



TRABAJO FINAL DE GRADUACION

**LA REGULACION JURIDICA DEL EMBRION
HUMANO ANTES Y DESPUES DE LA
NUEVA REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACION.**

LORENA RUTH GONZALEZ

Universidad Siglo XXI

Abogacía

2016

Agradecimientos

Quisiera dedicar unas líneas en agradecimiento a todas aquellas personas que me han acompañado en este camino, que hoy llega a su fin.

Principalmente, a mi familia, quienes me han dado su apoyo incondicional. A mi esposo e hijos que me han entendido y acompañado con todo su corazón, dándome siempre una palabra de aliento y fortaleza cuando mis fuerzas parecían acabar, aguantando mi mal humor, quitándoles tiempo de disfrute por no disponer del tiempo necesario, es por eso que les doy las gracias de corazón.

A mis amigos incondicionales, que siempre estuvieron ahí, y finalmente a mis padres a quien le entrego con mucho orgullo este título tan preciado y por el cual he luchado y he trabajado con mucha dedicación, porque si hay alguien que se lo merece son ellos que dieron todo para que yo sea la persona que soy.

Simplemente muchas gracias.

Lorena Ruth González.

Resumen

Es evidente la laguna jurídica que hay sobre la problemática del embrión humano, tras haber sido modificado el Código Civil Argentino de Vélez Sarsfield, que en su artículo 70 establecía que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona”, definición que fue modificada por el artículo 19 según la Ley 26994, donde establece que “La existencia de la persona humana comienza desde la concepción”, excluyendo así el concepto del seno materno y dejando una puerta entreabierta con respecto al embrión como persona y desde cuando se considera la concepción del mismo, debido a que desde ese momento comienza a tener derechos consagrados en distintas leyes y en la Constitución Nacional.

A través del presente trabajo se describe todo lo relacionado con la concepción del embrión humano, sus derechos, como influye esta modificación dentro de las técnicas de reproducción asistida y la escasa regulación jurídica del embrión humano en el Derecho Argentino.

Palabras claves: Embrión humano, concepción y regulación jurídica.

Abstract

Clearly the loophole that is on the issue of human embryo, after being modified the Argentine Civil Code of Velez Sarsfield, that Article 70 stated that "From conception in the womb begins the existence of the person" definition was amended by Article 19 according to Law 26994, which states that "the existence of the human person begins at conception", excluding the concept of the womb and leaving a half-open with respect to the embryo as a person door and since when it is considering the conception of it, because from that moment begins to have rights enshrined in various laws and the Constitution.

Through this work related to the conception of the human embryo, their rights are fully described, as influences this change in assisted reproduction techniques and poor legal regulation of the human embryo in the Argentine law.

Keywords: Human embryo, conception and legal regulation.

Índice

Introducción.....7

Capítulo I

Nociones Generales.

1- Introducción.....8

1.1-Conceptualizacion de la concepción.....12

1.2-Conceptualizacion de embrión..... 13

2- Diferentes teorías sobre el momento en el que acaece la
concepción.....,.....14

2.1- Teoría de la Fecundación.....15

2.2- Teoría de la Singamia.....16

2.3- Teoría de la Implantación o Anidación.....16

2.4- Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central.....17

3- Breve Reseña histórica sobre las Técnicas
de Reproducción Asistida.....18

3.1- Métodos de reproducción asistida de alta y baja complejidad.....20

Capítulo II

Lineamientos Doctrinarios.

1-Diferentes posturas doctrinarias sobre el status jurídico del embrión humano y del embrión humano no implantado.....	22
1.1-Clasica, Ética y Moral.....	22
1.2-Bioética.....	23
1.3-Jurídica.....	24
1.4-Religiosa –Cristiana.....	26
2- Derechos que se le confieren al embrión.....	27
2.1-Derecho a la vida.....	28
2.2-Derechos personalísimos.....	30

Capítulo III

Legislación Nacional e internacional.

1-Consecuencias de la modificación del artículo 70 del Código Civil y Comercial de Vélez Sarsfield.....	33
2-Breve descripción del artículo 19 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.....	35
3- Ley 26862: Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.....	35

4- Inscripción de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida y su respectiva filiación.....37

Capitulo IV

Marco legal protectorio del embrión humano.

1-Marco legal protectorio del embrión humano y del embrión humano no implantado.....39

1.1-Argentina.....39

2- Tratados internacionales con jerarquía constitucional.....42

Capitulo v

Antecedentes Jurisprudenciales Nacionales e Internacionales.

1- "Artavia Murillo c/Costa Rica".....46

2- Leading case Roe v Wade sentenciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.....48

3- "Portal de Belen-Asociacion Civil sin Fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social".....49

4- "Rabinovich, Ricardo David s/medidas precautorias (R., R. D.)".....50

CONCLUSIONES FINALES	52
BIBLIOGRAFIA	55
ANEXO	64

Introducción

En el presente trabajo se abordara principalmente la situación jurídica del embrión humano, antes y después de la Reforma del Código Civil y Comercial Argentino, donde se cuestiona el comienzo de la existencia humana y se genera una evidente laguna jurídica con respecto a la situación del embrión humano no implantado.

Antes de esta modificación, el artículo 70 establecía que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona”, dicha definición fue modificada por el artículo 19 según la Ley 26994, donde establece que “La existencia de la persona humana comienza desde la concepción”, excluyendo el concepto del seno materno y trayendo en consecuencia numerosos cuestionamientos sobre la reproducción asistida.

Como sostuvo la Federación Ecuatoriana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia en el año 2008, la ciencia enseña que la vida comienza en la concepción, desde el momento en que el ovulo es fecundado se transforma en una nueva vida, que no es la del padre ni la de la madre, sino un ser humano que se desarrolla.

A partir de este cambio sustancial comienzan a surgir diferentes interrogantes con respecto a ¿Desde cuándo el embrión humano debe ser considerado persona?, ¿Cuál es su status jurídico? ¿Falta legislación al respecto? ¿Cuándo acaece la concepción?, interrogantes que generan un intenso debate,

El proyecto de Código Civil, 2012, se apoyaba en un doble régimen para el inicio de la personalidad, según el modo en que era concebida. Por un lado están aquellos que han sido concebidos de manera natural y que gozaran de este derecho desde su concepción, y por el otro lado están aquellos que han sido concebidos por procreación artificial, que recién tendrán ese derecho, en el momento de ser implantados en la mujer.

Para comenzar la aproximación del tema de estudio, en primer lugar recurrimos a analizar el concepto de concepción. De acuerdo al uso que se le dé a la misma, la palabra concepción puede referirse a distintas cuestiones.

En un sentido amplio, concepción se refiere a la acción y al resultado de concebir, en tanto estrictamente en el ámbito de la Biología, se llama concepción a la unión de dos células sexuales que dan como producto una célula cigoto. En este uso del término la palabra concepción actúa como sinónimo de concepto de Fecundación.

Desde el punto de vista biológico entonces el embrión desde la concepción es vida humana, no es una cosa que pueda manipularse, congelar y deshacer, no hay que esperar que nazca para que se lo considere persona y como tal se lo respete.

A fines de la década del 80 entro en auge en Latinoamérica las técnicas de Reproducción Asistida y Fertilización In Vitro, incorporando un nuevo modo de concepción. Este avance de la ciencia no fue acompañado por la legislación dejando así una laguna normativa con respecto al embrión humano no implantado.

Establecer el inicio de la vida en un momento distinto al de la concepción trae numerosas consecuencias, por ejemplo permite la manipulación de embriones, autoriza el aborto de embriones, y crea un mercado, en donde se comienzan a comercializar y es a partir de esto que surgen distintas opiniones con respecto a si el embrión humano merece ser protegido como persona, a partir de qué momento comienza a adquirir derechos etc., a partir de aquí surge un nuevo dilema y es que si ¿el embrión humano debe ser implantado para ser considerado una persona? y si no fuese así, entonces estaríamos vulnerando la dignidad humana a tal punto que se estaría permitiendo que sea por ejemplo la voluntad de un tercero quien decida si nace o no.

Por los motivos expuestos es que el problema de investigación elegido para el presente trabajo es ¿Cuál es el status jurídico que le otorga el Derecho Argentino al embrión humano no implantado?

Teniendo en cuenta este problema de investigación es que nos hemos fijado como objetivo general: en primer lugar, describir el momento a partir del cual se reconoce al embrión humano como persona y en segundo lugar, analizar la regulación

del embrión humano no implantado en el Derecho Argentino, sus deficiencias y limitaciones a la luz de la normativa internacional.

A los efectos de cumplir con los objetivos propuestos, el trabajo se realizara mediante una investigación Cualitativa de carácter Exploratorio que “como su nombre lo indica”, consiste en examinar o explorar un tema o problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado nunca antes, en este caso nos dedicaremos a examinar un tema muy estudiado.

El presente trabajo final de graduación se compondrá de la siguiente manera:

El capítulo I tiene finalidad netamente introductoria y en el mismo se hace referencia a los conceptos básicos de dicha problemática, como el concepto de concepción, sus diferentes teorías, el concepto de embrión y una breve introducción a las técnicas de reproducción asistida.

En el capítulo II se analizara las distintas posturas doctrinarias con respecto al status jurídico del embrión humano y del embrión no implantado y se describirán los derechos que se le otorgan como el derecho a la intimidad y a la integridad física.

En el capítulo III se analizará la normativa legal vigente que regula dicha cuestión, las consecuencias de la modificación del art 70 y además se describirá un conjunto de leyes que se relacionan con la temática planteada.

En el capítulo IV hace referencia al marco legal protectorio del embrión humano y el análisis de los diferentes documentos internacionales, como la Declaración de los Derechos Humanos y La Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Finalmente el capítulo V describirá y comparara los diferentes antecedentes jurisprudenciales con respecto a la temática planteada.

Inmediatamente, luego del desarrollo de los capítulos, en la última parte se elaborarán las conclusiones finales a las que se arribe.

Capítulo I

Nociones Generales.

1- *Introducción.*

El presente capítulo está destinado a establecer una breve introducción de los conceptos básicos, como la concepción, embrión humano, sus diferentes teorías y las diferentes técnicas de reproducción asistida.

1.1- *Conceptualización de la concepción.*

Al decir de Jerome Lejeune (1993) la vida tiene una historia muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso que es el momento de la concepción.

Para poder dar un concepto específico, se recurre a la rama de la Biología, desde el punto de vista de esta ciencia, la concepción es la fusión de dos células sexuales, que dan lugar al cigoto, donde se encuentra la unión de los cromosomas tanto del hombre como de la mujer.

“La concepción se refiere al momento en el que el espermatozoide penetra y fertiliza el ovulo para formar un cigoto viable no se refiere al proceso de implantación que es un proceso aparte y que ocurre pocos días después” (RAHWAN R, 1995, pág. 252).

Pero ¿en qué momento podemos decir que hay un nuevo individuo?, la respuesta a este interrogante no es tan simple, y va a depender de la posición filosófica que se tome.

Desde el punto de vista biológico la fecundación es un proceso que transmite vida de generación en generación, dando comienzo a la existencia humana desde las primeras divisiones celulares del cigoto.

Jerome Lejeune (1993) afirma que existe un ser humano desde la concepción, instante en el que la célula femenina recibe toda la información que contiene el espermatozoide.

El concepto de vida puede ser definido desde diversos enfoques. La noción más habitual está vinculada con la Biología, que sostiene que la vida es la capacidad de nacer, crecer, reproducirse y morir, otra forma de interpretar el concepto está vinculada al estado de actividad de los seres orgánicos y la fuerza interna del hombre frente a los cambios y en cuanto al punto de vista de la religión, la vida es la unión del cuerpo y el alma. Y la muerte es el fin de la vida.

Pero quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia humana y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización de la vida.

Hecha esta distinción se puede decir que desde el punto de vista de la Biología estamos ante un nuevo organismo humano que posee un funcionamiento independiente al de la madre.

Como sostuvo el Comité Nacional de Ética en la Ciencia y Tecnología (2014), el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida son conceptos sustancialmente diferentes.

1.2 – Conceptualización del embrión humano.

Para la ciencia, un embrión es aquel organismo en pleno desarrollo, el cual va desde el comienzo en el huevo (cigoto) o en su defecto en el útero materno y hasta que se desarrollen bien sus diferentes órganos. Es la etapa inicial del desarrollo humano.

En el caso de los seres humanos, se habla de embrión desde el momento de la fecundación hasta la semana séptima para luego ser denominado feto.

Al decir de Ferrer (2015) dentro de la Biología reproductiva existen muchos conceptos que las personas sin conocimiento pueden confundir entre ellos encontramos a: Cigoto, Embrión y Feto.

Homero Sanchez-Sanchez (2000, p.5) opina que:

“El cigoto es el primer estadio de la vida, aparece tras la unión del ovulo y el espermatozoide, formándose una nueva célula. Algunas horas después de la fecundación, el cigoto avanza por la trompa mientras va multiplicando el número de sus células, hasta llegar a constituir un ser de miles de millones de células, todas con un mismo código genético y cada una de ellas con su información correspondiente”.

A partir de ese instante y hasta la semana 8 de gestación se produce el desarrollo del embrión y cuando la gestación llega al final de la semana 8 comienza la etapa fetal, siendo este el periodo más largo y donde el futuro bebe se llamara feto hasta el nacimiento que pasara a denominarse bebe (FERRER, 2015).

En este sentido la Biología sostiene entonces que la formación y el desarrollo humano, es un proceso único, continuo y gradual desde el momento de la fecundación, con la cual se forma un nuevo ser humano, y desde ese mismo instante, está dotado no solo de un código genético sino también de un valor antropológico único y del derecho fundamental a la vida.

2-Diferentes teorías sobre el momento en el que acaece la concepción.

Hay diversas teorías con respecto al momento en el cual acaece la concepción, la discusión se centra entre quienes y bajo que posturas pretenden justificar otras.

Por un lado están los doctrinarios que sostienen que la vida comienza con la penetración del espermatozoide al ovulo, por otro se ubican aquellos que señalan que la selección de embriones es lo correcto para una eventual inseminación artificial y por último los que afirman que el origen de la vida depende de la implantación del embrión en el útero materno (GUTIERREZ., 1998).

Con respecto a las teorías sobre la concepción Gorini, Jorge L (2006), en su artículo para la Biblioteca Jurídica Argentina describe 4 teorías que existen con respecto al comienzo de la existencia humana: Teoría de la Fecundación, Teoría de la Singamia, Teoría de la Implantación y Teoría de la Formación del Sistema Nervioso.

2.1- Teoría de la Fecundación.

Denominada también Teoría de la penetración del ovulo por el espermatozoide, cuyo argumento principal radica en afirmar y sostener que el ovulo fecundado conducirá a un ser humano.

El embarazo se define a partir de la concepción, así lo indica la Organización Mundial de la Salud y la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia.

Dicha teoría sostiene además que desde el mismo momento en el que el cigoto contiene veintitrés cromosomas aportados por los gametos, se inicia un proceso uniforme y autogobernado por el embrión que conducirá a un ser humano con características morfo funcionales.

En palabras de Blasi (2014) el embrión es auto gestante, como lo demuestra el hecho de que pueda implantarse fuera del útero y seguir desarrollándose.

A esta teoría se adhiere la Iglesia Católica proclamando que el respeto a la vida se impone desde el comienzo del proceso, es decir desde la Fecundación.

2.2- Teoría de la singamia o unión de los pronúcleos del óvulo y el espermatozoide.

Para esta teoría, después de la penetración del espermatozoide en el ovulo se produce la unión de las células femeninas y masculinas (SINGAMIA), que al unirse transmiten toda la información genética creando así una nueva célula llamada Cigoto (BLASI, 2014).

En opinión de Jerome Lejeune (1993), catedrático de Genética de la Universidad de la Sorbona, existe un ser humano desde el momento en el que se produce la fecundación, desde el instante en que al ovulo le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide. Defendiendo además la condición de ser humano del embrión desde la unión de los pronúcleos que dan lugar a lo que se llama seres humanos tempranos o pequeñas personas, negando la existencia del pre embrión, expresando que antes del embrión solo existe el ovulo y el espermatozoide.

2.3- TEORÍA DE LA IMPLANTACIÓN O NIDACIÓN.

Mediante la teoría de la Anidación se fija el inicio de la vida en el mismo instante en que el embrión humano se implanta en el útero, fenómeno que se produce entre el día séptimo y el catorce de la evolución posterior a la fusión de los núcleos de los gametos.

Lo fundamentan en que en este momento se puede determinar que el embrión es único y uno solo, otro argumento en el que se basan es que al menos la mitad de los embriones formados naturalmente no se implantan.

En este sentido Gorini (2006) equipara la implantación con el inicio de la vida humana, quedan absolutamente desprotegidos aquellos óvulos fecundados in vitro, independientemente del estado de evolución que hubieren alcanzado.

Blasi (2014) señala que aquellos que sostienen esta teoría argumentan que el embrión hasta la anidación es un mero conjunto de células que a pesar de tener vida la misma no es humana y por consiguiente no se está en presencia de un ser humano y los que critican a esta posición sostienen que no hay razón para posponer el comienzo de la vida humana al momento de la anidación pues ello no añade nada a la conformación genética del individuo.

2.4-Teoría de la formación del sistema nervioso central.

Para esta corriente, el comienzo de la vida humana se establece entre el decimocuarto y cuadragésimo día posterior a la fecundación, momento en el que se forma el sistema nervioso central, lo que para ellos es la verdadera instancia diferenciadora. Esta teoría también es conocida como la teoría de la línea primitiva o surco neural. (BLASI, 2014).

Con la aparición de los rudimentos, que luego serán la corteza cerebral, se está en frente a un ser viviente, ya que a partir de ese momento el embrión presenta una característica humana, que lego consistirá en trasladar la información genética al sistema nervioso central (Lamadrid, 1990).

Entre los que apoyan a esta corriente podemos mencionar a Peter Singer (2004), Titular del Centro de Bioética Humana de la Monash University de Melbourne Australia quien opina que de la misma manera que se considera la muerte cerebral como fin de la vida humana, deberíamos considerar el nacimiento del cerebro como principio de la vida humana.

3- Breve Reseña histórica sobre las Técnicas de Reproducción Asistida.

Desde fines de la década del '80 entró en auge en Latinoamérica un nuevo modo de resolver los serios inconvenientes que encuentran algunas parejas al momento de concebir; habiendo comenzado varios años antes en el viejo continente; se trata de la Fertilización In Vitro o La Fecundación Artificial.

El comienzo de la vida humana genera diversas posiciones éticas, filosóficas y sociológicas a nivel mundial, y también en Argentina. A pesar del gran avance que implica la Ley 26862 de Reproducción Medicamente Asistida, todavía no está determinado el destino de los embriones, quedando los mismos totalmente desprotegidos.

En la Argentina luego de numerosos debates médicos, filosóficos, jurídicos se aprobó en el 2013 La Ley 26862 de Reproducción Medicamente Asistida.

Dicha norma tiene por finalidad garantizar el acceso integral de los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de la reproducción medicamente asistida¹, pero sin expedirse respecto a la situación jurídica del embrión humano no implantado como sujeto de derecho.

De los propios fundamentos del Anteproyecto del Nuevo Código Civil Unificado surge el reconocimiento de la personalidad jurídica del embrión concebido intra o extra corpóreamente, pero solo recién a partir de su implantación en el seno materno, coincidiendo con la posición adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo Murillo vs Costa Rica, que desconocen la personalidad jurídica del embrión no implantado.

Con respeto al Código Civil y Comercial, no deja en claro que se entiende por concepción cuando se habla de personas nacidas por técnicas de reproducción asistida es por esto que se comienza a fundamentar en la ley 26862 de acceso integral a los procedimientos asistenciales de reproducción y a lo decidido por la corte suprema cuya jurisprudencia es obligatoria para la argentina (HERRERA MARISA, GUSTAVO CARMELO, SEBASTIAN ROCASSO, 2015).

El artículo 2 de la ley 26862² entiende por reproducción medicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

Las técnicas de reproducción humana son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación. Entre ellas encontramos aquellas que se basan en la inseminación artificial y las que se realizan a partir de la fecundación extracorpórea o in vitro.

¹ Ley 26862 artículo 1, Reproducción humana asistida. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

² Ley 26862 artículo 2, Reproducción humana asistida. Recuperado de www.infoleg.gob.ar

En palabras de Rivera (2004) se entiende por inseminación artificial a la intervención médica mediante la cual se introduce el semen al organismo femenino de manera artificial, a fin de producir la fecundación y a la Fecundación extracorpórea o in vitro como el conjunto de intervenciones médicas que van desde la obtención del óvulo y el espermatozoide, hasta la implantación del óvulo fecundado en el útero propio o adoptivo para el ulterior desarrollo del mismo, pasando por la fecundación y primer desarrollo de la célula fuera del seno materno (RIVERA J. , 2004) .

Siguiendo la línea del tiempo el primer caso de fertilización asistida medicamente fue el nacimiento de la primera bebé de probeta, en Inglaterra en 1978, pero Argentina no se queda atrás y en 1986 nacen los primeros mellizos con el uso de estas técnicas y de ese modo se instaló en nuestro país la fertilización in vitro de la mano del Doctor Santiago Bruno Olmedo.

Así como las técnicas de reproducción asistida han sido un aporte fundamental de las ciencias para aquellas parejas que por diversas razones no pueden cumplir el sueño de ser padres, no se puede dejar de tener en cuenta los numerosos debates morales, éticos y sociales y las consecuencias que trajo aparejado como los embarazos múltiples, la selección embrionaria, el congelamiento de embriones, etc. temas que comienzan a ser puntos de partida para numerosos debates.

3.1- Métodos de reproducción asistida.

Los avances de estas técnicas sobre la vida de las personas, nos incorpora nuevamente en un intenso debate con respecto a cuales son los límites de estas técnicas y si los mismos poseen una justificación ética y jurídica.

Las técnicas en cuestión se clasifican en: Técnicas de alta complejidad y técnicas de baja complejidad. Las primeras mencionadas tienen lugar en el laboratorio, es decir que la fertilización se produce fuera del seno materno. Y en el caso de las segundas técnicas mencionadas la unión del ovulo y espermatozoide se realiza en las trompas de Falopio (Nascentis, 2016).

Los métodos de alta complejidad son:

- **FIV-ET: Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria.:** Es la fertilización in vitro, con transferencia posterior, la unión de los gametos se produce en el laboratorio, que se conservan en una incubadora para su posterior transferencia embrionaria en el útero de la madre luego de las 72 horas.
- **GIFT:** Esta técnica consiste en la colocación de los gametos dentro de la Trompa de Falopio, las muestras se obtienen de igual manera que en la anterior y se requiere de una cirugía laparoscópica con anestesia general.
- **ICSI: Inyección Intractoplasmática de Espermatozoides:** Consiste en la introducción de un espermatozoide, mediante la micro manipulación dentro de un ovocito que se lleva a cabo en el laboratorio y se utiliza en casos de esterilidad masculina severa. La fertilización se lleva a cabo en una incubadora y luego se introducen los embriones dentro 5 o 6 días a la madre.
- **CRIO-CONSERVACION:** Previamente se ha demostrado que los procedimientos de reproducción asistida suele efectuarse con una hiper estimulación ovárica, con el fin de obtener un buen número de óvulos y por ende de embriones.

Ordoqui Castilla (2005) señala con respecto a este último método que los embriones “In Vitro” que se transfieren al cuerpo materno, llamados embriones supernumerarios, se congelan para una posible repetición en caso de un fracaso o muchas veces son transferidos a una madre sustituta o para transferir solamente embriones de alta calidad, eliminando los defectuosos.

Al decir de Perez-Peña(1995), la crio conservacion de embriones consiste en un metodo que utiliza el frio intenso para disminuir las funciones vitales de una celula y mantenerla de cierta manera en una vida suspendida.

Capítulo II

Lineamientos Doctrinarios.

1- Diferentes posturas doctrinarias sobre el status jurídico del embrión humano y del embrión humano no implantado.

1.1- Clásica, Ética –Moral.

Para la postura clásica, el inicio de la existencia humana presenta una posición unánime y clara, no registrando contradicción alguna con la jurisprudencia. La misma sostiene que el punto de partida para regular la problemática del embrión no implantado es el respeto por la dignidad del mismo.

Para los defensores de sus derechos, el embrión no implantado se trata de un individuo sin capacidad de autoprotección pero no por ello deja de ser sujeto de derecho.

Autores como José Ignacio Iturralde, defienden la dignidad del embrión humano desde la concepción, sin tener en cuenta el lugar donde se lleve a cabo, tomando a la fabricación, clonación, el uso y comercio de embriones como un ataque a la dignidad del ser humano, pilar del estado del derecho. A lo que Zurriarán, German (2007) sostiene que la valoración ética que hacen aquellos que defienden las THRA, no se basa en la moral del acto sino en las consecuencias positivas derivadas de ellas.

A lo largo de la historia se ha profundizado sobre la dignidad del ser humano y siempre se ha llegado a la conclusión de que la misma se adquiere por su condición de ser racional.

Reconocer la dignidad humana es reconocer sus derechos, debiendo ser tratado como un fin en sí mismo, sin ser utilizado como un objeto de investigación, ni

manipularlo, ni seleccionarlo como si fuese una cosa. Se entiende entonces a la dignidad como un único valor, que no varía según el lugar físico donde se encuentre el embrión (Zurriarain, 2007).

Desde el punto de vista de la postura moral y partiendo de la preexistencia de la dignidad humana, de la que son también titular los embriones preservados, es éticamente cuestionable todo lo referido a las técnicas de conservación, congelación de embriones y la manipulación. Entonces decir que los embriones in vitro son personas implica prohibir la técnica de crio preservación, cuya consecuencia directa es eliminar la práctica de las Técnicas de Reproducción Medicamente Asistida (Kemelmajer de Calucci-Herrera y Eleonora Lamn, 2012).

En cuanto a los antecedentes, fue Tomas de Aquino quien comienza a unir el concepto de dignidad al hecho de ser persona y ser racional, mientras que con Kant se proclama que el ser humano tiene dignidad y no precio, es decir que merece respeto, que es autónomo moralmente y es un fin en sí mismo y no solo un medio. Al igual que Kant, la corriente tomista sostiene que la dignidad es inherente al ser humano por cuanto es propio de la persona y es previo a la razón, y cuya obligación moral es el respeto (CAÑETE, 2007).

La postura Clásica, Ética y Moral entiende a los embriones no implantados o in vitro como seres humanos titulares de su vida y del tiempo de su existencia.

1.2- Posición de la Bioética.

El termino bioética alude a dos magnitudes, BIOS (vida) y Ethos (ética) y por lo tanto el propósito de esta ciencia es lograr la adecuada composición de estas dos realidades, la vida y la ética.

Dentro de los problemas bioéticos más cuestionados se encuentran aquellos que atentan contra el respeto a la vida y la dignidad de la persona, como el aborto, la reproducción asistida, la experimentación, manipulación de células madres y la crio preservación de embriones.

Al decir de Ordoqui Castilla (2005) el no nacido desde el momento de la fertilización, es persona humana en sentido científico, ontológico y jurídico. El cigoto es desde la concepción un ser individual de naturaleza racional, es una unidad de vida integrada, autónoma, orientada y tendiente en sí.

En base a estos motivos es que la bioética tiene como punto de conexión, la protección de la vida humana recién concebida sea dentro del cuerpo materno como lo establecía el artículo 70 del Código de Vélez Sarsfield ³ o desde la concepción directamente como reza el artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴.

El anteproyecto, en su artículo 19 sostenía por un lado que la persona humana comienza con la concepción en el seno materno, continuando así con el pensamiento tradicional jurídico argentino y sin variar su estatus jurídico y por el otro lado prevé una ley especial para la protección del embrión humano no implantado (Delgado, 2013).

Al derecho no le corresponde decir cuando empieza la vida, así como tampoco indicar cuando termina, lo que le corresponde en todo caso es decir desde que momento comienza su protección. Conforme a esto, pasa a tener sentido la distinción que hace el artículo 19 (Rempel, 2013).

1.3- Postura jurídica.

Evidentemente en el derecho argentino hay un importante silencio normativo, sobre el status jurídico del embrión humano no implantado, sobre todo si se trata de embriones fecundados en forma extracorpórea.

³ Código Civil de la Nación de Vélez Sarsfield, título IV, art 70: “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, estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida aunque sea por un instante después de estar separada de su madre“.

⁴ Código Civil y Comercial de la Nación art 19: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción “

Sin embargo este vacío legal permite analizar principios sobre la tutela del Naciturus, el comienzo de la personalidad y los derechos reconocidos en cuanto a la persona por nacer.

El Código civil y comercial de la nación comentado que tiene como director a Ricardo Lorenzetti (editorial Rubinzal-Culzoni), hace mención a que la concepción debe ser vista desde un análisis integral y sistemático que además encuentra su respaldo en otras legislaciones como por ejemplo en la Ley 26862, que regula la cobertura médica en técnicas de reproducción asistida, el decreto 953/2013 que reglamenta dicha ley y la mención del fallo Artavia Murillo y otros vs Costa Rica de fecha 28 de noviembre del 2012, por la Corte interamericana de los derechos humanos el cual según su interpelación es jurisprudencia obligatoria para el país.

La protección legal y constitucional del ordenamiento argentino debe alcanzar al momento en el cual comienza el proceso de la generación, en el que se integra el ovulo con carga genética del espermatozoide iniciándose un proceso irreversible de la plasmación de un individuo humano. Los embriones resultantes o no transferidos de la práctica de reproducción asistida, deben ser alcanzados por la protección legal en función de sus características humanas por consistir en vida humana en gestación, independientemente de que se encuentre fuera del útero materno. Necesariamente debe existir un derecho del embrión, incluso aun cuando no tenga un soporte normativo expreso en nuestro país.⁵

Con respecto al artículo 19 del Código Civil Y Comercial de la Nación, se sostiene que la redacción del mismo no ha perjudicado el avance y desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, el problema radica en su interpretación.

Manteniendo el momento de la existencia de la persona desde la concepción, tal como previo Vélez Sarsfield el concebido es considerado persona humana a los efectos del código, en los mismos términos, con la misma condición que hasta la actualidad, reconociendo al Naciturus como sujeto de derecho, protegido y pasible de adquirir derechos y contraer obligaciones (Herrera M. , 2014).

⁵ Fuente: Comienzo de la vida humana. Tutela de embriones y destino de embriones sobrantes. Causa ...y otra c/ IOMA y otras/ amparo. Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata. 29.12.2008. Recuperado de www.infojus.gob.ar

1.4-Postura Religiosa-Cristiana.

A cada ser humano, desde la concepción y hasta su muerte, se le debe reconocer la dignidad de la persona. Este principio expresa un gran “sí” a la vida humana y debe ser el eje principal de toda reflexión ética sobre la investigación biomédica.

Con respecto al embrión humano no implantado y como se debe actuar frente a él, hay diferentes posiciones.

En primer lugar está la postura que afirma que el embrión humano no implantado es persona y se le debe protección y respeto absoluto (actitud moral), una segunda posición no distingue si es o no persona pero se lo debe proteger de igual modo, y otra sostiene que al no ser una persona se puede manipular y ende se tiene muy pocas obligaciones para con el embrión.

Hay tres documentos muy importantes que marcan el valor y el significado de la vida humana: La Instrucción *Donum Vitae* (don de la vida del año 1987), La *Evangelium Vitae* de 1995 y la Instrucción *Dignitas Personae* sobre algunas cuestiones de Bioética del 2008, todas coinciden en la protección, dignidad y respeto del concebido desde el mismo instante en que se produce la concepción (ORDOQUI, 2005).

Desde la religión cristiana entonces se cuestiona y condena las técnicas de reproducción asistida, que solo serán admitidas en el caso de la manipulación genética cuando sea con fines terapéuticos (Díaz, 2009).

La Iglesia contradictoriamente permite el uso de las células madres adulta, pero rechaza la destrucción, y manipulación en los primeros estadios del desarrollo, entendiendo que los embriones no pueden ser utilizados como material de laboratorio, convirtiéndose en uno de los blancos más expuestos para el beneficio de la evolución biogenética, considerando un delito particularmente cruel a la destrucción deliberada del ser concebido.

Para la Comisión Ejecutiva Episcopal Argentina, el proyecto de ley sobre las Técnicas de Reproducción Medicamente Asistida, es contradictorio, ya que aunque declama buscar "la protección del embrión no implantado" (art 1), propone la legislación por descarte de embrión (art 12,19 y 20), la discriminación entre embriones (art 14), la distinción obligatoria y utilización de embriones para la investigación (art 12 y 14) entre otras la manipulaciones a la vida concebida (CEEA, 2014), sosteniendo además que se va a generar dos categorías de personas, con diferentes derechos.

2-Derechos que se le confieren al embrión.

Principalmente el bien que se busca proteger es la vida. El derecho a vivir forma parte del conjunto de derechos existenciales del que se desprenden los demás derechos de la persona (BLASI, 2014).

La legislación Argentina reconoce la existencia de la persona desde la concepción, dentro o fuera del seno materno y desde ese instante tiene derecho a la vida y a nacer.

En palabras de Perrino (2007) los derechos patrimoniales de la persona por nacer, se encuentran sujetos a una condición resolutoria que en nada desmerece su estatus, en cambio los derechos humanos, son adquiridos desde el mismo momento de la concepción, sin estar sujetos a ninguna condición alguna.

Los tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos se refieren al derecho a la vida, señalando como titular a la persona humana.

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos expresa en su artículo 3 que: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" y por otra parte el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 4 inc. 1 señala que: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Derecho que estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción.

En igual sentido y con la misma jerarquía constitucional lo regulan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 3, entre otros.

2.1-Derecho a la vida.

El derecho a la vida encuentra su fundamento no en un acto de la voluntad humana, si no en la misma naturaleza y dignidad de la persona.

Herrera Marisa, abogada e investigadora del CONICET, sostiene que el fundamento del derecho a la vida no es tanto en la dignidad de la humanidad si no en la condición ontológica de la persona, el embrión no implantado nunca va a poder ser persona y es una diferencia sustancial. El implantado puede ser persona y el no implantado jamás lo va a ser (ORDOQUI, 2005).

El código le otorga a la persona por nacer derechos siempre y cuando nazca con vida, si no se la considera como que nunca existió⁶.

El embrión adquiere derechos y obligaciones, puede heredar, puede adquirir bienes, pero su principal derecho es el derecho a nacer, entendiendo que ninguna persona ajena puede decidir sobre la vida del embrión, por este motivos es que el estado protege este derecho a la vida haciendo punible al aborto.

Ravinovich-Berkman sostiene que la falta de desarrollo de las facultades mentales al momento de nacer, no da derecho a negar su la condición de persona humana ni sus derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la identidad y a su integridad física ante la ley (Rabinovich-Berkman, 2005)

Desde el punto de vista del Derecho Penal, el primer momento de protección de la vida humana coincide con la concepción.

Su protección penal solo se refiere al Naciturus dentro del seno materno, cualquiera sea el método utilizado que le dio origen, ya que la destrucción de esta vida está tipificada con el delito de Aborto, conforme al artículo 85 de dicho código⁷.

⁶ Artículo 21 y 22 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁷ Artículo 85 del Código Penal Argentino. www.infoleg.gob.ar

Conforme al artículo 85 del Código Penal, se deja establecido que no se protege al embrión fecundado in vitro, por lo tanto solo puede ser sujeto pasivo de este delito (ABORTO), el feto que se encuentra en el claustro materno.⁸

Ahora el problema se plantea en determinar si el embrión humano no implantado es persona o no, si posee los mismos derechos o no, ante estos interrogantes y la falta de normativas que existen en el nuevo código, considerar al embrión como persona humana sería considerarlo una cosa, susceptible de adquirir derechos y por lo tanto se estaría decidiendo sobre su principal derecho: EL DERECHO A LA VIDA.

Algunos autores sostienen que las TRHA vulneran el derecho a la vida y la igualdad ante la ley sosteniendo que el derecho a la vida se afecta por la gran pérdida de embriones humanos mediante el procedimiento, el derecho a la identidad en cambio es vulnerado en los casos de dación de embriones por la disociación de elementos que forman la identidad del concebido y la igualdad se lesiona cuando se seleccionan los embriones en función de sus caracteres genéticos (Nicolas Lafferriere y Maria Ines Franck, 2015).

3-Derechos personalísimos.

Los derechos personalísimos forman parte de la categoría de derechos subjetivos esenciales que le pertenecen al embrión por su sola condición humana (RIVERA, 2010).

Se trata de derechos extrapatrimoniales o indisponibles que acompañan a la persona a través de su existencia.⁹

⁸ www.infojus.gob.ar El embrión fecundado en forma extracorpórea y su protección en el derecho Penal y Civil. Recuperado el 22/09/15.

⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Cuadernillo de análisis, fascículo 2 Persona humana. Parte 1: Del comienzo al fin de la existencia de la persona. www.infojus.gor.ar recuperado el 22/11/2015.

Rabinovich Berkman (2005.p.215) sostiene que “Velez Sarfield rechaza el tratamiento de los derechos existenciales por entender que el Código Civil no era el lugar indicado para dicho tratamiento”.

Dicho autor interpreta que la personalidad comienza con la concepción, sea dentro o fuera del seno materno, y que solo los derechos patrimoniales necesitan para su adquisición el nacimiento con vida.

Por ello el niño por nacer, es persona para el Derecho, pero la adquisición definitiva de los derechos patrimoniales se condiciona a su nacimiento con vida.

El derecho a nacer es el primer derecho que tiene todo ser humano por el hecho de ser tal. Es un derecho innato y esencial que le corresponde desde su origen, es decir desde el mismo instante de la concepción.

Otro derecho muy valioso es la dignidad humana que tiene la misma importancia dentro de la jerarquía de los derechos, que el derecho a la vida, ya que sin vida no hay hombre y sin hombre no hay quien sea sujeto poseedor de este Derecho. "El reconocimiento y la protección de la vida no nacen de un sistema político sino de la aceptación de la dignidad humana" (MILLER JONATHAN, 1991, pág. 834).

Si bien este derecho no está reconocido en la Constitución Nacional, está implícito cuando se habla de la negación de otros derechos y garantías que no se encuentran enumerados.¹⁰

En el caso de los embriones congelados lo que se pone en riesgo son los derechos humanos del embrión, reconocidos por la Convención sobre los Derechos del Niño: derecho a la vida, derecho al desarrollo, derecho a la no discriminación, y derecho a la identidad.¹¹

¹⁰ Constitución Nacional Argentina. Artículo 33: Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados.

¹¹ Fuente: www.uca.edu.ar Nicolás Lafferrerie, julio 2005. Los derechos humanos del embrión

Capítulo III

Legislación Nacional e Internacional.

1-Modificación del artículo 70 del código civil y comercial de Vélez Sarsfield.

El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación viene a reemplazar el artículo 70 del Código de Vélez Sarsfield, hasta hace unos meses vigente, con algunas diferencias en su redacción que repercuten de manera considerable en la noción de persona y su nacimiento.

El Código Civil Argentino se inspiró en el esbozo de Freitas, considerando al feto como una persona actual y de ningún modo ficticia, en el artículo 70 proclaman que las personas físicas comienzan su existencia con la concepción en el seno materno.

El artículo de referencia (art 70) en su última redacción establecía que desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubiesen nacido, derechos que quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida aunque fuera por un instante después de separados de su madre.¹²

Como se advierte era claro y preciso que la vida de la persona humana comienza desde la concepción en el seno materno.

Al decir de Borda (1990) Vélez Sarsfield lo establece así porque seguía la tradición jurídica romana- hispánica de nuestro país en ese momento.

Teniendo en cuenta además que hace un siglo atrás no se podía ni siquiera imaginar que los avances de la tecnología y la ciencia pudieran permitir embarazos a

¹² www.infoleg.gob.ar Artículo 70 Código Civil y Comercial de Vélez Sarsfield.

través de métodos de Fertilización Asistida o la posibilidad de tener embriones fuera de la mujer y mucho menos congelados.

Para la legislación Argentina, el embrión es persona, Vélez protegía a la persona desde su estado inicial como lo deja establecido en su artículo 63 que establece que “Son personas humanas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas dentro del seno materno.”¹³

La quita de consideración de que la concepción acontece en el seno materno (art 63) responde a mantener una cierta coherencia con respecto a la ley 26743 de Identidad de Género. La misma permite que las personas trans sean inscriptas en sus documentos personales con el nombre y el sexo de elección, además de ordenar que todos los tratamientos médicos de adecuación a la expresión de género sean incluidos en el Programa Médico Obligatorio.¹⁴

Un cambio sustancial de nueva norma, y que ya estaba presente en el anteproyecto es la definición de persona humana, y ya no persona de existencia visible como hasta ahora.

El origen de los problemas relacionados a la modificación de dicho artículo, radica principalmente en que no se deja en claro que se entiende por concepción, y cuando se refiere a las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida (TRHA), y a la naturaleza, límites y grados de protección del embrión no implantado o in vitro se comienza a fundamentar en la Ley 26862 de Acceso Integral a los procedimientos asistenciales de reproducción asistida y a lo decidido por la Corte IDH (HERRERA MARISA, GUSTAVO CARMELO, SEBASTIAN ROCASSO, 2015), cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina.

1- Descripción del artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹³ www.infoleg.gob.ar Artículo 63 Código Civil de Vélez Sarsfield.

¹⁴ www.infoleg.gob.ar Ley 26743 Identidad de Género, sancionada el 9 de mayo de 2012 y promulgada el 23 de mayo de 2012.

La reforma del Código Civil Argentino, aprobada por la Ley 26994 del 8 de Octubre de 2014¹⁵, estuvo acompañada de un intenso debate en cuanto al termino persona y el comienzo de su existencia.

El artículo 19 fue modificado varias veces hasta llegar al texto final, aprobado por el Senado de la Nación del 27 de noviembre de 2013 y por la Cámara de Diputados el 1 de octubre del 2014.

Quedando el texto final de la siguiente manera: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” “En el caso de las técnicas de reproducción asistida, comienza con la implantación en el seno materno del embrión.”

La primera frase del artículo de referencia reafirma el reconocimiento de la personalidad humana desde la concepción, siguiendo la línea de la tradición jurídica argentina; mientras que el segundo párrafo hace una distinción entre los concebidos humanos, desprotegiendo a los embriones no trasferidos (Rochietto-Lafferriere, 2010).

Además el segundo párrafo del artículo se elimina transformándolo en una disposición transitoria, estableciendo que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial (corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Marcando una discriminación injusta entre las personas concebidas naturalmente y los concebidos de manera artificial, que solo serán considerados personas una vez implantados en la mujer.

De este modo se deja fuera de la categoría de persona a los seres humanos concebidos mediante las técnicas de reproducción. Afirmando entonces que el CCyCN establece que no son personas para el Derecho Argentino, entrando en contradicción con la Constitución Nacional y los Tratados de DDHH (Grosso, 2013).

En principio se destaca la relación del artículo 19 con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que poseen jerarquía Constitucional,(artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), dicho artículo invierte de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de Derechos

¹⁵ Ley 26994,1 de octubre de 2014, publicado en el boletín oficial del 8 de octubre de 2014, numero 32985.Recuperado de www.infoleg.gov.ar

Humanos, entre los que se pueden citar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 4 establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida a partir de la concepción y este derecho es condición necesaria para la realización y disfrute de los demás derechos (Uribe, 2014).

Antes de la reforma de constitucional de 1994 la Carta Magna en su artículo 33 reconocía el derecho a la vida como derecho implícito no enumerado. Con la reforma de 1994 se incorpora el artículo 75 inc. 23 que promueve y legisla los derechos reconocidos por esta constitución y los tratados sobre los derechos humanos, protegiendo la persona desde el embarazo hasta la finalización de la enseñanza elemental.

1- Ley 26862 - Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.

El CCyCN deja en manos de la Ley 26862 la protección y regulación de los embriones no implantados.

Dicha ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas de Reproducción Medicamente Asistida, fue reglamentada por la ex Presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, a través del decreto 956/2013 publicado en el boletín oficial de fecha de 23 de julio del 2013, cuya autoridad de aplicación y reglamentación es el Ministerio de Salud de la Nación.

Esta nueva legislación contempla de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la maternidad y paternidad, reconocidos por nuestra Constitución Nacional en los artículos 41 y 42 que establecen el derecho a la salud, y los Tratados Internacionales de rango constitucional, pero a su vez se instala alrededor de ella, un intenso debate doctrinario, legislativo y jurisprudencial, generando opiniones encontradas con respecto a su utilización.

Su objetivo principal se encuentra plasmado en el artículo 1 que establece que dicha ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicamente asistidas¹⁶.

Ruano (2013) opina que el fin inmediato de la norma parece ser el acceso a estas técnicas y el mediato la consecución de un embarazo.

En palabras del Doctor Jorge Nicolás Lafferriere (2012), es importante aclarar que, en los hechos hoy las técnicas ya no se limitan a situaciones de infertilidad y comprenden otras finalidades, como la concepción de un hijo en caso de esterilidad, evitar la transmisión de una enfermedad grave al hijo, concebir un hijo para que sea dador de células para un hermano vivo o para concebir embriones para fines de experimentación.

Entonces es a partir de su finalidad que se comienza a debatir si esta norma es constitucional o no, si se respetan los derechos del embrión y si se contradice con lo establecido por los Tratados y Convenios sobre los DH y del niño.

Teniendo en cuenta estos interrogantes, la mayoría de la doctrina considera que el derecho a la vida de los embriones, es un derecho directamente afectado por esta ley (Viar, 2013).

En el ámbito Nacional, dicha Ley especial de acceso integral de TRHA, sigue la línea interpretativa de entender que el embrión in vitro, no es persona humana y sus argumentos se fundan en algunos puntos clave como la donación de embriones, la Crio preservación de embriones y la revocación del consentimiento, hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

En consecuencia los embriones obtenidos mediante dichas técnicas quedan arbitrariamente desprotegidos, a pesar de esta ley especial.

¹⁶ Ley 26862, sancionada el 5 de junio de 2013, promulgada el 25 de junio de 2013. www.infoleg.gob.ar

3 -Inscripción de niños nacidos bajo las técnicas de reproducción asistida y su respectiva filiación.

El Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1/08/2015, regula de manera autónoma y como tercera causa filial, las técnicas de reproducción asistida (TRHA), estableciendo que la filiación puede tener lugar por naturaleza, adopción y técnicas de reproducción asistida, además de no hacer distinción alguna entre si son matrimoniales o extramatrimoniales(art 558).

Y a su vez regula los efectos filiatorios de estas técnicas, casi sin poner límites, estableciendo la voluntad pro creacional como criterio rector y permitiendo la dación anónima de gametos y autorizando un restringido acceso a los datos del dador (*Centro de bioetica El nuevo Codigo Civil y la Bioetica, 2015*).

El código establece que para la inscripción de las personas nacidas por medio de estas técnicas, se deben cumplir con ciertos requisitos, entre ellos la intervención de un establecimiento sanitario o centro médico que actué como mediador, otro requisito básico es el consentimiento informado, que es la exteriorización de la voluntad pro creacional, debidamente protocolizado y certificado por la autoridad correspondiente a la jurisdicción.

Los artículos que establecen la especificidad de esta normativa se transcriben a continuación¹⁷:

- CCyCN, artículo 560: Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo informado y libre de las personas que se someten al uso de las mismas. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de los gametos o embriones.

¹⁷ Código Civil y Comercial de la Nación.Hammurabi.Buenos Aires Argentina.2014.Editor José Luis Dipalma.

- CC y CN, artículo 561: Forma y requisitos del consentimiento.

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción o la implantación en la persona.

- CCyCN artículo 562: Voluntad pro creacional.

Los nacidos por las técnicas de reproducción, son hijos de quien di a luz y del hombre o mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, inscripto en el registro del estado civil y capacidad de la persona, con independencia de quien haya aportado los gametos.

Capítulo IV

Marco legal protectorio del embrión humano y del embrión no implantado.

1- Marco legal protectorio en Argentina.

Nuestro país considera al embrión humano como persona por nacer, reconociendo el derecho positivo que la existencia de la misma comienza con la concepción.

Al decir de Lejeune (1993) cada uno de nosotros tiene un momento preciso en el que comenzamos nuestra vida y es el instante en el que toda la necesaria y suficiente información genética es recogida dentro de una célula, el huevo fertilizado y es el momento de la fertilización.

El status jurídico del Naciturus o embrión humano está respaldado por numerosos instrumentos jurídicos.

El Código Civil y Comercial de la Nación comentado, que tiene como director a Ricardo Lorenzetti, hace mención a que la concepción debe ser vista desde un análisis integral y sistemática que además encuentra su respaldo en otras legislaciones como la Ley 26862, ley analizada en el capítulo anterior que regula la cobertura médica en técnicas de reproducción asistida, el decreto 953/2013 que reglamenta dicha ley y el fallo Artavia Murillo y otros vs Costa Rica.

A nivel constitucional el artículo 75 reconoce la personalidad del niño por nacer durante toda la extensión del embarazo, encontrando también su protección en la Constitución de la provincia de Córdoba, que en su artículo 4 establece que la vida, la dignidad y la integridad física y moral de la persona son inviolables y protección es

Deber de la comunidad y en especial de los poderes Públicos¹⁸ y en su artículo 19 inc. 1 establece que todas las personas en la Provincia gozan de los

¹⁸ Constitución de la provincia de Córdoba art 4.Cordoba 14/09/2001.vigente de alcance general

siguientes derechos: a la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral y a la seguridad personal.¹⁹

Al igual que la Constitución Nacional después de la reforma de 1994 en su artículo 75 inc. 22²⁰ y el artículo 264 de la ley 23264 de patria potestad y filiación, ambos le otorgan protección desde la concepción.²¹

En conformidad con la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, las Constituciones provinciales Argentinas sostienen que desde la concepción se es persona humana y debe ser respetada como tal.

En referencia a lo anteriormente dicho, la Constitución Provincial de Buenos Aires en su artículo 12 dispone que todas las personas en la provincia gocen del derecho a la vida desde la concepción y hasta su muerte natural.

La Constitución Provincial de Catamarca en su artículo 65 inc. 3 garantiza como derecho especial de la niñez, la vida desde su concepción.

En la Constitución Provincial de Chaco también queda garantizado a todas las personas el derecho a la vida y a la libertad, desde la concepción, establecido por el artículo 15 inc. 1.

En el caso de la Provincia de Chubut su Constitución Provincial establece en su artículo 18 inc. 1 que los habitantes gozan en especial del derecho a la vida, coincidiendo con la Constitución de Formosa que en su artículo 5 establece lo anteriormente dicho (Herrera, 2012, pág. 20).

Nuestro ordenamiento jurídico protegía la vida del embrión humano a través del Código Civil Argentino, reconociendo en sus artículos 63 y 70, que son personas por nacer, aquellas que están concebidas en el seno materno y que la existencia de las mismas comienza desde la concepción, reconociéndoles la posibilidad de adquirir derechos que quedan irrevocablemente adquiridos si nacen con vida.

El CCyCN no entra en contradicción con lo anteriormente expuesto, en cuanto a la protección del Naciturus, su protección se ve fortalecida al eliminar la frase,

¹⁹ Constitución de la provincia de Córdoba, artículo 19 inc. 1 vigente de alcance general.14/09/2001.

²⁰ Constitución Nacional Argentina. Artículo 75 inc 22- vigente de alcance general 22/08/1994.

²¹ www.infojus.gob.ar/doctrina/dacoc05005.Bianchi. Embrión humano. Recuperado de <http://www.saij.jus.gov.ar>.2005

concepción en el seno materno, no haciendo distinción alguna del lugar donde se lleva a cabo la concepción. El embrión es así digno de protección que prevé las leyes, al igual que la protección del no nacido como lo instituye el artículo 665 que establece el derecho alimenticio para las personas por nacer (MITRE, 2015).

Las TRHA arrojan como resultado que los embriones concebidos pueden ser implantados de forma inmediata y si esto no sucede son crios conservados y es a partir de ese momento que se inicia un intenso debate con respecto al estatuto jurídico y la intensidad de protección de dichos embriones.

Con respecto al embrión no implantado, el proyecto de ley dispuso entre sus normas transitorias (art 9 inciso 2), que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial, el Senado reconoce de este modo la diferencia entre el embrión implantado y el no implantado apuntando a subsanar el vacío normativo.

El anteproyecto del Código Civil en Argentina, sostenía que los embriones humanos concebidos extracorpóreamente no son personas aunque una ley especial determinara su protección.

Del análisis de algunos proyectos legislativos como: Dip.Ibarra (Expte.6054-D-2011), Dip.Majdalani (Expte.31-D-2012), Dip. Nancy González (Expte.904-D-2012), y Dip. Storani y otros (Expte. 1383-D- 2012), se desprende que ninguno de ellos protege la vida y la salud de los embriones no implantados, admitiendo además su utilización y destrucción.

Contrariamente a los proyectos anteriores el Dr. Julián Martín Obliglio, presento un proyecto de protección al embrión no implantado, ante el Senado de la Nación Argentina y la Cámara de diputados, que es sancionado con fuerza de ley. Dicho proyecto prohíbe la comercialización, experimentación y eliminación deliberada de embriones humanos²²

Al respecto el Centro de Ética de la Investigación Científica y Tecnológica (2014) sostuvo que a pesar de que el embrión no implantado no es una persona en

términos jurídicos, se le deberá reconocer un estatus intermedio, como así también se debe prohibir su comercialización y regular su protocolización.

²² Fuente: www.julian.obliglio.com.ar/obliglio2012/proyectos/embriornoimplantado. Recuperado el 12/07/2016

A nivel internacional, a partir de la década del 80, con la generalización del uso de las TRHA, esta diferenciación ha sido acompañada por procesos regulatorios que contienen su perfeccionamiento. Según el informe de la International Federation Of Infertility Societies de 2013, un relevamiento en 60 países da como resultado que el 91% cuenta con algún tipo de normativa con respecto a las Técnicas de Reproducción Asistida, el 31% del total tiene legislación, el 21% solo lineamientos voluntarios y el 37% una combinación de ambos.²³

Continuando con el análisis de la protección del embrión no implantado a la que se refiere el texto aprobado por el Senado en noviembre de 2013, así como cualquier legislación se debe respetar y amparar los derechos de la salud integral, respetar el principio de intangibilidad del genoma humano, y regular el destino de los embriones no implantados remanentes, prohibiendo su comercialización en todos los casos (CECTE, 2014).

2-Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

Nuestro ordenamiento jurídico en consonancia con el Derecho Internacional, reconoce el estatus personal del ser humano y garantiza sus derechos desde el mismo instante en que se produce la concepción.

En efecto la Constitución Nacional vigente incorpora con jerarquía constitucional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el artículo 75 inciso 22. Dicho artículo dispone aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede. Los Tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. Entre ellos: La

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de los Derechos Humanos; La Convención Americana sobre los Derechos Humanos; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo; La Convención sobre la prevención y la sanción del delito de

²³ [http://: www.iffs-reproducton.org/resovcer/iffs.surveillance.09-19.13](http://www.iffs-reproducton.org/resovcer/iffs.surveillance.09-19.13)

Genocidio; La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Fonseca, 2012).

A continuación se realiza un breve análisis de algunos de dichos Tratados:

La Convención Americana de los Derechos Humanos, suscripta en San José Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969 y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23054, en cuyo artículo 1 se aprueba La Convención denominada también “ Pacto de San José de Costa Rica”, reconociendo a demás en su artículo 2 la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación de esta Convención..²⁴

-La Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 1 establece que “persona es todo ser humano” y en su artículo 3 establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, para reconocer en el artículo 4 que “toda persona tiene derecho a que se le respete su vida t este derecho estará protegido por la ley a partir de la concepción”.

-La Convención de los Derechos del niño, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989, sancionada en Septiembre 27 de 1990 y promulgada de hecho en Octubre 18 de 1990, mediante la ley 23849.

La Republica Argentina expreso una reserva donde dice que entiende por niño a todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad.

El artículo 2 de dicha Convención establece que los derechos enunciados en la presente, deberán ser aplicados a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción.

En opinión de Herrera (2012) el hecho de no haber nacido no es causa de discriminación en el goce de dichos derechos.

La Convención de los derechos del niño... es la proclamación más completa en lo que respecta a los derechos del niño, que se haya elaborado y es la primera en

²⁴ Ley 23054 .Buenos Aires 1 de marzo de 1984.Publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1984.www.iadb.org.ar

conceder a estos derechos la fuerza en el Derecho Internacional... (Extracto de los Derechos del niño. Centro de Naciones Unidas para los derechos humanos).

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A, el 10 de Diciembre de 1948, con fecha de publicación original y su actor fue la Comisión de Derechos Humanos entrando en vigor el 23 de marzo de 1976.²⁵ La misma establece que la maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados especiales, en ella además se enumeran, el derecho a la Vida, a la dignidad, a la igualdad, a la libertad, salud y a la seguridad.

-El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Adoptado y abierto por la Asamblea General el 16 de Diciembre de 1966 para su ratificación y adhesión. En él se reconoce la personalidad jurídica del niño por nacer, cuando en el artículo 6 inciso 5 “prohíbe la muerte de mujeres en estado de gravidez” y consagrando el derecho a la vida inherente a la persona (Herrera, 2012, pág. 20).

-Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales.

Suscripta en 1966, aunque la Argentina la incorpora al Derecho Interno en 1986, protegiendo también la persona por nacer, estableciendo en su artículo 10 inciso 2, la protección a las madres durante el embarazo y después del nacimiento.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Fue el primer acuerdo internacional sobre Derechos Humanos, anticipando la declaración universal de los DH, en ella se destacan el derecho a la vida, a la dignidad, libertad, seguridad e integridad de la persona.

²⁵ www.infoleg.gob.ar Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Capítulo V

Antecedentes Jurisprudenciales Nacionales e Internacionales.

1- Fallo Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica.

Sobre la naturaleza del embrión concebido a partir de las técnicas de reproducción y no implantado aún, la problemática se ve resuelta en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los autos Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, con fecha de sentencia el 28 de Noviembre del 2012.

En 1997 el Poder Ejecutivo de Costa Rica comienza a regular la prácticas de Fertilización In Vitro, decreto que es declarado inconstitucional en el año 2000, por considerar que los embriones humanos tienen derecho a la vida y el uso de estas técnicas tiene una elevada pérdida de embriones, por lo tanto se contradice, trayendo como consecuencia la prohibición de dichas prácticas. Ante esto un grupo de ciudadanos se presenta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por considerar que este decreto era autoritario y vulneraba el derecho a la integridad, a la libertad, a la protección de la familia, (Kemelmajer Aida, Marisa Herrera y Eleonora Lamn, 2013).

A continuación una breve comparación de la posición que toma la Convención Americana de Derechos Humanos, Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para la Convención Americana de DH, toda persona tiene derecho a que se respete su vida, derecho que merece ser protegido por ley y que se adquiere desde el mismo momento en que se produce la concepción.

Por su parte Costa Rica, considera que la concepción se da en el momento en que el ovulo es fecundado y a partir de allí existe una persona titular de derechos independiente de que ocurra la concepción, expresando también que la posibilidad de

Utilizarlas técnicas de fertilización asistida para procrear, no es un derecho reconocido por el estado.

Sin embargo la Corte sostiene que el embrión solo puede considerarse persona a partir del momento de la implantación, considerando a la concepción como un momento que no puede excluirse del cuerpo de la mujer, considerando que el embrión fecundado in vitro no ha comenzado su vida, y por ende no posee estatus jurídico de persona humana.

La Corte considera entonces necesario establecer cómo debe interpretarse el término concepción. Resalta que en razón de la prueba científica el proceso consiste en dos fases; la fecundación primero y la implantación luego.

El Tribunal observa que al cumplirse el segundo momento es cuando se cierra el proceso que puede entenderse en como concepción; no es posible concebir un embarazo sin que ese embrión se implantare efectivamente en el útero, careciendo de total viabilidad y posibilidad de desarrollo fuera de éste, aun cuando su identidad genética fuera determinada en etapas previas; toda vez que sólo es posible establecer la real existencia de un embarazo una vez que el embrión se ha implantado en el útero, a través de los correspondientes exámenes médicos.

Hasta la sentencia del fallo *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, la Corte Interamericana señalaba el carácter fundamental del derecho a la vida consagrado por el artículo 4 de la Convención, sosteniendo que de dicho derecho dependían los demás derechos fundamentales. En este sentido la Corte “(...) se había referido a las personas no nacidas, como niños, menores de edad, hijos y bebés, en al menos tres casos a saber: *Caso Hermanos Gomez-Paquiyaury vs Perú*, *Caso Miguel Castro-Castro vs Perú* y *Caso Guiburu y otros vs Paraguay*. La Corte también se refirió a los abortos inducidos como “actos de barbarie” en el caso de la Masacre de las Dos Erres vs Guatemala, observo también que el derecho a la vida de los niños (...) no puede desligarse de la situación igualmente vulnerable de la mujer embarazada y reitero la obligación de los estados partes de la Convención de garantizar el acceso a la salud prenatal. (Oviedo Alvarez-Tozzi- De Jesus, 2013).

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que un embrión no implantado o sea un embrión in vitro, No es persona bajo el sistema interamericano, a pesar de que el artículo 4 de la Convención americana reza que el

derecho a la vida está protegido desde la concepción. El embrión y el feto gozan de una protección gradual, no absoluta.

En cuanto a la interpretación del término concepción, referido al inicio de la vida humana, la Corte lo asimila con el de implantación o anidación, reconociendo que el ovulo fecundado pasa a ser una célula diferente y si no es implantado en el cuerpo de la mujer sus posibilidades son nulas, afirmación que fue criticada por el juez Vio Grossi²⁶, quien señala que esta interpretación se contradice con el espíritu de la Convención.

En cuanto a la doctrina, tenemos por un lado aquellas que están en contra de la aplicación de dicho fallo, como el Doctor Nicolás Lafferriere(2012) que lo considera injusto hacia la vida humana en su etapa embrionaria y subordina los derechos fundamentales, y sienta un precedente muy grave en lo que respecta a la defensa de la vida, con lo cual coincide la doctrina de la iglesia ya que la misma considera que la existencia de la vida humana merece protección absoluta desde el mismo momento de la concepción y por ende repudia todo tipo de experimentación con embriones, además de cualquier método que ponga en riesgo su vida. Y por otro lado están aquellos que sostiene que la aplicación del mismo no resulta vinculante para el derecho argentino.

2- Leading case Roe v Wade sentenciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

El 22 de Enero de 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos dictaba la famosa y controvertida sentencia “ROE v. WADE”, a través de la cual se legaliza el aborto y declara que un niño no disfruta de protección constitucional antes de salir del vientre materno, incluso después que es viable, el feto in útero cuenta solo como una

²⁶ Voto disidente del Juez Eduardo Vio Grossi-Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica (fecundación in vitro).Sentencia del 28 de Noviembre de 2012, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

vida humana en potencia y por lo tanto puede ser destruido alegando razones de salud de la madre.

El conflicto comienza en marzo de 1970, cuando una mujer, Norma Leah McCorvey interpone un recurso contra el artículo 1196 del Código Penal de Texas que castigaba el aborto, salvo que el mismo fuese llevado a cabo para salvar la vida de la madre.

El caso fue apelado reiteradas veces, hasta que llegó a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que finalmente decide que la mujer amparada por el derecho a la privacidad, bajo la cláusula del debido proceso, de la décima cuarta enmienda, podrá elegir si continúa o no con el embarazo (Stith, 2011)

El alto tribunal Norteamericano propone invalidar una ley penal de Texas que prohibía el aborto excepto que fuese necesario para salvaguardar la salud de la madre, consagrándose así el derecho a elegir con gradual retroceso del derecho a la vida.

Además se establece la división del embarazo en trimestres del desarrollo prenatal, en el primer trimestre el aborto es libre, sin restricción alguna, en el segundo trimestre el aborto es libre salvo restricciones en atención a la salud de la madre y en el tercer trimestre el aborto es libre salvo restricciones en razón de la viabilidad del feto.

Desde el fallo Roe v. Wade, los tribunales y legislación de Estados Unidos, ubican al aborto como una mera cuestión de la mujer e invisibilizan al niño por nacer, generando una cultura de la muerte y le garantiza recién al ser humano protección cuando puede sobrevivir con independencia de la madre. Esto supone una mirada sobre la vida humana como un recurso más.

3-Portal de Belen-Asociacion sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social.

El 5 de Mayo de 2002, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió revocar la autorización otorgada por el Ministerio de Salud y Acción Social a los laboratorios GADOR S.A, para que fabrique, distribuya y comercialice la píldora abortiva “Inmediat”, más conocida como la píldora del día después, por considerar que el fármaco tiene efectos abortivos.

Dicha sentencia zanjo definitivamente una cuestión fundamental, y es el momento inicial en que comienza la tutela jurídica de todo ser humano en la República Argentina, cuya cuestión más debatida consiste en precisar si la concepción se produce con la fecundación o si se requiere de la implantación o anidación del embrión en el seno materno, aspecto que requería de mayor amplitud de debate y prueba.

De la lectura del fallo, se infiere que la CSJN ha tenido el siguiente razonamiento: La vida humana comienza con la concepción, momento a partir del cual acaece la fecundación, y todo lo que interrumpa dicho proceso se considera abortivo, por esta razón es que la misma toma la decisión del prohibir el fármaco.

Su decisión final se funda en que el derecho a la vida humana desde la concepción tiene raigambre constitucional en forma expresa a partir de 1994, momento en el que se incorporan diversos tratados internacionales, de donde deviene contrario a la Carta Magna la autorización otorgada para su fabricación y comercialización, ya que uno de sus efectos tiende a impedir que un ovulo humano fecundado anide, lo que constituye la muerte por aborto de un ser humano ya concebido.²⁷

²⁷ Fuente: Fallo Portal de Belén contra el aborto, 27/09/2012. Recuperado de www.diariojudicial.com el 23/09/2015.

4-Rabinovich, Ricardo David s/medidas precautorias (R., R. D.)

En 1993, el Dr. Rabinovich Ricardo llamo a que se intervenga el Ministerio Pupilar para que proteja “las vidas y/o la salud física y psíquica de un conjunto incierto pero determinables de incapaces”, ya que en la Ciudad de Buenos Aires se practicaban técnicas de congelamiento de personas por nacer, solicitando su protección para que no tengan otro destino que no sea el de la implantación en el seno materno (Calice, 2011).

Luego de diversos sucesos, en Diciembre de 1999, el tribunal integrado por Julio Ojea Quintana y Delfina Borda, dictan el fallo definitivo en el que reconoce que hay personas desde el estado de ovocito pro nucleado que es anterior al embrión y en consecuencia la Cámara Nacional de Apelaciones mando a realizar un censo de embriones no implantados y crio conservados, prohibiendo toda acción sobre los mencionados embriones, que implique su destrucción y experimentación (Rabinovich-Berkman, 2004-2006).

Haciendo un breve análisis del fallo, la Dra. Silvia Raffo²⁸ da su opinión con respecto a la decisión que toma la Cámara Civil de prohibir cualquier acción de manipulación y experimentación de los embriones congelados, y de la que surgen dos posiciones diferentes con respecto al comienzo de la vida humana.

Por un lado está la posición que solo admite la existencia del ser humano a partir de los catorce días de la fecundación con la implantación del pre embrión en el útero materno convirtiéndose en un verdadero embrión, postura que es sostenida por importantes juristas como Alberto Bueres, Gil Domínguez y Gloria Arson de Glimberg y en el ámbito institucional se encuentra respaldada por la Sociedad Argentina de Biología. Contrario a este punto de vista, el fallo enuncia la teoría a la que se reconoce a un ser humano en el embrión no implantado, sosteniendo que al producirse la unión de ambos pronúcleos con su respectiva información genética, se estaría ante un ser distinto de sus progenitores.

²⁸ Fuente: <http://www.diariojudicial.com/nota/36461>. La justicia considera a los embriones congelados como personas humanas. 16/07/2010.

Dentro de esta línea se encuentra el genetista Jerome Lejeune, Atilio Aníbal Alterini y Bustamante Alsina, argumentándose en el artículo 51 del Código Civil que expresa que todos los entes que presenten signos característicos de humanidad, son personas de existencia viable.

Dicho fallo marco un hito en la defensa del concebido, aunque el efecto jurisprudencial fue escaso, al haber establecido que en nuestro ordenamiento todo ser humano es persona y lo es desde la concepción, sea en el seno materno o fuera del él, lo cual coincide con dicha demanda.

El Dr. Rabinovich-Berkamn es designado como el tutor especial de los embriones congelados en Capital Federal, para él el pre embriones son personas, embriones o hijos, a lo que se opone el Director de Halitus Instituto Médico, Sergio Pasqualini, por considerar que los pre embriones congelados tiene sus progenitores, es decir, no fueron abandonados.

Lo que para el tutor son hijos abandonados, para otros son simplemente pre embriones. Claudio Chillik, presidente de la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (2010) señala que no se trata de niños, sino de pre embriones y que solo sus progenitores tienen autoridad sobre ellos. Él pre embrión es el producto de la unión de un ovulo con el espermatozoide, y hasta su implantación en el seno materno no puede ser considerado como un niño, por lo tanto lo que para el tutor son hijos abandonados para otros son simplemente pre embriones.

Conclusiones finales.

Por todo lo expuesto anteriormente y luego de haber analizado tanto jurídica, biológica, ética y filosóficamente la realidad del inicio de la vida humana, se advierte de manera clara y precisa que la misma tiene su origen desde la concepción. Pero en cuanto al embrión no implantado me encontré ante una realidad muy compleja, partiendo de la base que la ley no lo ampara expresamente y en consecuencia necesita una ley especial.

Personalmente considero que establecer el inicio de la vida en un momento distinto al de la concepción trae aparejado numerosas consecuencias, entre las que se pueden mencionar la manipulación excesiva de embriones, la autorización del aborto sobre aquellos embriones que presenten deficiencias, y la creación de un mercado donde se comercializa la vida.

Reconociendo al embrión humano como sujeto de derecho, protegido y pasible de adquirir derechos y contraer obligaciones (Herrera M. , 2014), el código le otorga derechos al mismo siempre y cuando nazca con vida, si no se tendrá como si nunca ha existido (art 21 y 22 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Entonces el problema surge cuando nos preguntamos cual es momento exacto en el que el Derecho le otorga protección al embrión no implantado y desde que instante este deja de ser solo material genético y comienza a ser una vida en sí misma.

Hay distintas posturas con respecto al momento en el que el embrión no implantado comienza a ser persona, lo que realmente está claro es que en nuestro ordenamiento se lo considera como tal desde el mismo instante en el que el mismo se implanta en el seno materno.

Desde mi humilde opinión considero que el Naciturus es persona, desde el momento exacto en el que se produce la unión de la carga genética del ovulo y el espermatozoide, y por lo tanto merecen protección, aunque no estén implantados y

Que la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación ha dejado un vacío legal muy importante, a pesar de la mencionada Ley 26862, que permite el acceso integral a las técnicas de reproducción asistida, estableciendo que la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial (corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Bibliografía

DOCTRINA.

- Bidart, C. (1998). Manual de la constitucion reformada. Ediar primera edicion.
- BLASI, G. F. (2014). SOBRE EL INICIO DE LA EXISTENCIA HUMANA .
- BORDA, G. (1999). TRATADO DE DERECHO CIVIL - PARTE GENERAL TOMO I. BUENOS AIRES: ALBELEDO PERROT.
- Calice, S. (2011). El derecho observando a los embriones: el caso argentino.
- CAÑETE, P. R. (2007). ETICA EN LOS COMIENZOS DE LA VIDA.
- CECTE. (2014). ETICA DE INVESTIGACION CIENTIFICA Y TECNOLOGIA Y DERECHO. COMIENZO DE LA VIDA HUMANA Y E TRATAMIENTO DEL EMBRION HUMANO.
- Centro de bioetica El nuevoCodigo Civil y la Bioetica. (08 de 2015). Recuperado el 16 de 02 de 2016, de <http://centrodebioetica.or>

- CEEA. (22 de octubre de 2014). La vida humana no es descartable . Obtenido de <http://www.arzparam.org.ar>
- Cetce. (2014). Cetce, Etica de la investigacion cientifica y Tecnologiaca y Derecho. Recuperado el 16 de 03 de 2015, de El comienzo de la persona y el tratamiento de embrion no implantado.: [http:// www.cetce.gob.ar](http://www.cetce.gob.ar)
- Delgado, J. B. (23 de 05 de 2013). Seminario Permanente de Investigacion Bioetica-Fertilizacion Asistida y embriones crioconservados en el proyecto del CC. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar>
- Diaz, J. d. (2009). Respeto al embrión humano: Aspectos Eticos. Santander.
- FERRER, C. M. (13 de NOVIEMBRE de 2015). DIFERENCIAS ENTRE EMBRION ,CIGOTO Y FETO.
- FESGO. (2008). Federacion Ecuatoriana de Sociedades de Ginecologia yOstetricia.
- Fonseca. (2012). Biblioeteca digital de la universidad catolica. Recuperado el 23 de 08 de 2015, de Tratados Internacionales, la Corte y Comision Interamericana de Derechos Humanos como fuentes del ordenamiento juridico Argentino del siglo xxi<http://www.bibliotecadigital.uca.edu.ar>

- GORINI, J. L. (2006). BIBLIOTECA JURIDICA ARGENTINA. La doctrina de la corte suprema sobre el comienzo de la vida.
- Grosso, G. M. (15 de Agosto de 2013). Desinterés por la vida del embrión humano en el proyecto de la reforma del código civil. Recuperado el 19 de septiembre de 2015, de <http://jussanjuan.gov.ar>
- GUTIERREZ., M. D. (1998). BIODERECHO.
- Herrera. (2012). El estatuto del ser humano en estado embrionario en el proyecto del CC. Obtenido de Prudentia 74: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>
- HERRERA MARISA, GUSTAVO CARMELO, SEBASTIAN ROCASSO. (2015). CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION COMENTADO.
- Herrera, M. (23 de 12 de 2014). La lógica del código civil y comercial de la nación en materia de familia . Obtenido de <http://www.infojus.gob.ar>
- HOMERO, S. S. (2000). DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO NO NACIDO MEXICO.
- Kemelmajer Aida, Marisa Herrera y Eleonora Lamn. (6 de 02 de 2013). Breve análisis de la decisión de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Obtenido de <http://micojuris.com>

- Kemelmajer de Calucci-Herrera y Eleonora Lamn. (2012). conicet.gov.ar. Obtenido de <http://www.conicet.gov.ar>
- Lafferriere, j. n. (01 de diciembre de 2012). biblioteca digital de la universidad catolica. Recuperado el 3 de mayo de 2016, de Cuatro cuestiones sobre la regulacion de las tecnicas de fecundacion artificial en el proyecto delCodigo Civil 2012: <http://www.bibliotecadigital.uca.ar>
- Lamn, E. (30 de mayo de 2015). www.nuevocodigocivil.com. Recuperado el 10 de octubre de 2015, de <http://www.nuevocodigocivil.com>
- Lejeume, J. (1993). QUE ES EL EMBRION HUMANO. madrid: RIALP.MADRID, S. L. (1990). BIOGENETICA,FILIACION Y DELITO- FECUNDACION ARTIFICIAL Y LA EXPERIMENTACION GENETICA. BS AS: ASTREA.
- MILLER JONATHAN, G. A. (1991). CONSTITUCION Y LOS DERECHO HUMANOS. BUENOS AIRES: ASTREA.
- MITRE, L. G.-A. (NOVIEMBRE de 2015). ARGENTINA,MODIFICACION DEL CODIGO CIVIL Y EL IMPACTO DE LA CORTE SUPREMA. Recuperado el 24 de FEBRERO de 2016, de <http://avi.org/defenfiendovidias>

- Nascentis. (12 de 03 de 2016). tecnicas de reproduccion asistida. Obtenido de <http://www.nascentis.com>
- Nascentis.com/ Tecnicas de reproduccion asistida. (13 de 03 de 2016). Obtenido de <http://www.nascentis.com>
- Nicolas Lafferriere y Maria Ines Franck. (08 de 2015). Centro de Bioetica, Persona y Familia. Recuperado el 7 de 02 de 2016, de www.centrodebioetica.org
- ORDOQUI, C. (2005). DERECHO MEDICO VOL I. MONTEVIDEO.
- Oviedo Alvarez-Tozzi- De Jesus. (2013). Artavia Murillo vs Costa Rica Redefinicion del derecho a la vida desde la concepcion reconocido en la Convencion Interamericana. Obtenido de <http://www.bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas>.
- Perez-Peña. (1995). Infertilidad, Esterilidad y Endocrinologia de la reproduccion .mexico: salvat.
- PERRINO, J. O. (2007). LA PERSONA POR NACER Y SU DERECHO A LA VIDA EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO.
- Rabinovich-Berkman. (2004-2006). La tutela de los embriones congelados en la Republica Argentina. buenos aires.

- Rabinovich-Berkman. (2005). Embriones congelados, un desafío subrealista hoy. En persona n40. Obtenido de <http://www.revistapersona.com.ar>
- RAHWAN R, P. (1995). CARTA LANCET.
- Ravinovich-Berkman. (s.f.). Derecho Civil parte general.
- Rempel, N. G. (23 de 05 de 2013). Seminario Permanente de Investigacion Bioetica- Jornada del ciclo de conferencias de Bioetica. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar>
- RIVERA. (2010). INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL PARTE GENERAL CAPITULO XVIII DERECHOS PERSONALISIMOS. BS AS: ABELEDO PERROT.
- RIVERA, J. (2004). INTITUCIONES DE DERECHO CIVIL.PARTE GENERAL.TOMO I. BUENOS AIRES: PERROT.
- Rochietto-Lafferriere. (19 de agosto de 2010). Biblioteca digital de la universidad catolica. Recuperado el 24 de octubre de 2015, de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar>
- Ruano, L.-N. (2013). La prohibicion de destruir embriones humanos o conservarlo con fines industriales. Buenos Aires.

*Stith, R. (13 de 4 de 2011). Roe y la razon . Obtenido de <http://www.vidahumana.org>

- Uribe, C. S.-P. (2014). Convencion Americana sobre los Derechos Humanos.Comentada. Buenos Aires: Konrad Adenaver Stiffung.
- Viar, L. A. (2013). Biblioteca digital de la universidad catolica. Recuperado el 06 de 08 de 2015, de [http://bibliotecadigitaluca.edu.ar/analisis de la ley 26862](http://bibliotecadigitaluca.edu.ar/analisis%20de%20la%20ley%2026862)
- Zurriarain, G. (2007). La dignidad del embrion humano congelado. revista medica de la universidad de Navarra. España, vol 51.

LEGISLACION.

- CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.COMENTADO.HERRERA-CARMELO-PICASSO.JUNIO 2015.www.infojus.gob.ar
- CODIGO CIVIL ARGENTINO COMENTADO. RUBINZAL-CULZONI.
- CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE CORDOBA.ART 4.VIGENTE,DE ALCANCE GENERAL.14/09/2001.

- CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE CORDOBA.ART 19.VIGENTE,DE ALCANCE GENERAL .14/09/2001.
- CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA. ART 75.VIGENTE DE ALCANCE GENERAL.22/09/1994.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS.2014.COMENTADA.
- DECRETO 953/2013 QUE REGLAMENTA LA LEY 26862.
- LEY 26862 D E REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA. SANCIONADA:JUNIO 5 DE 2013.PROMULGADA DE HECHO: JUNIO 25 DE 2013.
- LEY 23264.LEY DE PATRIA POTESTAD Y FILIACION.ART264.
- NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ART.19 .ALBERTO J.BUERES.

JURISPRUDENCIA

- CIDH ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 C NO 257 (EXCEPCIONES

- PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS) EN EL CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS
- CSJN, 5 DE MARZO DE 2002 PORTAL DE BELÉN - ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO C/ MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL DE LA NACIÓN S/ AMPARO....-
- CSJN RABINOVICH RICARDO DAVID S/MEDIDAS PRECAUTORIAS.
SALA I DE LA CÁMARA CIVIL DE LA CAPITAL FEDERAL
FALLO DEL 3/12/99. EXP. 45882/93 JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO.56

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

- PACTO DE SAN JOSE DE COSTA RICA.ART 4.
- LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS –ART 4 INC 1.

Anexos.

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

Buenos Aires, 3 de diciembre de 1999

AUTOS Y VISTOS:

I.- 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.//-

Con intervención de la Asesora de Menores e Incapaces de primera instancia el señor juez a quo dispuso distintas medidas tendientes a verificar los hechos que motivan tal denuncia, con los resultados que constan en autos, pronunciándose en definitiva a fs.119/121. Al hacerlo consideró que lo actuado permite constatar la existencia de prácticas médicas enderezadas a obtener con ayuda de la ciencia la fecundación que por vía exclusivamente natural n no () posible lograr;; que tales prácticas intervienen en las fases primarias del proceso de gestación de la vida humana; que cualquiera sea su encuadramiento jurídico, ésta merece tutela desde el momento mismo en que aparece; y que tal necesidad de tutela requiere un debido control por parte de la autoridad pública: en principio del legislador, estableciendo pautas generales apropiadas, pero a falta de estas y hasta tanto se dicten debe ejercerla el órgano judicial, aunque no permitiendo o prohibiendo en abstracto sino ponderando cada caso concreto, a fin de evitar que una libertad total sobre la materia pueda llegar a comprometer la vida humana. Y ello supuesto, 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,

como por ejemplo, la denominada fecundación asistida, 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 por Secretaría 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.- III) Hacer saber a los Ministerios de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación, la presente resolución, con el objeto que tomen adecuado conocimiento de su contenido las personas físicas o jurídicas vinculadas a las prácticas médicas de fertilización asistida...". Finalmente, a fs.123 se proveyó la aclaratoria pedida a fs.122, reiterándose que el descongelamiento de óvulos fecundados quedaba incluido en lo resuelto.-

II.- El pronunciamiento fue apelado a fs.184/7 por Alejandro Ariel Russo y Norma Alejandra Trombetta, a fs.229/32 por Fecunditas S.R.L. y a fs.234 por los Dres. Juan Carlos Mannara, Carlos Carrere, Fernando Gismondi, Alejandro Diz, Enrique Salama y Javier Singla, concediéndose los recursos a fs.233, 236 y 268. Los primeros expresaron sus agravios a fs.289/305 y los demás apelantes lo hicieron en forma conjunta a fs.251/263.-

Elevados los autos a este Tribunal se dispusieron las siguientes medidas: a) por pedido del Señor Asesor de Menores de Cámara, a fs.334 se mandó agregar la documentación de fs.309/27 y librar oficio a la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, cuya respuesta obra a fs.346/7; b) por pedido del Señor Fiscal de Cámara, a fs.385 se ordenó el libramiento de diversos oficios, sólo contestados por la Academia Nacional de Medicina a fs.414/7 y la Universidad del Salvador a fs.435/48, y a fs.452 se requirió la opinión del Cuerpo Médico Forense, expresada a fs.453/65; c) por pedido de Fecunditas S.R.L., a fs.401 se dispusieron nuevos oficios, contestados por la Federación Latinoamericana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia a fs.407/9 y por la Sociedad Argentina de Biología a fs.419/25.-

A fs.356/81 luce el dictamen del Señor Asesor de Menores de Cámara y a fs.475/82 del Señor Fiscal de Cámara; y a fs.493 se llamó autos para sentencia.-

III.- Las recurrentes objetan el fallo sosteniendo que contiene un pronunciamiento de carácter general y futuro, ajeno a la función judicial, y en buena medida les asiste razón.-

Como se desprende de los arts.109, 116 y 117 de la Constitución Nacional y la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo ha interpretado en forma invariable, la competencia propia del Poder Judicial, distinta de la acordada a los otros poderes del Estado, debe ejercerse en causas o casos concretos (Fallos 242:353; 310:2342, entre muchos otros); y no puede ser excedida en las sentencias sin infringir aquellos preceptos y comprometer el principio de la división de poderes.-

Ahora bien, en la especie sub iudice se advierte ese exceso. En efecto, el fallo apelado dispuso 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..."; y de ese modo ha decidido sobre situaciones futuras que puedan derivar de las actividades que menciona, fijando una norma general a la que deberán someterse los implicados en ellas, como es el requerimiento de autorización judicial, lo cual es propio de la función legislativa y no de la función judicial, circunscripta -se reitera- a causas o casos concretos.-

En consecuencia, frente a la pretensión deducida en autos, enderezada 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" y encuadrable así -como bien lo señala el Señor Fiscal de Cámara- en el instituto previsto por el art.234, inc.3º, del Código Procesal, el pronunciamiento del Tribunal solo podrá referirse a situaciones existentes a la fecha en que se dicte en virtud de lo dispuesto por el art.163, inc.6º, segundo párrafo, del mismo código, y a los sujetos involucrados en ellas, individualizados o individualizables en la etapa de ejecución ya que esta contingencia no quita carácter actual y concreto al decisorio.-

IV.- El sostenido progreso de la ciencia y de la técnica en la época moderna, con sus enormes posibilidades de conocimiento, poder y bienestar pero también con los graves problemas que genera cuando ellas no son puestas al servicio del hombre y terminan por someterlo, se manifiesta hoy, particularmente, en sus aplicaciones al campo de la vida, en especial de la vida humana. Así lo evidencia el incesante desarrollo de la biología, entre otras disciplinas, permitiendo resultados inimaginables décadas atrás que suscitan no pocos dilemas de orden ético. Y vinculadas con ella, tales cuestiones se plantean con las técnicas de reproducción asistida, en especial la fecundación in vitro.-

Sin duda, grandes son las posibilidades abiertas por estas técnicas en orden a la superación de la infertilidad humana, y grandes también, por ello mismo, las expectativas que generan. Pero no menos graves son los interrogantes morales que plantean, que han generado un amplio e inconcluso debate entre representantes de variadas disciplinas científicas y filosóficas y de confesiones religiosas.-

Como muestra de la preocupación suscitada por tales cuestiones cabe recordar la existencia de conocidos informes, recomendaciones y pronunciamientos sobre el tema, fuera y dentro del país, postulando distintos criterios. Así, a modo de ejemplo, el "Informe Warnock", emitido en 1984 por el "Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embriology", a requerimiento del gobierno británico; el "Informe Palacios", producido en 1986 por la "Comisión Especial de Estudio de la Fecundación "in vitro" y la Inseminación Artificial Humanas", constituido en el ámbito del Congreso de Diputados de España; el informe presentado en 1985, en Estrasburgo, por el "Committee of Experts on Progress in Biomedical Sciences", constituido por el Consejo de Europa; y la "Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación" dada en 1987 por la Congregación para la Doctrina de la Fe de la Iglesia Católica.-

Entre nosotros, en 1995 la Academia Nacional de Medicina publicó una polémica comunicación en estos términos: "La puesta en marcha del proceso de formación de una vida humana se inicia con la penetración del óvulo por el espermatozoide; la nueva célula resultante (cigoto) contiene su propio patrimonio cromosómico donde se encuentra programado biológicamente su futuro. Este hecho científico con demostración experimental, es así dentro o fuera del organismo materno. Se debe

promover y respetar los derechos personales, considerando en forma igualitaria la vida del embrión como la del padre y la madre..." (Diario "La Nación", del 23 de setiembre de 1995; fs.393).-

V.- Ciertamente, las complejas cuestiones científicas y filosóficas que suscita el empleo de las técnicas de fecundación in vitro escapan como tales a la competencia del Tribunal, cuyo pronunciamiento debe centrarse en las normas jurídicas que regulan el caso, considerando aquellas cuestiones solo en la medida que la aplicación de estas normas lo requiera.-

Ahora bien, tampoco en el plano jurídico las respuestas son sencillas ni pacíficas, como lo evidencia la pluralidad de posturas adoptadas con relación a los numerosos y trascendentes temas implicados.-

Según los países, la legislación y la jurisprudencia extranjeras poseen mayor o menor permisividad. En tal sentido puede mencionarse en Suecia la ley sobre fecundación artificial de 1984, la ley sobre fecundación in vitro de 1988 y las leyes 114 y 115 de 1991; en Noruega y Dinamarca sendas leyes análogas de 1987; en España las leyes 35 y 42 de 1988; en Alemania la ley 745 sobre protección de embriones del 13-2-90; en Suiza el art.29.4 de la Constitución Federal introducido en 1992; y en Francia las leyes 653 y 654 del 29-7-94. Y como precedentes jurisprudenciales de singular repercusión, los sentados por la Corte Federal de E.E.U.U. en los casos "Roe vs. Wade" del 23-1-73 (410, U.S.113, 93 S.ct.705, 35 L.ed.2a.147, 1973) y "Junior Lewis Davis vs. Mary Sue Davis", del 14-1-93 (J.A. 1993-II-343); por el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana el 25-2-75; y por el Tribunal Constitucional de España el 11-4-85 (E.D. 113-479), entre otros.-

De ese modo, distintas son las soluciones dadas en esas leyes y precedentes a cuestiones tales como el "status" jurídico del embrión, la fecundación homóloga o heteróloga, el número de embriones a implantar, su crio conservación, la experimentación y el destino de esos embriones, la maternidad subrogada, la filiación, etc., etc.-

En nuestro país no existe legislación específica sobre tales cuestiones. 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. Son -entre otros- los siguientes: N° 94/93 del Senador Lafferriere; N° 1374/93 de los Senadores Britos, Rivas y otros; N°430/95 del Senador Rivas; N°551/95 del Senador Britos; N°628/95 del Senador Lafferriere; N°1351/95 del Senador Martínez Almudévar; N°1352 del Senador Avelín; N° 2053/96 del Senador Branda; N° 7/97, 57/97 y 267/97 del Senador Rivas; N° 165/97 del Senador Martínez Almudévar; N° 272/97 del Senador Villaverde; N°435/97 del Senador Ulloa; N°450/97 del Senador Storani; N°867/97 del Senador Romero Feris; N°3490/92 de los Diputados Orquín, Vicchi, Parente, González Gass, Gauna y Salvador; N°2617/93 de los Diputados Ruckauf e Iribarne; N°3758/93 de los Diputados Mendoza y Troyano; N°4285/94 del Diputado Algaba; N°5284/94 del Diputado Orquín; N°2071/95 del Diputado Mendoza; N°4857/96 del Diputado Polo; N°882/98 de la Diputada Martínez; N°1257/98 de la Diputada Musa; N°1944/98 del Diputado Cafiero; N°3594/98 de los Diputados Caamaño y Corchuelo Blasco; N°7475/98 del Diputado Arias; N°2841/99 del Diputado Lafferriere. Especial referencia merece el proyecto aprobado por el Honorable Cámara de Senadores de la Nación el 2 de julio de 1997 (Orden del día 538/97).-

Tampoco nuestros tribunales se han pronunciado sobre el tema. Lo han hecho en casos de aborto, pero no en supuestos planteados por la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que, más allá de remitir a ciertos temas comunes, plantean al derecho problemas específicos.-

Por ello, 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.-

VI.- 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 mencionadas en el art.31, es claro que tales entes no son sino las personas humanas, y toda persona humana. "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. En efecto, el art.75 inc.22 de la Carta Magna otorga jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos que enumera, y en ellos se reconocen los derechos a la persona humana, en razón de su dignidad propia, y a toda persona sin distinciones. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se refiere a "todos los hombres" (Preámbulo), a "todo ser humano" (art.I) y a "toda persona" (art. y siguientes), y añade: "Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales" (art.XVII); la Declaración Universal de Derechos Humanos alude a "todos los miembros de la familia humana" (Preámbulo), a "todos los seres humanos" (art.1º), a "toda persona" (art.2º) y a "todo individuo" (art.3º), y prescribe que "todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art.6º); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) habla del "hombre" y la "persona humana" (Preámbulo) y de "toda persona" (art.4º y siguientes), y dispone asimismo que "toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art.3º); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos menciona a la "persona humana" y al "ser humano" (Preámbulo), a "todos los individuos" y "toda persona" (art.2º) y a los "hombres y mujeres" (art.3º), reiterando -como en las anteriores convenciones- que "todo ser humano tiene derecho en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica" (art.16º).-

También es amplia la solución dada en el Código Civil al problema relativo al comienzo de las personas de existencia visible y su consecuente tutela legal, al reconocer como tales a las personas por nacer bajo la condición resolutoria que contempla el art.74, y ello desde el momento de su concepción en el seno materno.-

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 aún no han nacido, tienen derecho a la protección de las leyes, desde el momento de su concepción. Son considerados como nacidos, toda vez que se trate de sus derechos y no de un tercero". Lo mismo el Cód. De Luisiana, art.29, y el de Prusia, 1a.parte, Tit.1, art.10. Pero el Cód. De Chile, en el art.74, dice:

"Que la existencia legal de toda persona principia al nacer"; pero si los que aún no han nacido no son no han nacido no son personas, "por qué las leyes penales castigan el aborto premeditado" "Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada"...". A su vez, el art.70 es terminante en cuanto al inicio de la persona: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas..."; criterio que, por lo demás, es concorde con la amplitud del citado art.51, que al prescindir de "cualidades o accidentes" en la definición de la persona de existencia visible impone prescindir de determinaciones -o indeterminaciones, si se quiere- derivadas de los distintos momentos de su desarrollo.-

Como es sabido, Vélez receptó en este punto la solución adoptada en el "Esbozo" de Freitas, quien se apartó del sistema general del derecho romano mantenido en diversas legislaciones de su tiempo, para el cual el nacimiento determinaba el comienzo de la persona. Se atuvo así al dato biológico, consistente en la presencia de un nuevo ser en el seno de la madre, distinto de ésta, fruto de la fecundación. Y al referirse a la "concepción" buscó la protección de la persona a partir de su estadio inicial, incipiente, primario.-

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, defina 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".-

Concuera con ello, asimismo, el Código Penal. En efecto, el delito de aborto que contemplan los arts.85, 86, 87 y 88 supone en la víctima el derecho a la vida y, de ese modo, su condición de persona con arreglo al art.30 y demás citados del Código Civil. Y también -entre otras- la ley 17.418, cuyos arts.143 y 145 incluyen entre los hijos beneficiarios del seguro de personas a "los concebidos" al tiempo de ocurrido el siniestro, y la ley 24.004 de ejercicio de la enfermería, cuyo art.10, inc.b), ordena "respetar en las personas el derecho a la vida y a su integridad desde la concepción hasta la muerte".-

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 incluidas por nuestro país al ratificarla (Germán J.Bidart Campos, "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", tº IV - La reforma constitucional de 1994, Ediar, Bs.As.1995, págs.557/8; Antonio Boggiano, "Introducción al Derecho Internacional. Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos", Bs.As.1995, págs.103 y 121); 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 aquella 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.-

Tal persona, así entendida, es titular de derechos esenciales, derivados de la dignidad inherente al ser humano. Ante todo del derecho a la vida, derecho fundamental por

excelencia en tanto la vida constituye la condición o presupuesto para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios. Y también del derecho a la integridad física y psíquica, estrechamente ligado al anterior.-

No sólo las leyes protegen el derecho a la vida al sancionar el homicidio, la instigación o ayuda al suicidio y el aborto. También la Constitución Nacional. 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. Y luego de dicha reforma su reconocimiento es indiscutible, tal como resulta de los siguientes tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional y complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de la Carta Magna según su art.75, inc.22. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida..." (Art.I); la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida..." (Art.3°); la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida..." (Art.4°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...", impidiendo además la aplicación de la pena de muerte a las mujeres "en estado de gravidez" (art.6°, inc. 1 y 5); la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, al castigar este delito que importa, entre otros actos, la matanza de miembros de un grupo y la adopción de "medidas destinadas a impedir los nacimientos..." (Art.II, incs. a, d); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, al condenar tal discriminación como modo de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la vida; y la Convención sobre los Derechos del Niño: "...todo niño tiene derecho intrínseco a la vida", no siendo ocioso recordar que en virtud de lo dispuesto por el citado precepto constitucional y la ley 23.849 debe entenderse por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción...".-

Y análoga conclusión cabe en cuanto al derecho a la integridad personal, física y psíquica. En efecto, además de las leyes que de diversas maneras tienden a preservarlo, nuestra Constitución lo hace en forma explícita. El art.18 incluye la abolición de "toda especie de tormento y azotes", y los tratados antes mencionados

contienen normas semejantes. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts.VII y IX); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art.5°); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.5°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.7°); la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art.II, incs. b-c); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial(art.5°, inc.b); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts.11.2.d. y 12.2.); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art.1° y siguientes); y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts.6° inc.2, 27° y 39°).-

Se reitera pues: en nuestro ordenamiento legal y constitucional toda ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica. Tal la premisa desde la cual debe examinarse la situación planteada en el caso "sub iudice".-

VII.- Ello supuesto, es claro 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.-

Desde ya, las que lo hacen a partir del nacimiento, como las prevalecientes en el antiguo Derecho Romano. Y entre ellas -ciertamente- las actuales doctrinas que circunscriben ese reconocimiento a los ya nacidos en tanto alcancen y conserven cierto grado de desarrollo en sus capacidades mentales. Así, no todo ser humano es visto como persona, sino quienes por hallarse en posesión actual de su razón y conciencia de sí pueden considerarse moralmente autónomos. Entre sus exponentes más representativos se encuentran H.Tristram Engelhardt ("Los fundamentos de la bioética", Ed. Paidós, 2a.edición) y Peter Singer ("Ética práctica", Ed. Cambridge University Press, 2a.edición, 1995). Este último distingue dos significados del término "ser humano": uno, biológico, "equivalente a miembro de la especie homo sapiens"; otro, como ""persona" en el sentido de ser racional y consciente de sí mismo" (pág.109/10). Y luego de preguntarse si ""tiene un valor especial la vida de un ser racional y consciente de sí mismo, a diferencia de un ser que es meramente sensible" (pág.112), sostiene: "lo que sugiero es que acordemos no dar más valor a la vida del

feto que a la vida de un animal no humano dado un nivel similar de racionalidad, conciencia de sí mismo, conocimiento, capacidad de sentir, etcétera. Ya que ningún feto es persona, ningún feto tiene el mismo derecho a la vida que una persona" (pág.187). Afirma también que "se debe admitir que estos argumentos se aplican tanto al recién nacido como al feto. Un bebé de una semana no es un ser racional y consciente de sí mismo, y existen muchos animales no humanos cuya racionalidad, conciencia de sí mismos, conocimiento, capacidad de sentir, etcétera, exceden las de un bebé humano con una semana o un mes. Si el feto no tiene el mismo derecho a la vida que una persona, parece que el recién nacido tampoco, y la vida del recién nacido tiene menos valor para él que la vida de un cerdo, un perro, o un chimpancé para un animal no humano" (pág.210). Y añade: "En este sentido Bentham tenía razón al describir el infanticidio como "de una naturaleza que no da la más leve inquietud a la imaginación más tímida"" (op.cit., pág.211).-

Pero no solamente esas posturas extremas son incompatibles con nuestro sistema legal. También aquellas que, aunque admitiendo la existencia de la persona por nacer, lo hacen a partir de distintos estadios de su gestación posteriores a la implantación definitiva del embrión en el endometrio uterino -y de ese modo a su concepción- como son los caracterizados por la aparición de la denominada línea primitiva o surco neural y con ella los rudimentos del sistema nervioso, la emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables -efectuándose así una analogía con la muerte cerebral-, o la conformación orgánica o morfológica del feto (Stella Maris Martínez, "Manipulación genética y Derecho Penal", Ed. Universidad, Bs.As.1994, pág.72 y sigs., y sus citas).-

Por el contrario, la cuestión dista de presentar esa claridad en lo concerniente al período previo al mencionado anidamiento, de especial importancia en la aplicación de las técnicas de fecundación asistida. En efecto, los conocimientos actuales de la biología muestran que el surgimiento del nuevo ser humano acontece en el marco de un complejo y dinámico proceso en el que se suceden distintos momentos; y las opiniones no son concordes a la hora de precisar en cuál de esos momentos se produce ese acontecimiento o, si se quiere, la concepción de aquél.-

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, arguyéndose en tal sentido que la comprobada existencia de gemelos monocigóticos que comparten un mismo genotipo y cuya separación sucede habitualmente en el momento de la implantación avala la eventualidad de esa división. Se estaría así ante una formación vital que consiste en un conglomerado de células pero no ante un ser humano pues, al poder devenir en dos o más sujetos, carece de individualidad.-

Tal posición, sostenida -v.gr.- en los citados informes "Warnock", "Palacios" y del "Committee of Experts on Progress in Biomedical Sciences", así como por el conocido genetista Juan Ramón Lacadena ("Status del embrión previo a su implantación", en "La vida humana. Origen y desarrollo", Ed. Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1989), en autos encuentra respaldo en el informe producido por la Sociedad Argentina de Biología (fs.419/25). En el plano jurídico -en nuestro país- adhieren a ella Gloria Hilda Arson de Glimberg, "La libertad de procreación" (J.A. 1989-IV-875); Alberto J.Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", 2a.edición, tºI, pág.280, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1992; Stella Maris Martínez, op.cit.; Miguel A. De Dios, "El derecho a la procreación en el marco de la fecundación asistida (Junior Lewiw Davis v.Mary Sue Davis)" (E.D. 153-900); Andrés Gil Domínguez, "Límites punitivos a la procreación asistida" (J.A.1995-III-982); Santos Cifuentes, "Derechos personalísimos",2a.edición, Editorial Astrea, Bs.As.1995, nº45, págs.241 y sgts. Otro modo de ver las cosas conduce a reconocer un ser humano en el embrión no implantado. Al producirse en el ovocito fertilizado la singamia, 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 y las reglas de su futuro desenvolvimiento, de modo que todo lo que cada hombre pueda llegar a ser está ya programado -en ese plano- por dicho código genético. 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,

manteniéndose aquélla en el embrión mientras ésta no suceda y luego en los gemelos resultantes.-

En esa línea se inscriben -entre otras- la opinión del no menos renombrado genetista Jerome Lejeune ("La vida humana", CIAFIC ed., Bs.As.1982; ""Qué es el embrión humano", Ed.Rialp, Madrid 1993), y en autos los informes producidos por la Academia Nacional de Medicina (fs.414/17) y la Universidad del Salvador (fs.440/5); así como el Cuerpo Médico Forense, al dictaminar que "la unión del material genético de ambos progenitores que se produce durante la singamia, marca el inicio de una nueva vida con la potencialidad de generar un ser humano" (fs.461).-

A su vez, desde una óptica jurídica, 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); César P.Astigueta, "Algo más sobre el derecho a nacer" (E.D.117-421); 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) y "La distinción jurídica entre les personnes et les choses a l'epreuve des procréation artificielles", L.G.D.J., París 1996; 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);

Silvana Chiapero de Bas y Victoria Tagle de Marrama, "La protección jurídica del embrión" (J.A.1989-IV-878); José Ignacio Cafferata, "Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino" (E.D.130-729); Pierre Kayser, "Documentos sobre el embrión humano y la procreación médicamente asistida" (J.A.1990-III-679); Atilio Aníbal Alterini, "Cuerpo humano. Persona y familia", en "Derecho de Familia", obra en homenaje a María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe 1990; Enrique Carlos Banchio, "Status jurídico del Naciturus 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); Armando S.Andruet (h), "El derecho frente a las amenazas contra la vida humana" (E.D.149-941); "La personalidad del que está por nacer" (E.D.140-961); Aldo Luís De Cunto, "Aborto y derechos humanos" (E.D. 149-967); Luís Guillermo Blanco, "El

"pre embrión humano" (E.D.155-581); Claudia E.Baigorria y Néstor E.Solari, "El derecho a la vida en la Constitución Nacional" (L.L.1994-e-1167); Dolores Loyarte y Adriana E. Rotonda, "Procreación humana artificial: un desafío bioético", Ed.Depalma, Buenos Aires 1995; Alberto Rodríguez Varela, "La persona antes de nacer" (E.D.163-972); Liliana A.Matozzo de Romualdi, "Por qué "no al proyecto Lafferriere-Storani de regulación de la fecundación asistida"" (E.D.163-985); Carlos José Moso, "Algunas consideraciones éticas y jurídicas acerca de la procreación artificial" (E.D.167-959); Jorge Bustamante Alsina, "Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho" (L.L.1996-C-1015) y "Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial" (L.L.1997-D-1212); Domingo Cura Grassi, "Fecundación asistida y manipulación genética. Ciencia y conciencia" (L.L.1996-C-463); Rodolfo C.Barra, "Embriones expósitos" (L.L. 1996-D-1271), "La protección constitucional del derecho a la vida", Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996, y "El estatuto jurídico del embrión humano" (E.D. del 19-10-99); Catalina Elsa Arias de Ronchietto, "El derecho frente al congelamiento de óvulos humanos fecundados" (E.D.182-1645).-

Y bien, el Tribunal comparte en general los fundamentos en que se sustenta esta interpretación, habida cuenta su conformidad con nuestro derecho positivo. Al respecto cabe reiterar lo expuesto "supra" en orden a que en el Código Civil el comienzo de la persona acontece con la concepción, buscando con ello su protección a partir de un estado inicial, incipiente, primario, solución reafirmada en las modificaciones introducidas por la ley 23.264 y en la reforma de nuestra Constitución Nacional, con la incorporación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención sobre Derechos del Niño, esta última con el alcance fijado en la ley ratificatoria 23.849; como también que resulta irrelevante que la concepción acontezca dentro o fuera del seno materno. 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 entonces. Por el contrario, una interpretación analógica del mismo conduce a esa solución (art.16, Cód.cit.). Pues, en definitiva, aquel criterio implica tanto como admitir la realidad de la persona ante cualquier "signo característico de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes"; y no parece dudoso que la existencia en el embrión del código genético, determinante de su individualidad y conteniendo las pautas de su ulterior desenvolvimiento, de suerte que en potencia ya está en él -biológicamente- todo el hombre que será en el futuro, representa al menos aquellos signos. Ello con independencia de "cualidades o accidentes", o sea de las determinaciones físicas, psíquicas, sociales y morales que necesariamente lo afectarán durante su posterior desarrollo, hasta la muerte.-

Una consideración especial merece la situación del ovocito pro nucleado, es decir -según caracterización del Cuerpo Médico Forense- el ovocito que poco después de haber sido penetrado por el espermatozoide "demuestra la existencia de dos pronúcleos, uno aportado por la gameta femenina y otro por la masculina" (fs.454/5).-

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 ovocito; discrepancia que se advierte inclusive en estos autos. Pues mientras uno de los informes acompañados por la Universidad del Salvador (fs.435/7) y el dictamen del Cuerpo Médico Forense (fs.453/65) limitan al embrión aquel reconocimiento, otro de los informes producidos por dicha Universidad (fs.440/5) y la Academia Nacional de Medicina (fs.414/7) lo extienden al ovocito pro nucleado. Hay así en el campo de la ciencia -y también en la filosofía- controversia sobre el tema; y controversia inconclusa, por lo demás, ya que los vertiginosos avances producidos en la biogenética impiden tener a sus actuales conocimientos como una última palabra y descartar futuros esclarecimientos en torno a las relaciones y procesos que acontecen en el ovocito pro nucleado.-

Tal estado de la cuestión incide naturalmente en las posturas jurídicas. Entre los autores ya citados desconoce la condición de persona al ovocito pro nucleado 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.-

Ahora bien, sobre el punto el Tribunal comparte el criterioso dictamen del Señor Fiscal de Cámara. El mentado desacuerdo científico y filosófico sobre la verdadera condición del ovocito pro nucleado no puede ser dirimido por los jueces. Y ello supuesto, las pautas que conducen a ver en el embrión una persona en los términos de nuestro ordenamiento jurídico vigente -concepción, signos característicos de humanidad- no bastan a ese fin. No permiten afirmarlo, sin extremar indebidamente la analogía; pero tampoco negarlo toda vez que, en definitiva, el ovocito pro nucleado constituye una estructura biológica peculiar, distinta de los gametos masculino y femenino, que contiene los elementos con los que pocas horas después se formará el embrión. Subsiste así una duda, que debe aceptarse y asumirse como tal.-

Y en tales condiciones, a la hora de decidir sobre la suerte del ovocito pro nucleado 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. Adviértase que si -por hipótesis- la duda se resolviera en términos que llevasen a reconocer en el ovocito pro nucleado una persona, el hecho ilícito que significaría causarle un daño podría imputarse a título de culpa e inclusive -utilizando conceptos propios del Derecho Penal- de dolo eventual, ya que mediaría representación de la posibilidad de aquel

ilícito y, aunque no se lo propusiera como tal, se asentaría a esa posibilidad para lograr otros fines.-

VIII.- Como quedó dicho en el apartado VI de la presente, en nuestro ordenamiento legal y constitucional todo ser humano es persona, y lo es desde su concepción, sea en el seno materno o fuera de él; y a partir de entonces, consecuentemente, es titular de derechos, entre ellos y ante todo de los derechos humanos a la vida y a la integridad personal, física y psíquica.-

En tal sentido, no es ocioso recordar también el carácter fundamental del derecho a la vida, en tanto constituye una condición o presupuesto necesario para el ejercicio de los demás derechos subjetivos, sean personalísimos, familiares, reales o creditorios; carácter que, análogamente, cabe extender al derecho a la integridad personal, estrechamente ligado al anterior. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado el derecho a la vida como el "primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes" (Fallos 302:1284) y el "primer derecho de la persona humana" (Fallos 310:112). Se ha dicho también al respecto: "...cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. 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. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Los derechos de la personalidad son esenciales para ese respeto de la condición humana. En las vísperas del tercer milenio los derechos que amparan la dignidad y la libertad se yerguen para prevalecer sobre el avance de ciertas formas de vida impuestas por la tecnología y cosmovisiones dominadas por un sustancial materialismo práctico. Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato -derechos reales, derechos de crédito y de familia-, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano

jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre" (C.S.J.N., Fallos 316:479, voto de los Drs. Barra y Fayt, consid. 12°).-

Ello supuesto, es claro que ninguna decisión que comprometa el derecho a la vida o a la integridad personal puede ampararse en el art. 19 de la Constitución Nacional, ya que trascendería el ámbito de las acciones privadas y afectaría a terceros. Por otra parte, aunque ambos derechos son relativos, como todos los demás derechos, de ello no se sigue que sobre los mismos puedan prevalecer derechos de menor jerarquía. En caso de colisión irremediable, debe anteponerse el derecho a la vida y a la integridad personal, dado su carácter esencial y fundante. Más aun tratándose de niños -recuérdese: "todo ser humano desde el momento de su concepción..."- cuyo interés superior debe considerarse primordial en virtud de lo dispuesto por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Carta Magna.-

Consecuentemente, en lo que atañe a la cuestión sobre la que debe pronunciarse el Tribunal y al margen de otros problemas jurídicos que plantean posibles alternativas previas a la fecundación in vitro -ajenas a dicho pronunciamiento-, una vez producida esta última y concebido el nuevo ser humano cualquier decisión que lo involucre debe respetar su dignidad y los derechos antes mencionados, que son su consecuencia. Por cierto, 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.-

Ahora bien, lo expuesto es sin duda aplicable al embrión no implantado, habida cuenta su ya referida condición de persona y por ende de sujeto de derechos. Mas también, en cierto modo, al ovocito pro nucleado, equiparable a aquél -por las razones y con el alcance explicado- en cuanto a su tutela jurídica.-

IX.- Sin perjuicio de ser pública y notoria en el país la crio conservación de embriones y ovocito pro nucleados, según se desprende de frecuentes manifestaciones vertidas

por profesionales y entidades vinculadas con los problemas de la fecundación in vitro, tal circunstancia consta además en autos. En efecto, el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción S.A. (CEGYR) informó a fs.57 que "se realizan congelamientos de lo que técnicamente se llaman ovocito pro nucleados (cuando el espermatozoide penetró en el óvulo pero no se ha producido la unión de los cromosomas del padre y de la madre)". Y como se indicó al inicio, a fs.346/7 luce la respuesta de la Comisión de Acción Social y Salud Pública de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, acompañando la nota enviada el 5 de julio de 1995 a su Presidente por el Dr. Guillermo Marconi, Presidente de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad (SAEF). Dice así: "De acuerdo a lo expresado ayer, le hago entrega de las cifras de embriones crio conservados: N° de embriones crio preservados: 1333. N° de pacientes que han crio preservado: 295. Promedio de embriones por paciente: 4.5. De esta cifra, 238 se encuentran preservados en forma de pronúcleos...Nota: Estas cifras pertenecen a los 7 centros que crio conservan" (fs.346). Por lo demás, la crio preservación de ovocito pro nucleados es un hecho expresamente admitido en la expresión de agravios de fs.289/305.-

En consecuencia, con relación a esos embriones y ovocito pro nucleados, así como con relación a los que puedan existir crio conservados a la fecha de este pronunciamiento, el Tribunal considera necesario adoptar las siguientes medidas a fin de asegurar su tutela jurídica en los términos ya puntualizados:

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 ovocito pro nucleados, 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 ovocito, 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. Cabe destacar, al respecto, que al evaluar la factibilidad de esta medida se tienen en cuenta sendas resoluciones adoptadas por el Honorable Senado de la Nación, en términos similares (S-1637/96 y S-2166/97).-

Segundo: prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocito -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 ovocito 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.-

Cuarto: encomendar al señor juez a quo que, efectuado el censo de marras, proceda a notificar el fallo a todos los interesados.-

Quinto: comunicar lo resuelto al Señor Ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos.-

X.- 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.-

Por ello y lo dictaminado en sentido concordante por el Señor Asesor de Menores de Cámara y el Señor Fiscal de Cámara, se RESUELVE: 1º) modificar el pronunciamiento de fs.119/121, aclarado a fs.123, en los términos puntualizados precedentemente; 2º) disponer que el Señor Secretario de Salud 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 ovocito pronucleados, existentes a la fecha de este pronunciamiento 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 ovocito, 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; 3º) prohibir toda acción sobre los mencionados embriones y ovocito -sea por parte de los dadores de los gametos, sea por parte de las instituciones o profesionales actuantes- que implique su destrucción y experimentación; 4º) ordenar que toda disposición

material o jurídica de esos embriones y ovocito 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 consentimiento 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; 5º) encomendar al señor juez a quo que, efectuado el censo dispuesto, proceda a notificar el fallo a todos los interesados; 6º) comunicar lo resuelto al Señor Ministro de Salud y Acción Social de la Nación, a sus efectos;; 7º) hacer saber al Señor Ministro de Justicia de la Nación la imperiosa necesidad de una legislación que, en términos concordes con las normas constitucionales vigentes, brinde solución a las diversas cuestiones jurídicas que plantea la utilización de las técnicas de fecundación asistida.-

Regístrese, notifíquese, ofíciase al Señor Secretario de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los Señores Ministros de Salud y Acción Social y de Justicia de la Nación acompañándoles copia íntegra del presente pronunciamiento y, fecho, devuélvase.-

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.-

Buenos Aires, 10 de febrero del año 2.000.-

AUTOS Y VISTOS:

Habida cuenta lo pedido por el Señor Defensor de Menores de Cámara en el apartado IV del escrito de fs. 511, que el Tribunal juzga atendible, corresponde aclarar el punto 4º del pronunciamiento de fs. 494/509 en el sentido de que, en caso de efectuarse los implantes previstos en la dadora de los gametos femeninos de embriones u ovocito pro nucleados censados de conformidad con lo prescripto en el punto 2º, las instituciones o profesionales a cargo del tratamiento, notificados en virtud de lo dispuesto en el punto 5º, deberán comunicarlo al juez de esta causa dentro del plazo de cinco días de practicado dicho tratamiento, proporcionando los datos que permitan individualizar en el censo los embriones u ovocito implantados.-

Asimismo, cabe aclarar lo resuelto en el punto 7° del pronunciamiento y establecer que la comunicación al Ministerio de Justicia de la Nación se practique con copia de los dictámenes emitidos a fs. 356/81 por el Señor Asesor de Menores de Cámara -hoy Defensor de Menores de Cámara- y a fs. 475/82 por el Señor Fiscal de Cámara.-

En cuanto a los restantes tópicos mencionados en el escrito de fs. 511, la sentencia de fs. 494/509 es suficientemente clara, por lo que no procede hacer lugar a lo pedido.-

Así se resuelve (arts. 36 inc. 3° y 166 inc. 2°, Cód. Proc.).-

Regístrese y notifíquese.//-

**FALLO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN *IN VITRO*”) VS.
COSTA RICA
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012**

Introducción de la Causa y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

1. El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, el caso 12.361 contra el Estado de Costa Rica. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana. La Comisión aprobó un Informe en el cual realizó una serie de recomendaciones al Estado. Luego de conceder tres prórrogas al Estado para el cumplimiento de dichas recomendaciones, la Comisión decidió someter el caso a la Corte.

2. La Comisión indicó que el caso se relaciona con alegadas violaciones de derechos humanos que habrían ocurrido como consecuencia de la presunta prohibición general de practicar la Fecundación *in vitro* (en adelante "FIV") que había estado vigente en Costa Rica desde el año 2000, tras una decisión emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de dicho país. Entre otros aspectos, se alegó que esta prohibición absoluta constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia. Asimismo, se alegó que la prohibición constituyó una violación del derecho a la igualdad de las víctimas, en tanto que el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además, se alegó que este impedimento habría tenido un impacto desproporcionado en las mujeres.

3. La Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención 90 Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf,

Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

HECHOS

A. Técnicas de Reproducción Asistida y Fecundación in Vitro

1. La infertilidad puede ser definida como la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más. Las causas más comunes de infertilidad son, entre otras, daños en las trompas de Falopio, adherencias tubo-ováricas, factores masculinos (por ejemplo, bajo nivel de espermatozoides), endometriosis, factores inmunológicos o pobre reserva ovárica. Se estima que la incidencia de la infertilidad asciende a un aproximadamente 10% de las mujeres en edad reproductiva.

2. Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la FIV, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-tubárica de embriones, la crio preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. Las técnicas de reproducción asistida no incluyen la inseminación asistida o artificial.

3. Por su parte, la FIV es “un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la 91 mujer, es decir, cuando un óvulo no puede pasar hacia las trompas de Falopio para ser fertilizado y

posteriormente implantado en el útero, o en casos donde la infertilidad recae en la pareja de sexo masculino, así como en los casos en que la causa de la infertilidad es desconocida. Las fases que se siguen durante el la FIV son las siguientes: i) inducción a la ovulación; ii) aspiración de los óvulos contenidos en los ovarios; iii) inseminación de óvulos con espermatozoides; iv) observación del proceso de fecundación e incubación de los embriones, y v) transferencia embrionaria al útero materno.

4. Sobre el desarrollo embrionario en la FIV, existen cinco etapas de dicho desarrollo que duran en total cinco días. En primer lugar, se seleccionan los óvulos maduros, los cuales son fecundados, por lo que se da paso al desarrollo del cigoto. En las primeras 26 horas de desarrollo el cigoto se divide en dos células, las cuales posteriormente se dividen en cuatro células en el día dos, y finalmente se vuelve a dividir para formar ocho células en el día tres. En el día cuatro, se habla de Morula y del día cuatro al día cinco, el embrión llega a su estado de Blastocisto. Los embriones pueden permanecer en cultivo hasta cinco días antes de ser transferidos al útero de la mujer. Por lo tanto, el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. Dependiendo de la caracterización morfológica y dinámica de la división celular, se toma la decisión respecto de cuando transferir el embrión. La transferencia embrionaria puede ser directamente al útero o a las trompas de Falopio. A los 12 días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores.

5. El primer nacimiento de un bebe producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebe producto de la FIV y la transferencia embrionaria fue reportada en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”), “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]”. Asimismo, “[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA. Las estimaciones para 2008, comprenden 1.600.000 tratamientos que dieron origen a 400.000 personas nacidas entre 2008 y septiembre de 2009” en el mundo. En Latinoamérica “se estima que entre 1990 y 2010 150.000 personas han nacido” de acuerdo con el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida.

6. De la prueba que obra en el expediente, Costa Rica es el único Estado en el mundo que prohíbe de manera expresa la FIV.

B. El Decreto ejecutivo

1. En Costa Rica, el Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, autorizaba la práctica de la FIV para parejas conyugales y regulaba su ejecución. En su artículo 1° el Decreto Ejecutivo regulaba la realización de técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, y establecía reglas para su realización. En el artículo 2° se definían las técnicas de reproducción asistida como “todas aquellas técnicas artificiales en las que la unión del óvulo y el espermatozoide se logra mediante una forma de manipulación directa de las células germinales a nivel de laboratorio”.

2. Las normas del Decreto Ejecutivo No. 24029-S que regulaban específicamente la técnica de la FIV cuestionada en el recurso de inconstitucionalidad, eran las siguientes:

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

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

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

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

Artículo 13.- El incumplimiento de las disposiciones aquí establecidas faculta al Ministerio de Salud para cancelar el permiso sanitario de funcionamiento y la acreditación otorgada al establecimiento en el que se cometió la infracción, derechos

del niño; v) se arguyó que “el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, ...] no cura [...] una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y vi) “tan violatorio es el eliminar concebidos, o sea niños, tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el

proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”.

2. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción y se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución”.

3. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000 por la entidad privada denominada “Instituto Costarricense de Infertilidad”. En ese lapso nacieron 15 costarricenses. La técnica fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica mediante de 15 de marzo de 2000.

C. Sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000

1. De conformidad con el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cualquier ciudadano puede interponer la acción de inconstitucionalidad en contra de una norma “cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos o que atañen a la colectividad en su conjunto”. Basándose dicha norma, el 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El solicitante requirió que: i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declarara inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) “se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no vuelvan a producir”. Entre los argumentos que se alegaron en la acción de

constitucionalidad se encuentran los siguientes: i) “el porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural”; ii) “la práctica generalizada [de la FIV] violenta la vida humana [y] por las características privadas y aisladas [...] en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”; iii) “ la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense; iv) se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los

Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño; v) se arguyó que “el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, ...] no cura [...] una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y vi) “tan violatorio es el eliminar concebidos, o sea niños, tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”.

2. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción y se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”. Las razones esgrimidas por la Sala Constitucional para motivar su decisión fueron, en primer lugar, la “infracción del principio de reserva legal”, según el cual “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. De acuerdo a lo anterior, la Sala concluyó que el Decreto Ejecutivo regulaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “la regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resultaba incompatible con el Derecho de la Constitución”.

3. Por otra parte, al considerar que era aplicable el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia en el asunto que aquí se discute, pues debe definirse desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento. Existen divergencias entre los especialistas. Algunos consideran que los embriones humanos son entidades que se encuentran en un estado de desarrollo donde no poseen más que un simple potencial de vida. [...] Señalan que antes de la fijación del pre-embrión éste se compone de células no diferenciadas, y que esa diferenciación celular no sucede sino después de que se ha fijado sobre la pared uterina y después de la aparición de la línea primitiva - primer esbozo del sistema nervioso-; a partir de ese momento se forman los sistemas de órganos y los órganos. [...] Por el contrario, otros sostienen que todo ser humano tiene un comienzo único que se produce en el momento mismo de la fecundación. Definen al embrión como la forma original del ser o la forma más joven de un ser y opinan que no existe el

Término pre-embrión, pues antes del embrión, en el estadio precedente, hay un espermatozoide y un ovulo. Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.

4. Asimismo, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”. Para su fundamentación, la Sala Constitucional indicó que: i) “el ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”; ii) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una

persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”, y iii) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

5. Por otra parte, la Sala Constitucional manifestó que “la normativa internacional [...] establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana”, para lo cual citó el artículo I de la Declaración Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana. Respecto al artículo 4 de la Convención, la Sala consideró que “este instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho [a la vida] a partir del momento de la concepción, además se prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos”. También la Sala hizo referencia al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Sala concluyó que “las normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”.

6. Finalmente, la Sala concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte. [...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. No es de recibo tampoco el argumento de que en circunstancias naturales también hay embriones que no llegan a implantarse o que aún logrando la implantación, no llegan a desarrollarse hasta el nacimiento, sencillamente por el hecho de que la aplicación de la [FIV] implica una manipulación

consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procurar una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la Técnica de Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que los avances de la ciencia y la biotecnología son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.

7. Los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda presentaron conjuntamente su salvamento de voto a la sentencia. En dicho voto, los magistrados consideraron que la FIV “no es incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana, sino por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concebido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad [...] debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad”. Igualmente, manifestaron que las “técnicas de reproducción asistida [...] se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en la Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la libertad para fundar una familia”.

D. Recursos interpuestos por Ileana Henchoz y Karen Espinoza

1. El 30 de mayo de 2008, la señora Henchoz interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000, la cual fue rechazada de plano. En dicha decisión la Sala consideró que su jurisprudencia es vinculante “*erga omnes* salvo para sí misma, de manera que el criterio vertido en ella puede ser modificada cuando existan motivos para ello o razones de orden público”.
2. Posteriormente, la señora Henchoz interpuso una demanda judicial contra la Caja Costarricense del Seguro Social con la finalidad de que se le permitiera practicarse la FIV. La Caja adujo la imposibilidad de practicar dicho procedimiento debido a la Sentencia de 15 de marzo de 2000. Mediante sentencia de 14 de octubre de 2008, el Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda concluyó que la FIV como mecanismo de reproducción asistida no estaba prohibida en Costa Rica, en tanto no se incurra en los vicios señalados por la Sala Constitucional, “máxime que el desarrollo actual de este procedimiento médico posibilita, en un ciclo reproductivo femenino, la fecundación de un solo óvulo para su posterior transferencia al útero de la madre”.
3. El Tribunal Superior de lo Contencioso y Civil de Hacienda ordenó a la Caja Costarricense de Seguro Social elaborar un diagnóstico y realizar los exámenes médicos correspondientes a fin de determinar la viabilidad para practicar los métodos de reproducción asistida, incluida la FIV, a la señora Henchoz. Asimismo señaló que dicho procedimiento se realizaría respetando los lineamientos dictados por la Sala Constitucional, a partir del desarrollo actual de la técnica, “de manera que no era válida la fecundación de más de un óvulo por ciclo reproductivo de la paciente para su transferencia, ni era posible la fecundación de dos o más óvulos en ese mismo ciclo reproductivo y mucho menos, la selección de un embrión de entre varios, su destrucción, desecho, congelamiento o experimentación respecto de alguno de ellos”.
4. La Caja Costarricense de Seguro Social apeló la sentencia emitida por el Tribunal Superior y el 7 de mayo de 2009 los magistrados de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia anularon dicho fallo y declararon sin lugar la demanda. La Sala Primera indicó que “ha quedado demostrado [...] que la técnica de la fertilización in vitro estaría contraindicada para la demandante en razón de su edad, pues a sus 48 años ha perdido ya su capacidad reproductiva con sus propios óvulos, lo que hace extraordinariamente improbable y remoto un embarazo de manera asistida” aunado al

hecho que la demandante “luego de la sentencia impugnada manifestó a través de distintos medios de comunicación colectiva que no se sometería a la técnica de la fertilización in vitro, en razón de su edad”.

5. Por otra parte, el 6 de enero de 2005, la Defensoría de los Habitantes emitió el oficio N° 00117-2005-DHR, motivado por una denuncia interpuesta por la señora Espinoza, en la cual planteó que, tras haber acudido a un Hospital parte de la Caja Costarricense del Seguro Social, éste le habría denegado la posibilidad de un tratamiento de fertilidad argumentando la ausencia de programas para tales efectos y no se le habría entregado un medicamento denominado “menotropin”, el cual le había sido dado en otras ocasiones a la paciente. En el mencionado oficio, la Defensoría emitió una serie de recomendaciones, a saber: el establecimiento de un programa especial para el tratamiento de la infertilidad y esterilidad de todas las parejas y mujeres que vivan esta situación, que deseen ejercer su derecho de maternidad y paternidad y no cuenten con los recursos económicos para optar por un servicio, atención y tratamientos médicos privados.

6. Asimismo, la Defensoría recomendó el mejoramiento de la prestación del servicio y atención médica en aquellos campos en los que se requiere un tratamiento y seguimiento médico como es el caso de la infertilidad, y finalmente, el establecimiento de lineamientos claros en materia de medicamentos sanitarios.

RESOLUCION

CONSIDERACIÓN PREVIA SOBRE EL OBJETO DEL PRESENTE CASO

Sobre la crio conservación de embriones, el Estado argumentó que “para lograr una conservación adecuada se utilizan crio protectores, agentes químicos que ejercen cierto grado de toxicidad sobre los embriones dependiendo de su concentración y el tiempo en que fueron expuestos”. Indicó también que “la FIV acarrea en si una serie de dilemas y problemas legales igualmente profundos y complicados de resolver”. Al

respecto, planteó las siguientes problemáticas: i) “no existe consenso en el estatus jurídico de los embriones criogenizados y en la regulación y en la duración de su conservación y de su destino”.

E. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar (defendidos por la Convención Americana de DDHH) en el presente caso

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

1. La Comisión observó que “la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar y la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”. Señaló que “la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia”. Consideró que “la utilización de la FIV para combatir la infertilidad también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico”.

2. El representante Molina alegó que “si la pareja quiere o no tener descendencia se da en el ámbito privado”, y calificó la infertilidad de las presuntas víctimas como “discapacidad por la cual se les había discriminado para tener una familia”.

3. El representante May alegó que la reglamentación de la FIV debe “desarrollar y posibilitar el contenido de los derechos a la salud, al acceso al progreso científico, al respeto a la intimidad y autonomía de la voluntad en el ámbito familiar, al derecho a fundar una familia, y al ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las personas.”

4. El Estado alegó que “la posibilidad de procrear a través de las técnicas de fecundación in vitro no constituye un derecho reconocido dentro del ámbito de la libertad personal”, y que “aun cuando el derecho a fundar una familia incluye la posibilidad de procrear, no es a cualquier costo que el Estado debe permitir tal posibilidad”. Además, alegó que “la vida y dignidad humanas no debe dar pruebas de su naturaleza frente a los reclamos del progreso científico o médico”.

5. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada

de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

6. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

7. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

8. En primer lugar, el Tribunal resalta que la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

9. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

10. En tercer lugar, la Corte resalta que los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la

libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.

11. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. Además, según el Programa de Acción de la Conferencia, “deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas”. En la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, los Estados se comprometieron a “garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva”. En la Plataforma de Acción, aprobada conjuntamente con la Declaración, se definió la atención de la salud reproductiva como “el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo, al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva”. De acuerdo a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la salud sexual y reproductiva implica que “las personas puedan disfrutar de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable, así como la capacidad para reproducirse y la libertad de decidir si se reproducen, cuando y con qué frecuencia”. La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

12. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

F. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV

Por otra parte, el Estado alegó que la Sentencia “no prohíbe la FIV en general, sino que se refiere exclusivamente a la técnica que se usaba en ese momento, mediante la cual se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar”. Respecto a la posibilidad de practicar la FIV hoy día, el Estado indicó que “a la fecha la ciencia no practica una técnica in vitro que sea compatible con el derecho a la vida protegido en Costa Rica, prueba de ello, es que con ocasión del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se intentó regular el tema y se presentó a la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto de ley que regulara esta técnica, pero que a su vez protegiera el derecho a la vida desde la concepción, tal como ha sido concebido en Costa Rica. En esa línea, el proyecto prohibía la congelación de embriones y obligaba a implantar todos los óvulos fecundados sin posibilidad de hacer selección”. Agregó que es por eso que “cualquier técnica que se intente en Costa Rica protegiendo la vida desde la concepción, resultará médicamente inviable a la fecha y por eso la imposibilidad de implementación hasta este momento, doce años después de la sentencia de la Sala Constitucional”.

Consideraciones de la Corte

1. Sin entrar a catalogarla como prohibición “absoluta” o “relativa”, es posible concluir que la decisión de la Sala Constitucional ocasionó como hecho no controvertido que la FIV no se practique en el territorio costarricense y que, por tanto, las parejas que deseen acudir a dicha técnica no pueden llevarla a cabo en dicho país. Además, debido a que la Sala Constitucional condicionó la posibilidad de realizar la técnica a que no hubiera pérdida embrionaria alguna en la aplicación de la misma, esto implica, en la práctica, una prohibición de la misma, toda vez que la prueba en el expediente indica que, hasta el momento, no existe una opción para practicar la FIV sin que exista alguna posibilidad de pérdida embrionaria. En otras palabras, sería imposible cumplir con la condición impuesta por la Sala.

2. La sentencia de la Sala Constitucional implicó entonces que ya no se practicara la FIV en Costa Rica. Asimismo, dicha sentencia generó la interrupción del tratamiento médico que habían iniciado algunas de las presuntas víctimas del presente caso, mientras que otras se vieron obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la FIV. Estos hechos constituyen una interferencia en la vida privada y familiar de las

presuntas víctimas, quienes debieron modificar o variar las posibilidades de acceder a la FIV, lo cual constituía una decisión de las parejas respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos.

G. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso

Argumentos de la Comisión y alegatos de las partes

1. La Comisión señaló que “el artículo 4.1 de la Convención podría ser interpretado en el sentido de otorgar una facultad al Estado de regular la protección de la vida desde el momento de la concepción, pero no necesariamente un mandato de otorgar dicha protección”. Argumentó que dicho artículo “no establecía un derecho absoluto o categórico en relación con las etapas prenatales de la vida” y que existía “un reconocimiento internacional y comparado del concepto de protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal”. Agregó que “la interpretación del artículo 4.1 de la Convención indica que el ejercicio de una facultad concebida por dicho instrumento internacional, no está exento de escrutinio de la Corte cuando interfiere con el ejercicio de otros derechos establecidos en el mismo, tales como, en el presente caso, los derechos a la vida privada, familiar, autonomía y a fundar una familia”.

2. Respecto a una interpretación teleológica, el Estado argumentó que “si bien en el momento de elaborar la Convención Americana en 1968 no se tenía certeza de cuándo ocurría la concepción, y no existía la FIV, es claro que la norma obliga a los Estados a proteger la vida humana desde su etapa embrionaria más temprana”, dado que “la intención de la mayoría de los Estados del sistema interamericano siempre fue proteger la vida humana desde [el] momento de la concepción”, por lo que los “términos de ‘concepción’ y ‘fecundación’ deben ser tratados como sinónimos”. Arguyó que del proceso de aprobación de la Convención Americana “se desprende claramente que no es cierto que la intención de los Estados no haya sido la protección de la vida desde la concepción, pues más bien ese fue el objetivo buscado al aprobarse la norma, a diferencia de lo que había ocurrido años atrás al emitirse la Declaración Americana”. Por otra parte, argumentó que “la frase ‘en general’ únicamente está

pensada para casos excepcionales como la legítima defensa, el riesgo de muerte de la madre o el aborto involuntario”.

3. En cuanto a otros tratados internacionales de derechos humanos, el Estado señaló que la Declaración Universal de Derechos Humanos “protege al ser humano desde su individualidad, la cual puede determinarse desde el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide” y que el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [...] reconoce la vida del embrión de manera independiente a la de su madre”. Agregó que el “derecho a la vida de forma absoluta ha sido admitido incluso por el Comité de Derechos Humanos”, y que la Convención sobre los Derechos del Niño protege “al niño incluso antes de nacer”. Sobre este último tratado, alegó que “los Estados convinieron en que el concepto de niño debería tener tal amplitud, que permitiera que los países que optaran por dar protección a los menores de edad desde antes de su nacimiento, pudieran por ser parte del instrumento internacional sin tener que modificar su respectiva legislación”, por lo que argumentó que existe “un margen de apreciación a efectos de otorgar la condición de niño a los menores no nacidos”, como lo hace la normativa costarricense sobre la materia.

4. Finalmente, el Estado alegó que “la doctrina del consenso moral como factor del margen de apreciación, ha establecido que, en orden a restringirlo, el consenso debe ser claro y evidente”. Al respecto, argumentó que: i) no “existe consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión”; ii) “no existe consenso sobre el inicio de la vida humana, por tanto debe también otorgarse margen de apreciación sobre la regulación de la técnica” de la FIV, y iii) no es válido el argumento de que “como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la práctica de la FIV, Costa Rica ha perdido su margen de apreciación”. Consideró que “la doctrina del margen de apreciación ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” y que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana existen algunos precedentes que “contemplan la posibilidad del Estado de regular determinadas materias conforme a su discreción”.

Consideraciones de la Corte

H. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

1. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo. Nacimiento, pudieran por ser parte del instrumento internacional sin tener que modificar su respectiva legislación”, por lo que argumentó que existe “un margen de apreciación a efectos de otorgar la condición de niño a los menores no nacidos”, como lo hace la normativa costarricense sobre la materia.

4. Finalmente, el Estado alegó que “la doctrina del consenso moral como factor del margen de apreciación, ha establecido que, en orden a restringirlo, el consenso debe ser claro y evidente”. Al respecto, argumentó que: i) no “existe consenso en relación con el estatuto jurídico del embrión”; ii) “no existe consenso sobre el inicio de la vida humana, por tanto debe también otorgarse margen de apreciación sobre la regulación de la técnica” de la FIV, y iii) no es válido el argumento de que “como existen otros Estados que, por omisión legislativa, permiten la práctica de la FIV, Costa Rica ha perdido su margen de apreciación”. Consideró que “la doctrina del margen de apreciación ha sido ampliamente desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” y que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana existen algunos precedentes que “contemplan la posibilidad del Estado de regular determinadas materias conforme a su discreción”.

Consideraciones de la Corte

H. Interpretación conforme al sentido corriente de los términos

1. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

2. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede.

LA CORTE DECIDE, por unanimidad,

1. Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado, en los términos de los párrafos 17 a 40 de la presente Sentencia.

DECLARA, por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y

Oriéster Rojas Carranza, en los términos de los párrafos 136 a 317 de la presente Sentencia.

Y DISPONE por cinco votos a favor y uno en contra, que:

1. Esta Sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia.
3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia.
4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia.
5. El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 326 de la presente Sentencia.
6. El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la presente Sentencia, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

7. El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial, de conformidad con lo establecido en el párrafo 341 de la presente Sentencia.
8. El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la presente Sentencia, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos, en los términos del párrafo 373 del Fallo.
9. El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
10. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

**PORTAL DE BELÉN - ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO C/
MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN
SOCIAL DE LA NACIÓN S/ AMPARO.
DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
Buenos Aries, 24 de abril de 2001.**

Suprema Corte:

-IA

Fs. 31/38 vta., la Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (en adelante M.S. y A.S.), a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gabor S.A., Cuyo nombre comercial es "Imediat", pues se trata de una píldora con efectos abortivos, encubierta bajo la denominación eufemística de "anticoncepción de emergencia".

Fundó su pretensión -en síntesis- en que el derecho a la vida humana desde la Concepción tiene raigambre constitucional, en forma expresa a partir de 1994, por la incorporación de diversos tratados internacionales, de donde deviene contraria a la Carta Magna la autorización administrativa Dijo que, al producirse tales efectos, se

Corroboran la ilegalidad del acto impugnado, vicio al que atribuyó un carácter manifiesto, desde que se trata de una contradicción total, absoluta y grosera de aquel derecho constitucional.

-IIA

Fs. 190/209, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala B), al hacer lugar a la apelación deducida por el Estado demandado, dejó sin efecto el fallo de la instancia anterior, que ordenó revocar la autorización conferida y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco mencionado.

Para así resolver, en primer término, sus integrantes desestimaron en forma unánime los agravios relativos a la extemporaneidad de la acción instaurada y a la falta de legitimación de la actora. En segundo lugar, los señores jueces que conformaron la mayoría -y con apoyo en precedentes propios y de V.E. que citaron-, entendieron, en Esencia, que el ámbito restringido de la acción de amparo resultaba improcedente para negativa opuesta por el Estado Nacional al progreso de la acción, consideraron que dilucidar el tema, por su carácter eminentemente médico-científico, exige la ponderación de elementos de juicio abundantes, contundentes y precisos, que sirvan y colaboren en la formación de la convicción necesaria para fundar la sentencia definitiva. En tales circunstancias, la vía del amparo resulta inadecuada por su limitado contenido probatorio.

-III Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario obrante a fs. 236/264, cuya concesión por el a quo (fs. 307/309) trae el asunto a conocimiento del Tribunal. Afirma que la sentencia es definitiva, pues si bien rechaza el amparo por cuestiones procesales, le impide proteger el derecho de incidencia colectiva a la vida humana, desde diene mente de las discusiones ideológicas o científicas respecto del momento de la "anidación" o del comienzo de la vida.

Cita, en apoyo de su postura, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22), así como diversas disposiciones del Código Civil y constituciones provinciales.

Por otra parte, critica la sentencia porque importa una denegación de justicia y, en la práctica, deja sin efecto una garantía constitucional, a la vez que viola el principio *in dubio pro homine*. Ello es así, toda vez que los jueces afirman que conocen el derecho vigente, pero cuando se les trae a resolución una causa en donde se demuestra que el fármaco actúa como antiimplantario, manifiestan que sus dudas les impide resolver el tema y rechazan la acción. Con este proceder, tornaron ineficaz e inaplicable el precepto constitucional y, además, denegaron la protección de la vida humana antes de la anidación.

Por último, sostiene que el fallo es arbitrario, por violar el principio de congruencia - al admitir un agravio no acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, no tienen carácter definitivo (conf. doctrina de Fallos: 311:1357 y 2319). Sin embargo, tal principio no es absoluto y admite excepciones cuando lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (Fallos: 315:1361 y sus citas; 316:1909; 317:164), categoría en la que V.E. incluyó, entre otros, a los pronunciamientos que ponían en juego derechos de naturaleza alimentaria (Fallos: 315:1059), o cuando resultaba

verosímil el corte en el suministro de un servicio esencial (Fallos: 312:1367; 314:1038).

En mi opinión, en el *sub examine* se configura un supuesto excepcional que permite habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, pues, aunque la decisión del a quo, formalmente no impediría iniciar una acción ordinaria para dilucidar las cuestiones discutidas, a fin de evitar la frustración de una garantía constitucional, por la Posibilidad cierta de afectación del derecho esencial a la vida que podría *tal elevada función*" (conf. Dictamen del 8 de enero de 2001).

En este mismo orden de ideas, estimo oportuno poner de relieve que "*el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requieren necesariamente de él*" (conf. dictamen del suscripto del 22 de febrero de 1999, *in re*, A.186.XXXIV. "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió V.E. en su sentencia del 1? ?de junio de 2000), así como que recientemente el Tribunal ha reiterado, en igual Sentido, que aquél es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, y que el hombre es el eje y el 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 valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*in re* C.823.XXXV. "Campodónico la ley 24.946 excluye expresamente de las funciones del Ministerio Público a la representación del Estado Nacional en juicio (art. 27), dispone un proceso gradual para que aquél designe a sus letrados (art. 68) y deroga la ley 17.516, A *en cuanto se refiere(n) a la representación por los procuradores fiscales y el Procurador General de la Nación en asuntos de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que el fisco demande o sea demandado y toda otra norma que resulte contradictoria con la presente ley* (art. 76). Empero, tal exclusión todavía no es total, debido a que el art. 68, segundo párrafo, dispone que aquella representación se seguirá ejerciendo, tanto en los juicios en trámite como en los que se iniciaren, hasta el reemplazo efectivo de los magistrados del Ministerio Público Fiscal por nuevos letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado, situación que se verifica en el *sub judice*, en el que subsiste el régimen de la ley citada en último término.

Si bien en numerosos precedentes análogos mi intervención ante el Tribunal se limitó a pronunciarme sobre la 25, inc. H, de la mencionada ley), ya que, por un lado –tal como lo manifesté– me expido en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad y, por el otro, el Estado Nacional fue adecuadamente Defendido por la señora fiscal federal en las instancias previas, quien, incluso, intervino en la sustanciación del remedio extraordinario.

-Bien esa inteligencia, advierto -en lo que es materia del recurso- que el *a quo* desestimó la acción de amparo por considerar que la resolución del tema debatido exigía mayor amplitud de debate y prueba y descalificó la Rendida en el expediente, por entender que resultaba escasa.

A mi modo de ver, tal decisión importa un criterio en extremo formalista, que atenta contra la efectiva protección de los derechos que aquel instituto busca asegurar, por un doble orden de razones. En primer término, porque no acredita en forma concreta cuáles eran los elementos probatorios que no se pudieron utilizar para dilucidar la cuestión, así un comportamiento contradictorio, evaluaron la existente en autos, tanto

de la que ofreció la actora -que fue sustanciada- como de la que acompañó el Estado en oportunidad de presentar el informe del art. 8º de la ley 16.986, y concluyeron que resultaba insuficiente para resolver la controversia.

Este criterio no sólo no alcanza para sustentar la decisión que finalmente adoptaron, sino que además, se desentiende de la posición de las partes en cuanto consideraron que aquéllas permitían resolver el amparo.

En tales condiciones, **el a quo, so pretexto de necesitar amplitud de debate, evitó pronunciarse sobre el tema sujeto a revisión y cumplir con la función específica del Poder Judicial.** Del mismo modo, el fallo apelado carece de sustento para ser considerado como acto jurisdiccional válido y debe ser revocado, en los Términos de la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por otra parte, no se me escapa que, en principio, la apreciación de las piezas probatorias es función reservada a tratados internacionales que han reconocido la existencia de la persona desde el momento mismo de su concepción, reconocimiento que implica, a partir de ese instante, la posibilidad de adquirir derechos.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 4.1 dispone: *A 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;* mientras que, por su parte, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño destaca: *el niño por su falta de madurez, física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.*

Desde esta perspectiva, no caben dudas que todo niño -siempre otorgando al vocablo la acepción amplia contenida en la convención que tutela sus derechos- es merecedor de las garantías y protecciones que se desprenden de la naturaleza humana y de su condición de tal, desde su concepción, en la medida que el derecho del niño a la vida no se adscribe a una entequeia (...desde la concepción...) sino que responde -y podrían frustrar definitivamente los derechos en juego, tal como sucedería -a mi modo de ver- si se remite su examen a un juicio ordinario.

-VII Por todo ello, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por la actora, por aplicación de la doctrina en materia de gravedad institucional, revocar la sentencia en cuanto fue materia de aquél y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte una nueva ajustada a derecho.

NICOLAS EDUARDO BECERRA

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de marzo de 2002.

Vistos los autos: "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de La Nación s/ amparo".

Considerando:

- 1) Que los hechos relevantes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada y los agravios de los recurrentes se encuentran adecuadamente expuestos en el dictamen del señor Procurador General de la Nación al que corresponde remitir por razones de brevedad.
- 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^o de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2^o 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 con 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...

4) 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 Rostan, 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^o 173, Madrid, enero 1980).

Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre A su vez B. Carlson, profesor y jefe del Departamento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan afirma: "El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide" (Human Embriology and Developmental Biology, pág. 2, Mosby Year Book Inc. 1998).

Por su parte T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte entiende que: "El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual un espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto" (Langman's Medical Embriology, Lippincott Williams & Wilkins, 2000).

6) 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

7) 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).

8) 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 José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales

(conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2 de la ley 23.054), dispuso: "Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145).

9) 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). En la causa "T., S.", antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerandos 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). 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 estar 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".

10) 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. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los Estados parte de organizar todo el aparato 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). Costas por su orden en atención a la índole de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). 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.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto en autos no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48). Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT - GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario que ha sido concedido por la cámara a quo no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48), puesto que el fallo recurrido expresamente dejó a salvo la posibilidad de que la cuestión en debate se plantee en un proceso de conocimiento ulterior. En efecto, en el voto del juez Mosquera se propició el rechazo de la acción de amparo por no resultar la vía aceptable ni el carril adecuado para debatir y solucionar la cuestión traída a consideración; y en el del juez Sánchez Freites se señaló que no podía obtenerse certeza -elemento con que debe contar un juez al pronunciarse- sin la ayuda Eficaz del conjunto de ciencias que hoy interesan al pensamiento para una definición como la que se pretende, lo que hacía aconsejable esperar un juicio contencioso con pruebas suficientes con raíces profundas, y no meras opiniones de médicos o especialistas, que integren un proceso debido.

Que, por otra parte, la vía del amparo –consagrada ser demostrada mediante pruebas extrínsecas. Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido,

Con costas. Notifíquese y remítase.

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.