello, la tesis abordada en el título de esta exposición cuenta con suficientes referencias que avalan la incertidumbre que puebla el panorama jurídico actual. En efecto, es una realidad tangible el avance de la CIDH pretendiendo imponer la obligatoriedad de sus sentencias y hasta de sus recomendaciones a los “Estados” más allá de lo establecido por la Convención Americana, como también la desmedida e ideologizada interpretación de esos fallos respecto al texto que le dio origen; la sobrevaloración de los tratados internacionales inmersos en el denominado “*Bloque de Constitucionalidad*”, que en muchas ocasiones no tienen en cuenta lo establecido por los arts. 27°, 31°, 108° y concordantes de la Constitución Nacional, como también la función atribuida a los jueces con facultades para “*reconstruir*” el derecho. Mientras no se reforme la Constitución Nacional, la división de poderes es una base fundamental de la

⁴⁹⁷ Scalia Antonin, *A matter of interpretation*, Princeton University Press, 1997 citado por Vito Alfredo E.D. 16/12/2013, Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”

estabilidad de la República Argentina y por ende nuestro sistema dispone que sea el Congreso el encargado de legislar con una mayoría de las 2/3 partes para encontrar ese cambio necesario de corte normativo y el Poder Judicial quien imparte justicia en el marco legal para hacerlo cumplir. Se está lejos de considerar el juez como “la boca de la ley” o de las normas, como enseñaba o Bugnet⁴⁹⁸ respecto al Código de Napoleón, ya que considero que la tarea judicial también participa en la creación del derecho, entendiendo por tal “*lo justo del caso concreto*”, y para ello debe usar la prudencia jurídica que no en vano a través de los siglos fue conocida como *iuris prudentia*.⁴⁹⁹ El conocimiento de las leyes no es prudencial, sino teórico, las leyes ya “*son*”, la sentencia como norma particular tiene existencia a partir de su dictado. Además de ello el juez debe conocer el caso concreto ya que si bien las partes aportan sus argumentos y sus pruebas, está en sus manos conocer y producir una obra que a priori aún no es: la sentencia.⁵⁰⁰ Ha quedado claro que he tomado partido por la primacía de la ley, que si bien no descarta la existencia de otras fuentes, estas deben asumirse como complementarias dado que las características de aquellas son las únicas que pueden integrar un orden jurídico que brinde a su vez justicia y seguridad en base a la previsibilidad. Ayuda superar las controversias antes planteadas recordar que en su Teogonía Hesíodo lega a la tradición occidental las diosas hijas de Zeus y Temis, dispensadoras de los mayores bienes de las polis: Eirene es aquella que trae la paz, Dike la Justicia, y por último Eunomia las leyes, cuyo fruto es el orden. Por ello, algunos siglos después Heráclito todavía aconsejaba a los ciudadanos que lucharan por sus buenas leyes con tanto ahínco como por sus murallas.

Conclusión final

Desde este punto de vista fragmentado, la referencia del concepto de persona es estrecha y variable. De esta conclusión llegamos que se determina “*Variable*”, pues depende de cada ordenamiento y de cada rama del derecho. Y es “*Estrecha*”, pues no todos los hombres son “*personas*”, ni todas las personas son “*hombres*” en todas las ramas del derecho. Así, la capacidad de ser titular de derechos de contenido patrimonial sólo se reconoce en algunos ordenamientos jurídicos con posterioridad al hecho del nacimiento, o bien se sujeta a la condición de que el nacimiento ocurra., vale la aclaración, que el no nacido es titular de

⁴⁹⁸ BUGNET, Jean-Joseph (1794-1866) Art. 4º del Código Civil: "El juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, de obscuridad o de insuficiencia de la ley podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia". El código es completo y exhaustivo; es derecho solo aquel del legislador; el iusnaturalismo iluminista del siglo xviii se resolvió definitivamente en el código, se positivizó en el complejo de sus disposiciones. De aquí la famosa expresión —probablemente nunca pronunciada—"Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código napoleónico"; o bien la premisa de Jean-Charles Demolombe (1804-1887): "El juez legalmente no puede pretender que la ley no le da los medios para resolver la controversia que se le presenta". Se trata, de hecho, de la absoluta adhesión al esquema de ordenamiento elaborado por Montesquieu: el juez simplemente debe ser "boca de la ley", es decir, adecuarse a la voluntad del legislador. El código, entonces —según esta escuela del pensamiento jurídico— no es expresión de un derecho evolutivo, sino, más bien, la voluntad del legislador fijado en un preciso momento, en un determinado texto legislativo sistemático y omnicompreensivo de la materia tratada.

⁴⁹⁹ Considero que el concepto “creación” aquí empleado es metafórico, pero tiene su cuota de verosimilitud en tanto el “derecho” es lo que corresponde a las partes en disputa y en múltiples oportunidades se encuentra imbricado en una confusa situación fáctica. De ahí la acertada mención de la “opacidad” del derecho, pero a mi juicio desligado de la posible opacidad de la ley, pero referido al caso concreto. Por tanto el juez realiza una tarea creativa en descubrir lo suyo de cada uno en las controversias judiciales.

⁵⁰⁰ Quintana Eduardo Martín, Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo, pág. 157 segunda edición Educa, 2013.

derecho pero no tiene la capacidad de ejercicio. *Viceversa*, no todas las personas en sentido jurídico son individuos de la especie humana, como muestra el caso de las asociaciones, que casi todos los ordenamientos jurídicos habilitan a actuar **como titulares de derechos y obligaciones de contenido patrimonial**. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que alguna de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídico dentro de un marco legal, con contenido ético - moral. El ordenamiento jurídico es el medio idóneo para que la sociedad inter actue en convivencia con contenido moral y ético. Es necesario mantener una distinción clara entre la diferencia existencial del vocablo hombre y persona. Hombre, conceptualmente es el género gramatical puro a diferencia que persona es esencialmente moral. El contenido de las normas no se relaciona con las personas sino con los actos de la conducta humana. La persona es pues un instrumento del cual se sirve la ciencia del derecho para describir su objeto. Así, pues, desde determinadas posiciones que parecen dominantes de la deontología médica profesional, la respuesta parece clara: es lícita la práctica de técnicas de reproducción asistida, si bien se limita su esfera de aplicación a tres campos: esterilidad, desórdenes genéticos e investigación. La ciencia avanzó hacia el camino de los deseos inconclusos del hombre., donde la biología encuentra las barreras propias de la propia imposibilidad.

La criopreservación de embriones es una herramienta habitual en técnicas de reproducción asistida. Esta técnica permite maximizar las probabilidades de embarazo por cada extracción ovocitaria, al reservar los embriones sobrantes para ser utilizados en un siguiente ciclo sin requerir de una nueva estimulación ovárica y culdocentesis. De esta manera se mejora la eficiencia y la seguridad en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. La alternativa más reciente de la criopreservación de óvulos es menos eficiente y se usa más bien para la postergación de fertilidad, por lo que aún no ha reemplazado a la conservación de embriones. En uno o en otro caso la salud de la futura madre y la del embrión no está garantizada. Es bien sabido que los resultados de la "revolución biotecnológica", y por tanto, los resultados de las técnicas a ella vinculada son *imprevisibles*. Límites éticos más allá de los cuales no debería consentirse la intervención humana, dado que según la comunidad científica internacional, guardan la postura de rechazo a las modificaciones en los genes que puedan caer en la "*tentación eugénica*". Ello conlleva a la destrucción propia del sentido persona en sí, seríamos una producción en serie, robótica, donde la selección por excelencia es la construcción de individuos perfectos, formados en laboratorios, cuyas probabilidades de éxito son inciertas. La biología de por sí guarda sus recaudos y en los resultados de los centros de salud, no siempre son satisfactorios los datos finales.

Los embriones humanos son seres humanos merecedores del mismo respeto y consideración que el resto de las personas a la luz de una constitución biológica y genética que le permitirá El cúlmine de su desarrollo. Son merecedores del respeto. Es la condición de ser vivo y humano del embrión la que le confiere un estatuto equiparable al estatuto de persona. Cualquier intervención sobre el embrión que ponga en peligro su vida o conculque su integridad traería consecuencias equiparables y tan injustificables como es la de privar la vida de una persona o sacrificarla en aras de los posibles beneficios para la sociedad como hacerlo con un embrión humano. Desde este punto de vista, el embrión humano ocupa el mismo sitio que las personas y merece el mismo grado de consideración, respeto y protección. Es importante tener en cuenta que la ciencia ha sido hecha por los hombres en un contexto histórico y social determinado a los fines de obtener avances científicos que acompañen las

necesidades del mismo, en beneficio propio y social., por tanto la pretendida neutralidad científica es una falacia, puesto que fueron ensayos de ensayos para la obtención de mejores resultados, descartando los fallidos sin considerar márgenes probables de error. La ética es también una reflexión humana hecha dentro de un contexto determinado. Ahora somos conscientes de que la ética y la ciencia, en su construcción, tienen un componente subjetivo impregnado de historia, reconociéndose que los conocimientos científicos no están formados por descripciones asépticas de una realidad ajena a nosotros, sino que están generadas dentro de situaciones con un interés determinado. No olvidemos que la ciencia está constituida por los hechos que percibimos pero también por las descripciones que fabricamos a partir de los hechos percibidos. El hombre es Él y sus circunstancias. Es este control y contraste de opiniones y la observación redundante sobre los hechos, precisamente, el que hace que la ciencia sea creíble. La realidad percibida estará siempre circunscrita necesariamente dentro de la subjetividad.

La ciencia en la mayor parte de su evolución va más rápido que la normativa, debiéndose esta última adaptarse a las circunstancias que preceden. El embrión humano, el niño, el adolescente y el adulto, son diferentes etapas de la evolución humana, y desde la misma fecundación ., lo mismo ocurre con todo el continente vivo natural. Si el anciano es tenido en consideración, se le da valor a su persona como persona con historia propia, si al niño al igual que en el estadio posterior y el anterior, están resguardados por Normativas Internacionales, Nacionales y Constitucionales, no encontraríamos sentido a la no mención del primer estadio del hombre como hombre y posteriormente persona.

Cada etapa evolutiva guarda su significado y su protección.

Más en profundidad con la protección del embrión humano y darle la cabida que merece, existen otras inquietudes no menos importantes, también dignas de legislar.

La adopciones pre-natales es otra herramienta normativa que da soluciones a las impensadas creaciones de aquellos embriones que guardan su lugar en nitrógeno líquido., a la espera de continuar su inactividad celular.

Pero existen otras cuestiones que debieran debatirse y en consecuencia regularse, como los que atañen al Derecho sucesorio, plazo máximo inminente en estado de crioconservación. Son unos de los temas meritorios de una legislación clara. Donde la jurisprudencia no sea madre de decisiones sino la propia norma ampare y resguarde a cada uno de esos seres que no pueden expresarse pero que sienten instintivamente.

Si en la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo Preámbulo reza en su contenido de la protección integral del niño y los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y su determinación de promover el progreso social

y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad, *considerando* que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, **tanto antes como después del nacimiento.**, aquí queda implícita la protección desde sus comienzos. La falta de una regulación con contenidos igualitarios , claros, contundentes sin lugar a duda que el estatuto jurídico del embrión debería equipararse con un niño nacido, y las normativas internacionales no consideran que el embrión es un niño por nacer y necesita imperiosamente los cuidados extremos de un indefenso que están a merced del hombre, nos debemos una regulación en los ámbitos Nacionales e Internacionales, debiendo modificar las normas en sus contenidos esenciales, porque en esos contenidos fundamentales, corren la suerte del no nacido y que su derecho a nacer está implícito. Las inseguridades no acabarían sin un marco normativo claro. Como las dudas de aquellos seres

por nacer que se encuentran crioconservados a la suerte de los progenitores, de donantes, de los laboratorios con la condición tácita que si no se cumple con los cánones contemplados para su crioconservación, los embriones corren una suerte desgraciada. Amén que los procesos sucesorios, las fertilizaciones post mortem, aunque necesiten de su respectivo consentimiento informado, siguen siendo de dudosa procedencia el futuro de los mismos., sin el derecho de haber conocido a quien dio la oportunidad de vivir. Y las preguntas que deberíamos hacernos, al respecto que la ciencia va mucho más rápido que el derecho, pensando en un futuro no tan lejano, donde ya no se necesiten vientres que abriguen a los embriones, sino que serán perfectos tubos de ensayos en laboratorios de supra generación, donde los que por voluntad propia deseen la concepción de un hijo, y mediante visitas guiadas puedan pasearse a lo largo de las salas de los respectivos centros de salud aguardando a aquellos seres que sumergidos en un líquido simil amniótico se vean perfectamente su evolución como quien mira una pecera en un acuario. Esperemos que el hombre con su cordura y su sensatez, pueda de alguna manera evitar esas prácticas, que por muy de avanzada que sean, no dejan de causar un rechazo por parte de quien cree en la ciencia, donde su esencia es la moral, la ética y pone su sapiencia al orden divino de la creación.

2.11 Bibliografía consultada

1-Título: El estatus del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos. Autor: Lamm, Eleonora
Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 43 - LA LEY20/05/2015, Cita Online: AR/DOC/1297/2015

2-Conicet _Digital_Nro.18411_A La Bioética y el destino de los de embriones congelados por María Susana Theas

3-Universidad Católica: Diario El Derecho Uniones de Derecho Homosexuales Graciela Medina. Colaboradora Carolina Winograd Editoria Rubinzal_Culzoni Editore

4-CRIO-PRESERVACIÓN DE EMBRIONES HUMANOS: UNA PROPUESTA FUNDADA DE LEGISLACIÓN PARA ARGENTINA por Verónica Calleja y Sabrina Solnicki

5- InDret REVISTA PARA EL WWW. INDRET.COM. ANÁLISIS DEL DERECHO Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. Eleonora Lamm.

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas Argentina. BARCELONA. Julio.

6-Farnós Amorós, Esther. Consentimientos a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones. Colección: Atelier Civil 2011.

7-Convención de Derechos Humanos (1969). Recuperado el 04/02/2019 de https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

8- Código Civil y Comercial de La Nación Ley 26.994.

9-Ley N° 26.862 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Recuperado el 25 de marzo de 2019 de <http://www.infojus.gob.ar/legislación/>

10-Kemelmajer de Carlucci Aída y Lloveras Nora. Tratado de Derecho de Familia. Actualización doctrinal y jurisprudencial, Kemelmajer de Carlucci, Aída- Herrera, Marisa y Lloveras, Nora (directoras), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo V-A, 2016, p. 665 y ss.

11-Basset. Ursula C., Perrino, Jorge O. (2017). Derecho de Familia. Editor-Abeledo Perrot.

12-Basset. Ú. (2005). “Perfiles de la Bioética”. Recuperado el 20/03/2019 de <http://www.saij.jus.gov.ar>

13-Basset. Úrsula. (2015) “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”. Recuperado el 02/04/2019 de <http://www.saij.jus.gov.ar>

14-Basset, Ursula. (2014) “La democratización de la filiación asistida”. Recuperado el 10/04/2019 de <http://www.saij.gob.ar>.

15-Basset, Úrsula C. “El comienzo de la existencia de la persona humana: entre pragmatismo y conveniencia”, editorial publicada en Cuaderno Jurídico de Familia de El Derecho, de septiembre de 2015, Buenos Aires, Argentina, cant.p.: 1

16-Lamm, Eleonora; “El status del embrión in vitro y su impacto en las técnicas de reproducción humana asistida. Aclarando conceptos para garantizar derechos humanos”. Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 43 - LA LEY 20/05/2015

17-SCJ de Mendoza, 01/09/2015, “L. E. H. y otros c/ OSEP s/ amparo”.

18-Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, "S., G. E. c/ IOMA s/ Amparo", 24/02/2012

19-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Protección de embriones crioconservados. 13/09/2011. “P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias”.

20-CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) s/ Costa Rica – Excepciones 37 Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”.

21-CEDH, 10/04/2007, “ Evans vs. El Reino Unido”

22-HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora; “Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, en Bergel, Salvador Darío (Director), Bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Ciudad de Buenos Aires, 2015, pág. 327.

23-KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora; “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LA LEY, 2013-A, 907.

24-KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída LAMM, Eleonora HERRERA, Marisa; “Cuando voces autorizadas se suman para llegar a buen puerto: No a la actuación del asesor de menores como ‘Defensor de los Embriones’”, LA LEY 14/10/2014, 14/10/2014, 1, cita Online: AR/DOC/3667/2014. Page 3 of 4

