



“ Status Jurídico de los embriones”

Análisis del Sistema Jurídico Argentino

Alumno: Viadas, Mariano Pablo.-

Tutor: Dr.Brun, Carlos Alberto.-

Departamento de Metodología de la Investigación: Dra.Ramirez, Amelia Sara.-

**Universidad Fasta
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Abogacía**

•Índice:	
•Abstract.....	3
•Introducción.....	4
•Marco Teórico.	
Ética de la Fecundación Asistida.....	9
La Dignidad. Principio Bioético.....	11
Fundamentos Antropológicos.....	13
•El Comienzo de la vida humana.	
Datos Actuales de la Ciencia.....	14
Estructura del embrión Humano.....	15
•Análisis de las Distintas posturas doctrinarias.	
Tesis de la Concepción.....	18
Tesis de la implantación. Anidación.....	21
Tesis pre-embrión/ individualidad.....	22
Tesis de la Ausencia Cerebral.....	23
Tesis de la Viabilidad.....	24
•Desarrollo	
Marco Normativo Actual.....	25
Leyes que protegen al por nacer desde la fecundación.....	31
•Jurisprudencia Argentina. Defensa del Derecho Fundamental a la vida.	
a) “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”.....	31
b) “Sánchez, Elvira Berta c/M° J y DD HH”.....	33
c) “Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”.....	35
•Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial	
Artículo 19 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial.....	36
Posturas a favor.....	37
Posturas en contra.....	38
Respuesta desde el Derecho a las distintas teorías.....	43
•Jurisprudencia en materia de embriones.	
a) P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J.....	44
b) “... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo”. Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata.	47
c) "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" - CNCIV. Sala I... ..	51
d) “Oliver Brüstle c/ Greenpeace”. Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxembourg) –Gran Sala.....	55
•Derecho Comparado.	
Ley Española sobre procreación asistida.....	55
"Informe Warnock".....	58
“Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”.....	59
•Necesidad de un Marco Normativo.....	60
Críticas. Nuestra Posición.....	62
•Conclusión Final.....	67
•Bibliografía.	69

Abstract

La ciencia y la tecnología han logrado un perfeccionamiento de las técnicas de reproducción humana asistida permitiendo obtener embarazos en parejas cuya esterilidad parecía definitiva. No es el progreso científico el que nos coloca en estado de alerta, sino el uso que se hace de los conocimientos.

Se hará un seguimiento de las distintas posturas doctrinales en torno al comienzo de la vida humana, para luego determinar cuál es el “status jurídico” del embrión de acuerdo a nuestra legislación.

Las resoluciones judiciales evidencian la falta de un marco normativo acorde a los conflictos existentes. En ese contexto, el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial no parece ser la solución esperada por los juristas del país y población en general.

Fecundación in vitro y Transferencia de embriones – Teoría de la Concepción y de la Anidación o Implantación – Dignidad de la persona humana - Derecho fundamental a la vida – Protección del Derecho Internacional

Introducción

Los avances científicos y el dinamismo en la tecnología no siempre están acompañados de las soluciones legislativas y jurídicas. La ciencia no se detiene y el derecho no puede permanecer ausente e ignorar la realidad imperante. Las técnicas de reproducción humana asistida son un claro ejemplo del avance de la biotecnología en el mundo.

A su vez, dichos progresos científicos y tecnológicos marchan a una velocidad que difícilmente puede emparejar la reflexión ética y menos aún la jurídica. Surge a la luz de esas “velocidades no convergentes” entre conocimiento científico, necesidades humanas, ética y derecho un dilema a enfrentar en el presente trabajo.

En ese contexto se dan dos tesis opuestas: una defiende que la investigación científica debe ser ilimitada, solo existe el interés de la ciencia, por tanto, no admiten oír hablar de límites en el terreno de la investigación y experimentación; otra opina que la comunidad social tiene la obligación de acompañar los progresos científicos y, cuando constate que, sobrepasando ciertos límites de investigación, pueden acarrear graves inconvenientes para nuestra especie, ha de gozar atribuciones para detener su desarrollo.¹

En la actualidad, también en la República Argentina este tipo de operaciones se han venido desarrollando en los últimos años a pasos acelerados, a pesar de no existir una normativa específica que establezca límites en la creación de embriones, y a su vez pueda servir para brindar respuestas a los conflictos y situaciones que vayan surgiendo como consecuencia de dichas prácticas. El derecho debe ir encauzando el empleo de estos métodos en base a sus propios principios fundamentales, a fin de que sean utilizados en bien de la humanidad toda.

Así, el principal problema a plantear en torno a este tipo de técnicas, está vinculado a poder identificar cual es el “status jurídico” del embrión, teniendo en consideración la legislación Argentina e incluyendo en el análisis el proyecto de reforma y unificación de Código Civil y Comercial.

¹ Juan Pablo II, en un discurso pronunciado el 4 de Diciembre de 1982, afirmaba: “Uno de los más grandes riesgos a los que está expuesta nuestra época es el divorcio entre la ciencia y la moral, entre las posibilidades que ofrece una tecnología proyectada hacia metas cada vez más sorprendentes, y las normas éticas que emergen de una naturaleza cada vez más descuidada”.

entre las posibilidades que ofrece una tecnología más sorprendente y las normas éticas que emergen de una naturaleza mas descuidada”.

En una línea opuesta, el científico Peter Singer sostiene en el intento de justificar las experimentaciones sobre embriones humanos: “Una vez que uno se ha liberado de un mundo dependiente específicamente de concepciones religiosas, puede perfectamente admitir que el embrión de los primeros días no tiene ningún derecho a la vida”.

Ambos citados como partidarios de las opiniones por Basso, Domingo; Nacer y Morir con dignidad; Lexis Nexis, Cuarta Edición; Pág.70.

El comienzo de la existencia de la persona aparece como determinante para el nacimiento de los derechos fundamentales e inviolables de la persona humana. Y el caso contrario, al no admitirse su existencia como persona, entonces quedará abierta la posibilidad que puedan llevarse a cabo distintas manipulaciones, incluida la destrucción del embrión. Esta determinación resulta de gran importancia, ya que la definición del momento en que se considera que existe una persona por nacer, resulta clave para el cumplimiento del objetivo principal.

En nuestro país, el debate jurídico se desarrolla partiendo de dos posturas extremas entre las cuales se hallan otras. La base son los distintos criterios médicos predominantes en la actualidad. Es por esto que decimos que el enfoque se da en un marco interdisciplinario.

Superado el obstáculo de la determinación de su status, se podrán resolver las demás situaciones que se vayan generando como consecuencia de dichos procedimientos. Entre ellos podemos mencionar el congelamiento de embriones, número de embriones a implantar, su utilización con fines de experimentación o con finalidades médicas, falta de consentimiento de uno de los donantes de gametos para la implantación del embrión en la mujer y la posibilidad de adopción de embriones.

La necesidad de un marco normativo específico en el país, que permita dar definiciones y aportar claridad a las disputas que van apareciendo con el paso del tiempo es de vital importancia. Veremos como las distintas situaciones fueron resueltas a la fecha recurriendo a interpretaciones del Código Civil conforme a la realidad imperante y por medio de los distintos Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional. Vélez Sarsfield no podía prever, en el momento de redacción del Código, la posibilidad de la concepción extracorpórea. Es por ello que tanto la doctrina, como la jurisprudencia llevan a cabo una interpretación actualizada, en base a cuál fue verdaderamente la intención del legislador.

Ante esta situación, el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación hoy en debate parlamentario, trae en su artículo 19 una norma específica para intentar brindar definiciones concretas. Sin embargo dicha disposición no logro el consenso nacional en el tema, y pasó a ser uno de los más controvertidos en doctrina. El centro de discusión pasa por determinar si existe una asimetría o no, en la determinación de la existencia de la persona humana conforme a la redacción de dicho artículo, al distinguir entre las técnicas de reproducción asistida y la fecundación natural.

Para poder cumplir el objetivo, el trabajo estará dividido en dos partes. En primer lugar se expondrá un marco teórico, que va a contener una serie de reflexiones éticas respecto de las técnicas de fecundación in vitro, y el desarrollo de las distintas

posiciones científicas que determinan a partir de qué momento se considera que hay vida.

La segunda parte estará dedicada al esclarecimiento del objetivo principal. Se va a proceder a analizar el marco normativo actual para poder determinar cuál es el “status jurídico del embrión”. Por su parte, se llevará a cabo un seguimiento jurisprudencial en la materia, tanto de fallos de la Corte Suprema de Justicia como así también de tribunales inferiores. Resulta necesario e imprescindible para la determinación de dicho status, un análisis del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial que brinda algunas definiciones en el tema, con las consiguientes críticas que se le presentan y las posturas de quienes lo defienden.

Para finalizar se argumentará sobre la necesidad de contar con una legislación específica, justa y equitativa que pueda brindar soluciones a todos los conflictos que puedan suceder y que de alguna manera pueda acompañar los grandes avances tecnológicos en la materia.

"... una vez que ya existen los embriones, éstos merecen todo el respeto como personas, como sujetos de derecho que son. Sus vidas constituyen un bien jurídico autónomo, que exige ser protegido, independientemente de que hayan tenido su origen en una concepción extra – uterina. Esto implica que deben adoptarse todas las medidas a fin de favorecer su adecuado desarrollo...".

Andorno, Roberto, "El derecho a la vida: ¿Cuándo comienza?", en ED, 131-904.

Marco Teórico

Comenzaremos brindando algunas definiciones científicas para una mejor comprensión del proceso de reproducción. Del estudio de la técnica de fecundación in vitro surgirán distintas problemáticas éticas que serán resueltas en el título siguiente. Aclarado dicho panorama, quedará abierto el camino para analizar las distintas posturas médicas y jurídicas que determinan el comienzo de la vida humana.

Parece necesario distinguir entre inseminación artificial (en la cual los gametos se fusionan natural y espontáneamente, aunque hayan sido introducidos artificialmente en el aparato reproductor interno de la mujer) y la fecundación artificial o in vitro (en la cual la fusión de los gametos, artificialmente obtenidos, se logra, también artificialmente, en laboratorio).

En la actualidad existen dos tipos de fecundaciones artificiales o in vitro: Por un lado la fecundación artificial homóloga practicada entre miembros de una pareja; y heteróloga que es la efectuada con gametos de donantes.

Teóricamente el procedimiento de la fecundación in vitro es simple; consiste en realizar en un laboratorio lo que sucede ordinariamente en el interior de las trompas de Falopio, vale decir, la fecundación y las primeras etapas del desarrollo embrionario. Para poder llevar a cabo la técnica se extraen en primer lugar los gametos ya sean de los pacientes o de los donantes, y una vez hechas todas las verificaciones en la mujer y en el varón, se da comienzo al proceso. En el caso de la mujer no siempre se espera la ovulación espontánea, se prefiere entonces guiar e inducir la ovulación con un tratamiento farmacológico por la que se pretende producir una ovulación múltiple a fin de extraer y fecundar varios ovocitos.

En el procedimiento ordinario el huevo o cigoto resultado de la fusión de los gametos (óvulo y espermatozoide) comienza rápidamente a llevar a cabo su subdivisión celular para dar origen a un embrión de dos, cuatro, ocho, dieciséis, treinta y dos células. Después de permanecer unos pocos días en la trompa emigra hacia la parte interna del útero donde deberá iniciar su implantación alrededor del día 7 después de la fecundación, iniciándose el embarazo. El embrión una vez superado el estadio de división denominado mórula, pasa al de blástula que es en dicho estadio cuando se produce la anidación. Con respecto a las experiencias de FIVET, si el

embrión supera dicho estadio de blastocisto en su desarrollo in vitro, pierde la capacidad de implantación.

En las técnicas de fecundación in vitro y transferencia de embriones si bien son varios los embriones transferidos, se desea que solamente uno, o a lo sumo dos, se implanten y los demás sean expulsados o abortados. En todos los casos se manipulan numerosos embriones humanos. Aún en el caso de que todos los obtenidos sean transferidos al útero materno y no sean congelados o simplemente descartados, queda todavía en pie el problema del porcentaje de fracasos, previsto por la ciencia y corroborado por las estadísticas. En efecto, generalmente se procede a la fecundación de varios embriones porque el porcentaje de anidación y de embarazo es muy bajo (aproximadamente 2 o 3 de cada 10); y por esto, para garantizar el resultado positivo se hace una “provisión” de varios embriones disponibles para poder repetir el intento en caso de fracaso.

El primer éxito se obtuvo hace apenas treinta y cuatro años. En 1978, el equipo de investigación formado por los Drs. Patrick Steptoe, ginecólogo, y Robert Edwards, fisiólogo de la Universidad de Cambridge anunciaron el nacimiento de Louise Brown, el primer bebé probeta de la historia como fue llamada. Este logro fue precedido, sin embargo, por muchos años de paciente investigación de laboratorio y múltiples experimentos realizados sobre animales y también sobre el hombre, como se supo después.

Fueron los primeros éxitos finales de una larga serie de investigaciones y ensayos fallidos, en los cuales se sacrificaron numerosos embriones, en cantidad no declarada; pero como es fácil suponer, muy alta. Los ensayos se fueron repitiendo a velocidad vertiginosa y en distintos países.

Desde el punto de vista científico-técnico, la FIVET (Fecundación in vitro y transferencia de embriones) ha permitido obtener embarazos en parejas cuya esterilidad parecía definitiva pero, además, ha hecho progresar el conocimiento de los mecanismos de reproducción.

Si bien lo dicho hasta aquí es cierto, también hay que aclarar que la FIVET ha abierto las puertas a técnicas por las cuales el hombre está intentando conquistar un dominio absoluto e incondicionado sobre su propia fecundidad. Puede que la FIVET se haya propuesto una intención altamente humana y apreciable, pero por encima de las intenciones, la tecnología tiene su dinámica propia y ha abierto también ulteriores posibilidades de rebajamiento del embrión humano.²

² Domingo M. Basso; Nacer y morir con dignidad. Estudios en Bioética Contemporánea; Lexis Nexis. Cuarta Edición; Pág.166.

Ética de la Fecundación Asistida.

Fecundación significa e implica activar un nuevo ser, un nuevo individuo; cuando se trata del hombre, la fecundación es sinónimo de procreación.³

Entendemos que existe un orden de valores independiente de la inteligencia humana. Toda acción, todo grado de saber, toda iniciativa deben estar subordinados al desarrollo integral del hombre y a su perfeccionamiento. Se procede en algunas ocasiones dentro del campo de la investigación, bajo la consigna de no subordinar a nada el progreso de la humanidad.⁴

El objeto de la ética es el hombre y su comportamiento, y el hombre es un valor supremo, superior a cualquier otro valor proporcionado por otra ciencia y otra técnica, pues posee una dignidad intrínseca. Como veremos más adelante, la dignidad de persona- apreciada en sentido jurídico- se convierte en fundamento de todos los demás derechos. El hombre ha de ser el destinatario final de todos los esfuerzos en el campo de la investigación y de la tecnología.

Las alarmas respecto a las técnicas de reproducción asistida se han podido dividir en dos categorías. Por una parte, los posibles efectos de desviaciones de la técnica respecto al primer objetivo propuesto: evitar diversas formas de infertilidad. Por otra, la procreación de niños por motivos diversos a su propia existencia, como los hermanos creados para ejercer como donantes de algún hermano mayor.

En relación con la primera categoría el problema ético que se plantea es el siguiente: ¿Hasta qué punto el acto médico (la intervención del médico o del biólogo) tiene un carácter terapéutico, y hasta qué punto se convierte en un acto sustitutivo y de manipulación?

Desde el punto de vista de la bioética lo verdaderamente importante no es el avance de los conocimientos, sino su utilización. Cuando se propone la subordinación de las ciencias a la ética de ninguna manera se intenta confundir el campo y los objetivos de ambas disciplinas; es la conducta-elemento puramente ético- del científico y de la manera como usa-acto eminentemente moral- de sus investigaciones y descubrimientos lo que tenemos en vista.

³ Elio Sgreccia; Manuel de Bioética. Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud; Editorial Diana. Año 1999; Página 395.

⁴ El científico Edward, R.G afirma que: "Los beneficios que pueden provenir, sobrepasan toda objeción de conciencia al estudio de los embriones in vitro. La necesidad de conocer es mayor que el respeto que se ha de conceder a un embrión precoz. Los beneficios a obtener podrían ser grandes, quizás más de cuanto hoy se sabe, porque el trasplante podría combinarse con transfixiones de genes en los embriones a fin de reparar defectos genéticos". Citado por Domingo, Basso; Nacer y Morir con Dignidad; op. cit; Pág. 253.

Aunque fuese muy noble la finalidad perseguida, todavía queda en pie la cuestión de los límites éticos a los cuales deben sujetarse las manipulaciones, sobre todo cuando se practican, sin escrúpulos de ninguna especie, en el mismo terreno de lo humano. Es evidente que el deseo procreador de las mujeres o de una pareja es un valor que merece ser cuidado, como es también un valor la defensa de los intereses de los que van a nacer mediante procreación artificial o en líneas generales, que todo el procedimiento de la fecundación asistida se lleve a cabo según los correctos protocolos médicos y respetando totalmente un principio que todos compartimos, como es el cuidado de la salud. Hay que decir que por medio de este proceso se desea traer al mundo una vida, un ser humano, un portador de identidad humana propia.⁵

En la fecundación asistida, por muy grande que sea el deseo psicológico de una pareja estéril de tener un hijo, la despersonalización del procedimiento empobrece el significado mismo de la procreación, prueba de esto es la frecuente búsqueda de la pareja de mantener máxima intimidad en relación al procedimiento.

Se debe establecer una diferencia entre la experimentación con fines inmediatamente terapéuticos y la experimentación con una finalidad meramente investigativa, sacrificando seres humanos sanos a fin de prevenir o curar enfermedades de otros individuos en el futuro.

Por estas razones el problema de la identidad y del estatuto del embrión adquiere el valor de un problema bioético específico y fundamental.

Debemos partir de la base que la denominada fecundación asistida no podrá nunca considerarse un hecho privado, porque su carácter inevitablemente procedimental la torna constitutivamente pública. Consecuencia de esto es la constitución de los comités de bioética, por medio de los cuales se acepta que la moral, al menos en una de sus dimensiones (la ética de la vida) ya no puede considerarse un hecho estrictamente privado, sino que adquiere como dijimos relevancia pública y exige ser sometida a debate. Dichos comités son la prueba de que los problemas de nacer, vivir y morir son conflictos que el individuo no puede afrontar en soledad, porque no son problemas que atañen a un solo individuo, sino a toda la familia humana.⁶

⁵ Francesco D'Agostino; Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho; Ediciones Internacionales Universitarias Madrid. Año 2003; Pág.120.

⁶ La fecundación asistida obra sobre los cuerpos, actúa a diversos niveles de sofisticación tecnológica, pero siempre intencionalmente, de forma invasora, a través de recursos de múltiples competencias profesionales, que encuentran la justificación de la salvaguarda de ese bien fundamental que es la salud de la persona. Definir la FA como acto médico, implica deslegitimar cualquier intento de hacerla reducible a una esfera privada. Así lo entiende el autor Francesco D'Agostino en el libro oportunamente citado.

Como adelantamos al comienzo uno de los mayores cuestionamientos que aparecen es la aceptación social de que la mera posibilidad de tener como finalidad la experimentación o la investigación a través de actos médicos, sea suficiente para justificar su practicabilidad. La relevancia de la tecnificación de la procreación humana reside en la sustitución del propio concepto de procreación por el de producción, aunque sea con un fin benéfico.

El médico que debe curar la esterilidad no actúa únicamente en la prefiguración de quien podría nacer una vez vencida la esterilidad; su objetivo es ante todo específicamente médico y cuando se arriesga a tanto, el nacimiento del niño representa la victoria de la medicina contra la enfermedad. Cuando, al contrario, la referencia a la esterilidad está a priori excluida del discurso, el nacimiento del niño no parece ya una victoria de la medicina, sino una demostración concreta de cómo, gracias a la tecnología y a sus triunfos, una voluntad subjetiva consigue encontrar la vía para la propia afirmación. De esta manera será muy difícil encontrar límites ulteriores a la realización de estas prácticas experimentales con las consecuencias que ello acarrea.

Parece oportuno jurídicamente, además de éticamente indispensable, que todas las prácticas de fecundación asistida se pongan en marcha de forma tal que protejan del mejor modo a todas las personas implicados en el proceso (incluidos los embriones). Así pues, la defensa de este valor se convierte casi en un presupuesto lógico en todos los procesos subsiguientes.

La Dignidad: Principio Bioético

¿Por qué no es justo (en el sentido de que no es bueno: moralmente lícito) hacer todo lo que la ciencia y la tecnología nos permiten (cada vez más)?

La respuesta que se suele dar a esta pregunta siempre hace referencia, implícitamente o explícitamente, al principio de la dignidad; es precisamente en nombre de la dignidad humana que la bioética logra a veces decir que no, incluso en casos en los que es sumamente consciente de que este no podría llegar a cambiar el curso de las cosas. El hombre con su dignidad que le es intrínseca aparece como un límite en el terreno de la experimentación.⁷

Todo depende del modo como se utilicen esos extraordinarios descubrimientos. No es el progreso de la ciencia lo temible, sino el empleo técnico de

⁷ De acuerdo a PIO XII existen ciertos principios que deben regir toda experimentación: "Que la experimentación sea razonable y no realizable de otra forma, debe evitar todo sufrimiento y todo peligro innecesario, es necesario que no entrañe peligro de muerte o invalidez perpetua y los riesgos no deben exceder el valor eficaz real". Citado por Basso, Domingo; Nacer y Morir con dignidad; op. cit; pág. 188.

lo descubierto por ella.⁸ De todos los principios, punto de partida y fundamentos de la bioética, el primero es el que atañe a la idea del hombre y su realidad. La idea fundamental reside en que la criatura humana no pueda ser tratada como un mero animal. La moral no es una ciencia evolutiva. Mientras la moral atiende a la esencia del hombre y mientras ésta no cambie, existirán normas morales inmutables correspondientes a dicha esencia, por ser ella precisamente la inmutable.

La exigencia de la dignidad humana, es que el hombre sea aceptado por él mismo. En su traducción jurídica, las referencias a la dignidad proceden fundamentalmente de las constituciones de la postguerra. El horror (ante los actos cometidos por quienes no daban a la vida humana singular un valor más que instrumental) provocó la reacción de reconocer un derecho amenazado fundamentalmente por las fuerzas que manipulaban los Estados.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

También los pactos Internacionales de Derechos humanos: uno de derechos civiles y políticos, y otro de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por las Naciones Unidas en 1966, al referirse a la base de dichos derechos afirman que: “Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”. Tal cual lo afirman estos pactos, la dignidad no podemos contemplarla como un derecho concreto sino como un principio que informa todo el ordenamiento. La elevación de la dignidad a las declaraciones universales y regionales, que de forma optimista se pensaba que forjarían el nuevo orden de postguerra, tenía como propósito desposeer al legislador de la capacidad de volver a definir una legislación indigna.⁹

La dignidad de esta manera, sería una norma de conducta y límite del ejercicio de los derechos, imponiendo dos direcciones. Una positiva, por la que el hombre debe procurar el máximo respeto a la dignidad de las personas que con él se relacionan, y otra negativa, en cuanto la dignidad de los demás operará como límite al ejercicio de sus derechos.

En el caso de las técnicas de reproducción humana asistida el problema no sería el medio sino el hecho de que el medio, en sí, convierte al sujeto en manipulado,

⁸ Francesco D' Agostino; Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho; op. cit; Página 59.

⁹ J.M. Serrano Ruiz- Calderón; Retos Jurídicos de la Bioética: Ética y Sociedad; Ediciones Internacionales Universitarias Madrid. Año 2005; Pág. 178.

en medio a su vez del deseo de ser padres. En algunos casos un deseo actual se impone a un derecho futuro.

Para favorecer la práctica se ha creado un nuevo estatuto, el del embrión antes de la implantación, que lo reduce a objeto de laboratorio, con una mínima protección jurídica. Esto es así ya que la negación del estatuto humano del embrión o por mejor decir, la redefinición de la vinculación entre ser de la especie humana y ser persona, es imprescindible para favorecer una más libre aplicación de las técnicas de reproducción asistida. El resultado es una protección del embrión no transferido, también llamado preembrión, inferior a la concedida al embrión que ya fue implantado lo que lo convierte en un mero instrumento de producción-consumo, sea en investigación, sea en fines extraños a él.¹⁰

Gracias a dichos procedimientos se ha podido investigar sobre embriones humanos, de una forma incompatible con el reconocimiento de cualquier asomo de dignidad. Ninguna vida humana es, en sí misma, despreciable; aún cuando en los aspectos físicos, anatómicos o biológicos se tratara de una existencia precaria.

Fundamentos Antropológicos.

Antes de analizar las diferentes posturas acerca del comienzo de la existencia del ser humano, nos parece útil tener en cuenta algunas definiciones sobre que se entiende cuando nos referimos a la persona.

La definición de persona, recibida tradicionalmente, se remonta a Boecio: Sustancia individual de naturaleza racional. La primera y gran ventaja de esta definición sobre todas las otras que se le puedan contraponer, es el sumergir las raíces de la persona en el ser.¹¹

Santo Tomás profundiza el contenido metafísico de la definición y la perfecciona. Una sustancia es propiamente un ser, es decir, “aquello que existe en sí mismo y por sí mismo” o “aquello que subsiste por sí mismo y no en otro”. La persona es una sustancia completa, es decir materia y forma, un sujeto, supuesto o hipóstasis, de una determinada naturaleza, o sea una realidad que subsiste, o bien que existe por sí, pues no está en otra.

Santo Tomás no hará derivar la dignidad de la persona humana solamente de la intelectualidad o racionalidad de la naturaleza del hombre. En ese sentido afirma: “La personalidad en tanto pertenece necesariamente a la dignidad y perfección de una cosa en cuanto que a la perfección y dignidad de esa cosa le pertenezca el existir por

¹⁰ J.M. Serrano Ruiz-Calderón. Retos Jurídicos de la Bioética: Ética y Sociedad; op. cit; Pág. 154.

¹¹ Blasi, Gastón Federico; Publicación: “¿Cuál es el estatus jurídico del embrión? Un estudio multidisciplinario”; Página 8 y 11.

sí misma(...) El modo de existir que importa la persona es el más digno, a saber, que algo sea existente en sí y por sí".¹²

Poner el constitutivo formal de la persona en la racionalidad o en la conciencia de sí, es perder el sentido del ser. La persona, en realidad, es un ser de naturaleza racional, pero no es su razón. El ser humano, sin su dimensión corporal, es incapaz de desarrollar vida racional, por ende, la racionalidad no es constitutiva de la persona. Si el constitutivo formal de la persona fuese esta propiedad esencial, el ser humano no sería siempre persona, dado que los atributos de la individualidad humana cambian en el transcurso de cada vida humana, pudiendo considerárselos en algún momento en potencia, pero no siempre en acto. Además, como son poseídos en distintos grados, según los individuos y las diferentes circunstancias individuales, habría entonces distintas categorías de personas.

Desde una perspectiva biológica, los miembros de la especie humana compartimos la misma naturaleza y, en consecuencia, la estructura genética. En efecto, esta última, sin importar las transformaciones que el proceso evolutivo sufre, es transmitida de generación en generación y, por ende, sirve como pauta para reconocer la igualdad estructural entre todos los miembros de la especie. El grado de individualidad de todo sujeto humano "es tan elevado que, sin romper con la naturaleza común, cada ser humano es un ejemplar único, no solamente desde el punto de vista físico, sino y, en mayor medida, por la parte más íntima de su ser, su espíritu." Esto se debe a que el ser humano es un ente espiritual.

El valor de la persona, en cierto sentido, constituye el valor fundamental, precisamente porque sobre la vida física se apoya y se desarrollan todos los demás valores de la persona.

Buscar definir a la persona identificándola con su genoma humano, implicaría reducirla a su información genética. La persona es mucho más que una mera combinación de elementos químicos. Si la persona fuese lo mismo que sus genes, quienes tuvieran una mejor información genética serían más persona que quienes tuvieran un gen defectuoso, lo que no es el caso. Por lo tanto, no sólo la persona no debe ser reducida a sus genes, pues la individualidad genética no es el único elemento que la caracteriza como tal, sino que tampoco debe ser disminuida a su capacidad racional, dado que no es su única característica definitoria.

El comienzo de la vida Humana

Datos actuales de la ciencia.

¹² Domingo. M Basso. Estudios en Bioética Contemporánea: Nacer y morir con dignidad; op. cit; Página 166 y 167.

El objeto de los siguientes títulos es poder brindar información médica y científica actualizada que sirva de apoyo y fundamento para las posturas que se expondrán adelante.

Durante la vida embrionaria, al formarse los ovarios de la mujer, se instalan en ellos las células germinativas conformando los oocitos primarios. A partir de la pubertad los oocitos primarios despiertan de su estática y maduran, en cualquiera de los dos ovarios indistintamente, una vez por mes. Los óvulos carecen de movilidad propia y son vehiculizados por la misma trompa en dirección al útero. Un óvulo vive en estas condiciones veinticuatro horas o un poco más, y se desintegra si no es fecundado.

En el varón se instalan las células germinales en los esbozos de los testículos y constituyen los espermatogonias. La pubertad activa el desarrollo de las espermatogonias para que formen los espermatozoides. Los espermatozoides van adquiriendo movilidad propia.

La especie humana es de fecundación interna, es decir, los gametos o células reproductoras, óvulo y espermatozoide, realizan su encuentro en el interior de aparato genital femenino. La fusión del óvulo materno y del espermatozoide paterno da origen al huevo o cigoto, célula única, autónoma, distinta del padre y de la madre, de la cual se formarán todos los órganos del nuevo ser en desarrollo.

En el proceso de gestación se denomina embrión al organismo durante los primeros estadios del desarrollo, que en la fase humana se admite que dura desde la fecundación, con la formación del cigoto, hasta las seis semanas en que pasa a llamarse feto.

A partir del "Informe Warnock" emitido en 1984, se da el nombre de preembrión al embrión antes de completar la anidación, en un período de tiempo que llega hasta los catorce días. Hay que decir que la anidación se produce mediante un ingeniosísimo mecanismo de la naturaleza, el cual se produce por obra del mismo cigoto, el cual produce diversas enzimas para hacerlo posible. Una vez producido el anidamiento, comienza el embarazo o gestación, ampliamente descritos por los especialistas en la actualidad.

Estructura del embrión humano.

Uno de los éxitos mayores de la moderna biogenética es el descubrimiento de los cromosomas y de los genes. Hoy, ya se sabe que cada célula del cuerpo humano contiene una información completa del capital genético, del cual sólo utiliza una pequeña parte. Esta información está contenida en 23 pares de cromosoma que comprenden un número considerable de genes.

Estos genes, cuyo conjunto constituye el patrimonio hereditario, son fragmentos, de mayor o menor tamaño, de ADN.

Es un dato definitivamente confirmado por la biogenética actual y ampliamente divulgado a raíz de las múltiples experiencias de fecundación artificial extracorpórea o in vitro, que en el momento de fundirse los gametos masculino y femenino cada uno de ellos aporta un determinado número de cromosomas con sus respectivos genes.

En el caso de la especie humana, cada uno de los gametos aporta 23 cromosomas, de los cuales 22 son homólogos y uno heterólogo o determinante del sexo constitutivos de una nueva célula de 46 cromosomas (cigoto).¹³ Como veremos más adelante esta es la razón fundamental por la cual distintos doctrinarios y científicos sostienen que la vida humana comienza en ese momento.

En ese sentido los gametos, óvulos y espermatozoides, son las dos únicas células humanas en poseer, por una transformación previa, solo 23 cromosomas.

El cigoto es una célula diversa a las de los dos gametos que contribuyen a su formación. Se ha de agregar que en esos 23 pares de cromosomas está encerrado el código genético donde se encuentra totalmente programado el ser.

Análisis de las distintas posturas doctrinarias

Para poder determinar el status jurídico del embrión será de gran interés el examen de las distintas teorías científicas y jurídicas que intentan establecer cuándo comienza la existencia de una persona y desde qué momento entienden que hay vida.

No cabe duda sobre la necesidad de precisar el momento del inicio de la vida humana, por cuanto ello determina la vigencia de la personalidad jurídica y la calidad, por ende, de sujeto de derecho. Para establecer el estatuto del concebido debemos conocer cuándo nos hallamos en presencia del individuo humano. Para ello es conveniente partir del dato biológico. Precisar a partir de qué momento comienza el proceso vital de desarrollo. El estatuto biológico es el fundamento del ontológico y del jurídico.¹⁴

Hasta que los científicos no llegaron al descubrimiento de los gametos (óvulo y espermatozoide) y del mecanismo de su encuentro biológico, las teorías imaginadas no sólo eran muchas y muy diversas entre sí, sino muy poco tenían que ver con la realidad luego descubierta por las ciencias empíricas. Dada la celeridad con la cual

¹³ Domingo. M Basso. Estudios en Bioética Contemporánea: "Nacer y morir con dignidad"; op. cit; Página 45 y 46.

¹⁴ Mónica López Barahona, Ramón Lucas Lucas; El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano; Biblioteca de Autores Cristianos; Madrid; Año 1999; Página 150.-

avanza la investigación, los criterios vertidos en la década del 70 ya quedaron desactualizados en la del 80.¹⁵

Sin embargo el misterio de la reproducción es demasiado complejo y perfecto y cada día la ciencia nos sorprende con nuevos datos, provocando cambios sustanciales. Cabe aclarar que siempre habrá algo evasivo a la experimentación pura. La biogenética puede descubrir el proceso embriológico desde la fecundación hasta el parto, pero no podrá nunca establecer el momento de la constitución de la persona humana. El comienzo de la existencia de la persona aparece como determinante para el nacimiento de los derechos fundamentales de la persona humana.¹⁶

Para poder identificar a partir de qué momento hay persona las distintas teorías centran su interés en intentar precisar cuándo hay vida. El fundamento reside en que la mayoría de los doctrinarios entienden que “si hay vida hay persona”, mientras que por el contrario, “si no hay vida no hay persona”.

El Derecho no instituye, sino que reconoce la personalidad jurídica sobre la base de la existencia de la persona humana natural.

El debate se desarrolla partiendo de dos posturas o propuestas extremas: la primera sostiene sobre hechos juzgados totalmente ciertos por la ciencia, contra los cuales no valen razones, que el inicio de la vida se produce desde la unión de las células germinales; mientras que la segunda entiende el embrión no puede ser considerado ser individual y, por tanto, tampoco persona, hasta cierto grado de su desarrollo. Quienes esto sostienen no se ponen de acuerdo sobre cuál es el grado mínimo necesario, como se advertirá cuando desarrollemos en particular cada una de las tesis.

Para algunas teorías, la individuación no se produce antes del anidamiento. Otras exigen más tiempo.

Hasta 1986, existía un absoluto consenso entre los embriólogos sobre las dos fases esenciales desde la fecundación hasta el embarazo: embrión -desde la concepción- y feto, a partir de dos meses después, cuando la morfología del nonato es como la de un ser humano. A partir de 1986, los biólogos británicos empezaron a cuestionar esta división.

En la práctica, se vieron obligados a hacerlo para justificar un punto de vista extra científico que les convenía: en 1976, el comité ético del Departamento de

¹⁵ En 1978 con el nacimiento de Louise Brown la llamada “primer bebé probeta” los conocimientos respecto de los mecanismos de reproducción fueron incrementándose. En 1984 con el llamado Informe Warnock se intenta lograr la creación de nuevo estatuto del pre-embrión. Es por eso que los hombres de ciencia se muestran cautelosos y raramente presentan sus constataciones como logros definitivos.

¹⁶ Basso, Domingo; Nacer y Morir con Dignidad; op. cit; Pág. 35.

Sanidad y Educación norteamericano, sin referencia alguna a consideraciones biológicas, decretó que se necesitaba un intervalo de 14 días tras la fecundación para que el producto de la concepción adquiriera estatus moral alguno.

Tesis de la Concepción.

Se encuentran autores tales como Bidart, Campos; Borda, Guillermo; Zannoni Eduardo; Barra Rodolfo entre otros, que sostienen que el comienzo de la vida humana tiene lugar en el momento de la concepción, dentro o fuera del seno materno realizando una interpretación analógica del Código Civil.

De esta manera, 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. El nuevo ser comienza a manifestarse tan pronto como queda concebido. Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses, no cambia estos hechos.

Y si el código genético es un hecho incontrovertible, demostrativo de que la nueva vida humana se inicia en la fecundación, consecuentemente el cigoto es un ser distinto de la madre, es decir, individual y autónomo. Esto es simple secuela de un dato aceptado por todos los científicos actuales.

Uno de los científicos más reconocidos en el mundo como Lejeune ha dicho: “El embrión Humano se desarrolla completamente por sí mismo, por la propia capacidad, y posee una increíble vitalidad. Esta vitalidad extraordinaria que permite el desarrollo del embrión humano también fuera de su entorno natural, no es una sorpresa, sino una confirmación de los principios de la biología”.¹⁷

Dentro de la misma postura el autor del libro cita a Davanzo otro importante científico partidario de esta postura repite que la vida humana individual “comienza con la fecundación de óvulo que constituye una nueva realidad biológica distinta de la materna con un patrimonio cromosómico propio. Este pequeñísima célula inicial, llamada cigoto, contiene ya en sí mismo el código genético, o sea la determinación de todo el proceso biológico y psíquico hereditarios.

Tal célula está caracterizada por la totipotencia, es decir, por la posibilidad de subdividirse en partes autónomas, dotadas del mismo código genético.

Para contrarrestar las otras posturas fundamentan que la ausencia del ARN propio, es accidental con relación al principio de la vida humana y al constitutivo de la individualidad personal.

¹⁷ Domingo. M Basso. Estudios en Bioética Contemporánea: “Nacer y morir con dignidad”; Op. cit; Página 52 y 53.

El cigoto no es un ser humano en potencia; es un hombre en acto aunque en pleno desarrollo.

Desde el momento de la unión de óvulo y espermatozoide se constituye una nueva unidad que presenta propiedades que nos revelan la presencia de un ser humano personal:

- *Coordinación*: el desarrollo embrionario, desde el momento de la fusión de los gametos es un proceso donde existe una secuencia e interacción coordinada de actividad molecular y celular que se compone de una cascada ininterrumpida de señales transmitidas de célula a célula. El embrión humano, incluso en sus más precoces estadios, no es y no puede ser una mera agregación de células ontológicamente distintas.

- *Continuidad*: La última función del espermatozoide es fundirse con la membrana plasmática del ovocito. En el momento de la fusión deja de ser un espermatozoide y forma parte de una célula nueva, el cigoto. Desde esa fusión, es siempre el mismo individuo humano que crece autónomamente según un plan rigurosamente definido. Con la fusión de los dos gametos humanos comienza el ciclo vital de un nuevo ser humano.

- *Gradualidad*: La forma final es alcanzada en forma gradual. Esta gradualidad exige una regulación que es intrínseca al embrión, que mantiene permanentemente su identidad, individualidad y unicidad, permaneciendo ininterrumpidamente idéntico individuo, no obstante la creciente complejidad de su totalidad.¹⁸

El *Centro de Bioética* considera que está científicamente comprobado que la vida humana comienza desde la concepción. Desde el momento en que el óvulo (gameto femenino) es fecundado por el espermatozoide (gameto masculino) nace un ser distinto de la madre y del padre, con capacidad de desarrollarse por sí mismo.

El proceso de gestación es gradual, continuo y de coherencia interna, en cuanto conduce necesariamente al nacimiento. De allí que ninguna etapa del desarrollo pueda separarse de las demás y contar con autonomía suficiente como para atribuirle el carácter de iniciador de la vida humana. Todas ellas son el resultado de la anterior y como tales presentan un único punto de partida: la concepción.

Siguiendo una misma línea en el Plenario Académico realizado el 30 de septiembre de 2010, la *Academia Nacional de Medicina* considera:

- 1) Que el niño por nacer, científica y biológicamente es un ser humano cuya existencia comienza al momento de su concepción. Desde el punto de vista jurídico es

¹⁸ Dr. Jorge Nicolas Lafferrere; Secretario Académico de la Pontificia Universidad Católica Argentina; Director General del Servicio a la Vida del Movimiento FUNDAR; Publicación Universitaria: "El Derecho ante la manipulación embrionaria"; Pág. 4.

un sujeto de derecho como lo reconoce la Constitución Nacional, los tratados internacionales anexos y los distintos códigos nacionales y provinciales de nuestro país.

2) Que destruir a un embrión humano significa impedir el nacimiento de un ser humano.

3) Que el pensamiento médico a partir de la ética hipocrática ha defendido la vida humana como condición inalienable desde la concepción. Por lo que la Academia Nacional de Medicina hace un llamado a todos los médicos del país a mantener la fidelidad a la que un día se comprometieron bajo juramento.

4) Que el derecho a la "objeción de conciencia" implica no ser obligado a realizar acciones que contrarían convicciones éticas o religiosas del individuo (Art.14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional).

Por su parte, la Asociación Médica Mundial(AMM), fundada en 1992, que esta constituida y financiada por Asociaciones médicas nacionales privadas, instituciones no lucrativas, que representan a más de un millón de médicos cuyo objetivo primordial es el interés del paciente, ha manifestado en sus múltiples declaraciones que la vida humana es desde el momento de la concepción.¹⁹

Cuando el espermatozoide, célula humana masculina que contiene 23 cromosomas y el óvulo, célula humana femenina también con 23 cromosomas, se llegan a unir se forma una célula humana de 46 cromosomas, que pensándolo y meditándolo bien no es una simple célula humana, es un SER HUMANO, una persona que antes, de ese momento, no era, pero en ese preciso momento, empieza a ser. Ahora, la interrogante es ¿Va a ser qué? Pues la respuesta no es otra que un SER HUMANO, porque de esa célula, no va a desarrollarse otra cosa que no sea un ser humano, porque si tomamos el código genético de esa célula, es decir el genoma, no vamos a encontrar otra cosa que no sea el genoma humano, por lo tanto podremos decir que en el momento de la fecundación, concepción, unión de espermatozoide y el óvulo o como queramos llamar, empezamos, a ser nosotros.²⁰

La Iglesia Católica se ha pronunciado desde 1987 diciendo: "El ser humano ha de ser respetado —como persona— desde el primer instante de su existencia... Por lo tanto, el fruto de la generación humana, desde el primer momento de su existencia, es decir, desde la constitución del cigoto, exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual".

¹⁹ Mónica López Barahona, Ramón Lucas Lucas. El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano; op. cit; Página 150.-

²⁰ Doctor José Lou Vega; Revista Alive, Familia; España; Publicación Octubre 2008.

Tesis de la Implantación, Anidación.

Para otros, el embrión no es ser personal hasta la implantación pues resaltan la importancia de esta vinculación entre embrión y la madre como condición necesaria para el desarrollo.²¹

Hasta el momento del anidamiento o implantación, que se produciría alrededor del día 14 después de la fecundación (este supuesto es científicamente inexacto, pues el proceso de la anidación comienza alrededor del día séptimo), no existe en el blastocito verdadera unidad o unicidad, prueba de lo cual es que el embrión en esos estadios todavía podría o bien dividirse y formar gemelos o bien fundirse con otro y otros y constituir una quimera. Según estos autores se habría de distinguir, en el desarrollo del embrión, tres etapas bien diferenciadas: gametos, fecundación, cigoto y anidación, feto. Solamente al final de la segunda etapa se podría hablar de vida humana o personal.

Villée uno de los autores que apoya esta teoría se ha manifestado diciendo que: “Hasta aproximadamente el día 14 después de la fecundación, el cigoto no ofrece ningún indicio de poseer su propio ácido ribonucleico, es decir, no posee su propio lenguaje capaz de transmitir información hereditaria a las células, aunque sí posee su propio ADN, es decir, la totalidad de la información genética”.²²

La idea predominante que se genera como consecuencia de la anidación es la individuación de un nuevo ser, esto significa que sin singularización, no hay persona. Para determinar la individualidad de cualquier ente, deben verificarse dos elementos: la unicidad, es decir la calidad de ser único e irrepetible, y la unidad, o sea ser una sola realidad que se distingue de cualquier otra. No puede tenerse certeza alguna que ambos requisitos se encuentran presentes en el embrión sino hasta el momento en que comienza la preñez, es decir una vez que éste se anida en la pared interna del útero.

Para intentar corroborar estas teorías de los científicos o justificarlas desde otro ángulo, han llegado a distinguir entre lo humano y lo personal, con las consecuencias prácticas de esa distinción utilizada para tolerar cualquier tipo de procedimiento o experiencias con sujetos a quienes, pese a poderse los catalogar como seres humanos, no se les reconocería, sin embargo, la condición de persona y los derechos consiguientes. Así el autor J.F Malherbe sostiene que: “Si la vida orgánica del ser

²¹ Esta postura es adoptada como veremos más adelante por el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial Argentino para determinar el comienzo de la existencia de la personas respecto a los embriones concebidos por medio de las técnicas de reproducción asistida.

²² Tesis defendida por las Dras. Aída Kemelmajer de Carlucci. Marisa Herrera y Eleadora Lamm. Domingo. M Basso. Estudios en Bioética Contemporánea: Nacer y morir con dignidad; op. cit.; Página 50 Y 51.

humano comienza con la fecundación, su vida relacional comienza con el anidamiento (...) desde este momento se puede hablar del embrión como de una persona humana en potencia".²³

Desde el punto de vista jurídico *Bueres* afirma que nuestro sistema jurídico protege a la persona humana que comienza con la implantación en el seno materno. También se ha sostenido que el embrión tiene la potencialidad para convertirse en ser humano, debiendo ser protegido legalmente desde su implantación en el útero de la mujer.

Encontramos autores que exigen la anidación. En tal sentido, *Cifuentes* señala que "el llamado pre-embrión, antes de la anidación, lo que ocurre generalmente pasados los catorce días, es una masa de células sin forma humana reconocible; tiene incipientes posibilidades de implantarse y llegar a término, aunque sea transferido al útero. En ese tiempo o fase, todavía es imposible considerar que tiene desarrollo de un individuo único diferenciado, con vida propia autónoma y cierta."²⁴

Tesis pre-embrión/ Individualidad.

Un primer grupo de opiniones sostiene que hasta el día 14 aproximadamente el embrión no puede ser considerado un "individuo". En tal sentido, se verifican varias fundamentaciones:

A) El embrión sería un simple conjunto de células sin entidad ontológica y simplemente en contacto unas con otras y no podría hablarse de una "individualidad".

B) Una segunda postura, sostenida fundamentalmente por la Dra. A. McClaren afirma que recién con la aparición, hacia el día 14, de la estría primitiva se configura el "cuerpo" del embrión. Esta postura también aparece en el informe Warnock y es la que ha dado origen al término "pre-embrión" para designar al embrión humano desde el momento de la fertilización hasta el día 14 de su desarrollo.

C) Como el embrión hasta el día 14 podría dividirse y formar gemelos, entonces no se puede afirmar que haya "un solo" individuo humano.²⁵

En un texto publicado por la Sociedad Argentina de Medicina reproductiva han manifestado que: "Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona. Según el conocimiento actual se considera: Fecundación: Se denomina fecundación al proceso que se inicia con la

²³ Mónica López Barahona y Ramón Lucas Lucas; El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano; op. cit; Página 79.-

²⁴ Krasnow, Adriana N; "Comienzo de la existencia de la persona"; La Ley on-line; Pág. 6.

²⁵ Lafferriere, Jorge Nicolás; "El Derecho ante la manipulación embrionaria"; op. cit; Página 2.-

entrada del espermatozoide al óvulo. En caso de ser normal dará lugar al cigoto. Pre-embrión: Desde un punto de vista biológico, se denomina pre-embrión al estadio evolutivo que se inicia con el oocito fecundado o cigoto y finaliza con la implantación del mismo en el útero materno. [...] Si bien el pre-embrión no es persona actual, es un conjunto celular indiferenciado, con una probable potencialidad de serlo. De esa potencialidad deriva un status diferente”.

Tesis Ausencia Cerebral.

Podemos reseñar la postura de quienes consideran que el embrión no es persona hasta la formación del sistema nervioso central (alrededor de la 8va. semana de gestación): “La vida humana puede ser vista como un espectro continuo entre el inicio de la vida cerebral en el útero (octava semana de gestación) y la muerte cerebral. De todos modos, pueden estar presentes tejidos y sistemas de órganos, pero sin la presencia de un cerebro humano funcional, éstos no pueden constituir un ser humano, por lo menos en sentido médico”. De acuerdo al autor Mori: “Un organismo es persona, sólo después de haber ejercitado una vez la actividad simbólica”.²⁶

Siguiendo esta misma línea en el Seminario Internacional de Bioética del año 2000 realizado en Venecia, el Dr. Peter Singer, en el intento de justificar las experimentaciones en curso sobre embriones humanos, ha propuesto:

“En mi opinión una vez que uno se ha liberado de un mundo dependiente específicamente de concepciones religiosas, puede perfectamente admitir que el embrión de los primeros días no tiene ningún derecho a la vida. De la misma manera que consideramos la muerte cerebral con el fin de la vida humana, deberíamos también considerar el nacimiento del cerebro como el principio de la vida humana.

En efecto, el embrión de los primeros días no posee ninguna de las propiedades mentales que permiten distinguir en general los miembros de nuestra especie de los de otras especies. El embrión de los primeros días no tiene cerebro ni sistema nervioso.”²⁷

Para sostener su teoría este bioético se fundamenta en un hecho científicamente comprobado:

“Los defensores de la noción de potencialidad humana del embrión tendrán dificultad para defender su doctrina. En efecto el embrión llegado al estadio de blastocisto (5 a 7 días después de la concepción) pierde toda su potencialidad. Por lo que se sepa, ningún embarazo se pudo obtener a partir de un embrión conservado desde el momento de la fecundación hasta el estadio de blastocisto en un laboratorio. Tales blastocistos han sido transferidos en úteros pero nunca pudieron implantarse en ese estadio, porque habían perdido la capacidad de hacerlo.

La característica mínima que permitiría conceder al embrión la posibilidad de hacer valer sus derechos es la capacidad de sentir dolor; hasta ese estadio de su desarrollo, nada puede provocarle dolor”.

²⁶ Mónica López Barahona y Ramón Lucas Lucas; El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano; Op. cit; Página 78.-

²⁷ Dr. Peter Singer: Director del Centro de Bioética Humana, de la universidad de Monach, Melbourne (Australia); citado por Domingo. M Basso; Estudios en Bioética Contemporánea: Nacer y morir con dignidad; Op. cit; Página 73.

Tesis de la viabilidad.

Tiene su fundamento en la postura de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso "Roe vs. Wade". Establece una suerte de división en trimestres del desarrollo prenatal del ser humano a los fines de su protección. Se afirma que hasta el final del primer trimestre el profesional de la salud, en consulta con su paciente, es libre para determinar, sin ninguna regulación del Estado, que, en su juicio médico, se debe terminar con el embarazo de su paciente.

El otro momento en que el Estado tiene "interés sustancial" como para limitar el derecho a abortar es el momento de la viabilidad y ello por cuanto desde entonces "el feto presumiblemente tiene la capacidad de vida útil fuera del útero materno. De esta forma el feto se vuelve viable cuando se encuentra potencialmente apto para vivir fuera del útero de la madre.

Se limita a verificar si puede sobrevivir y recién entonces le garantiza protección jurídica.

Desarrollo

Por medio del estudio de la legislación argentina en su conjunto, incluyendo especialmente el nuevo proyecto de reforma y unificación del Código Civil Comercial, la doctrina nacional y extranjera y del análisis de la jurisprudencia, se propone identificar cual es el status jurídico del embrión creado a partir de las técnicas de reproducción asistida y cual será su status en el caso que aquél proyecto resulte finalmente aprobado.

Una vez determinado ello, el siguiente objetivo será fundamentar la necesidad de contar con un marco legislativo adecuado que pueda dar solución a los conflictos existentes y a aquellos que se vislumbran en un futuro.

Marco Normativo Actual

Nuestro Código Civil actual legisla en su Libro Primero, Títulos II, III y IV respecto de las personas de existencia visible, las personas por nacer y de la existencia de las personas antes del nacimiento.

Entre los artículos más importantes en lo que a nuestro tema interesa encontramos el *Art. 51* que define a las personas de existencia visible de la siguiente manera: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”.

Dando una definición aún mas precisa de cuándo se considera que existe persona, el *Art. 63* establece: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.

Y por su parte, el *Art. 70* dispone: “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 nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”. De esta manera, nuestro Código sigue al Esbozo de Freitas y aunque no define qué se entiende por concepción, no puede sino entenderse en el sentido de haber sido asimilada a fecundación. En el art. 221 del Esboço se disponía que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido”. Cabe señalar que dicha normativa se apartó de la legislación francesa, pues para el Código Napoleón, la vida de las personas comienza con el nacimiento.²⁸

²⁸ Sambrizzi, Eduardo A; “Sobre el comienzo de la existencia de la persona”; Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires; Año 2012; IJ-LXVI-392.-

Si bien la concepción extracorpórea se aparta de lo dispuesto en los artículos 63 y 70 del Código Civil; realizando una interpretación analógica —conforme a lo dispuesto en el artículo 16—, se permite su inclusión. Este criterio fue aprobado en el despacho por mayoría de la Comisión N°1: "Comienzo de la existencia de la persona humana", en el marco de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Rosario entre los días 25 al 27 de setiembre de 2003: "La existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana". Y junto con este dictamen se aprobó un agregado que dice: "la fecundación se produce con la penetración del óvulo por el espermatozoide".

El fundamento de dichas conclusiones radica en que Vélez Sarsfield no podía prever, en el momento de redacción del Código, la posibilidad de la concepción extracorpórea, de modo que una interpretación razonable conduce a extender la protección jurídica al embrión desde su concepción, donde sea que esta ocurra. Lo dispuesto responde a como fue descrito en la norma la realidad social del momento histórico en que se plasmó, donde sólo era posible la procreación natural. Actualmente, corresponde extender por analogía (artículo 16, C.C.), la aplicación de estas disposiciones al supuesto en que la concepción se logre por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Para demostrar la intención del Codificador de proteger la vida desde la concepción resulta interesante la nota al artículo 63 donde manifiesta que "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"; y a su vez cita el art. 22 del Cód. de Austria, que 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".

Un artículo de nuestro Código Civil que si bien no se encuentra ubicado dentro de aquellos que regulan a las personas en general, pero que resulta de gran importancia para fundamentar el respeto a la vida humana desde la concepción es el Art. 264 que define a la patria potestad y dice: "La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, **desde la concepción** de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".

Uno de los argumentos que se utiliza en los debates respecto a la personalidad jurídica del embrión es que la misma está condicionada a su nacimiento con vida conforme lo dictaminado por el mencionado Art 70 y el Art 74. que dispone: "Si

muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido”.

Sin embargo cabe aclarar que se trata de una ficción legal, se trata de una disposición que no refiere a la “existencia real” ni a la “personalidad” sino que proyecta efectos sobre los aspectos patrimoniales. Este tema fue objeto de discusión específica en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil y, por amplia mayoría, se aprobó un dictamen que dice: “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 sólo a la capacidad de derecho en su faz patrimonial que ella adquiriera durante su etapa de gestación, excluyéndose todo lo vinculado a los derechos extra patrimoniales”.

La reforma constitucional del año 1994, tuvo una importante repercusión en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia por el hecho de otorgar jerarquía constitucional a distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos es de gran interés lo dictaminado por alguno de ellos para poder determinar cual es el status jurídico del embrión actualmente.

El Art. 75. Inc 22 de nuestra Constitución Nacional establece que los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede "tienen jerarquía superior a las leyes". A continuación, en el párrafo siguiente, se enumeran los Tratados, Convenciones y Pactos, a los que expresamente se les otorga jerarquía constitucional: 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 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.²⁹

Dentro de los instrumentos internacionales de alcance constitucional, son de importancia para determinar el comienzo de la existencia de la persona concebida con el auxilio de la ciencia médica, la Convención sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica, reconoce expresamente el derecho a la vida desde la

²⁹ Krasnow, Adriana; “Comienzo de la existencia de la persona”; Publicación Diario La Ley on- line; Página 6.

concepción al establecer en su artículo 4.1. que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente."

A su vez prescribe en su Art. 1.2 que "Todo ser humano es persona". Asimismo, declara que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art.5, inc.1) y que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad (art.11).

Por su parte, *la Convención sobre los Derechos del Niño*, no determinó expresamente el momento a partir del cual hay vida limitándose a manifestar en su artículo 1 que "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". A su vez, en el artículo 6 dispone que "1. Los Estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Por tanto, si bien se determinó con precisión hasta cuando se es niño, queda abierta a la interpretación de cada Estado Parte el inicio de esta etapa de la vida. Nuestro país elimina toda duda al respecto al disponer en el artículo 2 de la ley 23.849 que: "Al ratificar la Convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: Con relación al artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República 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...".

La Convención sobre los Derechos del Niño afirma ya en su Preámbulo que 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento', con lo que está demostrando claramente que la intención del legislador internacional y toda la interpretación del cuerpo normativo de la Convención (ese es el sentido del Preámbulo en cualquier texto legal) es considerar niño al por-nacer, sujeto de derechos y acreedor a la protección legal.

De esta manera toda la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser interpretada, en especial cuando reconoce al niño, y por lo tanto también al por-nacer, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la salud, a la identidad, al conocimiento de sus padres, etc. Especialmente cuando afirma en su art. 3º que en cualquier medida que se tome con respecto a los niños la consideración primordial que se atenderá será 'el interés superior del niño', no el de sus padres, no la elección de la madre, no el interés de la investigación científica.

La Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre Sostiene en su artículo 1 que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a las seguridad de su persona”. Siguiendo esa misma línea *la Declaración Universal de Derechos Humanos* Establece en su artículo 3 que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. En esta misma línea, el art. 6 de la dispone que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En ninguna de dichas normas se efectúa distinción alguna con relación al lugar donde se haya producido la concepción dentro o fuera del seno materno.

Estas normas son derecho internacional vigente y, en particular para la Argentina, son su derecho constitucional.

Analizados ambos instrumentos internacionales, claramente se advierte que apuntan a la concepción en sentido amplio, comprensiva de la que se origina dentro o fuera del seno materno, por medios naturales o con el auxilio de la ciencia médica.

Nótese que cuando se trató la reforma constitucional de 1994 no se creyó necesario incluir una disposición individual en el texto constitucional reconociendo el derecho a la vida desde la concepción ya que ésta se encontraba y se encuentra incluida en la misma Constitución por la vía de las convenciones internacionales.³⁰

Asimismo, en el Art. 75 inc. 23 de la CN se atribuye al Congreso la facultad de legislar y promover medidas de acción positiva 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 humanos, en particular respecto de los niños.

En consonancia con los instrumentos internacionales de alcance constitucional, las constituciones provinciales más recientes reconocen la existencia de la persona física desde la concepción. Constitución de la provincia de Buenos Aires: todas las personas son titulares del derecho "a la vida, desde la concepción hasta la muerte natural" (art.12); Constitución de la Provincia de Catamarca: dentro de los derechos de la niñez, se encuentra "la vida, desde su concepción" (art.65, inc.3º); Constitución de la Provincia de Chaco: se reconoce el derecho "a la vida y a la libertad, desde la concepción" (art.15, inc.1); Constitución de la Provincia de Jujuy: los habitantes gozan del derecho a la vida "desde su concepción" (art. 18, inc.1); Constitución de la Provincia de Córdoba: "La vida desde su concepción, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables" (art. 4) y "Todas las personas en la provincia gozan de los siguientes derechos: ... a la vida desde la concepción" (art. 19, inc.1);

³⁰ Rodolfo Barra; “El Estatuto Jurídico del Embrión. La solución Argentina”; Publicación El Derecho; Pág. 4.

Constitución de la Provincia de Mendoza: "Todo ser humano tiene derecho a la vida desde el momento de su concepción" (art. 5); Constitución de la Provincia de San Luis: reconoce el derecho a la vida desde la concepción y "protege a la persona humana, desde su concepción hasta su nacimiento y, desde éste hasta su pleno desarrollo" (arts. 13 y 49); Constitución de la Provincia de Salta: "La vida desde su concepción es intangible y su respeto y protección es deber de todos y en especial de los poderes públicos" (art. 10); Constitución de la Provincia de Santiago del Estero: se garantiza el derecho a la "vida en general desde el momento de la concepción" (art. 16); Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur: garantiza el derecho a la "vida desde la concepción" (art. 14, inc. 1); Constitución de la Provincia de Tucumán: se garantiza el derecho a "una existencia digna desde la concepción" (art. 35).³¹

Respetando la estructura del Derecho interno, lo dispuesto por el Código Civil debe acomodarse a lo previsto en las normas de jerarquía superior y, en consecuencia, el comienzo de la existencia de la persona, procreada naturalmente o por medios asistidos, comienza con la concepción dentro o fuera del seno materno.

En nuestro país, la Comisión Nacional de Ética Biomédica, creada por decreto Nº426/98, integrada por representantes de distintas disciplinas (profesionales de la Medicina, representantes del Poder Judicial, representantes de los distintos cultos con participación en nuestro país, entre otros), tuvo oportunidad de expedirse sobre el tema, cuando fue convocada por el Ministerio de Salud y Acción Social. La Comisión se reúne el día 30 de setiembre de 1999 y catorce miembros sobre un total de diecisiete sostuvieron que "la vida humana comienza en el instante de la concepción, es decir, cuando el espermatozoide fecunda el óvulo"

La Academia Nacional de medicina en el año 2010 como ya anticipamos también llegó a una misma conclusión, partidaria de la existencia de vida humana desde el momento de la concepción.

El derecho humano a la vida, es el derecho fundamental por excelencia. Se trata en primer lugar, de un derecho cuyo fundamento se encuentra en la existencia misma de todo ser humano, y que por tanto debe ser protegido durante todo el tiempo que subsista dicha existencia, esto es, desde la concepción hasta la muerte.

En segundo lugar, se trata de un derecho que no admite grados: se posee o no se posee, y es por ello que no puede haber excepciones al reconocimiento del mismo.

³¹ Krasnow, Adriana N; "Comienzo de la existencia de la persona"; Publicación La Ley on-line; Página 14.

Finalmente, el derecho a la inviolabilidad de la vida goza de cierta preeminencia frente al resto de los derechos humanos básicos. Esto es así ya que sin vida no puede haber reconocimiento de derecho alguno.

Leyes que protegen al por nacer desde la fecundación

Otras leyes que reconocen este “comienzo” son, por ejemplo, la ley 24.901 que establece el sistema de prestaciones para las personas con discapacidad y en su art. 14 afirma: “La madre y el niño tendrán garantizados desde el momento de la concepción, los controles, atención y prevención adecuados para su óptimo desarrollo físico-psíquico y social”.

También el art. 9 de la ley 24.714 de Asignaciones Familiares dispone: “La asignación prenatal consistirá en el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abonara desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo.

Por su parte, la ley 25.543 establece la obligatoriedad del ofrecimiento del test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana, a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal normal, para dar posibilidad de tratamiento a la madre y a su “hijo por nacer” (art. 3). Finalmente, el Código Penal en su libro II, título I tipifica los delitos contra las personas y dentro de este título, en el capítulo I (delitos contra la vida), se encuentran contenidas las normas que reprimen el aborto.

Jurisprudencia Argentina. Defensa del Derecho fundamental a la vida desde la concepción.

a) “Portal de Belén – Asociación Civil sin Fines de Lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo”. 05/05/02.

La actora, “Portal de Belén Asociación Civil s/ fines de lucro”, promovió una acción de amparo con el objeto de que se revoque la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social, se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gador S.A., cuyo nombre comercial es Imediat., en virtud de considerar y probar que dicho fármaco tiene efectos abortivos.

La actora llega a la Corte por medio de un recurso extraordinario. La que sostiene en su sentencia lo siguiente:

Considerando:

2°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en el caso se encuentra en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (arts. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; 4.1. del Pacto

de San José de Costa Rica; 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2° de la ley 23.849 y Títulos III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil).

3°) Que la cuestión debatida en el sub examine consiste en determinar si el fármaco "Imediat", denominado "anticoncepción de emergencia", posee efectos abortivos, al impedir el anidamiento del embrión en su lugar propio de implantación, el endometrio. Ello determina que sea necesario precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto éste que la cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba.

4°) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario. En este sentido, la disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene 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...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" (confr. Basso, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad" Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas).

5°) Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, premio Nobel de biología señaló: "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades..." (confr. Revista Palabra n° 173, Madrid, enero 1980).

Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos "embrión" o "preembrión", denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (citado en el caso "Davis Jr. Lewis v. Davis Mary Sue", 1° de junio de 1992, Suprema Corte de Tennessee, J.A. 12 de mayo de 1993, pág. 36).

6°) Que en el mismo orden de ideas W. J. Larson, profesor de Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinnati sostiene: "En este contexto comenzaremos la descripción del desarrollo humano con la formación y diferenciación de los gametos femenino y masculino, los cuales se unirán en la fertilización para iniciar el desarrollo embriológico de un nuevo individuo" (Human Embriology; pág. 1: Churchill Livingstone Inc. 1977).

7°) Que asimismo, "es un hecho científico que la 'construcción genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues 'El ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles'" (conf. Salet Georges, biólogo y matemático, en su obra "Azar y certeza" publicada por Editorial Alhambra S.A., 1975, ver págs. 71, 73 y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro "El azar y la necesidad" del premio Nobel de medicina Jacques Monod, causa "T., S." -disidencia del juez Nazareno- Fallos: 324:5).

8°) Que, en forma coincidente con este criterio se expidió, por abrumadora mayoría, la Comisión Nacional de Ética Biomédica -integrada entre otros por un representante de la Academia Nacional de Medicina- a solicitud del señor ministro de Salud y Acción Social con motivo de la sentencia dictada en primera instancia en las presentes actuaciones (fs. 169).

9°) Que según surge del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 el fármaco "Imediat" tiene los siguientes modos de acción: "a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con mediciones hormonales-pico de LH/RH, progesterona plasmática y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación - conejos- se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación" (conf. fs. 112).

10) Que el último de los efectos señalados 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).

12) Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, votos concurrentes).

13) Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa "T., S.", ya citada).

14) Que 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 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".

15) Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce.

Por ello, y lo concordemente dictaminado por el señor Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional -Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica-, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco "Imediat" (art. 16, segunda parte, ley 48). Notifíquese y devuélvase. JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (en disidencia)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (en disidencia)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

b) "Sánchez, Elvira Berta c/Mº J y DD HH - art. 6 ley 24.411 (RESOL 409/01)" 22-05-2007 (T. 330, P. 2304):

Durante el transcurso del último estado de sitio, vivido por la Argentina tras el golpe de estado de 1976, numerosas fueron las víctimas que sufrieron la muerte o desaparición forzada y arbitraria privación de la libertad por parte de las fuerzas de seguridad. A consecuencia de ello, el Estado argentino acordó por ley 24.411, el pago de una indemnización a quienes resultaron víctimas de tales delitos con anterioridad al 10 de diciembre de 1983.

La Sra. Elvira Berta Sánchez inició el trámite ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a fin de que se le concediera la indemnización dispuesta por ley, dado que su hija, Ana María del Carmen Pérez, víctima de homicidio por parte de las fuerzas de seguridad, al momento de su muerte se encontraba cursando su último mes de embarazo.

Si bien el Ministerio de Justicia le concedió el beneficio en relación a su carácter de madre de la fallecida, se lo rechazó respecto a su carácter de abuela del niño por nacer. Entendió que el niño no nacido no llegó a tener existencia visible conforme lo disponen los artículos 54 inc.1, 63, 70 y 74 del Código Civil, razón por la cual no adquirió derechos que pudieran ser transmitidos a favor de sus sucesores.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –órgano de segunda instancia– también rechazó el pedido en base a análogos argumentos, razón por la cual, en mayo de 2007 el pedido llegó ante la Corte.

El máximo tribunal –a diferencia de lo resuelto por los órganos de las instancias inferiores– reconoció el derecho de la Sra. Elvira Sánchez haciendo lugar al pedido de indemnización, entendiendo que la acción prevista por la ley 24.411 no constituía una acción hereditaria. La Sra. Elvira Sánchez no estaba heredando un derecho del nieto cuya adquisición irrevocable sí estaba subordinada a su nacimiento con vida, sino que, por el contrario, la ley 24.411 reconocía un derecho propio que nacía en cabeza de la abuela. Es por ello que la Sra. Elvira Sánchez resultaba titular por derecho propio –no heredado– a la indemnización por el fallecimiento de su nieto.

Algunos aspectos positivos:

- Es dable resaltar como un gran acierto del máximo tribunal, el reconocimiento indiscutido de la existencia de un ser humano individual desde el momento de la concepción. En ninguna de las instancias fue objeto de discusión el derecho a la vida de la persona por nacer, sino que el debate se centró en la existencia o inexistencia de título por el cual la abuela pudiera solicitar la indemnización legal.

- Expresamente se manifestó que “el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta garantizado por la Constitución Nacional, derecho presente desde el momento de la concepción, reafirmado con la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional”. (Voto de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y E. Raúl Zaffaroni).

- Discutir sobre la legitimación –sea hereditaria o por derecho propio– de quien pretende ser indemnizado por el fallecimiento de una persona con quien tiene vínculo de parentesco, presupone reconocer previamente la existencia de dicha persona que ha perdido la vida.

c) “Mosqueda, Sergio c/Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”07-11-2006 (T. 329, P. 4918):

“El derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional; el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”

Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial

El Código Civil, redactado durante cuatro años por Dalmacio Vélez Sársfield, fue sancionado durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento y nos rige desde 1871. La sociedad y el derecho han cambiado profundamente desde entonces. El derecho civil actual no es el mismo que surgió de aquel texto original.

El Código fue modificado y se expandió a través de leyes complementarias. Pero las reformas parciales pueden perjudicar la unidad del conjunto. Un código no es una reunión de normas dispersas, sino un cuerpo sistemático y ordenado que regula un sector del derecho.

Hubo intentos similares en el pasado, que no se concretaron. El proyecto que ahora considera el Congreso se basa en un anteproyecto elaborado por una comisión integrada por tres prestigiosos juristas de nuestro país, los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kelmermajer de Carlucci.

Las autoridades nacionales han puesto en marcha el proceso legislativo para la sustitución de los actuales códigos Civil y de Comercio, por un nuevo Código Civil unificado. Se trata sin duda de una de las reformas legislativas de mayor trascendencia, por tratarse de normas que afectarán en forma directa la vida cotidiana de todos los argentinos.³²

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial que en estos días está siendo sometido a audiencias públicas despierta tantos consensos como disensos. Desde juristas y especialistas en los temas que se regulan hasta líderes comunitarios y de la Iglesia coinciden en que la sociedad actual no puede regirse por un código pensado hace más de 140 años.

El proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial contiene un título preliminar y seis libros: el libro primero, “parte general”; el libro segundo, “Relaciones de familia”; el libro tercero “Derechos Personales”; el libro cuarto “Derechos Reales”; el libro quinto “Transmisión de derechos por causa de muerte”; y el libro sexto “Disposiciones comunes a los derechos personales y reales”.

³² Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación. 7 de Junio del 2012.

El derecho privado en su conjunto, fue afectado por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. Al respecto, cabe destacar la reforma constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos, que conducen a la necesidad de proceder a la actualización y Unificación del Código civil y Comercial.

En ese sentido una de las características principales del Anteproyecto, que muchos autores afirman que tiene, es que estamos asistiendo a lo que se conoce como la constitucionalización del Derecho Privado, y en particular de los tratados de derechos humanos.

En lo que ésta investigación interesa con la aparición del nuevo proyecto de reforma del Código Civil se produce una apertura para la regulación específica en torno al status jurídico de un embrión.

En el título de la persona humana, contiene en su artículo 19 la determinación del comienzo de la existencia de la persona. Si bien mantiene la idea del actual Código, en el sentido que otorga protección y reconoce personalidad desde el momento de la concepción en el seno materno, para los casos de técnicas de reproducción asistida realiza una distinción y concede protección desde un momento posterior, es decir, con la implantación del embrión en la mujer.

Si bien es cierto que la introducción de la temática en el nuevo Código era algo previsible y a su vez requerido por la mayoría de los juristas, el artículo 19 es objeto de severas críticas y es una de las disposiciones más controvertidas y que se encuentra bajo constante debate parlamentario y en audiencias públicas.

Análisis del Artículo 19 del Proyecto de Código Civil y Comercial.

El proyecto prescribe, a saber; ART 19.- Comienzo de la existencia.

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 postura adoptada por el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial se inclina por la tesis de aquellos científicos y jurídicos que postulan el comienzo de la vida humana y consecuentemente de la persona con la anidación del embrión al útero, diferenciando claramente cuando comienza la existencia de una persona en el caso del embrión que es gestado a partir de una técnica de reproducción asistida.

Distintas voces se han alzado contra dicha postura, en tanto la norma en análisis prevé un doble régimen para el inicio de la vida conforme la forma en que una persona haya sido gestada: si fue por medio de la unión sexual de un varón y una mujer (procreación) la vida comienza desde la concepción; mientras que si fue mediante lo que el proyecto denomina “técnicas de reproducción humana asistida”, la misma tomaría como punto de partida la implantación del embrión en la mujer, es decir, un momento posterior al primero en el proceso de desarrollo de un ser humano.

Posturas a favor.

La jurista Aída Kemelmajer de Carlucci ha manifestado que:

“(..)la denunciada asimetría en la determinación del comienzo de la existencia de la persona humana- según sea anidada en el cuerpo de la mujer o según el embrión haya sido creado in vitro- no es tal, por las siguientes razones: en la filiación biológica o por naturaleza, el embarazo se produce en el cuerpo de la mujer y allí comienza la protección de los derechos de esa persona; en cambio, en cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida, la existencia de la persona comienza con la implantación del embrión en la mujer, ergo, también con el embarazo, en coincidencia con la definición de la Real Academia Española(dejar preñada). Mientras el embrión no esta implantado en la mujer no hay jurídicamente persona, porque conforme el estado actual de la ciencia, el embrión no tiene posibilidades de desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer. En ambos casos entonces, el elemento central es que el embrión este dentro del cuerpo de la mujer.

[...] no existe posibilidad científica de que el embrión se desarrolle fuera del cuerpo de la mujer y tampoco lo hay de que el procedimiento de reproducción extracorpórea se realice sin crear varios embriones. De entre ellos, no pueden implantarse varios en el cuerpo de la mujer, por los peligros que ello implica y desarrollado uno, los demás no son usados. Por lo que reconocer personalidad humana al embrión implicaría darle todos los derechos civiles que corresponden y además la imposibilidad de darles un destino diferente a la implantación. Con lo cual, el resultado, sería que se debiera prohibir la reproducción humana asistida y, con ello, privar a parejas heterosexuales y homosexuales a formar una familia. Esto, en el estado de la ciencia actual”.³³

Siguiendo la misma postura la Dra. Lamm y la Dra. Herrera entienden que: “La regulación de los embriones no implantados corresponde a la ley especial, por ser materia cambiante en razón de la continua evolución científica. En ese marco, el artículo 19 del proyecto distingue dos situaciones: a) si hay acto sexual, la personalidad comienza con la concepción en el seno materno (no modifica la solución del Código vigente),b) si hay TRA, empieza con la implantación del embrión en la mujer”.³⁴

César Sánchez Sarmiento (Especialista en Medicina Reproductiva, Titular de Nascentis). “El anteproyecto avanza mucho, reconoce la existencia de la fertilización. El 15 por ciento de la población en edad fértil tiene problemas para tener un bebé y necesitará ese tratamiento. Si cuidamos el cáncer, la obesidad, no puede ser que el Estado no cuide a las personas que no pueden tener bebés. Deberá tener más

³³ Aída Kemelmajer de Carlucci. Marisa Herrera y Eleadora Lamm; “Con el impulso de la Ciencia”; Diario La Nación; 27 de Septiembre del 2012.

³⁴ Aída Kemelmajer de Carlucci. Marisa Herrera y Eleadora Lamm; “Nuevo Código Civil, sin fundamentalismos”; Diario Clarín; 27 de Diciembre del 2012.-

regulaciones posteriores, pero es el puntapié inicial para establecer un marco legal. En cuanto a los embriones, la posición del anteproyecto me parece coherente porque la realidad es que los embriones son un grupo de células con un potencial especial para ser un bebé. No son personas las que están congeladas. Es clave que se considere persona desde la implantación, es un hecho biológico perfectamente establecido”.

El jurista Conti, Nestor en una publicación en la cual intenta determinar a partir de que momento el Código Penal protege a la vida, comienza diciendo que el bien jurídico "vida" se advierte como el más importante de todos, ya que un atentado contra ella resulta irreparable, pues la vida se erige en la condición necesaria para el disfrute de los restantes bienes. Ello hace que el derecho a la vida sea un atributo inseparable de la persona humana que condiciona su existencia y trae aparejado su desenvolvimiento espiritual y material. Sin vida no hay libertad ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales ínsitos a la esencia de la personalidad. Sin embargo lleva a cabo un análisis a partir del cual entiende que hay vida de acuerdo al Código Civil actual, a partir de la anidación.³⁵

Continúa diciendo: “El Diccionario de la Real Academia Española define a la concepción como la acción y efecto de concebir; mientras que concebir es quedar preñada la hembra; de acuerdo con ello, la preñez o embarazo se constituye recién cuando el huevo, cigoto u óvulo fecundado se implanta en el organismo materno. Este fenómeno se denomina implante o anidación”.

Mientras el huevo no se implante en el endometrio (embarazo eutópico o implantado en su lugar) o en otro órgano, como la trompa de Falopio (embarazo ectópico o implantado fuera de lugar) no se puede desarrollar el trofoblasto — primordio de la placenta— que establecerá el vínculo materno-filial para el desarrollo del embrión. De esta manera, de acuerdo al análisis que desarrolla este autor, aquí comienza la gesta. Sin esta condición, el embarazo no podría ser.

(...)”Todo ello permite concluir en dos puntos muy importantes: a) la fecundación (como inicio de la vida) no tiene posibilidad científica alguna de demostración, b) la concepción en el seno materno (punto de origen de la vida según expreso reconocimiento constitucional) ocurre a partir de la anidación del óvulo fecundado en el claustro materno”.

Posturas en contra.

Uno de los juristas que se ha mostrado en contra de la distinción llevada a cabo por el proyecto de reforma del Código es Fernando López de Zavallía quien

³⁵ Conti, Néstor J; “La vida como bien Jurídico”; L.L. DFyP, 213.; Diciembre 2009.-

sostiene que las soluciones dadas no solamente violan textos de rango constitucional, sino que también afectan los fundamentos mismos de la legitimidad del Estado. Parece necesario para un mejor entendimiento de postura, la transcripción de distintos párrafos se su ponencia crítica elevada a la Comisión Permanente del Congreso Nacional para la reforma y unificación del Código Civil y Comercial:

“Todo ser vivo que haya sido engendrado por hombres le corresponde la misma dignidad. Conceder al Estado el derecho de determinar arbitrariamente qué individuo de la especie humana es persona en el sentido de la ley y quien no, y a partir de qué momento lo es, significaría privar a los derechos humanos de su carácter de derechos fundamentales. Pues mediante la respectiva definición de hombre se podría limitar en todo momento el número de aquellos a quienes les está permitido reclamar ese derecho”.

(...) “En lo que hace a la diferenciación implícita que el artículo contiene entre la categoría de pre embrión y embrión, la misma adolece de una falla de razonamiento por tanto un proceso dinámico y continuo que comienza con los primeros signos de vida biológica y culmina con la desaparición de dichos signos, se puede ciertamente describir científicamente como tal, pero toda distinción en fases o etapas en que se lo quiera dividir, tendrá forzosamente el signo de la arbitrariedad, pues requerirá acudir a criterios distintivos que no es posible encontrar en la observación de los hechos, sino en categorías conceptuales ajenas a dichos hechos. El valor de dichas distinciones será meramente didáctico y descriptivo y sumamente relativo. En efecto, por un lado, si la ciencia no nos puede decir cuando comienza la persona, tampoco nos puede decir que el pre-embrión, por hipótesis una parte o etapa de ese «proceso dinámico y continuo», no ha alcanzado dicho status”.

Con respecto a los más escépticos, entiende que no se han de tolerar incoherencias a la hora de decidir nada menos que sobre la vida humana; por el contrario, se le ha de exigir la congruencia en la duda hasta sus últimas instancias.

Más tarde llega a una conclusión: *“De esta manera si es que no podríamos saber si la acción de interrumpir dicho «proceso dinámico y continuo biológico» antes de su término natural, importaría – o no- matar un ser humano, o si la acción de criopreservarlo, conllevaría un inaceptable atentado contra su dignidad, y una flagrante violación a los derechos humanos más fundamentales, entonces se impondría la abstención del hecho, tanto desde un punto de vista ético, como jurídico”.*

“Es el miedo a las consecuencias irreversibles del progreso (manipulación genética, aniquilación en masa de seres humanos, selección eugenésica previa a la implantación fundada en razones discriminatorias), lo que nos obliga a actuar imperativamente prohibiendo tales comportamientos. Tal es la formulación del principio de responsabilidad, que jurídicamente se traduce en el principio precautorio.”³⁶

Dicho principio tiene dos componentes fundamentales: 1). La necesidad de actuar ante la amenaza de un riesgo real o potencial, cuya efectivización puede conducir a la generación de daños graves e irreparables, 2) La falta de evidencia científica con respecto a la existencia del propio riesgo. Dicho principio se diferencia de la tutela preventiva en que la precaución aconseja actuar aún ante la incerteza de los daños que se estarían por producir, pero que de ser ciertos los temores sus efectos podrían ser devastadores.

³⁶ Dr. Fernando López de Zavalía; “Errores muy graves en el proceso de Derogación del Código Civil de los argentinos y gravísimos vicios de contenido en el libro I del proyecto”; op. cit; Página 14, 15 y 16.-

En respuesta a lo manifestado por una de las autoras del proyecto del Código entiende el autor que se olvida otro aspecto fundamental: “no hay, estrictamente y en sentido propio, un derecho al hijo. No puede existir, desde una perspectiva de Filosofía jurídica, un derecho al hijo”.

Para terminar concluyendo: *“Prescindiendo de otras cuestiones, si las técnicas de reproducción extracorpórea no pueden realizarse hoy sin “crear” varios embriones.... pues ¡peor para la ciencia....! porque eso significa que, por respeto a la dignidad de esos individuos de la especie humana, por ahora no podemos autorizar dichas técnicas que terminan desembocando en un asesinato masivo de todos esos embriones (en realidad, verdaderos seres humanos) sobrantes”.*

Es la técnica quien dictó la agenda al Derecho y no a la inversa. Y ese problema de la dominación tecnológica se introduce claramente en el Proyecto con la cuestión del status del embrión”.

Los autores del proyecto justifican la distinción al hablar de una dependencia del embrión respecto de la madre. Es, sin embargo, una dependencia puramente extrínseca: la madre nutre al feto, que no podría vivir sin ella, igual que sucede en el recién nacido. Pero el nuevo organismo se forma bajo el influjo directivo y perfectamente ordenado de esa especie de centro de control que constituye el genotipo.

Monseñor Jose Arancedo en representación de la Iglesia Católica si bien reconoce la necesidad de una reforma que permita que se actualicen distintas situaciones, se ha manifestado en contra de la distinción establecida por dicho proyecto en torno a la cuestión del comienzo de la persona.³⁷

En ese sentido ha dicho que hoy en día, por la técnica algunos seres humanos son concebidos fuera del seno materno, en laboratorios. Pero no existe ninguna diferencia ontológica entre un ser humano concebido dentro o fuera del seno materno. El hecho de que por decisiones de los padres o de los laboratorios, el desarrollo del embrión en algunos casos se detenga artificialmente, no altera en nada su condición de ser humano.

No reconocer esta igual dignidad, tal como ocurre en el proyecto, significa introducir una discriminación injusta pues algunos seres humanos en estado embrionario son considerados personas -los concebidos en el seno materno, o los implantados en él-, mientras que a otros se les niega ese status básico -los concebidos fuera del seno materno, antes de su implantación-. En este último caso no queda claro cuál es el status o situación jurídica de estos embriones, que por tanto

³⁷

Monseñor Jose Arancedo; “Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil”; Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación; 27 de Abril del 2012.

quedan en un estado de absoluta desprotección, abriendo la posibilidad de atentados contra la vida de seres humanos inocentes e indefensos.

Monseñor Arancedo admite que: “Se reconoce la dificultad jurídica que implica, por ejemplo, reconocer derechos patrimoniales y sucesorios a los embriones no implantados, pero la solución no es desconocer la dignidad y los derechos personalísimos que se derivan de su condición humana. Remitir la protección del embrión no implantado a una ley especial aun no existente, si bien abre alguna esperanza, resulta insuficiente para evitar atentados presentes o futuros contra la vida o dignidad de esos seres humanos, expuestos a la comercialización, industrialización o destrucción”. Habría que preguntarse ¿Qué clase de ser es el embrión si no es humano y tiene todas las características humana? No puede dejarse sin regulación jurídica (ni por unos días) a los embriones antes de la implantación o antes de los 14 días.

La Corporación de Abogados Católicos, por su parte, en una declaración emitida el 28 de Febrero de 2012 ha dicho que “el hecho de afirmarse –como resulta del Proyecto- que la persona humana comienza con la concepción en el cuerpo de la mujer o de la implantación en ella del embrión obtenido mediante técnicas de procreación asistida, tiene como consecuencia que los embriones no transferidos a la mujer no sean considerados persona, incurriéndose de tal manera en una injusta discriminación, aparte de incurrir en la violación de normas que tienen jerarquía constitucional”.³⁸

La Dra. Sara Critto de Eiras y el Dr. Carlos María Cafferata, se han manifestado siguiendo la misma línea en contra de la discriminación realizada por el Proyecto por medio en unas de las ponencias ante la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civiles y Comerciales de la Nación.³⁹ De esta manera se han expresado:

“¿Cómo se define vivo? Vivo significa que esta criatura está creciendo, desarrollándose, madurando, y reemplazando sus propias células moribundas. Significa que no está muerto. ¿Cómo se define “humano”? Humano es un ser biológico que pertenece a la especie Homo sapiens. Tales seres son únicos en el sentido de que tienen 46 cromosomas humanos en cada célula. Esos seres no pertenecen a la familia de los conejos, de las zanahorias, etc” (WILLKE, Jack Dr. y WILLKE, Bárbara, Aborto preguntas y respuestas, Editorial Bonum, 1992, pág. 13). Que un embrión pueda alimentarse por estar fuera o dentro del seno materno no altera su condición humana ya que existe una igualdad ontológica (en el ser) que no depende del medio en que esté.

³⁸ Eduardo A. Sambrizzi. Cosme María Beccar Varela; Declaración de la Corporación de Abogados Católicos; 28 de Febrero del 2012.

³⁹ Sara Critto de Eiras: abogada, magíster en Derecho y Economía de la UBA y máster en matrimonio y familia en España. Carlos María Cafferata: médico. Ambos redactores de la Ponencia sobre vida humana presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación, en nombre de la ONG Acción Solidaria (Naciones Unidas incluida en el Registro de organizaciones no gubernamentales, Inscripción en el Ministerio de Salud y Acción Social).

(...)“La medicina distingue una serie de etapas con el objeto de facilitar el estudio y observación de este procedimiento vital, pero el paso de unos períodos a otros es imperceptible pues se trata de una continuidad de fenómenos sin fisuras. En este proceso que es el desarrollo de la vida humana, compuesto por una sucesión de etapas cuyo principio y final no es posible determinar con exactitud, no se observa, desde que surge la célula resultante de la fecundación del óvulo y espermatozoide, un cambio cualitativo a partir del cual se pudiera decir que surge una nueva realidad, pasando de ser no-humana a humana.

Para algunos es la anidación el acto determinante del comienzo de la vida, en tanto en cuanto el embrión moriría de no implantarse en el útero de la mujer. No parece aceptable este argumento, ya que, del mismo modo que de no implantarse en el útero el embrión no podría sobrevivir, coincidimos con la opinión que se pueden observar una gran cantidad de hechos que de no producirse impedirían su supervivencia, y no por ello se considera que señalan el principio de la vida. Ser imprescindible para sobrevivir no equivale a originar la vida. Es más, en la medida en que se afirma la necesidad de la implantación para la supervivencia del nuevo ser, se está aceptando ya la existencia de una nueva vida. Esta teoría de la anidación, además carecerá de todo fundamento desde el instante en que sea posible el desarrollo de embriones humanos sin necesidad del útero materno, lo que no parece inverosímil conforme a la vertiginosa velocidad de los avances científicos y tecnológicos en la actualidad.

La anidación es un momento ciertamente importante en el desarrollo humano, pero de igual modo podría considerarse el nacimiento como el hecho determinante de la aparición de la vida humana, pues es un momento esencial y decisivo en el desarrollo y la vida del hombre. El nacimiento supondría, al igual que la anidación en el útero materno, un cambio en cuanto a la fuente de alimentación. Señala al respecto Fernando Monge que “se trata sólo de un cambio de fuente de alimentación; la reserva alimenticia que se contenía en el óvulo es sustituida por la sangre materna que llega a través de la anidación en el útero”.⁴⁰

Para generar muchos embriones hay que obtener muchos óvulos por multiovulación. La multiovulación provoca que algunos óvulos maduren deficientemente, lo que puede afectar la viabilidad de los embriones generados con dichos óvulos. Con respecto a este procedimiento por el cual se procede a seleccionar aquellos embriones que se encuentran en mejores condiciones o más aptos para la anidación se ha dicho que; nuestro código civil no puede permitir la discriminación injusta de los embriones no implantados más débiles que se someten al congelamiento y descongelamiento para terminar con sus vidas.⁴¹

⁴⁰ Sara Benjamina Critto de Eiras y Carlos María Cafferata; op. cit.

⁴¹ Elio, Sgreccia. Manual de Bioética. Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud; op. cit; Página 421 y 422.

Aurelio García Elorrio (Legislador Provincial, Titular de la ONG Portal de Belén). “No puede haber dos criterios para la concepción de las personas y esto crea un doble estándar jurídico: habrá embriones en el vientre de la madre con plena protección jurídica y embriones fuera del vientre sin protección porque no son personas con derechos. La persona aparecerá 14 días después con la implantación. Esto es la destrucción de cualquier sistema jurídico basado en la igualdad. Y esos embriones no implantados podrán ser objeto de manipulación y destrucción”.

Eduardo Sambrizzi sostiene:

*“con la disposición proyectada se incurre en una injusta discriminación -además de atentarse contra el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la CN.- entre los embriones que se hallan dentro del cuerpo de la mujer, y los que no hayan sido transferidos a la misma, lo que resulta de que a diferencia de aquéllos, estos últimos no serían personas; y ello no obstante que no existe entre ellos diferencia ontológica alguna. No puede controvertirse hoy, en términos jurídicos, que el derecho a la vida se extiende desde la concepción – producida tanto dentro como fuera del seno materno- hasta la muerte natural, lo que hace que la discriminación y el atentado contra la igualdad que resultan del Anteproyecto de Reformas al efectuar la distinción antes apuntada, resulta violatoria de los preceptos constitucionales”.*⁴²

Por lo demás, la disposición en cuestión no goza en absoluto de consenso doctrinario en nuestro país, pretendiéndose legislar en contra de nuestra tradición jurídica, lo que resulta ciertamente inadmisibile.

Del articulado de nuestro Código Civil como de nuestros Tratados con jerarquía constitucional se desprende la manifiesta intención del legislador de proteger al concebido sin importar el lugar en que la concepción fue llevada a cabo. Creemos necesario la incorporación de una disposición acorde con nuestra actual legislación y en consonancia con la opinión vertida por especialistas médicos reconocidos.

Respuesta desde el Derecho a las distintas teorías

El Código Civil se redactó en un momento histórico donde la respuesta al inicio de la vida se encontraba en la propia naturaleza humana. Un solo camino conducía a la creación de la persona física: la procreación natural como fuente de la concepción en el seno materno.

Es cierto que la realidad cambió y los avances científicos tecnológicos provocaron transformaciones de todo tipo, entre las cuales se encuentran las dirigidas directamente a la humanidad con los descubrimientos genéticos. Sin embargo, la esencia sigue siendo la misma: toda persona que presente signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades ni accidentes, merece la protección del derecho desde su origen, desde que es concebida, aún cuando se recurra al auxilio de la ciencia médica. Por estas consideraciones y en armonía con el cuerpo de la

⁴² Sambrizzi, Eduardo A; “Sobre el comienzo de la existencia de la persona”; op. cit; pág. 7.

investigación y con los Tratados Internacionales de Jerarquía constitucional, consideramos que:

a. La determinación del inicio de la existencia de la persona, no es prerrogativa exclusiva de las ciencias biológicas. Este problema debe ser resuelto con los aportes de distintas disciplinas encargadas del estudio de la persona: filosofía, religión, derecho, psicología, antropología, sociología, entre otras; siendo de especial importancia el Bioderecho.

b. La persona por nacer posee un patrimonio genético distinto al de sus progenitores. Es un nuevo ser único, irrepetible y distinto a ellos y a cualquier otra persona. Remitimos a lo señalado en los títulos datos de la ciencia y estructura del embrión, donde se explica el proceso de formación de un nuevo ser humano.

c. Se debe proteger la vida desde su inicio, aunque en su desarrollo varíe numéricamente. La unicidad y la unidad son características del individuo pero no lo agotan. Como señala Bustamante Alsina, "... No se puede reconocer en el desarrollo evolutivo individual del hombre una división conceptual de su esencia, por ello no es posible imaginar que en el comienzo de su vida sea el hombre un objeto y luego se transforme, en algún momento de su evolución biológica, en un sujeto".

d. La fragmentación del nasciturus puede dar lugar a consecuencias peligrosas. En efecto, si se distingue entre preembrión y embrión, se abre el camino para definir al preembrión como una cosa susceptible de ser manipulada. Un embrión desde el comienzo de su existencia no es una cosa, sino un sujeto de derecho que merece la protección por su condición de tal.

e. Sólo se respeta la dignidad humana si no se fragmenta la protección jurídica de la vida. El embrión debe ser considerado como un fin y no como un medio, siendo ilegítima su creación para la investigación científica con fines distintos a un desarrollo y nacimiento con vida de forma digna.

f. La fragmentación conduce a la discriminación de trato del nasciturus procreado por medios asistidos, frente al nasciturus procreado naturalmente.⁴³

Jurisprudencia en materia de embriones

a) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Protección de embriones crioconservados. Ref. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala J. Causa 94282-2008. Autos: P.A. c/S.A.C. s/Medidas

⁴³ Krasnow, Adriana; "Comienzo de la existencia de la persona"; op. cit; Página 9.

Precautorias. Cuestión: medida cautelar en protección de persona para 5 embriones crioconservados. Fecha 13-SET-2011.

Expte n° 94282/2008 – "P.A. c/S.A.C. s/Medidas Precautorias" Juzgado Nacional en lo Civil n° 92.

En la especie, el 29 de octubre de 2008, la actora inicialmente promueve la presente como una medida cautelar de protección de persona, a tenor del art. 234 del Código Civil y Comercial Procesal, en beneficio de los cinco embriones crioconservados que se encuentran en el Instituto de Ginecología y Fertilidad (IFER), de los cuales dice ser madre, motivo por el cual invoca el art. 57 inc. 1 del Código Civil para ejercer su representación.

Refiere a fs. 7/10 que se sometió con su marido A. C. S. a un tratamiento de fertilización en virtud de que el matrimonio no podía concebir hijos. Así es como, según manifiesta, concurren al centro médico mencionado, donde se les practicó en primer término un tratamiento de inseminación artificial que no dio resultado y luego tres intentos de fecundación "in vitro", siendo sólo el tercero de éstos el que logró su objetivo ya que de cuatro embriones que le fueron implantados en esa oportunidad uno prosperó y culminó en el nacimiento de su hijo Tomás Christian, el 17 de agosto de 2006. Continúa su relato, indicando que como es habitual en la operación efectuada fueron fecundados varios óvulos.

Sostiene que son cinco los embriones que están crioconservados, es decir a una temperatura de alrededor de – 200 °C en el IFER, instituto que reviste el carácter de guardador de los mismos, con miras a una futura implantación o para su donación prenatal a terceros.

Arguye que es su intención continuar con el proceso procreador iniciado pero su marido, de quien se encuentra separada de hecho se opuso a que se le implantaran los embriones. Dicha decisión impide que el Instituto de Ginecología y Fertilidad proceda al implante por considerar que debe ser consensuado por ambos progenitores.

El demandado detalla que firmó un contrato de consentimiento informado de la pareja para realizar la crioconservación de embriones, por el cual se comprometieron a determinar la futura disposición de los mismos en forma conjunta y en caso de no desear su transferencia en el propio matrimonio dieran instrucciones por escrito sobre su destino. Refiere que expresamente renunciaron a la alternativa de su destrucción y que en caso de que no diesen las instrucciones conjuntas referidas o dejasen de pagar su costo de almacenamiento, autorizarían a donar dicho embriones a una pareja estéril.

Es entonces, en virtud de la negativa del marido, que requiere por vía de medida cautelar, la implantación de los embriones.

El decisorio apelado autoriza a la Sra. A. P. a implantarse los embriones crioconservados mediante las técnicas de rigor expuestas por la Academia Nacional de Medicina.

El fallo manifiesta que para la ley civil argentina se es persona desde la concepción. Ello surge del artículo 70 del Código Civil que establece que " Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas.". Por su parte, el art. 63 establece que: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno".

Se hace una interpretación según la cual, si bien en la fecundación extrauterina no hay concepción en el seno materno, lo cierto es que el Código Civil es del siglo XIX cuando evidentemente era impensada la fecundación "in vitro". El texto se corresponde con la realidad imperante al tiempo de la sanción del Código; el desarrollo de las modernas técnicas biomédicas de fecundación (in vitro) — desconocidas en aquel entonces— tornan indudable la afirmación que también el concebido fuera del seno materno debe ser considerado persona para el derecho.

Es que el hecho de que no haya concepción en el seno materno no es óbice para aplicar el art. 70 por analogía en mérito de lo dispuesto por el artículo 16 del mismo cuerpo legal según la sentencia.

Se impone, una interpretación superadora de una antinomia manifiestamente discriminatoria que diferenciara la situación del concebido según el diverso lugar en que se produce la concepción.

"La solución del codificador —inspirada en el Esbozo de Freitas y el Código Civil Prusiano— explica satisfactoriamente la tipificación penal del aborto premeditado (art. 85 Cód. Penal) y la razón del porqué en los países en que existe la pena de muerte se suspende la ejecución de las mujeres encintas hasta después del parto. (Conf. LLambías, J., "Tratado de Derecho Civil. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, t. 1, p. 225. En la nota al art. 21 del Esboço afirma Freitas: "Si los que deben nacer no son personas; Porqué razón existen leyes penales y policiales que protegen su vida preparatoria? Porqué motivo se pena el aborto? Porqué motivo no se ejecuta la pena de muerte en la mujer embarazada y tampoco se la juzga en el caso que merezca dicha pena sino sesenta días después del parto?". La nota al art. 63 sigue ese desarrollo argumental".

(..)"Es dable poner de manifiesto que la doctrina argentina —de manera casi unánime— ha aprobado el pensamiento de Vélez Sarsfield (LLambías, J., cit, t. 1. p. 225; Spota, A., "Tratado de Derecho Civil", Ed. Depalma, vol. 3.2., p. 48; López Olaciregui, sus adiciones a Salvat, "Tratado de Derecho Civil argentino", Ed. del cincuentenario, Ed. TEA, t. 1, n° 386c, p. 382; Busso, E., Código Civil anotado, Ediar, t. 1, p. 459; Rivera, Julio., "Instituciones de Derecho Civil, Parte General", 2ª ed., Abeledo Perrot, t. 1, p. 348 y siguientes.)".

La sentencia enuncia algunas normas posteriores al Código Civil, que reafirman esta interpretación de considerar sujeto de derecho al concebido extracorporalmente. Como por ejemplo, la ley 23.264 de filiación y patria potestad,

sancionada en el año 1985 cuando en Argentina ya se conocían y practicaban las técnicas de fecundación asistida, ha mantenido el mismo criterio. Así el art. 264 del Código Civil establece que la patria potestad existe desde la concepción, sin requerir que ella suceda o acaezca en el seno materno.

En cuanto a la Constitución Nacional sigue el lineamiento por el cual si bien el denominado derecho a la vida no estaba expresamente enunciado en la misma antes de la reforma del año 1994, sí constituía un derecho no enumerado o implícito comprendido en el art. 33.

Sin embargo, a partir de la reforma del 94, el derecho a la vida es un derecho explícito. Ello, por la incorporación de los Tratados Internacionales enumerados en el art. 75 inc. 22, los que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional (art. 31), no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Es por ello que el fallo cita, la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, que protege la vida desde la concepción, tal como surge del art. 4 inc. 1, sin distingo alguno acerca del lugar en que ésta se produzca.

También invoca la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que establece en el art. 1 que "el niño, por su falta de madurez física y mental necesita protección legal, tanto antes como después del nacimiento", habiendo nuestro país formulado reserva al ratificar dicho tratado (ley 23.849) señalando que "se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad".

Lo expuesto, llevó a la Cámara a coincidir con la solución adoptada por la jueza a quo, rechazando los agravios expresados.

b) En la ciudad de Mar del Plata, a los 29 días del mes de diciembre de dos mil ocho, **avocados los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata al análisis de estos autos caratulados: "... y otra c/ IOMA y otra s/ Amparo"**. Expediente N° 11.578 del registro interno de este Tribunal, provenientes del Juzgado Federal N° 2, Secretaria N° 1 (Expte 78.002) de esta ciudad.

"(...) al análisis de la cuestión de fondo, observo que en dicha sentencia, el a quo acoge íntegramente la acción de amparo promovida por ... y ... en nombre y representación de su hijo menor discapacitado ... contra el Instituto de Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.) y la Obra Social Mutual para Agentes Municipales (O.A.M.), y en consecuencia las condena solidariamente a cubrir en un 100% los tratamientos de fertilización asistida necesarios, a fin de permitir a la pareja impetrante tener un nuevo hijo que resulte histocompatible con su hermano enfermo, a través del sistema de fertilización asistida con selección de un embrión no portador de la enfermedad granulomatosa crónica y que dicho embrión sea histoidéntico a su hijo ...,

para intentar su cura vía trasplante de las células progenitoras y de las que requiera en el futuro, según la pertinente indicación médica, para lograr la cura de la enfermedad que hoy padece el niño (...)”

Asimismo, el juez a quo determina que –habiendo embriones restantes en la fecundación in vitro, deberá asegurarse el respeto hacia su condición, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán firmar oportunamente; y deja al criterio deontológico del profesional tratante y al oportuno acuerdo con sus padres, el destino de los embriones residuales.

Los agravios vertidos por O.A.M. son los siguientes: a) más allá de la plausibilidad del reclamo, a O.A.M. no le corresponde cubrir las prestaciones solicitadas, porque es una mutual (no una obra social ni una empresa de medicina prepaga), por lo que la cobertura debe ser brindada por el Estado. b) no existe acto arbitrario de la O.A.M., porque sus afiliados conocen de antemano cuáles son las prestaciones cubiertas, y estamos ante servicios de salud no contemplados en ellas.

Por su parte, I.O.M.A. se agravia, en primer lugar, porque el tratamiento ordenado por la sentencia necesariamente descarta embriones sanos por no ser histocompatibles con el niño enfermo. El recurrente indica que ello es inconstitucional y también contrario a los arts. 63 y 70 del Cód. Civil, pues vulnera el derecho a la vida de los embriones. También expresa que debió valerse de otra alternativa terapéutica.

El informe del Comité de Bioética de la U.N.M.d.P expresa:

“(...) La técnica de diagnóstico preimplantatorio propuesta está hoy científicamente avalada. Desde el punto de vista ético, no se está pensando en sacrificar al feto, sino seleccionando un hermano que tendría posibilidades de salvar la vida al hermano enfermo, sin daño para el donante, priorizando el principio de Beneficencia y No maleficencia. Una sugerencia bioética es que tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes, debe asegurarse el respeto hacia sus Derechos Humanos (...) consideramos que la salud es un derecho y un bien primario que le asiste a todo ser humano y que no puede ser tratado como una mercancía de costo-beneficio económico.

(...)es oportuno recordar que el fin del tratamiento es la cura de un niño, por lo que debe privilegiarse el interés superior del mismo, de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño, de jerarquía constitucional en nuestro país (art. 75 inc. 22 C.N)”.

El fallo aclara, que en el presente caso no estamos ante un simple procedimiento de fecundación asistida petitionado en aras del derecho a la paternidad, sino ante un procedimiento que tiene por fin –además de la paternidad– curar a un niño gravemente enfermo.

“Si bien el tema es complejo y notoriamente preocupante, entiendo procedente la realización de la técnica de fertilización autorizada por el a-quo cuando existen en juego intereses vitales a tutelar. No escapa a este criterio las críticas que se han ensayado en torno a tales prácticas que son vistas como una forma de instrumentalización de la persona humana apoyadas en una especie de filosofía utilitarista. Tales críticas radican en la concepción de la vida humana libre de cualquier interferencia que implique tratar al ser humano como un medio para la realización de otro fin. A mi modo de ver, y compartiendo desde un principio aquellos postulados elementales que propician al ser humano desde su concepción como una forma de

vida independiente, autónoma y con un fin en sí mismo, entiendo que en el caso particular existen aristas especiales que aconsejan la autorización de esta práctica y el deber de cobertura por parte de los demandados”.

En el caso de autos, los jueces entienden que se ha demostrado que este método consiste en la única forma posible y más o menos certera con la que se cuenta en la actualidad como para salvaguardar la vida del hijo de los demandantes de autos.

El ya referido informe del Comité de Bioética de la U.N.M.d.P. alertó sobre la cuestión, pero no por ello descartó la procedencia del reclamo del amparista ni desaconsejó el tratamiento en cuestión. En este orden de ideas, expresó que - tratándose de una fecundación in vitro y habiendo probables embriones restantes- debe asegurarse el respeto hacia sus Derechos Humanos.

La sentencia recurrida, en su punto resolutorio segundo, determina como ya hemos adelantado que habiendo embriones restantes en la fecundación in vitro, deberá asegurarse el respeto hacia su condición, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán firmar oportunamente. Como se puede observar, un tema tan delicado como el respeto a los Derechos Humanos de los embriones queda librado al criterio consensuado del profesional tratante y los padres.

Es por el que la sentencia de Cámara modifica el punto II de la sentencia de primera instancia sin que ello implique revocar la resolución apelada.

De acuerdo a los Jueces, las referencias expuestas respecto de la Convención sobre los Derechos del Niño y la interpretación del art. 1 de la misma efectuada por la ley 23.849 (art. 2), así como los demás tratados internacionales de jerarquía constitucional suscriptos por el Estado Argentino, otorgan protección a la vida humana desde el momento mismo de la concepción.

Incluso en lo relativo al debate de la naturaleza médica y jurídica del embrión la sentencia entiende que *“es claro que la normativa nacional lo protege con toda su fuerza. En efecto, los arts. 63 y 70 del Código Civil determinan que la existencia de la persona humana comienza con su concepción. La referencia a que la concepción opere “dentro del seno materno” que Vélez Sársfield hizo no debe interpretarse literalmente, ya que en la época del codificador no existía (ni en la mente de los pensadores más imaginativos) otro medio de concepción más que el natural”.*

De esta manera el fallo sigue la línea doctrinaria y jurisprudencial que no distingue entre el lugar en que la concepción se lleva a cabo.

Una interpretación diferente dice la Cámara chocaría contra los tratados internacionales de jerarquía constitucional que prohíben la discriminación y la igualdad ante la ley (art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica), e incluso contra el propio Código Civil, que en otros artículos no realiza distingo alguno respecto a los distintos tipos de concepción (por ejemplo, art. 264 C.C.).

“Todo lo precedentemente reseñado nos conduce a afirmar que indiscutiblemente y a los fines del comienzo de la existencia de las personas, el medio físico –natural o artificial- en el cual haya tenido lugar la concepción deviene indiferente. En otros términos, el embrión, desde ese mismo momento, es por ende sujeto de derechos”.

De conformidad con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Excma. Cámara de Apelaciones coincide con aquella postura que establece el comienzo de la vida humana, o mejor dicho, el momento de la protección legal y constitucional de la vida, con el momento en que tiene lugar la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación, entendiendo que a partir de allí existe un ser humano en estado embrionario.

Sigue diciendo que si bien no existe un consenso científico que determine exactamente el momento mismo de aquel suceso, lo cierto es que ya no puede sostenerse aquella teoría que marca el comienzo de la vida cuando el embrión se anida en la pared uterina, o la que lo hace coincidir con la aparición de la cresta neuronal. La vida requiere su protección desde el mismo instante de que comienza a existir un nuevo ser que ya cuenta con un código genético único e irrepetible.

En lo que respecta a los embriones resultantes o no transferidos de la práctica que el fallo autoriza deben estar alcanzados por aquella protección legal en función de sus características humanas.

Por ello se propone que en caso de existir “embriones sobrantes” o “no transferidos” luego de la terapia ordenada, se proceda a la inmediata crioconservación de los mismos hasta que exista una regulación legal que ampare y proteja sus derechos inherentes a la condición humana que ostentan, o hasta que pudiera existir una decisión judicial que permitiera la adopción prenatal si ello fuese considerado factible por el órgano judicial interviniente y se dieran los demás requisitos exigidos por la legislación argentina específica y aplicable al caso. El fundamento de este punto es que los jueces no vislumbran otra alternativa más favorable para su protección.

SE RESUELVE:

(Por mayoría del Dr. Tazza y del Dr. Ferro)

1) Dejar sin efecto el punto resolutivo segundo del Fallo apelado (fs. 228), y suplantarlo por el siguiente: “II) Tratándose de una fecundación in vitro, y habiendo probables embriones restantes: a) Deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deberán formalizar por escrito oportunamente; b) Los profesionales actuantes deberán proceder a la inmediata crioconservación de los mismos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; c) Asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción; d) Cualquier medida que se intente tomar en relación a los embriones, deberá ser expresamente autorizada por el Poder Judicial (previa intervención del curador que se les nombre y del Ministerio Público) sólo si no se vulneran los derechos humanos de los embriones”, interesando a dicho Ministerio respecto de la eventual alternativa que pudiera existir en torno a una posible aplicación del instituto de la adopción a fines de que realizara las

gestiones necesarias y las diligencias pertinentes que pudieran llegar a ser conducentes para el análisis de su factibilidad jurídica hasta tanto exista un tratamiento normativo por parte del órgano legislativo encargado del asunto. De igual modo, encomendar al Ministerio Público tutelar –conjuntamente con el tutor que sea designado- a que realice las gestiones que fuesen necesarias ante las autoridades estatales pertinentes para obtener la inmediata cobertura de los gastos que demande la crioconservación de los eventuales embriones no transferidos o sobrantes de la técnica aquí autorizada.-

2) Ordenar al a quo: a) Tomar las medidas necesarias para nombrar el tutor referido en el párrafo anterior; b) Efectivizar la medida de no innovar decretada en el citado párrafo; c) Librar oficio dirigido al Ministerio de Justicia de la Nación haciendo saber el vacío legislativo en torno a este tema (el destino de los embriones "sobrantes" de las técnicas de fertilización asistida), en los términos del art. 2 de la ley 340, a fin de presentarlo oportunamente ante el Congreso de la Nación si lo considerase pertinente;

3) Confirmar el resto de la sentencia recurrida en cuanto fue materia de recurso y agravio.

4) Imponer las costas de Alzada de los recursos interpuestos, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte C.P.C.C.N., art. 17 ley 16.986).

REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA.

Dr. Jorge Ferro- Dr. Alejandro Tazza- Dr. Juan José Comparato.

T° XCVIII F° 14563

c) Expte 45882/93 - "Rabinovich Ricardo David s/ Medidas Precautorias" - CNCIV - SALA I - 03/12/1999.

El Dr. Ricardo David Rabinovich inicia estas actuaciones a efectos de que se de inmediata intervención al Ministerio Pupilar, con vistas a la protección que pudiera requerir un conjunto incierto pero determinable de incapaces cuyas vidas y/o salud física y/o psíquica podrían resultar comprometidas, denunciando, en tal sentido, que según las noticias periodísticas que menciona en diferentes ámbitos de nuestro medio se practican técnicas de congelamiento de personas por nacer, con diversas finalidades y fuera de todo control por parte de aquel Ministerio y/o de los jueces competentes.

(...)el a quo resolvió: "I) Disponer que hasta tanto se dicte legislación específica, toda actividad enderezada a proveer en el campo de la ciencia, la generación de vida humana en cualquiera de sus modalidades, sea puesta a consideración del juez en lo civil, para que, mediante su intervención se autorice el tratamiento y cada una de las etapas que lo conforman, incluyendo el descongelamiento de óvulos fecundados, aun en la hipótesis de implantación en la mujer y con prescindencia de las cláusulas contractuales que rigieran sobre el particular.- II) Ordenar se notifique lo proveído en el día de la fecha a las personas físicas o jurídicas individualizadas en el proceso como relacionadas con las actividades "supra" reseñadas.

Las recurrentes objetan el fallo sosteniendo que contiene un pronunciamiento de carácter general y futuro, ajeno a la función judicial.

Sin perjuicio de destacar la imperiosa necesidad de una legislación que regule esas prácticas y las delicadas situaciones que derivan de ellas, la cuestión planteada en autos debe examinarse y resolverse mediante la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro sistema legal y de conformidad con los hechos que resultan de la causa.

El fallo realiza un análisis de nuestro ordenamiento jurídico, partiendo del Código Civil hasta nuestra Constitución Nacional.

“Según el art.30 del Código Civil "son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones", y tratándose de las personas de existencia visible: "Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible", expresa con amplitud el art.51; criterio que, por lo demás, resulta acorde con nuestro régimen constitucional.

El art.63 establece: "Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno"; explicando Vélez en la nota correspondiente: "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 Cód.de Austria, dice: "Los hijos que aun 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".

Otros artículos del Código Civil reafirman la solución comentada, a saber, el comienzo de la persona desde su concepción. Los arts.3290 y 3733 acuerdan capacidad para suceder y para adquirir por testamento -respectivamente- al hijo concebido; y posee singular relevancia que el art.264, en su texto actual, introducido por la ley 23.264, sancionada en 1985, define la patria potestad como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación, "desde la concepción de éstos".

Pero no sólo las leyes del país adoptan la solución comentada. Desde el año 1994, también la Constitución Nacional. El art.4, inc.1, de la ya mencionada Convención Americana sobre Derechos Humanos (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". Y si bien la expresión "en general" puede restar carácter absoluto al criterio seguido, tal carácter resulta indiscutible si se considera que en virtud del art.75 inc.22 de la Ley Fundamental también la Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", "esto es, tal como...efectivamente rige en el ámbito internacional" (Fallos 318:514, consid. 11º), lo que impone tomar en cuenta las reservas y aclaraciones incluídas por nuestro país al ratificarla; y que, justamente, la ley 23.849 aprobó su ratificación con reservas y aclaraciones, entre otras la siguiente: "Con relación al art.1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción...". Es indudable, pues, que en nuestro régimen constitucional la existencia del ser humano y de la persona, consecuentemente, comienza desde el momento de su concepción; no siendo ocioso destacar que dicho texto legal se refiere a la concepción sin circunscribirla, empero, a la que pueda producirse en el seno materno, como lo hacen los arts.63 y 70 del Código Civil -aunque ya no el actual art.264- redactados cuando aquélla sólo era factible de este modo.-

En suma, lo expuesto permite concluir sin hesitaciones que en nuestro sistema legal el ser humano y todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona por nacer; que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno".

Antes de la reforma de 1994, si bien no lo consagraba expresamente, lo hacía en forma implícita en el art.33, entre los derechos no enumerados que allí se mencionan.

De acuerdo con una conocida posición sólo cabe admitir 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, su posible división impediría atribuirle con carácter definitivo la individualidad propia de la persona. Tal posición, sostenida en los

informes "Warnock", "Palacios" y del "Committee of Experts on Progress in Biomedical Sciences", encuentra respaldo en el informe producido por la Sociedad Argentina de Biología.

Otro modo de ver las cosas conduce a reconocer un ser humano en el embrión no implantado. Al producirse la unión de ambos pronúcleos 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 veintitrés cromosomas maternos y los veintitrés cromosomas paternos, cualitativamente distinto e independiente de los códigos materno y paterno, determinaría la individualidad propia del nuevo ente. A lo que no obsta la eventualidad de la segmentación del embrión en el supuesto de gemelos monocigóticos pues individualidad se opone a universalidad y no a divisibilidad.

"Ciertamente, la relativa amplitud del término concepción no resuelve con precisión el interrogante en torno al momento del surgimiento del nuevo ser, producido -según lo registran los actuales conocimientos científicos- en el marco de un complejo y dinámico proceso. Pero el mismo Código Civil ofrece un criterio para responder a ese interrogante. Como ya se puntualizó, el art.51 expresa que "todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible". Y aunque es obvio que al incluirse esta norma no se tuvo en miras la situación aquí examinada, sino otras vinculadas a personas ya nacidas y en función de sus rasgos morfológicos o simplemente de antiguas creencias sobre la existencia de monstruos o prodigios (Digesto, Lib.I, Tit.5, L.14; Partida 4a., Tit.23, L.5), ello no obsta a que el criterio subyacente en dicho precepto pueda aplicarse en casos distintos, no previstos".⁴⁴

Es por ello que todas aquellas teorías que de diversos modos solo reconocen al ser humano la condición de persona en etapas posteriores a su concepción, resultan incompatibles con dicho ordenamiento.

Una consideración especial merece la situación del ovocito pronucleado, es decir cuando el espermatozoide penetró en el óvulo pero no se ha producido la unión de los cromosomas del padre y de la madre.

⁴⁴ *Un amplio sector de la doctrina nacional reconoce al embrión, desde ese momento, la condición de persona y por ende como sujeto de derecho. Así, entre otros, Jorge Adolfo Mazzinghi, "Breve reflexión sobre la fecundación in vitro" (L.L.1978-C-993; Roberto L.Andorno, "Fecundación in vitro y valor de la vida humana" (E.D.120-947), "El derecho a la vida:"cuándo comienza"" (E.D.131-904); Pedro Federico Hooft, "Los derechos humanos ante el desarrollo de la ciencia y la técnica: la protección de la vida humana naciente" (E.D.124-685); Graciela Medina, "Genética y derecho"(J.A.1989-IV-839); José Ignacio Cafferata, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino" (E.D.130-729); Atilio Anibal Alterini, "Cuerpo humano. Persona y familia", en "Derecho de Familia", obra en homenaje a María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Cullzoni editores, Santa Fe 1990; Enrique Carlos Banchio, "Status jurídico del nasciturus en la procreación asistida" (L.L.1991-B-826); Eduardo Martín Quintana, "Consideraciones respecto a proyectos legislativos sobre fecundación asistida" (E.D.147-847) y "Control judicial en la fecundación asistida" (E.D.163-229); "La personalidad del que está por nacer" (E.D.140-961); Dolores Loyarte y Adriana E.Rotonda, "Procreación humana artificial: un desafío bioético", Ed.Depalma, Buenos Aires 1995.*

Al respecto, aun entre quienes en el campo de la ciencia biológica reconocen en el embrión, luego de la singamia, la existencia de un nuevo ser humano, las opiniones no son uniformes tratándose de aquellos ovocitos.

“Tal estado de la cuestión incide naturalmente en las posturas jurídicas. Entre los autores ya citados desconoce la condición de persona al ovocito pronucleado Aldo De Cunto (op.cit.); admitiéndola en cambio Luís Guillermo Blanco (op.cit.), Carlos José Moso (op.cit.), Rodolfo C.Barra (op.cit.), Roberto L.Andorno (“El derecho argentino ante los riesgos de cosificación de la persona en la fecundación in vitro”, en “El derecho frente a la fecundación artificial”, Ed.Abaco, Buenos Aires 1997) y Catalina Elsa Arias de Ronchietto (op.cit.). También se inscribe en esta última posición el Señor Asesor de Menores de Cámara.”

“Y en tales condiciones, a la hora de decidir sobre la suerte del ovocito pronucleado la prudencia impone darle un trato semejante a la persona. No por aseverar que lo sea -se reitera- sino ante la duda que suscita el no poder excluirlo con certidumbre. Lo cual, a su vez, en los hechos obliga a respetar su vida e integridad, como si fuera una persona, sujeto de esos derechos. Si en el orden especulativo la duda conduce a suspender el juicio, en el orden práctico, cuando no se trata de juzgar sino de obrar y cuando la opción es insoslayable, lo indicado es proceder de modo de preservar lo que sería un bien mayor -en el caso, la vida de personas- o al menos estar al mal menor postergando toda conducta que pudiera comprometer ese bien”.

Por cierto, el Tribunal entiende que no se trata de desconocer el derecho de los padres a procrear y al ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, ni de los médicos a desempeñar su profesión y a trabajar, ni de las sociedades y asociaciones a comerciar y perseguir sus propios objetivos, ni de los miembros de la comunidad a beneficiarse con los frutos de la investigación científica; derechos que, explícita o implícitamente, cuentan con claro sustento en los arts.14, 19, 33 y concordantes de la Ley Fundamental. Se trata de que ninguno de estos derechos -también relativos, como todo derecho- puede ejercerse a costa del derecho a la vida y a la integridad de aquel nuevo ser. Es por ello que resuelve:

Primero: disponer que el Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por intermedio de quien corresponda, dentro del plazo de treinta (30) días lleve a cabo un censo de embriones no implantados y ovocitos pronucleados, existentes a la fecha en el ámbito de dicha Ciudad y conservados artificialmente por instituciones públicas y privadas o por profesionales, procediendo a la individualización de esos embriones y ovocitos, de los dadores de los gametos masculinos y femeninos y de aquellas instituciones y profesionales, así como al registro de todo otro dato útil para tal individualización.

Segundo: prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocitos -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción o experimentación. Tercero: ordenar que toda disposición material o jurídica de esos embriones y ovocitos por parte de los dadores de los gametos o de las instituciones o profesionales actuantes -excepción hecha de la implantación en la misma dadora de los gametos femeninos con autorización del dador de los gametos masculinos- se concrete con intervención del juez de la causa, quien deberá resolver en cada caso con la debida participación del Ministerio Público y de conformidad con los principios establecidos en este pronunciamiento.-

Asimismo y habida cuenta lo dispuesto en el art.2 de la ley 340, el Tribunal considera oportuno dirigirse al Señor Ministro de Justicia de la Nación a fin de hacer saber la imperiosa necesidad de una legislación que, de conformidad con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida.

El Doctor Eduardo Leopoldo Fermé no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109, R.J.N.).-

Fdo: Delfina M.Borda- Julio M.Ojea Quintana.

d) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Luxembourg) –Gran Sala, con fecha 18 de octubre de 2011 en la causa “Oliver Brüstle c/ Greenpeace”, al expresar:

“Constituye un “embrión humano” todo óvulo humano a partir del estadio de la fecundación...” y, por ende, no puede ser usado con fines terapéuticos a favor de terceros, ni destruido. (...) Desde lo científico, ya no hay ninguna duda acerca de la naturaleza humana del nuevo ser y los eufemismos ya no caben en la materia. (...)

Si se es persona humana desde la concepción, poco importa si ésta se realizó en el seno materno o en una probeta, lo cierto es que el embrión es un ser humano desde que se unieron el espermatozoide y el óvulo, por mantenernos en la fecundación extracorpórea tradicional.

Derecho Comparado

Ley Española sobre procreación asistida.

El 22 de noviembre de 1988, en España luego de la aprobación parlamentaria, se ha promulgado la ley 35/1988 sobre "Técnicas de reproducción asistida".

La Mesa Ejecutiva del Congreso de Diputados con fecha 2 de noviembre de 1984, acordó la creación de una Comisión Especial encargada del estudio sobre fecundación extracorpórea. Luego asignó su presidencia a Marcelo Palacios Alonso, integrando la misma con un representante de cada grupo, parlamentario. Un calificado grupo de expertos --35 en total-- se sumaron a la comisión como consultores entre quienes se contaban cuatro biólogos, trece ginecólogos, once catedráticos de derecho y ocho filósofos moralistas.

Tras un largo e intenso trabajo de la Comisión, ésta presentó un documento final al Parlamento, conocido como "Informe Palacios", que quedará aprobado en general por el pleno del Congreso de Diputados en la sesión del 10 de abril de 1986. Su particular importancia reside en su carácter de fuente inmediata de la reciente ley 35/1988 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida".

Se hace mención en dicho informe al notable auge de la investigación y experimentación en nuestro tiempo, anejos a los descubrimientos científicos y tecnológicos continuos y sorprendentes, refiriéndose en particular a al denominada "revolución biológica" de reciente data, con sus efectos y aspectos contradictorios: generan por un lado "orgullo, entusiasmo y esperanza", pero al mismo tiempo "inquietudes y recelos".

Acercas de los alcances y límites de la investigación y experimentación al igual que respecto de la aplicación científico-técnica, se propone el esquema siguiente: a)

no deben imponerse límites o frenos "injustificados" que puedan afectar el progreso científico, pero, b) tales restricciones han de imponerse cuando afectan "la esencia íntima del ser humano...". El planteo nos pone en presencia de una de las cuestiones actuales más acuciantes, como el referido a la relación --potencialmente conflictiva-- entre los "valores científico-tecnológicos" y los "valores humanísticos", tema por el que pasa el desarrollo plenamente humano. En lo que atañe a la utilización y regulación de las técnicas de fecundación humana, se parte de una reflexión sociológica, al sostener la necesidad de la regulación desde que "...estas técnicas ya se realizan en el mundo y en España..", y además por cuanto "la ciencia y la tecnología van a seguir inexorablemente su curso evolutivo. Se hace preciso el estudio puntual y concienzudo...", teniendo en cuenta las implicaciones científicas, biológicas, sociales, legales y éticas, a fin de buscar la respuesta adecuada.

En la Exposición de Motivos punto I, de la ley 35 de reproducción asistida promulgada por el Rey Juan Carlos I y el Presidente de Gobierno, luego de su aprobación por las Cortes Generales, se principia con la invocación de los avances científicos y tecnológicos en los campos de la biomedicina y biotecnología, que han posibilitado el desarrollo y utilización de las nuevas técnicas en el terreno de la reproducción asistida, como "alternativas a la esterilidad de la pareja humana."

Algunos de los puntos más destacables de la ley serían: a) La receptación clara y expresa del principio del "consentimiento informado" para la posible aplicación de las técnicas (arts. 1º, incs. 1º, 2º y 3º y 6º, incs. 2º y 3º (12); b) la consagración del secreto profesional estricto (referido a identidad de los donantes, esterilidad de los "usuarios", y circunstancias atinentes al origen de los hijos así concebidos (art. 2º, inc. 5º) salvo situaciones graves de aceptación, v. gr. caso de peligro de vida del hijo; c) prohibición de fecundar óvulos humanos con un propósito, ab initio, distintos al de la reproducción humana asistida; d) autorización limitada de la experimentación con preembriones no viables (art. 15 inc. 3º); e) autorización para fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos de la utilización de preembriones muertos o de preembriones humanos no viables (art. 17); g) prohibición e incriminación --con remisión a la ley de Sanidad-- de distintas formas ilegítimas de manipulación genética, según previsiones del art. 20. A modo meramente enunciativo destacamos las siguientes: 1) fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana; 2) mantener in vitro, y vivos, óvulos fecundados más allá del 14 día, descontado en tiempo de congelamiento; 3) comerciar con preembriones o sus células, así como su importación o exportación; 4) utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes; 5) crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza; 6) la selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no

autorizados; 7) la creación de pre embriones de personas del mismo sexo, con fines reproductores u otros; 8) la transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal, o la operación inversa; 9) la octogénesis o creación de un ser humano individualizado en el laboratorio; 10) el intercambio genético humano o recombinado con otras especies, para producción de híbridos, etcétera.

En cuanto a la extensión de los beneficios de la ley --ámbito personal--, dispone que las técnicas que regula "tiene por finalidad la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces (art. 1° inc. 2°) --sin requerirse el caso de esterilidad de la pareja que se mencionara en la Exposición de Motivos--; además extiende la aplicación de las técnicas con miras a la prevención y tratamiento de las enfermedades de origen genético o hereditario (inc. 3°).

En la normativa específica referida ahora a las denominadas "usuarias" de las técnicas, establece que "toda mujer", mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar, podrá recurrir a las mismas, dentro de las condiciones fijadas por el ordenamiento. No exige ésta ni el vínculo matrimonial, ni aun la existencia de una pareja heterosexual estable, pudiendo por lo tanto recurrir a la reproducción asistida tanto las mujeres solteras, las separadas, divorciadas e inclusive viudas.

Algunas críticas han surgido con respecto a las autorizaciones a mujeres solteras de someterse al tratamiento; entre ellas: a) la legitimación de la fecundación artificial de mujeres solas, *latu sensu*, contraría la razón misma de ser del desarrollo de las nuevas técnicas de procreación asistida; en tal sentido ello tampoco guarda coherencia con las consideraciones que se vierten en la Exposición de Motivos, en el cuanto --según allí se afirma-- se procura hallar remedio a los problemas de fertilidad de elevado número de parejas unidas en matrimonio; b) que no se computa suficientemente --en el articulado de la ley glosada-- el legítimo interés del nasciturus de tener un padre y una madre, y de nacer dentro del contexto de un grupo familiar pleno; c) en última instancia, no reconoce suficientemente el valor de la familia como célula social básica.

En Suecia rige desde el 1° de enero de 1985 una ley que regula los varios aspectos que presenta la inseminación artificial (Act-1984--: On Insemination), la misma, en el art. 2° circunscribe de manera taxativa la posibilidad de la IA a la mujer casada (o la que convive en paraje estable), previo consentimiento del varón. La difusión que en la sociedad sueca han adquirido las uniones de hecho --parejas que conviven en forma estable, sin contraer vínculo matrimonial--, indujo al legislador a incorporar a la pareja heterosexual estable, en cuyo caso la mujer puede acceder a la técnica IA. Pero no obstante ello, la Comisión parlamentaria descartó expresamente

extender la IA a mujeres solas, por estimar que ello implicaría una desviación inaceptable de las razones que llevaran al legislador a la aceptación y regulación de la IS: el ayudar a las familias a superar situaciones de esterilidad.

Es destacable la prioridad que esta ley asigna al interés de hijo. En tal sentido faculta inclusive al médico a evaluar, en base a consideraciones médicas, psicológicas y sociales de la pareja, si la IA resulta oportuna y conveniente, caso contrario, denegará la solicitud. Análogo criterio de protección a los intereses del hijo por nacer, se halla presente en un informe ulterior de la Comisión sobre fecundación extracorpórea y maternidad subrogada.

En lo que hace a la investigación sobre embriones, la ley española permite la investigación en embriones in vitro, se autoriza en la ley con el objeto de comprobar su viabilidad o con fines diagnósticos, pero, tratándose de embriones no viables, se autorizan otras formas de manipulación. subyace un criterio permisivo (aunque limitado y reglamentarista) en materia de experimentación e investigación con los llamados preembriones "no viables", que, no obstante los puntos limitativos que la ley consagra, importa sin embargo a nuestro juicio una manipulación ilegítima, aun cuando se invoque para su legitimación, el interés de la ciencia o el perfeccionamiento de las técnicas reproductivas.⁴⁵

"Informe Warnock". Emitido en 1984 por el "Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology".

El parlamento Británico decidió regular legalmente la investigación con embriones humanos que se estaba realizando en el Reino Unido desde finales de la década anterior. Se acordó fijar unos límites en la manipulación embrionaria y crear una autoridad que hiciera cumplir estos límites y dirimiera los conflictos que se generaran: la HFEA (Human Fertilisation & Embryology Authority). Para ello se constituyó una comisión integrada por 15 miembros de diversa procedencia académica y laboral y presidida por la filósofa de Cambridge Mary Warnock. Esta comisión sería la encargada de determinar las implicaciones sociales, éticas y legales de los progresos en el terreno de la reproducción asistida y de fijar el período del desarrollo embrionario durante el cual debería permitirse la investigación con embriones humanos.

Respondiendo así a los deseos del parlamento británico, el informe final del comité (Informe Warnock, 1984) fijó por consenso la edad de 14 días tras la concepción como edad límite para la investigación. De esta manera se daba luz verde a las manipulaciones que exigían los tecnólogos de la reproducción asistida.

⁴⁵ Hooft, Pedro Federico; "Procreación artificial y manipulación genética", Comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida; L.L 1991-A, 775.

Con el fin de dar mayor consistencia a las conclusiones y facilitar su aceptación por la opinión pública, los miembros de la comisión adoptaron el nombre de "pre-embrión" para denominar al embrión humano menor de 14 días. Sin embargo, en ningún momento entraron en la discusión de la condición última del embrión humano, limitándose a fijar unos límites pragmáticos y a buscar algunas razones de conveniencia que pudieran hacerlos más aceptables.

"Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación". Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica. Card. Joseph Ratzinger Perfecto y Alberto Bovone, febrero de 1987.-

Gracias al progreso de las ciencias biológicas y médicas, el hombre dispone de medios terapéuticos cada vez más eficaces, pero puede también adquirir nuevos poderes, preñados de consecuencias imprevisibles, sobre el inicio y los primeros estadios de la vida humana. En la actualidad, diversos procedimientos dan la posibilidad de intervenir en los mecanismos de la procreación, no sólo para facilitarlos, sino también para dominarlos. Si tales técnicas permiten al hombre "tener en sus manos el propio destino", lo exponen también "a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la naturaleza". Por eso, aun cuando tales técnicas pueden constituir un progreso al servicio del hombre, al mismo tiempo comportan graves riesgos. De ahí que se eleve, por parte de muchos, una llamada urgente a salvaguardar los valores y los derechos de la persona humana en las intervenciones sobre la procreación.

La biología y la medicina contribuyen con sus aplicaciones al bien integral de la vida humana, cuando desde el momento en que acuden a la persona enferma respetan su dignidad de criatura de Dios. Pero ningún biólogo o médico puede pretender razonablemente decidir el origen y el destino de los hombres, en nombre de su competencia científica.

El ser humano ha de ser respetado "como persona" desde el primer instante de su existencia. Los procedimientos de fecundación artificial han hecho posible intervenir sobre los embriones y los fetos humanos con modalidades y fines de diverso género: diagnósticos y terapéuticos, científicos y comerciales. De todo ello surgen graves problemas.

Esta Congregación conoce las discusiones actuales sobre el inicio de la vida del hombre, sobre la individualidad del ser humano y sobre la identidad de la persona. A ese propósito recuerda las enseñanzas contenidas en la Declaración sobre el aborto procurado: «Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se

desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre (...) la genética moderna otorga una preciosa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado el programa de lo que será ese viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas. Con la fecundación inicia la aventura de una vida humana, cuyas principales capacidades requieren un tiempo para desarrollarse y poder actuar.

Utilizar el embrión humano o el feto, como objeto o instrumento de experimentación, es un delito contra su dignidad de ser humano, que tiene derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y a toda persona humana. La Carta de los derechos de la familia, publicada por la Santa Sede, afirma: « El respeto de la dignidad del ser humano excluye todo tipo de manipulación experimental o explotación del embrión humano» . La praxis de mantener en vida embriones humanos, in vivo o in vitro, para fines experimentales o comerciales, es completamente contraria a la dignidad humana.

Necesidad de un Marco Normativo

Por lo general, los avances científicos y el dinamismo de la tecnología no siempre están acompañados de soluciones legislativas y jurídicas. Es así que en relación a temas como el que nos ocupa existen vacíos legales que no obstante deben resolverse. A pesar de no ser tarea sencilla y de las aristas que la reproducción humana asistida presenta, el derecho no puede ignorar la realidad.

En nuestro país no existe a la fecha una legislación específica sobre la fecundación "in vitro" ni sobre el status jurídico del embrión ni sobre el número de embriones a implantar, su conservación o el destino de los mismos. Se presentaron sí numerosos proyectos legislativos, con diversidad de posturas, como en la legislación y jurisprudencia extranjeras. Y aunque la mayoría de ellos perdió finalmente estado parlamentario, evidencian la preocupación -y también las dificultades- que el tema suscita.

La vida social es más amplia que el contenido del derecho y que, por lo tanto, éste debe estar atento a los cambios sociales para cumplir con los fines que tiene asignado en toda organización social; de lo contrario sólo será una expresión de deseos o de mandatos que no logra ejercer el control ni la paz social.

Si bien es cierto que el proyecto de reforma contiene una disposición expresa respecto al estatus jurídico del embrión-ampliamente criticada-, deja librado a una legislación especial posterior todo lo atinente a su protección.

Creemos necesario entonces, que dicha legislación sea sancionada con la mayor premura posible para que dichos embriones no queden totalmente expuestos y

a su vez, pueda brindar soluciones a los distintos conflictos que se suscitan en torno a los procedimientos de fecundación in vitro llevados a cabo en nuestro país.

Entre algunos de ellos podemos mencionar: destino de los embriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, regulación en torno al congelamiento de embriones, necesidad o no de implantar todos los embriones creados, posibilidad de adopción o donación de los mismos, necesidad de intervención del Ministerio Público o algún organismo judicial ante cualquier controversia que pueda llegar a acontecer, en especial para el caso de faltar el consentimiento de algunos de los “padres” a la hora de llevar a cabo la implantación.

A su vez se impone el deber de investigar posibles efectos perjudiciales de las técnicas de fecundación y transferencia de embriones. En ese sentido "La Sociedad Española de Cardiología (SEC) manifiesta que, según diversos estudios recientes, los niños concebidos por técnicas fecundación in vitro (FIV) tienen hasta un 50% más de probabilidades de presentar anomalías congénitas cardíacas respecto a los concebidos de forma natural. Concretamente los datos de estos estudios apuntan que la incidencia de malformaciones cardíacas congénitas es de entre 5 y 8 casos por cada 1.000 recién nacidos con vida en los casos de concepción natural, mientras que en los niños nacidos por FIV es más alta, de entre 10 y 15 casos por cada 1.000 recién nacidos vivos. Es decir, la probabilidad que tienen los niños nacidos por esta técnica de presentar una malformación cardíaca no llega al 1,5%, aun así esta probabilidad es el doble que la que tienen los que nacen de forma natural....".

Las causas de esta mayor incidencia de anomalías cardíacas en niños nacidos gracias a una FIV, con o sin ICSI, no se conocen con exactitud. Algunas podrían ser la edad avanzada de alguno de los padres; la esterilidad de los progenitores que ha conducido a la reproducción asistida; problemas relacionados con las técnicas en sí, ya que su inseminación fuera del útero materno podría tener influencias nocivas del ambiente externo sobre el embrión.⁴⁶

La Constitución por sí sola no puede evitar la existencia de “embriones en estado de abandono”.

Aguardamos una adecuada regulación legislativa sobre este problema, que no debe pasar sólo por el “qué hacer” con los embriones humanos existentes, sino, fundamentalmente, cómo evitar la existencia de embriones cuyo destino cierto no sea la implantación en el seno de la madre.

⁴⁶ Revista Digital Jano; Publicada por The Family Watch; “Documentación sobre la Salud Psicosocial de la Familia”; el 12 de julio de 2012.

Críticas. Nuestra posición

En términos generales, las diversas reflexiones, estudios y documentos sobre el status jurídico del embrión, coinciden en el sentido de que en modo alguno puede ser asimilado a la categoría jurídica de "cosa", res, pero a partir de allí las opiniones resultan divergentes.

El embrión humano se esta manipulando en muchos lugares como si fuese una simple cosa. Los biólogos y gobiernos se creen con derecho a decidir por su cuenta cuando existe realidad humana en el embrión. En realidad, la fijación del día 14 para la anidación del embrión resulta completamente arbitraria. Constataciones mas recientes demuestran que el mismo se anida alrededor del día 7, e incluso antes.

Algunos científicos como observamos anteriormente consideran de importancia esa fecha por la aparición de la estría primitiva que configura el cuerpo del embrión. Sin embargo se trata de una definición arbitraria, que desconoce que en la aparición de la "línea primitiva" no se produce ningún hecho que altere la esencia del ser humano ya presente desde el momento de la fecundación.

Negar la calidad de individuo al embrión sólo porque puede dividirse, implica confundir individualidad con indivisibilidad: siempre habrá una individualidad con una potencialidad de divisibilidad cada vez menor, lo que no invalida que en todo momento, antes y después de una división con separación de células, se pueda hablar de un individuo, que será único y uno solo. Una cosa cualquiera antes de dividirse, será siempre una sola cosa, un ser indiviso o individual.

Además, es dable pensar que la posibilidad de dividirse es una capacidad característica del organismo humano durante esa etapa particular del desarrollo. En consecuencia, la casualidad que un mismo cigoto se divida en dos o más células que sigan un crecimiento independiente, no refuta en absoluto la individualidad que el embrión humano detenta desde que se produjo la fusión cromosómica de los gametos que le dieron vida.⁴⁷ El hecho de que un individuo se vaya a duplicar más adelante en otros dos individuos, no obsta para que antes de dividirse sea un único individuo.

Respecto del quimerismo es un simple caso de injerto o trasplante molecular masivo que no suprime, por eso mismo, la individualidad de cada embrión fusionado.

Este fenómeno es producido por una unión de dos cigotos diferentes. Este dato no significa nada contra el hecho de que la vida empieza con la fertilización. Cuando dos individuos están realizando su desarrollo embrionario son, sin duda

⁴⁷

Dra. Sara Critto de Eiras y el Dr. Carlos María Cafferata; "Ponencia sobre el Inicio de la vida Humana en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial"; Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación; Año 2012.-

alguna, dos individuos diferentes; si uno sigue su desarrollo a expensas de otro que no puede continuar y muere, biológicamente no se plantea ningún problema teórico.

El quimerismo en cualquiera de sus modalidades posibles, no es una prueba definitiva para negar la individualidad o la personalidad de los embriones. Además este hecho confirma que cada uno de los cigotos se desarrollaba en forma autónoma y según un programa definido, pero la intervención de una causa externa provoca el fin de una existencia y la continuidad de otra.

Una opinión bastante común, de la cuál participan los juristas autores del proyecto de reforma del Código Civil, pospone el comienzo de la vida humana al momento de la anidación o implantación del embrión en la pared uterina. No hay razón alguna para suponer tal cosa, ya que la anidación, no añade nada a la programación del nuevo individuo, aunque sí influya en la realización. Existe evidencia experimental de la distinción entre el embrión-aún en su etapa mas elemental de desarrollo- y su madre. Aquellos que exigen la implantación cabe advertir que la misma sólo importa un cambio en el lugar donde se desarrolla el embrión sin que haya existido un cambio ontológico en el ser que está creciendo. Por su parte se encuentra comprobado científicamente que el fenómeno natural de la anidación se produce en el seno materno con participación del cigoto, lo que demuestra su actividad. Todas las fases de la morfogénesis (si no todas las divisiones iniciales) anteriores a la implantación dependen de la actividad de los genes propios del embrión como hemos visto anteriormente.

En conclusión, determinar el momento de la concepción con el inicio de la gravidez de la mujer no añade nada a la conformación genética del ser humano, pero sí consciente poder legitimar la experimentación con los embriones humanos, dado que, en definitiva, no se estaría en presencia de un ser humano, sino de un grupo de células que presentan una potencialidad de vida humana.

Con respecto a unas de las opiniones más extremas mencionadas al diferenciar al embrión de los primeros días como no partícipe de la especie humana entonces cabría preguntarse ¿de qué especie sería? El cuerpo humano puede madurar sólo si ya lo es de hecho. No llegara nunca a ser humano si no lo ha sido desde el inicio.

Esto ya fue señalado por LEJEUNE (descubridor de la trisomía del cromosoma 21, que origina el síndrome de Down), es decir que desde el momento mismo de la concepción hay un individuo de la especie humana, pues, en sus palabras:

« [...] cada individuo tiene un inicio exacto: el momento de la fecundación. La fecundación artificial lo demuestra. De ahí que el Dr. Edwards y el Dr. Steptoe, cuando volvieron a situar el embrión de Luisa Brown primera niña probeta del mundo- en el seno de la madre, estaban perfectamente seguros de que ese embrión no era ni un tumor, ni un animal,

*sino un ser humano en su extrema juventud. Después de más de mil casos de fecundación extracorpórea realizados en el mundo, una doble evidencia se impone: el embrión humano se desarrolla completamente por sí solo, por su propia virtud y está dotado de una increíble vitalidad».*⁴⁸

Porque el blastocisto(embrión de los primeros días) pierde su capacidad de implantación en las técnicas de fecundación in vitro, se niega que sea un ser humano personal, sin preguntarse cual es la razón científica de esa pérdida. Si bien es cierto que pierde su capacidad de anidación, no pierde la capacidad de continuar su desarrollo. Si un día la ciencia lo lograra, como es posible pueda llegar a suceder, el concepto desarrollo en laboratorio del embrión humano, entonces el fundamento de esta postura caería en abstracto. La misma existencia del método FIVET demuestra la autonomía intrínseca del embrión.

El hecho de asociar la posibilidad de hacer valer sus derechos con la capacidad de sentir el dolor resulta una hipótesis falaz. Se podría poner de ejemplo el caso de un ser humano bajo anestesia general, el cual al no experimentar dolor de ningún tipo no sería una persona.

El desarrollo cerebral de esta manera, tampoco marca el comienzo de la existencia del ser humano. Los conocimientos actuales revelan que en las fases más precoces del desarrollo embrionario existen células con actividad nerviosa, bastante antes de que se pueda adivinar la formación de un cerebro elemental. El surgimiento de la cresta neural- primer esbozo del sistema nervioso- no es un dato relevante para cuestionar el carácter plenamente humano del embrión. La propia formación del sistema nervioso es una muestra de la continuidad del desarrollo humano, ya que el proceso de maduración dura mucho tiempo y no termina con el nacimiento. Esta continuidad impide aislar de modo arbitrario un instante del proceso a partir del cual se considere que comienza la existencia de un ser humano.

La directora de la Cátedra de Bioética Jérôme Lejeune, la doctora Mónica López Barahona, ante este tipo de argumentos que equiparan la formación de la conciencia a la vida humana ha reflejado su postura con contundencia: “Esta es una cuestión que se plantea habitualmente. Si aceptamos que sin conciencia no hay vida humana es que tampoco existe cuando dormimos o cuando nos anestesian. No es un argumento que se pueda sostener con rigor científico. Otra cuestión diferente es que el feto adquiera todas sus características plenamente humanas a partir de un punto, y

⁴⁸

Dr. Fernando López de Zavalía; “Errores muy graves en el proceso de Derogación del Código Civil de los argentinos y gravísimos vicios de contenido en el libro I del Proyecto”; Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación; Año 2012; Pág. 10.-

que haya quien piense que la vida es disponible hasta ese punto. Pero es un razonamiento que entra en otro plano de discusión”.⁴⁹

No hay razones para no considerarlo persona humana desde la fecundación; aunque no pueda utilizar algunas de sus facultades hasta alcanzar un mayor grado de desarrollo. El hecho que las primeras células sean indiferenciadas y totipotenciales (cualquier célula puede producir cualquier órgano), es un mecanismo biológico destinado a velar que la pérdida de algunas células impida el desarrollo completo del cuerpo. Si luego las células se diferencian formando los distintos órganos, es necesario admitir que ya existía desde el principio un centro director y organizador del proceso. Se dice que el proceso no está aun suficientemente explicado, pero lo fundamental es reconocer el deber de respeto desde que existe un ser humano con la información genética completa.⁵⁰

Resulta de interés poner de manifiesto la refutación que el Dr. Fernando Monge que es otro científico, hace de estas teorías: “La circunstancia de que, en las primeras fases del desarrollo, las células sean indiferenciadas-de modo que cualquiera de ellas puede ser un embrión completo- se ha empleado para poner en duda que tal masa celular sea un individuo. No obstante, ese suceso responde simplemente a una razón de utilidad biológica: de esa manera, el individuo puede continuar su desarrollo, independientemente de que en sus primeros momentos se produzca la pérdida ocasional de algunas de esas células.”⁵¹

El jurista Fernando López de Zavalía en un artículo publicado por la revista jurídica La Ley y en respuesta a lo manifestado por la Sociedad Argentina de Medicina que realiza una distinción entre pre-embrión y el embrión implantado ha dicho que el pasaje contiene una insalvable falla lógica pues comienza afirmando que

“Desde la perspectiva biológica la vida es un proceso dinámico y continuo, no un momento, y desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza en cuando comienza la persona, para más adelante disparar esta desconcertante afirmación “ Si bien el pre-embrión no es persona actual..” la contradicción es tan evidente que golpe la vista, pues si por hipótesis “ desde un punto de vista estrictamente científico, no puede afirmarse con certeza cuando comienza la persona” (lo cual, se ha de ver correcto de acuerdo al actual paradigma científico), la afirmación según la cual en ese proceso dinámico y continuo “ el pre-embrión no es persona actual”, se presenta como manifiestamente vertida fuera de la esfera de competencia rigurosamente científica, para configurar un mero prejuicio u opinión ajeno al campo estricto de la ciencia”.

⁴⁹ Diario El Confidencial; “En la ciencia no hay discusión: hay vida humana desde que el embrión existe”; España; 8 de Noviembre del 2012.-

⁵⁰ P.Díaz, Hernández, Morelli, Obiglio, Albornoz, Scala, Baró; Valor de la vida. Cultura de la muerte (Elementos de Bioética); Centro Tomista del Litoral Argentino.; 2ª Edición actualizada. Pág. 175.-

⁵¹ Dra. Sara Critto de Eiras y el Dr. Carlos María Cafferata; “Ponencia sobre el Inicio de la vida Humana en el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial”; op. cit; Pág. 11.

En realidad la biología no nos puede decir mucho acerca de la persona humana, porque este es un concepto primero filosófico, y luego jurídico; lo que sí nos puede contestar y de hecho lo hace, es a partir de que momento existe un organismo vivo diferente de los que configuran la individualidad de sus padres; ese momento es la fecundación, o unión de gametos, porque a partir de entonces hay un "quid" o entidad con ADN propio. En efecto, si la ciencia no nos puede decir cuando comienza la persona, tampoco nos puede decir que el pre-embrión no ha alcanzado dicho status.⁵²

Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentra 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. Siendo 46 cromosomas mezclados para formar una nueva célula con diferente información genética que define a una persona como única e irrepetible y quien se mantendrá toda la vida. Después de la fecundación, no puede señalarse en ningún momento un cambio radical que autorice a opinar que ahí empieza la vida humana; es una arbitrariedad incompatible con conocimientos elementales. El hecho que el nuevo ser se encuentre en plena etapa de desarrollo no da derecho a que se le niegue su personalidad fijando plazos arbitrarios o exigiendo que determinada parte de su cuerpo se encuentre formada para de esta manera reconocer su cualidad de persona.

Los cambios morfológicos y funcionales que el embrión sufrirá durante la gestación y desarrollo a lo largo de su existencia estarán dispuestos en su propio código genético y, por ende, dirigidos por él mismo. La obligación de defender la vida se torna fundamental y prioritaria respecto de otros valores, incluido el de la adquisición de nuevo conocimientos científicos necesarios para el alcance de la ciencia y la curación de enfermedades.

Si se reconoce al embrión humano como individuo, con la cualidad y dignidad propias de la persona humana, consecuentemente debe reconocerse el deber de su protección jurídica.

La vida del embrión humano debe reconocerse como inviolable y no instrumentizable para ningún fin externo. Bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano.

⁵² Fernando López de Zavalia; Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el Proyecto de Código. L.L. ISSN 0024-1636, nº 158; 23 de Agosto de 2012.-

Conclusión

A lo largo de estas páginas se ha argüido que la vida humana comienza a partir de la concepción, sin distinción del lugar en que ésta haya ocurrido. Esta situación científica es reconocida jurídicamente como hemos podido explicar, a través del Código Civil de acuerdo a una interpretación congruente con el pensamiento filosófico del codificador en la materia.

Con la reforma constitucional de 1994 y la consiguiente adquisición de jerarquía constitucional de algunos tratados de derechos humanos, dicha protección pasa a tener rango constitucional expreso por medio de la protección jurídica de la persona desde su concepción, sin distinción del lugar en que hayan sido concebidas, no importando tampoco si el embrión obtenido por reproducción asistida fue o no transferido a la mujer. De acuerdo a la Constitución, en todas esas circunstancias el embrión humano es un niño.

Este criterio es ratificado ampliamente por la jurisprudencia Argentina. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en múltiples ocasiones, ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva y que resulta garantizado por la Constitución Nacional.

De acuerdo a los fundamentos esgrimidos, el artículo 19 de proyecto de Código Civil importa la incorporación a nuestro ordenamiento de un doble régimen de protección de la persona humana, el cuál no resulta compatible con nuestra legislación, principios jurídicos y doctrina predominante, al contemplar de manera distinta dos situaciones iguales. No se puede discriminar a un ser humano por su grado de evolución, etapa de desarrollo, sexo o raza.

Por lo expuesto, la vida humana comienza con la fecundación según la ciencia (cualquiera sea el lugar en que se ha llevado a cabo) y así debería plasmarse en la reforma del Código Civil pues se atentaría contra el derecho a la vida humana si se admite que el comienzo de la vida humana comienza después de la implantación. El Código Civil de nuestra Nación debe proteger la vida. De esta manera se podrá lograr el propósito de actualización de nuestro ordenamiento, sin que ello implique una violación de nuestras tradiciones y principios jurídicos.

Dado el carácter público de dichos procedimientos, no pueden quedar librados a la voluntad de las personas los problemas que puedan surgir. Es deber del Estado la sanción de una ley que además de proteger al embrión respetando su dignidad, pueda dar solución a las diferentes situaciones que en la actualidad se vienen desarrollando como consecuencia de las prácticas de fecundación y transferencia de embriones para

que los jueces puedan aplicarla a los conflictos llevados a su conocimiento sin tener que recurrir a los Tratados Internacionales y a la interpretación de la legislación actual.

El nasciturus merece una especial protección porque desde su concepción ya forma parte de la sociedad humana, ya posee dignidad humana y es un ser humano irrepetible y, además, su indefensión y vulnerabilidad son totales.

Santo Tomas y los antiguos moralistas aplicaron un proverbio, hoy olvidado pero no por ello desacreditado que dice: "vida probable, vida cierta"; querían expresar lo siguiente: cuando haya seria probabilidad sobre la existencia de una vida humana personal, debemos comportarnos como si hubiera total certeza, por el riesgo implicado en tocar una vida humana. La mera sospecha de que la supresión del embrión comporte la supresión de un ser humano, implica el deber ético de respetarlo y tutelararlo siempre.

Así me parece.

Bibliografía

- Blasi, Gastón Federico. Artículo: “*¿Cuál es el Estatus jurídico del embrión humano? Un estudio multidisciplinario*”.
- Barahona Mónica López y Ramón Lucas Lucas. “*El Inicio de la vida. Identidad y estatuto del embrión humano*”. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid. 1999.
- Banchio, Enrique. “*Inseminación Artificial. Persona por nacer. Bioética*”. L.L 1991-B, 826 - LLP 1991, 01/01/1991, 283
- Centro de Bioética. Persona y familia. Página oficial: www.centrodebioetica.org.
- Centro de Estudios Americano. El status jurídico del embrión en el Proyecto de Reforma del Código Civil.
- Diario La Nación.
- Diario Clarín.
- Domingo. M Basso. Estudios en Bioética Contemporánea: “*Nacer y morir con dignidad*”. Lexis Nexis. Cuarta Edición.
- Elio Sgreccia. “*Manuel de Bioética*”. Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud. Editorial Diana.
- Francesco D’ Agostino. “*Bioética: Estudios de Filosofía del Derecho.*” Ediciones Internacionales Universitarias Madrid. 2003.
- Dr. Fernando López de Zavalía. “*Errores muy graves en el proceso de derogación del Código Civil de los Argentinos y gravísimos vicios de contenido en el libro I del Proyecto*”; Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación.
- Hidalgo, Soraya Nadia. “*Inseminación Artificial. Bioética. Persona por nacer*”. Publicación; La Ley 1993-D, 1103.
- Hooft, Pedro Federico. “*Persona por nacer. Derecho Comparado. Inseminación Artificial*”. La Ley 1991- A, 775.
- J.M. Serrano Ruiz-Calderon. Retos Jurídicos de la Bioética: “*Ética y Sociedad*”. Ediciones Internacionales Universitarias Madrid. 2005.
- Jáuregui, Rodolfo G. “*La adopción de embriones supernumerarios*”. L.L DJ2004-1, 825.
- Krasnow, Adriana N. “*Comienzo de la existencia de la persona*”. La ley On-line.

- Krasnow, Adriana N. “*El derecho a la identidad de origen en la procreación humana asistida*”. L.L. 2007-F, 1224.
- López de Zavalía. “*Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”. L.L. Año LXXVI nº 158.
- Monseñor Jose Arancedo. “*Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil*”; Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación.
- P.Díaz, Hernandez, Morelli, Obiglio,Albornoz,Scala,Baró. “*Valor de la vida. Cultura de la muerte*” (Elementos de Bioética).Centro Tomista del Litoral Argentino. 2ª Edición actualizada.
- Podestá, Andrea Inés. “*Status Jurídico del Embrión*”. Revista del Notariado 816,151.
- Rodolfo Barra. Artículo “*Embriones Expósitos*”; Publicación El Derecho; 2012.
- Rodolfo Barra. Artículo “*El estatuto jurídico del embrión. La solución argentina*”. Cit., ED, 187-1516.
- Sambrizzi, Eduardo A. “*Sobre el comienzo de la existencia de la persona*”. Publicación: Revista Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Cita: IJ-LXVI-392.
- Sara Benjamina Critto de Eiras y Carlos María Cafferata; Ponencia presentada ante la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación para la reforma, actualización y unificación de los Código Civil y Comercial de la Nación.